

UNIVERSITE PARIS-PANTHEON-ASSAS

École doctorale d'histoire du droit, de philosophie du droit et de sociologie du droit

L'indépendance fonctionnelle de la magistrature au XIX^e siècle

L'épanouissement d'un corps, l'avènement d'un droit prétorien



Thèse de doctorat en droit
Présentée et soutenue publiquement
Le lundi 8 décembre 2025
Par

ANNE GAUCHER

Sous la direction de
M. LE PROFESSEUR FRANÇOIS SAINT-BONNET

Membres du jury

<i>Président</i>	M. Louis-Augustin Barrière, Professeur à l'Université Lyon III Jean Moulin
<i>Rapporteurs</i>	Mme Catherine Fillon, Professeure à l'Université Lyon III Jean Moulin M. Mathieu Soula, Professeur à l'Université Paris Nanterre
<i>Examineurs</i>	Mme Stéphanie Blot-Maccagnan, Professeure à l'Université Côte d'Azur M. Nicolas Cornu-Thénard, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas Mme Katia Weidenfeld, Professeure à l'École nationale des chartes

AVERTISSEMENT

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

**L'indépendance fonctionnelle
de la magistrature au XIX^e siècle**

L'épanouissement d'un corps, l'avènement d'un droit prétorien

À Line,

REMERCIEMENTS

Mes premiers mots vont au Professeur François Saint-Bonnet, dont la liberté et l'exigence ont inspiré l'étudiante que je fus et la chercheuse que je suis devenue. J'espère, par ces travaux, lui avoir rendu hommage.

Mes sincères remerciements s'adressent à Mesdames les Professeures Stéphanie Blot-Maccagnan, Catherine Fillon et Katia Weidenfeld ainsi qu'à Messieurs les Professeurs Louis-Augustin Barrière, Nicolas Cornu-Thénard et Mathieu Soula, pour m'avoir fait l'honneur de bien vouloir siéger dans mon jury et d'examiner ce travail.

J'adresse une pensée particulière à Madame la Professeure Sophie Démare-Lafont, Messieurs les Professeurs Bernard d'Alteroche, Anthony Mergey, Laurent Pfister et Franck Roumy ainsi qu'à Madame Combette et Monsieur Gourgues, que je remercie d'avoir accepté de me confier leurs étudiants pendant ces années de doctorat.

Ces travaux doivent beaucoup à Monsieur Philippe Galanopoulos, conservateur en chef de la Bibliothèque de la Cour de cassation, dont la science a permis d'ouvrir de nouveaux horizons de recherche. De même, ils n'auraient pu se concrétiser sans l'aide et le travail indispensables des personnels de bibliothèques, de l'Institut d'Histoire du droit Jean Gaudemet, de la Bibliothèque Cujas et de la Bibliothèque nationale de France.

Je remercie chaleureusement Hakim Chekirou et Mohammed Ouaguenini, alors étudiants en mathématiques et informatique lors de notre rencontre. Je leur dois la création de l'algorithme, appelé à enrichir sensiblement les résultats proposés.

Mes remerciements les plus vifs s'adressent à ma famille, dont l'amour et la patience, teintés d'un peu d'incompréhension, ont permis à ce projet de naître, de vivre et d'aboutir. Ce travail est aussi le sien, j'espère qu'elle le trouvera à son goût.

J'ai une pensée émue pour Aliénor, Claire, Luna et Raphaëlle, qui m'ont portée, de la première à la dernière année de faculté. Sans elles, les études de droit n'auraient été qu'obscurité ; grâce à leur insondable amitié, elles furent source d'épanouissement. À Jules, qui a repris ce flambeau, je formule la même gratitude. Auprès d'elles, de lui et de tant d'autres amis qui se reconnaîtront, j'ai gagné cet indéfectible soutien, qui, dans les heures difficiles, m'a permis de retrouver le sens de ce projet et empêché de jamais songer à l'abandonner.

À mes correcteurs, Jean-Christophe, Jules, Louis, Mathilde, Nathalie, Ségolène et Sonia, je formule ma profonde reconnaissance. C'est votre exigeant concours qui a permis à ces travaux de prospérer.

Mes dernières pensées vont à Violette. Les mots sont impuissants à exprimer ce que je lui dois. Le travail de recherche se nourrit des encouragements des personnes qui n'ont pas choisi de le vivre ; avec elle, sa force et sa confiance, ce projet aurait pu durer un siècle.

SOMMAIRE

– Première Partie –

Les fondements de l'indépendance

Chapitre 1 – L'émancipation du juge aux dépens de l'exécutif et du législatif

Section 1 – Exister en dépit de la dépendance organique

Section 2 – Exister en dépit du légicentrisme

Chapitre 2 – L'émancipation des juges au péril de la cohérence du droit

Section 1 – L'unité du droit à l'épreuve de la pugnacité des juridictions du fond

Section 2 – L'unité du droit à l'épreuve de la dissidence de la chambre des requêtes

– Seconde Partie –

Les manifestations de l'indépendance

Chapitre 1 – Une indépendance fonctionnelle restreinte : l'enrichissement de la loi

Section 1 – Saisir les termes de la loi

Section 2 – Saisir l'esprit de la loi

Chapitre 2 – Une indépendance fonctionnelle décomplexée : la façon du droit

Section 1 – Pallier la loi

Section 2 – Abroger la loi

TABLE DES ABREVIATIONS

1. – Abréviations usuelles

<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et les autres)	<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (article cité)
<i>c/</i>	contre	nouv. éd.	nouvelle édition
Cour cass., civ.	Cour de cassation, section ou chambre civile	<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (ouvrage cité)
Cour cass., crim.	Cour de cassation, section ou chambre criminelle	p.	page
Cour cass., req.	Cour de cassation, bureau ou chambre des requêtes	rééd.	réédition
Cour cass., réunies	Cour de cassation, sections ou chambres réunies	s.d.	sans date
CA	Cour d'appel	s.l.	sans lieu
CE	Conseil d'État	s.n.	sans éditeur
CI	Cour impériale	<i>sic</i>	ainsi
conf.	confirmatif	suppl.	supplément
<i>contra</i>	contraire	<i>supra</i>	ci-avant
Cour ass.	Cour d'assises	t.	tome
CR	Cour royale	th.	thèse
DC	Décision du Conseil constitutionnel	Trib. conflits	Tribunal des conflits
éd.	édition	trad.	traduction
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autres)	trib. civ.	tribunal civil
<i>etc.</i>	<i>et cætera</i> (et le reste)	trib. com.	tribunal de commerce
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (ouvrage identique ici)	trib. corr.	tribunal correctionnel
<i>infra</i>	ci-après	Trib. cass.	Tribunal de cassation
		trib. prem. inst.	tribunal de première instance
		trib. pol.	tribunal de police
		trib. simp. pol.	tribunal de simple police
		trib. pol. corr.	tribunal de police correctionnelle
		v.	voir
		vol.	volume

2. – Abréviations bibliographiques et éditoriales

AN	<i>Archives nationales</i>
Arch. parl.	<i>Archives parlementaires de 1787 à 1860</i> (recueil fondé par Jérôme Mavidal et Émile Laurent, 1 ^{ère} série, Paris, Dupont, 1867-1888 ; 2 ^e série, Paris, Dupont, 1862-1912)
Bull. civ.	COUR DE CASSATION, <i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile</i> (Paris, Imprimerie de la République, an XII [1804-1942])
Bull. crim.	COUR DE CASSATION, <i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle</i> (Paris, Imprimerie impériale, an XIII [1805-1953])
C.J.	Code Justinien
D.	Digeste
D. 1825. I. 1	DALLOZ, Désiré, DALLOZ, Armand, & CAMPIOT, Amédée, <i>Dalloz Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle, ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales</i> (Paris, au bureau de la <i>Jurisprudence générale</i> , 1825-1902), année 1825, première partie, p. 1
J. C.	SIREY, Jean-Baptiste, <i>Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1808 jusqu'à la fin septembre 1816</i> (Paris, 17, place Dauphine, 1818-1825)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Presses universitaires de Bordeaux
PUF	Presses universitaires de France
PUL	Presses universitaires de Lyon
PUP	Presses universitaires de Poitiers
PUR	Presses universitaires de Rennes
PUS	Presses universitaires du Septentrion
PUSE	Presses universitaires de Saint-Étienne
PUT	Presses universitaires de Toulouse
Rec. Lebon	CONSEIL D'ÉTAT, <i>Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux et des décisions du Tribunal des conflits, dit Recueil Lebon</i> (Paris, au bureau d'administration du <i>Recueil</i> , 1821-1847, Paris, Delhomme, 1848-1954)
Rép. Dalloz	DALLOZ, Désiré, & DALLOZ, Armand, <i>Jurisprudence générale du royaume, ou Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public : jurisprudence générale, avec la collaboration de plusieurs jurisconsultes</i> (Paris, au bureau de la <i>Jurisprudence générale</i> , 1845-1870)

- Suppl. Rép. Dalloz*** GRIOLET, Gaston, & VERGE, Charles, *Jurisprudence générale. Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, de MM. Dalloz* (Paris, au bureau de la *Jurisprudence générale*, 1887-1897)
- S. 1800. I. 1** SIREY, Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public* (Paris, Cosse et Laguiolle, 1800-1950), année 1800, première partie, p. 1
- S. refondu 1. I. I. 1** DEVILLENEUVE, Lemoine, & CARETTE, Antoine-Auguste, *Recueil général des lois et des arrêts, avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs* (Paris, M. Pouleur, 1840-1843), série 1, t. I, première partie, p. 1

« D'ailleurs, se défier de la magistrature est un commencement de dissolution sociale. Détruisez l'institution, reconstruisez-la sur d'autres bases ; demandez, comme avant la Révolution, d'immenses garanties de fortune à la magistrature ; mais croyez-y ; n'en faites pas l'image de la Société pour y insulter. Aujourd'hui le magistrat, payé comme un fonctionnaire, pauvre pour la plupart du temps, a troqué sa dignité d'autrefois contre une morgue qui semble intolérable à tous les égaux qu'on lui a faits ; car la morgue est une dignité qui n'a pas de points d'appui. Là gît le vice de l'institution actuelle. »

Honoré de Balzac, *Splendeurs et misères des courtisanes*¹

¹ BALZAC, Honoré (de), *Œuvres complètes*, Paris, Furne, 1846, t. XII, « Splendeurs et misères des courtisanes », p. 21.

INTRODUCTION

« Qui peut, sans frémir,

Juger sur la terre ? »

Paul Verlaine, *Sagesse*²

Aujourd'hui comme hier, lorsqu'il s'agit d'évoquer la justice, une antienne veut qu'elle soit, au terme d'une comparaison éculée, associée à Janus, ce dieu romain *bifrons*, tourné vers le passé et pourtant, aussi, vers l'avenir. La parabole n'est pas toujours positive : elle met en avant la duplicité du juge, à qui aucune confiance ne pourrait être accordée en raison, notamment, de sa dépendance organique. L'acte de juger est un pouvoir terrible, aussi redouté que convoité ; les temps présents en donnent de puissantes illustrations. En 2024, Marine Le Pen, alors condamnée pour détournement de fonds publics, fustige la partialité de juges qu'elle dénonce comme étant aux ordres. En 2025, l'ancien président de la République Nicolas Sarkozy, condamné pour association de malfaiteurs, avance des arguments similaires : le juge est un être politisé, la condamnation est une vengeance mandée de plus haut. Ces diatribes ne sont pas une exception française : outre-Atlantique, Donald Trump, revenu aux affaires en 2021, sonne la charge contre les juges – les *Obama judges* – qui ont osé, pas même de le condamner, mais d'engager des poursuites contre lui. La politisation supposée du juge le disqualifierait à juger des hommes politiques, ou, plus simplement, à être un acteur du droit digne de respect : qu'il décharge ou qu'il condamne, le juge ne peut qu'errer, malhabile dans ce costume honni. La controverse n'est pas neuve ; elle ne s'épuise pas dans la période récente, tant s'en faut. À l'image de celle des XX^e et XXI^e siècles, la magistrature du XIX^e siècle porte aussi en elle les stigmates de cette vision péjorative : pourtant astreinte à attribuer à chacun son dû³, la magistrature donnerait sans cesse à voir le spectacle d'une mission irrémédiablement compromise. Pour pallier ces défauts présentés comme inhérents à la fonction de juger, les législateurs nés sur les cendres de l'Ancien Régime se sont promis de parer ces coups.

Le juriste connaît bien la formule du législateur, portée par l'article 4 du Code civil, qui, dès 1804, semble offrir au juge les moyens de s'ériger en libre régulateur des conflits :

² VERLAINE, Paul, *Sagesse*, Paris, Société générale de librairie catholique, 1881, III, II, p. 77.

³ Selon la maxime d'Ulpien : « *suum cuique tribuere* » (D. 1, 1, 10).

« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Cette inscription, placée au frontispice de la législation civile française, ressortait initialement d'un projet de *Livre préliminaire* au Code civil. Inscrit à l'article 10 du titre V relatif à l'interprétation des lois, le principe devait confirmer, sans utiliser la notion, la faculté d'interprétation dont dispose le juge et « sans laquelle il ne peut exercer son ministère », selon François-Denis Tronchet⁴. Cette disposition était accompagnée d'un étonnant article 11, reconnaissant au juge un pouvoir plus grand encore :

« Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive ».

Bien que le *Livre préliminaire* ait été écarté de la rédaction finale⁵, sa substance – l'impératif de juger – est confirmée, tant en droit civil qu'en droit criminel⁶. Ainsi, les codifications du début du XIX^e siècle semblent commander une part d'autonomie au juge, dont l'étendue n'est pas clairement fixée. Toutefois, cette porte, espoir de liberté, est rapidement refermée par la prohibition inscrite, immédiatement après, à l'article 5 du code, dont le style, impérieux et lapidaire, est demeuré inchangé depuis sa rédaction en 1804 :

« Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

Complétée plus loin par l'article 1351⁷, cette disposition entérine le principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée. Au plan pénal, l'idée est reprise à l'article 4 du Code de 1810, qui proscriit toute interprétation de la part du juge, en rappelant l'impératif de légalité⁸. Or, ces dispositions, inscrites autant par souvenir du passé qu'au nom d'une crainte pour l'avenir, condamnent le juge à un rôle d'officiant : soumis à la règle, il est cantonné à un rôle secondaire, répétitif et peu innovant de la simple application de la loi, bien éloigné de la posture,

⁴ Cité par KRYNEN, Jacques, *L'état de justice : France, XIII^e-XX^e siècles*, Paris, Gallimard, 2012, t. II, p. 120.

⁵ Le *Livre préliminaire* est abandonné après un double rejet du Corps législatif (24 frimaire an X – 15 décembre 1801) et du Tribunat (21 fructidor an X – 8 septembre 1802).

V. GAUTIER, Pierre-Yves, « Pour le rétablissement du Livre préliminaire du Code civil », *Droits*, 2005, n°41, p. 37-52.

⁶ Code pénal, article 185 : « Tout juge ou tribunal, tout administratif ou autorité administrative, qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi, et sera puni d'une amende de deux cents francs au moins et de cinq cents francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt. »

⁷ Code civil, article 1351 : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

⁸ Code pénal, article 4 : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. »

parfois turbulente, des cours souveraines d'antan. Aussi, associer le juge à l'idée d'une indépendance fonctionnelle semble-t-il incongru, dans un siècle marqué du sceau des mots de Montesquieu où le juge, transparent, doit être la « bouche de la loi »⁹.

Cette lecture est confortée par le récit doctrinal, qui a laissé des traces durables quant à la vision de l'office du juge au XIX^e siècle. Aux premières heures des codifications, pour justifier la relégation du juge à une fonction subordonnée et la mise au ban de la jurisprudence, la doctrine eut recours à un argument commode : celui de son manque de fiabilité. La cacophonie des décisions, provisoires jusqu'à obtention de la force de chose jugée, rendues par l'ensemble des juridictions françaises, freine l'émergence de principes intangibles et, en fait, constitue un empêchement à l'utilisation de la jurisprudence comme outil d'éclaircissement des nouvelles dispositions législatives. Comment accepter son rôle créateur, elle qui « élabor[e] des systèmes à partir de décisions de justice, soumises à l'empire des faits et à toutes sortes d'aléas »¹⁰ ? Au fond, est-il réellement pertinent de fixer des principes juridiques à l'aune d'une décision jurisprudentielle ou, même, d'un faisceau de décisions, dont il est possible de douter de la pérennité ou encore de la représentativité au sein de l'ordre judiciaire¹¹ ?

Aux premiers temps des codes napoléoniens, la réponse ne pouvait être que négative. Parce qu'elle est le fruit d'une multitude de décisions dans le même sens et ne peut donc que se former sur le temps long, la jurisprudence est disqualifiée comme source de droit crédible : les principes qu'elle pose ne seraient qu'une source de principes stables qu'*a posteriori*, après plusieurs décennies et décisions prononcées sur le sujet¹². Par son essence et sa construction mêmes, la jurisprudence est alors, un peu rapidement, exclue des études doctrinales ; et, ce, d'autant plus facilement que la méthode dominante de l'École de l'exégèse¹³ est fondamentalement incompatible avec la formation de la jurisprudence. En cherchant à

⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (de), *De l'Esprit des lois*, rééd., Paris, Veuve Dabo, 1824, t. I, XI, 6. Dans cette formule bien connue, Montesquieu restreint le juge au rôle de « bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». Pour autant, celui-ci insiste sur la nécessité de conférer au pouvoir judiciaire une existence réellement autonome : « il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice ».

V. SAINT-BONNET, François, « L'"autre" séparation des pouvoirs de Montesquieu », dans MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, & PARIENTE, Alain (dir.), *La séparation des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2006, p. 49-64.

¹⁰ BARENOT, Pierre-Nicolas, *Les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914). Entre théorie et pratique*, Paris, LGDJ, 2022, p. 56.

¹¹ V. ATIAS, Christian, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985 ; HAKIM, Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002 ; RAYNAUD, Philippe, « La loi et la jurisprudence des Lumières à la Révolution », *Archives de philosophie du droit*, « La Jurisprudence », 1985, n°30, p. 61-72.

¹² LOCRE, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Paris, Treuttel & Würtz, 1829, t. XVI, p. 622 et suiv.

¹³ L'École de l'Exégèse compte, notamment, dans ses rangs Charles Aubry, Gabriel Baudry-Lacantinerie, Claude-Étienne Delvincourt, Jacques de Malleville, Victor-Napoléon Marcadé, Victor Proudhon, Charles-Frédéric Rau, Charles Toullier ou encore Raymond-Théodore Troplong.

V. BONNECASE, Julien, *L'École de l'exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1924 ; REMY, Philippe, « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, 1985, n°1, p. 115-123.

débusquer la bonne application de la loi, à partir de son seul texte et conformément à la volonté attribuée au législateur, la méthode exégétique récuse toute utilisation des faits pour éclairer le principe guidant l'esprit de la loi : il faut puiser dans les seules codifications napoléoniennes, suffisantes en elles-mêmes, le sens des lois. Or, ce courant de pensée entre dans une dénégation quasi ontologique de la jurisprudence, justifiant tant son dénigrement que sa mise à l'écart. Une telle position explique, en partie, la popularité de l'adage « les arrêts sont bons pour ceux qui les obtiennent », qui annonce combien la décision de justice ne peut se hisser au rang de source normative. La défaveur atteint plus généralement les recueils des arrêtistes, aisément qualifiés d'« *arrestophages*, c'est-à-dire de *croqueurs d'arrêts* »¹⁴, auxquels les praticiens doivent préférer les bulletins officiels.

Il n'est pas interdit de rappeler une évidence : cette posture n'est, au XIX^e, pas celle de tous. Il est même surprenant de constater qu'à certains égards, c'est le pouvoir impérial qui modère cette attitude à l'endroit de la jurisprudence. Le juriste connaît bien le mot de Napoléon I^{er}, à l'occasion de la parution des premiers commentaires de son Code civil, au premier rang desquels l'*Analyse raisonnée*¹⁵ de Jacques de Maleville¹⁶ :

« Mon code est perdu ! »¹⁷.

Or, cette prophétie incrimine davantage la profusion de commentateurs que l'œuvre de la jurisprudence elle-même¹⁸. Les propos du *Journal de l'Empire*, organe de presse aux ordres du pouvoir impérial, laisse peu de doute à cet égard. À l'occasion de la publication du dictionnaire d'Antoine Coffinières mettant en rapport le Code civil avec les décisions de justice¹⁹, le quotidien bonapartiste fait paraître un article qui loue le travail de la jurisprudence, vue comme un « complément naturel du Code ». Selon l'auteur de l'article :

¹⁴ Ce que regrette Alexandre-Auguste Ledru-Rollin dès 1838 (LEDRU-ROLLIN, Alexandre-Auguste, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », *Journal du Palais*, 3^e éd., 1838, p. IX).

¹⁵ La première édition du commentaire de Jacques de Maleville paraît en l'an XIII (1805).

V. MALEVILLE, Jacques (de), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, 3^e éd., Paris, Nève, 1822.

¹⁶ Jacques de Maleville (1741-1824) poursuit des études de droit à la Faculté de Bordeaux. En avril 1791, il devient membre du Tribunal de cassation, nouvellement créé, dont il prend la présidence, de manière éphémère, entre avril et octobre 1792. Les événements politiques l'éloignent du Tribunal un temps ; il est finalement rappelé en mars 1794 pour prendre la tête de la section criminelle. Élu au Conseil des Anciens en 1796, il intervient régulièrement lors des débats législatifs. Sa carrière politique est interrompue par l'arrivée de Napoléon Bonaparte, qui le rétablit néanmoins dans ses fonctions de juge de cassation. Il est nommé le 12 août 1800 parmi les quatre membres de la commission gouvernementale chargée du projet de Code civil. Les discussions autour du projet de code nourrissent son œuvre majeure : une *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Gérard Guyon, dans ARABEYRE, Patrick, HALPERIN, Jean-Louis, & KRYNEN, Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècles)*, 2^e éd. revue et augmentée de 60 entrées, Paris, PUF, 2015, p. 689-691.

¹⁷ LAS CASAS, Emmanuel (de), *Le Mémorial de Sainte-Hélène*, rééd., Paris, La Pléiade, 1957, t. II, p. 153.

¹⁸ V. HALPERIN, Jean-Louis, « L'histoire de la fabrication du Code. Le Code : Napoléon ? », *Pouvoirs*, 2003, n°107, p. 11-21.

¹⁹ COFFINIÈRES, Antoine, *Le Code Napoléon, expliqué par les décisions suprêmes de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, Paris, Garnery, 1809.

« il est donc bien plus utile, pour quelqu'un qui se livre à l'étude de la jurisprudence constante et positive, de consulter les arrêtistes que les commentateurs, [qui] ne font trop souvent qu'obscurcir la loi au lieu de l'éclaircir »²⁰.

Cette vision méliorative de la jurisprudence reste cependant minoritaire dans ce premier XIX^e siècle : les arrêtistes sont aisément perçus comme de vulgaires compilateurs d'arrêts, n'offrant nulle analyse du droit, et se voient, partant, exclus de la constitution de la science du droit²¹. Cette attitude explique le cantonnement de la jurisprudence et ses propagateurs à un rôle secondaire dans la formation du droit ; la preuve peut en être administrée par deux illustrations.

D'une part, la jurisprudence est longtemps tenue éloignée de l'enseignement du droit. Les Écoles de droit, réhabilitées par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) et faites « Facultés » par décret du 17 mars 1808, ont pour seule mission de transmettre les dispositions législatives, expurgées de la jurisprudence naissante afférente. Ce lien étroit entre les Écoles et les codifications napoléoniennes est conforté par les circonstances : leur création précède de peu la promulgation du Code civil (loi du 30 ventôse an XII – 21 mars 1804), manifestant la volonté de confirmer la force des codifications en leur adjoignant des commentateurs-professeurs. Les universitaires, pétris de la méthode de l'exégèse, se font essentiellement glossateurs : c'est l'avènement d'une « doctrine du Code », qui conduit les universitaires à délaisser l'étude de la jurisprudence. Cette idée est entretenue par une formule, attribuée à Jean-Joseph Bugnet²², Professeur à la Faculté de droit de Paris :

« Je ne connais pas le Droit civil, je n'enseigne que le Code Civil »²³.

Cette quasi-gémellité entre Écoles et Codes laisse des traces durables, puisque la doctrine ne s'écarte, laborieusement, de ce prisme qu'au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, à la faveur de l'influence grandissante des recueils de jurisprudence et des notes d'arrêts. Preuve de cette longue attente, les Écoles de droit n'accueillent la jurisprudence en leur sein qu'en 1843, date à laquelle un cours lui est enfin consacré à l'instigation du Professeur Louis Cabantous²⁴. Avant cette reconnaissance officielle, il convient alors de parler d'une

²⁰ *Journal de l'Empire*, 4 décembre 1809, « Variétés », p. 4.

²¹ V., sur le dédain témoigné par la doctrine à l'égard de la jurisprudence, GAUDEMET, Eugène, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, rééd. avec une présentation de Philippe Jeztaz et Christophe Jamin, Paris, Éd. la Mémoire du droit, 2002.

²² Jean-Joseph Bugnet (1794-1866) poursuit des études de droit à la Faculté de Dijon, après avoir renoncé à des études ecclésiastiques. Il est ensuite nommé à la Faculté de Paris, où il enseigne le Code civil, selon la méthode exégétique, jusqu'à sa mort. Il réalise une réédition, en dix volumes, des traités de Pothier. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 188.

²³ Cité par REMY, Philippe, « Éloge de l'Exégèse », *loc. cit.*, p. 122.

V. BAUDET, Fernand, *Labbé Arrétiste, aperçu général de ses doctrines en droit civil*, Lyon, Robbe, 1908, p. 23.

²⁴ HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2012, p. 48.

Louis-François Cabantous (1812-1872) poursuit des études de droit à Toulouse. En 1841, il est nommé Professeur de droit suppléant à la Faculté de Dijon, qu'il quitte en 1843 pour occuper la chaire de droit administratif de la Faculté d'Aix.

« absence de synergie » entre l'École et le Palais – davantage que d'une franche rupture entre les deux –, dans le sens où « aucune de ces deux autorités ne s'appuie vraiment sur l'autre pour mener à bien sa mission de découverte des principes ou d'application du droit »²⁵.

D'autre part, cette défiance à l'égard du contenu jurisprudentiel contamine le monde de l'édition juridique : les magistrats, n'étant pas considérés comme des artisans de la science du droit, ne sont pas les potentiels destinataires des ouvrages doctrinaux. Dans cette logique, autant intellectuelle que commerciale, les imprimeurs-libraires sont davantage à l'écoute des autres professionnels du droit – tels les avocats ou avoués – et des universitaires, interlocuteurs privilégiés pour lesquels les ouvrages de droit sont pensés²⁶. La synergie doctrinale entre École et Palais, excluant la magistrature, est par ailleurs alimentée par le fait que nombre de professeurs sont également inscrits au tableau de l'ordre des avocats²⁷. À l'inverse, comme le relève Jean-Louis Halpérin, peu nombreux sont les magistrats à s'être faits auteurs de livres de droit – tels Raymond-Théodore Troplong²⁸ ou Jean-Marie Pardessus²⁹ – « et il n'est pas sûr qu'ils aient été les principaux acteurs de la reconnaissance de l'autorité de la jurisprudence par

²⁵ SOULA, Laurence, « Les recueils d'arrêts et de jurisprudence des Cours d'appel, miroirs de la formation et de l'évolution de la jurisprudence au XIX^e siècle », dans *Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Pessac, PUB, 2010, p. 1101.

²⁶ PELICAND, Antoine, « Des juges de paix à la recherche d'un "guide sûr dans le dédale de nos lois et des fonctions multipliées ». Nouveaux marchés et stratégies éditoriales au XIX^e siècle », dans CARVAIS, Robert, & HALPERIN, Jean-Louis (dir.), *L'histoire de l'édition juridique (XVI^e-XXI^e siècles). Un état des lieux*, Paris, LGDJ, 2021, p. 95-111.

²⁷ Si certains Professeurs portent peu la robe – tels Charles Aubry, Hyacinthe Blondeau, Claude Delvincourt, Gabriel Demante, Victor Proudhon –, d'autres exercent réellement les deux professions – tels Charles Demolombe, Joseph-Émile Labbé, Bénigne Poncet, Charles-Frédéric Rau, Charles Toullier, Claude Valette. Cette situation conduit Nader Hakim à conclure que « [peu] de civilistes de renom n'ont pas été praticiens », tels Charles Beudant ou François Laurent (HAKIM, Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 203).

²⁸ Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) intègre la magistrature, comme substitut du procureur en Corse, en 1819. Après Alençon et Bastia, il se distingue comme avocat général près la Cour de Nancy. Sa carrière judiciaire se double d'une notoriété grandissante comme auteur doctrinal (avec son œuvre monumentale : le *Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, édité entre 1834 et 1855), ce qui lui permet d'être appelé à la Cour de cassation (1835). Libéral prudent en 1848, il prend le parti de l'ordre après les journées de Juin, jusqu'à épouser la cause de Louis-Napoléon Bonaparte, dont il est l'« oracle juridique ». Cet engagement est récompensé : il est nommé premier président de la Cour de Paris (1848) et premier président de la Cour de cassation et président du Sénat (1852). Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Caroline Gau-Cabée, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 983-985.

²⁹ Jean-Marie Pardessus (1772-1853) entame une carrière d'avocat, avant d'être nommé juge suppléant au Tribunal de Blois (1802), ville dont il devient maire. Sa renommée de praticien se double d'une riche activité doctrinale : le *Traité des servitudes* (1806), le *Traité du contrat et des lettres de change* (1809) ou les *Cours de droit commercial* (1814), pour ne citer qu'eux. Il est reçu au concours de l'agrégation en 1810 et devient le premier Professeur de droit commercial – discipline dont il est le fondateur – à la Faculté de droit de Paris. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean Hilaire, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 793-795.

la doctrine »³⁰. Ainsi de Raymond-Théodore Troplong³¹, attaché pourtant à la Cour de cassation, qui ne manque pas de critiquer son attitude :

« les variations de la Cour de cassation sont si fréquentes (et quels sont, au surplus, les jurisconsultes qui n'ont pas varié !) qu'il est bien difficile d'arriver, par son concours, à l'unité en jurisprudence »³².

La jurisprudence pâtit ainsi autant de son éloignement des Écoles de droit que des conditions de son élaboration, qui la disqualifieraient comme outil dans la recherche des principes directeurs du droit. Ce fait conduit à la même exclusion des magistrats comme agents actifs de la construction de la science juridique.

Au regard de ces constats, pourquoi consacrer une étude au pouvoir judiciaire, dans une France du XIX^e siècle largement tributaire d'une conception héritée de Montesquieu selon laquelle la justice doit essentiellement apparaître comme « invisible et nulle »³³ ? Pourquoi partir à la recherche de l'indépendance *fonctionnelle* d'une magistrature judiciaire, un organe essentiellement conçu comme un laquais des pouvoirs exécutif et législatif, en raison de sa dépendance organique originelle ? Pourquoi, enfin, interroger le rôle de la magistrature judiciaire au XIX^e siècle souvent présenté comme celui d'un légicentrisme affirmé, sinon triomphant ?

D'abord, parce qu'une condamnation aussi nette de la magistrature ne peut qu'intriguer le chercheur, notamment quand l'historiographie ne présente pas de travail pleinement satisfaisant sur ce sujet. Prétendre investir un terrain neuf serait cependant prétentieux, alors que des études ambitieuses ont été menées tant sur l'influence politique et juridique de la Cour de cassation³⁴ que sur l'autonomie jurisprudentielle des cours d'appel au XIX^e siècle³⁵ et l'influence du juge sur la loi écrite³⁶. Mais aucune approche généraliste, portant autant sur les

³⁰ HALPERIN, Jean-Louis, « Quelques Janus au XIX^e siècle entre magistrature et doctrine », dans CENTRE D'HISTOIRE JUDICIAIRE (dir.), *Figures de justice. Etudes en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 79.

³¹ Christophe Jamin et Philippe Jestaz rappellent à cet égard que Raymond-Théodore Troplong, pourtant conseiller à la Cour de cassation dont il deviendra premier président, ne voit dans la jurisprudence que « le spectacle de la loi en action » (JAMIN, Christophe, & JESTAZ, Philippe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 91-92).

³² TROPLONG, Raymond-Théodore, *De la prescription, ou Commentaire du titre XX du livre III du Code civil*, Paris, Charles Hingray, 1835, t. I, p. 516.

³³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (de), *De l'Esprit des lois*, op. cit., t. I, XI, 6.

³⁴ V. BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810. Le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence (1811-1863)*, Paris, LGDJ, 2005 ; HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965.

³⁵ V. DAUVERGNE, Chantal, *La cour d'appel de Dijon (an VIII-1852)*, [th. droit, Dijon], 1990 ; SOULA, Laurence, *La robe, la terre et le Code. La cour d'appel d'Agen (an VIII-1851)*, [th. droit, Toulouse], 1996 ; SOULA, Laurence (dir.), *Les cours d'appel : origines, histoire et enjeux contemporains*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016 ; THIEBAULT, Edmond-Lucien, *La juridiction d'appel à Nancy de 1800 à 1810*, [th. droit, Nancy], 1999 ; VEILLON, Didier, *Les magistrats dans le ressort de la cour d'appel de Poitiers au XIX^e siècle*, [th. droit, Poitiers], 1996.

³⁶ V. BLOQUET, Sylvain, *La loi et son interprétation à travers le Code civil*, Paris, LGDJ, 2017.

juridictions du fond que sur la Cour de cassation, n'a été menée pour constater, concrètement et presque quotidiennement, en droits civil, criminel et commercial, ce qu'il en était de ce pouvoir présumé fantôme et tenu pour non révélé avant les œuvres d'un François Gén³⁷ ou Édouard Lambert³⁸.

Ensuite, parce que les recueils et journaux de jurisprudence n'ont peut-être pas encore dévoilé toutes les armes utilisées par les juges au cours du XIX^e siècle. Les récits de Jean-Louis Halpérin³⁹, Robert Carvais⁴⁰ ou Pierre-Nicolas Barénot⁴¹ pavent la voie autant qu'ils soulèvent de nouvelles interrogations : les imprimés du XIX^e siècle accordent une place croissante à la jurisprudence, toutes juridictions confondues, interrogeant la raison et l'origine de cet intérêt exponentiel.

Enfin, parce que l'histoire est trop belle. La Révolution est présumée avoir apporté un monisme juridique, proposant une image idéalisée de la loi et du juge. Ainsi que le résume Caroline Gau-Cabée, « le droit y est assimilé à la loi dans une perspective exhaustive et infaillible, ce qui implique le reniement de la jurisprudence, dès lors que la loi ne souffre aucun supplément prétorien. Le juge, exécutant servile de la loi, dit le droit mais ne le fait pas »⁴². Mais qu'en est-il dans les faits ? Qu'est-il advenu de cette magistrature, dont la défiance traditionnelle est telle qu'elle conduit à commander sa disparition sitôt la Révolution française en marche⁴³ ? Qu'en est-il des affirmations de Maximilien Robespierre, qui, avec le verbe qui le caractérise, lance, le 18 novembre 1790, à l'Assemblée constituante : « ce mot de

³⁷ François Gén³⁷ (1861-1959) poursuit des études de droit à la Faculté de Nancy ; il est reçu docteur en 1885 et à l'agrégation en 1887. Il enseigne d'abord à Alger et Dijon, avant de regagner Nancy, où il accède à la chaire de droit civil. Son premier ouvrage, *Méthode d'interprétation en droit privé positif* (1899), est un succès immédiat et le fait entrer dans la postérité : il y déconstruit les méthodes juridiques d'interprétation antérieures et entend renouveler les sources du droit. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Nader Hakim, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 471-473.

³⁸ Édouard Lambert (1866-1947) enseigne toute sa carrière à la Faculté de droit de Lyon, où il est titulaire de la chaire d'histoire du droit. Il assure par ailleurs des cours de droit international privé et de droit civil comparé, lui permettant de développer une nouvelle conception du droit comparé, qui fera sa notoriété. Écrivain prolifique, il est notamment l'auteur d'un ouvrage qui concourt à sa renommée : *Le Gouvernement des juges*. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Nicole Dockès-Lallement, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 596-597.

³⁹ HALPERIN, Jean-Louis, « La place de la jurisprudence dans les revues juridiques en France au XIX^e siècle », dans STOLLEIS, Michael, & SIMON, Thomas (dir.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 2006, p. 369-383.

⁴⁰ V. CARVAIS, Robert, & HALPERIN, Jean-Louis (dir.), *L'histoire de l'édition juridique...*, *op. cit.*

⁴¹ BARENOT, Pierre-Nicolas, *Les recueils de jurisprudence...*, *op. cit.*

⁴² GAU-CABÉE, Caroline, « Mythe et réalités d'une société moniste : le droit au cœur des divisions, les voies de l'unité », dans GAVEN, Jean-Christophe, & KRYNEN, Jacques (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIX^e-XX^e siècles)*, Toulouse, PUT, 2012, p. 455.

⁴³ Mise en vacances dès le décret du 3 novembre 1789, la magistrature est la première grande sacrifiée d'une Révolution qui se méfie de son rôle captieux sous l'Ancien Régime. À l'occasion de cette mise en vacances, le journal du *Père Duchesne* se fait sans équivoque le relais de cette défiance : « Ils foutent enfin le camp, ces sacrés coquins de juges ! Nom d'un foutre ! Les voilà rasés ! [...] Ces bougres n'agissaient que dans leur intérêt personnel » (cité par ROYER, Jean-Pierre, « Au-delà de la chronique judiciaire, la presse pendant la Révolution (de 1789 à l'an II) », dans *Histoire de la Justice*, vol. XX, n°1, 2010, p. 57-67).

V. *infra*, B. – L'épuration.

jurisprudence doit être effacé de notre langue »⁴⁴ ? Cette condamnation, demeurée célèbre, annonce sans équivoque le sort réservé par le député à la magistrature : des lois précises empêchant l'avènement d'une jurisprudence ; l'établissement de jurys civils plutôt que des juges professionnels⁴⁵.

Pourtant, deux siècles plus tard, le projet d'un jury civil a été remis depuis longtemps et les magistrats professionnels ont été érigés en juges ordinaires, ne laissant qu'une part résiduelle du contentieux aux jurés. Bien plus, ce n'est plus la question de l'existence de la jurisprudence qui agite les juristes mais celle de la détermination de sa place. En 1987, dans la revue *Dalloz-Sirey*, Philippe Jestaz conclut d'ailleurs nettement : « force est de convenir que la jurisprudence a, sauf en la forme, la même autorité que la loi »⁴⁶.

Si cette affirmation peut trouver des détracteurs, il faut toutefois reconnaître qu'à l'orée du XX^e siècle, le débat s'est déplacé : outil incontournable dans le travail des praticiens et des universitaires, la jurisprudence s'est imposée comme matériau indispensable à la formation et à l'enrichissement du droit. La preuve peut en être administrée par un simple exemple : personne ne songerait, aujourd'hui, à se procurer un code nu, non agrémenté des jurisprudences actualisées annuellement par son éditeur. À l'inverse du format des codes annotés au XIX^e siècle, dont les auteurs veillaient davantage à présenter, sous chaque article, les traités afférents plutôt que les décisions de justice, les dispositions législatives sont aujourd'hui immanquablement accompagnées de celles qui semblent désormais faire corps avec elles.

De fait, l'écart conceptuel qui sépare le révolutionnaire de l'universitaire interroge. Si le premier, Maximilien Robespierre, ne peut être érigé en porte-parole des hommes de son temps, ses saillies se font toutefois l'écho de pensées, portées depuis 1789 et pétries par une idée fixe : le règne de la loi. Un règne si asphyxiant qu'il relègue le juge et son œuvre, au mieux à un rôle de subalterne obséquieux, au pire à celui de simple figurant. Comment alors expliquer la tenue de deux discours si dissemblables, alors que le second, Philippe Jestaz, vit selon des institutions et un droit, inscrits dans un sillon tracé par le premier ? Force est de constater qu'il y a eu une métamorphose du juge, ou, plus modestement, de sa vision. Or, à cet égard, le rôle captieux de la doctrine interroge : pourquoi se refuse-t-elle à un tel éveil, déniait à la

⁴⁴ *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XX, p. 516.

⁴⁵ Un premier vote du 8 février 1791 acte ce changement (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XXIII, p. 46), consacré par le décret du 13 octobre 1792 qui supprime l'obligation faite jusqu'alors de choisir pour les emplois judiciaires des personnes qui ont « exercé la profession d'homme de loi » (article 6).

V. REMY, Philippe, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 2003/4, n°107, p. 22-36.

⁴⁶ JESTAZ, Philippe, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *Dalloz-Sirey*, 1987, Chronique III, p. 13. L'auteur ajoute, en prenant exemple de l'arrêt Jandheur – rendu par la Cour de cassation, en chambres réunies, le 13 février 1930 –, qui est enseigné et pratiqué comme règle de droit.

jurisprudence un rôle actif dans la création du droit ? À quoi tient cette « cécité »⁴⁷ de la doctrine ?

Pour comprendre comment le rôle actif du juge a fini par être accepté, voire banalisé, l'histoire nous est un précieux allié.

À la recherche d'un silence

Peu avant Philippe Jestaz, Philippe Malaurie, parti à la recherche des « réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », achevait son étude par une conclusion étonnante : à ses yeux, au seuil des années 1980, l'âge d'or de la jurisprudence ne serait plus. L'épiphanie aurait vécu : l'existence de la jurisprudence n'est plus occultée mais son activité créatrice, banalisée depuis les années 1930, ne surprendrait plus guère⁴⁸. L'heure n'est donc plus à s'insurger devant un « gouvernement des juges ». Selon Philippe Malaurie, la rupture intellectuelle aurait été opérée dès le XIX^e siècle mais elle n'aurait été révélée qu'au début du siècle suivant : en dépit des prescriptions de la loi et contrairement au récit construit par la doctrine, le juge s'est progressivement érigé en véritable pouvoir normatif. François Gény, le premier, se fera, en France, l'Hermès de cette nouvelle réalité⁴⁹ : sans renier l'autorité fondamentale de la loi, celui-ci milite pour une meilleure prise en considération de sources para-législatives, dont la jurisprudence. De là, sa célèbre formule :

« Par le Code civil, mais au-delà du Code civil ! »

Le fait semble donc acquis : la jurisprudence, dont l'autorité est reconnue après avoir longtemps été cadencée par la loi et ignorée de la doctrine, est une source de droit digne de l'intérêt des juristes du XX^e siècle. Cette idée est confirmée par la rupture méthodologique que connaît le siècle naissant : jusqu'alors hégémonique, la méthode philologique, guidée par l'impératif de recherche de la volonté du législateur pour déterminer le sens des lois, cède la place à l'approche sociologique et économique, davantage favorable à la recherche d'un

⁴⁷ HALPERIN, Jean-Louis, « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », dans CAYLA, Olivier, & RENOUX-ZAGAME, Marie-France (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2002, p. 162.

⁴⁸ MALAURIE, Philippe, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », *Répertoires du notariat Defrénois*, 1980, p. 861-862.

⁴⁹ GENY, François, *Méthode d'interprétation en droit privé positif. Essai critique*, 1^{ère} éd., Paris, A. Chevalier-Marescq, 1899. Celui qui critique les adeptes du « fétichisme de la loi écrite et codifiée » (p. 61) se refuse pourtant à consacrer la jurisprudence comme une source de droit *ad hoc*, préférant la ranger parmi les coutumes.

équilibre entre les intérêts en présence⁵⁰. En prônant cette dernière méthode, délestée du poids de la toute-puissance de l'intention de l'auteur de la loi dans la mécanique de l'interprétation, la doctrine manifeste un rapprochement avec la méthode employée par le juge. Les deux méthodes s'efforcent à une observation concrète des faits, au nom desquels les principes de droit peuvent être ajustés, manifestant ainsi un changement de prisme qui laisse la part belle à l'œuvre du juge, pivot essentiel dans l'adaptation du droit aux données sociales. Mais ce constat n'épuise pas la recherche initiée : comment la jurisprudence est-elle devenue une source de droit banalisée au XX^e siècle ? Ou, plutôt, négativement : pourquoi cette révélation n'a-t-elle pas été consacrée dès le XIX^e, au point de présenter ce siècle comme celui de l'âge d'or du légicentrisme le plus strict ?

Dans cette recherche à rebours, Adhémar Esmein⁵¹ peut apporter une première clef de réponse. Le constitutionnaliste, contemporain de François Gény, pointe un fautif : la doctrine. Dans un article précurseur et déterminant pour le XX^e siècle⁵², il met en mots l'erreur, consciente ou non, de la doctrine qui n'a pas pris la jurisprudence comme un objet d'étude, alors qu'elle seule serait à l'origine des transformations du droit. Ce chantre de la méthode historique prône l'étude de la pratique judiciaire, même celle du plus petit tribunal, puisque la jurisprudence « forme un véritable système, harmonique et consistant »⁵³. Adhémar Esmein regrette alors que la doctrine du XIX^e, résolument dédiée à une analyse des textes normatifs conformément à la volonté de leur auteur, n'ait pas suffisamment accordé d'intérêt à la jurisprudence, qui s'est, en pratique, nécessairement construite à sa marge. Cet appel à une meilleure collaboration entre doctrine et jurisprudence confirme le début d'une nouvelle ère pour le pouvoir prétorien autant qu'il suggère l'ouvrage déjà entrepris par les juges, tout au long du XIX^e siècle, pour légitimer et entériner son apport à la formation du droit. Bien plus, à l'orée du XX^e, Adhémar Esmein conditionne la survie de la doctrine à son association à la jurisprudence, au motif que la manifestation du pouvoir créateur du juge rend indispensable de lui consacrer des études doctrinales :

⁵⁰ V. FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Paris, Bruylant, 2011.

⁵¹ Jean-Paul-Hippolyte-Emmanuel Esmein (1848-1913), dit Adhémar Esmein, poursuit des études de droit à Paris, à l'issue desquelles il obtient un doctorat et se fait d'abord avocat. Agrégé en 1875, il part, un temps, à Douai enseigner le droit criminel et l'histoire du droit. Il est le premier à enseigner l'histoire du droit à la Faculté de Paris, en 1881. Artisan majeur de l'approche historique de la législation, il laisse avec son *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (1892), un ouvrage moderne rénovant la matière. Entre autres publications, il signe également une *Histoire de la procédure criminelle en France* (1882) et des *Éléments de droit constitutionnel* (1896). Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 406-408.

⁵² ESMEIN, Adhémar, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n°1, p. 5-19.

⁵³ *Ibid.*, p. 8.

« il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude : elle ne perdra point pour cela son originalité et sa force ; elle acquerra au contraire une sève rajeunie et des floraisons nouvelles »⁵⁴.

Sans renier les études purement dogmatiques, Adhémar Esmein justifie cette injonction à une meilleure prise en considération de la jurisprudence par un constat simple : la jurisprudence fait vivre le droit, laquelle ne peut se reposer uniquement sur des Codes, dont la promulgation marque leur naissance autant qu'elle enclenche le début de leur dépérissement⁵⁵. Alors ne pas suivre la jurisprudence reviendrait à manquer les inévitables transformations du droit induites par celles de la société⁵⁶. Or, cette nécessité s'avère d'autant plus forte à une époque de grands changements économiques, industriels et sociaux, tels que les a connus le XIX^e⁵⁷.

Un basculement semble alors s'opérer à la fin du premier XIX^e. Après près d'un demi-siècle d'ignorance cordiale entre l'École et le Palais, un renouvellement, progressif, de la méthode d'apprentissage et, de fait, d'interprétation du droit permet la lente acceptation de la jurisprudence. Les commentateurs prônant l'exégèse des textes n'ont d'autre possibilité que de se détacher d'un code dépassé par les temps pour se rapprocher d'une jurisprudence toujours actuelle et d'autant plus nécessaire dans la compréhension des règles que le législateur n'est pas toujours intervenu pour adapter son œuvre aux réalités du jour. Témoin de cette évolution, un magistrat, François Sacase⁵⁸, rappelle combien « la jurisprudence maintient [...] un

⁵⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁵ Le constitutionnaliste Pellegrino Rossi met en mots cet inéluctable dépérissement : « effet nécessaire de la première révolution qui fournit sa carrière, et qui ne se doute guère de celles qui la suivront, le code, image fidèle d'abord de la société rajeunie, perd tous les jours un peu de cette parfaite ressemblance. Il n'y a là motif fondé de reproche pour personne. Le portrait d'un adolescent, fût-il l'œuvre de Raphaël ou du Titien, ne représentera jamais fidèlement les traits de l'homme adulte » (ROSSI, Pellegrino, « Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société », *Revue de législation et de jurisprudence*, janvier-juin 1840, t. XI, p. 18-19). Pour pallier ces difficultés, l'auteur prône néanmoins l'adoption de lois nouvelles non codifiées.

⁵⁶ Dès 1862, Savary, avocat général près la Cour de cassation, insiste, dans son discours de rentrée, sur cette qualité de l'activité jurisprudentielle : « La jurisprudence n'est autre chose que le droit mis en mouvement, en action ; car le droit n'est point une lettre morte condamnée à l'immobilité » (COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, Paris, [s.n.], 1861-1872, t. III, « Audience de rentrée de la Cour de cassation, du 4 novembre 1862 », p. 34).

⁵⁷ Adhémar Esmein s'exprime ainsi : « le XIX^e siècle a vu dans le domaine des intérêts pécuniaires, dans les rapports sociaux, tant de choses nouvelles que le Code civil n'a pas réglementées, parce qu'il ne pouvait pas les prévoir ! [...] Or, ces transformations du droit civil, qui les a notées en même temps que consacrées ? C'est la jurisprudence. C'est elle qui est la véritable expression du droit civil ; elle est la loi réelle et positive, tant qu'elle n'est pas changée. C'est donc elle, autant que le Code civil lui-même, qu'il faut étudier directement et scientifiquement » (ESMEIN, Adhémar, « La jurisprudence et la doctrine », *loc. cit.*, p. 12).

⁵⁸ François Sacase (1808-1884) poursuit des études de droit à la Faculté de Paris, où il obtient sa licence à l'aube de la Monarchie de Juillet. Il entre d'abord comme secrétaire au cabinet d'Armand Dalloz, avant d'intégrer le cabinet du ministre de la justice (1836) ; ses travaux relatifs à la réforme du droit des sociétés n'aboutissent pas immédiatement mais sont ultérieurement repris dans les lois de 1856, 1863 et 1867. En 1839, il intègre la magistrature et est nommé, en fin de carrière, président de chambre à la Cour de Toulouse. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jacques Poumarède, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 901-902.

perpétuel accord entre la loi immuable et des besoins qui se renouvellent »⁵⁹. À cette aune, la doctrine de la seconde moitié du siècle tente de mieux restituer au juge sa place : il n'est plus ce pouvoir avec lequel elle refuse de se compromettre mais devient un objet d'analyse, moins par goût que par une forme de fatalité, que deux facteurs viennent expliciter.

Il s'agit, d'une part, du succès matériel des recueils de jurisprudence⁶⁰, qui offrent enfin aux arrêstistes, longtemps dénigrés, leurs lettres de noblesse. À mesure que les codifications vieillissent et que les juridictions s'ancrent dans le paysage juridique et social, les praticiens du droit s'emparent de ces recueils, lesquels présentent un état de la jurisprudence utile à la défense des causes. Le genre, forgé par Jean-Baptiste Sirey⁶¹ aux premières heures des codifications, doit cependant son avènement à l'entreprise de Désiré Dalloz⁶². Or, ce succès s'explique par une forme de nécessité, soulignée par Lemoine Devilleneuve⁶³ dans la préface de la réédition du *Recueil Sirey* :

« Jusqu'ici, selon nous, on a trop considéré les recueils d'arrêts comme un dépôt d'arguments tenus en réserve pour les besoins de la pratique ou des plaideurs ; on peut y voir aussi, malgré le superbe dédain de quelques maîtres de la science, une vaste série de faits judiciaires, aussi utile à étudier que celle des faits législatifs, puisque les arrêts en sont la réalisation et par conséquent le meilleur commentaire. Cette manière d'envisager la jurisprudence au point de vue de l'histoire de la loi et de ses applications usuelles, n'est autre chose au fond que la méthode expérimentale employée dans la science du droit ; c'est, à notre avis, la seule voie du progrès »⁶⁴.

⁵⁹ SACASE, François, « Jurisprudence du XIX^e siècle, ou Table générale du *Recueil général des lois et des arrêts* (1791 à 1850) par MM. Devilleneuve et Gilbert », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, t. VI, p. 84.

⁶⁰ V. ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 66-80.

⁶¹ Jean-Baptiste Sirey (1762-1845) poursuit des études de droit après avoir renoncé à la carrière ecclésiastique. Il est arrêté sous la Convention et traduit devant le Tribunal révolutionnaire ; il parvient, grâce à ses talents de juriste, à échapper à l'échafaud. Avocat à la Cour de cassation, il fonde, avec Géraud-Timothée Denevers, une collection de jurisprudences, reconnue sous le nom de *Recueil Sirey*, dont les notes d'arrêt font la renommée. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Gérard Guyon, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 935-936.

⁶² Désiré Dalloz (1795-1869) cesse ses études au collège pour devenir clerc de notaire. Il quitte l'office pour devenir, à Paris, le secrétaire de cabinet de Jean-Simon Loiseau, tout en suivant, en parallèle, des études de droit. Avocat et député, il doit sa renommée à l'édition de la *Jurisprudence générale*, connue sous le nom de *Répertoire Dalloz*. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Céline Saphore, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 301-303.

⁶³ Gendre de Jean-Baptiste Sirey, Lemoine Devilleneuve participe, à partir de 1824, à la publication du *Recueil Sirey*, dont il devient rédacteur en chef en 1828.

⁶⁴ S. *refondu* I. I. I. vj.

Il s'agit, d'autre part, du développement du format de la note d'arrêt, relayée dans les recueils de jurisprudence. Sous l'égide du Professeur Joseph-Émile Labbé⁶⁵, la note d'arrêt, née dans les années 1830, se structure et s'uniformise pour offrir aux lecteurs, une présentation rationalisée des décisions de justice. Sans vouloir trahir les prescriptions du législateur, Joseph-Émile Labbé revendique l'utilisation de la jurisprudence pour éclairer des principes de droit, qui sont, selon lui, essentiellement relatifs et perméables aux faits⁶⁶.

Ces deux événements obligent, au tournant du demi-siècle, à reconsidérer la jurisprudence. En 1845, une figure illustre de ce changement d'esprit. Alexandre-Auguste Ledru-Rollin⁶⁷ n'est pas avare en mots pour redéfinir l'apport de l'œuvre judiciaire : loin d'être cet amas cacophonique de solutions « où chacun trouve une arme pour attaquer ou pour se défendre », la jurisprudence, « issue de la loi, [...] en conserve d'abord la tradition stoïque ; peu à peu, elle s'empreint d'équité, reflète les mœurs, les idées et les découvertes nouvelles, et, d'esclave soumise, se fait proclamer reine à son tour »⁶⁸.

Certes, des voix dissonantes continuent de s'opposer à l'avènement d'une jurisprudence créatrice⁶⁹ ; mais, ensemble, ces éléments expliquent l'émergence d'une seconde génération de

⁶⁵ Joseph-Émile Labbé (1823-1894) poursuit des études de droit à la Faculté de Paris. D'abord avocat, il s'oriente ensuite vers une carrière universitaire, étant reçu premier au concours d'agrégation de 1856. Il enseigne le droit romain à la Faculté de Paris, tout en maintenant sa pratique d'avocat. Abondant contributeur au *Journal du Palais* et au *Recueil Dalloz*, il amorce, par ses écrits, une transition vers une meilleure étude de la jurisprudence, placée au service de l'adaptation du droit aux réalités sociales. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Nader Hakim, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 573-574.

⁶⁶ V. COHENDY, Georges, *La méthode d'un arrêtiériste au XIX^e siècle. Labbé. Son application aux questions de responsabilité*, Paris, Arthur Rousseau, 1910 ; SERVERIN, Évelyne, *De la jurisprudence en droit privé : théorie d'une pratique*, Lyon, PUL, 1985.

⁶⁷ Alexandre-Auguste Ledru-Rollin (1807-1874) poursuit des études de droit à la Faculté de Paris et est reçu avocat à la Cour royale de Paris en 1830. Détracteur de la Monarchie de Juillet, il est élu député en 1841 mais ne parvient guère à faire entendre sa voix face au pouvoir monarchique. Il est un des artisans de la révolution de 1848 et entre au Gouvernement provisoire, en qualité de ministre de l'intérieur. Après l'élection présidentielle de décembre 1848, à laquelle il se présente vainement, il entre dans l'opposition en qualité de député. Il participe à l'insurrection de juin 1849, qui échoue et le contraint à l'exil à Londres. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Jacques Clère, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 631-632.

⁶⁸ LEDRU-ROLLIN, Alexandre-Auguste, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtiéristes et la jurisprudence », *loc. cit.*, p. XVII.

⁶⁹ À cet égard, les critiques peuvent venir des rangs mêmes de la magistrature. Ainsi du conseiller à la Cour impériale d'Orléans, Lafontaine : « Dans la science du droit, les novateurs sont des tribunaux, et les hérésies sont des sentences. Le vrai théorique devient indifférent, quand l'autorité du juge a transformé l'erreur en vérité pratique, en point de jurisprudence constant, dont l'intérêt des justiciables les oblige à se préoccuper beaucoup plus que du vrai absolu. Le monument inaltérable que le législateur a prétendu ériger dans sa loi, est donc incessamment battu et miné par les flots de cette mer toujours agitée qu'on appelle la jurisprudence. La jurisprudence, cette Babel judiciaire, est l'élément perturbateur de la législation » (LAFONTAINE, « D'une tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1860, t. XVI, p. 164-165).

commentateurs, incarnée par Charles Demolombe⁷⁰, Alexandre Duranton⁷¹ et, surtout, Antoine Blanche⁷², lesquels utilisent abondamment la jurisprudence dans leurs traités de droit⁷³, sans renier la primauté de l'intention du législateur et de ses textes⁷⁴. Ces reconnaissances ne doivent néanmoins pas rendre le juge orgueilleux mais au contraire l'inciter à se rapprocher de la doctrine : puisqu'en effet, il faut, en raison de son caractère essentiellement fragmentaire, que la jurisprudence s'adjoigne le concours de la doctrine pour que de sa synthèse fleurisse une véritable science des arrêts.

Dénigré au début du XIX^e siècle, acquis dans sa seconde moitié et finalement affirmé au XX^e, le pouvoir créateur du juge, une fois révélé, oblige à partir à la recherche de l'autorité de la jurisprudence : il s'agit alors de comprendre comment son influence s'exerce, en dépit de la place faite au juge par les textes. Une première analyse des sources constitutionnelles illustre le refus, conscient ou non, de tirer les conséquences, en matière d'autorité, du rôle actif du juge.

Une autorité malmenée par les textes

Les errements de la doctrine doivent être compris à la lumière d'un cadre constitutionnel peu favorable à l'épanouissement de l'œuvre du juge. L'étude des textes fixant, de manière

⁷⁰ Charles Demolombe (1804-1887) est nommé, après des études de droit à la Faculté de droit de Paris, Professeur titulaire de la chaire de Code civil à Caen, dont il devient doyen. Il fonde la *Revue critique de jurisprudence*. Préférant se consacrer à ses enseignements et à une œuvre inspirée d'eux, *Cours de Code Napoléon*, il dédaigne les honneurs proposés (une chaire à la Faculté de Paris, un poste de conseiller à la Cour de cassation ou, encore, un siège inamovible au Sénat). Il adopte une devise : éclairer les textes par les faits, les principes par la jurisprudence. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jacqueline Musset, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 324-325.

⁷¹ Alexandre Duranton (1783-1866) est avocat (1810) et Professeur à la Faculté de droit de Paris, en droit civil et procédure civile (1820). Auteur d'un *Traité des contrats et des obligations en général* (1819), il livre également un commentaire classique du Code civil. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 387-388.

⁷² Antoine-Georges Blanche (1808-1875) poursuit des études de droit à la Faculté de Paris et s'inscrit, en 1830, comme avocat au barreau de Rouen. En 1833, il intègre la magistrature en qualité de substitut du procureur du roi à Bernay. Parquetier dans différentes juridictions, il est nommé, en 1855, avocat général près la Cour de cassation, dont il devient, au terme de sa carrière, premier avocat général. Il se consacre essentiellement à l'étude de l'institution judiciaire et au droit pénal, auquel il consacre une étude, en sept volumes. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Pierre Lenoël, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 114-115.

⁷³ V. BLANCHE, Antoine-Georges, *Études pratiques sur le Code pénal*, Paris, Cosse & Marchal, 1861-1872 ; DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code civil*, 4^e éd., Paris, A. Durand, 1867-1870 ; DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Nève, 1825-1842, 21 vol.

⁷⁴ Dans la préface de son *Cours*, Charles Demolombe n'oublie pas d'énoncer « les textes avant tout ! », un objectif qu'il érige en « profession de foi » (DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code civil*, *op. cit.*, t. I, « Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général », p. VI). Dans le même esprit, il lui est régulièrement prêté la formule selon laquelle le Code civil n'est autre chose que la « constitution civile de la France » (cité par HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 37).

quasi immuable depuis la Révolution française, le statut du juge judiciaire et le cadre de ses missions nous apprend que le pouvoir judiciaire n'est pas. Ou plutôt, qu'il ne doit pas être⁷⁵.

À rebours des révélations sus-évoquées, cette condamnation rendrait caduque l'interrogation sur l'existence d'une jurisprudence et, *a fortiori*, celle de l'indépendance de la magistrature. La lecture des actes constitutionnels de 1791 à 1875 confirme qu'il n'y a que deux véritables pouvoirs constitués : l'un est législatif, l'autre est exécutif. Le pouvoir judiciaire, quand il n'est pas cet innomé⁷⁶, est placé dans un rôle subalterne – dont témoigne le choix des termes « ordre judiciaire » pour le désigner⁷⁷ –, ou est encadré de telle sorte que la limitation de ses ambitions ne fasse aucun doute⁷⁸. Aussi, dès la Constitution de l'an III, le pouvoir judiciaire, auquel est consacré le titre VIII, est-il réduit à une activité « secondaire et dépendante de la fonction législative »⁷⁹. Plus tard, Napoléon Bonaparte, devenu empereur, ne fait que changer la source de l'allégeance, du législateur vers l'exécutif. Ainsi, du sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804) qui proclame, en son article 1^{er} :

« La justice se rend, au nom de l'empereur, par les officiers qu'il institue. »

La Restauration ne fait pas autre chose, en imposant, pour longtemps, le vocable « ordre judiciaire »⁸⁰. Ainsi que le souligne Jean-Louis Halpérin : à l'aube du XIX^e siècle, « plus que jamais, la justice est réduite à une fonction qui "s'administre" au moyen de juges nommés par l'exécutif »⁸¹.

Pourtant, aux premiers temps de la Révolution, l'espoir d'une certaine autonomie naît. Il est entretenu par le scrutin du 5 mai 1790, qui délègue à la nation souveraine le soin de choisir ses juges : à l'unanimité, la Constituante vote le principe selon lequel les juges « seront élus par

⁷⁵ Cette situation conduit l'ordre judiciaire à être, depuis la Révolution française, ce « pouvoir refusé » selon la formule de Jean Foyer (FOYER, Jean, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 17-29).

⁷⁶ Les prérogatives d'un « pouvoir judiciaire », dénommé ainsi ou différemment, ne sont ni précisées par la Constitution impériale du 14 janvier 1852 ni par les lois constitutionnelles de 1875.

⁷⁷ V. Constitution du 28 floréal an XII (18 mai 1804), titre XIV « De l'ordre judiciaire » ; Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, « De l'ordre judiciaire » ; Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « De l'Ordre judiciaire ».

⁷⁸ V. Constitution du 24 juin 1793, titre « De la Justice civile », « De la Justice criminelle » et « Du Tribunal de cassation » ; Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), titre VIII « Pouvoir judiciaire » ; Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), titre V « Des tribunaux » ; Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802), titre IX « De la justice et des tribunaux » ; Constitution du 4 novembre 1848, chapitre VIII « Du Pouvoir judiciaire ».

⁷⁹ ROYER, Jean-Pierre, ALLINNE, Jean-Pierre, DERASSE, Nicolas, DURAND, Bernard, JEAN, Jean-Paul, *Histoire de la justice en France*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 370. Si la Constitution de l'an III interdit, en ses articles 46 et 202, au législateur d'empiéter sur les fonctions judiciaires, ces prescriptions visent davantage à neutraliser le pouvoir des tribunaux.

V. LESAGE, Michel, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice, contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, LGDJ, 1960.

⁸⁰ La Charte de 1814 consacre une section intitulée « De l'ordre judiciaire ».

V., sur le choix des expressions « pouvoir judiciaire », « ordre judiciaire », « autorité judiciaire » ou encore « pouvoir juridictionnel », TROPER, Michel, « Le pouvoir judiciaire de l'an III », dans *L'office du juge...*, *op. cit.*, p. 117-136.

⁸¹ HALPERIN, Jean-Louis, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices*, n°3, 1996, p. 21.

le peuple »⁸². Ce principe, retranscrit dans la loi fondatrice des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire⁸³, apparaît alors comme un gage d'autonomie de l'institution judiciaire qui pourrait en jouer pour s'affirmer en pouvoir souverain : à cette indépendance organique peut vite être associée une indépendance fonctionnelle, qui, ensemble, témoigneraient de l'existence d'un réel organe judiciaire faisant jeu égal avec les pouvoirs exécutif et législatif. D'autant que l'élection offrirait aux juges la même légitimité et, partant, la même autorité que celles du législatif. C'est du moins dans cet esprit que la Constitution du 3 septembre 1791 consacre en son titre III « Des pouvoirs publics », un chapitre 5 relatif au « Pouvoir judiciaire », protégé des autres pouvoirs par une stricte séparation des fonctions⁸⁴. La disposition a cependant fait long feu : si l'élection a bien été mise en place – des juges sont élus dès l'année 1791 –, le principe a été écorné dès 1793 par des mesures d'inéligibilité ou d'invalidations d'élections dont ont été frappés certains candidats à la magistrature. Bien plus, au motif que la justice ne requiert pas de juristes, la condition de capacité est supprimée et les Facultés de droit fermées⁸⁵. À cet égard, la Constitution de 1791 semble n'avoir été qu'une courte parenthèse dans la période révolutionnaire, pour le pouvoir judiciaire dont l'autonomie semblait assurée. Dès l'an II, la Convention rappelle la place de l'exercice de la justice – au sein de « l'exécution des lois »⁸⁶ – ; une tendance confirmée par les régimes napoléoniens, qui enterrent toute velléité d'indépendance.

Près d'un siècle d'actes constitutionnels pourrait se résumer ainsi : quand bien même le judiciaire serait, il ne pourrait exister que comme subalterne d'un autre pouvoir. Dès 1790, s'opposent, à la Chambre, des partisans d'une tutelle du pouvoir judiciaire, exercée tantôt par

⁸² *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XV, p. 390.

⁸³ Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 3 : « Les juges seront élus par les justiciables » ; article 4 : « Ils seront élus pour six années ; à l'expiration de ce terme, il sera procédé à une élection nouvelle, dans laquelle les mêmes juges pourront être réélus ».

⁸⁴ L'article 1^{er} du chapitre V « Du pouvoir judiciaire » confirme une stricte séparation des fonctions (« Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif ni par le roi »), renforcée par la légitimité des juges élus (article 2 : « La justice sera rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple, et institués par des lettres-patentes du roi qui ne pourra les refuser »).

⁸⁵ Le décret du 15 septembre 1793 ferme les facultés ; quand celui du 13 octobre de la même année supprime l'obligation de choisir les juges parmi les citoyens qui « ont exercé la profession d'homme de loi » (article 6).

⁸⁶ Décret du 14 frimaire an II sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire, section 2, article 3 : « L'exécution des lois se distribue en surveillance et en application ».

l'exécutif⁸⁷, tantôt par le législatif⁸⁸. Quand la loi relative au Tribunal de cassation penche, elle, pour la seconde option⁸⁹, les actes constitutionnels napoléoniens optent, naturellement, pour l'autre parti⁹⁰. Cependant, si le débat persiste au long du XIX^e et renaît à la faveur des changements de régime, un consensus demeure : nul n'envisage de reconnaître au pouvoir judiciaire une véritable autonomie, puisque « le juge, borné à appliquer la loi à un fait constaté, n'a, pour ainsi dire, rien de libre dans ses fonctions »⁹¹. Cette idée fixe est liée à une préoccupation, héritée de l'Ancien Régime : empêcher l'érection d'un pouvoir judiciaire de nature politique, dont il est craint une dérive arbitraire. Ainsi, à rebours de ce que le modèle américain consacre rapidement, comme nous le raconte Édouard Laboulaye⁹² dans son *Histoire politique des États-Unis*⁹³, le juge français du XIX^e doit rester une puissance neutre, non politisée. Il s'agit alors de lui dénier toute volonté propre et, surtout, de se prémunir contre la

⁸⁷ Dans ses *Considérations sur les Gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France*, présentées le 12 août 1789 à l'Assemblée nationale, le député Jean-Joseph Mounier partage la vision suivante : « Quant au pouvoir judiciaire, il n'est qu'une émanation du pouvoir exécutif, qui doit le mettre en activité et le surveiller constamment ; mais afin que le pouvoir exécutif n'introduise pas l'arbitraire dans les tribunaux, ne domine pas la conscience des juges, les lois doivent garantir leur liberté dans l'exercice de leurs fonctions, et ne pas permettre qu'ils soient dépossédés de leur emploi pendant le temps qu'elles auront déterminé, si ce n'est pour une prévarication, et en vertu d'un jugement légal » (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. VIII, p. 409). À la tribune, le 5 mai 1790, le député Jacques-Antoine-Marie de Cazalès adopte la même conception : « Dans toute société politique, il n'y a que deux pouvoirs, celui qui fait la loi et celui qui la fait exécuter. Le pouvoir judiciaire, quoi qu'en aient dit plusieurs publicistes, n'est qu'une simple fonction, puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi. L'application de la loi est une dépendance du pouvoir exécutif : si le pouvoir exécutif appartient au roi, c'est au roi à nommer les juges, comme il nomme les officiers de son armée ; car c'est au roi qu'est confié le maintien des propriétés au dehors et au dedans : il ne peut être responsable, s'il ne dirige les juges » (*ibid.*, t. XV, p. 392). Le député du tiers état et lieutenant principal au présidial de Nîmes, Ricard, ne dit pas autre chose : « Le passé nous présage l'avenir. Concluons que tous les tribunaux sans exception doivent être subordonnés directement au roi, comme au juge suprême, ainsi que l'étaient, avant Philippe le Bel, les baillis et sénéchaux jugeant en dernier ressort » (*ibid.*, t. XII, p. 474).

⁸⁸ À l'inverse des précédents, le député Antoine Barnave refuse au pouvoir exécutif le contrôle des juges : « les juges, comme les administrateurs, sont des officiers publics ; ils n'exerceront leurs fonctions que dans les sections par lesquelles ils seront élus. Je vais plus loin, et je dis aux partisans de la prérogative royale, en me servant de leur autorité favorite, de Montesquieu : qu'il est faux, souverainement faux, que le pouvoir judiciaire soit une partie du pouvoir exécutif. La décision d'un juge n'est qu'un jugement particulier, comme les lois sont un jugement général : l'un et l'autre sont l'ouvrage de l'opinion et de la pensée, et non une action ou une exécution. » (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XV, p. 410)

⁸⁹ L'article 1^{er} de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 institue « un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif ».

⁹⁰ À titre d'exemple, la Constitution du 16 thermidor an X institue, au titre IX « De la justice et des tribunaux », un grand-juge ministre de la justice (article 78), également président du Tribunal de cassation et des tribunaux d'appel « quand le Gouvernement le juge convenable » (article 80).

⁹¹ *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XII, p. 414.

⁹² Édouard-René Lefebvre de Laboulaye (1811-1883) poursuit des études de droit à la Faculté de Paris, à l'issue desquelles il préfère pourtant entreprendre des activités commerciales et industrielles. Il ne dédaigne pourtant pas la vie juridique : influencé par l'École historique allemande de Savigny, il adopte une conception historique du droit et se méfie des codifications. Sa pensée évolue sous la Monarchie de Juillet ; il est porté vers le libéralisme politique et la pensée américaine, dont il retire une conception de la liberté individuelle, non entravée par l'État. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Jacques Clère, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 578-580.

⁹³ Selon cet auteur, la justice est véritablement un pouvoir politique, si peu soumis aux deux autres pouvoirs qu'il peut déclarer inconstitutionnelle une loi (v. LABOULAYE, Édouard, *Histoire politique des États-Unis : depuis les premiers essais de colonisation jusqu'à l'adoption de la Constitution fédérale, 1620-1789*, Paris, A. Durand, 1855-1866).

possibilité qu'il acquière, de manière détournée, cette puissance. C'est tout l'objet du syllogisme judiciaire, qui restreint, au moins en apparence, son action à une opération mécanique. Résumé à un acte logique, le jugement doit être dénué d'interprétation, vue comme la porte ouverte à l'arbitraire. De fait, un changement de prisme s'opère :

« [l']interprétation n'est plus un acte de connaissance, mais un acte de puissance et de volonté. Elle ne repose plus sur un savoir, réel ou supposé, mais sur un pouvoir, qui l'impose. L'interprétation sort dès lors de la compétence des savants pour entrer dans celle du souverain et plus spécialement du pouvoir législatif. L'interprétation de la loi par le législateur lui-même sera seule désormais qualifiée d'authentique »⁹⁴.

C'est tout le sens du référé législatif, réactivé⁹⁵ par la loi des 16-24 août 1790⁹⁶, pour supplanter le juge par le souverain, dans l'interprétation de la loi.

De cette genèse découle la vision péjorative du juge, alimentée par les régimes napoléoniens qui substituent définitivement au principe de l'élection celui de la nomination⁹⁷. Certes, les juges ne sont pas les seuls frappés par cette mise sous tutelle mais ils sont durablement atteints par ce changement : le juge nommé traîne, tout au long du XIX^e siècle, ce parfum de partialité, qui freinerait toute velléité de manifester une indépendance fonctionnelle. Les régimes politiques du XIX^e contribuent à cette image. Le Premier Empire et les Monarchies de 1814 et 1830 imposent un serment de fidélité⁹⁸ à un juge résolument cantonné en simple

⁹⁴ FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois...*, op. cit., p. 295.

⁹⁵ Le législateur de 1790 reprend le mécanisme mis en place par l'ordonnance civile de Saint-Germain-en-Laye du 20 avril 1667 dont l'article 7 du titre 1^{er} dispose que : « si dans les jugements des procès qui seront pendant en nos cours de parlements et nos autres cours, il survient aucune difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations, et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais nous voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention ».

⁹⁶ Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 12 : « Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. »

⁹⁷ Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), Titre IV « Du gouvernement », article 41 : « [Le Premier consul] nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation, sans pouvoir les révoquer. » ; Titre V « Des tribunaux », article 67 : « Les juges composant les tribunaux de première instance, et les commissaires du gouvernement établis près ces tribunaux, sont pris dans la liste communale ou dans la liste départementale. – Les juges formant les tribunaux d'appel, et les commissaires placés près d'eux, sont pris dans la liste départementale. – Les juges composant le Tribunal de cassation, et les commissaires établis près ce Tribunal, sont pris dans la liste nationale. »

⁹⁸ Le principe est affirmé avec force par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804), au titre VII « Des serments », et confirmé peu après par, le décret du 24 messidor an XII (13 juillet 1804), lequel précise les modalités de prestation de serment des juges de paix, tribunaux de première instance, cours d'appel et cours criminelles. À peine installée, la Restauration instaure également un serment (ordonnance du 3-5 mars 1815, concernant les provisions à délivrer aux membres des cours et tribunaux, et le tarif du droit de sceau et des droits des référendaires sur ces provisions) ; de même que, à son tour, la Monarchie de Juillet (ordonnance du 31 août-7 septembre 1830, relative au serment des fonctionnaires de l'ordre judiciaire).

V. FAURE, L.-G., *Répertoire administratif des parquets à l'usage des premiers présidents, procureurs généraux, présidents de première instance et de commerce*, Clermont-Ferrand, Pérol, 1843-1844.

exécutant d'une mission qui lui échappe fondamentalement : aux termes de l'article 57 de la charte de 1814, confirmé en 1830, « toute justice émane du roi »⁹⁹.

Au fond, ces prescriptions confortent une impression que la loi des 16-24 août 1790 instillait déjà, en ce qu'elle définissait par la négative les « fonctions judiciaires », à qui était offertes les miettes de prérogatives qui ne pouvaient être décemment dévolues à l'administration¹⁰⁰. De cette vision de la séparation des autorités administratives et judiciaires, découle une image dévaluée du juge judiciaire : il n'occupe pas une place primordiale dans l'architecture de l'État et sa position institutionnelle et sociale s'en ressent. La loi instituant le Tribunal de cassation ne se départit pas de cette ligne : la juridiction est placée sous la tutelle du pouvoir législatif, dont il ne doit être qu'un bras transparent et inféodé¹⁰¹. Le nom envisagé un temps pour cet organe est à cet égard assez évocateur : « Conseil national pour la conservation des lois »¹⁰². Son changement de dénomination – la *Cour* de cassation qui remplace le *Tribunal* éponyme par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804)¹⁰³ – ne permet pas de réveiller, en dépit des craintes de certains, l'esprit des cours souveraines d'Ancien Régime : la Cour, muselée dans ses attributions¹⁰⁴, n'est, à ses débuts, qu'un outil de contrôle hiérarchique des juridictions inférieures¹⁰⁵ et d'inspection de la loi, au profit de ses

⁹⁹ Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, article 57 : « Toute justice émane du roi. Elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue. » ; Charte constitutionnelle du 14 août 1830, article 48 : « Toute justice émane du roi ; elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue. »

¹⁰⁰ Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 13 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. ». Le principe est reproduit à l'article 127 du Code pénal de 1810 : « Seront coupables de forfaiture, et punis de la dégradation civique, [...] 2° Les juges, les procureurs généraux ou impériaux, ou leurs substituas, les officiers de police judiciaire qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration, ou qui, ayant permis ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonctions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances, nonobstant l'annulation qui en aurait été prononcée, ou le conflit qui leur aurait été notifié. »

¹⁰¹ Loi des 27 novembre-1er décembre 1790, article 1^{er}.

¹⁰² L'expression est du député Charles Chabroud, s'exprimant le 9 novembre 1790 à la Chambre (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XX, p. 337).

¹⁰³ Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804), titre XIV « De l'ordre judiciaire », article 136 : « Le Tribunal de cassation prend la dénomination de *Cour de cassation*. »

¹⁰⁴ La loi du 5 septembre 1791, reprise par la loi du 16 septembre 1807, institue le référé législatif. En cas d'annulation de deux arrêts ou jugements rendus en dernier ressort (dans la même affaire et entre les mêmes parties), la Cour de cassation doit renvoyer pour interprétation – au Corps législatif en 1791, au Conseil d'État en 1807 – la loi objet du litige. Cette loi vise à enlever cette interprétation aux tribunaux pour la rendre à l'autorité qui a rédigé la loi et en connaît l'esprit, diminuant d'autant l'autorité de la Cour sur les juridictions du fond.

V. *infra*, B. – Le handicap du référé législatif.

¹⁰⁵ Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802), titre IX « De la justice et des tribunaux », article 82 : « Le Tribunal de cassation, présidé par lui, a droit de censure et de discipline sur les tribunaux d'appel et les tribunaux criminels ; il peut, pour cause grave, suspendre les juges de leurs fonctions, les mander près du grand-juge, pour y rendre compte de leur conduite. »

créateurs¹⁰⁶. L'autorité limitée de sa jurisprudence à l'endroit des juridictions subalternes, jusqu'à la loi de 1837¹⁰⁷, de même que sa devise – « La Loi »¹⁰⁸ – démontrent assez combien la nouvelle Cour n'est pas instituée pour faire œuvre d'interprète actif, et moins encore pour réguler une jurisprudence unifiée sur l'ensemble du territoire¹⁰⁹. Enfin, la dépendance organique des magistrats professionnels, corvéables en attendant la prochaine épuration, achève de construire l'image d'un juge insignifiant, sinon servile.

Quelle indépendance peut être raisonnablement prêtée au juge qui, pour conserver son office au gré des changements de régime, doit livrer un serment de fidélité¹¹⁰ ? Quelle confiance accorder à des juges dont l'inamovibilité, gage rassurant de leur probité, n'est qu'un principe à l'application variable¹¹¹ ?

¹⁰⁶Loi 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) sur l'organisation des tribunaux, article 86 : « Le Tribunal de cassation enverra chaque année, au Gouvernement, une députation pour lui indiquer les points sur lesquels l'expérience lui aura fait connaître les vices ou l'insuffisance de la législation. ». Cette loi est complétée par l'arrêté du 5 ventôse an X (24 février 1802), relatif à la confection d'un tableau annuel des parties de la législation dont les vices ou l'insuffisance auraient été reconnus.

¹⁰⁷ L'autorité jurisprudentielle de la Cour de cassation, diminuée par la loi du 30 juillet 1828 – qui interdit, après une seconde cassation, un nouveau pourvoi et laisse seule juge la cour d'appel de renvoi –, ne sera pleinement et définitivement restaurée que par la loi du 1^{er} avril 1837. À compter de cette date, la Cour de cassation est investie du pouvoir de régler définitivement les affaires faisant l'objet d'un troisième pourvoi.
V. *infra*, §1. – L'échec du référé législatif.

¹⁰⁸ Devise issue décret des 11 et 18 février 1791, rappelée par le procureur général André Dupin (COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée, op. cit.*, t. I, 1815-1851, p. 8 « Procès-verbal d'installation du 23 août 1830 »).

¹⁰⁹ Dans le chapitre préliminaire de sa thèse consacrée à la cassation, Caroline Gau-Cabée rappelle combien la Cour de cassation, telle qu'imaginée par les Constituants, n'a pas vocation à harmoniser le droit : cette mission incombe au seul Corps législatif, alors qu'est dévolu à la Cour essentiellement un rôle de filtrage des pourvois (GAU-CABÉE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre. Chronique d'une émancipation inachevée*, Paris, IRIS Éditions, 2021, p. 41-51).

¹¹⁰ L'obligation est posée dès la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, au titre VII relatif à l'installation des juges. À l'exception notable de la II^e République, qui supprime la prestation de serment par le décret du 1^{er} mars 1848, tous les régimes de ce siècle confirmeront l'obligation des magistrats de s'y livrer. À l'image de la Constitution du 14 janvier 1852, qui prévoit, en son titre III, article 14, que « les ministres, les membres du Sénat, du Corps législatif et du Conseil d'État, les officiers de terre et de mer, les magistrats et les fonctionnaires publics prêtent le serment ainsi conçu : "Je jure obéissance à la Constitution et fidélité au président". » Le décret du 11 septembre 1870 supprime définitivement le serment politique, converti en serment professionnel.

V. MASSABIAU, Joseph-François-Louis, *Manuel du ministère public près les cours d'appel, les cours d'assises et les tribunaux civils, correctionnels et de police*, Paris, Marchal, Billard & Cie, 1876.

¹¹¹ Après la mise en vacances illimitée des Parlements, décidée par décret du 3 novembre 1789, la magistrature renouvelée subit une première épuration d'ampleur avec le décret du 13 octobre 1793, qui supprime l'obligation de choisir des hommes de loi pour les emplois judiciaires (article 6) et autorise ainsi le renouvellement de tous les tribunaux – à l'exception du Tribunal de cassation. L'ensemble du XIX^e est ponctué d'épurations, accompagnant la naissance de nouveaux régimes ou de simples changements de cap politique : ainsi du sénatus-consulte du 12 octobre 1807 concernant l'ordre judiciaire ; de la loi du 20 avril 1810 relative à l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice ; des ordonnances des 15 février, 18 septembre, 15 octobre et 25 octobre 1815 ; de la loi du 31 août 1830 ; du décret du 1^{er} mars 1852.

V. *infra*, B. – L'épuration.

V. ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Paris, Loysel, 1994.

Une brève évocation artistique confirme cette vision. Honoré Daumier, dans ses caricatures des *Gens de justice*¹¹², s'inscrit dans une tradition empreinte de scepticisme à cet égard, ce dont Jean de La Fontaine témoignait le mieux :

« Selon que vous serez puissant ou misérable,
Les jugements de cour vous rendront blanc ou noir »¹¹³.

Ce « contact pestilentiel »¹¹⁴ entre magistrature et politique incite même Eugène Brieux, au soir du XIX^e siècle, à dissuader de la robe les potentiels candidats :

« Quand on a tant de talent que cela, on se fait avocat ; on n'entre pas dans la magistrature ! »¹¹⁵.

La robe ternit, quand elle ne corrompt pas. Honoré de Balzac, historien du droit de son temps¹¹⁶, présente le très probe juge Popinot dans l'*Interdiction*. Peu chéri par la nature et inéluctablement gâté par le travail¹¹⁷, l'habile magistrat est sans cesse rétrogradé et les honneurs lui sont refusés, faute de compromission :

« Sa vie répondait à sa physionomie, elle était pleine de travaux secrets et cachait la vertu d'un saint. De fortes études sur le Droit l'avaient si bien recommandé quand Napoléon réorganisa la justice en 1806 et 1811 que, sur l'avis de Cambacérès, il fut inscrit un des premiers pour siéger à la Cour impériale de Paris. Popinot n'était pas intrigant. À chaque nouvelle exigence, à chaque nouvelle sollicitation, le ministre reculait Popinot, qui ne mit jamais les pieds ni chez l'Archichancelier ni chez le Grand Juge. [...] Pour expliquer l'obscurité destinée d'un des hommes supérieurs de l'ordre judiciaire, il est nécessaire d'entrer ici dans quelques considérations qui serviront à dévoiler sa vie, son caractère, et qui montreront d'ailleurs quelques-uns des rouages de cette grande machine nommée la Justice. Monsieur Popinot fut classé par les trois présidents qu'eut successivement le Tribunal de la Seine, dans une catégorie de jugerie,

¹¹² DAUMIER, Honoré (de), *Les Gens de justice*, [lithographies], rééd., Paris, M. Trinckvel, 1993. Les trente-neuf lithographies regroupées dans cet ouvrage paraissent pour la première au *Charivari*, entre mars 1845 et octobre 1848.

¹¹³ LA FONTAINE, Jean (de), *Fables. Les Animaux malades de la Peste*, [1668], rééd., Paris, Aubert, 1846, livre VII, fable 1.

¹¹⁴ La formule est de François Guizot, au sujet des liens entretenus entre justice et politique (cité par VALLEE, Oscar (de), *La magistrature française et le pouvoir ministériel*, Paris, Lachaud, 1871, p. 16).

¹¹⁵ BRIEUX, Eugène, *La Robe rouge*, 2^e éd., Paris, Stock, 1900, acte I, scène V.

¹¹⁶ V. SAINT-GERMES, Madeleine, *Balzac considéré comme historien du droit*, Paris, A. Nizet & M. Bastard, 1936.

¹¹⁷ À son sujet, Honoré de Balzac écrit : « enfermé dans des salles ridiculement étroites, sans majesté d'architecture et où l'air est promptement vicié, le juge parisien prend forcément un visage refrogné, grimaçant par l'attention, attristé par l'ennui ; son teint s'étioule, contracte des teintes ou verdâtres ou terreuses, suivant le tempérament de l'individu. Enfin, dans un temps donné, le plus florissant jeune homme devient une pâle machine à considérants, une mécanique appliquant le code sur tous les cas, avec le flegme des volants d'une horloge. Si donc la nature avait doué monsieur Popinot d'un extérieur peu agréable, la magistrature ne l'avait pas embelli » (BALZAC, Honoré (de), *Œuvres complètes, op. cit.*, 1844, t. X, « L'Interdiction », p. 131).

seul mot qui puisse rendre l'idée à exprimer. Il n'obtint pas dans cette compagnie la réputation de capacité que ses travaux lui avaient méritée par avance. [...] Pour achever ce portrait, il suffira d'ajouter que Popinot était du petit nombre des juges du Tribunal de la Seine auxquels la décoration de la Légion d'honneur n'avait pas été donnée »¹¹⁸.

Cette image négative de la magistrature, qui oscille entre léthargie et opportunisme, interroge sur l'utilité d'une magistrature professionnelle et l'intérêt de la voir être érigée en un pouvoir indépendant et efficient. Pour autant, à la lecture de la littérature doctrinale du début du XX^e, il est incontestable que l'ordre judiciaire s'est éloigné des carcans dans lesquels il semblait bien ferré par les textes constitutionnels.

L'inéluctable jurisprudence

Une clef de compréhension de l'émancipation de l'ordre judiciaire est offerte par Jean-Marie-Étienne Portalis¹¹⁹ lui-même. Le père du Code civil présente l'œuvre du juge comme une fatalité à laquelle tout système de droit doit se résoudre pour être viable et durable. Dans son *Discours préliminaire*¹²⁰, conçu comme une introduction à un titre préliminaire écarté du Code civil¹²¹, le juriste varois affirme :

« [qu'on] ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois »¹²².

Dès l'année 1803, à rebours de la présentation des textes constitutionnels de ce que doit être le pouvoir judiciaire, une brèche est ainsi ouverte en faveur d'une autorité éponyme. Jean-Marie-Étienne Portalis annonce en mots pudiques l'échec de la révolution nomophile, entreprise dès 1789, auquel les juges doivent le salut de leur œuvre.

Aux premières heures de la Révolution, le légicentrisme prôné est si absolu qu'il conduit à nier l'existence d'une science du droit : la loi seule est nécessaire, si limpide et évidente que,

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 131-136.

¹¹⁹ Jean-Marie-Étienne Portalis (1746-1807) poursuit des études de droit à la Faculté d'Aix. Inscrit au barreau d'Aix dès 1765, il y plaide jusqu'en 1790 avant de s'installer à Lyon, puis Paris. Élu député au Conseil des Anciens en septembre 1795, il en prend la présidence en juin 1796, jusqu'au coup d'État du 18 fructidor an V (4 septembre 1797), qui le voit contraint à l'exil. Rentré en France en décembre 1799, il est nommé parmi les quatre membres de la commission gouvernementale chargée du projet de Code civil. Ce « Père du Code civil » présente cette « masse de granit » dans un *Discours préliminaire*, demeuré célèbre. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Catherine Delplanque, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 829-831.

¹²⁰ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, rééd., Bordeaux, Éd. Confluences, 1999.

¹²¹ WOŁODKIEWICZ, Witold, « "Livre préliminaire", "Titre préliminaire" dans le projet et dans le texte définitif du Code Napoléon », *Revue historique de droit français et étranger*, 2005, p. 441-455.

¹²² PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 24.

bientôt, « une page suffira pour contenir [les] lois civiles et criminelles », selon le conventionnel Florent Guiot¹²³. Mais le plus grand danger vient peut-être de la philosophie même de ce système qui ne sait composer autrement qu'avec le mécanisme du syllogisme judiciaire. Ce dernier, censé rationaliser autant qu'atrophier l'action de juger, ne fait pourtant pas disparaître toute part d'interprétation. Le légicentrisme triomphant ne peut concevoir le pouvoir d'interpréter la loi que sous le prisme d'une interprétation par le législateur, consacrant l'adage romain : *ejus est interpretari legem qui condidit legem*¹²⁴. Mais dans l'application de la loi à des espèces, une forme d'interprétation *in concreto* intervient inévitablement : le juge ne peut en faire l'économie dans l'acte d'application de la loi.

Cette distinction entre interprétation *in abstracto* et interprétation *in concreto* permet certes de tenir éloigné le spectre des arrêts de règlement ; mais elle entretient paradoxalement l'indépendance du juge, en lui reconnaissant une action en interprétation, certes limitée à un cas d'espèce. Aussi, cette interprétation *in concreto* corrompt-elle le système originel voulu par les révolutionnaires : le juge est irréductible à la fonction de simple exécutant. Il faut apprendre à composer avec la part d'interprétation, qui accompagne nécessairement la fonction de juger. De là, il n'y a qu'un pas pour que le juge devienne, comme le dit joliment Georges Ripert,¹²⁵ « le législateur des cas particuliers »¹²⁶.

Si ce rôle interprétatif pouvait certes être circonscrit, de sorte que la part active du rôle du juge s'éloigne peu des prévisions de la loi, deux grandes circonstances ont toutefois contribué à amplifier le rôle du juge, enterrant ainsi les espoirs de cette révolution nomophile.

La première est le résultat d'une forme d'errance du législateur : il s'agit de l'inflation législative, réalité à laquelle se heurte le rêve de Florent Guiot. La période révolutionnaire est loin de l'idéal de sobriété législative, qui justifiait la réduction des juges à de simples automates et leur remplacement par des citoyens profanes. Or, l'afflux de lois nourrit un constat : la justice ne peut faire l'économie de juges professionnels, seuls capables de triompher de la profusion des textes.

¹²³ « Rapport et projet de loi présentés au nom du comité de législation, par Florent Guiot, député par le département de la Côte d'Or à la Convention nationale, sur la réformation préliminaire de l'instruction civile » (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. LXXVII, p. 482).

¹²⁴ « À celui qui a le pouvoir de faire la loi, le pouvoir de l'interpréter », Justinien (C.J. 1, 14, 12, 3).

¹²⁵ Georges Ripert (1880-1958), agrégé en 1906, enseigne un temps le droit commercial et le droit maritime à Aix-en-Provence, ville qu'il quitte pour la Faculté de Paris (1918), dont il devient doyen (1938). Admirateur de Philippe Pétain, il adhère en 1940 au régime de Vichy et conserve pendant cette période ses fonctions, qui lui sont retirées en 1944. Positiviste convaincu, il livre sa pensée dans une œuvre parue tardivement, *Les forces créatrices du droit* (1955). Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 876-877.

¹²⁶ RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 119.

Par ailleurs, en créant un Tribunal de cassation¹²⁷, les révolutionnaires entament la distinction entre interprétation *in abstracto* et *in concreto*, puisque la position et l'autorité de ce Tribunal devaient rapidement conduire les autres juridictions à imiter sa solution et ainsi uniformiser les décisions de justice. Cette évolution contrevient pourtant à l'esprit originel de l'institution de cassation, instituée pour officier comme un organe de contrôle des juridictions du fond et de relais des questions d'interprétation au profit du pouvoir législatif. Avec cet organe, si les arrêts de règlement ne sont pas ressuscités, c'est cependant l'existence d'une jurisprudence, au sens de somme de *précédents judiciaires*, qui est rendue possible, puis progressivement confirmée. Comme le souligne Michel Troper :

« [o]n avait voulu éviter la formation d'une jurisprudence. C'étaient précisément les institutions destinées à l'empêcher, qui allaient permettre son développement »¹²⁸.

Ainsi, bien malgré eux, les législateurs révolutionnaires ont favorisé l'émergence d'un pouvoir judiciaire, en lui donnant, de bonne foi, les armes pour se délier de sa dépendance originelle¹²⁹. Ces considérations expliquent, peut-être, pourquoi, alors qu'une décennie seulement les sépare, Jean-Étienne-Marie Portalis peut adopter, dans son *Discours préliminaire*, une posture si éloignée de celle du député Adrien Duport. Ce dernier, auteur d'un rapport sur la magistrature du 29 mars 1790, milite pour la disparition de « tous ces recueils de jurisprudence et d'arrêts », la généralisation du jury et l'instauration de juges ambulants. De telles ambitions ne peuvent que le conduire à condamner le juge à un rôle d'automate :

« Le juge, borné à appliquer la loi à un fait constaté, n'a, pour ainsi dire, rien de libre dans ses fonctions ; il est déterminé par la loi, et toute erreur ou prévarication de sa part serait aisément perçue »¹³⁰.

Cette assertion, reflet de « l'utopie légaliste »¹³¹, a guidé les premières années de la Révolution ; mais elle n'avait guère de chance pratique de prospérer, puisque cette vision pèche par manque de réalisme. À l'extrême fin du XIX^e, Edmond Meynial peut dresser le constat de cet échec en rappelant au juriste les critères de la loi, dont l'essence même rend inéluctable, parce que nécessaire, l'avènement d'un juge, interprète autonome :

« On comprend, ce qu'oublie souvent les juristes, que le droit est fait pour les hommes et non les hommes pour le droit ; qu'une théorie, quelle que soit sa

¹²⁷ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, instituant un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions.

¹²⁸ TROPER, Michel, « Le pouvoir judiciaire de l'an III », dans *L'office du juge...*, *op. cit.*, p. 136.

¹²⁹ V. JESTAZ, Philippe, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *loc. cit.*

¹³⁰ *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XII, p. 414.

¹³¹ ROYER, Jean-Pierre, *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1979, p. 183. Yves-Louis Huftreau qualifie également d'utopie le système du syllogisme judiciaire, tel que pensé par Adrien Duport, en ce qu'il méconnaît la phase analytique, préalable inévitable à l'élaboration dudit syllogisme (HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, *op. cit.*, p. 77-103).

beauté logique, ne vaut que par les heureuses conséquences de détail qu'elle permet de consacrer ; qu'une loi n'est jamais qu'une formule symbolique qui reflète plus ou moins exactement le désir du législateur ; qu'elle n'est jamais l'expression complète et absolue de cette pensée, et que c'est la mission de l'interprète de la compléter, de la réformer, de la corriger même pour la rendre plus utile et plus vraie »¹³².

Aussi, à rebours des espoirs des Révolutionnaires, ces considérations obligent-elles à regarder autrement l'office du juge, dont il est permis de penser qu'il ne s'épuise pas dans la mission de *dire le droit – juris-dictio – par application littérale de la loi*. En considérant la jurisprudence comme une « hérésie »¹³³, les conceptions révolutionnaires méconnaissent l'apport du juge autant au droit formalisé par une loi qu'au droit en l'absence de loi. Ainsi, il faut embrasser plus largement le rôle du juge, pour voir, comme le constitutionnaliste Raymond Carré de Malberg¹³⁴, que sa mission est de « dire le droit, légal ou extra-légal ; voilà l'objet véritable et complet de la juridiction »¹³⁵. Cela invite alors à voir le juge comme un « organe de transmission »¹³⁶, pour concilier la loi à la réalité et le droit à l'absence de loi. De cette idée découle une mission active du juge, dont la jurisprudence est l'expression : œuvre pour, sans cesse, « plier [la loi] aux exigences de la vie et sans attendre que le législateur ait modifié son œuvre, de la modifier lui-même »¹³⁷. Cette vision invite à penser l'autonomie du juge, afin de pouvoir jouer ce rôle d'interprète actif dont l'œuvre évite à la loi d'entrer en dissonance avec la réalité¹³⁸. Certes, cette part créatrice est textuellement limitée par l'article 5 du même Code, nuancé, en droit, le pouvoir du juge ; mais cette hypothèse doit être vérifiée. Or, dans quels

¹³² MEYNIAL, Edmond, « Nécrologie : M. Labbé », *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1895, 19^e année, p. 788.

¹³³ ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, op. cit., p. 3-4.

¹³⁴ Raymond Carré de Malberg (1861-1935) enseigne le droit civil à la Faculté de Caen. Il publie, tardivement, des travaux relatifs à la matière qui donne la mesure de son talent, le droit constitutionnel (1914). En 1920, il publie son ouvrage de référence, *Contribution à la théorie générale de l'État*. Cet intérêt n'est pas sans lien avec sa qualité d'alsacien exilé jusqu'à la fin de la Première Guerre mondiale, ses travaux abordant la question du statut juridique de l'Alsace-Lorraine. Il retrouve l'Alsace après la guerre en étant nommé Professeur à la Faculté de Strasbourg. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Éric Maulin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., p. 211-213.

¹³⁵ CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920, t. I, p. 704.

¹³⁶ MORNET, Marcel, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile, 1804-1904*, Paris, Rousseau, 1904, p. 154.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Ferdinand Larnaude dresse ce constat quant aux sources qui irriguent le droit civil : sous l'effet des recueils d'arrêts, il n'y a plus un Code civil mais un droit civil régi autant par le code que par des lois éparses, des coutumes et la jurisprudence. Selon lui, « on ne peut à chaque instant faire intervenir, pour suivre le fait, dans ses multiples transformations, la lourde machine législative. Force est donc à la jurisprudence, à la pratique, à la doctrine, de créer, pour les besoins nouveaux qui ne peuvent pas attendre, l'instrument qui peut leur donner satisfaction. Le principe de la séparation des pouvoirs, qui est avant tout une règle de politique, n'empêchera jamais le juge de participer dans une certaine mesure à la législation » (LARNAUDE, Ferdinand, « Le Code civil et la nécessité de sa Révision », dans *Le Code civil, 1804-1904...*, op. cit., p. 920-921).

cénacles est-il loisible d'observer le juge à l'œuvre ? Quelles ressources permettent de constater ce rôle du juge, tant oublié des textes constitutionnels du XIX^e, pour révéler de manière déterminante son apport au droit, voire attester de sa qualité de source du droit dès cette époque ?

Sources

Si les textes normatifs et les sources classiques sont impropres à révéler la nature réelle de l'office du juge, il importe alors de regarder ailleurs, là où le juge se met en scène. À considérer que le juge est l'acteur principal du spectacle judiciaire, il convient alors de l'observer dans le lieu où il livre sa performance : le tribunal. Au XIX^e siècle, l'outil le plus adéquat pour retransmettre ce spectacle est la presse quotidienne. Une presse, qui narre justement les audiences et retranscrit les jugements, autant pour les particuliers profanes que pour les professionnels du droit. L'analyse de la pratique judiciaire, telle que relatée par la presse, peut sans doute apporter des éléments de réponse.

Elle offre à ses lecteurs, contemporains comme à venir, les chroniques – quotidiennes, instantanées et dépouillées de la subjectivité liée au recul du passé – de la justice à l'œuvre. Dans ce travail autant de mémoire que de compte rendu immédiat de l'application du droit, la presse judiciaire entretient la fiction du juge-acteur, en représentation permanente. Elle donne l'image des cours de justice comme lieu d'une représentation quasi théâtrale, en débutant régulièrement le rapport des audiences par le récit de la foule curieuse, pressée de s'installer dans des salles, régulièrement trop petites pour un public venu en nombre¹³⁹. L'art de rendre la justice est aussi un spectacle à destination des badauds, qui viennent assister aux débats judiciaires comme on assistait avec empressement aux exécutions publiques. Cette mise en scène est cultivée, à l'écrit, par ces didascalies inaugurales, qui permettent aux lecteurs, n'ayant pas eu la chance de se présenter à l'audience, de se figurer la scène et de prolonger cette illusion d'une pièce en train de se jouer. Au-delà du pur divertissement, de telles fioritures sont nécessaires pour retranscrire l'atmosphère judiciaire et annoncer le compte rendu des débats. Cette façon de présenter les affaires judiciaires annonce combien la décision rendue dépend du

¹³⁹ À l'occasion du compte rendu d'un procès de duellistes, les rédacteurs de la *Gazette des tribunaux* prennent soin d'introduire l'agitation et l'empressement qui gagnent la salle d'audience de la Cour de cassation : « Dès dix heures du matin, la foule qui se pressait aux portes de l'auditoire était immense. À l'intérieur, les banquettes ordinairement occupées par quelques rares habitués, se garnissent de dames pour lesquelles la consigne n'est pas restée impitoyable. Les avocats, en attendant l'ouverture des portes, encombrement la galerie de Saint-Louis. [...] Aussitôt les portes s'ouvrent, et la partie réservée au barreau et au public est bientôt envahie » (récit rapporté sous Cour cass., réunies, 15 décembre 1837, *Gazette des tribunaux*, 16 décembre 1837, t. XIII, n°3828).

contexte dont elle est issue. Cependant, cette présentation n'est que la part ostensible de l'art de rendre la justice ; elle n'est qu'une mise en abîme préparant, pour les lecteurs plus attentifs, une autre part du rôle du juge : l'appropriation du droit lors du prononcé de la décision.

Il s'agit alors de partir à la recherche de la manière dont le juge, sagement mis en scène lors de ses audiences publiques, applique et utilise le droit dans ses décisions. Pour le confondre, il faut partir en quête d'un organe de presse rendant compte des débats et décisions, qui existerait suffisamment longtemps pour présenter un portrait complet du spectacle judiciaire du XIX^e siècle. À cet égard, peu d'options s'ouvrent au chercheur, puisque peu de journaux s'offrent comme assise crédible et représentative du XIX^e siècle. Grande époque du journal – et de l'imprimé en général –, le XIX^e siècle voit se créer plusieurs chroniques judiciaires, tant nationales que locales, aux succès très divers. Seules quelques initiatives privées passent à la postérité : tels le *Journal du Palais* ou la *Gazette des tribunaux*. L'étude de ces feuilles privées s'impose, en tant qu'elles sont les seuls à même de (re)constituer un panorama de la jurisprudence, en palliant deux difficultés.

La première difficulté tient à l'accès à la jurisprudence disponible, parce que toute la jurisprudence ne l'est pas, justement. Les jugements et arrêts des juridictions inférieures ne profitent pas d'une obligation de diffusion par voie officielle, si bien que leur reproduction est parcellaire, surtout au début du siècle, et aléatoire, dépendant notamment de l'intérêt porté par le public. Les décisions rendues par des juridictions locales éveillent évidemment la curiosité de juristes, qui développent des organes de presse propres à leur localité. Cependant, ces initiatives, nombreuses – plus de 800 dénombrées entre 1805 à 1918, pour les vingt-six cours d'appel¹⁴⁰ – rencontrent un succès souvent éphémère – en moyenne, moins de deux années de parution¹⁴¹. Ces échecs semblent s'expliquer tant par la domination des journaux de Paris sur ceux des départements que l'hégémonie croissante de la Cour de cassation à compter de 1837, dont l'effort d'harmonisation diminue l'intérêt de relayer des jurisprudences locales. Si l'engouement pour les particularismes juridiques de provinces ne faiblit pas, la confirmation de l'autorité jurisprudentielle de la Cour de cassation freine cet élan et brise l'expansion des recueils dévolus aux juridictions provinciales.

Les recueils provinciaux sont alors impropres à restituer un panorama de la jurisprudence, de même que l'est le *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*. Le *Bulletin* prend le relais du compte rendu annuel fait auprès du Corps législatif, qui assurait la publicité

¹⁴⁰ SOULA, Laurence, « Les recueils d'arrêts et de jurisprudence des Cours d'appel, miroirs de la formation et de l'évolution de la jurisprudence au XIX^e siècle », dans *Histoire, théorie et pratique du droit...*, op. cit., p. 990.

¹⁴¹ *Ibid.*

des jugements rendus par l'organe de cassation¹⁴² ; mais cette publication ne rencontre pas l'efficacité escomptée. Bien qu'elle soit rendue obligatoire sous le Directoire¹⁴³, elle n'est imprimée que tardivement et partiellement¹⁴⁴, disqualifiant ainsi ce recueil comme assise fidèle pour une reconstitution de la jurisprudence au XIX^e¹⁴⁵. Les publications officielles, par ailleurs appauvries par l'incendie de 1871 des archives judiciaires de Paris, ne garantissent pas une diffusion régulière et représentative de toutes les juridictions. Les initiatives privées, généralement sises à Paris, s'emparent alors de cette prérogative pour offrir un meilleur accès matériel aux décisions sur l'ensemble du territoire.

La seconde difficulté tient à l'accès à la jurisprudence pertinente, parce que toute lecture de journaux ou de recueils d'arrêts ne l'est pas. La prétention à l'exhaustivité des traditionnels recueils d'arrêts (*Dalloz*, *Sirey*), conjuguée à un rythme de parution annuelle, rend malaisée leur lecture complète. D'autant que la quantité de décisions, non rapportées par ordre chronologique, empêche de discerner les affaires ayant particulièrement accaparé l'attention des justiciables et praticiens lors de leur jugement. Enfin, ces recueils relèvent peu les jugements de première instance, alors qu'ils apparaissent souvent comme des laboratoires de solutions inédites. Les répertoires ainsi disqualifiés, le journal, dans un format quotidien, semble être la meilleure formule pour déterminer au jour le jour quelles décisions agitent les praticiens ; quelles thématiques s'imposent dans l'actualité juridique ; quelles affaires retiennent l'attention de tous, en raison des bouleversements juridiques et sociaux qui les accompagnent. Aussi, le périodique judiciaire s'impose-t-il comme la meilleure vitrine de chaque époque et sa laborieuse lecture permet d'extraire, au gré des évolutions sociales, les décisions les plus représentatives. Or, au XIX^e, peu de publications garantissant une couverture quotidienne, continue et attentive aux événements tant parisiens que provinciaux.

¹⁴² Décret des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 24 : « Chaque année, le Tribunal de cassation sera tenu d'envoyer à la barre de l'assemblée du Corps Législatif, une députation de huit de ses membres, qui lui présenteront l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels sera la notice abrégée de l'affaire, et le texte de la loi qui aura décidé la cassation. »

¹⁴³ Cette obligation se réalise en deux temps. Une première tentative a été ordonnée par l'arrêté du Directoire du 28 vendémiaire an V (19 octobre 1796), regroupant les arrêts prononcés entre l'an II et l'an VI. Un second arrêté du 2^e jour complémentaire de l'an VI (18 septembre 1798) confirme définitivement cette entreprise.

¹⁴⁴ Évelyne Serverin souligne, notamment, qu'avant la loi du 20 juillet 1947, seuls les arrêts de cassation en matière civile étaient publiés (SERVERIN, Évelyne, *De la jurisprudence en droit privé...*, *op. cit.*, p. 326-327).

¹⁴⁵ Ainsi, selon Philippe Galanopoulos, conservateur de la Bibliothèque de la Cour de cassation, « il n'est pas certain que les magistrats et avocats exerçant au Palais de justice, durant le premier tiers du XIX^e siècle, aient eu facilement accès à la jurisprudence de la Cour de cassation. Ce n'est qu'à partir de la Monarchie de Juillet que celle-ci gagne véritablement en publicité. [...] Entre 1800 et 1970, c'est au final 20 à 30% des arrêts rendus par la Cour qui font l'objet de publicité par le biais du *Bulletin* » (GALANOPOULOS, Philippe, « De la jurisprudence de la Cour de cassation : le nombre, le style et la publicité des arrêts », dans BARTHELEMY, Jean, GALANOPOULOS, Philippe, & PRETOT, Xavier (dir.), *Deux siècles de jurisprudence. La Cour de cassation au service du droit et du justiciable : 1790-2020*, Paris, Dalloz, 2022, p. 15).

Au regard de ces critères, la *Gazette des tribunaux* s'est donc imposée comme un outil idoine, en raison de sa longévité, et expédient, en ce qu'elle se fait le relais des décisions tant civiles, que criminelles et commerciales, de toutes les juridictions françaises. La lecture de ce périodique, fondé par Simon-Pierre Mars, s'impose au chercheur qui veut étudier la jurisprudence sur le temps long pour débusquer le juge dans son antre.

Ce quotidien, premier du genre, fondé par Mars en 1775 sous le titre de la *Gazette des tribunaux*, vise à rassembler « les nouvelles des Tribunaux ; la Notice des Causes, Mémoires & Plaidoyers intéressants, des Livres de Langue, de Droit, de Jurisprudence, & de tout ce qui peut avoir quelque rapport à la Magistrature, à l'Éloquence & au Barreau »¹⁴⁶. S'il disparaît à la faveur des événements de 1789, il se transforme sous la plume d'un nouveau rédacteur, Louis-François Jauffret, pour réapparaître dès 1791 sous la dénomination de la *Gazette des nouveaux tribunaux*. La date de cette première renaissance est à marquer d'une pierre blanche : elle coïncide avec le renouveau affiché du pouvoir judiciaire, lequel est par le jeu de la nouvelle Constitution composé de juges élus. Aux yeux de son rédacteur, ce quotidien apparaît nécessaire pour soutenir et représenter un pouvoir considéré comme le véritable pilier de l'ordre nouveau :

« Le pouvoir judiciaire est celui des pouvoirs publics, dont l'exercice habituel aura le plus d'influence sur le bonheur des particuliers, sur les progrès de l'esprit public, sur le maintien de l'ordre politique, et sur la stabilité de la Constitution »¹⁴⁷.

Cette philosophie explique l'ambition de Louis-François Jauffret : à rebours du discours ambiant hostile aux juges et à toute professionnalisation du droit, le nouveau rédacteur tend à restaurer l'autorité de la jurisprudence et assurer son épanouissement en lui donnant un organe de presse *ad hoc*. Si l'aventure de Louis-François Jauffret s'arrête en 1799, la *Gazette* n'en a cependant pas fini avec l'histoire, puisqu'elle est reprise par Achille Darmaing, qui régénère ce quotidien en 1825, sous son nom originel – *Gazette des tribunaux* –, accompagné du sous-titre « journal de jurisprudence et de débats judiciaires ». La reprise d'un tel journal annonce l'ambition du nouveau rédacteur, explicitée par un *Prospectus* placé en tête du premier tirage de la nouvelle édition : dans une démarche holistique se faire l'écho de l'ensemble des tribunaux¹⁴⁸, en reproduisant non seulement les décisions mais également, en les relatant en regard avec les différents éléments qui ont permis son élaboration – que sont, les conclusions du ministère public, les plaidoiries d'avocats et autres rapports utiles à la compréhension d'un dispositif, vus comme « un accompagnement indispensable de la collection des arrêts »¹⁴⁹. De

¹⁴⁶ « Prospectus », *Gazette des tribunaux*, 1^{er} novembre 1825, t. I, n°1.

¹⁴⁷ *Gazette des nouveaux tribunaux*, t. I, n°1, 1^{er} janvier 1791.

¹⁴⁸ « Prospectus », *Gazette des tribunaux*, 1^{er} novembre 1825, t. I, n°1.

¹⁴⁹ *Ibid.*

même, cet organe reprend les discours de rentrée, tant de la Cour de cassation que des cours souveraines ; ce qui en fait une ressource importante pour le chercheur alors que lesdits discours, prononcés à partir de 1826, ne sont, à leurs débuts, pas tous imprimés¹⁵⁰. Enfin, ce journal, initialement conçu comme le relais des débats judiciaires parisiens, s'ouvre progressivement aux juridictions inférieures, dont il reproduit les causes les plus importantes : ainsi, du plus petit Tribunal de Bourbon-Vendée à la Cour de cassation, la *Gazette des tribunaux* se veut le porte-voix fidèle de l'état de la jurisprudence.

L'histoire de ce journal autant que sa représentativité territoriale et temporelle¹⁵¹ justifient cette publication comme étant la source principale des présents travaux, propre à éclairer le jeu auquel se livre le pouvoir judiciaire. Aussi, cet organe saisit-il le chercheur, en ce qu'il constitue une source historique juridique exceptionnelle offrant un reflet de la magistrature, témoignage unique et irremplaçable de ce qu'est la société du XIX^e siècle. Cette originalité justifie l'intérêt que lui portent les professionnels du droit – la *Gazette* est régulièrement citée par des professeurs en droit, qui chercheraient à citer de la jurisprudence¹⁵², ou les arrêttistes¹⁵³ – mais également le législateur¹⁵⁴ et les hommes de lettres de l'époque. Source d'inspiration pour Victor Hugo, qui s'empare du crime de Claude Gueux à la maison centrale de Clairvaux (relaté dans la *Gazette* des 19 et 20 mars 1832) pour l'écriture du roman

¹⁵⁰ FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, CNRS, 1998, p. 13-14.

¹⁵¹ Le journal, qui absorbe un concurrent – *Le Droit* – en 1838, est lui-même dissout au sein d'une nouvelle gazette, en 1955 : *La Gazette du Palais*. Ce faisant, la *Gazette des tribunaux* – ou du moins son esprit – perdure au-delà du siècle qui l'a vue naître.

¹⁵² Le fait est souligné par Adhémar Esmein dans son étude rétrospective des relations entre la jurisprudence et la doctrine. Il note ainsi que, dans la seconde moitié du siècle, « c'était tel arrêt, qui avait retenu la curiosité du Professeur, et qu'il présentait à ses élèves à raison de son originalité ou de son importance ; et je vois encore le vieux maître [Duverger], dépliant, pour le citer, le numéro de la *Gazette des tribunaux*, où il l'avait saisi au passage et qu'il avait conservé. Avec MM. Beudant et Bufnoir le flot envahisseur de la jurisprudence s'élargit amplement ; l'étude des principales constructions qui sont dues à celle-ci : donations déguisées, assurances sur la vie, régime de la dot mobilière, etc., prenaient place dans l'enseignement, où, en même temps, pour la théorie pure, la synthèse remplaçait peu à peu la méthode exégétique » (ESMEIN, Adhémar, « La jurisprudence et la doctrine », *loc. cit.*, p. 10).

¹⁵³ À titre d'exemple, sous un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 13 avril 1897, le commentateur du *Recueil Sirey* renvoie à la *Gazette des tribunaux* pour connaître les conclusions du ministère public, « meilleur commentaire de l'arrêt » (Cour cass., civ., 13 avril 1897, *Jamies c/ John Taylor, consul d'Angleterre à Cannes, & consorts Ross-Marriott*, S. 1897. I. 401).

¹⁵⁴ Lors de la discussion de la loi du 13 décembre 1848 relative à la contrainte par corps, le député Paul Boudet invite ses collègues de l'Assemblée nationale à la lecture de la *Gazette des tribunaux*, pour connaître la manière dont les tribunaux traitent les litiges relatifs à l'exécution de lettres de change (DURAND, Hippolyte, *Commentaire de la loi du 13 décembre 1848 sur la contrainte par corps et du tarif du 24 mars 1849*, Paris, Videcoq fils aîné, 1850, p. 182).

Claude Gueux publié en 1834¹⁵⁵, la *Gazette* inspire également Stendhal pour créer son personnage de Julien Sorel dans *Le Rouge et le Noir*¹⁵⁶ et fait dire à Honoré de Balzac en 1845 :

« La *Gazette des tribunaux* publie des romans autrement faits que ceux de Walter Scott, qui se dénouent terriblement, avec du vrai sang et non avec de l'encre »¹⁵⁷.

Ces « romans », reproduits dans la *Gazette*, concilient autant l'intérêt populaire que celui du juriste, en ce que sont présentées objectivement des fresques judiciaires, au fil desquelles ceux-ci se laissent guider. Ensemble, ces deux aspects permettent, à l'inverse des recueils d'arrêts plus traditionnels, de ne pas livrer une stricte analyse juridique mais au contraire d'offrir un regard plus réaliste du juge à l'œuvre, cet interlocuteur privilégié de la société dont le pouvoir est borné autant que révélé à travers sa seule prérogative : la confection des décisions de justice.

Enfin, c'est cette richesse qui permet au journal d'obtenir ses lettres de noblesse de la plume même du procureur général André Dupin, alors même qu'il adopte une attitude pleine de défiance à l'égard des recueils d'arrêts. Dans une section VII relatif aux « Défauts reprochés aux compilations d'arrêts », de son opuscule *De la jurisprudence des arrêts, à l'usage de de ceux qui les font et de ceux qui les citent*, celui-ci salue l'originalité de cette publication :

« La *Gazette des tribunaux* a un caractère particulier : elle ne rend pas seulement compte des procès *jugés*, mais aussi des procès *pendant qu'ils se débattent*, et lorsque personne ne peut en prévoir l'issue. Elle enregistre les paroles des avocats ; elle offre aux anciens un moyen d'accroître et d'étendre leur célébrité ; aux plus jeunes, elle fournit les moyens de se faire connaître du public. Les réputations ne sont plus renfermées dans l'enceinte du Palais. À la longue, ce journal, par sa variété, offrira l'histoire du Barreau et des mœurs judiciaires »¹⁵⁸.

Aussi, avec la réserve que l'absence de corroboration possible commande d'observer, la *Gazette des tribunaux* s'est-elle imposée comme la source principale de ces travaux.

Néanmoins, cette chronique judiciaire n'est néanmoins pas exempte de critiques : les décisions qui y sont relatées procèdent d'un choix des rédacteurs de cette feuille, dont l'objectivité peut être interrogée. Dès lors, pour pallier cet écueil, il a été fait le choix d'enrichir

¹⁵⁵ V., sur le traitement de la justice dans l'œuvre de Victor Hugo, ROMAN, Myriam, *Le droit du Poète : la justice dans l'œuvre de Victor Hugo*, Saint-Étienne, PUSE, 2023.

¹⁵⁶ L'histoire se nourrit de la lecture dans la *Gazette des tribunaux*, des 28 au 31 décembre 1828, des comptes rendus du procès d'Antoine Berthet, séminariste condamné à mort pour assassinat par la Cour d'Assises de l'Isère.

V. MOLLIER, Jean-Yves, « Éditer le droit après la Révolution française », dans *Histoire et civilisation du livre. Revue internationale*, Genève, Droz, 2005, vol. I, p. 138.

¹⁵⁷ BALZAC, Honoré (de), *Œuvres complètes, op. cit.*, 1845, t. IV, « Modeste Mignon », p. 281.

¹⁵⁸ DUPIN, André, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats, recueil d'opuscules de jurisprudence*, rééd., Paris, Joubert, 1835, p. 514.

cette source par l'utilisation d'un algorithme, développé grâce au concours de deux étudiants en mathématiques et informatique. Il fonctionne tel un simple moteur de recherches, au sein duquel il est possible de naviguer en renseignant des termes et dont la base de données est constituée des recueils *Sirey* et *Dalloz* tels qu'extraits de la plateforme en libre accès *Gallica*, alimentée par la Bibliothèque nationale de France. Il s'agit d'une création *ad hoc* destinée à relever des expressions et des thématiques, dont la pertinence a été révélée lors de la lecture de la *Gazette* : l'algorithme permet alors de recueillir les décisions contenant le mot renseigné – dans une forme proche ou identique – ou un ensemble des mots renseignés – joints ou disjoints dans la même décision. Ce procédé rencontre toutefois une limite importante, en ce qu'il repose sur la bonne reproduction des documents, permettant, à partir de la numérisation, la reconnaissance des termes recherchés. Or, à cet égard, les qualités de reproductions variables, intrinsèques aux impressions du XIX^e siècle, interdisent de conclure à l'exhaustivité pour chaque recherche réalisée. Néanmoins, si les données ainsi recueillies sont essentiellement employées comme des indices, l'usage de l'algorithme a permis d'enrichir sensiblement, par la lecture de plusieurs centaines de décisions, les hypothèses constatées par ailleurs. Aussi, dans cette quête visant à déterminer l'autorité de la jurisprudence, cet algorithme a-t-il permis de repérer et confirmer l'utilisation d'éléments de langage et argumentations, qui, ensemble, montrent le fonctionnement, indépendant de la loi, du juge judiciaire.

Approche

Si se perdre dans les méandres de la jurisprudence apparaît être le meilleur moyen de découvrir l'indépendance fonctionnelle de la magistrature, cette approche risque de n'aboutir qu'à une compilation monumentale et inexploitable de décisions contradictoires. Pour éviter cet écueil, il s'agit de définir et restreindre l'objet du sujet.

Cette étude a pour objet unique la magistrature judiciaire, excluant, par définition, l'analyse des décisions rendues par l'ordre administratif. Ce choix, motivé par l'impossibilité de sonder l'ensemble des décisions, se justifie, d'une part, par l'état dans lequel est placé l'ordre administratif. Si la loi des 16-24 août 1790 scinde bien les fonctions administratives des judiciaires¹⁵⁹, elle ne crée pas un ordre *juridictionnel* administratif, puisque, dans un premier temps, l'administration active juge son propre contentieux¹⁶⁰. Ce système dit de

¹⁵⁹ Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 13.

¹⁶⁰ Loi des 6, 7-11 septembre 1790.

l'administrateur-juge s'efface en 1799, pour céder sa place au principe de la justice retenue¹⁶¹ : jusqu'en 1848, le contentieux est techniquement confié à des juridictions, que sont le Conseil d'État et les conseils de préfecture, mais relève, en pratique, toujours de l'administration. Il faut attendre l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889, pour voir consacrée l'existence d'un second ordre juridictionnel : la juridiction administrative¹⁶². Cette longue lutte émancipatrice n'empêche certes pas la formation d'une jurisprudence souvent innovante, dont l'arrêt *Rothschild*¹⁶³, prélude à l'arrêt *Blanco*¹⁶⁴, est la preuve la plus saillante ; mais elle disqualifie par-là le juge administratif de cette étude. D'autre part, de manière plus prosaïque, cette exclusion s'explique par le fait que les décisions des juridictions administratives ne sont que faiblement rapportées dans la presse quotidienne, contrariant la volonté d'une étude jurisprudentielle quantitative et qualitative pertinente.

Déterminer l'indépendance fonctionnelle de la magistrature postule pareillement d'exclure, en principe, du récit les décisions prises par des jurés. Objectivement, ces formations, par essence éphémères, ne peuvent pas être porteuses d'une jurisprudence construite : d'une part, parce que celles-ci répondent par la négative ou l'affirmative aux questions posées, repoussant toute motivation de leurs décisions ; d'autre part, parce que leur intervention ponctuelle empêche la formation d'une politique jurisprudentielle, manifestation par excellence d'une indépendance fonctionnelle¹⁶⁵.

Enfin, la période doit être restreinte à une partie seulement du XIX^e siècle. La magistrature judiciaire ne présente ni une histoire continue, ni un ordre homogène au long du XIX^e siècle. Les révolutions et contre-révolutions modifient ce corps, chahuté par les purges accompagnant chaque changement de régime¹⁶⁶. Cependant, une forme d'homogénéité demeure, par-delà les ruptures, au moins jusqu'à l'année 1883, qui offre un premier moment de basculement remarquable à un double de point de vue. La loi du 30 août 1883 impose la dernière épuration d'ampleur connue par ce corps, en même temps qu'elle organise l'éviction « la plus sévère de tout l'histoire judiciaire [frappant] d'exclusion immédiate le quart des magistrats inamovibles des cours et tribunaux en fonction au moment de sa promulgation »¹⁶⁷. Néanmoins,

¹⁶¹ La Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) investit le Conseil d'État, chargé de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative » (article 52). Elle est confortée par la loi du 28 pluviôse an VIII (27 février 1800), concernant la division du territoire français et l'administration, qui institue les conseils de préfecture (titre II, article 2).

¹⁶² CE, 13 décembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, *Rec. Lebon*, 1889, p. 1148.

V. BIGOT, Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002.

¹⁶³ CE, 6 décembre 1855, *Rothschild c/ Larcher et administration des postes*, *Rec. Lebon*, 1855, p. 707.

¹⁶⁴ Trib. conflits, 8 février 1873, *Blanco*, S. 1873. II. 153.

¹⁶⁵ À titre exceptionnel, des arrêts rendus par des cours d'assises peuvent être reportés, dès lors que des propos tenus par des magistrats professionnels évoluant en cours d'assises le justifient.

¹⁶⁶ ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération...*, *op. cit.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 87.

comme gage politique offert à des magistrats inquiets, dont l'inamovibilité a été si souvent bafouée, la même loi prend soin d'instaurer un Conseil supérieur de la magistrature et une égalité de traitements¹⁶⁸, marquant son entrée dans une forme de modernité, confirmée par la création d'une école sur concours et d'un tableau d'avancement, définitivement consacrés en 1906¹⁶⁹. Ces modifications permettent la mutation d'une magistrature longtemps vue comme une *justice politique* en un *service public*¹⁷⁰ : les deux dernières décennies du siècle organisent enfin un ordre judiciaire, ce grand oublié des actes constitutionnels depuis 1795 jusqu'aux lois constitutionnelles de 1875. En somme, la justice se « républicanise »¹⁷¹. Protégée par ce Conseil et rassurée par la réaffirmation du principe d'inamovibilité, la magistrature change de forme au début de la III^e République, justifiant l'année 1906 comme borne temporelle à cette étude, dont le terminus *a quo* est la création de la *Gazette des tribunaux* en 1825¹⁷².

Cette recherche ne vise ni à conclure à la toute-puissance de l'ouvrage jurisprudentiel omnipotent ni à démontrer sa parfaite homogénéité mais plutôt à montrer que le droit ne peut se passer de la jurisprudence. Sous ce prisme, ce travail de recherche tend à débusquer le pouvoir créateur de la magistrature et à déterminer l'autorité de ses décisions. Pour y parvenir, il ne s'agit pas de livrer une présentation chronologique de l'œuvre de l'institution judiciaire, régime après régime ; mais, au contraire, de montrer, au-delà de l'instabilité politique, la permanence des comportements, en retraçant des histoires jurisprudentielles parfois longues de plusieurs décennies.

Pour réaliser ce travail, deux regards s'imposent. Le premier est relatif au juge lui-même et à la conscience de sa mission et de son statut. Il s'agit de comprendre comment le juge s'est révélé tout au long du XIX^e siècle, à l'aune de l'évolution de ses relations avec les organes politiques – l'exécutif et le législatif – et le monde de la robe – les praticiens du droit, la doctrine. Le second regard est relatif à sa création, la jurisprudence. Il s'agit alors de comprendre tant le statut de la règle jurisprudentielle que la manière dont une décision individuelle peut être érigée en principe *ad hoc* à portée générale. Ensemble, ces travaux visent à résoudre une question : à

¹⁶⁸ La loi du 30 août 1883, sur la réforme de l'organisation judiciaire, consacre un titre VIII au « Conseil supérieur de la magistrature » (articles 13 à 16). La même loi unifie le traitement des juges des cours d'appels (titre I^{er}, article 3) et des tribunaux de première instance (titre II, article 7) ainsi que des juges de paix (titre IV, article 9).

¹⁶⁹ Un concours annuel est organisé par le décret du 2 mai 1876, jusqu'en 1895. Il est définitivement rétabli par le décret Sarrien du 18 août 1906 (titre I^{er} « Des garanties spéciales de capacité professionnelles »). Ce même décret Sarrien rend obligatoire l'inscription au tableau d'avancement.

¹⁷⁰ ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 458.

¹⁷¹ SOULA, Laurence, « Introduction », dans *Les cours d'appel : origines...*, op. cit., p. 20.

¹⁷² Pour éclairer ces travaux, des décisions antérieures à l'année 1825 ont pu être rapportées ci-dessous. Ces hypothèses sont néanmoins peu fréquentes en raison de la moindre disponibilité de la jurisprudence dans le premier tiers du XIX^e siècle.

travers ce que la jurisprudence raconte d'elle-même, comment dessiner l'histoire de l'émergence d'un pouvoir judiciaire, au fil d'un XIX^e siècle franchement hostile à cette idée ?

Une première partie offre une vision du juge à la recherche tant de sa place que de son autorité (*Partie 1 : Les fondements de l'indépendance*). Cette histoire préalable des rapports de force, tant avec les pouvoirs politiques qu'au sein de l'institution judiciaire, fournit les enseignements utiles à la compréhension du juge à l'œuvre. Une seconde partie doit alors présenter les moyens d'action du juge, souvent révélés malgré lui et consolidés par le temps (*Partie 2 : Les manifestations de l'indépendance*).

– PARTIE I –

LES FONDEMENTS DE L'INDEPENDANCE

L'ordre judiciaire ou « ce que l'on appelle improprement le *pouvoir* judiciaire », selon la formule du député Adrien Duport¹⁷³, doit, en raison de l'image péjorative que d'autres ont cultivée pour lui, sans cesse lutter pour voir respectées ses prérogatives, que leur simple assise législative rend particulièrement précaires. Ce combat se manifeste doublement : à l'égard des institutions politiques autant que des textes, pour démontrer que le juge ne saurait être un exécutant servile et qu'il peut s'affranchir, au besoin, de la rigueur de la loi. Mais cette lutte, tant juridique que politique, tant officielle qu'officieuse, n'est ni parfaitement coordonnée ni soigneusement organisée : en ce XIX^e siècle, les juges judiciaires ne forment pas une entité unie, guidée par le seul souci d'assurer l'ordre au bénéfice du droit et de la société. Bien au contraire, la rivalité n'oppose pas uniquement l'ordre judiciaire aux pouvoirs constitués mais se joue également en interne, au sein même de cet ordre, qui est animé par des desseins parfois contradictoires.

Un premier chapitre, consacré aux relations entre la magistrature et les pouvoirs exécutif et législatif, doit permettre de mettre en lumière l'avènement d'un pouvoir judiciaire évoluant, parfois insensiblement, de « bras armé du pouvoir »¹⁷⁴ au rôle indépendant de gardien des droits et libertés. Cette affirmation du juge n'est pas la consécration d'un mouvement linéaire : bien au contraire, elle est marquée de moments de flux et reflux, au gré des espèces et des temps. Ces développements donnent à voir un juge négligeant certains combats pour en porter d'autres et faire triompher, sur le temps long, son indépendance fonctionnelle (*Chapitre 1*).

Un second chapitre doit affiner ce regard sur l'ordre judiciaire. Le terme *ordre* ne doit pas dissimuler le manque d'unité et de coordination régnant entre les juridictions judiciaires. En dépit d'un prétendu esprit de corps, aussi prôné par elle que craint des autres institutions, la magistrature judiciaire s'accorde mal au singulier, comme l'atteste la cacophonie des jugements rendus. À cet égard, la Cour de cassation ne parvient que difficilement et très progressivement à imposer sa voix face aux juges du fond. Un récit chronologique doit montrer une mue

¹⁷³ Adrien Duport poursuit ainsi : « Je dis improprement parce qu'il n'y a réellement de pouvoir dans l'ordre judiciaire que le pouvoir exécutif » (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XII, p. 410).

¹⁷⁴ ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 567.

complexe de cet ordre, en raison d'oppositions donnant à voir une lutte du juge judiciaire contre lui-même, au risque de nuire à la cohérence du droit (*Chapitre 2*).

Cette partie vise à explorer, en sous-texte, un paradoxe, à rebours des idées reçues : l'institution judiciaire dans son ensemble semble s'affranchir du législatif et de l'exécutif, bien avant de trouver la clef de son organisation interne et de rassembler les juridictions du fond derrière l'autorité de la Cour de cassation.

– CHAPITRE 1 –

L'EMANCIPATION DU JUGE AUX DEPENS DE L'EXECUTIF ET DU LEGISLATIF

En dépit de l'impératif de séparation des pouvoirs, gravé au frontispice de la déclaration de nos droits et libertés¹⁷⁵, le pouvoir judiciaire n'est pas indépendant au XIX^e siècle : sa dépendance organique et fonctionnelle est aussi réelle que martelée au fil du siècle. À cet égard, les régimes successifs du XIX^e siècle – puis ceux du XX^e siècle – ne font que perpétuer une vision de l'ordre judiciaire née de la Révolution française :

« la France contemporaine, fille de la Révolution et de l'Empire, demeur[e] attachée à cette manière napoléonienne de concevoir *Thémis* comme un service public, un grand service public mais un service public. Pas un pouvoir »¹⁷⁶.

Néanmoins, en dépit de cette dépendance organique originelle, l'institution judiciaire s'empare, contrairement à ce qui avait été imaginé pour elle, des armes de son indépendance fonctionnelle. Au fil des décisions rendues, parfois contradictoires et éphémères, les magistrats affirment progressivement une liberté de juger, qui accompagne les grands sursauts politiques du siècle. Tel Prométhée cherchant à s'échapper des dieux desquels il tient son existence, le juge s'exerce à un difficile rôle d'équilibriste : celui de rassurer les pouvoirs successifs, tout en exerçant leur office conformément à leur bon vouloir. L'analyse de la jurisprudence montre que les juges-créatures savent, à des degrés certes variables, se détacher de leur créateur – le pouvoir exécutif – (*Section 1*) autant que prendre leurs distances à l'égard de leur chef d'orchestre – le pouvoir législatif – (*Section 2*).

¹⁷⁵ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 16 : « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

¹⁷⁶ KRYNEN, Jacques, *L'état de justice...*, *op. cit.*, t. II, p. 59.

– Section 1 –

Exister en dépit de la dépendance organique

« Le gouvernement nomme les juges, il leur donne de l'avancement, il leur confère des distinctions. Ce n'est pas manquer, pour la magistrature, à la déférence qui lui est due que de constater que le gouvernement a sur elle des moyens d'action, de pression, de séduction, que le gouvernement n'a pas besoin de faire connaître ses désirs, que la magistrature fonctionnarisée aura la tentation de les deviner et de les prévenir. Nous ne disons pas : cela est. Nous disons : on peut craindre que ce soit. »

Joseph Barthélemy, *Précis de droit public*¹⁷⁷

Telle se manifeste toute la complexité de l'office du juge judiciaire, face au pouvoir exécutif dont il est, juridiquement, un simple exécutant. Ce faisant, le juge est l'objet d'une méfiance séculaire, qui perdure aujourd'hui, alors que la fonction juridictionnelle a fait peau neuve ; comme en témoignent les propos du président François Mitterrand :

« Méfiez-vous des juges, ils ont tué la Monarchie. Ils tueront la République »¹⁷⁸.

La figure même du juge semble ainsi inspirer une défiance, presque naturelle et irrésistible aux évolutions de son office. Au XIX^e siècle, néanmoins, elle peut se justifier par des facteurs objectifs : il est attendu du juge, nommé, récompensé ou épuré, d'ajuster son comportement au gré des envies du pouvoir en place, pour garantir sa propre survie. Mais cette vision ne résiste pas à l'examen des faits et de la jurisprudence : la relation du juge avec le pouvoir exécutif ne se résume pas à une histoire ni simple ni linéaire, réduisant l'organe judiciaire au rôle de chambre d'enregistrement des vœux de l'exécutif. Loin de là, le XIX^e siècle donne à voir, à bien des égards, un juge audacieux, soucieux de l'épanouissement du droit au péril de son propre avancement. Si un parfum du soupçon ne cesse d'accompagner le juge judiciaire perçu comme un être aux ordres de l'exécutif (*Sous-section I*), son œuvre et son

¹⁷⁷ BARTHELEMY, Joseph, *Précis de droit public*, Paris, Dalloz, 1937, p. 154.

¹⁷⁸ Cette phrase serait attribuée à François Mitterrand, s'exprimant ainsi, en 1995, lors de son dernier Conseil des ministres (*Le Figaro*, 19 mai 2023).

comportement racontent une histoire plus nuancée : le XIX^e siècle est également le témoin d'un élargissement (*Sous-section 2*), aussi lent qu'abouti, qui permet au juge judiciaire de s'ériger, à l'issue d'un affrontement avec le pouvoir exécutif, en un véritable protecteur des droits et libertés (*Sous-section 3*).

Sous-section 1. – L'enchaînement

En 1848, dans ses *Observations de la Cour de cassation sur un projet de loi relatif à l'organisation judiciaire*, le premier président de ladite Cour, le comte Joseph-Marie Portalis¹⁷⁹, rappelle

« [qu']en l'an X, le premier consul promettait officiellement à la France : la Justice, l'Ordre, l'Égalité »¹⁸⁰.

Le choix et l'ordre des priorités fixées par Napoléon I^{er} ne doivent pas donner à croire qu'il entendait ériger une Justice puissante, voire un pouvoir judiciaire autonome. Loin de là, la conception de la Justice de l'empereur l'amène plutôt à la considérer comme une mission dont l'État a la charge – au même titre que celles de parvenir à l'Ordre et à l'Égalité. De cette vision, naît inévitablement un biais et un handicap pour la Justice : considérée dès l'époque napoléonienne comme un devoir à la charge du pouvoir exécutif, elle ne peut s'épanouir hors de lui et espérer une existence propre. Cela est rapidement confirmé par la tutelle sous laquelle l'ensemble de l'ordre judiciaire est placé dès les premiers temps des régimes napoléoniens. Comment reconnaître à l'ordre judiciaire une quelconque indépendance fonctionnelle, quand sa tutelle à l'égard du pouvoir exécutif est indéniable (§1) ? Cette subordination de droit est alimentée, en fait, par le comportement même du juge, ce qui empêche, pendant longtemps, de le considérer comme délié des pressions du pouvoir exécutif. Aussi, cette collusion est-elle la

¹⁷⁹ Joseph-Marie Portalis (1778-1858) est le fils de Jean-Étienne-Marie Portalis. Conseiller d'État en service extraordinaire, il est promu directeur général de l'imprimerie et de la librairie sous le Premier Empire. Révoqué en 1811 par Napoléon I^{er}, il s'oriente vers la magistrature. Il entre à la Cour de cassation en août 1815, en qualité de conseiller. Après avoir présidé la chambre criminelle (1824), il accède à la première présidence en août 1829. Il conserve ses fonctions sous la Monarchie de Juillet et la II^e République ; il se retire le 2 novembre 1852, atteint par la limite d'âge, et obtient, en compensation, un siège de sénateur. Parallèlement à ses fonctions judiciaires, il est pair de France (1819) et occupe différents ministères (Justice et Affaires étrangères, notamment). Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 636.

¹⁸⁰ PORTALIS, Joseph-Marie, *Observations de la Cour de cassation sur un projet de loi relatif à l'organisation judiciaire*, Paris, Crapelet, 1848, p. 49.

source d'une défiance à l'égard du juge, qui a longtemps conduit à refuser de lui reconnaître un pouvoir autonome au XIX^e siècle (§2).

§1. – Une tutelle de droit

Telles les trois sœurs Parques, l'exécutif file la vie professionnelle du juge judiciaire pendant tout au long du XIX^e siècle. Il orchestre, d'une part, sa naissance – par la nomination – et sa vie – par la surveillance (A). Il décide, d'autre part, de la mort du juge, puisqu'il exerce sur lui un pouvoir de sanction dont l'acmé peut être l'épuration de l'ordre judiciaire (B).

A. – La nomination et la surveillance

Un tour d'horizon des dispositions relatives au statut et aux obligations des magistrats de l'ordre judiciaire permet vite de constater que, en droit, la dépendance organique et la surveillance constante des juges par le pouvoir exécutif empêchent l'avènement d'un corps indépendant et, partant, entretiennent l'image d'un corps corvéable à merci. Cette politique visant à brider la magistrature prend sa source dans la Révolution française et ne cesse véritablement qu'à l'extrême fin du siècle.

La Révolution française prend pour première cible la magistrature, qu'elle tient responsable du désordre dans lequel est englué le pays depuis plusieurs décennies. À l'image du député Jacques-Guillaume Thouret, les constituants regrettent que les parlements d'Ancien Régime aient outrepassé les bornes de leur mission : « émule de la puissance législative, [le Parlement] révisait, modifiait ou rejetait les lois », ce qui est un « abus qui a dénaturé le pouvoir judiciaire en France », déplore le député le 24 mars 1790¹⁸¹. Ayant en mémoire ces dérives, les constituants se promettent d'encadrer les cours de justice pour éviter des dérives indépendantistes manifestées sous le règne de Louis XVI, qui ont conduit parfois à des réprimandes sévères¹⁸². De ce passé récent, la Révolution retient donc la nécessité

¹⁸¹ *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XII, p. 344.

¹⁸² René-Nicolas-Charles-Augustin de Maupeou (1714-1792), dernier chancelier de l'Ancien Régime, obtient, le 20 janvier 1771, l'exil des magistrats du Parlement de Paris, de plus en plus réfractaire à l'autorité du roi. Il est remercié en 1774 et le roi Louis XVI fait enregistrer plusieurs édits réintégrant le Parlement déchu. Déjà dans le discours dit de la Flagellation, du 3 mars 1766, Louis XV rappelait, en vain, aux magistrats qu'ils ne détenaient aucun pouvoir souverain.

d'enfermer le juge dans les bornes d'un office restreint – la seule et placide exécution de la loi –, pour « prévenir l'usurpation de pouvoir par un juge qui dit le droit dans les interstices de la loi »¹⁸³. Pour s'en assurer effectivement, une solution émerge, à rebours des premières prétentions électives des révolutionnaires : le principe de la nomination.

Bien que finalement consacrée sous les régimes napoléoniens, la nomination répond, au fond, à la philosophie révolutionnaire d'asservissement du juge, en ce qu'elle offre un contrepied aux pratiques d'Ancien Régime. La nomination met en effet fin à cette ère de liberté, permise au juge grâce à la vénalité et l'hérédité de sa charge dont il bénéficiait depuis la fin de l'époque médiévale¹⁸⁴. Hérédité et vénalité sont abolies dès la nuit du 4 août 1789 ; cet acte symbolique est immédiatement confirmé par le décret des 5-11 août 1789, qui organise l'indemnisation des propriétaires d'offices supprimés. Pour autant, ce choix ne trouve pas son corollaire immédiat dans l'instauration du principe de nomination : la passion révolutionnaire pour les scrutins conduit à opter, dans un premier temps, pour l'élection des juges, consacré dès 1790¹⁸⁵, quand bien même les cahiers de doléance souhaitaient, presque partout, une nomination par le roi¹⁸⁶. Cet idéal électif se heurte cependant, rapidement, à l'impératif de contrôler l'exécution judiciaire des lois et, partant, à celui de choisir les juges officiant. Aussi, les juges, en théorie élus pour six ans et rééligibles¹⁸⁷, voient-ils souvent leur élection invalidée¹⁸⁸, même sous la constitution d'août 1795 qui en rappelait pourtant le principe¹⁸⁹. La

¹⁸³ GAU-CABEE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre...*, op. cit., p. 25.

¹⁸⁴ V. GARNOT, Benoît, *Histoire de la justice. France, XVI^e-XX^e siècles*, Paris, Gallimard, 2009, p. 259 et suiv. ; SAINT-BONNET, François, & SASSIER, Yves, *Histoire des institutions avant 1789*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 376 et suiv., p. 420 et suiv.

¹⁸⁵ Loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 3 : « Les juges seront élus par les justiciables ».

¹⁸⁶ ROYER, Jean-Pierre, *La société judiciaire...*, op. cit., p. 217.

¹⁸⁷ Loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 4 : « Ils seront élus pour six années ; à l'expiration de ce terme, il sera procédé à une élection nouvelle, dans laquelle les mêmes juges pourront être réélus. »

¹⁸⁸ À l'image des annulations prescrites par la loi du 19 fructidor an V (5 septembre 1797), contenant des mesures de salut public prises relativement à la conspiration royale. Cette loi confère au Directoire le droit de pourvoir aux places laissées ainsi vacantes.

¹⁸⁹ Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), titre VIII « Pouvoir judiciaire », article 212 : « Il y a, dans chaque arrondissement déterminé par la loi un juge de paix et ses assesseurs. – Ils sont tous élus pour deux ans, et peuvent être immédiatement et indéfiniment réélus. » ; article 216 : « Il y a un tribunal civil par département. – Chaque tribunal civil est composé de vingt juges au moins, d'un commissaire et d'un substitut nommés et destituables par le Directoire exécutif, et d'un greffier. – Tous les cinq ans on procède à l'élection de tous les membres du tribunal. – Les juges peuvent être réélus. »

Jean-Pierre Royer note à cet égard que : « Le contexte social et politique du Directoire s'accommode mal d'une magistrature autonome, sans crainte pour ses prérogatives. Les chiffres alarmants de la criminalité entre 1795 et 1799 ainsi que les coups de force successifs de la période amènent les pouvoirs publics à réagir pour s'assurer du recrutement de juges responsables et plus dociles. Face à la demande d'une répression forte, le Directoire choisit sans tarder de supprimer le principe de l'élection des magistrats pour lui substituer le mode de la nomination. Désormais, le pouvoir exécutif peut nommer les juges à toutes les places électives entre deux périodes électorales. Ainsi, "sans être expressément abolie", l'élection des juges "est progressivement, par la pratique et la législation, reléguée aux magasins des utopies judiciaires" (F. Chauvaud). Finalement, ce réajustement permettra au Directoire de procéder quelquefois à une centaine de nominations par mois entre 1795 et 1799 » (ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 383-384).

crainte de voir le juge gagner en légitimité et indépendance, par le biais de l'élection, conjuguée à celle de ne pouvoir maîtriser son application des lois, conduit à une volte-face progressive : le principe électif s'éclipse au profit de celui de la nomination, qui correspond, elle, à l'idéal napoléonien. La loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) relative à l'organisation administrative et celle du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) propre à l'organisation judiciaire confirment ce passage assumé et généralisé à la nomination des différents corps par le seul pouvoir exécutif. Désormais un acte unilatéral du gouvernement, décide des affectations des juges, tout au long de leur carrière.

Certes, la nomination¹⁹⁰ est couplée au principe d'inaMOVibilité : le cumul de ces deux principes de nomination et d'inaMOVibilité étant vu comme le plus propice à garantir effectivement la séparation des pouvoirs. L'inaMOVibilité est, en pratique, rapidement écornée : outre qu'elle ne s'applique qu'aux juges du siège¹⁹¹, confirmant la subordination du ministère public, le principe est levé dès 1807 pour réaliser une épuration d'ampleur, ouvrant la voie à une pratique répétée au fil du siècle. Le juge, non garanti dans son office par un principe d'inaMOVibilité à l'application variable, doit sa place puis son maintien au pouvoir exécutif qui le nomme. Cette subordination constante, pendant toute la durée de l'exercice de sa mission de justice, entretient alors le soupçon d'une soumission nécessaire au pouvoir exécutif.

L'influence de l'exécutif sur la magistrature, rappelée au gré des changements de gouvernement¹⁹², est par ailleurs amplifiée par la surveillance dont elle fait l'objet. Une surveillance continue, d'une part, exercée par le ministre de la justice, dont la titulature de *grand-juge*¹⁹³ donne assez à comprendre l'ascendant qu'il opère sur l'ensemble de la juridiction judiciaire. Doté, depuis le décret du 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795), du pouvoir de

¹⁹⁰ Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), titre VIII « Pouvoir judiciaire », article 217 : « Lors de l'élection des juges, il est nommé cinq suppléants, dont trois sont pris parmi les citoyens résidant dans la commune où siège le tribunal. »

¹⁹¹ Le principe d'inaMOVibilité des magistrats du parquet est énoncé aux articles 216 (pour les tribunaux civils) et 261 (pour le Tribunal de cassation) de la Constitution de l'an III. Les actes constitutionnels du XIX^e siècle rappellent le principe d'inaMOVibilité des seuls juges du siège (article 58 de la Charte du 4 juin 1814 ; article 49 de la Charte du 14 août 1830 ; article 87 de la Constitution du 4 novembre 1848 ; article 26 de la Constitution du 14 janvier 1852). V. MASSABIAU, Joseph-François-Louis, *Manuel du ministère public...*, op. cit., 1876.

¹⁹² Les Chartes du 4 juin 1814 et du 14 août 1830 précisent, en des termes presque identiques, respectivement aux articles 57 et 48, que « toute justice émane du roi [et qu'] elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue ». La Constitution du 4 novembre 1848 ne déroge guère à cette ligne : si elle réhabilite, fugitivement, la notion de *pouvoir* judiciaire (chapitre VIII) et déclare, en son article 81, que « la justice est rendue gratuitement au nom du peuple français », il n'en demeure pas moins que c'est le président de la République qui veille à toutes les nominations – des magistrats du ministère public à ceux de la Cour de cassation (articles 85 et 86). En rappelant le serment de fidélité des magistrats au président (article 14), la Constitution du 12 janvier 1852 ne dit pas autre chose que la soumission directe de la magistrature à l'exécutif.

¹⁹³ Constitution du 16 thermidor an X, titre IX « De la justice et des tribunaux », article 78 : « Il y a un grand-juge ministre de la justice. »

surveiller les juges et de leur donner « tous les avertissements nécessaires »¹⁹⁴, le ministre de la justice fait planer son ombre aussi bien sur les juridictions du fond, où les circulaires qu'il adresse au ministère public conditionnent souvent l'exercice de poursuites, que sur le Tribunal de cassation, dont il exerce la présidence en droit¹⁹⁵. Bien que cette prérogative soit peu déployée, elle vise à rappeler la tutelle exercée même sur la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, qui n'est, à ses débuts, pas conçue comme une juridiction autonome en charge de l'unification de la jurisprudence : selon le vœu de Maximilien Robespierre, le Tribunal de cassation est placé « hors de l'ordre judiciaire et au-dessus de lui »¹⁹⁶, avec pour mission, comme le rappelle l'ordonnance de 1815, de « maintenir l'observation rigoureuse des lois »¹⁹⁷. Dans cette optique, le Tribunal de cassation apparaît, au regard de son organisation originelle, comme un canal de diffusion de la pensée et des décisions du pouvoir exécutif en place.

Ce lien de subordination de la magistrature est encore rappelé par l'exigence du ministre, que lui soit rapporté, chaque année par les procureurs généraux, des notices individuelles et autres éléments relatifs aux magistrats de leur ressort¹⁹⁸. Cette circulaire datant de 1850 n'est pas un épiphénomène : elle s'inscrit dans la droite ligne de pratiques ministérielles antérieures, visant à s'intéresser aux opinions politiques des magistrats pour décider de leur avancement. Elles sont légion¹⁹⁹, à l'image de la circulaire du 31 juillet 1820, par laquelle il demande, plus explicitement, pour « éclairer [son] choix » afin de désigner des juges, des renseignements sur « la conduite morale et politique des candidats, ainsi que sur [l']attitude » de chaque candidat²⁰⁰.

Mais le garde des sceaux n'est pas le seul ministre à s'intéresser à la personnalité des juges : c'est parfois du ministère de l'intérieur que peuvent venir les injonctions adressées aux

¹⁹⁴ Décret du 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795) sur l'organisation du ministère, « Attributions du ministre de la justice », article 3, alinéa 3 : « Il donne aux juges tous les avertissements nécessaires, et veille à ce que la justice soit bien administrée, sans pouvoir connaître du fond des affaires. »

¹⁹⁵ Constitution du 16 thermidor an X, titre IX « De la justice et des tribunaux », article 80 : « Il préside le Tribunal de cassation et les tribunaux d'appel, quand le gouvernement le juge convenable. ». La pratique est maintenue par Louis XVIII, dont une ordonnance du 15-17 février 1815 maintient les règlements relatifs à la Cour de cassation non contraires (article 7).

V. LEMOSSE, Maxime, « La Cour de cassation au dix-neuvième siècle », dans ASSOCIATION DES MAGISTRATS ET ANCIENS MAGISTRATS DE LA COUR DE CASSATION (dir.), *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990, volume jubilaire*, Paris, Litec, 1990, p. 53-87.

¹⁹⁶ *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XV, p. 670.

¹⁹⁷ Le préambule de l'ordonnance du 15-17 février 1815 dispose en effet que : « Nous commençons l'institution générale des juges par la Cour de cassation, la première de nos cours dans l'ordre hiérarchique des tribunaux, où elle est spécialement chargée de maintenir l'observation rigoureuse des lois et des formes tutélaires de la vie, de l'honneur et des propriétés de tous nos sujets. »

¹⁹⁸ Il s'agit de la circulaire du 15 mai 1850 relative aux dossiers individuels des magistrats (*Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la justice : 1790-1875, publié par les ordres du garde des sceaux, ministre de la justice*, Paris, Imprimerie nationale, 1880, t. II, p. 132-139).

¹⁹⁹ Le *Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la justice*, pourtant non exhaustif, consacre ainsi trois tomes aux instructions émises entre 1790 et 1875 par le garde des sceaux (*ibid.*).

²⁰⁰ *Ibid.*, t. I, p. 107-108.

magistrats. Ainsi, le 12 mars 1848, le ministre Alexandre-Auguste Ledru-Rollin enjoint ses commissaires du gouvernement à, certes, « exig[er] des parquets un concours dévoué » mais encore :

« quant à la magistrature inamovible, vous la surveillez et, si quelqu'un de ses membres se montrait publiquement hostile, vous pourriez user du droit de suspension que vous confère votre autorité souveraine »²⁰¹.

Une telle surveillance et une telle subordination des magistrats à l'ensemble de l'exécutif conduisent à conclure que « favoritisme et népotisme » caractérisent la magistrature de l'époque²⁰², empêchant de conceptualiser une magistrature déliée de sa dépendance organique originelle. Ce contrôle est, par ailleurs, encore accentué par le rôle que le ministère public est appelé à exercer. Soumis au pouvoir disciplinaire du ministre, aux termes de l'article 60 de la loi du 20 avril 1810²⁰³, le parquet peut se voir ordonner des poursuites, comme le rappelle l'article 274 du Code d'instruction criminelle²⁰⁴. Certes ce pouvoir d'injonction se limite à une action positive – le ministre peut plus difficilement interdire l'exercice de poursuites²⁰⁵ – et peut parfois ne pas être suivi des effets escomptés ; il montre néanmoins l'interférence du ministre dans le cours tant de la justice que de la carrière des magistrats du parquet, distingués pour leur soumission. Une statistique relative à la composition de la Cour de cassation indique suffisamment comment de bons et loyaux services peuvent être récompensés : puisque, à la fin du XIX^e siècle, Jean-Pierre Royer relève que la Cour est composée aux deux tiers de magistrats issus du parquet²⁰⁶. Avec cette proportion, laissant au

²⁰¹ ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 586-587.

²⁰² DEBRE, Jean-Louis, *La justice au XIX^e siècle. Les magistrats*, Paris, Perrin, 1980, t. I, p. 29-30.

²⁰³ Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, article 60 : « Les officiers du ministère public dont la conduite est répréhensible seront rappelés à leur devoir par le procureur général ; il en sera rendu compte au ministre de la justice, qui, suivant la gravité des circonstances, leur fera faire par le procureur général les injonctions qu'il jugera nécessaires, ou les mandera près de lui. »

²⁰⁴ Code d'instruction criminelle, article 274 : « Le procureur général, soit d'office, soit par, les ordres du grand-juge, ministre de la justice, charge le procureur impérial de poursuivre les délits dont il a connaissance. » D'un point de vue plus général, les procureurs généraux sont conçus comme les relais du gouvernement et investis d'une mission de surveillance des populations ; comme le rappelle la circulaire ministérielle du 1^{er} septembre 1829, par laquelle les procureurs généraux sont chargés de transmettre « un rapport sur l'état de l'opinion dans l'arrondissement et sur les efforts auxquels on pourrait se livrer pour l'égarer ou exciter des troubles » (GILLET, Nicolas-Antoine-Pascal-Modeste, *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la justice, 12 janvier 1791-23 juillet 1875*, 3^e éd. refondue et augmentée par M. Demoly, Paris, Marchal, Billard & Cie, 1876, t. I, p. 434).

V. FARCY, Jean-Claude, *Les rapports des procureurs généraux de la Cour d'appel de Dijon (décembre 1849-juillet 1870)*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2003 ; PONCIER, Anthony, *Les procureurs généraux du Second Empire*, [th. droit, Paris], 2002 ; VARAINE, Barbara, *Le procureur général de Lyon, correspondant et agent du ministère de la justice entre 1814 et 1870 : l'œil du gouvernement*, [th. droit, Dijon], 2002.

²⁰⁵ V. *infra*, B. – Les désaveux du parquet.

²⁰⁶ ROYER, Jean-Pierre, « Le ministère public, enjeu politique au XIX^e siècle », dans CARBASSE, Jean-Marie (dir.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 294.

sein de la Cour de cassation la part belle aux créatures du ministère public, ce dernier apparaît comme « l'œil du gouvernement dans les départements »²⁰⁷.

Cette subordination est encore accentuée, sous le Second Empire, par les mots mêmes d'avocats-généraux. Lors de l'audience de rentrée de la Cour d'Amiens en 1861, l'avocat général Paul Wateau, traitant de l'initiative et de l'indépendance du procureur, justifie les ordres venus d'en-haut :

« Si la prudence et le devoir l'obligent quelquefois à solliciter des conseils ou à attendre des ordres, c'est que, dans certaines circonstances, le gouvernement seul peut, par l'examen d'une situation générale dont il a le secret, juger de l'opportunité de la réserve ou de l'action »²⁰⁸.

De tels propos illustrent la soumission du parquet qui n'ose prendre ses distances avec le pouvoir exécutif. Comment peut-il en être autrement quand son recrutement et son avancement sont abandonnés aux seules mains, discrétionnaires, du gouvernement²⁰⁹ ?

De même, cette surveillance s'exprime de manière ponctuelle par l'exigence d'une allégeance au régime en place, sous la forme d'un serment politique. Imposé par Napoléon Ier, il est reproduit sous la royauté puis confirmé lors de la résurgence de l'Empire napoléonien²¹⁰. Il faut attendre le gouvernement de la Défense nationale pour voir disparaître, en 1870, le serment politique, remplacé par un simple serment professionnel²¹¹. Cet acte de soumission politique pourrait sembler n'être qu'une formalité préalable requise à l'entrée dans la magistrature. En pratique, il est exigé lors de changements de régime ou, en cours de régime, à l'endroit de juges qui passent d'un emploi à un autre au sein de l'ordre judiciaire²¹², pour réaliser des épurations politiques : puisque tout refus de prêter serment est opportunément

²⁰⁷ GARNOT, Benoît, *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 552.

²⁰⁸ WATEAU, Paul, *De l'initiative et de l'indépendance du ministère public. Audience de rentrée du 4 novembre 1861*, Amiens, Lemer aîné, 1861 (cité par FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, op. cit., p. 348).

²⁰⁹ V. ROYER, Jean-Pierre, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1982, p. 48 et suiv.

²¹⁰ Le décret du 24 messidor an XII (13 juillet 1804) précise les modalités de prestation de serment des juges de paix, tribunaux de première instance, cours d'appel et cours criminelles. Le principe est réaffirmé avec force par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (titre VII « Des serments »). Plus tard, l'ordonnance du 3-5 mars 1815, concernant les provisions à délivrer aux membres des cours et tribunaux, et le tarif du droit de sceau et des droits des référendaires sur ces provisions, et celle du 31 août-7 septembre 1830, relative au serment des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, confirment l'exigence d'un serment politique. De même, l'article 14 de la Constitution du 14 janvier 1852 prévoit que « les ministres, les membres du Sénat, du Corps législatif et du Conseil d'État, les officiers de terre et de mer, les magistrats et les fonctionnaires publics prêtent le serment ainsi conçu : "Je jure obéissance à la Constitution et fidélité au président." ». À l'inverse, la II^e République fait figure d'exception en ce qu'elle n'exige qu'un serment politique des magistrats.

²¹¹ Décret du 5 septembre 1870 qui abolit le serment politique, article unique : « Les fonctionnaires publics de l'ordre civil, administratif, militaire et judiciaire sont déliés de leur serment. Le serment politique est aboli. »

²¹² Tel le décret 22 mars 1852 relatif à la prestation de serment des magistrats.

assimilé à une démission²¹³. Le serment politique devient un outil opportun pour façonner une magistrature à l'image du pouvoir en place : que les magistrats de toutes juridictions s'y livrent, y compris les magistrats de la Cour de cassation, n'aide pas à considérer cet ordre comme délié des ingérences du pouvoir exécutif.

Ainsi, contrairement au souhait de Jean-Joseph Mounier, « d'assujettir [le pouvoir judiciaire] à la loi »²¹⁴, c'est au pouvoir exécutif que l'ordre judiciaire semble soumis, en raison de la victoire du principe de nomination. Une victoire parfaitement assumée par les textes constitutionnels successifs du XIX^e siècle. Ce contrôle par l'exécutif, et plus particulièrement par le ministre de la justice, ne cesse véritablement qu'avec la création du concours d'entrée de la magistrature, pérennisé par le décret Sarrien de 1906, qui instaure un programme de recrutement et d'avancement objectif²¹⁵. Le soupçon de servilité entourant la magistrature perdure même au-delà du siècle. D'ici là, le principe de nomination, adjoint à des conditions de recrutement peu exigeantes²¹⁶, laissent l'image d'un corps malléable, voire d'une « magistrature médiocre »²¹⁷, confortant l'impression d'un ordre réduit à l'application servile de la loi, bien loin de l'idée d'un *pouvoir judiciaire*. À cet égard, Jean-Pierre Royer dénonce une situation catastrophique :

« Au bout de quelques années les tribunaux se trouvèrent au complet, mais le ministre de la justice reconnaissait que si certains avaient été recrutés c'était parce qu'on ne trouvait pas mieux.... D'ailleurs, lors de l'épuration de

²¹³ Cela ressort explicitement de la loi du 31 août 1830 relative au serment des fonctionnaires publics, dont l'article 2 énonce que « tous les fonctionnaires actuels dans l'ordre administratif et judiciaire, et tous les officiers maintenant employés ou disponibles dans les armées de terre et de mer prêteront le serment ci-dessus dans le délai de quinze jours à compter de la promulgation de la présente loi : *faute de quoi, ils seront considérés comme démissionnaires*, à l'exception de ceux qui ont déjà prêté serment au gouvernement actuel. ». Le principe est repris ultérieurement par le décret du 8 mars 1852 relatif au serment des ministres, des membres des grands corps de l'État, des officiers de terre et de mer, des magistrats et des fonctionnaires, à l'article 1^{er} : « Le refus ou le défaut de serment sera considéré comme une démission. »

²¹⁴ Dans ce passage, Jean-Joseph Mounier tient les propos suivants : « Le pouvoir judiciaire, même celui des tribunaux inférieurs, est le plus dangereux de tous les genres de pouvoirs : c'est celui qu'il importe le plus d'assujettir à la loi. Les ordres arbitraires des ministres n'attaquent, le plus souvent, que la liberté personnelle, et laissent la vie et l'honneur. Ils portent l'empreinte de la violence, ils alarment le peuple ; ils réveillent son attention, et rien n'épouvante le despotisme, comme l'attention du peuple ; mais le ministère des juges inspire la confiance : le glaive des lois n'excite point d'autres gémissements que ceux de la victime qu'il va frapper, elle seule connaît l'injustice qui la dévoue à l'opprobre ou à la mort » (MOUNIER, Jean-Joseph, *Nouvelles observations sur les États généraux de France*, [s.l., s.n.], 1789, p. 187).

V. PICHOT-BRAVARD, Philippe, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e-XIX^e siècles). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, 2011, p. 358-382.

²¹⁵ Le décret Sarrien du 18 août 1906 pérennise le concours d'accès à la magistrature et l'inscription au tableau d'avancement.

²¹⁶ Elles sont précisées par la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice. Il suffit d'être licencié en droit et de justifier d'un stage d'avocat de deux années au moins, au barreau d'une cour d'appel. À cela, s'ajoutent des conditions d'âge : 22 ans au moins pour être nommé substitut ; 25 ans pour être fait juge ou procureur ; 27 ans pour devenir président ou conseiller ; 30 ans pour être conseiller à la Cour de cassation, président dans une cour ou être nommé procureur général.

²¹⁷ ROYER, Jean-Pierre, *La société judiciaire...*, op. cit., p. 260.

1807-1808, le Grand Juge soumit à l'examen fort peu de juges incapables et précisa que si l'on en écartait beaucoup, on ne pourrait sans doute leur substituer que des hommes aussi moyens sinon même plus médiocres encore. On s'est montré bien indulgent pour les défaillances diverses dans l'exercice des fonctions, pour le cumul des fonctions de juge et d'homme de loi, pour le peu de zèle et d'empressement à expédier les dossiers »²¹⁸.

Aussi, cet asservissement organique conduit-il à entretenir un soupçon de partialité autour de l'œuvre du magistrat. La *Gazette des tribunaux* se fait, à plusieurs reprises, le relais de ces craintes : il en est ainsi dans des articles parus dès les premiers jours du nouveau régime de la Monarchie de Juillet. Dès le mois d'août 1830, le journal de jurisprudence condamne le favoritisme auquel s'est livré le pouvoir dans le choix des membres de la Cour de cassation²¹⁹. Quelques jours plus tard, le périodique qualifie même la Cour de cassation de « réceptacle de tous les dévouements politiques », composée d'hommes dont « la robe de magistrat était devenue la récompense des services rendus, non à la science et au pays, mais à la camarilla et à la congrégation ; que la servilité appuyée d'un billet de confession était le premier titre aux faveurs d'un pouvoir qui prétendait faire du juge une machine à condamnations, comme du soldat une machine à massacre »²²⁰.

À la lumière des effets du principe de nomination, laissée à la discrétion de l'exécutif, il est permis de conclure, de pair avec Benjamin Constant, « [qu']avoir acheté son emploi est une chose moins corruptrice qu'avoir toujours à redouter de le perdre »²²¹. L'image renvoyée par la magistrature n'est donc ni celle d'un corps noble, ni celle d'un office respectable. De même, les épurations, auxquelles ce corps est régulièrement soumis, n'en sauvent pas l'image.

B. – L'épuration

La pratique de l'épuration illustre la fragilité du corps judiciaire, dont la survie réside dans son allégeance au pouvoir politique²²². Elle montre, surtout, le caractère relatif de

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Gazette des tribunaux*, 8 août 1830, t. V, n°1553.

²²⁰ *Gazette des tribunaux*, 16-17 août 1830, t. V, n°1560.

²²¹ CONSTANT, Benjamin, *Cours de politique constitutionnelle*, 2^e éd., avec une introduction et des notes d'Édouard Laboulaye, Paris, Librairie de Guillaumin & Cie, 1872, t. I, p. 155.

²²² À cet égard, les épurations pratiquées à l'encontre de l'ordre judiciaire ne sont pas un épiphénomène, tant s'en faut. Elles sont à l'aune des épurations pratiquées également au sein de l'État, dont l'épuration administrative accompagne de la même manière les changements de régime.

V. ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES ETUDES, *Les épurations administratives : XIX^e et XX^e siècles*, Genève, Droz, 1977 ; LA CROIX DE CASTRIES, René (de), *La Terreur Blanche. L'Épuration de 1815*, Paris, Perrin, 1981.

l'inaMOVibilité : ce principe, érigé en contrepoids de la nomination et en garantie de l'indépendance des juges du siège, vise à empêcher, sauf forfaiture, de les déplacer contre leur gré ou de les démettre de leurs fonctions. Le principe de l'inaMOVibilité a beau être martelé tout au long du siècle, la pratique de l'épuration est une constante du XIX^e siècle. Au nom d'une évidence simple : nommée par le pouvoir exécutif, la magistrature ne peut que faire les frais de son renouvellement. Ce siècle manifeste à cet égard une forme d'homogénéité : à chaque changement de régime, son épuration²²³. Une épuration toujours décidée dans les premières heures dont seule la forme peut varier.

La Restauration choisit d'agir par vagues successives : une première ordonnance du 18 septembre 1815 permet d'épurer la Cour royale de Paris ; celle du 15 octobre, le Tribunal de la Seine ; celle du 25 octobre, la Cour royale de Lyon. L'opération s'étale sur trois années et permet, notamment, l'épuration de 294 magistrats au sein de dix-neuf Cours royales. À l'inverse, la Monarchie de Juillet agit plus rapidement et directement, avec sa loi d'épuration du 31 août 1830. En 1852, c'est en jouant sur l'âge légal de mise à la retraite que le nouveau régime peut influencer la composition des tribunaux judiciaires. Ainsi, le décret du 1^{er} mars 1852, sur la mise à la retraite et la discipline des magistrats, autorise le remplacement de 132 magistrats inamovibles, tant de tribunaux inférieurs que de la Cour de cassation.

Les régimes républicains n'échappent pas à cette tendance. À l'inverse cependant des régimes monarchiques et impériaux, qui veillent à ne pas remettre frontalement en cause le principe d'inaMOVibilité²²⁴, les II^e et III^e Républiques s'embarrassent moins de ce principe. En 1848, le gouvernement provisoire organise l'épuration de magistrats jugés non-républicains, par un premier décret du 24 mars, qui prononce des suspensions provisoires jusqu'à examen par le ministre de la justice, Adolphe Crémieux. Dans ce flot vengeur, la II^e République franchit un pas supplémentaire en envisageant de renoncer définitivement au principe de l'inaMOVibilité : le gouvernement provisoire le décrète, le 17 avril, « incompatible avec le gouvernement républicain »²²⁵. La constitution, adoptée ultérieurement, le retient finalement en

²²³ V. ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération...*, op. cit.

²²⁴ Renée Martinage note même que « toujours le pouvoir se targue de respecter l'inaMOVibilité des magistrats du siège, mais grâce à la faculté de renommer entièrement le corps judiciaire, ou bien grâce au serment personnel de fidélité, ou encore à la création d'un âge limite, il parvient à se séparer d'un nombre plus ou moins élevé de magistrats du siège, tout en gardant un semblant de respectabilité et de fidélité aux traditions » (MARTINAGE, Renée, « L'épuration sous les régimes monarchiques », dans *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération...*, op. cit., p. 50).

²²⁵ Décret du 17 avril 1848 concernant la suspension ou la révocation des magistrats, article unique : « Le gouvernement provisoire décrète : Le principe de l'inaMOVibilité de la magistrature, incompatible avec le gouvernement républicain, a disparu avec la Charte de 1830. Provisoirement, et jusqu'au jour où l'Assemblée nationale prononcera sur l'organisation judiciaire, la suspension ou la révocation des magistrats peut être prononcée par le ministre de la justice, délégué du gouvernement provisoire, comme mesure d'intérêt public. La suspension ou la révocation des magistrats de la Cour de comptes peut être prononcée par le ministre des finances, délégué du gouvernement provisoire, comme mesure d'intérêt public. »

son article 87²²⁶ mais son intangibilité semble atteinte par la précision apportée par l'article 117²²⁷. En promettant une réorganisation des tribunaux, celui-ci semble « n'accorder le bénéfice de l'inaMOVibilité qu'aux magistrats qui seraient nouvellement institués »²²⁸. Même la jeune III^e République n'échappe pas à cette facilité ; la pratique, brutale, relève désormais de la tradition ou du réflexe français. Les décrets dits « flétrisseurs » des 28 janvier et 3 février 1871, décidés par Adolphe Crémieux et contresignés par Léon Gambetta alors ministre de l'intérieur, suspendent l'inaMOVibilité et prononcent la déchéance de nombreux magistrats. Certes, une loi du 25 mars 1871 semble s'écarter des travers des régimes précédents en annulant l'épuration décidée quelques semaines plus tôt²²⁹ : pour la seconde fois les mesures prises par Adolphe Crémieux sont annulées. Néanmoins, ce renoncement politique, au profit de la stabilité de l'ordre judiciaire, ne dure qu'un temps : la loi du 30 août 1883, prise à la faveur de l'enracinement du régime républicain²³⁰, décide de la plus grande épuration du corps judiciaire au XIX^e siècle²³¹.

²²⁶ Constitution du 4 novembre 1848, chapitre VIII « Du pouvoir judiciaire », article 87 : « Les juges de première instance et d'appel, les membres de la Cour de cassation, et de la Cour des comptes, sont nommés à vie. – Ils ne peuvent être révoqués ou suspendus que par un jugement, ni mis à la retraite que pour les causes et dans les formes déterminées par les lois. »

²²⁷ Constitution du 4 novembre 1848, chapitre XII « Dispositions transitoires », article 114 : « La loi d'organisation judiciaire déterminera le mode spécial de nomination pour la première composition des nouveaux tribunaux. »

²²⁸ MARTIN-SARZEAUD, Georges, *Recherches historiques sur l'inaMOVibilité de la magistrature*, 2^e éd., Paris, E. Duchemin, 1883, p. 470.

²²⁹ Loi du 25 mars 1871 qui déclare nuls les décrets des 28 janvier et 3 février 1871, prononçant la déchéance de 15 magistrats, article unique : « Les décrets des 28 janvier et 3 février 1871, qui ont prononcé la déchéance de 15 magistrats y dénommés, sont déclarés nuls et nonavenus, comme contraires à la règle de la séparation des pouvoirs et au principe de l'inaMOVibilité de la magistrature, en réservant le droit souverain de l'Assemblée sur l'organisation judiciaire. »

²³⁰ À cet égard, les débats parlementaires entourant cette loi indiquent assez combien cette épuration est de nature politique – et, en aucun cas, technique. Les conclusions des travaux menés par la commission, rapportées par Pierre Waldeck-Rousseau, en fournissent une illustration. Voici les propos préliminaires tenus par ce député : « Convient-il, en suspendant l'inaMOVibilité, de rendre à l'État une liberté d'action que tous les gouvernements ont revendiquée ? Dans quelles limites cette liberté d'action doit-elle être enfermée ? C'est ce dont la commission a eu tout d'abord à se préoccuper. – Les événements et les crises que nous avons traversées ont révélé l'existence d'un mal profond qui ne permet aux pouvoirs publics de rester plus longtemps inactifs. L'attitude prise par un trop grand nombre de magistrats, leur ardeur à se jeter dans la mêlée des parties, à combattre au premier rang d'une minorité qui cherchait à s'imposer au pays, n'ont que trop attesté leurs sentiments d'hostilité contre des institutions dont ils n'ont pas été les gardiens, mais les adversaires » (DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État (de 1788 à 1824, inclusivement par ordre chronologique)*, publiée sur les éditions officielles, continuée depuis 1824 et formant un volume chaque année, Paris, Guyot & Scribe, 1829, t. LXXXIII, p. 197).

V. ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération...*, op. cit., p. 87 et suiv. ; ROYER, Jean-Pierre, *La société judiciaire...*, op. cit., p. 310 et suiv.

²³¹ Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, article 11 : « Dans un délai de trois mois à partir de la promulgation de la présente loi, il sera procédé, par application des règles ci-dessus établies, à la réduction du personnel des cours d'appel et des tribunaux. Les éliminations porteront sur l'ensemble du personnel indistinctement. Le nombre des magistrats éliminés, soit parce qu'ils n'auront pas été maintenus dans les fonctions judiciaires, soit parce qu'ils n'auront pas accepté le poste nouveau qui leur aura été offert, ne pourra dépasser le chiffre des sièges supprimés. Ne seront pas maintenus, à quelque juridiction qu'ils appartiennent, les magistrats qui, après le 2 décembre 1851, ont fait partie des commissions mixtes. »

L'épuration apparaît ainsi comme un préalable pour assurer autant la fidélité des corps que, à terme, le respect des principes et l'effectivité des lois que le nouveau gouvernement ne manque pas d'imposer. Elle entretient doublement le spectre de la soumission de la magistrature. À l'égard des remplaçants des épurés : ils ne peuvent qu'apparaître comme des partisans du nouvel exécutif, à qui ils doivent tout. À l'égard des maintenus : ils semblent avoir courbé l'échine pour se maintenir en office. Mais comment agir autrement quand l'entrée en fonction se double d'un serment politique ? Comment ne pas épurer des magistrats dont l'allégeance politique, antérieurement manifestée, constitue une survivance dangereuse pour le nouveau régime ? Et, surtout, « est-il possible de croire qu'un changement radical est intervenu dans un pays, aussi longtemps qu'on ne change pas les juges en même temps que les lois ? »²³². Les magistrats eux-mêmes ont conscience de cette fatalité, qu'ils anticipent parfois en démissionnant²³³.

Aussi, l'épuration relève-t-elle de la nécessité à deux niveaux : pour le nouveau régime, afin de conforter l'adhésion ; pour le peuple, afin de croire au renouveau. Étonnamment, c'est parfois cette seconde considération qui se fait plus impérieuse, en obligeant le nouveau régime à épurer plus sévèrement que ce que commandaient ses intérêts propres ; quitte, alors, à réintégrer ces épurés malheureux au sein de la magistrature « après un temps plus ou moins long de purgatoire »²³⁴. C'est l'hypothèse de l'épuration menée en 1830. À l'inverse de celle de 1815 jugée « contre-révolutionnaire »²³⁵, l'épuration décidée dès août 1830 répond aux aspirations populaires – ou, du moins, aux aspirations de ceux qui captent la révolution en prétendant agir au nom du peuple pour libérer l'État des partisans légitimistes. Il s'agit alors d'une « épuration que le public, par voie de presse, réclame pour cause de servilité et à laquelle les magistrats s'attendent par début d'habitude, ceux du parquet bien sûr mais aussi ceux du siège »²³⁶.

Chaque épuration obéit donc à une logique singulière, celles des besoins du nouveau régime. Cela montre combien la magistrature est traitée comme une charge parfaitement à la merci du pouvoir exécutif nouveau. Elle est ce corps dont le gouvernement doit s'assurer de la fidélité. C'est ce constat qui permet, au fond, au nom de l'équité, à Léon Gambetta de déclarer :

²³² BADINTER, Robert, « Introduction », dans *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération...*, *op. cit.*, p. 9.

²³³ Dans son étude consacrée aux *Juges et notables au XIX^e siècle*, Jean-Pierre Royer relève ainsi des démissions, souvent fracassantes, de magistrats issus tant du siège que du parquet. Il en est ainsi du procureur général près la Cour d'Angers, André Duléry de Peyramont, qui rend sa démission au préfet en conséquence du coup d'État du 2 décembre 1851, au motif que « si je restais à mon poste, mon premier devoir serait de vous faire arrêter » (ROYER, Jean-Pierre, *Juges et notables...*, *op. cit.*, p.334).

²³⁴ MARTINAGE, Renée, « L'épuration sous les régimes monarchiques », dans *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération...*, *op. cit.*, p. 50.

²³⁵ ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 581.

²³⁶ *Ibid.*, p. 583.

« quand un corps tout entier est légué par un gouvernement rival, par un gouvernement qui est tombé sous le mépris public ou qui a glissé dans la honte et la boue, par un gouvernement reconnu criminel et corrompu, il n'est pas acceptable, il n'est pas juste qu'un gouvernement sorti de la souveraineté nationale ne puisse pas examiner ce corps et le soumettre à une nouvelle investiture. Ce serait contraire au bon sens de laisser un principe d'hostilité contre le gouvernement établi dans le fondement même de l'institution en question »²³⁷.

En 1883, au Sénat, Étienne Tenaille-Saligny ne donne pas un sentiment différent :

« tous les gouvernements qui se sont succédé ont pensé qu'ils n'étaient pas tenus de conserver les magistrats que leur léguaient les gouvernements précédents »²³⁸.

Chaque gouvernement se comporte donc en héritier-propriétaire à l'égard de la magistrature, expliquant que les épurations, aussi systématiques soient-elles, obéissent à des mécaniques différentes reflétant les besoins de chacun : « vengeresse en 1815, raisonnable en 1830, prudente en 1848, limitée en 1852, implacable et contrastée fin 1870-début 1871, colossale et en manière de représailles en 1883 »²³⁹.

Ces recours à l'épuration appellent alors deux remarques quant au respect du principe de l'inamovibilité. D'une part, l'inamovibilité n'est un principe intangible qu'autant que se maintient le régime qui l'a édicté. La garantie qu'elle offre cède, presque naturellement, avec la disparition dudit régime. C'est donc sans surprise que la magistrature elle-même épouse cette considération, en acceptant de regarder le changement de régime comme un élément irrésistible, justifiant la cessation immédiate de l'application du principe désormais obsolète. La magistrature est livrée au bon vouloir du nouveau régime de consacrer à nouveau l'inamovibilité. Cette idée d'une « limitation de l'inamovibilité à un règne »²⁴⁰ fait alors progressivement consensus. De fait, l'inamovibilité censée garantir la magistrature du siège ne représente, à l'occasion du changement de régime, qu'une garantie médiocre en regard du statut amovible du ministère public. Certes, le parquet subit-il cette « valse des procureurs »²⁴¹ d'une ampleur sans égale ; mais il n'en demeure pas moins que les épurations livrent, de la même manière, les juges du siège à la merci du nouveau gouvernement. Les changements de régime rendent ainsi moins impérieux le privilège de statut dont jouissent les juges du siège, parce que

²³⁷ GAMBETTA, Léon, *Discours prononcé à Romans le 18 septembre 1878*, [s.l., s.n.], 1878, p. 8.

²³⁸ ROYER, Jean-Pierre, *La société judiciaire...*, *op. cit.*, p. 312.

²³⁹ KRYNEN, Jacques, *L'état de justice...*, *op. cit.*, t. II, p. 62.

²⁴⁰ ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 583.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 590.

leur sort importe peu face au besoin du nouveau régime de contrôler l'ensemble de ses juges. Ainsi, on peut s'interroger, avec Adolphe Crémieux : « pourquoi nous interdit-on de toucher aux inamovibles ? »²⁴².

D'autre part, bien que le principe d'inamovibilité souffre des contingences politiques, sa consécration apparaît, malgré tout, nécessaire. C'est peut-être même à cause de la dépendance de la magistrature à l'égard du politique qu'il semble d'autant plus urgent de la garantir par le principe d'inamovibilité. Certes, l'inamovibilité est immédiatement emportée par le régime qui l'a consacrée. Certes, l'inamovibilité peut être contournée par des prestations de serment opportunes, qui permettent d'écarter ceux qui refuseraient de s'y livrer. Toutefois, le principe, conçu comme un gage rassurant à l'intention de la magistrature, s'est avéré être un garde-fou puissant contre le pouvoir exécutif tout au long du XIX^e siècle : de fait, aucun régime qui l'a consacré n'a recouru à une épuration au-delà de sa première année d'existence – que ce soient les Monarchies des Bourbons ou des Orléans, la II^e République ou le Second Empire. À l'inverse, ne pas consacrer le principe ouvre une brèche qu'un gouvernement est tenté d'utiliser. C'est le cas de la III^e République, qui s'y est livrée en 1883 : les lois constitutionnelles de 1875 sont les seuls textes constitutionnels du XIX^e siècle à être muets sur l'inamovibilité – un silence, qui, s'il n'est volontaire, s'explique peut-être par les circonstances dans lesquelles ont été adoptées ces lois, au demeurant succinctes²⁴³. Aussi, à l'exception des épurations particulières

²⁴² Alors ministre de la justice, Adolphe Crémieux s'en prend à l'ensemble de la magistrature judiciaire par deux décrets du 28 janvier et 3 février 1871 : ce sont des magistrats du siège aussi bien que des parquetiers qui sont déchus de leur office.

V. ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 591-593.

²⁴³ Les lois constitutionnelles de 1875 naissent dans un contexte politique troublé. Depuis l'éviction d'Adolphe Thiers en 1873, les royalistes, emmenés par Patrice de Mac Mahon et Albert de Broglie, tentent de restaurer la monarchie mais ne parviennent pas à s'accorder sur l'identité du prétendant au trône. Cet imbroglio offre aux républicains de s'unir et de rassembler une majorité à la chambre à la faveur d'un compromis : l'institution d'un Sénat aux côtés de la Chambre des députés et l'élection au suffrage des deux chambres du président de la République (amendement du député Henri Wallon, adopté le 30 janvier 1875). Ce premier pas permet l'adoption de lois constitutionnelles éparses : sur le Sénat (24 février 1875), sur l'organisation des pouvoirs (25 février 1875), sur les rapports entre les pouvoirs publics (16 juillet 1875).

V. BARJOT, Dominique, CHALINE, Jean-Pierre, & ENCREVE, André, *La France au XIX^e siècle. 1814-1914*, 2^e éd., Paris, PUF, 2008, p. 464 et suiv.

opérées en 1807 et 1810²⁴⁴, la III^e République est-elle la seule à procéder à une épuration en cours de vie²⁴⁵. D'aucuns diront que cette épuration, commencée en 1879 avec une purge du Conseil d'État et du ministère public et parachevée par la loi de 1883 frappant les juges du siège, coïncide avec le tournant réellement républicain pris par le régime après le départ du président Patrice de Mac-Mahon. Il n'en demeure pas moins que l'absence de digue a permis au pouvoir exécutif, conforté par la loi, de décider de la plus grande purge de l'ordre judiciaire du siècle. Il ne fait alors pas de doute que la constitution de l'ordre judiciaire relève, uniquement, d'un souhait politique. Une posture que les pouvoirs exécutif comme législatif ne cherchent pas à dénier : tant à la chambre, où « au cours des débats préparatoires au vote de la loi du 30 août 1883, [que] Jules Ferry, alors président du Conseil, adme[t] à son tour que des considérations politiques doivent dicter les choix des magistrats judiciaires »²⁴⁶ ; qu'au gouvernement, où le garde des sceaux Félix Martin-Feuillée²⁴⁷, qui ne s'embarrasse pas de principe, rappelle à ses détracteurs justement que, quant à l'inamovibilité, « la Constitution de 1852 est morte et bien morte et la Constitution de 1875 est muette sur ce sujet »²⁴⁸.

Ainsi, avec Jean-Pierre Royer, il est possible de relever que « l'inamovibilité s'use avec le temps »²⁴⁹. Ce constat invite à inscrire dans la loi le principe de l'inamovibilité, pour éviter une érosion d'autant plus rapide que la magistrature subit alors, au XIX^e siècle, toujours les coups des volontés politiques. Or, cette atmosphère entretient l'image de servilité de la magistrature et celle de son impossible indépendance :

²⁴⁴ L'ère napoléonienne avait, la première, gravé dans les lois le principe d'inamovibilité des magistrats du siège. Elle sera, de même, la première à revenir sur cette exigence. Ainsi, en dépit des prescriptions de l'article 68 de la Constitution de l'an VIII (« les juges, autres que les juges de paix, conservent leurs fonctions toute leur vie... »), le sénatus-consulte du 12 octobre 1807 atteint le principe d'inamovibilité, en prononçant qu'elle ne sera acquise qu'après cinq années d'exercices (article 1^{er}). Cette modification, compensée par la promesse qu'à compter de ce moment « la distribution de la justice ne sera confiée qu'à des mains pures, que la probité dans les juges deviendra si commune, qu'elle ne sera plus regardée comme une distinction, et que la magistrature [...] va retrouver enfin dans l'opinion des peuples, une place dont la perte serait une calamité publique » (selon les mots du conseiller d'État Jean-Baptiste Treilhard, au Sénat, le 9 octobre 1807 ; *Moniteur universel*, 18 octobre 1807, p. 1124), permet la révocation de 162 magistrats, de tous ordres, par deux décrets du 24 mars 1808. Trois années plus tard, c'est en modifiant l'organisation juridictionnelle, par la loi du 20 avril 1810, que l'Empire parvient à déplacer et remplacer nombre de juges de cours d'appel, sans attenter au principe d'inamovibilité. Ces deux épurations correspondent « au versant descendant » de l'Empire qui use des épurations pour espérer inverser une dynamique peu favorable. V. ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 453-455.

²⁴⁵ La loi de 1883 permet d'écarter, en une seule fois et pour la seule magistrature du siège, 381 juges (le chiffre est porté à 614, en comptant le parquet). À titre de comparaison, l'épuration de 1807 sanctionne 162 magistrats, tous corps confondus ; quand celle de 1815, étalée sur trois années, en sanctionne 294, un chiffre déjà sans précédent.

²⁴⁶ ROYER, Jean-Pierre, *La société judiciaire...*, op. cit., p. 310.

²⁴⁷ Félix Martin-Feuillée (1830-1898) est avocat au barreau de Rennes. Après avoir exercé des mandats locaux, il est élu député en 1876 et occupe ce siège jusqu'en 1889. Il est ministre de la justice entre 1883 et 1885. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Jacques Clère, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., p. 619.

²⁴⁸ ROYER, Jean-Pierre, *La société judiciaire...*, op. cit., p. 314.

²⁴⁹ ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 580.

« Pendant cette longue époque, la justice a souvent été utilisée comme le bras armé du pouvoir. Au-delà du rôle qu'elle joue dans la définition et la préservation du modèle social, elle a été également un support efficace pour accélérer, protéger ou promouvoir le modèle politique du moment. Il a fallu dès lors avoir recours à des formes de justice proprement politiques. Sélectionner les juges, adapter les règles de procédure aux besoins du moment, les accélérer, alourdir les sanctions sont autant de moyens d'éliminer les opposants politiques »²⁵⁰.

Il ne reste à la magistrature que la possibilité de s'émouvoir de ce traitement et le droit de craindre que ces comportements répétés du pouvoir nuisent à son prestige et à la qualité de son office ; à l'image d'un juge du Tribunal de Pont-Audemer, démissionnaire en 1848 :

« Maintenant le juge n'est plus le prêtre respecté, inviolable comme la justice dont il est le ministre ; ce n'est qu'un simple fonctionnaire jeté à tous les caprices, à tous les despotismes du pouvoir ; ce n'est qu'un subordonné que tout chef d'une faction un moment triomphante pourra briser, s'il hésite à lui sacrifier les devoirs de sa conscience, peut-être même l'honneur et la fortune de ses concitoyens »²⁵¹.

Ces épisodes plaident alors pour un descellement entre l'exécutif et l'avancement des magistrats, puisqu'il apparaît évident que l'immovibilité est un gage insuffisant d'indépendance et de quiétude des magistrats ; qu'elle « n'est qu'un leurre dès l'instant que le pouvoir est maître de l'avancement »²⁵². C'est chose faite avec la création du Conseil supérieur de la Magistrature et du tableau d'avancement en fin de siècle ; mais dans l'attente de ce grand événement, s'installe l'image du juge dans la posture d'un instrument de l'exécutif, peut-être plus que d'un instrument de la loi.

Mais la nécessité même d'épurer trahit une réalité et suscite un espoir : celle de l'impossibilité de soumettre parfaitement et totalement la magistrature, irréductible aux pressions du pouvoir exécutif qui doit recourir à l'épuration pour rassurer son autorité. Toujours rétive à abjurer toute forme d'indépendance, la magistrature manifeste, en dépit des jalons voués à entraver son autonomie, une grande liberté dans la manière de rendre la justice. Cet éveil, auquel assiste le XIX^e siècle, est cependant régulièrement entaché des manifestations de servilité des juges.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 567.

²⁵¹ Extrait de la lettre de démission d'un juge suppléant au Tribunal de Pont-Audemer en 1848 (AN BB/6/291 26 A 5).

²⁵² Jules Favre, avocat républicain, s'exprime ainsi en 1879 (cité par ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 521).

§2. – Une collusion en fait

Au-delà de la tutelle de droit, des attitudes alimentent encore la dépendance des institutions judiciaires. Il ne s'agit pas ici de passer en revue l'ensemble des comportements des membres de l'institution judiciaire pendant tout le siècle ; une telle homélie ne semble ni pertinente ni souhaitable au regard de la diversité de faits qu'elle donnerait à voir. Quelques récits, simples et brefs, doivent permettre de nourrir l'image de la magistrature telle qu'elle est reflétée auprès des contemporains et comprendre sa perception par l'historiographie ultérieure. Les premiers relatifs aux hommes (A), les seconds aux politiques des institutions (B) permettent de mieux appréhender un ordre juridictionnel, qui échoue régulièrement à s'émanciper de son créateur.

A. – Le comportement des magistrats

L'imaginaire collectif retient aisément la figure du juge servile, ombre se courbant au gré des désirs du pouvoir. Dans les articles de presse, ce spectre prend régulièrement les traits de procureurs parisiens, destinés, grâce à leurs compromissions ou à leur zèle naturel, à devenir ministres de la justice. Au début de la Monarchie de Juillet, ce pantomime est souvent joué par le procureur général près la Cour royale de Paris, Jean-Charles Persil²⁵³, dont l'allure voutée devant le pouvoir exécutif est représentée par le caricaturiste Julien Grandville²⁵⁴. Prompt à défendre la maison des Orléans, le magistrat, également député, gagne en notoriété lors du

²⁵³ Jean-Charles Persil (1785-1870) entame une carrière au barreau, après avoir échoué au concours de Professeur, à la Faculté de droit de Grenoble. Élu député du Gers en 1830, il appartient au groupe ayant œuvré à la désignation de Louis-Philippe Ier d'abord comme lieutenant général du royaume, puis comme roi des Français. Partisan zélé de la nouvelle Monarchie, il est nommé ministre de la justice, poste qu'il occupe par intermittence de 1834 à 1836. Il connaît une période de disgrâce jusqu'à sa nomination à la Chambre des pairs en 1839. La Révolution de 1848 le contraint à la retraite, dont il sera tiré par Louis-Napoléon Bonaparte qui le nomme conseiller d'État en juillet 1852. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Jacques Clère, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 619.

²⁵⁴ La caricature, parue en 1832, présente le procureur général offrant la tête du rédacteur du journal *Le National* à une poire, représentant le roi Louis-Philippe Ier. Elle est sous-titrée : « Répétition d'un compliment qui devait être prononcé » (GRANDVILLE, Julien, « Le bouquet de Persil », [lithographie], *La Caricature morale, religieuse, littéraire et scénique*, 6 septembre 1832, planche n°197).
V. *infra*, Annexe 1.

procès, devant la Chambre des pairs, des ministres de Charles X²⁵⁵ lors duquel il est chargé de prononcer le réquisitoire : les anciens ministres y sont acculés pour mieux préserver le nouvel ordre politique. Devant les juridictions ordinaires, son empressement à condamner les feuilles républicaines et à dénoncer des complots contre la famille royale nouvellement installée construisent la réputation d'un homme aux réquisitions toujours trop sévères, face à des jurys plutôt enclins à la clémence, voire à la relaxe des prévenus. Cette ardeur, si elle n'est pas toujours couronnée de succès au prétoire, permet toutefois au procureur Jean-Charles Persil de devenir ministre de la justice entre 1834 et 1837. Ces collusions donnent l'opportunité aux organes de presse de dénoncer des nominations qui sont le « résultat de quelques combinaisons de famille » et de regretter que : « quoique, depuis plusieurs années, nous devrions être habitués à de pareils arrangements, nous avons peine à croire qu'ils se renouvellent encore une fois et que M. le garde des sceaux consente à signaler son avènement à la Chancellerie par un semblable début »²⁵⁶. Il s'agit en l'espèce de la probable nomination, en 1840, en remplacement d'un conseiller démissionnaire de la Cour de cassation, d'un avocat, certes « vieilli au barreau », aux dépens de candidats naturels plus légitimes. L'article est prolongé, quelques mois plus tard, par la tribune d'un conseiller de la Cour de cassation, qui regrette que « par des motifs politiques, [sont préférés] des hommes obscurs et sans mérite à des magistrats distingués par leur science et leurs services »²⁵⁷.

Même les magistrats les plus renommés ne sont pas exempts de doutes ; à l'image d'André Dupin, procureur général près la Cour de cassation entre 1830 et 1852, puis 1857 et 1865. Cette figure célèbre des prétoires est l'objet d'une représentation nuancée, alors que certains de ses actes amènent à interroger l'impartialité de celui qui intervient dans les plus grandes affaires contentieuses du siècle. À l'image du procureur Jean-Charles Persil, André Dupin est également député à la Chambre éponyme, dont il assure même la présidence entre 1832 et 1839. Bien plus, André Dupin est un partisan convaincu de la maison d'Orléans, dont il est même un intime, lui qui est, depuis 1817, conseiller du futur Louis-Philippe Ier. C'est d'ailleurs cette proximité qui lui permet de faire son entrée – après plusieurs échecs – à la Cour de cassation, le 17 août 1830, en qualité de procureur général. Si l'avocat de formation est unanimement reconnu pour ses qualités d'homme de droit, ses actions entretiennent, à plusieurs

²⁵⁵ Le 25 juillet 1830, Charles X signe quatre ordonnances qui suspendent la liberté de la presse, prononcent la dissolution de la Chambre, fixent la date de nouvelles élections et modifient le calcul du cens. Elles provoquent la révolution des Trois Glorieuses et conduisent la famille Orléans à supplanter la branche aînée des Bourbons sur le trône. Quatre ministres de Charles X sont accusés d'avoir participé à la rédaction de ces ordonnances et sont mis en accusation devant la Chambre des pairs. Le procès se déroule du 15 au 21 décembre 1830 : avec son arrêt de condamnation du 21 décembre 1830 (le prince de Polignac, le comte de Peyronnet, Victor Chantelauze et le comte de Guernon-Ranville sont condamnés à la prison perpétuelle), la Chambre des pairs permet à la Monarchie de Juillet d'ancrer son autorité et de se dissocier définitivement de la Restauration.

²⁵⁶ « De l'avancement dans la magistrature », *Gazette des tribunaux*, 23-24 mars 1840, t. XV, n°4537.

²⁵⁷ « De l'avancement dans la magistrature », *Gazette des tribunaux*, 1^{er} juillet 1840, t. XV, n°4621.

reprises, un doute sur l'impartialité dont il a fait preuve pendant ses trente années passées à la Cour. Sa démission de la Cour de cassation en 1852, consécutive aux décrets de janvier spoliant le patrimoine de la famille Orléans²⁵⁸ au profit du nouvel Empire, indique assez sa fidélité à la famille déchue. Mais ce sont surtout deux affaires mêlant décisions de justice et décisions politiques qui affectent le crédit de l'ensemble de l'institution²⁵⁹.

En 1833, André Dupin a fait montre de toute son obstination à obtenir à la Chambre ce qu'il n'avait pu avoir au prétoire. Le lendemain d'une audience à la Cour, rejetant ses conclusions visant à empêcher les tribunaux d'admettre d'autres empêchements au mariage que ceux qui sont prévus limitativement par le Code civil, André Dupin, alors président de Chambre, accueille un projet de loi, défendu par le député Auguste Portalis²⁶⁰, reprenant la position défendue la veille. Le député cite même, dans son exposé, les conclusions du procureur général. Les débats, vifs, empêchent le projet d'aboutir mais permettent toutefois de voir André Dupin descendre de sa chaire pour venir défendre personnellement ledit projet de loi. Son discours se termine de la sorte : « il y a une bonne loi et un mauvais arrêt »²⁶¹. Pour Franck Brami, biographe d'André Dupin, cette affaire est « une exception dans l'histoire de la séparation des pouvoirs ». Cet épilogue l'invite néanmoins à concéder :

« [qu']André Dupin s'est montré assez inconséquent avec l'indépendance de l'autorité judiciaire, bafouée dans la forme et dans le fond »²⁶².

En 1835, dans une affaire criminelle appelée devant la Cour de cassation, le procureur général refuse de retenir la qualification de suppression d'enfant contre une prévenue, au motif qu'elle avait enterré un enfant déjà mort²⁶³. La chambre criminelle n'a cependant pas suivi ses conclusions et a confirmé l'arrêt de condamnation à mort²⁶⁴. André Dupin use alors de ses accointances politiques pour obtenir la grâce royale. Si la peine encourue invite à la compassion, le procédé montre le dangereux contournement de l'autorité des juridictions judiciaires, par un magistrat désavoué par sa juridiction.

²⁵⁸ Deux décrets pris le 22 janvier 1852 interdisent, d'une part, à la famille Orléans de posséder des meubles et immeubles en France, à charge pour eux de vendre leurs possessions ; et ordonnent, d'autre part, le retour à l'État de biens légués par Louis-Philippe Ier à ses enfants, par une donation en date du 7 août 1830.

²⁵⁹ BRAMI, Frank Joseph, *Dupin aîné (1783-1865), procureur général près la Cour de cassation et jurisconsulte*, Paris, Dalloz, 2013, p. 110-112.

²⁶⁰ Auguste Portalis (1801-1855) est le cousin germain du comte Joseph-Marie Portalis, vice-président de la Chambre des pairs et premier président de la Cour de cassation. Il est magistrat lui aussi et député du Var.

²⁶¹ *Moniteur universel*, 24 février 1833, p. 505.

²⁶² BRAMI, Frank Joseph, *Dupin aîné...*, *op. cit.*, p. 112.

²⁶³ Le sens à donner à l'incrimination de suppression d'enfant, régie par l'article 345 du Code pénal, agite au demeurant le législateur et les juridictions pendant plusieurs décennies.

V. *infra*, §1. – Inspirer les lois.

²⁶⁴ Cour cass., crim., 21 février 1835, *Gazette des tribunaux*, 2-3 mars 1835, t. X, n°2974.

Si le rôle d'André Dupin ne peut être réduit à celui de « servile exécutant du gouvernement »²⁶⁵ et s'il a « sans doute été le chef du parquet général près la Cour de cassation le plus indépendant depuis la création de la cour suprême sous la Révolution »²⁶⁶, ces exemples illustrent néanmoins une double difficulté pour la magistrature. La première tient à sa crédibilité : comment remettre toute sa confiance à des juridictions dont les juges sont bien souvent également membres d'une Chambre législative ? À l'image du premier président de la Cour de cassation, le comte Joseph-Marie Portalis. Comment remettre sa personne à des magistrats dont le souci des intérêts du gouvernement peut préempter celui de la bonne et juste exécution de la loi ? À l'image de ces magistrats du parquet qui ne craignent pas d'encenser le pouvoir dans les discours prononcés lors des audiences de rentrée²⁶⁷. La seconde difficulté tient à l'autorité même de la magistrature : comment croire aux décisions de justice, lorsque celles-ci peuvent être aussi facilement désavouées par ceux qui ont concouru à leur élaboration ?

De tels agissements, certes souvent venus des rangs du ministère public, rejaillissent alors sur la représentation de la magistrature judiciaire²⁶⁸. La doctrine du premier XIX^e siècle s'en fait d'ailleurs l'écho : en préconisant quelles qualités le bon parquetier se devait d'acquérir, elle montre, à l'inverse, que le ministère public n'est pas encore arrivé à trouver les armes de

²⁶⁵ BRAMI, Frank Joseph, *Dupin aîné...*, *op. cit.*, p. 112. Frank Joseph Bami montre notamment qu'André Dupin ne suit pas toujours aveuglément le ministère. À titre d'exemple, il s'oppose notamment au gouvernement en se prononçant contre des pourvois motivés par le ministère ; ou en refusant de faire l'application des décrets impériaux en contrariété avec les recommandations de l'exécutif.

V. *infra*, §1. – Les décrets impériaux.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 244.

²⁶⁷ V., pour une étude de ces discours aux XIX^e et XX^e siècles, FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, *op. cit.*

²⁶⁸ Dans *L'Interdiction*, Balzac donne une idée de cette collusion dans les quelques mots qu'il fait tenir au Président du Tribunal de Paris, qui explique au juge Popinot les raisons de sa mise à l'écart et les récompenses qu'il obtiendra de son renoncement forcé : « "- Je suis persuadé d'avance que vous avez apporté, dans cette affaire, la plus stricte indépendance. Et moi-même, en province, simple juge, j'ai souvent pris bien plus qu'une tasse de thé avec les gens que j'avais à juger ; mais il suffit que le garde des sceaux en ait parlé, que l'on puisse causer de vous, pour que le tribunal évite une discussion à ce sujet. Tout conflit avec l'opinion publique est toujours dangereux pour un corps constitué, même quand il a raison contre elle, parce que les armes ne sont pas égales. Le journalisme peut tout dire, tout supposer ; et notre dignité nous interdit tout, même la réponse. D'ailleurs j'en ai conféré avec votre Président, et monsieur Camusot vient d'être commis sur la récusation que vous allez donner. C'est une chose arrangée. Enfin je vous demande votre récusation comme un service personnel, en revanche vous aurez la croix de la Légion d'honneur qui vous est depuis si longtemps due, j'en fais mon affaire." En voyant monsieur Camusot, un juge récemment appelé d'un tribunal du ressort à celui de Paris et qui s'avança saluant et le juge et le président, Popinot ne put retenir un sourire ironique. Ce jeune homme blond et pâle, plein d'ambition cachée, semblait prêt à pendre et à dépendre, au bon plaisir des rois de la terre, les innocents aussi bien que les coupables et à suivre l'exemple des Laubardemont plutôt que celui des Molé. Popinot se retira en saluant le Président et le juge, il dédaigna de relever la mensongère accusation portée contre lui » (BALZAC, Honoré (de), *Œuvres complètes*, *op. cit.*, 1844, t. X, « L'Interdiction », p. 189).

son indépendance²⁶⁹ ; un handicap que dénoncent certains praticiens, tel l'avocat à la Cour de Paris, Pierre Lœwel :

« dans cette affaire, le ministère public, c'est le ministère tout court »²⁷⁰.

L'aura du corps tout entier n'est pas seulement entachée par ses membres, agissant individuellement ; c'est parfois le comportement des institutions elles-mêmes qui conduit à douter de leur impartialité et de leur sincérité.

B. – L'attitude des institutions

À l'image des agissements d'André Dupin, le soupçon accompagnant l'indépendance de la magistrature provient souvent de la plus haute juridiction judiciaire. Dans la logique de sa conception originelle – un organe inféodé au pouvoir et au service de la loi –, la Cour de cassation agit souvent au profit du pouvoir exécutif en place. Deux brèves évocations peuvent attester de la soumission de l'institution.

D'une part, la lecture des *Registres des délibérations intérieures*²⁷¹ de la Cour de cassation de 1815 permet de constater que l'institution prête allégeance à Louis XVIII, avec une célérité dont elle se flatte. Le 12 juillet, elle adresse un billet de la teneur suivante au roi :

²⁶⁹ Il en est ainsi de Alphonse Béranger, qui, au sujet du chef de parquet idéal, s'exprime ainsi en 1818 : « Le ministère public est de tous, celui qui exige le plus de talents, de prudence et de philosophie. C'est particulièrement dans le chef d'un parquet que toutes ces qualités doivent se trouver réunies. Le magistrat qui est chargé de veiller sur les autres hommes, pourrait-il se dispenser d'en être le plus parfait et le plus sage ? [...] Inaccessible aux passions, l'âme de ce ministre de la loi doit être comme un rocher devant lequel elles viennent toutes se briser. Il ne se laisse point séduire par ces nombreux rapports, par cette multitude de renseignements, qui signale plutôt l'inquiétude de ceux qui les font, que leur sagacité. [...] C'est surtout sous le gouvernement constitutionnel que la tâche de ce magistrat est noble et belle ; les lois fondamentales, les principes qu'elles consacrent, les libertés de la nation, sont particulièrement placés sous l'égide tutélaire de sa vigilante autorité. La volonté ministérielle n'a quelque valeur à ses yeux, que lorsqu'elle est conforme à la loi et à l'intérêt de la patrie ; il n'est l'esclave d'aucun pouvoir ; il n'est le complaisant d'aucune faction ; tout à ses devoirs, rien ne l'ébranle, il les remplit avec constance et fermeté. C'est à lui qu'on a recours, comme au protecteur commun de tous les citoyens ; il est le défenseur de leurs droits ; et s'il veille contre le crime, il veille aussi pour l'innocent, pour le faible et l'opprimé » (BERANGER, Alphonse, *De la justice criminelle en France d'après les lois permanentes, les lois d'exception et les doctrines des tribunaux*, Paris, Patris & L'Huillier, 1818, p. 274-276). De même, chez Joseph Carnot, en 1825 : « les officiers du ministère public ne doivent pas plus que les juges, prendre égard, dans l'exercice de leurs fonctions, aux opinions de ceux qu'ils poursuivent ni à la politique du moment ; ils ne doivent pas être de ces automates que les factions puissent faire mouvoir à leur gré ; ils doivent savoir que la justice doit être égale pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ; il ne faut pas surtout, que de plusieurs coupables d'un même délit, les uns deviennent l'objet de poursuites, lorsque leurs complices ou adhérents continueraient à jouir tranquillement du fruit de leurs méfaits à l'ombre de leurs noms, de leurs titres, ou de puissantes protections » (CARNOT, Joseph-François-Claude, *De la discipline judiciaire considérée dans ses rapports avec les juges, les officiers du ministère public, les avocats, les notaires, les avoués, les huissiers et autres officiers ministériels*, Paris, Baudouin frères, 1825, p. 44).

²⁷⁰ ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 66.

²⁷¹ COUR DE CASSATION, *Registres des délibérations intérieures*, Paris, [s.n.], 1792-1906.

« la Cour de cassation s'honore [...] d'avoir été le premier corps de l'état qui manifeste le vœu de trouver enfin le repos et le bonheur sous la protection de ce sceptre antique et révérend qui avait si glorieusement gouverné la France pendant plus de huit siècles. [...] que votre Majesté, Sire, daigne apprécier les motifs de la conduite de ceux qui, placés par leurs fonctions sous l'action immédiate de l'oppression, n'auraient pu lui résister sans faire cesser l'empire des lois et sans livrer à l'anarchie l'administration de la justice. »

La Cour, reconstituée à l'occasion du retour des Bourbons, ne dédaigne pas de témoigner une fidélité, appuyée et chaleureuse à l'égard du trône. Il faut cependant souligner que la manifestation d'allégeance est exprimée de manière plus mesurée en 1830, lors du changement de dynastie²⁷². Cela n'est sans doute pas étranger au fait que le premier président Joseph-Marie Portalis, installé en 1829 à la mort de Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey²⁷³, est maintenu par le nouveau régime. Au demeurant, cette inféodation si franchement manifestée en 1815 interroge d'autant plus que l'une des causes de la déchéance de Napoléon Ier était la destruction de l'indépendance des corps judiciaires²⁷⁴ et que la Restauration devait l'assurer à nouveau.

D'autre part, un exemple prétorien illustre la faveur témoignée, notamment par la Cour de cassation, à l'égard du pouvoir exécutif ou, plus précisément, à ses agents. C'est la question

²⁷² L'adresse au roi du premier président Portalis est conçue dans les termes suivants : « Monseigneur, Dans les circonstances critiques et solennelles où la patrie se trouve placée, la puissance publique a été remise entre vos mains. Aidée du concours des deux chambres et soutenue par la confiance universelle, Votre Altesse royale en usera pour la maintenir de tous les droits et le développement de toutes les garanties. En consolidant à jamais le pouvoir de cette Charte dont le nom, invoquée avant le combat, l'était encore après la victoire, elle assurera l'union indissoluble de l'ordre et de la liberté. Magistrats et citoyens doublement intéressés à ces titres, à l'affermissement des institutions et des libertés publiques, c'est le vœu que forment les membres de la Cour de cassation. Leurs espérances ne seront point trompées, ils en ont pour garant, Monseigneur, vos vertus domestiques et le sang du bon Henri qui coule dans vos veines. Ainsi ne cesseront-ils de seconder Votre Altesse Royale dans le cercle de leurs attributions, en s'efforçant de procurer à tous, autant qu'il est en eux, l'exacte et sincère application des lois. » (COUR DE CASSATION, *Registres des délibérations intérieures*, op. cit., t. II, 5 août 1830).

²⁷³ Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey (1742-1829) est avocat au Parlement de Paris, sous l'Ancien Régime. Il se retire de Paris pendant les premières années de la Révolution. En l'an IV, il est élu administrateur du département de la Haute-Marne sous le Directoire et nommé Professeur de législation à l'École centrale du même département. En 1800, il est désigné par le Sénat pour entrer au Tribunal de cassation et devient président de la chambre des requêtes (1809). Il assure l'intérim du ministère de la justice en 1814. Soutien de la Charte de 1814, il est confirmé dans ses fonctions à la Cour de cassation en 1815 et est nommé premier président à la mort de Raymond de Sèze (1828). En 1810, il publie un ouvrage, maintes fois réédité, *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., p. 403-404.

²⁷⁴ Dans le décret du 3 avril 1814, le Sénat retient en effet, comme motifs de déchéances, « que [Napoléon Bonaparte] a anéanti la responsabilité des ministres, confondu tous les pouvoirs et détruit l'indépendance des corps judiciaires ».

de la mise en jugement des fonctionnaires²⁷⁵, qui bénéficient d'une garantie procédurale particulière dont l'existence agite de nombreux débats du XIX^e siècle.

L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789, pose en principe le droit de la société « de demander compte à tout agent public de son administration ». Mais en 1799 est développée une garantie dite des fonctionnaires, imposant l'autorisation préalable du Conseil d'État pour les poursuivre, qui limite l'exercice de ce droit. Cette autorisation préalable est née avec la Constitution de l'an VIII (13 décembre 1799) qui a renouvelé une garantie procédurale à l'endroit des agents du gouvernement, conçue comme une conséquence tirée de la séparation des fonctions administratives et judiciaires. Cette séparation, inscrite pour la première fois par la loi des 16-24 août 1790 en son article 13, a pour corollaire l'interdiction faite aux juges judiciaires de « troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Les constitutions postérieures n'ont eu de cesse de rappeler, voire préciser, la portée de ce sas entourant l'exécutif, l'administration et ses agents. En atteste la Constitution de 1791 qui suspend les poursuites, en matière criminelle, à l'encontre d'un ministre à l'émission préalable d'un décret du Corps législatif²⁷⁶ ; ou la Constitution de l'an III qui reprend, dans son chapitre consacré au *Pouvoir judiciaire*, l'interdiction portée par la loi de 1790 pour donner au principe une base constitutionnelle inviolable²⁷⁷.

²⁷⁵ V. BOURDON, Jean, *La Constitution de l'an VIII*, Rodez, P. Carrère, 1941 ; BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif : de la Révolution au début des années 1970*, Paris, PUF, 1995, p. 79 et suiv. ; CAMGUILHEM, Benoît, « La garantie des fonctionnaires. La séparation des autorités administratives et judiciaires selon Gérando », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n°33, Paris, LGDJ, 2013, p. 467-477 ; CORMENIN, Louis-Marie de Lahaye (de), *De la responsabilité des agents du gouvernement et des garanties des citoyens contre les décisions des ministres et du Conseil d'État*, 2^e éd., Paris, Baudouin frères, 1828 ; DEGUERGUE, Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994, p. 247 ; GUERIN-BARGUES, Cécile, « De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire : essai de généalogie », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2009, p. 975-994 ; LAFERRIERE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Paris, Berger-Levrault & Cie, 1896 ; MESTRE, Jean-Louis, « Les juridictions judiciaires françaises et la garantie des fonctionnaires », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1990, n°42, p. 77-92 ; MESTRE, Jean-Louis, « La garantie des fonctionnaires », dans CLEMENT, Jean-Paul, JAUME, Lucien, & VERPEAUX, Michel (dir.), *Liberté, libéraux et Constitutions*, Paris-Aix, Economica-PUAM, 1997, p. 77-96 ; PERIER, Casimir, *L'article 75 de la Constitution de l'an VIII sous le régime de la Constitution de 1852*, Paris, A. Le Chevalier, 1867 ; PLANTE, Paul, *Les mises en jugement de fonctionnaires (article 75 de la Constitution de l'an VIII)*, Toulouse, Imprimerie Toulousaine, 1911 ; REVERCHON, Émile, *Question nouvelle sur l'article 75 de la Constitution de l'an VIII*, Paris, Marescq aîné, 1863 ; SAINTE-BEUVE, Pierre-Henri, *Conférence d'Orsay. Mémoire sur l'abrogation de l'article 75 de la constitution de l'an VIII*, Paris, H. Fournier, 1844.

²⁷⁶ Constitution des 3-14 septembre 1791, titre III « Des pouvoirs publics », chapitre 2 « De la royauté, de la régence et des ministres », section 4 « Des ministres », article 8 : « Aucun ministre en place, ou hors de place, ne peut être poursuivi en matière criminelle pour fait de son administration, sans un décret du Corps législatif. »

²⁷⁷ Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), titre VIII « Pouvoir judiciaire », article 203 : « Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Mais c'est l'article 75 créée par la Constitution de l'an VIII, qui connaît au XIX^e siècle de nombreuses applications et répercussions²⁷⁸ en prévoyant que :

« Les agents du gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. »

La peine encourue, par le juge qui aurait pris des mesures en violation de l'autorisation préalable du gouvernement, est portée en l'article 129 du Code pénal : jusqu'à 500 francs d'amende.

La difficulté vient alors de ce que cette règle n'est pas reproduite dans les actes constitutionnels ultérieurs, muets sur le sujet. La question se pose alors de savoir si le principe peut continuer à prospérer, isolément, quand bien même il serait contenu dans une constitution devenue caduque. Le doute est entretenu par les actes constitutionnels du XIX^e siècle qui formulent des articles reprenant les lois préexistantes non contraires²⁷⁹. Que faire alors de cette garantie ? Si les juridictions judiciaires reconnaissent aux agents du gouvernement le droit de s'en prévaloir, quelles sont les personnes protégées par cette garantie ? Ces questions placent les cours de justice dans une situation inédite : celle de faire le tri entre les dispositions constitutionnelles antérieures pour déterminer celles qui seraient maintenues par des régimes postérieurs. Cette possibilité offre, par ailleurs, une tribune considérable aux juges, qui peuvent s'ériger en garant de la séparation des fonctions administratives et judiciaires et, partant, de la séparation des pouvoirs. Cette question peut, enfin, les amener à prendre de la distance à l'égard du pouvoir exécutif, en décidant en droit, sans égard pour leur propre dépendance organique.

En apparence, la question de la survie même de la garantie constitutionnelle est rapidement résolue, puisque le Conseil d'État intervient dès le 11 décembre 1814. Il est appelé à se prononcer à la demande de la Cour royale de Bourges, qui sursoit à statuer faute de savoir si un fermier du droit de passe chargé de l'entretien des routes peut être poursuivi devant les tribunaux ordinaires. En l'espèce, le Conseil d'État dénie à cet agent le bénéfice de la garantie dont il précise qu'elle n'est « établie [...] qu'en faveur des seuls agents du gouvernement »²⁸⁰. Mais la formule retenue pêche à établir clairement l'autorité de la garantie, alors que la solution

²⁷⁸ MESTRE, Jean-Louis, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République. Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, organisé par la Cour de cassation et le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille*, Paris, la Documentation française, 1995, p. 48-49.

²⁷⁹ À l'image de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, dont l'article 68 prévoit que « le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. »

Le principe est identiquement repris à l'article 59 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830.

²⁸⁰ CE, 11 décembre 1814, *Patrigeon c/ Devaux*, J. C., t. III, p. 48.

V. HACHEMI, Anissa, « Le Conseil d'État et la survie de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII (1814-1852) », *Jus politicum*, n°32 [en ligne : [www.juspoliticum.com/articles/le-conseil-d-etat-et-la-survie-de-l-article-75-de-la-constitution-de-l-an-viii-\(1814-1852\)-1945](http://www.juspoliticum.com/articles/le-conseil-d-etat-et-la-survie-de-l-article-75-de-la-constitution-de-l-an-viii-(1814-1852)-1945)]. Consulté le 28 octobre 2025].

ne fait que refuser aux fermiers du droit de passe la qualité d'agents du gouvernement et, partant, le bénéfice de la garantie des fonctionnaires sans se prononcer explicitement sur sa vigueur — bien que Jean-Baptiste Sirey, en rapportant l'affaire, tire des conclusions plus explicites²⁸¹. De fait, la décision du Conseil d'État manque d'une formulation positive, ce qui, diminuant son autorité, permet au débat de s'ouvrir sous la Restauration tant en doctrine²⁸² que devant les juridictions judiciaires. À cet égard, la Cour de cassation maintient une position constante : celle de la non-abrogation de l'article 75, en raison de sa compatibilité avec les lois constitutionnelles et ordinaires ultérieures. Très tôt, la Cour annonce sa ligne de conduite, sans en dévier au fil du siècle : les agents du gouvernement ne peuvent être poursuivis qu'en vertu d'une autorisation préalable du Conseil d'État²⁸³. Cette politique semble accueillie sans contredit des juges du fond. Cependant, l'attitude des juridictions judiciaires frappe à deux égards.

D'une part, quant à l'étendue qu'elles donnent à cette garantie : elles acceptent en effet d'entendre largement l'article 75 pour en faire bénéficier au mieux les agents du gouvernement, tel le maire agissant dans le cadre du collège électoral²⁸⁴ ou du conducteur des ponts-et-chaussées²⁸⁵. Bien que dénoncée par certaines juridictions inférieures refusant de solliciter l'autorisation préalable au Conseil d'État, cette attitude n'empêche pas l'extension de la garantie, qui trouve à s'appliquer, au fil du siècle, à des hypothèses de plus en plus

²⁸¹ Il est de coutume dans les recueils de jurisprudence de présenter en amont les enseignements essentiels de la décision qui est rapportée ci-après. En l'espèce, Jean-Baptiste Sirey met en exergue deux conclusions dont celle-ci : « l'acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII aboli en tout ce qui regarde l'exercice de la puissance publique, conserve son effet pour les garanties promises aux citoyens et aux fonctionnaires » (CE, 11 décembre 1814, *Patrigeon c/ Devaux*, J. C., t. III, p. 48).

²⁸² Plusieurs auteurs s'expriment contre la survie de cette disposition. Ainsi de Charles Toullier, qui évoque une « disposition tyrannique » dont l'abrogation par la Charte lui apparaît évidente (TOULLIER, *Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 6^e éd., continué et complété par Jean-Baptiste Duvergier, Paris, F. Cotillon, 1845, t. I, p. 160).

V. en ce sens. : CORMENIN, Louis-Marie de Lahaye (de), *Questions de droit administratif*, 3^e éd., Paris, A. Goblet, 1826, t. II, p. 529 ; HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas, *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, 4^e éd., Paris, B. Duprat, 1840, p. 65.

V. *contra* : BOURGUIGNON-DUMOLARD, Claude-Sébastien, *Manuel d'instruction criminelle, contenant le Code d'instruction criminelle, le Code pénal, les lois et règlements sur l'organisation judiciaire*, 3^e éd., Paris, Garnery, 1811, t. I, p. 184 et suiv. ; DUFOUR, Gabriel-Michel, *Traité du droit administratif*, 2^e éd., Paris, Cotillon, 1857, t. VI, p. 364 et suiv. ; HELIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, 2^e éd., Paris, Plon, 1866-1867, t. II, p. 403 et suiv. ; LE GRAVEREND, Jean-Marie-Emmanuel, *Traité de la législation criminelle en France*, 3^e éd., revue et corrigée par Jean-Baptiste Duvergier, Paris, Veuve C. Béchet, 1830, t. I, p. 477 et suiv. ; LE SELLYER, Achille-François, *Traité du droit criminel appliqué aux actions publique et privée qui naissent des contraventions, des délits et des crimes*, Paris, G. Thorel, 1844, t. III, p. 59 et suiv. ; MANGIN, Claude, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 3^e éd., Paris, Nève, 1876, t. II, p. 9 ; SERRIGNY, Denis, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, 2^e éd., Paris, A. Durand, 1865, t. I, p. 127.

V. *Rép. Dalloz*, t. XXXII, v^o *Mise en jugement des fonctionnaires*, p. 287 et suiv.

²⁸³ Cour cass., crim., 9 février 1810, *Bougerard*, *Bull. crim.*, t. XV, n^o30, p. 56.

Conf. : Cour cass., crim., 30 novembre 1821, *Laurent c/ Rhedon*, *Bull. crim.*, t. XXVI, n^o190, p. 535.

²⁸⁴ CR Agen, 25 mars 1835, *Gazette des tribunaux*, 6-7 avril 1835, t. X, n^o2932.

²⁸⁵ Trib. corr. Tours, 19 janvier 1849, *Gazette des tribunaux*, 25 janvier 1849, t. XXIV, n^o6725.

nombreuses. De ce refus d'autoriser les poursuites sans requérir d'autorisation préalable devant le juge judiciaire naît une interrogation : pourquoi élargir une garantie qui offre au pouvoir exécutif, par l'intermédiaire du Conseil d'État, le droit unilatéral de décider de l'impunité d'un de ses agents ?

D'autre part, quant à la longévité du principe : en dépit des contestations, la garantie des fonctionnaires survit aux régimes monarchiques entre 1814 et 1848. La question de son abrogation se pose à nouveau en 1848. Or, la Cour de cassation ne tergiverse pas à ce sujet et décide, dès les premiers mois du nouveau régime, de maintenir sa jurisprudence antérieure²⁸⁶. Cette position est, rétroactivement et implicitement, confirmée par la Constitution de 1848, qui prévoit, comme les actes constitutionnels précédents, le maintien des dispositions antérieures non contraires²⁸⁷. La mesure demeure donc. Son étendue est toutefois, pour la première fois, restreinte par une loi électorale du 18 mars 1849, dont l'article 119 énonce que « si le crime ou délit [en matière électorale] est imputé à un agent du gouvernement, la poursuite aura lieu sans qu'il soit besoin d'une autorisation préalable ». Il s'agit de la première restriction apportée à la garantie, qui reste de principe pour l'ensemble des agents du gouvernement. Mais celle-ci ne dure pas : le principe retrouve toute son ampleur avec le retour du régime impérial, en 1852.

En 1862, la Cour de cassation a ainsi l'opportunité de déterminer la portée de la loi de 1849, au sujet de poursuites exercées contre un maire et un commissaire de police. Pour rejeter un pourvoi contestant le bénéfice de l'autorisation préalable du Conseil d'État, la Cour rappelle, dans un premier temps, la constante application de l'article 75 – « consacré [comme] un principe de droit public » –, jusqu'à la loi de 1849 l'abrogeant par son article 119. La Cour reconnaît, ensuite, que le décret organique de 1852 « a virtuellement et nécessairement abrogé l'article 119 sus-référent en s'abstenant de le comprendre parmi les dispositions de la loi du 18 mars 1849, qu'il s'appropriait par une reproduction textuelle ». Par l'effet de cette abrogation implicite, la Cour admet alors « que l'article 75 précité a donc repris tout son empire, en vertu dudit décret et en toute matière »²⁸⁸. Aussi ces deux abrogations successives – la première explicite, la seconde simplement implicite – permettent à la garantie des fonctionnaires de retrouver sa vigueur, en dépit de l'absence de loi proclamant son retour.

²⁸⁶ L'arrêt de la Cour est ainsi conçu : « sur l'exception proposée par l'intervenant et tirée de l'abrogation prétendue de la garantie qui protège les agents du gouvernement, par l'effet de la Révolution de février 1848, qui aurait aboli toutes les constitutions antérieures et spécialement l'article 75 de celle du 22 frimaire an VIII de la République ; attendu qu'aux termes du décret de la Convention nationale, d'ailleurs conforme au droit public de tous les temps, en date du 21 septembre 1792, les lois non abrogées doivent être exécutées provisoirement, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné ; qu'aucun acte du gouvernement provisoire n'a dérogé aux lois antérieures sur la garantie constitutionnelle qui couvre les agents du gouvernement » (Cour cass., crim., 29 avril 1848, *Gazette des tribunaux*, 27 mai 1848, t. XXIII, n°6522).

²⁸⁷ Constitution du 28 octobre 1848, chapitre XII « Dispositions transitoires », article 112 : « Les dispositions des codes, lois et règlements existants qui ne sont pas contraires à la présente Constitution, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. »

²⁸⁸ Cour cass., crim., 9 août 1862, *Gazette des tribunaux*, 21 août 1862, t. XXXVII, n°11038.

Cette faveur faite à la garantie des fonctionnaires n'est pas portée par la seule Cour de cassation ; les juridictions du fond semblent épouser très largement ce raisonnement : à l'image de la Cour impériale d'Aix, qui, dans un arrêt confirmatif, énonce également que l'article 119 a été « virtuellement abrogé », permettant à la disposition de l'an VIII d'être réactivée²⁸⁹. L'historiographie récente a pu relever l'attitude favorable des juridictions judiciaires à l'égard de cette garantie des fonctionnaires. Une attitude bien souvent évoquée comme plus favorable même que la politique du Conseil d'État²⁹⁰. Ce résultat est, peut-être, à comprendre en regard de la crainte des juges judiciaires de voir leurs décisions contestées par les autorités administratives et de se voir ainsi reprocher de méconnaître la séparation des pouvoirs. Cette position jurisprudentielle semble cependant motivée moins par zèle que par prudence.

Cette politique, qui conduit à amplifier la force de cette garantie, est condamnée par une doctrine qui juge une telle garantie illibérale, au regard du risque d'impunité qu'elle crée au profit des agents du gouvernement. La critique probablement la plus virulente vient du juriste et membre de la Chambre des pairs, Jean-Denis Lanjuinais, qui, dès 1819, dénonce cette garantie comme autorisant le « despotisme le plus absolu, le plus éhonté, le plus insupportable » et permettant au gouvernement de « violer toutes les lois, pourvu que ce fût par ses agents quelconques autres que les ministres »²⁹¹. La fronde est telle que la Charte de 1830 prévoit même, en son article 69, qu'une loi veillera, « dans le plus court délai possible », à régler la question de « la responsabilité des ministres et des autres agents du pouvoir ». Or, en dépit du dépôt de plusieurs projets de loi²⁹², la réforme promise n'advint jamais. Il faut alors attendre 1870 et les promesses de Léon Gambetta pour voir la garantie des fonctionnaires supprimée. Dès le 19 septembre 1870, un décret-loi est pris, dont le seul objet est l'abrogation de

²⁸⁹ CI Aix, 18 décembre 1862, *Gazette des tribunaux*, 7 janvier 1863, t. XXXVIII, n°11156.

²⁹⁰ V. CAMGUILHEM, Benoît, « La garantie des fonctionnaires. La séparation des autorités administratives et judiciaires selon Gérando », *loc. cit.* ; GUERIN-BARGUES, Cécile, « De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire : essai de généalogie », *loc. cit.*

²⁹¹ LANJUINAIS, Jean-Denis, *Constitutions de la Nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la charte*, Paris, Baudouin frères, 1819, p. 51.

Jean-Denis Lanjuinais (1753-1827) est docteur en droit à 19 ans et Professeur de droit canonique à Rennes à 22 ans. Il participe à la rédaction des cahiers de doléances de la sénéchaussée de Rennes et réclame l'abolition tant des droits féodaux que de la noblesse. Il siège à la Constituante, où il est dit révolutionnaire modéré. Refusant de prêter le serment de haine à la royauté, il doit se réfugier à Rennes (juin 1793). Il rentre à Paris après la chute de Maximilien Robespierre et participe à la rédaction de la Constitution de l'an III. Il continue sa carrière politique sous les régimes napoléoniens, bien qu'il manifeste régulièrement son opposition, et vote, en 1814, la déchéance de l'empereur. Sous la Restauration, il est fait pair de France et maintient ses combats en faveur des libertés politiques. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Grégoire Bigot & Yann-Arzel Durelle-Marc, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 601-603.

²⁹² Pierre-Henri Sainte-Beuve relève quatre tentatives avortées : en 1831, 1832, 1835 et 1836. En 1835 et 1836, les projets sont débattus à la Chambre, sans jamais voir le jour (SAINT-BEUVE, Pierre-Henri, *Conférence d'Orsay. Mémoire supplémentaire sur l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII*, Paris, H. Fournier, 1844, p. 3-5).

l'article 75²⁹³. Néanmoins, la portée de ce décret-loi est restreinte, dès 1873, par l'arrêt Pelletier, rendu par le Tribunal des conflits qui manifeste un souci d'équilibre différent : sans revenir sur l'abrogation de l'article 75, le Tribunal distingue la faute personnelle de l'agent de la faute de service, afin d'opérer un partage de responsabilité entre l'administration et ses agents et de prévenir l'administration contre une ingérence des tribunaux²⁹⁴. Cette décision concourt à la « résurrection d'une nouvelle forme de garantie », placée sous l'examen du Tribunal des conflits²⁹⁵.

À la décharge de la Cour de cassation, il faut relever que sa jurisprudence n'est pas exclusivement faite de décisions admettant l'application de la garantie de l'article 75. Elle a, parfois, refusé d'en faire bénéficier certains agents, comme en 1845, à l'égard des agents voyers en charge de l'aménagement de la voirie. Avec cette décision, la Cour s'oppose à l'application de ce qu'elle dit être une « simple circulaire ministérielle », jugée insuffisante pour étendre la garantie entendue par la loi²⁹⁶. Cette décision est annonciatrice d'une lueur d'espoir : la Cour de cassation et, plus généralement, le juge judiciaire n'agit ni toujours ni exclusivement, en faveur du pouvoir exécutif. Les juridictions parviennent à prendre leurs distances, manifestant les prémisses d'un affranchissement, en dépit de leur dépendance organique. Cet affranchissement, manifesté de manière variable et discontinue, apparaît comme une nécessité, que rappelle le premier président de la Cour de cassation, Joseph-Marie Portalis, en 1848 :

« L'indépendance du pouvoir judiciaire ne s'est pas toujours présentée à l'esprit des peuples comme une nécessité sociale. Il a été souvent confondu avec le pouvoir politique, ou envisagé comme un de ses attributs. Encore aujourd'hui parmi nous, un assez grand nombre de publicistes le considèrent comme une branche du pouvoir exécutif. La notion exacte de la justice, de cette puissance impartiale et libre, qui s'interpose entre tous les intérêts et tous les droits pour les rappeler tous au respect des lois, n'a trouvé place qu'assez tard dans la constitution des États libres, et cependant elle fait une partie essentielle et intégrante de la liberté. Pour que la liberté soit assurée, deux choses sont également nécessaires : la séparation absolue de tout pouvoir politique et administratif de la puissance judiciaire, et l'indépendance absolue de la puissance judiciaire »²⁹⁷.

²⁹³ Décret-loi du 19 septembre 1870, article 1^{er} : « L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre. »

²⁹⁴ Trib. conflits, 30 juillet 1873, *Pelletier, Rec. Lebon*, 1873, 1^{er} suppl., p. 118.

²⁹⁵ V. WEIDENFELD, Katia, *Histoire du droit administratif, du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 214-215.

²⁹⁶ Cour cass., crim., 6 septembre 1845, *Gazette des tribunaux*, 7 septembre 1845, t. XX, n°5668.

²⁹⁷ PORTALIS, Joseph-Marie, *Observations de la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 19.

Avec un tel discours, le premier président appelle ainsi à une lutte des juges judiciaires pour gagner leur indépendance ; un vœu entendu de toutes les juridictions, qui parviennent à exprimer progressivement une indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif.

Sous-section 2. – L’élargissement

En 1835, Honoré Daumier réalise une caricature dont le sous-titre est éloquent « La Cour rend des services, et non pas des arrêts »²⁹⁸. Par cette œuvre, l’artiste provençal rend pourtant mal hommage à un magistrat qui a osé refuser de se plier aux injonctions d’un garde des sceaux insistant. Près d’une décennie plus tôt, en 1826, le ministre de la justice d’alors, Pierre-Denis de Peyronnet, tente d’influencer, dans une affaire de presse, la conduite de la Cour de Paris : il veut s’assurer de la condamnation de deux journaux – *Le Constitutionnel* et *Le Courrier* – dont les écrits sont jugés trop hostiles au gouvernement. Le premier président de ladite Cour, Antoine Séguier²⁹⁹, qui n’a pas, pourtant, toujours été ni retenu ni reconnu comme le plus indépendant des magistrats, a alors cette formule, peut-être enjolivée par l’histoire et moquée par Honoré Daumier :

« La Cour rend des arrêts, et non pas des services »³⁰⁰.

Cet exemple témoigne de la capacité des juridictions, dans certaines hypothèses, à remettre en cause le postulat d’une subordination totale au pouvoir exécutif. Ce renversement est le premier pas vers une indépendance fonctionnelle qui puise sa force dans une désobéissance politique (§1) et qui s’accompagne, en droit, par une délivrance jurisprudentielle et juridictionnelle (§2).

²⁹⁸ La lithographie d’Honoré Daumier présente un membre de la Cour des Pairs de l’Ancien Régime rendant visite à deux prisonniers (DAUMIER, Honoré, « La Cour rend des services, et non pas des arrêts (Le nouveau Séguier) », [lithographie], *Charivari*, 14 juin 1835).

V. *infra*, Annexe 2.

²⁹⁹ Antoine Séguier (1768-1848) est substitut du procureur général au Parlement de Paris, sous l’Ancien Régime. Émigré à partir de 1790, il revient en France à l’extrême fin du siècle. Il est nommé maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d’État en 1806 ; puis premier président de la Cour de Paris en 1810. Disgracié par Napoléon Ier à son retour d’exil, il revient en France au début de la Seconde Restauration, en même temps que le roi qui le nomme pair de France et le réinstalle à la Cour de Paris.

³⁰⁰ KRYNEN, Jacques, *L’état de justice...*, *op. cit.*, t. II, p. 94.

§1. – Une désobéissance politique

La libération politique du juge semble, à certains égards, être un préalable conditionnant son indépendance : dans l'expression de sa désobéissance politique, le juge se rassure et puise les ressorts nécessaires pour imposer des solutions innovantes. Aussi, la magistrature a-t-elle besoin autant de la libération du siège (A) que de celle du parquet (B).

A. – Les contestations du siège

Le prononcé de décisions s'offre souvent, pour les magistrats du siège, comme une tribune pour manifester une distance avec le pouvoir exécutif. À cet égard, aucune formation n'est exempte de la volonté de s'émanciper de la tutelle de l'exécutif et de nombreuses hypothèses sont, à dessein, utilisées pour rappeler tant l'autonomie de la magistrature que les pouvoirs limités de l'exécutif. Les plus saillantes d'entre elles sont probablement les affaires de presse. Ce contentieux se révèle être une tribune politique autant pour le gouvernement que pour les prévenus, dès les premiers temps de la Restauration : la presse, dont l'essor fulgurant au début du XIX^e siècle permet la diffusion rapide des idées, devient un forum politique, que le gouvernement s'efforce de contrôler en poursuivant en justice les organes d'opposition. Les tribunaux se transforment ainsi souvent en scènes de théâtre, au sein desquelles le gouvernement espère, grâce à son bras armé – la justice –, faire preuve de pédagogie à l'égard du public autant que de fermeté à l'égard des auteurs de journaux. Les condamnations, espérées nombreuses, doivent dissuader les opposants politiques de s'exprimer et inciter les écrivains à la modération à l'égard du pouvoir en place.

Cependant, les tribunaux ne montrent guère le visage de relais efficace que le gouvernement espère avoir. Les déconvenues des Bourbons en offrent l'exemple. Dès 1819, les libéraux obtiennent la compétence des assises pour y déférer les prévenus en matière de presse³⁰¹ : mais jugés trop modérés à leur égard, les jurés populaires sont remplacés par les

³⁰¹ Loi du 26 mai 1819 relative à la poursuite et au jugement des crimes et délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publication, article 13 : « Les crimes et délits commis par la voie de la presse ou tout autre moyen de publication, à l'exception de ceux désignés dans l'article suivant, seront renvoyés par la chambre des mises en accusation de la cour royale devant la cour d'assises, pour être jugés à la plus prochaine session. L'arrêt de renvoi sera de suite notifié au prévenu. »

tribunaux correctionnels dès 1822³⁰². Néanmoins, le gouvernement est rapidement déçu : les juges professionnels ne sont pas plus enclins que les jurés à condamner de tels prévenus. Quand bien même l'autorité et la dignité du roi seraient en jeu. Exhortées à la sévérité, les juridictions correctionnelles préfèrent, régulièrement, enjoindre aux journaux poursuivis d'être « plus circonspects » à l'avenir, sans prononcer de condamnation³⁰³. Les déconvenues du gouvernement se font même plus nombreuses à mesure que les années passent et que le régime des Bourbons approche de sa chute. Ainsi, visés par une plainte en diffamation, la *Gazette des tribunaux* et le *Journal des Débats* sont relaxés, après une timide réprimande à l'égard de leurs articles qui ne manquent pas « d'une certaine malignité blâmable et même d'inconvenance »³⁰⁴. L'année suivante, la Cour de Paris protège de manière timorée le roi, en refusant de condamner l'auteur d'un article, prévenu d'offense à la personne du roi et d'attaque à la dignité royale :

« si les expressions de l'article incriminé sont inconvenantes et contraires à la modération qu'on doit apporter dans la discussion des actes du gouvernement, elles ne constituent pas les délits d'offense à la personne du roi et d'attaque à la dignité royale »³⁰⁵.

Le constat est terrible pour le gouvernement : les juges professionnels condamnent dans la même proportion que les jurés populaires³⁰⁶ ; ou, autrement dit, ils relaxent autant que les jurés populaires. L'enceinte judiciaire devient alors un lieu où les opposants politiques triomphent face au gouvernement, qui ne trouve pas le secours espéré dans les magistrats professionnels : ces derniers manifestent une étonnante tolérance à l'égard de la presse politique de l'opposition. Cette conscience, conjuguée à une réclamation portée lors de la révolution de Juillet, a certainement convaincu la nouvelle Monarchie des Orléans, de ne pas s'obstiner dans

³⁰² Loi du 25 mars 1822 relative à la répression et à la poursuite des délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publication, article 17 : « Seront poursuivis devant la police correctionnelle et d'office, les délits commis par la voie de la presse, et les autres délits énoncés en la présente loi et dans celle du 17 mai 1819, sauf les cas prévus par les articles 15 et 16 ci-dessus [...]. »

³⁰³ Il en est ainsi du *Constitutionnel*, poursuivi pour offense envers la religion de l'État (CR Paris, 3 décembre 1825, *Gazette des tribunaux*, 4 décembre 1825, t. I, n°31). De même, du *Journal du commerce de Lyon*, poursuivi pour offense envers les ministres du roi, à l'égard duquel le tribunal ne relève qu'une « inconvenance », sans toutefois prononcer de condamnation (Trib. corr. Lyon, 15 avril 1827, *Gazette des tribunaux*, 17 avril 1827, t. IV, n°494).

³⁰⁴ Trib. pol. corr. Paris, 24 janvier 1828, *Gazette des tribunaux*, 25 janvier 1828, t. V, n°770.

³⁰⁵ CR Paris, 24 décembre 1829, *Gazette des tribunaux*, 25 décembre 1829, t. V, n°1366.

³⁰⁶ Le fait est confirmé par un rapport produit à l'Académie des sciences par Siméon-Denis Poisson (*Moniteur universel*, 6 octobre 1837, p. 2188).

V. POISSON, Siméon-Denis, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile : précédées des règles générales du calcul des probabilités*, Paris, Bachelier, 1837.

le choix, critiqué, de confier les affaires de presse aux magistrats professionnels et, à l'inverse, de déléguer cette mission aux cours d'assises³⁰⁷.

En refusant de jouer le jeu politique du gouvernement, les magistrats du siècle manifestent une indépendance, qui leur permet de s'ériger en défenseurs autant des libertés que de la séparation des pouvoirs. C'est ce second principe que la Cour de Nîmes s'estime, en 1830, en devoir de protéger, dans une tout autre matière. Dans une affaire interrogeant l'effet d'un jugement rendu par défaut, la cour refuse d'appliquer une décision ministérielle, visant à priver d'effet une disposition législative et, partant, prise en méconnaissance du jeu législatif. Évoquant une « prétendue abrogation, qu'on dit expresse, comme prononcée par les décisions des ministres de la justice et des finances », la cour rappelle que :

« d'après son article 15 [de la Charte], la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, par la Chambre des pairs et par la Chambre des députés des départements ; que seraient, après cela, les décisions ministérielles, toutes contraires qu'elles puissent être aux dispositions législatives citées ? Rien du tout, principalement devant les tribunaux et les cours royales, qui ne sont que les organes de la loi, qui ne peuvent et ne doivent appliquer que la loi »³⁰⁸.

De même, dans une espèce relative aux brevets d'invention, le Tribunal de commerce de la Seine adopte une attitude similaire, en refusant d'appliquer une réponse ministérielle, tout en rappelant le gouvernement à ses obligations. Cette matière est régie par le décret du 24 novembre 1806 : complétant la loi du 25 mai 1791 sur les brevets d'invention, le décret oblige le propriétaire d'un tel brevet, qui veut l'exploiter en créant une société par actions, à se pourvoir d'une autorisation du gouvernement. Or, considérant que cette formalité préalable est un frein à l'invention et à la marche de l'industrie, le gouvernement en a réduit la portée ; ce que le tribunal refuse d'accepter³⁰⁹.

Les matières purement civiles ne sont pas seules à fournir l'exemple d'une désobéissance. Le contentieux fiscal en offre régulièrement une illustration ; il en est ainsi d'un jugement rendu par le Tribunal de Béthune, en 1839. Au motif que « les lois fiscales, non plus que les lois pénales, ne doivent être torturées dans leurs termes pour chercher à en faire l'application », le tribunal refuse de prendre en compte une interprétation d'une disposition

³⁰⁷ Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « Dispositions particulières », article 69 : « Il sera pourvu successivement par des lois séparées et dans le plus court délai possible aux objets qui suivent : 1° L'application du jury aux délits de la presse et aux délits politiques. »

³⁰⁸ CR Nîmes, 24 mars 1830, *Sequelin c/ Martin*, S. 1830. II. 378.

³⁰⁹ Le tribunal énonce que « s'il semble résulter des réponses faites par le ministre du commerce aux demandes de divers propriétaires de brevets, afin d'obtenir cette autorisation, qu'il ne la considérait plus comme indispensable depuis la promulgation du Code de commerce, il reste toutefois évident que la loi de 1791 et le décret de 1806 précités régissent encore la matière, d'où il suit que, faute d'une abrogation précise de ces lois et en présence des mêmes motifs d'intérêt public qui les ont fait rendre, les tribunaux doivent en faire l'application tant qu'elles n'ont pas été rapportées » (Trib. com. Seine, 10 avril 1839, *Gazette des tribunaux*, 12 avril 1839, t. XIV, n°4240).

fiscale proposée par l'administration des contributions indirectes, sauf à méconnaître le principe consacré³¹⁰. De même, en matière criminelle, la séparation des fonctions est invoquée par la Cour de cassation, dès 1827, pour enjoindre le ministre de la justice à ne pas excéder le cadre de ses missions dans l'exercice de l'action publique : « c'est une erreur manifeste de juger que le ministre de la justice a la suprême direction de l'action publique pour la répression des crimes et délits ; que cette action est exercée sous l'autorité des cours royales ». Ce rappel à la loi est enrichi par une courte considération :

« en confiant ainsi à des corps indépendants la direction de cette action, les lois ont établi en faveur de la liberté civile, l'une de ses plus belles garanties »³¹¹.

Par-là, la Cour parvient à rappeler tant la protection de l'intégrité de son ordre juridictionnel, dont elle estime avoir la garde, que l'expression d'une distance prise à l'endroit du gouvernement. La même prérogative semble échoir aux juridictions du fond, qui, si elles n'ont pas reçu expressément cette mission, l'assume néanmoins. Il en est ainsi du Tribunal de Louviers, qui, dans une espèce relative à l'adjudication de bacs sur une rivière, au sujet de laquelle a été élevé un conflit de compétences, décide que « si les tribunaux doivent être en garde contre toute tendance à agrandir le cercle de leurs attributions, ils doivent aussi veiller à le conserver intact »³¹². La rédaction de l'attendu, présentée avec beaucoup de circonspection, n'atténue néanmoins pas la portée de la solution rendue : le refus du tribunal d'être dépossédé de sa compétence au profit de l'administration.

Ces saillies apparaissent ainsi ponctuellement, permettant aux juges du siège de manifester, à des degrés divers, leurs réticences à être placés sous la pleine autorité du pouvoir exécutif. Si de telles propensions ne sont pas toujours saluées par la Cour de cassation, elles trahissent néanmoins des velléités d'indépendance. Au demeurant, ce mouvement touche, de manière plus surprenante, les membres du parquet, plus perméables aux atteintes du pouvoir exécutif du fait de la révocabilité de leurs fonctions.

B. – Les désaveux du parquet

Sans contredire parfaitement l'existence d'une subordination, certains éléments montrent que le parquet n'est pas toujours aux ordres du pouvoir exécutif. À certains égards, il

³¹⁰ Trib. civ. Béthune, 11 février 1839, *Gazette des tribunaux*, 18-19 février 1839, t. XIV, n°4194.

³¹¹ Cour cass., crim., 22 décembre 1827, *Beuret et Cadot*, *Bull. crim.*, t. XXXII, n°318, p. 957. Cet arrêt est rendu sur le rapport de Claude Mangin, qui professe le principe dans son *Traité de l'action publique* (MANGIN, Claude, *Traité de l'action publique...*, *op. cit.*, t. I, p. 123 et suiv.).

³¹² Trib. Louviers, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 17 septembre 1831, t. VI, n°1902.

est même l'agent le plus véhément de la contestation portée contre lui. Il semble, en effet, trouver régulièrement dans le siècle les armes d'une émancipation, ou *a minima* d'une distanciation. À cet égard, Jean-Pierre Royer présente une série d'exemples de désobéissance de membres du parquet³¹³, préférant démissionner plutôt que d'attendre une sanction venue d'en-haut³¹⁴. Selon l'auteur, la magistrature debout se trouve au carrefour d'une « soumission forcée » et d'une « révolte polie ». Parfois, cependant, cette mutinerie se fait moins timide et révèle un réel affranchissement ; à l'image du procureur général près la Cour royale de Paris, Nicolas-François Bellart, qui, adressant une lettre au ministre de la justice en 1821, s'exprime dans les termes suivants :

« Quand le ministère public ne doute pas, quand un délit est évident, le magistrat chargé du triste devoir de poursuivre doit-il avant tout prendre ou attendre les ordres du gouvernement ? Non, Monseigneur ; s'il en était ainsi le ministère public que l'on a accusé ces derniers temps, de n'agir que sous l'influence du gouvernement, n'aurait plus rien à répondre à cette imputation quand on jugerait utile de la reproduire : le ministère public doit agir spontanément sans qu'il ait besoin de recevoir l'autorisation de personne »³¹⁵.

Ce magistrat n'en est pas à son coup d'essai ; en 1819, déjà, il s'adressait à son ministre de tutelle en ces termes :

« Le ministère public s'honore d'obéir aux ordres du gouvernement dans tout ce qui est de pure administration ; mais le fonctionnaire qui est investi de ce ministère, n'est pas administrateur seulement ; il est magistrat aussi. Comme magistrat et pour les poursuites, il agit ; il doit agir spontanément et en toute liberté et sans qu'il ait besoin de recevoir l'autorisation de personne. Ministre de la loi, c'est de la loi seule qu'il tient sa mission »³¹⁶.

Cette attitude témoigne d'une limite aux pouvoirs, en fait, du ministre de la justice. Son autorité s'arrête aux portes des injonctions à poursuivre³¹⁷ – sans pouvoir interdire des poursuites³¹⁸ – : parce que l'action publique ne lui appartient pas³¹⁹. Dès lors, dans ses

³¹³ ROYER, Jean-Pierre, *Juges et notables...*, *op. cit.*, p. 298-302.

³¹⁴ Il en est ainsi du substitut au parquet de la Seine, Louis François Ernest Desjardins, en 1879 (*ibid.*, p. 302).

³¹⁵ ROUSSELET, Marcel, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Alon, 1957, p. 212.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ Code d'instruction criminelle, article 275 : « Le procureur général, soit d'office, soit par les ordres du grand-juge, ministre de la justice, charge le procureur impérial de poursuivre les délits dont il a connaissance. »

³¹⁸ BRUSCHI, Christian (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2002, p. 111 et suiv.

³¹⁹ Le Code d'instruction criminelle de 1808 dispose à cet égard que « l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi » (article 1^{er}). Le principe est notamment précisé par les articles 9 (« la police judiciaire sera exercée sous l'autorité des cours impériales... ») et 22 (« les procureurs impériaux sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle, ou aux cours spéciales, ou aux cours d'assises ») du même code. Il est encore confirmé par la loi du 20 avril 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice (article 45).

réquisitions, le parquetier est libre et ne doit suivre que sa propre conscience. C'est du moins la pensée du magistrat et criminaliste Faustin Hélie³²⁰, qui soulève la dualité de l'office de ce magistrat. Reprenant les mots de Jean-Baptiste Treilhard³²¹, il reconnaît que le ministère public est « l'œil du gouvernement »³²² et en ce sens :

« [qu'il] est tenu, comme agent du pouvoir exécutif, de se conformer aux ordres qu'il reçoit pour entamer les poursuites ; mais ensuite il devient, suivant l'expression de M. Treilhard, *l'homme de la justice, et nul ordre supérieur ne peut enchaîner ses conclusions*. Ainsi se concilient les doubles fonctions qu'il réunit. La formule de l'exprès commandement n'était qu'une protestation du droit contre le pouvoir ; elle abaissait le magistrat et discréditait le pouvoir à la fois ; elle ôtait à l'un sa force morale avec sa liberté, elle donnait à l'autre les apparences du despotisme. Le pouvoir exécutif peut imposer au procureur général des actes mais il ne peut lui imposer une opinion [...] qui puise ses éléments dans les débats et le contraindre à requérir une peine qu'il trouverait injuste »³²³.

Cette liberté dans les réquisitions apparaît alors comme le corollaire de l'office de magistrat du parquet, de l'aveu même d'un procureur général près la Cour de Rennes :

« L'officier du parquet qui consentirait à monter à cette place pour y prendre un rôle qui ne serait pas en parfait accord avec sa conviction intime, ne serait pas digne de l'occuper. Il trahirait tout d'abord les plus stricts devoirs de sa charge, qu'il ne peut exercer fidèlement qu'avec une entière sincérité ; il trahirait de plus sa dignité personnelle et la dignité même de la justice »³²⁴.

Cette autre image du parquetier est encore alimentée par deux constats.

Le premier tient à un enseignement de Jean-Pierre Royer, qui constate, au terme d'une étude menée sur l'ensemble du XIX^e siècle, que « les magistrats manifestant une soumission

³²⁰ Faustin Hélie (1799-1884) poursuit des études de droit à Rennes, à l'issue desquelles il devient avocat. Par trois fois, il échoue à intégrer la magistrature. En 1828, il intègre le service des affaires criminelles du ministère de la justice où il rencontre Adolphe Chauveau : c'est le début d'une longue collaboration, initiée par la création du *Journal de droit criminel* (1829) et confirmée par la publication de leur ouvrage majeur, *Théorie du Code pénal*. Seul, il publie également un *Traité d'instruction criminelle*. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Renée Martinage, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 521-523.

³²¹ Jean-Baptiste Treilhard (1742-1810) poursuit des études de droit à Paris, à l'issue desquelles il devient un avocat réputé pour être habile juriste. En 1789, il est élu député du tiers état de Paris et consacre ses activités législatives à la question religieuse. Sous la Législative, il est nommé président du Tribunal criminel départemental de la Seine ; sous la Convention, il se consacre essentiellement à des missions diplomatiques, qui l'empêchent de siéger au Tribunal de cassation dont il est membre. Il se rallie par la suite à Napoléon I^{er}, ce qui lui permet d'intégrer le Conseil d'État. Il consacre ses dernières années à la rédaction d'ouvrages juridiques et participe, notamment, à la rédaction du Code d'instruction criminelle (1808). Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Pierre Lenoël, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 977-978.

³²² HELIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle...*, *op. cit.*, t. I, p. 577.

³²³ *Ibid.* t. I, p. 579-580.

³²⁴ BRUSCHI, Christian (dir.), *Parquet et politique pénale*, *op. cit.*, p. 24-25.

déclarée et militante ne constituent qu'une minorité représentant en définitive moins de 20% de l'échantillon »³²⁵. Ce chiffre peu élevé, presque à rebours de l'image véhiculée, tient probablement au fait que le poids de la hiérarchie incite naturellement à une part de soumission des magistrats, qui ne se retrouvent pas dans des actes militants. À l'inverse, Jean-Pierre Royer relève, sur l'échantillon, que la moitié des carrières est interrompue pour un motif politique : c'est donc que les magistrats concernés ont choisi de manifester leur liberté politique, au détriment de leur carrière, démentant l'image généralisée du magistrat laquais du pouvoir exécutif.

Le second tient aux conclusions dressées par Jean-Claude Farcy dans son ouvrage recensant et analysant les discours de rentrée tenus par les magistrats du parquet, de la création de la cérémonie, en 1811, à 1973³²⁶. Il remarque que ces discours entretiennent, notamment, deux idées constantes : celle attendue de la soumission à la loi – bien qu'avec le temps, les magistrats cherchent, ailleurs, d'autres sources légitimant leurs décisions – ; et celle de la nécessité d'une institution judiciaire, pour garantir la stabilité de la société. Or, pour assurer ce rôle, la magistrature doit disposer d'une certaine indépendance, progressivement manifestée dans les discours de rentrée, qui se départissent du panégyrique adressé au pouvoir en place. En effet, les discours tenus permettent de relever trois franches étapes, qui illustrent un glissement : quand les discours du début du siècle ne se soucient pas de cette indépendance, ceux de la fin du premier tiers commencent à la demander à demi-mots ; pour que, finalement, ceux des dernières décennies l'affirment sans crainte, condamnant les atteintes à l'autorité du corps judiciaire.

Ainsi, en 1815, autant par militantisme que par espoir d'enraciner le nouveau régime et de susciter l'union, le procureur général près la Cour royale de Grenoble, Royer Delocher, enjoint à une adhésion pleine et entière au nouveau régime :

« Nous sommes dans un moment, Messieurs, où il ne suffit point de n'être pas contre le gouvernement établi ; il faut se prononcer pour lui, l'aimer et le servir. Toute modération, toute indulgence, à l'égard de ceux qui refusent de lui être soumis, serait blâmable de la part d'un simple citoyen ; elle serait un crime dans le magistrat chargé de veiller au maintien de l'ordre, et de poursuivre la répression des délits [...] ; armé du glaive de la loi, qu'il fasse trembler par des exemples sévères et justement appliqués, ceux même qui ne montreraient que de

³²⁵ ROYER, Jean-Pierre, *Juges et notables...*, *op. cit.*, p. 274. Ce chiffre est avancé sur la base d'un échantillon de 850 dossiers, prélevés sur l'ensemble du XIX^e siècle, par Jean-Pierre Royer, aux Archives nationales.

³²⁶ FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, *op. cit.*

l'indifférence pour l'affermissement de l'autorité légitime, qui doit être reconnue et vénérée par tous les Français ! »³²⁷.

Mais en 1830, un changement de ton apparaît insensiblement. À la Cour royale de Rennes, l'avocat général Letourneux demande des garanties minimales permettant à la juridiction judiciaire d'exercer son rôle de garant de « l'ordre social » : reconnaissant, au préalable que « le pouvoir judiciaire n'est qu'une branche du pouvoir exécutif », il ajoute que « pour que cette salubre, cette brillante destination ne soit pas illusoire, l'autorité judiciaire doit être indépendante et du pouvoir exécutif, qui en nomme les fonctionnaires, par l'inamovibilité, et de l'influence populaire, par la vertu, le respect public, le désintéressement et les lumières »³²⁸. Enfin, en 1871, le discours se fait plus pressant. Toujours à Rennes, est dénoncée l'attitude de la « démocratie moderne » qui « paraît avoir toujours pris ombrage du pouvoir judiciaire... elle s'ingénie plus volontiers dans les projets de réformes à affaiblir qu'à renforcer ou consolider l'autorité des corps de justice »³²⁹. La même année à Nîmes, le substitut Rousselier ne dit pas autre chose, allant jusqu'à souhaiter « une réelle indépendance de la justice qui implique de rompre avec le "rang dépendant et subordonné" »³³⁰ qui la caractérise »³³¹.

Cette inflexion illustre, comme le souligne Jean-Claude Farcy, une mutation. Les orateurs, du fait de leur état de parquetiers, sont dans l'impossibilité de condamner trop ouvertement le régime auquel ils doivent leur poste. De fait, si la critique doit rester implicite, l'allégeance peut être modulée : ainsi plutôt que des louanges adressées au roi, c'est le respect de la loi que les orateurs préfèrent mobiliser³³². Le passage du temps montre que les orateurs opèrent, dans leurs discours, un passage sensible du *militantisme*, par la défense du régime en place, à la *discretion*, par l'abandon des discours d'allégeance. Un tel changement sous-tend une autre réalité. Il n'est certes pas possible d'exclure parfaitement une part de réalisme de cette magistrature du parquet, soucieuse de ne pas trop se compromettre avec un régime, qui peut ne pas être amené à durer. Mais cela montre aussi le changement d'une magistrature, qui, sans parvenir complètement à effacer sa tâche de naissance, est parvenue à exprimer officiellement son émancipation. Ces discours de rentrée s'offrent comme des tribunes, pour effacer le soupçon de compromission entourant la mission des parquetiers, et montrent que

³²⁷ ROYER DELOCHE, *Les devoirs des magistrats*, 13 novembre 1815, Grenoble, *Journal du département de l'Isère*, [s.d.] (*ibid.*, p. 410).

³²⁸ LETOURNEUX, Horace, *Origine et nature du pouvoir judiciaire. Ce qu'a été la magistrature en France avant et depuis 1815. Ce qu'elle doit être et sera depuis la révolution de 1830. Barreau de Rennes. Avoués de Rennes*, 3 novembre 1830, Rennes, A. Marteville, [s.d.] (*ibid.*, p. 153).

³²⁹ RAME, *De la paix sociale*, 3 novembre 1871, Rennes, A. Leroy fils, 1871 (*ibid.*, p. 155).

³³⁰ ROUSSELIER, Paul-Henri, *De l'indépendance du pouvoir judiciaire et de son rôle dans une société démocratique*, 3 novembre 1871, Nîmes, Clavel-Ballivet & Cie, 1871 (*ibid.*, p. 155).

³³¹ *Ibid.*, p. 155.

³³² *Ibid.*, p. 411-416.

l'indépendance peut se gagner en fait, bien qu'elle n'existe pas en droit. C'est en substance ce qu'énonce en 1875, à Douai, le procureur général Joran :

« J'espère montrer cette indépendance qui se puise non dans l'inamovibilité de nos charges, mais dans la science et le caractère des magistrats, que l'officier du parquet possède comme juge, et qui les rend également inaccessibles à toute pression, à toute crainte personnelle, à tout esprit de parti »³³³.

Le magistrat ne pouvait mieux exprimer la liberté revendiquée et exercée par son ordre. C'est un esprit identique qui anime la magistrature judiciaire aux fins de construire des remparts, séparant nettement son activité de celle de l'administration, pour éviter tout empiétement et protéger ses propres compétences. Aussi, dans cette logique, une jurisprudence autonome cherche-t-elle à se développer à l'égard du traitement juridictionnel des actes de l'administration.

§2. – Une autonomisation juridictionnelle

Les juridictions judiciaires n'acceptent pas toujours docilement les actes de l'administration, les privilèges dont elle jouit et ceux qu'elle crée. Bien au contraire, le XIX^e siècle montre combien elles ont tenté de contester certaines règles dérogatoires dont l'administration et ses agents peuvent bénéficier. S'estimant garantes des libertés individuelles, elles cherchent à se dresser en gardiennes du respect de règles, tant procédurales que fondamentales, par l'administration et le gouvernement. Ce souci, ou cette quête, les autorise, croient-elles, à venir examiner, voire contester, des actes ou pratiques relevant du champ de compétence de l'administration et, partant, placés au-delà de la barrière érigée par la loi des 16-24 août 1790 – la séparation des fonctions administratives et judiciaires. Cette attitude est, en pratique, justifiée par la conviction que de tels actes sont pris hors du champ de compétences de l'administration et entrent, par voie de conséquence, dans l'escarcelle du juge judiciaire. De ce point de vue, c'est à travers le traitement des actes administratifs que les juridictions judiciaires ont pu manifester une indépendance fonctionnelle, permise par le lent établissement de la dualité juridictionnelle et l'arrivée tardive du Tribunal des conflits³³⁴. À cet égard, certains

³³³ HUMBERT, Sylvie, « La cour d'appel de Douai au XIX^e siècle : une histoire vue par les magistrats lors des discours de rentrée aux audiences solennelles », dans *Les cours d'appel : origines...*, *op. cit.*, p. 154.

³³⁴ Prévu par la Constitution de 1848 (article 89) et organisé par la loi du 4 février 1850, le Tribunal des conflits connaît une première existence éphémère puisqu'il est supprimé en 1852. L'institution est renouvelée par la loi du 24 mai 1872, qui l'enracine durablement dans le paysage juridictionnel français.

auteurs ont pu entretenir cette tendance en rappelant le rôle de gardien des libertés du juge judiciaire pour justifier l'extension de ses compétences face à l'administration³³⁵.

Au-delà du principe légal de non-intervention des juges judiciaires dans les affaires de l'administration, dont le contour est affiné par les différentes juridictions (A), de nombreuses exceptions jurisprudentielles sont développées pour tenter de contrôler l'effet des actes administratifs, trahissant, en fait, un affranchissement de la tutelle de l'exécutif (B).

A. – Le principe légal

Un principe directeur simple irrigue cette matière : les juges de l'ordre judiciaire ne sont pas habilités à juger des actes de l'administration et du gouvernement. Cela ressort de la loi des 6, 7-11 septembre 1790³³⁶. Cette interdiction, par ailleurs rapportée dans des actes constitutionnels ultérieurs³³⁷, est, dès les premières décisions du Tribunal de cassation, largement réaffirmée³³⁸. Dès le 3 mai 1792, le Tribunal casse, sur le fondement de la Constitution de 1791 qui interdisait aux juges d'« entreprendre sur les fonctions administratives »³³⁹, un jugement du Tribunal du district d'Uzerche qui retenait le motif d'inconstitutionnalité pour ne pas appliquer un arrêté. Cette décision est prononcée

³³⁵ BERENGER, Alphonse, *De la justice criminelle en France...*, *op. cit.*, p. 348 et suiv.

³³⁶ La loi des 16-24 août 1790, relative à l'organisation judiciaire, pose un premier jalon en prescrivant une séparation fonctionnelle entre le judiciaire et l'administration (article 13, titre II). La loi des 6, 7-11 septembre 1790 en tire les conséquences juridictionnelles : sans créer de tribunal *ad hoc* pour l'administration, cette loi place le contentieux lié aux actes de l'administration hors du giron du juge judiciaire. La séparation des deux autorités est entérinée par le décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795), qui défend aux tribunaux de connaître des actes de l'administration et annule toutes procédures et jugements intervenus à cet égard.

³³⁷ L'interdiction figure dans la Constitution du 3 septembre 1791 (titre III « Des pouvoirs publics », chapitre V « Du pouvoir judiciaire », article 3 : « 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 leurs fonctions. »). Elle est reproduite dans des termes similaires dans la Constitution 5 fructidor an III (22 août 1795), à l'article 203 (« Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni faire aucun règlement. – Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »).

³³⁸ V. ANSELME, Isabelle, *L'invocation de la Déclaration des droits de l'homme et de la constitution dans les débats de l'Assemblée législative (1791-1792)*, Paris, LGDJ, 2013.

³³⁹ Constitution du 3 septembre 1791, titre III « Des pouvoirs publics », chapitre V « Du pouvoir judiciaire », article 3.

conformément aux conclusions de son procureur, le futur ministre de la justice André-Joseph Abrial³⁴⁰, qui déclare :

« quand bien même l'arrêté de la municipalité de Ségur du 19 janvier 1792 et celui du 26 eussent été inconstitutionnels [...], il suffisait qu'ils fussent émanés des officiers municipaux [...] pour que la connaissance et la réformation n'en appartenissent qu'aux corps administratifs »³⁴¹.

La Cour de cassation a souvent l'occasion de réitérer ce principe ; à l'image de cette décision rendue dans la seconde moitié du siècle, en matière de succession d'un étranger mort en France. La Cour rappelle deux impératifs. D'abord, elle réitère le principe de l'application sans contredit de l'acte administratif clair – « il appartient à l'autorité judiciaire de faire l'application aux questions dont elle est compétemment saisie, et aux faits qui s'y rattachent, d'actes administratifs dont le sens et la portée ne donnent lieu à aucune contestation ». Ensuite, elle affirme l'interdiction de procéder à l'interprétation d'un acte administratif, qui relève de l'attribution exclusive de l'administration – « lorsque le sens de ces actes est ambiguë et douteux, que leur portée est incertaine et ne peut être fixée qu'au moyen d'une interprétation, et que cette interprétation ne peut être donnée compétemment que par l'autorité administrative ». Ensemble, ces considérations emportent la censure de la juridiction du fond qui a « porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire et commis un excès de pouvoir »³⁴².

La frontière dressée entre les fonctions judiciaires et administratives emporte plusieurs conséquences, au premier chef desquelles l'incompétence d'une juridiction judiciaire à l'égard des actes des ministres. Cette disposition de droit et d'esprit est illustrée, à Paris, par le tribunal de première instance qui rappelle que :

« les ministres ne sont pas justiciables des Tribunaux ordinaires pour les faits relatifs à l'exercice de leurs fonctions ; que l'incompétence de l'autorité judiciaire, en cette matière n'est pas fondée seulement sur la garantie due aux agents du pouvoir, mais encore sur le principe qui ne permet pas aux Tribunaux de connaître des actes administratifs »³⁴³.

³⁴⁰ Après des études de droit et un passage au ministère des affaires étrangères, André-Joseph Abrial (1750-1828) part pour le Sénégal, où il administre un comptoir. Il rentre en 1776 à Paris, où il est reçu avocat au parlement. En 1791, il intègre le Tribunal de cassation. En 1799, il se rallie à Napoléon Ier et est fait ministre de la justice. En 1814, il vote la déchéance de l'empereur ; la même année, Louis XVIII le fait pair de France. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Jacques Clère, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 3-4.

³⁴¹ Trib. cass., 3 mai 1792 (cité par MESTRE, Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », dans FATIN-ROUGE STEFANINI, Marthe, & SEVERINO, Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ? Actes du colloque des 23 et 24 juin 2016*, Aix-en-Provence, Dice Éditions, 2017, p. 28-29).

³⁴² Cour cass., civ., 24 juillet 1861, *Gazette des tribunaux*, 4 septembre 1861, t. XXXVI, n°10743.

³⁴³ Trib. prem. inst. Paris, 18 janvier 1833, *Gazette des tribunaux*, 19 janvier 1833, t. VIII, n°2319.

La même disposition favorable à l'égard des ministres est affirmée par le Tribunal civil de Rennes. Dans ce contentieux, qui prend sa source sous la Restauration, un étranger, établi en France et ayant servi dans l'armée française, est traduit devant la justice pour une question de propriété immobilière. Bien qu'il soit relaxé, à l'issue d'une procédure où l'accusation était mal fondée, cet homme est sommé de quitter le territoire par le ministre de l'intérieur Jacques-Joseph Corbière. De retour en France en 1827, sous le gouvernement de Jean-Baptiste de Martignac, cet homme s'estimant lésé introduit une action contre le ministère. Cette question est finalement jugée près d'une décennie plus tard, par la juridiction rennaise, qui refuse de statuer à défaut de la reconnaissance préalable, par l'autorité administrative, d'une faute, ouvrant droit à une réparation devant les juridictions civiles. Le tribunal prend soin à cet égard d'insérer un étonnant considérant renvoyant le législateur à ses obligations :

« si cet état de la législation actuelle laisse aux citoyens blessés dans leurs intérêts privés, par des actes ministériels trop peu de moyens d'obtenir justice, et dépasse la mesure des garanties que l'État doit assurer à ses fonctionnaires, les tribunaux ne peuvent que signaler les vices de cette législation, mais qu'ils sont obligés d'y conformer leurs jugements, sans pouvoir ni la modifier, ni suppléer à ses lacunes »³⁴⁴.

À l'image de la garantie accordée aux fonctionnaires, sous la forme d'une autorisation préalable du Conseil d'État, le tribunal refuse de juger les actions d'un ministre à la suite d'une simple demande privée : un privilège de juridiction est reconnu aux ministres, au regard moins de leur qualité que des actes qu'ils ont à prendre. Cet arrêt est remarquable en ce que le tribunal prend soin tout autant de dénoncer son impuissance que d'étoffer, en droit, sa décision. S'il reconnaît que la Charte de 1814, sous l'empire de laquelle agissait le ministre, prévoyait bien une responsabilité des ministres en son article 13³⁴⁵, le tribunal relève néanmoins que cette responsabilité est à comprendre au regard des « constitutions et lois organiques antérieures ». Ici, cela revient à accepter, notamment, la limitation des prérogatives des juges judiciaires au regard de la loi des 16-24 août 1790. Ce raisonnement conduit à ne rendre les ministres justiciables que de la Chambre des pairs³⁴⁶, comme ce fut le cas lors du procès des ministres de Charles X³⁴⁷.

Néanmoins, cette ligne respectueuse du principe légal n'est pas toujours suivie des juridictions, notamment par celles du premier degré qui ne s'estiment que modérément liées par le précédent et développent des solutions autonomes – et souvent contradictoires. Si cette

³⁴⁴ Trib. civ. Rennes, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 28 novembre 1835, t. XI, n°3206.

³⁴⁵ Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, « Formes du gouvernement du Roi », article 13 : « La personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive. ».

³⁴⁶ V. MICHALAK, Thomas, *Les Assemblées parlementaires, juge pénal*, Paris, Dalloz, 2022.

³⁴⁷ V. *supra*, A. – Le comportement des magistrats.

remise en cause de la séparation des fonctions érigée en 1790 témoigne d'une autonomisation croissante des juridictions judiciaires à l'égard de l'exécutif, elle oblige, cependant, tant la Cour de cassation que les Cours royales à réitérer l'impérativité du principe. Ce rappel à l'ordre donne, parfois, l'opportunité à des juridictions de s'exprimer en formulations étonnantes, qui témoignent de la conscience de leur propre rôle et donnent l'impression que le maintien du principe n'est et ne peut être qu'avec leur concours. Il en est ainsi de la Cour royale de Paris, en 1833, dans une affaire relative à l'aliénation d'immeubles dépendant du domaine de l'État :

« si, en règle générale, la juridiction ordinaire est compétente dans tous les cas qui n'en sont point exceptés par une disposition spéciale de la loi, il est également de principe posé par la législation et consacré par la jurisprudence, que les tribunaux sont sans pouvoir et doivent se dessaisir toutes les fois qu'il s'agit d'interpréter un acte administratif, ou de prononcer sur sa validité »³⁴⁸.

Une décision du Tribunal de police de Besançon trahit la même impression, alors que la juridiction se réfère à la « jurisprudence constante [...] formellement décidé[e par] la Cour de cassation, par divers arrêts », pour écarter les arrêtés des préfets, lesquels ne sont « obligatoires pour les Tribunaux que lorsqu'ils sont pris dans les limites de leurs attributions »³⁴⁹. Si le principe ne (sur)vit qu'avec l'assentiment des juridictions, celles-ci s'estiment fondées à contrôler, certes non l'acte en soi, mais le respect par celui-ci des bornes dans lesquelles il est autorisé à exister. La Cour de cassation rappelle ainsi que les « arrêtés de l'autorité administrative ne sont obligatoires pour les Tribunaux qu'autant qu'ils sont pris en exécution des lois », ajoutant, bien sûr, « qu'ils ne peuvent ni les interpréter, ni y ajouter »³⁵⁰. Une brèche est alors ouverte pour créer des exceptions et extensions jurisprudentielles, permettant de contrôler indirectement l'application d'actes administratifs.

B. – Les exceptions prétorienne

En 1835, le ton est donné par le Tribunal de première instance de Paris, qui prend soin de rappeler l'autorité municipale à ses devoirs : elle « ne peut, sous prétexte d'accomplir ses devoirs », consistant à « rappeler les citoyens à l'exécution des lois », « agir contre l'esprit et le texte de la législation dont elle doit au contraire, la première, donner l'exemple du respect et

³⁴⁸ CR Paris, 20 mai 1833, *Gazette des tribunaux*, 7 juin 1833, t. VIII, n°2438.

³⁴⁹ Trib. pol. Besançon, 23 août 1856, *Gazette des tribunaux*, 27 août 1856, t. XXXI, n°9177.

³⁵⁰ Cour cass., crim., 12 mai 1842, *Gazette des tribunaux*, 4 août 1842, t. XVII, n°4781.

de la soumission »³⁵¹. À l'image de ce jugement, certaines juridictions s'estiment fondées à contrôler le respect des bornes entre loi et actes de l'administration. Ce contrôle conduit alors les juridictions judiciaires à veiller au respect, par l'administration, de l'interdiction de créer des pénalités, conformément au principe de légalité des délits et des peines³⁵². Ainsi, au sujet d'un arrêté relatif à la profession de boucher, la Cour royale d'Orléans se fait forte de déclarer :

« [qu'il] est de principe et de jurisprudence constante que les Tribunaux ne peuvent réprimer par des peines les infractions aux règlements de police qu'autant que ces règlements se rattachent à une loi pénale existante »³⁵³.

Cette problématique est alors l'enjeu d'un affrontement plus régulier entre juridictions au sujet d'une autre thématique : l'autorisation préalable du préfet pour la tenue de bals publics. L'autorisation prend pour fondement la loi des 16-24 août 1790, qui place sous « la vigilance et [l']autorité des corps municipaux [...] le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels [...] les spectacles »³⁵⁴. À Paris, un règlement du préfet du 30 novembre 1830 en précise les contours et permet de dresser des contraventions contre des entrepreneurs ayant organisé des bals sans permission préalable. Traduits en justice, ils voient leur situation diversement appréciée selon la formation considérée. En 1833, pour refuser, dans un raisonnement au demeurant soucieux de respecter l'autorité de l'administration, l'application de l'ordonnance, le Tribunal de simple police de Paris reprend à son compte le souci de la garde du domaine de la loi. Voici dans quels termes cette juridiction de première instance s'est audacieusement exprimée :

« s'il est vrai que les règlements de police rendus sur des objets placés par la loi dans la compétence de l'autorité municipale, sont obligatoires pour les Tribunaux comme pour tous les citoyens, tant qu'ils n'ont pas été modifiés ou rapportés par l'autorité administrative supérieure, ce principe reçoit exception pour le cas où les mesures prescrites par ces règlements violent ouvertement les

³⁵¹ Trib. pol. Paris, 16 septembre 1835, *Gazette des tribunaux*, 17 septembre 1835, t. X, n°3144.

³⁵² Le principe de légalité criminelle, issu de l'adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege* » (Paul, D. 50,17,109), est retranscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont l'article 7 dispose que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». L'article 8 ajoute que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». En 1810, le Code pénal rappelle la vigueur du principe dans un article 4, ainsi conçu : « nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis » (cette disposition est aujourd'hui inscrite à l'article 111-3 du Code pénal).

V. BECCARIA, Cesare, *Traité des délits et des peines*, traduit de l'italien, Paris, Martin & Veuve Gauthier, an III [1794] ; DREYER, Emmanuel, *Droit pénal général*, 7e éd., Paris, LexisNexis, 2024, p. 17 et suiv. ; CARBASSE, Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3e éd., Paris, PUF, 2014, p. 417 et suiv. ; GAU-CABEE, Caroline, « *Arbitrium judicis*. Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », dans MASCALA, Corinne (dir.), *À propos de la sanction*, Toulouse, PUT, 2007, p. 39-61.

³⁵³ CR Orléans, 7 juillet 1847, *Gazette des tribunaux*, 15 juillet 1847, t. XXII, n°6249.

³⁵⁴ Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre XI « Des juges en matière de police », article 3, 3°.

droits ou libertés garantis aux citoyens par les lois en vigueur ; qu'en effet s'il est reconnu que sous le gouvernement libre qui régit notre monarchie constitutionnelle, les Tribunaux ne doivent pas avoir égard aux ordonnances royales lorsque leurs dispositions sont contraires aux lois existantes, à plus forte raison doit-il en être ainsi des règlements de police publiés par un maire ou par un préfet ; [...] que toutes les fois que l'autorité a jugé convenable dans l'intérêt public de déroger à la liberté absolue du commerce et de l'industrie, proclamée par la loi de 1791, cette dérogation à la loi commune a été établie par des lois spéciales, ou par des décrets insérés au *Bulletin des Lois*, ayant force de loi, et qu'il n'en existe point pour les bals publics ; qu'il suit de là que l'ordonnance de police du 30 novembre 1830 n'est pas obligatoire pour les Tribunaux »³⁵⁵.

Cette interférence est ainsi justifiée par la conservation des « droits ou libertés garantis aux citoyens par les lois en vigueur », dont la volonté de protection est vraisemblablement accrue par le souvenir des ordonnances de 1830, que l'incise « sous le gouvernement libre » suggère. Au demeurant, le tribunal dénonce une autorisation préalable « qui ne fait pas même connaître à quelles conditions communes à tous, cette permission sera accordée » et tend moins à « maintenir le bon ordre dans les bals publics » qu'à établir « une prohibition formelle d'exercer cette industrie sans le bon plaisir de la police ». Toutefois, toutes les formations ne concluent pas à se reconnaître ici une compétence d'attribution, justifiant une intervention aussi audacieuse ; c'est parfois même au sein du même tribunal que ces divergences sont entretenues, illustrant l'absence d'homogénéité au sein de l'ordre judiciaire. Ainsi, quelques mois plus tard, le même tribunal refuse d'accueillir une prétention visant à contester la légalité du règlement préfectoral, dans une formulation où l'efficacité le dispute à la clarté :

« il n'appartient pas au tribunal de police, sous prétexte d'une atteinte portée à la liberté d'industrie, de méconnaître l'autorité d'un acte légal, émané du pouvoir administratif, qui remplace en ce point les corps municipaux »³⁵⁶.

Cette seconde solution a les faveurs des juridictions supérieures. Le premier jugement, déféré à la Cour de cassation, est cassé ; une censure à laquelle la juridiction de renvoi, le Tribunal de police de Saint-Denis, ne semble pas accorder beaucoup d'autorité, puisqu'il retient la même solution que le tribunal parisien. Après une seconde censure³⁵⁷, l'affaire est renvoyée devant la Cour royale de Paris, qui fait usage, pour la première fois, de la loi du 30 juillet 1828 pour solder définitivement ce point de droit : en estimant le règlement « obligatoire pour les citoyens et exécutoire pour les Tribunaux »³⁵⁸, elle conclut à son application, à l'appui de la loi

³⁵⁵ Trib. simp. pol. Paris, 17 janvier 1833, *Gazette des tribunaux*, 18-19 février 1833, t. VIII, n°2344.

³⁵⁶ Trib. pol. Paris, 1^{er} avril 1833, *Gazette des tribunaux*, 6 avril 1833, t. VIII, n°2385.

³⁵⁷ Cour cass., réunies, 7 novembre 1833, *Gazette des tribunaux*, 8 novembre 1833, t. IX, n°2569.

³⁵⁸ CR Paris, 6 janvier 1834, *Gazette des tribunaux*, 11 janvier 1834, t. IX, n°2623.

des 16-24 août 1790. Pour autant, l'autorité revêtue par cet arrêt, rendu toutes chambres réunies, ne semble pas faire frémir le tribunal parisien, qui manifeste toujours, quelques jours plus tard, toujours une réticence à abandonner toute forme de contrôle. S'il conclut au respect du règlement préfectoral, le tribunal ne donne pas un blanc-seing : en effet, il ne reconnaît pas à ces décrets une autorité *per se* mais une autorité qui découle d'une application continue, autorisée par la jurisprudence – « ces décrets dont la constitutionnalité est consacrée par les nombreux documents de la jurisprudence »³⁵⁹. De fait, si le tribunal ne contrôle pas directement la légalité du règlement préfectoral, il reconnaît aux juridictions judiciaires le droit de contrôler et confirmer la vigueur des textes dont découlent des actes administratifs. Confronté à la même question dans l'est du royaume, le Tribunal de Gevrey reprend la même logique et s'astreint au respect de l'arrêté préfectoral, moins en raison de la loi de 1790 qu'au nom du respect de la jurisprudence constante de la Cour de cassation³⁶⁰.

Au fond, les tribunaux veillent à ce que les actes administratifs ne restreignent pas les libertés, auxquelles seule la loi peut apporter des limites. Cette garde est assurée avec d'autant plus de force dès lors qu'il s'agit de la création de sanctions pénales, domaine exclusif de la loi. La Cour de cassation a pu le rappeler avec force, en matière de liberté de commerce et d'industrie. Dans une espèce appelée en 1841 devant elle, la Cour décide que l'autorité administrative ne pouvait enjoindre aux bateaux à vapeur de réaliser des arrêts forcés, dans leurs itinéraires, au risque d'encourir la sanction de l'article 471 du Code pénal. En réformant la décision déférée devant elle, la Cour rappelle la nécessité de s'en référer à la loi quand il s'agit de créer des sanctions pénales³⁶¹.

S'érigeant en gardiennes des libertés individuelles, les juridictions s'estiment fondées, de surcroît, à contrôler les actes issus des ministères, telles les circulaires, qui sont écartées dès lors qu'elles conduisent à contrarier l'effet des lois. Cette logique autorise les tribunaux à se délier d'un ministre auteur de circulaires manifestement illégales et à ériger une barrière étanche

³⁵⁹ Trib. pol. Paris, 10 janvier 1834, *Gazette des tribunaux*, 11 janvier 1834, t. IX, n°2623.

³⁶⁰ Le jugement retient alors que « ces principes sont consacrés par un grand nombre d'arrêts de la Cour de cassation, notamment par un arrêt du 3 août 1810, rendu sur le réquisitoire d'office du procureur général ; par un autre du 20 novembre 1818 ; par un troisième du 15 janvier 1819 ; par un quatrième du 27 janvier 1820, et par ceux des 24 février et 27 juillet même année » (Trib. pol. Gevrey, 29 juillet 1841, reproduit sous Cour cass., crim., 25 septembre 1841, *Gazette des tribunaux*, 6 octobre 1841, t. XVI, n°4520).

³⁶¹ La Cour de cassation procède, dans cet arrêt, à un rappel des pouvoirs de l'autorité administrative : « aucune loi ne donne à l'autorité administrative le droit de prescrire impérativement aux bateaux à vapeur le devoir de s'arrêter, contre leur gré, sur tel ou tel point de la ligne qu'ils doivent parcourir ; [...] cette disposition, dont le sens clair et direct serait de forcer les bateaux à vapeur de s'arrêter sur les points désignés, quoiqu'il leur convint de passer outre, a été prise par l'autorité administrative en dehors de ses attributions, et ne pouvait par conséquent recevoir du tribunal de simple police la sanction pénale de l'article 471 précité ; quelle que soit d'ailleurs, la légalité des autres dispositions que renferme ledit arrêté » (Cour cass., crim., 26 février 1841, *Gazette des tribunaux*, 18 avril 1841, t. XVI, n°4872).

V. *infra*, §1. – Le culte révolutionnaire de la loi.

entre les domaines de l'administration et du législateur. Deux jugements rendus en 1829, en matière de vente à l'encan confirment cette compétence. Le premier, le Tribunal de Rennes, refuse de faire application d'une circulaire du garde des sceaux, considérant que « cette circulaire n'a pu déroger aux principes posés en la loi ci-dessus citée ». Ce raisonnement conduit le tribunal à censurer les commissaires-priseurs qui refusaient de prêter leur concours à un marchand-colporteur pour la vente de marchandises, au motif que le procureur du roi, se fondant sur une circulaire du garde des sceaux, les invitait à s'abstenir³⁶². Le même raisonnement est tenu, quelques semaines plus tard, par le Tribunal d'Orléans, qui prend garde d'user un langage déférent à l'endroit du garde-des-sceaux, pour, vraisemblablement, atténuer la rigueur du principe rappelé :

« si des défenses ont été faites par qui de droit aux commissaires-priseurs, en vertu et en exécution d'une circulaire de Mgr (*sic*) le garde-des-sceaux, en date du 8 mai 1829, cette circulaire, quelques louables qu'en soient les motifs, quelques considérations d'ordre public et d'intérêt commercial qui l'aient dictée, ne saurait par ses dispositions tenir lieu d'une loi ou suppléer à l'absence d'une loi »³⁶³.

Aussi, le respect dû à l'autorité de tutelle est-il insuffisant pour faire oublier aux tribunaux leur devoir premier de faire application des lois. Ce même souci conduit les tribunaux à veiller à ce que la pratique ministérielle ne conduise pas à rendre caduque une loi pourtant encore en vigueur ; une exigence toujours formulée en termes ménageant l'autorité administrative. Il en est ainsi du jugement rendu par le Tribunal de commerce de la Seine, en 1839, à l'occasion d'une affaire relative à la contestation de brevets : le tribunal rappelle que « faute d'abrogation précise de ces lois », celles-ci continuent de régir la matière considérée, en dépit de la pratique contraire qui a pu se développer. Or, il apparaît que cette pratique a été permise, si ce n'est sollicitée, par une instruction ministérielle. Néanmoins, en dépit de ce constat, le tribunal use d'un langage nuancé, pour ne pas incriminer, irrévocablement, le ministre :

« s'il semble résulter des réponses faites par le ministre du commerce aux demandes de divers propriétaires de brevets, afin d'obtenir cette autorisation, qu'il ne la considérait plus comme indispensable depuis la promulgation du Code de commerce, il reste toutefois évident que la loi de 1791 et le décret de 1806 précités régissent encore la matière »³⁶⁴.

³⁶² Trib. Rennes, 23 juin 1829, *Gazette des tribunaux*, 28 juin 1829, t. IV, n°1212.

³⁶³ Trib. Orléans, 28 juillet 1829, *Gazette des tribunaux*, 2 août 1829, t. IV, n°1242.

³⁶⁴ Trib. com. Seine, 10 avril 1839, *Gazette des tribunaux*, 12 avril 1839, t. XIV, n°4240.

Ces réponses audacieuses des tribunaux ne s'inscrivent pas complètement dans un mouvement dissident et isolé ; il apparaît, à l'inverse, qu'ils agissent ici dans la lignée de la Cour de cassation, qui ouvrait la voie à de telles contestations dès 1814. Dans cette espèce, jugée le 28 juillet 1814, la Cour casse un arrêt de cour d'appel qui déclarait non punissables des hommes ayant acquis en fraude à la loi des armes de guerre, au motif qu'une circulaire du garde des sceaux promettait une remise de la peine à ceux qui les restitueraient de leur propre chef dans un délai déterminé. Pour refuser de prêter son concours à cette circulaire, la Cour rappelle qu'un ministre ne peut « anéantir ni suspendre l'effet des lois », puisque « ce droit n'appartient qu'au Corps législatif et au roi, lorsqu'il veut user de son droit de faire grâce »³⁶⁵. Une solution saluée par la doctrine, qui reconnaît, dans la Cour de cassation, une juridiction « soucieuse du principe de séparation des pouvoirs »³⁶⁶.

Ces espèces montrent que les juridictions ne s'arrêtent pas au droit d'impulsion et de surveillance du garde des sceaux pour renier leurs compétences et veillent à maintenir l'autorité administrative dans le respect des siennes. Cependant, ce rôle n'autorise pas les tribunaux à exercer tout contrôle. Ils doivent parfois reconnaître des limites à leur pouvoir : à l'instar tant de la Cour royale de Paris, qui déclare en 1843 :

« [qu'en] admettant que l'arrêté du préfet eût été pris hors des limites de la loi, mais dans une matière confiée à sa surveillance, cet arrêté n'ayant pas été réformé, serait obligatoire pour les Tribunaux »³⁶⁷ ;

que du Tribunal correctionnel de Colmar qui reconnaît que :

« quelque abusive que soit la décision dont se prévalent les sieurs Guénot, cette décision n'en est pas moins un acte administratif, qui n'est pas susceptible d'être réformé par l'autorité judiciaire »³⁶⁸.

La contestation d'un acte administratif ne peut donc prospérer devant les juridictions judiciaires, dès lors qu'il est pris conformément au domaine de l'autorité administrative. Par-là,

³⁶⁵ Cour cass., crim., 28 juillet 1814, *Gérard*, S. 1814. I. 240.

Conf. : Cour cass., crim., 14 avril 1815, *Tournier*, S. 1815. I. 227.

³⁶⁶ MANGIN, Claude, *Traité de l'action publique...*, op. cit., t. I, p. 125.

³⁶⁷ CR Paris, 17 mai 1843, *Gazette des tribunaux*, 8 juin 1843, t. XVIII, n°5040.

³⁶⁸ Trib. corr. Colmar, 21 octobre 1831, *Gazette des tribunaux*, 6 novembre 1831, t. VII, n°1944.

elles ne peuvent que veiller à la maintenir dans les bornes de ses attributions – un contrôle opéré tout le siècle durant³⁶⁹ –, sans pouvoir priver d’effet les actes qui y seraient conformes³⁷⁰.

La jurisprudence semble, sur cet aspect, vacillante tout au long du siècle. Elle démontre néanmoins que les juridictions judiciaires n’apparaissent pas dans une parfaite et obséquieuse soumission au pouvoir exécutif : en dépit de la tutelle dans laquelle les juges sont enserrés, les affaires appelées devant eux leur permettent de développer une politique jurisprudentielle distincte des objectifs et intérêts du pouvoir exécutif. S’il ne s’agit certes pas d’une lutte homogène et linéaire, les juges manifestent néanmoins une indépendance de ton et d’esprit à l’endroit des actes émis par l’exécutif. Au risque souvent d’entrer dans une phase d’affrontement.

Sous-section 3. – L’affrontement

« Aucune puissance humaine, ni le roi, ni le garde des sceaux, ni le premier ministre ne peuvent empiéter sur le pouvoir d’un juge d’instruction, rien ne l’arrête, rien ne lui commande. C’est un souverain soumis uniquement à sa conscience et à la loi. »

Honoré de Balzac, *Splendeurs et misères des courtisanes*³⁷¹

Au crépuscule du XVIII^e siècle, la Constitution de l’an VIII institue un Sénat aux fins de contrôler la constitutionnalité des actes pris tant par l’exécutif que le législatif³⁷². Mais la chute

³⁶⁹ Le Tribunal correctionnel de Bordeaux en offre une illustration, en 1856. Dans cette espèce relative au privilège de l’administration des pompes funèbres en matière de succession, le tribunal se fait fort de rappeler « qu’il ressort d’une jurisprudence constante, et notamment de plusieurs arrêts de la Cour de cassation, que les tribunaux de simple police ne sont tenus de réprimer les contraventions aux arrêtés pris par l’autorité administrative, que tout autant que ces arrêtés ont pour objet des mesures prescrites dans les limites légales du pouvoir confié à l’autorité dont ils émanent » (Trib. corr. Bordeaux, 27 décembre 1855, *Gazette des tribunaux*, 28-29 janvier 1856, t. XXXI, n°900).

³⁷⁰ V. BIGOT, Grégoire, *L’autorité judiciaire et le contentieux de l’administration. Vicissitudes d’une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999.

³⁷¹ BALZAC, Honoré (de), *Œuvres complètes, op. cit.*, 1846, t. XII, « Splendeurs et misères des courtisanes », p. 21.

³⁷² Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), titre II « Du Sénat conservateur », article 21 : « Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunal ou par le gouvernement : les listes d’éligibles sont comprises parmi ces actes. »

de l'Empire en 1814 oblige à un constat : le Sénat, qui n'avait déjà pas rempli son office, n'est nullement remplacé. Se pose alors la question de savoir quel organe est à même d'exercer cette vigilance. Les Chartes de 1814 et 1830, de même que la II^e République, n'apportent pas de réponse : aucune disposition n'est consacrée à la question de la conformité aux dispositions constitutionnelles des actes des organes constitués. La question se refferme à l'occasion du retour de l'Empire et du Sénat en 1852 : bien que ce dernier n'exerce pas toujours sa compétence³⁷³, son existence enlève aux autres institutions la possibilité de s'y consacrer et la Cour de cassation se fait fort, au nom de l'ordre judiciaire, de respecter cette limitation de pouvoir³⁷⁴. Bien que les actes constitutionnels de 1875 ne règlent pas davantage cette question, aucun organe n'accepte d'y répondre³⁷⁵. À telle enseigne qu'en 1958, après une IV^e République marquée par l'inertie du Comité constitutionnel, « le contrôle de constitutionnalité est réputé inexistant en France, bien que le Conseil d'État et des juridictions judiciaires aient annulé des actes contraires à la Constitution »³⁷⁶.

Les interdictions de droit ne résistent guère aux nécessités pratiques : dans cette période de près de quarante années (1814-1852), un organe doit émerger pour contrôler la conformité aux actes constitutionnels des décrets impériaux pris antérieurement et des ordonnances royales nouvelles. Les juridictions judiciaires acceptent ainsi de se saisir de la régularité des décrets impériaux et des ordonnances, parfois au mépris des injonctions de la Cour de cassation, en poursuivant une idée simple : le respect d'une séparation stricte des pouvoirs. Déjà amenées à contrôler la conformité des règlements de l'administration, les juridictions s'intéressent, dans une continuité presque naturelle, à la régularité de ceux qui émanent directement de la tête de

³⁷³ V. HABERT, Benoît, *La garantie des libertés : 1852-1870*, Paris, La Mémoire du droit, 2022, p. 85-93.

³⁷⁴ Jean-Louis Mestre relève : « Sous le Second Empire, la Cour de cassation s'est prononcée sur très peu de recours qui invoquaient la Constitution du 14 janvier 1852 à l'encontre de décrets du Chef de l'État. Elle fit une distinction. Elle considéra comme "obligatoire pour les tribunaux" un décret pris par le prince-président entre le 2 décembre 1851 et l'entrée en vigueur de la Constitution, l'article 58 de celle-ci ayant donné force de loi à ces décrets. Elle rejeta donc un pourvoi qui relevait une contradiction entre le décret du 26 mars 1852 et les articles 1 et 56 de la Constitution, en faisant valoir que ce texte avait "la puissance et le caractère d'une loi". Elle examina, en revanche, "le moyen tiré de l'inconstitutionnalité" du décret du 23 juillet 1859 à l'encontre d'un arrêt de la Cour de Montpellier qui avait affirmé la constitutionnalité dudit texte, avant de le rejeter » (MESTRE, Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », dans *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice...*, op. cit., p. 39-40).

³⁷⁵ Le même auteur note bien que « sous la III^e République, la constitutionnalité de divers décrets a été débattue devant les juridictions judiciaires au vu des lois constitutionnelles de 1875 » (*ibid.*, p. 42).

³⁷⁶ FAVOREU, Louis (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, p. 289.

l'exécutif³⁷⁷. Cette possibilité, inédite et même interdite sous le Premier Empire du fait de la confusion des pouvoirs, est rendue possible par deux principes (ré)affirmés dès la Charte royale de 1814 : la précision des champs exécutif et législatif, pour éviter l'empiétement de l'un sur l'autre³⁷⁸, et le principe de caducité des actes contraires aux actes constitutionnels³⁷⁹.

Dans une manifestation parfaite d'indépendance, les juridictions judiciaires s'érigent, particulièrement sous la Monarchie de Juillet, en gardiennes des fonctions et des compétences, aptes à contrôler la régularité des actes de l'empereur déchu ou du roi³⁸⁰. Entrant dans une forme d'affrontement avec le gouvernement, les juges opèrent tant une remise en cause *a posteriori*

³⁷⁷ V. BERTHELEMY, Henri, « Les lois inconstitutionnelles devant les juges », *Revue politique et parlementaire*, 1927, t. CXXXIII, p. 183-188 ; BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.* ; BONNET, Julien, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris, Dalloz, 2009 ; DESAULNAY, Olivier, *L'application de la constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009 ; DESFOUGERES, Henri, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Rousseau, 1913 ; DRAGO, Guillaume (dir.), *L'application de la constitution par les Cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2007 ; DUEZ, Paul, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », dans *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 213-249 ; DURAND, Charles, « Les décrets-lois napoléoniens devant la jurisprudence de la Restauration », dans *Études offertes à Jean Masqueron*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et des sciences économiques, 1970, p. 269-277 ; FERRARI, Sébastien, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. LXXXIII, n°3, 2010, p. 497-521 ; HAURIOU, André, « La technique française du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois », dans *Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Sirey, 1938, t. II, p. 336-338 ; JEZE, Gaston, « Le contrôle juridictionnel des lois », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1924, t. XLI, n°1, p. 399-430 ; KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, t. XLV, n°1, p. 197-257 ; LARNAUDE, Ferdinand, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », *Revue politique et parlementaire*, 1926, t. CXXVI, p. 181-199 ; LAROQUE, Pierre, « Les juges français et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1926, t. XLIII, n°1, p. 722-736 ; LEBLANC, Jacques, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier, en France, la constitutionnalité des lois*, Paris, PUF, 1924 ; LESAGE, Michel, *Les interventions du législateur...*, *op. cit.* ; MESTRE, Jean-Louis, « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851 », dans *Administration et droit. Actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit, tenues à Rennes, les 26, 27, 28 mai 1994*, Paris, LGDJ, 1996, p. 123-133 ; MESTRE, Jean-Louis, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République...*, *op. cit.* ; MESTRE, Jean-Louis, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », dans *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°28, 2010, p. 27-30 ; MESTRE, Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », dans *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice...*, *op. cit.* ; RENARD-PAYEN, Olivier, « Le juge répressif, interprète de la Constitution », dans *Études de droit public*, Cujas, Paris, 1964, p. 7-79.

³⁷⁸ La notion même de séparation des pouvoirs n'apparaît pas dans les Chartes constitutionnelles du 4 juin 1814 et 14 août 1830. Néanmoins, en précisant les modalités du processus législatif (articles 15 à 18), la Charte de 1814, imitée en cela par celle de 1830, prévient la confusion des pouvoirs du régime précédent et réalise cette séparation. Le roi exerce, certes, une part de la puissance législative mais le vote de la loi revient aux deux Chambres, des pairs et des députés. La Constitution de la IIe République du 4 novembre 1848 est, à l'inverse, plus explicite, puisque le principe est consacré à l'article 19 (« La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre ») et est réalisé dans les chapitres IV et V, lesquels organisent les pouvoirs respectifs du législateur et de l'exécutif.

³⁷⁹ Le principe figure à l'article 68 de la Charte du 4 juin 1814 ; à l'article 59 de la Charte du 14 août 1830 ; et à l'article 112 de la Constitution de la IIe République du 4 novembre 1848.

³⁸⁰ BERNARDINIS, Christophe (de), « Le retour en force du "juge" et l'avènement du nouvel équilibre des pouvoirs préservant les droits et libertés », *Revue générale du droit online*, 2021, n°55122 [en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2021/01/07/le-retour-en-force-du-juge-et-l-avenement-du-nouvel-equilibre-de-s-pouvoirs-preservant-les-droits-et-libertes/]. Consulté le 28 octobre 2025].

des décrets impériaux (§1) qu'une contestation, parfois en cours de règne, des ordonnances royales (§2).

§1. – Les décrets impériaux

Il s'agit d'une contestation aux origines simples. Sous le Premier Empire, Napoléon Ier a rendu, seul, plusieurs décrets dont l'objet et le contenu empiétaient sur le champ de compétences dévolues au législateur – notamment en créant des pénalités, domaine pourtant réservé à la loi. Mais le Sénat, inféodé, n'a pas relevé d'élément d'inconstitutionnalité, permettant aux décrets litigieux de s'appliquer : et pour cause, la Constitution de l'an VIII prévoit en son article 28 que le Tribunal doit lui déférer les actes soupçonnés d'inconstitutionnalité³⁸¹. Or, en ce début de décennie 1810, période à laquelle correspond l'édiction de nombreux décrets empiétant sur les prérogatives du législateur, le Tribunal n'existe plus. Les institutions napoléoniennes ne permettent pas en pratique de remettre en question ces actes réglementaires. Et l'ordre judiciaire veille à ne pas modifier cet état des choses : Jean-Louis Mestre note ainsi que la position du Tribunal de cassation conforte l'usage, par Napoléon Ier, de ces décrets illicites³⁸².

L'arrivée au trône des Bourbons change l'avenir de ces décrets, jusqu'alors appliqués, et autorise les justiciables lésés à se prévaloir de leur inconstitutionnalité devant les juges judiciaires. À cet égard, deux écoles émergent : la Cour de cassation pose le principe de la réception des décrets impériaux, bien qu'avec certaines exceptions (A) ; mais cette entreprise est malmenée par les juges du fond, qui manifestent leur indépendance en refusant de faire application de ces décrets (B).

³⁸¹ Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), titre III « Du pouvoir législatif », article 28 : « Le Tribunal discute les projets de loi ; il en vote l'adoption ou le rejet. – Il envoie trois orateurs pris dans son sein, par lesquels les motifs du vœu qu'il a exprimé sur chacun de ces projets sont exposés et défendus devant le Corps législatif. – Il défère au Sénat, pour cause d'inconstitutionnalité seulement, les listes d'éligibles, les actes du Corps législatif et ceux du gouvernement. ».

³⁸² En effet, selon Jean-Louis Mestre, « dès 1792, nous l'avons vu, le Tribunal de cassation a interdit aux juges d'annuler un acte administratif pour inconstitutionnalité. Il leur a dénié, dix ans plus tard, le droit de refuser l'application d'une mesure réglementaire au motif qu'elle serait contraire à la Constitution en vigueur. Il censura une décision du Tribunal d'appel de Rennes qui avait refusé d'appliquer un arrêté consulaire ayant établi une contribution. Le Tribunal de cassation reprocha à la juridiction rennaise d'avoir commis « un excès évident de pouvoir », en invoquant à la fois l'interdiction faite aux juges de connaître des actes d'administration par le « décret » du 16 fructidor an III et les articles de la Constitution de l'an VIII conférant au Sénat le pouvoir d'annuler les actes inconstitutionnels. Cette jurisprudence a eu pour effet de faciliter l'usage abusif, par Napoléon Ier, de son pouvoir réglementaire. » (MESTRE, Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », dans *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice...*, *op. cit.*, p. 38).

A. – Une réception mitigée venue d'en haut

L'ordre judiciaire doit répondre à une question, en apparence simple : un décret, pris dans le domaine de la loi et appliqué de manière constante depuis son entrée en vigueur, doit-il être considéré comme nul ? Subsidiairement, au nom de la séparation des pouvoirs, les tribunaux ont-ils le pouvoir d'écarter un tel décret, en le considérant comme abrogé ?

Ces questions naissent en 1819 devant la chambre criminelle³⁸³ : la formation refuse de se livrer à un tel contrôle ; ce qu'elle a l'opportunité de confirmer l'année suivante³⁸⁴. Mais ces premiers refus n'empêchent pas les débats de se prolonger au-delà des règnes de Louis XVIII et Charles X, amenant notamment André Dupin à se saisir de la question, une première fois, en 1827, dans un ouvrage à destination des étudiants et praticiens du droit. Pour lui, en l'absence d'autorité instituée pour s'assurer du respect et de la cohérence de l'ordonnement juridique, le juge judiciaire doit s'emparer de cette prérogative en raison, notamment, du commandement porté par l'article 4 du Code civil³⁸⁵. Si André Dupin écrivain n'a pas l'occasion de s'exprimer plus clairement sur le contrôle de constitutionnalité de la loi, André Dupin procureur général le fait à propos des décrets impériaux.

Sa vision était annoncée, dès août 1830, dans l'allocution qu'il prononce à l'occasion de son installation à la Cour de cassation. Après avoir rappelé la devise de la Cour (« La loi »³⁸⁶) et tiré conséquence de cette nécessaire inféodation (« le règne de la loi est donc en quelque sorte le sien »), André Dupin ajoute :

« Mais lorsque nous parlons de *la loi*, gardons-nous d'en appliquer le titre révérend à des dispositions qui n'en auraient pas le sacré caractère. N'appelons point ainsi certains actes des gouvernements antérieurs que l'on voudrait importer furtivement dans celui-ci, et qui seraient en désaccord avec notre loi fondamentale ; que cette loi domine constamment toutes les branches secondaires de la législation. Ne décorons pas du nom de loi des règlements surannés que la hardiesse ministérielle s'efforcerait de remettre en vigueur par

³⁸³ Cour cass., crim., 27 mai 1819, *Lecabec et Letenaff*, S. 1819. I. 347.

V. MESTRE, Jean-Louis, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République...*, *op. cit.*, p. 41 et suiv.

³⁸⁴ Cour cass., crim., 3 février 1820, *La direction des contributions indirectes c/ Potelle*, S. 1820. I. 185.

V. BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.*, p. 210 et suiv.

³⁸⁵ DUPIN, André, *Notions élémentaires sur la justice, le droit et les lois*, Paris, Baudouin frères, 1827, p. 181 et suiv.

³⁸⁶ La formule figure au fronton de la façade de la Cour de cassation.

des ordonnances qui seront toujours impuissantes pour rendre la vie à des lois abrogées. N'acceptons pas comme lois, ni comme pouvant jamais prévaloir sur elles, des ordonnances *interprétatives* qui seraient une usurpation sur le pouvoir législatif. Souvenons-nous que les ordonnances ne peuvent intervenir que pour la stricte exécution des lois dont elles empruntent toute leur autorité. Et nous-même, tenons-nous sévèrement à la loi écrite, et n'anticipons point sur le domaine du législateur. En cela, notre mission est moins élevée ; mais elle n'est pas moins utile ; elle est surtout plus rassurante pour celui qui l'exerce »³⁸⁷.

En s'exprimant ainsi, le procureur tient une ligne fort éloignée de celle de la Cour de cassation depuis 1819, elle qui dénie aux tribunaux le droit de contrôler la légalité des décrets impériaux et leur fait obligation de les appliquer, quand bien même ils violeraient les formes constitutionnelles et contreviendraient à la loi³⁸⁸. De fait, depuis 1819, la Cour de cassation développe une réponse de principe :

« les actes de l'ancien gouvernement promulgués et exécutés comme lois sans opposition de la puissance législative et dont les dispositions ne sont pas contraires au texte de la Charte constitutionnelle doivent conserver, jusqu'à ce qu'ils aient été révoqués, la plénitude de leur exécution »³⁸⁹.

C'est dans l'exécution répétée et prolongée que la Cour puise la nécessaire application de ces décrets et casse, dans des formules similaires, les jugements et arrêts contraires³⁹⁰. Elle en tire la conséquence que leur abrogation soudaine mettrait à mal la stabilité de l'État et du droit. Mais la Cour de cassation elle-même ne semble pas parfaitement satisfaite de ce raisonnement, qu'elle remplace, dans d'autres décisions, par une motivation relevant de la seule force de sa jurisprudence. Dans un arrêt rendu en 1829, la Cour énonce :

³⁸⁷ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. I, 1815-1851, « Procès-verbal d'installation de M. Dupin Ainé, du 23 août 1830 », p. 8-11.

³⁸⁸ Grégoire Bigot résume ainsi la position de la Cour : « La Cour de cassation, suivant sa logique, ne va admettre l'abrogation des décrets que dans le cas où ceux-ci n'ont pas été exécutés comme une loi ou n'ont pas été insérés au *Bulletin des lois*. En 1827, la chambre civile de la Cour juge qu'un décret ayant une simple valeur réglementaire peut se trouver abrogé de facto par une ordonnance royale qui le contredit [Cour cass., civ., 13 février 1827, *L'administration des douanes c/ Caradec*, S. 1827. I. 417]. Mais il n'existe pas à notre connaissance d'exemple où, sous la Restauration, la Cour ait autorisé l'abrogation de décrets législatifs, malgré les sollicitations fréquentes des cours royales. Qu'ils soient contraires à une loi [Cour cass., req., 18 janvier 1821, *Trapet c/ Verny*, S. 1822. I. 57], qu'ils soient contraires à l'un des Codes [Cour cass., crim., 3 octobre 1822, *Berton et consorts*, S. 1822. I. 394], qu'ils créent des infractions et des peines non prévues par la loi [Cour cass., crim., 12 décembre 1823, *Anquetil*, S. 1824. I. 184], peu importe ; la Cour suprême imprime à ces décrets éminemment inconstitutionnels une force obligatoire » (BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, op. cit., p. 183).

³⁸⁹ Cour cass., crim., 27 mai 1819, *Lecabec et Letenaff*, S. 1819. I. 347.

³⁹⁰ À titre d'exemple, la Cour retient, dans un arrêt rendu en 1822, que « les décrets du chef de l'ancien gouvernement, qui ont toujours été exécutés comme lois, doivent en conserver la force jusqu'à ce qu'ils aient été légalement abrogés ou modifiés » (Cour cass., crim., 3 octobre 1822, *Berton et consorts*, S. 1822. I. 394).

« [qu'il] est de principe consacré par une jurisprudence constante, que les décrets rendus sous le régime impérial ont force de loi quand ils n'ont pas été dénoncés dans les délais et dans les formes voulues par la constitution d'alors »³⁹¹.

Le choix de formulation permet certes de confirmer l'exécution des décrets impériaux, chahutée par les juridictions du fond, mais également de montrer que le raisonnement tiré de l'exécution répétée et prolongée des décrets n'est en soi pas suffisant : devant les prétoires, la vigueur des décrets semble ne dépendre que de l'autorité que la Cour consent à leur conférer.

Dans ces circonstances, la réponse apportée par la Cour ne peut qu'évoluer, notamment dès lors que cette position de principe n'emporte pas l'adhésion de certains magistrats la composant. À l'image donc de son procureur général, André Dupin, qui s'oppose à l'application sans nuance de ces décrets. À l'occasion d'une affaire de chasse portée en 1831 devant la Cour³⁹², il développe une distinction tendant à n'accepter l'application que d'une partie des décrets impériaux. Dans cette espèce, un homme est poursuivi pour n'avoir pas satisfait à l'obligation de port d'armes portée par un décret du 4 mai 1812. Le prévenu est relaxé, le Tribunal correctionnel d'Argentan considérant le décret, instituant cette obligation, comme inconstitutionnel. Un pourvoi est formé par le ministère public, à la demande du ministre de la justice agissant dans l'intérêt de la loi. Dans une lettre datée du 16 mars 1831³⁹³, le garde des sceaux retient un double fondement pour confirmer définitivement l'impérativité du décret : tant la régularisation rétroactive du décret par la loi de finances 1816, qui fixe le prix du port d'armes de chasse rendu obligatoire par le décret de 1812, que l'exécution ininterrompue de celui-ci depuis l'Empire. Ce second fondement est également employé, dans d'autres affaires, pour soutenir l'exécution de décrets impériaux. Mais André Dupin ne s'arrête ni à ces considérations, ni à l'injonction du ministre pour rendre des conclusions éloignées de la politique traditionnelle de la Cour. Appelant à confirmer la relaxe du prévenu, le procureur balaie les premières considérations :

³⁹¹ Cour cass., req., 25 mai 1829, *Gazette des tribunaux*, 25-26 mai 1829, t. IV, n°1184.

³⁹² Cour cass., crim., 8 avril 1831, *Connard*, S. 1831. I. 175.

³⁹³ Dans cette lettre, le ministre affirme notamment que « ce décret, dont la légalité aurait effectivement pu être contestée dans l'origine, a acquis force de loi depuis très longtemps. En effet, l'article 77 de la loi du 28 avril 1816, en fixant à 15 francs par an le prix du port d'armes de chasse, et toutes les lois de finances postérieures, en autorisant cette perception, ont implicitement confirmé le décret du 11 juillet 1810 et celui du 4 mai 1812, qui n'en est que la sanction. [...] D'ailleurs, il est de principe que tous les décrets qui ont été exécutés comme lois, sous le gouvernement impérial, sans opposition des pouvoirs qui avaient droit de les attaquer comme inconstitutionnels, doivent conserver la même force d'exécution, à moins qu'ils ne soient contraires à la Charte constitutionnelle. La nécessité et l'intérêt social ont fait consacrer ce principe, sans lequel la sûreté publique et individuelle serait, dans une foule de cas, impunément compromise, jusqu'à ce qu'il y eût été pourvu par des dispositions nouvelles. Ce point a été consacré par la jurisprudence constante de la Cour de cassation [...] La Chambre des députés appelée, en 1819, à se prononcer sur la force obligatoire d'un décret inconstitutionnellement rendu le 23 décembre 1810, adopta la même doctrine » (Lettre reproduite dans DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée, prononcés par M. Dupin, procureur général à la Cour de cassation, avec le texte des arrêts depuis le mois d'août 1830 jusqu'à ce jour*, Paris, Joubert, 1836-1852, t. II, p. 148).

« On dit qu'il a été longtemps observé comme loi : mais s'il y a abus, peut-on invoquer la longueur du temps ? Non, évidemment. La durée de l'abus n'y fait rien, surtout en matière pénale »³⁹⁴.

Ce préambule lui permet ensuite d'évacuer l'argument relatif à l'absence de contestation de constitutionnalité dudit décret : selon lui, cette possibilité avait, à l'époque, disparu – le Tribunat ayant été supprimé – ; partant, un décret inconstitutionnel n'aurait pu « être jugé et déclaré tel à une époque où la constitution était dégénérée, où les formes constitutionnelles étaient détruites ». Les difficultés relatives à la forme ayant été écartées, il reste au procureur à trancher sur le fond :

« Je ne dirai pas que l'article 68 de la charte de 1814, et l'article 59, de la charte de 1830, en ne déclarant maintenus que le Code civil et les lois, ont abrogé tous les décrets. Ce serait exagérer, et l'on sacrifierait ainsi une partie indispensable de la législation, il faut distinguer : les décrets organiques d'une partie du service public, sans lesquels une branche quelconque de l'administration se trouverait subitement désorganisée ont été maintenus par la force des choses. C'est la nécessité des faits qui commande ; car il faut choisir entre rien et ces décrets ; entre une désorganisation complète et les règles qu'ils posent. Mais les décrets qui créent des juridictions ; ceux qui portent des peines d'argent ou de prison ; qui ne règlent pas un service de l'administration, mais qui affectent les citoyens dans leur fortune, dans leur liberté, dans leur existence, et qu'on voudrait faire appliquer par les tribunaux ; ces décrets ne peuvent, sous aucun prétexte, obtenir force de loi. [...] L'autorité judiciaire doit faire, en présence de ce décret, comme pour les arrêtés dans lesquels l'autorité municipale a excédé ses pouvoirs : on ne les annule pas, mais on n'y a point égard »³⁹⁵.

Cette solution « originale » et pourtant « réaliste »³⁹⁶ permet d'éviter une abrogation générale des décrets impériaux, matériellement impossible et juridiquement non souhaitable.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 150.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 151.

³⁹⁶ BRAMI, Frank Joseph, *Dupin aîné...*, *op. cit.*, p. 281.

Mais André Dupin est désavoué. La chambre criminelle ne suit pas ses conclusions, préférant persister dans une jurisprudence plus conservatrice³⁹⁷.

Une nuance est cependant apportée, dès 1832, par la haute juridiction en matière criminelle, alors qu'il s'agit de préserver sa compétence juridictionnelle. Dans l'affaire *Geoffroy*, dont le pourvoi est mené par l'avocat Odilon Barrot³⁹⁸, elle refuse de prêter son concours à une ordonnance du 6 juin 1832 relative à l'état de siège, qui tentait de réactiver un décret impérial du 24 décembre 1811, dont l'article 103 autorise le défèrement de civils devant des conseils de guerre. En cette année 1832, en raison de troubles venus des rangs légitimistes et républicains, la capitale est déclarée en état de siège et, conformément au décret sus-énoncé, un dessinateur est condamné à mort pour avoir participé à ces agitations³⁹⁹. La Cour est alors amenée à résoudre la difficulté suivante : la capitale peut-elle être déclarée en état de siège par simple acte réglementaire ? Subsidiairement, doit-elle faire application des peines portées par cet acte réglementaire ? L'exercice se révèle d'autant plus périlleux qu'une solution trop politique risque de heurter le gouvernement⁴⁰⁰. Dans sa réponse, la Cour veille à ne pas se prononcer sur l'opportunité de déclarer l'état de siège, en décidant que si « la Charte ni aucune loi postérieure ne se sont occupées des lois et décrets qui régissent l'état de siège », alors « ces lois et décrets [antérieurs] doivent donc être exécutés dans toutes les dispositions qui ne sont pas contraires au texte formel de la Charte ». Néanmoins, la Cour déclare l'article 103 dudit

³⁹⁷ Celle-ci énonce notamment, dans une formule proche de celle du garde des sceaux, que « certains décrets du gouvernement impérial statuant sur diverses matières d'ordre public, et renfermant des dispositions qui, d'après leur nature, auraient dû être réglées par des lois, ont cependant été promulgués et reçus comme lois ; [...] le décret du 4 mai 1812, sur le port d'armes de chasse, a été exécuté comme loi antérieurement à la charte de 1814 et à celle du 14 août 1830 ; [...] les dispositions renfermées dans ce décret ne sont point contraires au texte de la charte de 1830, et ne sont incompatibles avec l'esprit d'aucune de ses dispositions ; attendu, dès lors, que le décret du 4 mai 1812 se trouve compris, jusqu'à son abrogation, parmi les actes ayant force de lois, que l'article 59 de la charte maintient en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé » (Cour cass., crim., 22 avril 1831, *Connard*, S. 1831. I. 175). Cette position est confirmée trois ans plus tard (Cour cass., crim., 13 juin 1834, *Dechampême*, S. 1834. I. 576).

³⁹⁸ Odilon Barrot (1791-1873) prête, jeune, serment comme avocat devant la cour de Paris. Hostile à la Restauration, il porte les pourvois de ses victimes. Après les journées révolutionnaires de juillet 1830, il est chargé de veiller sur le roi déchu, Charles X, et à son bon embarquement pour l'Angleterre. Peu soucieux de plaire au nouveau régime, il perd à plusieurs reprises les faveurs que celui-ci lui octroie. Il figure parmi les principaux organisateurs des banquets de 1848, ce qui le conduit à jouer un rôle de premier plan dans le nouveau régime. Élu à l'Assemblée constituante en avril 1848, il est chargé par le président de la République, Louis-Napoléon Bonaparte, de former le premier ministère de la justice la nouvelle République (décembre 1848) ; il est cependant relevé de ses fonctions en octobre 1849. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Jacques Clère, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., p. 40-42.

³⁹⁹ Cour cass., crim., 29 juin 1832, *Geoffroy*, S. 1832. I. 401.

⁴⁰⁰ Comme le souligne l'avocat général, Jean-Baptiste Voisin de Gartempe, dans ses conclusions retranscrites sous l'arrêt : « si l'état de siège devait prendre fin au gré des tribunaux, ce serait la plus déplorable confusion, l'anarchie entre les pouvoirs substituée à l'anarchie dans les rues. La Cour de cassation ne donnera pas cet affligeant spectacle : essentiellement juge du droit et conservatrice de la loi, elle ne sortira pas de ses hautes, de ses nobles attributions, pour se constituer juge d'un fait politique qu'il n'appartient à aucun tribunal, pas même au plus élevé de tous, de connaître et d'apprécier. Elle ne commettra pas une usurpation qu'elle appellerait une forfaiture dans un tribunal inférieur, et qui n'a pas d'autre dénomination dans nos lois. Ainsi, l'état de siège déclaré par le gouvernement est un fait que les tribunaux sont tenus d'accepter » (*ibid.*).

décret « inconciliable avec le texte comme avec l'esprit des articles précités de la Charte », rendant inefficace l'ordonnance⁴⁰¹. Cette solution sauve en droit la séparation des pouvoirs et le domaine de la loi, sans attaquer directement l'ordonnance royale et heurter en fait le pouvoir exécutif. Elle oblige, par ailleurs, le gouvernement à retirer son ordonnance, permettant à la Cour de cassation de « s'impose[r] comme contre-pouvoir libéral »⁴⁰².

Une décision similaire est rendue, à l'instigation du même André Dupin, toujours procureur général en 1847, dans l'affaire dite *Marin*⁴⁰³. Le 9 mai 1847, la chambre criminelle accueille le pourvoi d'un lieutenant, qui, pour avoir mis bas les armes en Algérie, est condamné à mort, par un conseil de guerre extraordinaire d'Oran, au nom du décret impérial du 1^{er} mai 1812. Ici, André Dupin estime que l'inconstitutionnalité découle de la déclaration de déchéance de l'empereur, prononcée par le Sénat en 1814, qui vise directement, comme causes de déchéance, les décrets pris par l'empereur en méconnaissance de la séparation des pouvoirs et des actes constitutionnels⁴⁰⁴. Si la Cour admet l'abrogation du décret, elle le fait toutefois au regard de sa contrariété avec quatre articles de la Charte de 1830 : une violation de l'article 4⁴⁰⁵, en créant une peine en dehors des prévisions de la loi ; des articles 53 et 54⁴⁰⁶, en renvoyant des citoyens devant des tribunaux d'exception et non leurs juges naturels ; et de l'article 55⁴⁰⁷, en privant de publicité une affaire en matière criminelle. Au-delà des motivations en droit, l'urgence de cette solution tient à la peine encourue par le prévenu – la mort –, dont la sévérité ne semble pas, ou plus, adaptée à la société de l'année 1847. Au demeurant, cette solution ne tranche pas définitivement le sort des décrets impériaux.

Ces décisions soulignent les oscillations de la Cour de cassation, entre souci de respecter la séparation des pouvoirs et refus d'appliquer des peines graves édictées par de simples décrets.

⁴⁰¹ Cour cass., crim., 29 juin 1832, *Geoffroy*, S. 1832. I. 401. Le même raisonnement est tenu, quelques jours plus tard, au sujet d'une ordonnance cherchant à réactiver l'état de siège en Vendée (Cour cass., crim., 7 juillet 1832, *Poiron*, S. 1833. I. 125).

⁴⁰² BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, op. cit., p. 216.

⁴⁰³ Cour cass., crim., 21 mai 1847, *Marin*, S. 1847. I. 465.

V. DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, op. cit., t. VIII, p. 244-265.

⁴⁰⁴ L'acte du 3 avril 1814 décrète notamment que « dans une monarchie constitutionnelle, le monarque n'existe qu'en vertu de la constitution ou du pacte social ; [...] qu'il a inconstitutionnellement rendu plusieurs décrets portant peine de mort, nommément les deux décrets du 5 mars dernier, tendant à faire considérer comme nationale une guerre qui n'avait lieu que dans l'intérêt de son ambition démesurée ; qu'il a violé les lois constitutionnelles, par ses décrets sur les prisons d'État ; qu'il a anéanti la responsabilité des ministres, confondu tous les pouvoirs, et détruit l'indépendance des corps judiciaires. »

⁴⁰⁵ Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « Droit public des Français », article 4 : « Leur liberté individuelle est également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. »

⁴⁰⁶ Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « De l'Ordre judiciaire », article 53 : « Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels. » ; article 54 : « Il ne pourra en conséquence être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce puisse être. »

⁴⁰⁷ Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « De l'Ordre judiciaire », article 55 : « Les débats seront publics en matière criminelle, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre et les mœurs ; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement. »

Cette situation l'oblige alors, parfois, à adopter une voie médiane, en parvenant à priver d'effet des dispositions qui lui paraissent intenables, sans pour autant conclure à l'abrogation du décret litigieux. À l'inverse, la Cour de cassation tergiverse moins lorsqu'il s'agit d'examiner et, le cas échéant, écarter, un décret pris par la « régente » Marie-Louise, au motif que ce décret « excédait évidemment les bornes du pouvoir exécutif »⁴⁰⁸. Aussi, au-delà de la position de principe – l'exécution des décrets –, existe-t-il donc des îlots de renoncement de la Cour de cassation. Cette variabilité est probablement le fait des juridictions du fond, qui réitèrent inlassablement leur opposition à la politique de la Cour de cassation. À cet égard, ce sont les juridictions du premier degré qui sont les plus rétives à son autorité. Elles ne manquent pas de refuser d'appliquer sa jurisprudence dans des matières déjà éprouvées et soldées par la Cour de cassation.

B. – Un rejet diffus venu d'en bas

Les juridictions du fond ne forment pas un bloc uni : plusieurs d'entre elles adoptent les principes directeurs établis par la Cour de cassation⁴⁰⁹. Néanmoins nombreuses sont celles, tant du premier degré que du second établies dans l'ensemble du territoire, qui rejettent le principe d'une application sans discussion des décrets impériaux. La question de la chasse sans permis de port d'armes en offre une belle illustration : le décret du 4 mai 1812 est discuté devant les juridictions, parce qu'en prononçant une amende et la confiscation de l'arme de celui qui chasserait sans s'être muni d'un permis de port d'armes, il institue une sanction pénale, au mépris du domaine exclusif de la loi. Dès 1828, la fronde est manifestée par le Tribunal correctionnel de Mâcon. Pour refuser l'application du décret, le tribunal s'exprime sans nuance :

« ce décret [...] est évidemment illégal et inconstitutionnel ».

⁴⁰⁸ Cour cass., réunies, 13 mars 1832, *Syndic Gentil c/ Pierre*, S. 1832. I. 293.

⁴⁰⁹ Il en est ainsi de la Cour de Rennes, qui, en 1828, reprend à son compte les formules de la Cour de cassation (« les actes du gouvernement qui ont précédé la restauration du trône et qui ont été exécutés comme lois, sans opposition des pouvoirs qui avaient le droit de juger, s'ils renfermaient une usurpation de l'autorité législative, doivent conserver le même caractère et la même force d'exécution jusqu'à ce qu'ils aient été légalement révoqués ou modifiés ») pour conclure à la non-abrogation d'un décret de 1812 relatif aux délits de chasse sans permis de port d'armes (CR Rennes, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 15 mai 1828, t. III, n°865). En 1834, la Cour de Pau vise, quant à elle, « les principes établis par la jurisprudence de la Cour de cassation », pour décider qu'un décret de 1811, relatif à la naturalisation en pays étranger, « subsiste donc encore dans toute sa force » (CR Pau, 19 mars 1834, *Caravaca c/ Caminondo*, S. 1834. II. 441). En 1841, la Cour de Toulouse formule, à l'égard de ce même décret, un raisonnement similaire (CR Toulouse, 18 juin 1841, *Le procureur général de Toulouse c/ Souquet*, S. 1841. II. 417).

Le tribunal écarte par ailleurs l'argument tendant à puiser dans l'application continue du décret la source de sa légalité et considère, en toute hypothèse, que la Charte ayant « implicitement abrogé les lois et décrets qui lui étaient contraires », le décret, qui « se trouve dans ce cas », ne doit pas être appliqué. Le tribunal correctionnel conclut même sa péroraison en ajoutant deux remarques étonnantes. La première tient à assumer le droit d'examen des actes pris antérieurement à la Charte et, partant, le droit d'écarter ceux qui lui seraient contraires, en invoquant un droit à « en apprécier la légalité ». La seconde tient au choix du tribunal, pour conforter sa solution, de s'en référer à des décisions jurisprudentielles antérieures en énonçant que « plusieurs arrêts l'ont ainsi décidé » ; or, loin de s'en référer à la jurisprudence – par ailleurs opposée – de la Cour de cassation, il évoque un arrêt de la Cour de Paris⁴¹⁰.

En 1830, le Tribunal correctionnel de Gien aboutit au même résultat à l'endroit du même décret de 1812, en tenant un langage similaire : la peine décrétée « est illégale, inconstitutionnelle et sans force », parce que « nul ne peut être condamné à une peine qui n'est pas prononcée par une loi promulguée antérieurement ». Le tribunal écarte par ailleurs l'argument selon lequel la peine décrétée aurait été régularisée par la loi de finances du 21 décembre 1814, relative au budget de 1815 et approuvant la perception du droit de port d'armes : au motif que « cette simple énonciation au budget n'a pas été l'objet d'une proposition par le roi, d'une discussion dans les Chambres, qu'elle y a été introduite furtivement en quelque sorte, et qu'elle a été, on peut dire, inaperçue ; que vouloir faire considérer cette simple énonciation dans la loi de 1815, comme loi elle-même, serait une véritable surprise »⁴¹¹. Les conditions entourant les discussions et le vote de la loi sont autant de justifications pour conforter le refus de principe d'application du décret, par ailleurs fondé sur l'empiètement du pouvoir exécutif sur le domaine exclusif de la loi.

Les exemples peuvent être multipliés, nombreuses sont les juridictions à refuser l'application des décrets⁴¹². Cette attitude est encore favorisée par le fait que les juges du siège ne sont pas les seuls à manifester une opposition à l'application sans contredit des décrets napoléoniens. Certains parquetiers des juridictions de première instance dénoncent ces décrets. Ils ne peuvent néanmoins que se résoudre à constater leur impuissance : faute d'intervention du

⁴¹⁰ Trib. corr. Mâcon, 18 mars 1828, *Gazette des tribunaux*, 10 avril 1828, t. III, n°835.

⁴¹¹ Trib. corr. Gien, 28 septembre 1830, *Gazette des tribunaux*, 4-5 octobre 1830, t. V, n°1601.

⁴¹² Conf. : CR Bordeaux, 22 mars 1832, *Ministère public c/ Langlet*, S. 1832. II. 483 ; Trib. civ. Tarascon, 1^{er} février 1833, *Les Israélites de Tarascon*, S. 1833. II. 174.

législateur, ils reconnaissent eux-mêmes l'impossibilité pour les juridictions judiciaires de pallier cette carence, en vertu du respect de la séparation des pouvoirs⁴¹³.

Il faut néanmoins relever une tentative de remise en ordre : la conscience des difficultés posées par la persistance de ces décrets a permis d'imaginer la réunion d'une commission chargée d'en effectuer le tri. Cette commission de révision des lois, dite commission Pastoret, du nom de son président⁴¹⁴, est créée par ordonnance du 30 août 1824 et doit présenter, à l'issue d'un examen de tous les décrets impériaux, les règles qui doivent être maintenues, à charge pour le législateur de les transposer ensuite dans des lois. Les travaux sont essentiellement menés entre 1824 et 1830 ; plusieurs rapports sont transmis au garde des sceaux – en 1825, 1831 et 1833. Malheureusement, et bien que certaines abrogations soient préconisées⁴¹⁵, rien n'advient de cette commission, dont la disparition implicite n'est suivie d'aucune entreprise législative⁴¹⁶. En 1831, le rédacteur de la *Gazette des tribunaux* regrette encore cette inertie en encourageant les juridictions à « persist[er] dans leur salubre jurisprudence, [et elles] comprendront combien il est utile de proclamer sans cesse les vrais principes, afin de faire sentir au gouvernement l'urgence d'une réforme qui mette enfin nos lois en harmonie avec notre constitution »⁴¹⁷.

Le silence du législateur conduit certaines juridictions à demeurer dans l'insoumission. D'autres, cependant, si elles reconnaissent des carences et contradictions, acceptent leur impuissance. Il en est ainsi de la Cour d'Angers, en 1831, dans une affaire de détention d'armes

⁴¹³ Devant le Tribunal correctionnel de Segré, le procureur du roi prononce le réquisitoire suivant : « Quant à l'exécution des décrets, nous devons le dire, Messieurs, parce que telle est notre opinion : leur application comme loi nous paraît une contradiction formelle avec le système constitutionnel qui nous régit : émanés de la volonté d'un seul, les décrets ne subissaient aucune discussion législative qui pût en faire connaître les inconvénients ou les avantages, ils n'étaient pas des lois, mais des actes arbitraires imposés par le despotisme. Mais à qui peuvent appartenir le droit et le pouvoir de réformer une disposition de loi, quelque'inconstitutionnelle qu'elle nous apparaisse ? Tout décret émané de l'ancien chef du gouvernement, (portent plusieurs arrêtés et sénatus-consultes), qui statue sur un objet d'intérêt général, a force de loi, dès lors qu'il n'est pas attaqué pour inconstitutionnalité dans les dix jours de sa publication. Reconnaissons avec la Cour suprême qu'il n'appartient pas aux tribunaux de décider l'illégalité des décrets impériaux et de refuser d'en prononcer l'application : reconnaissons que le droit de de réforme, de révision est inhérent au pouvoir législatif, et que les magistrats ne peuvent que réclamer son intervention » (Trib. corr. Segré, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 19 mars 1831, t. VI, n°1744).

⁴¹⁴ Claude-Emmanuel-Joseph-Pierre, marquis de Pastoret (1755-1840), est conseiller à la cour des aides de Paris dès 1781. Favorable à la Révolution, il refuse néanmoins le ministère de la justice et siège dès 1791 comme député à l'Assemblée, dont il devient président. Exilé un temps, il revient à Paris sous le Consulat et obtient de Napoléon Ier, en 1809, d'entrer au Sénat. Bien qu'il refuse de participer aux actes de déchéance de l'empereur, il est appelé, pour rédiger la Charte constitutionnelle, par Louis XVIII, qui le fait pair de France. Ministre d'État, membre du conseil privé, il devient chancelier en 1829. Destitué de toutes ses fonctions en 1830, il se fait précepteur des enfants du duc de Berry. Il a fait l'objet d'une notice dans ROBERT, Adolphe, BOURLOTON, Edgar, & COUGNY, Gaston (dir.), *Dictionnaire des parlementaires français : depuis le 1^{er} mai 1789 jusqu'au 1^{er} mai 1889*, Paris, Bourloton, 1889-1891, t. IV, p. 558-559.

⁴¹⁵ Elle propose notamment l'abrogation du décret du 5 février 1810 sur la librairie.

⁴¹⁶ Aux Archives nationales, sous la cote AN BB/30/77, il est possible d'accéder aux travaux de cette commission à l'existence éphémère et stérile.

⁴¹⁷ Cour cass., crim., 8 avril 1831, *Connard*, S. 1831. I. 175 ; *Gazette des tribunaux*, 20 avril 1831, t. VI, n°1773.

de guerre : la cour reconnaît que « sous le régime antérieur, un grand nombre de dispositions essentiellement législatives, sur diverses matières, ont été promulguées dans la forme de simples décrets, et ont reçu leur exécution comme lois de l'État, sans opposition de la part des pouvoirs auxquels ce droit d'opposition pouvait appartenir » mais « [qu']il n'appartient qu'aux pouvoirs législatifs actuels d'apporter des modifications à cet état des choses »⁴¹⁸. D'autres, enfin, se résignent à cet état des choses, moins au nom de la séparation des pouvoirs que par une inféodation à la Cour de cassation. Il en est ainsi du Tribunal d'Avallon, qui intervient, en 1830, dans une affaire de chasse sans permis de port d'armes. Le tribunal reconnaît bien que le décret litigieux n'ait pas été déclaré inconstitutionnel par le Sénat impérial, qui en avait le pouvoir, et a « été reconnu implicitement par plusieurs lois » postérieures. Néanmoins, ces arguments ont dû apparaître bien insuffisants au tribunal qui prend soin de conclure de la sorte son jugement :

« et enfin parce que de nombreux arrêts de la Cour régulatrice ont adopté ce décret, et qu'une jurisprudence constante lui a donné force de loi »⁴¹⁹.

La formulation permet de rappeler que sans le concours actif des juridictions judiciaires, et particulièrement de la Cour de cassation, les décrets impériaux pourraient rester lettre morte.

Cette jurisprudence foisonnante à l'égard des décrets du Premier Empire permet de livrer deux constats. D'une part, les juridictions du fond n'hésitent pas à refuser l'application de décrets, réactivés par le gouvernement des Bourbons lui-même : la volonté politique est alors insuffisante pour décourager des raisonnements juridiques. Cette insubordination est autant la preuve d'une volonté rebelle à l'égard du politique que la conséquence du manque d'autorité de la Cour de cassation avant la loi de 1837⁴²⁰. D'autre part, le renoncement aux décrets napoléoniens ne s'opère pas plus facilement du fait de la chute de l'Empire. Aux yeux de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, la disparition du régime qui les a vus naître est indifférente à leur maintien. À cet égard, la Cour de cassation semble peu soucieuse de marquer son indépendance dans cette matière, privilégiant à l'inverse deux attitudes. Elle apparaît, d'une part, plus sensible au respect de la séparation des pouvoirs : elle refuse d'usurper le rôle du législateur en déclarant abrogés de tels décrets et préfère pointer ses carences. Elle est, d'autre part, vigilante au maintien de l'ordre dans l'ordonnancement juridique, en reconnaissant que l'abrogation automatique de tels décrets engendrerait une incertitude et une insécurité juridiques. Au contraire, la Cour se révèle, paradoxalement, plus sévère à l'égard d'ordonnances royales et ce, sans toujours attendre que disparaisse le roi auteur de telles ordonnances.

⁴¹⁸ CR Angers, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 7 mai 1831, t. VI, n°1789.

⁴¹⁹ Trib. corr. Avallon, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 7 novembre 1830, t. VI, n°1630.

⁴²⁰ V. *infra*, §1. – L'ouvrage chahuté de la Cour de cassation.

§2. – Les ordonnances royales

À l'égard des ordonnances royales, la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation ne pouvait qu'évoluer : l'argument tiré de l'absence de contestation des décrets impériaux, par l'organe en charge du contrôle de constitutionnalité (le Sénat sous le Premier Empire), ne pouvait prospérer sous l'empire des deux chartes constitutionnelles à l'égard des ordonnances royales, alors qu'aucune des deux ne prévoit de contrôle de constitutionnalité. Une telle procédure devant exister pour répondre aux demandes des justiciables, l'action de l'ordre judiciaire doit alors se faire plus explicite dans ce contrôle dont il a déjà pris la mesure, par la voix des juridictions du fond. Néanmoins, jusqu'à la chute de la Monarchie des Bourbons en 1830, la Cour de cassation veille à ne pas se prononcer explicitement contre des ordonnances royales, bien que les juridictions du fond l'invitent régulièrement à les censurer. Aussi, dans la lignée de sa jurisprudence développée à l'égard des décrets impériaux, la Cour de cassation estime-t-elle, dès 1823, au sujet d'une ordonnance royale du 29 juin 1814, que « les tribunaux ne peuvent la soumettre à leur examen et doivent en maintenir l'exécution », au regard de sa qualité de règlement d'administration publique échappant à sa compétence⁴²¹.

En dépit de cette ligne directrice, certaines cours royales refusent d'appliquer ces ordonnances⁴²². Cette résistance oblige la Cour de cassation à développer une pratique nouvelle : placer les pourvois, par l'intermédiaire de son procureur général de l'époque, Grégoire Mourre⁴²³, en « délibéré indéfini »⁴²⁴. Cette pratique lui permet d'éviter de rendre un arrêt de cassation, dont elle craint qu'il ne soit désavoué par la juridiction de renvoi, mettant ainsi en lumière la résistance des juridictions du fond et la fragilité de son autorité. Mais cette parade, qui n'aurait pu en tout état de cause durer, ne fonctionne pas. La Cour de cassation doit amender sa jurisprudence face aux résistances de son procureur général André Dupin et des juridictions du fond, dont les thèses bénéficient, paradoxalement, de deux événements politiques : les dissolutions de la Chambre des députés, en 1827 (A), puis en 1830 (B).

⁴²¹ Cour cass., crim., 4 décembre 1823, *Hyacinthe c/ Tavera*, S. 1825. I. 48.

⁴²² V. MESTRE, Jean-Louis, « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851 », dans *Administration et droit...*, *op. cit.*, p. 125 et suiv.

⁴²³ Grégoire Mourre (1762-1832) poursuit des études de droit à la Faculté d'Aix-en-Provence, à l'issue desquelles il devient avocat. Il est brièvement ministre de la justice sous la Révolution. En 1800, il est fait procureur général près la Cour d'appel de Paris. En 1811, il est nommé à la présidence de la formation civile de la Cour de cassation. Pendant les Cent-Jours, il refuse de prêter serment à Napoléon Ier ; un acte qui lui permet d'être maintenu à la Cour sous la Restauration. Entre 1815 et 1830, il est procureur général près la Cour de cassation.

⁴²⁴ DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, *op. cit.*, t. II, p. 168.

A. – La dissolution de 1827

L'année 1827 marque un tournant dans la rébellion des juridictions judiciaires à l'égard du pouvoir exécutif ; une rébellion qui n'est en fait que la chambre d'écho d'un fait politique : la dissolution de la Chambre des députés, provoquée par le roi le 5 novembre 1827. Par cette décision, le roi espère ainsi maintenir, voire renforcer, l'autorité alors ébranlée de son président du Conseil des ministres, Joseph de Villèle⁴²⁵. Cette dissolution appelle des élections anticipées et, partant, la réalisation de nouvelles listes électorales. Or, les partis d'opposition au gouvernement dénoncent la mauvaise foi des préfets dans l'établissement de ces listes ; une contestation qui conduit à la naissance d'un contentieux nouveau. Cette atmosphère belliqueuse rejaillit sur les relations entre les préfets et l'autorité judiciaire, devant laquelle est contestée le calcul du cens électoral⁴²⁶. Les juges du fond épousent le plus souvent les revendications de l'opposition politique et se montrent de plus en plus hostiles à l'égard de l'exécutif et, par conséquent, des ordonnances royales, dont la légalité est contestée devant eux. Le gouvernement a beau faire évoluer la procédure électorale dès 1828, pour apaiser les tensions⁴²⁷ : le mal est fait et les tribunaux multiplient leur refus d'appliquer des actes réglementaires. Les appels et pourvois du ministère public n'y changent rien : les cours d'appel se font les relais de la résistance des juridictions du premier degré et les affaires parvenues devant la Cour de cassation sont vouées à l'agonie dans l'indifférence, grâce à la pratique des mises en délibéré indéfini.

La question de la détention d'armes offre encore une illustration de la difficulté du pouvoir exécutif à se faire entendre des juridictions judiciaires. Une ordonnance du 24 juillet 1816 enjoint aux détenteurs d'armes de guerre de les déposer à la mairie, sous peine d'une confiscation, d'une amende de 300 francs et d'un emprisonnement de trois mois au plus. Cette ordonnance est appliquée sans obstacle jusqu'en 1827. Mais en juin de cette année-là, le Tribunal de Melun décide que l'ordonnance n'est pas obligatoire dans sa sanction pénale⁴²⁸.

⁴²⁵ Joseph de Villèle (1773-1854), est nommé conseiller général de la Haute-Garonne, en 1807. Il conserve ses fonctions jusqu'à la Restauration. En 1814, il épouse vite la cause des Bourbons et élu à la Chambre dès les premières élections. Un temps élu de l'opposition, il prend la tête du ministère en 1822, qu'il ne quittera qu'en 1828. De nouveau dans l'opposition, il applaudit à la révolution de Juillet, bien qu'il perde son siège de ce député sous ce nouveau régime. Il a fait l'objet d'une notice dans *Dictionnaire des parlementaires français...*, *op. cit.*, t. V, p. 526-527.

⁴²⁶ Ce contentieux est relatif aux contributions sur lesquelles sont assises le cens, base du droit électoral. La question de leur possible délégation à un fils ou à un gendre amène les juridictions judiciaires à innover en cette matière.

V. *infra*, A. – Le contribuable fiscal.

⁴²⁷ BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.*, p. 175.

⁴²⁸ Trib. corr. Melun, 8 juin 1827, reproduit sous CR Paris, 4 décembre 1827, *Vacheron*, S. 1833. II. 599.

Dans les mois et années qui suivent, les tribunaux adoptent cette solution⁴²⁹, consistant à se contenter de prononcer la confiscation des armes de guerre, sans amende ni peine d'emprisonnement ; tel celui de Metz⁴³⁰. En appel, certaines cours rallient cette opinion. Sur l'appel dirigé contre le jugement du Tribunal de Melun, la Cour de Paris confirme, en tenant un langage lapidaire mais efficace :

« d'après l'article 15 de la charte, le roi, chef de l'État, ne peut rendre des ordonnances prononçant des dispositions pénales, qu'avec le concours du pouvoir législatif »⁴³¹.

Dans une autre matière, la Cour royale de Nancy procède, dès 1827, à un même rappel au respect des dispositions de la Charte. Dans l'affaire dite *des avoués de Saint-Mihiel*, la cour accepte d'examiner « la légalité constitutionnelle » de l'ordonnance royale du 27 février 1822, notamment relative à la faculté de plaider des avoués. L'ordonnance doit remplacer le système de législation porté par un décret du 2 juillet 1812, dont la régularité n'est pas ici examinée. En l'espèce, la cour estime que l'ordonnance ressort bien du cadre réglementaire et déboute les avoués de leur demande. Néanmoins, elle manifeste, par son langage et sa décision, un grand pouvoir de contrôle des actes de l'exécutif, en établissant que :

« depuis la promulgation de la Charte, il est de principe absolu que les ordonnances du roi, qui toutes sont rendues sous la responsabilité de ses ministres, ne peuvent pas annuler les lois ni déroger à leurs dispositions ; qu'elles doivent, au contraire, en assurer l'exécution dans les limites du pouvoir réglementaire ; considérant que les tribunaux institués par le roi pour rendre la justice selon les lois du royaume, sont spécialement chargés d'en faire

⁴²⁹ La réponse des juridictions du fond n'est pas uniforme, tant s'en faut. Un jugement émis par le Tribunal correctionnel de Reims témoigne d'une attitude divergente, puisque celui-ci conclut à la validité de l'ordonnance royale litigieuse, au motif que « évidemment le Roi a conservé tous les droits, tous les pouvoirs attachés à l'autorité souveraine, excepté les limites qui y ont été apportées par la Charte constitutionnelle que Louis XVIII a octroyée au peuple Français ; que, loin de trouver dans la Charte aucune disposition qui, dans semblable cas, interdise au souverain le droit de rendre de telles ordonnances, on voit que ce droit est expressément réservé par l'article 14 de cette charte ; qu'ici il est de la plus grande évidence que l'ordonnance du 24 juillet 1816 a non seulement été rendue pour l'exécution des lois qui régissaient cette matière, mais encore pour la sûreté de l'état ; que cette ordonnance était nécessaire pour l'une comme pour l'autre » (Trib. corr. Reims, 27 avril 1827, *Gazette des tribunaux*, 3 mai 1827, t. II, n°510).

⁴³⁰ Le jugement du tribunal est rédigé en ces termes : « le roi, dans sa haute sagesse, a, dans la charte constitutionnelle qu'il a donnée à ses peuples, par l'article 4, garanti la liberté individuelle, de manière à ce que personne ne pût être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit ; [...] par l'article 14 de ladite charte, Sa Majesté fixe elle-même quelles sont les bornes et les attributions auxquelles elle veut restreindre sa puissance royale ; qu'ainsi, il est constant que l'ordonnance du 24 juillet 1816, contresignée par le ministre de la guerre, par cela même qu'elle prescrit des peines d'emprisonnement et des amendes, peines qui ne peuvent être établies que par une loi, c'est-à-dire par le concours des trois pouvoirs, sort évidemment des attributions que le roi a fixées ; et que les appliquer, de la part des tribunaux, ce serait méconnaître et agir contre la volonté souveraine, solennellement exprimée dans le pacte fondamental des libertés publiques ; [...] les tribunaux ne font qu'user du pouvoir qui leur appartient en examinant la légalité des actes du gouvernement » (Trib. corr. Metz, 31 juillet 1829, reproduit sous CR Metz, 25 février 1829, *Lion-Cerf*, S. 1833. II. 599).

⁴³¹ CR Paris, 4 décembre 1827, *Vacheron*, S. 1833. II. 599.

l'application à tous les cas particuliers soumis à leur juridiction ; que cette application ne pourrait pas se faire, ou serait totalement illusoire, s'il était vrai qu'en présence des principes ci-dessus proclamés, et textuellement insérés dans l'article 14 de la Charte, ils dussent aveuglément appliquer comme lois, des ordonnances qui y seraient diamétralement contraires, ou qui auraient illégalement prononcé l'abrogation de quelque loi ; qu'une telle obligation imposée aux tribunaux, serait subversive de leur indépendance qui est la garantie des justiciables ; qu'il suffit enfin pour reconnaître l'erreur d'une telle doctrine de poser un exemple, et de se demander ce que les magistrats devraient faire, si, contrairement à l'article 4 du Code pénal, une ordonnance était rendue, sans le concours des trois pouvoirs, pour modifier les peines correctionnelles ou criminelles, ou pour en prononcer de nouvelles ».

La cour refuse par ailleurs de s'arrêter au principe de séparation des fonctions administratives et judiciaires, en considérant que l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des actes de l'administration cède face à la méconnaissance du pouvoir exécutif des prescriptions de la Charte et du domaine du législateur⁴³². Le rejet du pourvoi, dès le stade du filtrage opéré par la chambre des requêtes, sans censure des considérants de l'arrêt, confirme le rôle ambitionné par les juridictions du fond⁴³³.

À l'égard du pouvoir exécutif, ces décisions marquent un désaveu à l'importance particulière. Les juridictions ne se contentent plus, comme elles ont pu le faire dans les hypothèses relatives aux décrets impériaux, d'avancer en toute neutralité le principe de la séparation des pouvoirs mais rappellent directement l'exécutif à ses prérogatives constitutionnelles. Politiquement, ces décisions sont la manifestation la plus éclatante d'un détachement consommé des juges à l'égard de l'exécutif. Cela est rendu possible par une conscience nouvelle du juge : celle d'être le gardien de la séparation des pouvoirs, à défaut d'autre institution érigée dans ce but. Ce rôle nouveau est d'autant plus assumé que la loi des 16-24 août 1790 n'est nullement visée dans les décisions rendues : les juges prennent directement appui sur les dispositions de la Charte, dont ils semblent préempter la garde et garantir le respect.

⁴³² CR Nancy, 26 juillet 1827, *Les avoués de Saint-Mihiel c/ Le Ministère public*, S. 1829. I. 172.

⁴³³ Cour cass., req., 15 janvier 1829, *Les avoués de Saint-Mihiel c/ Le Ministère public*, S. 1829. I. 174.

Ces décisions ne sont pas isolées : nombreuses sont les juridictions du fond à refuser de faire application de l'ordonnance relative aux armes de guerre⁴³⁴. Le ministère public n'est pas sourd face à ce changement de ton de l'ordre judiciaire : n'étant pas assuré de faire gagner les vues gouvernementales – ou épousant peut-être la démarche de ses confrères du siège –, le parquet ne cherche pas même à obtenir la cassation de ces arrêts en les déférant à la Cour éponyme. Ce renoncement est peut-être lié à une forme de « passivité »⁴³⁵ de la Cour à l'égard des ordonnances royales – ce dont témoigne la pratique des mises en *délibéré indéfini*. La dissolution a engendré une situation inédite, confirmée par l'étude exhaustive de la *Gazette des tribunaux* sur cette période : le journal ne se fait le relais de contrôles de constitutionnalité d'ordonnances qu'après la date de dissolution, illustrant ainsi une libération des juges du fond à l'égard des actes réglementaires. Mais à l'aube de la décennie 1830, la question du traitement des ordonnances royales s'enlise et il faut attendre une nouvelle dissolution, trois années plus tard, pour que la Cour de cassation, en ses chambres civile et criminelle, rallie les vues des juges du fond, pacifiant ainsi ce débat.

B. – La dissolution de 1830

Le printemps et l'été 1830 constituent un point de bascule dans l'exécution des ordonnances royales : les événements politiques retentissent sur la réception jurisprudentielle de ces actes réglementaires. Le 16 mai 1830, pour répondre à la méfiance manifestée par plusieurs centaines de députés⁴³⁶, le roi, espérant sauver son gouvernement emmené par le pair de France Jules de Polignac⁴³⁷, dissout la Chambre. Les élections de juillet sont marquées par la montée en puissance de l'opposition libérale dont le roi ne tire pas les conséquences politiques, en refusant de retirer sa confiance à Jules de Polignac, maintenu à la tête du

⁴³⁴ La Cour royale de Paris renouvelle, peu après, la même position, considérant qu'une telle ordonnance devait obtenir « la sanction législative » pour avoir force de droit (CR Paris, 30 avril 1830, *Gazette des tribunaux*, 5 mai 1830, t. V, n°1476). Quelques années plus tard, une juridiction de Bourbon-Vendée imite cette solution (Trib. corr. Bourbon-Vendée, 17 mai 1832, *Gazette des tribunaux*, 26 mai 1832, t. VII, n°2117), consacrée dès 1836 par la Cour de cassation (Cour cass., crim., 11 février 1836 *Vacheron*, *Bull. crim.*, t. XLI, n°44, p. 51 ; *Gazette des tribunaux*, 12 février 1836, t. XI, n°3272).

⁴³⁵ BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.*, p. 184.

⁴³⁶ Il s'agit de l'adresse des 221, par laquelle 221 députés libéraux expriment, le 16 mars 1830, à Charles X, leur défiance à l'égard du gouvernement dirigé par Jules de Polignac.

⁴³⁷ Jules de Polignac (1780-1847) grandit à Versailles, qu'il fuit avec sa famille lors de la Révolution. Engagé dans l'armée russe en 1794, il la quitte, en 1799, pour devenir aide de camp du futur Louis XVIII. Placé en détention en 1803, il ne retrouve véritablement la liberté qu'à la chute de l'empereur. La Restauration le couvre de faveurs : diplomate, pair de France, il entre au gouvernement en 1828, dont il prend la tête en 1829. Impopulaire, il ne peut échapper à la démission après les journées révolutionnaires de juillet 1830. Il a fait l'objet d'une notice dans *Dictionnaire des parlementaires français...*, *op. cit.*, t. V, p. 12.

gouvernement. Des troubles éclatent, amenant le roi à prendre une série de quatre ordonnances, en date du 25 juillet 1830, censées ramener l'ordre mais témoignant surtout d'une réponse aveugle et disproportionnée. Trois ordonnances portent sur la Chambre des députés⁴³⁸, quand la première suspend la liberté de la presse en rétablissant l'autorisation préalable du gouvernement, en dépit de la loi, libérale, du 18 juillet 1828⁴³⁹. Ces ordonnances sont prises à la faveur de l'article 14 de la Charte, qui autorise le roi à faire des règlements au nom de la « sûreté de l'État ».

Pour protester, les rédacteurs de journaux décident de publier leurs feuilles sans autorisation, dans le but avoué de se faire saisir et de pouvoir ainsi contester devant les prétoires l'ordonnance. C'est finalement le refus d'un imprimeur de prêter ses presses à un journal – le *Courrier Français* –, au mépris d'une convention passée avec lui, qui offre l'opportunité d'un examen de l'ordonnance devant le Tribunal de commerce de Paris. Le tribunal condamne l'imprimeur à prêter ses presses au *Courrier Français*, en jugeant « que cette ordonnance, contraire à la Charte, ne saurait être obligatoire ni pour la personne sacrée et inviolable du roi ni pour les citoyens, aux droits desquels elle porte atteinte ». Le tribunal procède, par ailleurs, à un rappel au roi de ses prérogatives :

« au surplus, qu'aux termes mêmes de la Charte, les ordonnances ne peuvent être faites que pour l'exécution et la conservation des lois, et que l'ordonnance précitée aurait, au contraire, pour effet la violation des dispositions de la loi du 18 juillet 1828 »⁴⁴⁰.

En précisant la destination des ordonnances, ce second considérant répond au choix de l'exécutif de justifier les ordonnances par l'utilisation de l'article 14 de la Charte. Par-là, le tribunal manifeste sa volonté d'encadrer les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire du roi et lui dénie le recours, comme en l'espèce, à l'argument de la sûreté de l'État. Avec un tel langage, le tribunal vient tout autant de déclarer l'ordonnance illégale que de confirmer l'irréductible indépendance de son ordre. Un jugement en référé du Tribunal de Douai confirme cette action⁴⁴¹. Pour Grégoire Bigot, « l'autorité judiciaire vient de légaliser l'insurrection »⁴⁴².

Le soulèvement parisien prend le relais de cette émancipation judiciaire et obtient la rapide abdication du roi. Ironie de l'histoire, le régime de Charles X trébuche face à des

⁴³⁸ À peine élue, la Chambre des députés est dissoute alors qu'elle ne s'est encore jamais réunie. Le calcul du cens électoral est par ailleurs modifié, afin d'écarter la bourgeoisie libérale.

⁴³⁹ Cette loi du 18 juillet 1828, relative aux journaux et écrits périodiques, proscriit toute autorisation préalable de l'administration (article 1^{er}) et abroge la loi liberticide du 17 mars 1822 (article 18).

⁴⁴⁰ Trib. com. Paris, 28 juillet 1830, *Lapelouze & Chatelain c/ Laguionie*, *Gazette des tribunaux*, 26, 27, 28, 29, 30 et 31 juillet et 1^{er} août 1830, t. V, n°1547.

⁴⁴¹ Trib. prem. inst. Douai, 31 juillet 1830, *Journal du palais*, 1830-1831, t. XXIII, p. 725-726.

⁴⁴² BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, op. cit., p. 188.

juridictions qui refusent d'appliquer des ordonnances⁴⁴³, relevant des mêmes matières et portant en germe la même illégalité que les décrets impériaux, pour lesquels elles se font plus réservées. La rapide chute des Bourbons conforte alors les juges judiciaires dans l'examen de constitutionnalité des ordonnances royales.

Emportée dans ce mouvement, la Cour de cassation se résout à modifier sa jurisprudence à l'égard des ordonnances royales. Des arrêts épars se prononcent, à l'orée de la décennie 1830, en faveur d'un contrôle des ordonnances royales : la Cour s'assure ainsi dans un premier temps qu'elles ne créent ni ne prévoient des pénalités sans base légale textuelle⁴⁴⁴. Mais le réel changement de la Cour intervient en 1836, à la faveur d'un arrêt de principe rendu à l'instigation de son procureur général. André Dupin est appelé à se prononcer sur l'application de l'ordonnance de 1816 relative aux détenteurs d'armes de guerres. Il établit alors, sans mystère, son intention de ne pas appliquer les peines prévues par l'ordonnance⁴⁴⁵ et convainc la Cour de cassation d'adopter ce raisonnement. Pour confirmer l'arrêt d'appel ayant refusé d'appliquer l'ordonnance, la Cour énonce que :

⁴⁴³ Ce n'est certes pas l'unique cause de la révolution de Juillet.

V., en ce sens pour plus de détails, ANTONETTI, Guy, *Histoire contemporaine politique et sociale*, Paris, PUF, 1999, p. 223 et suiv. ; BARJOT, Dominique, CHALINE, Jean-Pierre, & ENCREVE, André, *La France au XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 169 et suiv.

⁴⁴⁴ Un principe que la Cour de cassation se fait fort de rappeler, en venant confirmer un arrêt de la Cour royale de Rouen, attaqué par le ministère public : « l'ordonnance de 1744 contenait des dispositions pénales nouvelles et contraires aux ordonnances générales du royaume sur la pêche, que sous ce rapport elle devait être enregistrée aux Parlements pour avoir force de loi ; attendu qu'il est établi par l'arrêt attaqué et reconnu dans la cause que cette ordonnance n'avait pas été enregistrée au Parlement de Normandie, et qu'on ne justifie pas qu'elle l'ait été dans aucune autre Cour ; attendu en conséquence que cette ordonnance doit être considérée comme n'ayant pas eu force de loi au moment de la révolution ; qu'en 1818, le roi ne pouvait, dans son ordonnance, créer des peines, et qu'il n'a pas pu pour en établir se fonder sur des ordonnances n'ayant pas force légale ; d'où il suit qu'en refusant d'appliquer sur ce point et l'ordonnance de 1818 et l'ordonnance de 1744, la Cour royale de Rouen n'a violé aucune loi » (Cour cass., crim., 25 juillet 1834, *Gazette des tribunaux*, 26 juillet 1834, t. IX, n°2789).

⁴⁴⁵ André Dupin conclut ses réquisitions de la sorte : « La question n'a plus aujourd'hui d'intérêt que pour le passé, et pour les principes ; car la loi du 24 mai 1834 a spécialement prévu et réprimé le fait de la détention d'armes de guerre, qui se trouve ainsi frappé par une disposition légale. Mais à défaut d'une loi semblable, l'ordonnance de 1816 avait-elle pu établir contre ce fait une pénalité ? C'est ce qu'il s'agit de juger. J'ai toujours professé devant vous cette maxime, que les arrêts ne doivent pas servir de supplément aux lois criminelles ; le juge ne peut pas, à raison de l'insuffisance de la législation, se substituer au pouvoir législatif ; et sous le prétexte de venir en aide au gouvernement, lui accorder des sanctions pénales qui ne sont pas légalement établies. Si l'on a appelé cela des services, ce ne sont pas des arrêts. La Cour n'entend pas ainsi sa mission. La lacune qui existait dans notre législation pénale, contre la détention des armes de guerre, a été sentie ; il y a été pourvu par la loi de 1834. Quant à l'ordonnance de 1816, c'est à bon droit que les décisions dénoncées ont refusé d'en appliquer les dispositions pénales. Ce principe est consacré chez nous, qu'aucune pénalité ne peut être établie par ordonnance. Principe de notre législation criminelle si fondamentale, axiome tellement rigoureux, que non seulement la peine doit être établie par une loi, mais encore qu'aucune condamnation ne peut être rendue sans que le texte même de la loi pénale y soit transcrit. L'office des ordonnances est de pourvoir à l'exécution des lois, c'est-à-dire qu'elles doivent toujours prendre la loi pour base, sans pouvoir l'étendre, la restreindre ni la détruire. Elles peuvent, il est vrai, rappeler les lois non abrogées, non tombées en désuétude ; c'est là une mission du gouvernement » (DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, *op. cit.*, t. II, p. 167-168).

« les peines prononcées par l'article 5 de l'ordonnance royale du 24 juillet 1816 n'ont pour fondement le texte d'aucune loi qui fût en vigueur au moment de la publication de cette ordonnance »⁴⁴⁶.

En 1837, les chambres réunies semblent diverger de cette nouvelle position. Mais en apparence seulement : elles cassent certes un arrêt de la Cour de Nîmes, ayant refusé de faire application d'une ordonnance au motif qu'elle a été rendue « hors des limites du pouvoir exécutif » fixées par la Charte de 1814. Néanmoins, en reconnaissant que l'ordonnance « a été constitutionnellement rendue », la Cour affirme sa capacité à contrôler la constitutionnalité des ordonnances et, le cas d'inconstitutionnalité échéant, à les priver d'effet⁴⁴⁷. En 1842, la chambre criminelle exprime son refus de donner effet à une ordonnance du 14 août 1816, jugée « impuissante par elle-même pour créer des peines »⁴⁴⁸, et rejette par-là le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Caen.

Le Rubicon est franchi. De là à refuser l'application d'ordonnances prises sous l'empire de la Monarchie de Juillet, il n'y a qu'un pas. En 1844, la Cour casse et écarte l'application d'une ordonnance de 1834, au motif qu'elle n'a pas été rendue dans les formes prescrite par l'article 52 de la constitution du 22 frimaire an VIII⁴⁴⁹ ; la même année, elle confirme un jugement dénonçant une ordonnance de 1841 comme ayant « excédé les limites du pouvoir réglementaire »⁴⁵⁰. Certes, la Cour de cassation n'adoue pas toutes les décisions émanant de cours royales qui se refusent au respect d'ordonnances : ainsi d'une décision, toujours en 1844, censurant la Cour royale de Poitiers qui retenait l'inconstitutionnalité d'une ordonnance du 5 août 1844 relative au service des magistrats⁴⁵¹. Elle reconnaît néanmoins sa capacité à contrôler la validité constitutionnelle de tels actes⁴⁵², investissant le rôle d'une juridiction constitutionnelle, garante de la séparation des fonctions exécutives et législatives. Comme elle a pu l'exprimer dans un arrêt rendu en 1843 :

« les ordonnances royales n'ont pu, depuis la promulgation de la Charte [de 1814] ni rien ajouter aux lois pénales, ni rien en retrancher »⁴⁵³.

⁴⁴⁶ Cour cass., crim., 11 février 1836, *Vacheron*, *Bull. crim.*, t. XLI, n°44, p. 51 ; *Gazette des tribunaux*, 12 février 1836, t. XI, n°3272.

⁴⁴⁷ Cour cass., réunies, 8 avril 1837, *Le procureur général de Nîmes c/ Massol d'André*, S. 1837. I. 281.

⁴⁴⁸ Cour cass., crim., 28 mai 1842, *Ministère public c/ Letellier et Leforestier*, S. 1842. I. 855.

⁴⁴⁹ Cour cass., crim., 14 juin 1844, *Marcellin*, S. 1844. I. 608.

⁴⁵⁰ Cour cass., req., 27 novembre 1844, *Ville de Douai c/ Blot*, D. 1845. I. 38.

⁴⁵¹ Cour cass., req., 19 août 1844, *Le procureur général à la Cour de cassation*, S. 1844. I. 647.

V. MESTRE, Jean-Louis, « La prétendue inconstitutionnalité d'une ordonnance de Louis-Philippe en 1844 », dans *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1037-1046

⁴⁵² Cour cass., réunies, 24 mars 1847, *Gazette des tribunaux*, 8 avril 1847, t. XXII, n°6165.

⁴⁵³ Cour cass., crim., 24 mai 1843, *Joly Truquet*, *Bull. crim.*, t. XLVIII, n°121, p. 218.

Les exemples, nombreux⁴⁵⁴, témoignent, ensemble, d'une disposition d'esprit que n'avait pas la Cour de cassation, et plus largement l'ordre judiciaire, à l'égard des décrets impériaux ; avec Jean-Louis Mestre, « on comprend que Serrigny ait pu écrire : "La règle que les ordonnances inconstitutionnelles ne sont pas obligatoires pour les tribunaux est confirmée par la jurisprudence constante des Cours royales et de la Cour de cassation"⁴⁵⁵ »⁴⁵⁶. Or, l'exécutif a pleinement conscience de cette hostilité grandissante : le Conseil d'État n'objecte pas à la reconnaissance, par les juridictions judiciaires, de leur compétence à prononcer la validité de ces ordonnances ; et la Chancellerie renonce, régulièrement, à se pourvoir en cassation, consciente que ses pourvois seraient infructueux. Au demeurant l'exercice de ce contrôle n'est pas condamné par la doctrine, administrativiste notamment. Bien au contraire, celle-ci le salue, en considérant que les faibles garanties offertes par le Conseil d'État rendent nécessaire, en présence de ce vide institutionnel et constitutionnel, l'intervention du juge judiciaire⁴⁵⁷.

Le contrôle de constitutionnalité opéré ici peut alors paraître étonnant pour le juriste contemporain, à un double point de vue. D'une part, il ne relève pas de la seule Cour de cassation, puisque chaque juridiction, même du premier degré, s'estime fondée à exercer une forme de police des ordonnances royales : en contrôlant que son existence soit rattachée à une

⁴⁵⁴ V. BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.*, p. 203 et suiv. ; MESTRE, Jean-Louis, « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851 », dans *Administration et droit...*, *op. cit.*, p. 128-133.

⁴⁵⁵ SERRIGNY, Denis, *Supplément au Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Joubert, 1846, p. 3.

⁴⁵⁶ MESTRE, Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », dans *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice...*, *op. cit.*, p. 39-40.

⁴⁵⁷ Ainsi d'Émile-Victor Foucart qui énonce que : « En thèse générale, une ordonnance illégale n'est point obligatoire ; il n'y a pas de délit à faire ce qu'elle défend, et à refuser de faire ce qu'elle ordonne. La contravention ou le refus d'exécution conduiront les opposants devant les tribunaux, qui devront les renvoyer absous, et condamner comme coupables d'attentat à la liberté ou à la propriété des citoyens, les individus qui auront voulu en procurer l'exécution par la force. On oppose à cette solution le principe que l'autorité judiciaire ne peut apprécier les actes du pouvoir exécutif ni refuser de s'y soumettre, et que par conséquent il y aurait empiètement de sa part si elle déclarait nulles les ordonnances du roi. On répond que l'autorité judiciaire ne peut pas sans doute statuer principalement et d'une manière générale sur la validité d'une ordonnance ; mais qu'elle ne peut être forcée, lorsqu'on lui en demande l'application, de fermer les yeux sur son inconstitutionnalité. Tous les jugements doivent être motivés sur une loi ou sur une ordonnance qui puise sa force dans la loi, et les juges ne doivent avoir aucun égard aux actes qui ne rentrent pas dans l'une ou dans l'autre catégorie. Ainsi ils ne décident pas d'une manière absolue que telle ordonnance est illégale et ne devra point être exécutée ; mais, placés par leur position dans la nécessité de prononcer sur une espèce déterminée et de ne prononcer que conformément à la loi, il faut bien qu'ils apprécient la valeur de l'acte sur lequel on leur demande de baser leur jugement. Sinon les tribunaux, qui doivent être les protecteurs des droits et de la liberté des citoyens, ne seraient plus que les soutiens aveugles du despotisme » (FOUCART, Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, 2^e éd., Paris, Videcoq, 1839, t. I, p. 94).

Émile-Victor Foucart (1799-1860) poursuit des études de droit à la Faculté de Paris. Docteur en droit en 1824, il réussit le concours de l'agrégation en 1827 et est nommé à la Faculté de Poitiers, où il réalise toute sa carrière. D'abord chargé de la chaire de droit civil, il est nommé à celle de droit administratif nouvellement créée (1832). Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Jacques Clère, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 443-444.

disposition législative expresse, exerçant ainsi un contrôle de légalité⁴⁵⁸ ; en s'assurant que son contenu ne détourne pas l'esprit de la loi⁴⁵⁹ ; ou en privant d'effet des ordonnances créant des impositions⁴⁶⁰. Il apparaît cependant que les tribunaux s'arrêtent au contrôle de l'opportunité d'une ordonnance, s'interdisant d'apprécier un choix essentiellement politique de la teneur de l'ordonnance⁴⁶¹. Cette situation s'explique, en partie, par le fait que la Cour de cassation n'a qu'une autorité relative sur l'ensemble de l'ordre judiciaire jusqu'en 1837⁴⁶², les juridictions du fond pouvant alors préempter un rôle qui leur serait vraisemblablement interdit aujourd'hui. De fait, à rebours de notre conception contemporaine, les juridictions judiciaires du XIX^e siècle donnent à voir l'exercice d'un « contrôle de constitutionnalité concret, *a posteriori* et diffus »⁴⁶³, puisqu'exercé dans le cadre d'une instance en cours devant toute juridiction. D'autre part, ce contrôle est à l'image des termes utilisés pour l'évoquer : encore incertain. Cela explique que les juridictions utilisent, presque indifféremment, les notions de « légalité » et de « constitutionnalité » pour évoquer l'examen dont font l'objet les ordonnances⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸ Le juge n'hésite pas, en effet, à refuser son concours à l'application d'une ordonnance, dont le contenu ne peut être rattaché à une disposition législative expresse, à l'image du Tribunal de Saintes. À défaut d'une telle délégation, le juge s'estime contraint à déclarer une telle ordonnance inapplicable, comme étendant illégalement le champ de la loi et créant des obligations auxquelles le juge doit refuser de prêter son concours (Trib. Saintes, 12 janvier 1836, *Gazette des tribunaux*, 18-19 janvier 1836, t. XI, n°3249). Le juge peut encore se refuser à l'exécution de telles ordonnances, au nom du respect de la séparation des pouvoirs et de « l'indépendance respective des pouvoirs administratif et judiciaire, l'une des premières bases de notre droit public » (Trib. prem. inst. Paris, 4 juillet 1829, *Gazette des tribunaux*, 5 juillet 1829, t. V, n°1218).

⁴⁵⁹ Conf. : Trib. corr. Dieppe, 31 janvier 1834, *Gazette des tribunaux*, 7 février 1834, t. IX, n°2645.

⁴⁶⁰ La Cour royale de Rennes refuse de prêter son concours à une ordonnance créant, selon elle, un impôt *illégal* sur les spectacles au motif que « si par la loi des 16 et 24 août 1790, les spectacles publics sont placés sous la surveillance de l'autorité municipale et ne peuvent être autorisés ou permis que par elle, il n'en peut résulter que cette autorité puisse imposer aux directeurs de spectacles des conditions qui ne rentrent pas dans les attributions qui lui sont confiées par les lois ». Elle ajoute, par ailleurs, que « ni l'autorité municipale ni l'autorité administrative n'ont le droit d'établir des taxes sur la propriété ou l'industrie, soit que les taxes puissent être considérées comme impôts, soit qu'elles ne soient établies qu'au profit d'une propriété ou d'une industrie quelconque » (CR Rennes, 21 avril 1834, *Vidal et Robba c/ Poirier*, S. 1834. II. 388).

Conf. : Trib. com. Saintes, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 22 mai 1834, t. IX, n°2733 ; Trib. com. Lille, 27 octobre 1848, *Gazette des tribunaux*, 29 octobre 1848, t. XXIII, n°6653.

Contra : CR Paris, 20 février 1844, *Gazette des tribunaux*, 23 février 1844, t. XIX, n°5259.

Une voie moyenne est choisie par le Tribunal de Valenciennes, qui décide, ingénieusement, de qualifier la recette litigieuse de *dédommagement*, pour en autoriser la perception (Trib. com. Valenciennes, 29 mars 1859, *Gazette des tribunaux*, 22 avril 1859, t. XXXIV, n°10003).

⁴⁶¹ Trib. civ. Seine, [s.d.], reproduit sous CR Paris, 10 octobre 1832, *Gazette des tribunaux*, 16 octobre 1832, t. VII, n°2239.

⁴⁶² V. *infra*, §1. – L'ouvrage chahuté de la Cour de cassation.

⁴⁶³ MESTRE, Jean-Louis, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », dans *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*

⁴⁶⁴ Jean-Louis Mestre relève la confusion terminologique qui règne : « Ce contrôle, toutefois, elles ne le qualifiaient pas forcément d'examen de constitutionnalité, car elles employaient tantôt le mot "constitutionnalité", tantôt celui d'"illégalité", comme l'a fait la Cour de Nîmes, toutes chambres assemblées, le 8 janvier 1834 : "toutes les fois que l'application d'une ordonnance royale est demandée aux tribunaux, il est de leur devoir d'examiner sa constitutionnalité ; que ce devoir ne cesse pas pour eux, parce qu'ils auraient déjà ordonné l'exécution d'un pareil acte en d'autres circonstances où sa légalité n'aurait pas été mise en cause". Les juges judiciaires pensaient que la sanction des violations des dispositions ou principes constitutionnels rentrait dans le cadre général du contrôle de la légalité des actes de nature réglementaire, la charte étant "la première de toutes les lois" » (MESTRE, Jean-Louis, « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851 », dans *Administration et droit...*, *op. cit.*, p. 132).

La Monarchie de Juillet voit ainsi se développer une jurisprudence hostile aux ordonnances royales et, plus largement, au pouvoir exécutif ; une jurisprudence qui n'était encore que balbutiante sous le règne de Charles X. Mais les causes de la disparition du régime ne sont pas étrangères à cette évolution jurisprudentielle, que la Charte de 1830 a tenté, sans succès, de prévenir. En effet, si la Charte de 1830 est une copie presque conforme de la Charte de 1814, elle comprend néanmoins deux ajouts notables, inspirés des erreurs de Charles X. À cet égard, ces deux ajouts témoignent de ce que, en dépit de grandes ressemblances sur la forme, la Charte de 1830 présente un changement de philosophie que justifient les circonstances de son élaboration : elle n'est plus octroyée comme l'était la Charte de 1814 mais est le fruit d'une transaction entre le nouveau monarque et les députés insurgés.

D'une part, alors que l'article 14 de la Charte de 1814 rappelle sobrement que le roi « fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État », celle de 1830 enrichit le même article. Devenue l'article 13, cette disposition affirme désormais que :

« [le roi] fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution ».

D'autre part, dans ses dispositions particulières, est inséré un ultime article 70 :

« Toutes les lois et ordonnances, en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la réforme de la Charte, sont dès à présent et demeurent annulées et abrogées ».

Cet article peut apparaître superfétatoire, alors qu'a été repris, de la charte précédente, un article 59 énonçant que :

« Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente charte restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé ».

Il apparaît que ce sont ces modifications même qui favorisent cette évolution jurisprudentielle sous la Monarchie de Juillet. La modification de l'article 14 marque une défiance à l'égard du roi, attendue au regard des conditions de naissance de la Monarchie de Juillet : les modalités d'exercice de son pouvoir réglementaire sont précisées pour en favoriser le contrôle. Or, c'est bien cet ajout qui autorise les juridictions judiciaires à multiplier leurs interventions afin de veiller du respect des conditions posées par la Charte. L'ultime précision de l'article 70 a beau jeu d'anticiper ce contrôle, en déclarant abrogées les ordonnances contraires aux dispositions de la Charte : elle ne prive pas les juges judiciaires de leurs prérogatives. Bien au contraire, par-là, ils s'estiment légitimés dans l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité.

La naissance de la nouvelle Monarchie concorde avec l'acceptation officielle, par la Cour de cassation, d'un contrôle de constitutionnalité des ordonnances royales, ainsi qu'une indifférence marquée quant aux injonctions du pouvoir exécutif. L'autorité judiciaire manifeste ainsi autant son indépendance à l'égard de l'exécutif que sa place nouvelle dans le jeu constitutionnel : elle devient un juge constitutionnel chargé de garantir le respect du domaine de la loi par les règlements. Le principe est acté, même par certains magistrats du parquet, pourtant réputés dociles. Il en est ainsi de l'avocat général près la Cour de cassation, Charles-Guillaume Hello⁴⁶⁵. La *Gazette des tribunaux* relaie deux de ses articles, portant sur « Le pouvoir législatif et le pouvoir constituant ». Le magistrat conclut sa démonstration par la remarque suivante :

« Si les tribunaux ont le droit incontestable de juger l'excès de pouvoir dans l'ordonnance, nous ne leur donnerons jamais le conseil de le juger dans la loi. La loi a leurs serments aussi bien que la Charte, et, sauf la restriction que nous venons de rappeler, elle se présente à eux avec la plénitude du pouvoir social, et ils lui doivent provisoirement l'obéissance »⁴⁶⁶.

Au seuil de la Révolution de février, le contrôle des ordonnances royales par les juridictions est acquis ; c'est désormais la question du contrôle des lois qui peut être débattue⁴⁶⁷.

§3. – Épilogue

La chute de la Monarchie en 1848 ne marque pas la fin du contrôle de constitutionnalité opéré par les juridictions judiciaires ; ni, plus tard, le retour de l'Empire⁴⁶⁸ réinstallant un Sénat comme organe de contrôle de constitutionnalité⁴⁶⁹. Dès l'année 1852, la question du contrôle de constitutionnalité rejaillit devant les prétoires : à l'image d'un arrêt rendu cette année-là par

⁴⁶⁵ Charles-Guillaume Hello (1787-1850) est avocat à Lorient, après avoir poursuivi des études de droit à Paris. En 1830, il est fait procureur général près la Cour de Rennes, qu'il quitte en 1837 pour la Cour de cassation, dont il est d'abord avocat général puis conseiller à partir de 1843. À compter de 1842, il siège également à la Chambre des députés. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Christian Chêne, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 524-525.

⁴⁶⁶ « Le pouvoir législatif et le pouvoir constituant », *Gazette des tribunaux*, 17 décembre 1842, t. XVIII, n°4897 ; 18 décembre 1842, t. XVIII, n°4898.

⁴⁶⁷ V. *infra*, §3. – Amender les lois.

⁴⁶⁸ MESTRE, Jean-Louis, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », dans *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*

⁴⁶⁹ Constitution du 14 janvier 1852, titre IV « Du Sénat », article 25 : « Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise » ; article 29 : « Le Sénat maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le gouvernement, ou dénoncés, pour la même cause, par les pétitions des citoyens. »

la Cour d'appel de Paris. Saisie de la validité de décrets pris pendant la Révolution de février, la cour en confirme, souverainement, la vigueur⁴⁷⁰. Mais les solutions s'avèrent disparates. D'un côté, la Cour impériale de Montpellier se refuse à opérer un tel contrôle, en choisissant d'appliquer un décret contesté, au motif qu'elle n'a pas à « s'occuper de la question de savoir s'il appartient aux tribunaux d'écarter l'autorité d'un décret promulgué selon les formes légales », après avoir toutefois estimé en préambule que le décret ici contesté « est irréprochable au point de vue de la constitutionnalité⁴⁷¹. D'un autre côté, non loin de là, la Cour impériale d'Aix s'estime fondée à contrôler la validité d'un décret de 1860, dans une affaire de naufrage où est débattu le sort des frais engagés par l'État pour le rapatriement des hommes et des biens perdus en mer. À rebours de la position de la Cour de cassation qui lui a déjà été signifiée⁴⁷², la Cour d'Aix décide comme suit :

« la vraie, l'unique question du procès est celle de savoir si l'article 14 du décret de 1860 est obligatoire et a force de loi ; [...] qu'en ajoutant aux obligations qui résultaient de cette ordonnance et de cet arrêté, l'article 14 du décret de 1860 est sorti des limites constitutionnelles ; que le commerce a raison, par l'organe des chambres qui le représentent, d'en contester l'autorité légale, et que les Tribunaux ont le droit et le devoir d'en refuser l'application »⁴⁷³.

Ici encore, l'attitude de la cour impériale s'oppose à celle de la Cour de cassation, qui, même après la chute de l'Empire, confirme par principe la vigueur de décrets impériaux litigieux⁴⁷⁴, jusqu'à considérer que leur caractère législatif ne pouvait être contesté⁴⁷⁵. Une

⁴⁷⁰ CI Paris, 23 février 1852, *Gazette des tribunaux*, 23-24 février 1852, t. XXVII, n°7684.

⁴⁷¹ CI Montpellier, 3 juin 1861, *Pilotes de Cette c/ Marc-Fraissinet et al.*, S. 1861. II. 560. La Cour réitère cette solution, dans un langage similaire, quelques mois plus tard (CI Montpellier, 2 juillet 1861, *Granier c/ Touache et al.*, S. 1863. I. 38). Les pourvois dirigés contre ces deux solutions sont rejetés, le même jour, par la chambre des requêtes (Cour cass., req., 11 août 1862, S. 1863. I. 38).

V. MESTRE, Jean-Louis, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République...*, op. cit., p. 62.

⁴⁷² Le rédacteur du journal note ainsi : « Cette question est une des plus graves qu'ait soulevées l'interprétation de notre droit maritime. Elle a fait, depuis quelques années, l'objet des délibérations de plusieurs chambres de commerce, et particulièrement de la chambre de commerce de Marseille. Une lutte très vive s'engage décidément sur ce point entre plusieurs cours impériales et la Cour de cassation. Celle-ci, par ses arrêts du 2 novembre 1866 et du 27 février 1867, a cassé deux arrêts : l'un de la Cour d'Aix, l'autre de la Cour de Caen, résolvant la question dans le sens ci-dessus indiqué. La Cour d'Aix persiste néanmoins dans sa jurisprudence » (CI Aix, 24 juin 1869, *Gazette des tribunaux*, 15 septembre 1869, t. XLIV, n°13222).

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ La Cour de cassation admet la régularité de décrets impériaux dans l'affaire dite des décrets flétrisseurs.

V. BOUCHERY, Robert, & MACHELON, Jean-Pierre, « L'épuration républicaine », dans *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération...*, op. cit., p. 76 et suiv.

⁴⁷⁵ En 1895, longtemps après la chute du régime impérial, la Cour de cassation s'exprime en ces termes : « la disposition précitée du décret du 20 février 1852, que celui du 31 décembre suivant ne fait que reproduire, a nécessairement le caractère législatif ; qu'en effet, pendant la période dans laquelle le chef de l'État a réuni les pouvoirs législatif et exécutif, ce n'est que par une disposition présentant le premier de ces caractères qu'il a pu imposer aux établissements de crédit foncier l'obligation, de faire enregistrer les lettres de gage avant leur émission, c'est à dire d'établir un impôt ; [...] la disposition dont il s'agit n'a été abrogée ni explicitement, ni implicitement, par aucune loi postérieure » (Cour cass., civ., 13 mars 1895, *Crédit foncier*, S. 1895. I. 518).

exception s'annonce cependant dans cette doctrine : la Cour est plus volontaire, dès lors qu'il s'agit de déclarer illégaux des décrets pris en matière coloniale⁴⁷⁶.

*
* *

Il serait vain de soutenir que le XIX^e siècle est celui d'une parfaite autonomie de la magistrature judiciaire parce que sa dépendance organique est une indéniable réalité, ponctuant la vie professionnelle des juges pendant tout le siècle. Néanmoins, l'activité jurisprudentielle de la magistrature judiciaire montre qu'elle ne peut être réduite au rôle de laquais du pouvoir exécutif : elle sait manifester, par touches ponctuelles, sa dissidence et, partant, son indépendance. Cette conscience permet à un auteur du premier XIX^e siècle, Eyraud, de reconnaître et de saluer cette attitude :

« La magistrature française s'honore chaque jour par ses résistances ; car, dans ce siècle, la résistance est aussi du dévouement au prince et au pays, dévouement d'autant plus pur qu'il est désintéressé et qu'il peut attirer les disgrâces »⁴⁷⁷.

De fait, si « l'indépendance nécessaire aux juges n'a été complète sous aucun des régimes traversés depuis un siècle »⁴⁷⁸, l'ordre judiciaire est parvenu, dans un double tour de force, à masquer l'effet de cette dépendance organique et à obtenir les moyens institutionnels de perpétuer une activité jurisprudentielle créatrice, qu'aucun régime n'est parvenu à empêcher d'exister. Il lui incombe désormais de confirmer son indépendance à l'égard du pouvoir législatif, pour faire exister sa jurisprudence, en dépit du légicentrisme ambiant.

⁴⁷⁶ V. MESTRE, Jean-Louis, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », dans *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.* ; MESTRE, Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », dans *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice...*, *op. cit.*, p. 33 et suiv.

⁴⁷⁷ EYRAUD (d'), *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France*, 2^e éd., Paris, Fanjat aîné, 1825, p. 123.

⁴⁷⁸ L'expression est de Maurice Dehesdin, docteur en droit du début du XX^e siècle (cité par ROYER, Jean-Pierre, *Juges et notables...*, *op. cit.*, p. 303).

– Section 2 –

Exister en dépit du légicentrisme

« Le magistrat sait que son honorable et pénible condition est de pouvoir tout pour la justice, et de ne pouvoir rien pour lui-même ; d'être condamné à s'oublier sans cesse, de ne considérer que les grands devoirs qui lui sont imposés, de ne fléchir que sous l'empire de la loi, et de ne connaître quand elle a parlé, aucune autre espèce de gloire que celle de lui obéir. »

Raymond de Sèze, *Discours de rentrée de 1827*⁴⁷⁹

Si, avec le Consulat, la justice est devenue une autorité soumise à l'exécutif⁴⁸⁰, en dépit des espoirs nourris par certains révolutionnaires, une forme d'ascendant du législateur sur le juge perdure par le biais du légicentrisme. Ce principe place la loi au sommet du droit et, partant, à l'épicentre de la fonction de juger ; ainsi, par son œuvre – la loi – le pouvoir législatif maintient son étau sur la mission du juge : appliquer toute la loi et seulement la loi. C'est à l'aune de cette considération qu'est institué le Tribunal de cassation⁴⁸¹. Mais cette soumission théorique du juge à la loi n'empêche pas le développement de pratiques jurisprudentielles hors des sentiers tracés par elle, brossant le portrait d'une magistrature judiciaire irrésistiblement indépendante dans l'exercice de ses fonctions.

Si le juge judiciaire a bien fait profession de foi de protéger l'intégrité de la loi, dans son application (*Sous-section I*), ce sacerdoce ne le dispense pas de jouer, parfois, un autre rôle,

⁴⁷⁹ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. I, 1815-1851, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation du 5 novembre 1827. Discours de rentrée du premier président, Raymond de Sèze », p. 11-12.

Ici, le haut magistrat reprend à son compte la pensée et les mots du chancelier Henri-François d'Aguesseau qui, dans ses *Mercuriales*, énonçait déjà : « pouvoir tout pour la justice, et ne pouvoir rien pour soi-même, c'est l'honorable, mais pénible condition du magistrat. Que l'ambitieux se flatte du faux honneur de pouvoir tout ce qu'il désire ; la gloire solide de l'homme juste est de confesser avec joie qu'il n'est le maître de rien » (AGUESSEAU, Henri-François (d'), *Discours*, nouvelle édition, augmentée de ses instructions à son fils et divers fragments très intéressants, Besançon, Charles Deis, 1846, t. I, « Neuvième mercuriale, prononcée à la Saint-Martin 1706. L'autorité du magistrat et sa soumission à l'autorité de la loi », p. 225).

⁴⁸⁰ Cela est l'effet de la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) sur l'organisation des tribunaux.

⁴⁸¹ V. HALPERIN, Jean-Louis, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, p. 53 et suiv.

plus captieux : en prétextant tant de circonstances extérieures que d'insuffisances propres à la loi, le juge parvient par son œuvre à nuancer tant l'idée de sa servilité aveugle que celle d'un règne asphyxiant de la loi. Ce dessillement, synonyme d'une libération de l'ordre judiciaire à l'endroit de la loi (*Sous-section 2*), pousse le juge à préempter un rôle plus grand encore, certes exercé de manière erratique tout le siècle durant : se mesurer au pouvoir législatif, jusqu'à prétendre lui résister (*Sous-section 3*).

Sous-section 1. – La soumission

Au XXI^e siècle, une digue a été érigée pour séparer les fonctions législatives et judiciaires et, ainsi, s'assurer de l'indépendance tant des élus que des juges amenés à appliquer les règles posées par les premiers⁴⁸², en interdisant le cumul de ces deux fonctions. Ce principe, qui tient sous la Ve République de l'évidence, relève pourtant de l'histoire récente, puisque les régimes du début du XIX^e siècle brillent par leur silence à propos de l'éventuelle incompatibilité entre les fonctions de magistrat et de parlementaire. L'interdiction figure dans la Constitution de 1791⁴⁸³ mais disparaît durablement à partir du Consulat⁴⁸⁴. Elle ne reparaît que tardivement, sous la III^e République, quoiqu'avec des aménagements : le principe de l'interdiction du cumul,

⁴⁸² Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, article 9, alinéa 1^{er} : « L'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice d'un mandat au Parlement, au Parlement européen ou au Conseil économique, social et environnemental, ainsi que de membre du congrès ou d'une assemblée de province de la Nouvelle-Calédonie, de représentant à l'assemblée de la Polynésie française, de membre de l'assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna, de conseiller territorial de Saint-Barthélemy, de conseiller territorial de Saint-Martin ou de conseiller territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon ou avec la fonction de membre du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou du gouvernement de la Polynésie française. » ; article 10, alinéa 1^{er} : « Toute délibération politique est interdite au corps judiciaire. »

⁴⁸³ Constitution du 3 septembre 1791, titre III « Des pouvoirs publics », chapitre I « De l'Assemblée Nationale législative », section III « Assemblées électorales. Nomination des représentants », article 5 : « L'exercice des fonctions judiciaires sera incompatible avec celles de représentant de la Nation, pendant toute la durée de la législature. – Les juges seront remplacés par leurs suppléants et le roi pourvoira par des brevets de commission au remplacement de ses commissaires auprès des tribunaux. »

⁴⁸⁴ Le principe d'incompatibilité n'apparaît pas dans la Constitution du 24 juin 1793, bien que le plan de constitution présenté à la Convention nationale, les 15 et 16 février 1793, prévoyait une « incompatibilité entre toutes les fonctions publiques » (article 25, section 3, titre III relatif aux Assemblées primaires). L'interdiction reparaît à la faveur de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) qui proscriit tout cumul « entre la qualité de membre du Corps législatif et l'exercice d'une autre fonction publique » (article 47).

placé dans une simple loi organique, est amendé en faveur des hauts magistrats⁴⁸⁵. En cela, la loi de 1875 dépasse la loi électorale de 1831, qui ne prévoyait qu'une incompatibilité relative entre les fonctions de députés et de magistrats⁴⁸⁶. Cette restriction réapparue en 1875 explique que la Chambre des députés présente une physionomie différente en cette fin de siècle, de ce qu'elle était à son début : « en 1881, on ne compte plus que dix-huit magistrats en exercice parmi les députés et vingt en 1906 ». Il apparaît néanmoins que, tout au long du siècle, ceux qui ont cumulé ces fonctions « connaissent des carrières judiciaires plus rapides que les autres »⁴⁸⁷. Au point que, de l'aveu du procureur général près la Cour de cassation, Charles-Alfred Bertauld⁴⁸⁸ en 1879, « le cumul du mandat législatif et du mandat judiciaire, bien loin d'être interdit, a été encouragé »⁴⁸⁹.

Cette situation encourage la vision d'une collusion des pouvoirs, conférant à l'institution judiciaire un rôle inévitablement politique et partial. Or, cette inféodation peut vite se muer en soumission, dès lors qu'elle permet au magistrat une accélération de carrière. Dans ce contexte, c'est encore ce parfum du soupçon qui entache le rôle du magistrat et empêche de le penser, à l'égard du législateur dans la réalisation de son activité juridictionnelle, indépendant. Cette crainte est encore renforcée par une forme de soumission quasi ontologique, non plus simplement du juge au législateur, mais du juge à la loi. Ce fait découle, naturellement, de la vision de la loi au crépuscule du XVIII^e siècle : le culte révolutionnaire de la loi permet la consécration d'un légicentrisme, qui, corrélativement, serait réputé empêcher l'émergence, jugée inconciliable, de pratiques jurisprudentielles originales (§1). Pour accompagner le respect

⁴⁸⁵ Loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés, article 8 : « L'exercice des fonctions publiques rétribuées sur les fonds de l'État est incompatible avec le mandat de député. – En conséquence, tout fonctionnaire élu député sera remplacé dans ses fonctions si, dans les huit jours qui suivront la vérification des pouvoirs, il n'a pas fait connaître qu'il n'accepte pas le mandat de député. – Sont exceptées des dispositions qui précèdent les fonctions de ministre, sous-secrétaire d'État, ambassadeur, ministre plénipotentiaire, préfet de la Seine, préfet de police, premier président de la Cour de cassation, premier président de la Cour des comptes, premier président de la Cour d'appel de Paris, procureur général près la Cour de cassation, procureur général près la Cour des comptes, procureur général près la Cour d'appel de Paris, archevêque et évêque, pasteur président de consistoire dans les circonscriptions consistoriales dont le chef-lieu compte deux pasteurs et au-dessus, grand rabbin du consistoire central, grand-rabbin du consistoire de Paris. »

⁴⁸⁶ Loi du 19 avril 1831 sur les élections à la Chambres des députés, article 64. À cet égard, l'incompatibilité simplement relative entre les fonctions de magistrat et de député est décriée dans un article paru à la *Gazette des tribunaux*, à l'occasion de la discussion d'une proposition de loi relative aux incompatibilités des députés-fonctionnaires (« Des magistrats députés », *Gazette des tribunaux*, 14 mai 1840, t. XV, n°4581). V. JULIEN-LAFERRIÈRE, François, *Les députés fonctionnaires sous la Monarchie de Juillet*, Paris, PUF, 1970, p. 37 et suiv. ; ROUSSELET, Marcel, *La magistrature sous la Monarchie de juillet*, Paris, Recueil Sirey, 1937, p. 384 et suiv.

⁴⁸⁷ GARNOT, Benoît, *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 308.

⁴⁸⁸ Charles-Alfred Bertauld (1812-1882) poursuit des études de droit à la Faculté de Caen, à l'issue desquelles il devient avocat puis docteur en droit. En 1853, il est fait Professeur titulaire en cette même faculté. Il s'engage résolument en faveur de la République et devient député à l'Assemblée nationale en 1871. En 1879, il est nommé procureur général près la Cour de cassation. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., p. 101-102.

⁴⁸⁹ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. IV, 1873-1884, « Procès-verbal d'installation de M. Bertauld, procureur général près la Cour de cassation, et de Henry Didier, conseiller, du 20 février 1879 », p. 11.

de ces principes, des outils institutionnels sont mis en place, à commencer par la création du Tribunal de cassation, une institution conçue de telle sorte que son asservissement originel doit faire obstacle à l'émancipation d'un ordre judiciaire homogène, derrière une jurisprudence unifiée (§2).

§1. – Le culte révolutionnaire de la loi

La Révolution érige en valeur cardinale le règne absolu de la loi et consacre un nouvel idéal : le légicentrisme⁴⁹⁰, auquel est assimilé la juridicité, banissant la jurisprudence comme source du droit. Dans l'ordonnancement juridique nouveau, la loi est le fondement principal, sinon unique, du droit applicable. Ce postulat se trouve justifié tant par la volonté de rompre avec les errements de l'Ancien Régime que de confirmer une nouvelle vision de l'ordre social : l'avènement de la loi doit rompre avec l'arbitraire royal, en adoptant des dispositions, choisies et débattues, dans des assemblées censées représenter la volonté générale, conformément à la définition nouvelle de la souveraineté. Aussi, à l'aube du XIX^e siècle, cet idéal conduit-il à penser que la loi représente tout le droit ; ce qui, dans les faits, n'est pas complètement erroné : les règlements sont peu nombreux, le droit supranational inexistant et la jurisprudence marginale. Bien plus, dans ce nouvel ordre, le juge se trouve dans une position défavorable. Le souvenir de l'indiscipline des Parlements de l'Ancien Régime s'allie à l'essor du légicentrisme, pour aboutir à un consensus pendant la Révolution française, qui perdure bien au-delà du changement de siècle : celui de la nécessité de soumettre le juge à la loi, en s'assurant qu'il ne puise, ni en dehors ni au-delà d'elle, les moyens de trancher les litiges.

Les premières années du XIX^e siècle confirment cette volonté, grâce aux codifications napoléoniennes qui doivent sceller cette omnipotence de la loi. Le projet de Montesquieu, tel qu'interprété par les législateurs dès la fin du XVIII^e siècle, semble alors pouvoir être réalisé : les codifications sont réputées consacrer un juge comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁴⁹¹. Par ces mots, Montesquieu semblait prôner l'idéal d'un juge-interprète lié à la loi, fort éloigné de la figure du juge servile. Pourtant, à rebours de cette pensée, la maxime devient la clef de voûte d'un nouveau paradigme où le juge est institué comme un exécutant inanimé. Ce rôle d'automate doit prévenir toute velléité d'indépendance, tout en fortifiant l'autorité de

⁴⁹⁰ V. CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, 8^e éd., Paris, PUF, 2019, p. 237 et suiv. ; RAYNAUD, Philippe, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la Révolution française », *loc. cit* ; SAINT-BONNET, François, « Loi », dans Alland. & Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, 2003, p. 959-964.

⁴⁹¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (de), *De l'Esprit des lois*, *op. cit.*, t. I, XI, p. 320.

la loi. Aussi, pour réaliser cette mission, le juge est-il conçu de manière duale : commis neutre avant tout, il doit obéir à la loi, pour en confirmer la primauté dans le jeu institutionnel (A) ; au besoin, il peut se faire agent actif, chargé de défendre le domaine propre de la loi (B).

A. – L’obéissance à la loi

L’esprit révolutionnaire empêche de concevoir les tribunaux et la fonction de juger comme un réel pouvoir⁴⁹², dont, par la suite, l’omniprésence et l’omnipotence de la loi freinent l’éclosion. Cette conception légicentriste conduit à élever les juristes du premier XIX^e siècle, pour certains appelés à devenir magistrats, autant dans le culte que dans le respect inégalés de la loi. Puisqu’elle seule peut créer des injonctions et restreindre les libertés, comme l’enseigne la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen⁴⁹³, les acteurs du droit, à commencer par les juges, devraient s’en référer à elle, uniquement, pour régler les différends. Cet état d’esprit explique que les enseignements universitaires sont avant tout consacrés à l’étude des

⁴⁹² Cela est illustré par l’incapacité à utiliser, dans les actes constitutionnels successifs, l’expression *pouvoir judiciaire*, à laquelle est préféré le monotone *ordre judiciaire*. V. *supra*, Une autorité malmenée par les textes.

⁴⁹³ Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789, article 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. » ; article 5 : « La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas. » ; article 6 : « La loi est l’expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. » ; article 7 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu’elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant : il se rend coupable par la résistance. » ; article 8 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

codifications : encore en 1841, le doyen de la Faculté de droit de Paris, Hyacinthe Blondeau⁴⁹⁴, ne dit pas autre chose, dans une communication à l'Académie des sciences morales :

« l'unique source d'où doit découler toutes les décisions juridiques, c'est la loi : de son texte ou de son esprit ; la loi seule doit suffire à toutes les exigences »⁴⁹⁵.

S'il est permis de s'interroger sur la véracité de la remarque – correspond-elle à la pratique judiciaire ? –, force est de constater, comme le relève un Professeur, Léon Julliot de la Morandière qui rapporte ses propos⁴⁹⁶, que le doyen n'est pas contredit. De fait, en dépit des constats, prémonitoires, de Jean-Marie-Étienne Portalis en 1803⁴⁹⁷, aucun mouvement indépendantiste de magistrats, aussi fort que celui des parlements d'Ancien Régime, n'a pu émerger au début du XIX^e siècle, pour affermir tant le pouvoir judiciaire que sa jurisprudence. C'est ce que dénonce Léon Julliot de la Morandière, en soulignant que « sans doute, Portalis triomphe en 1803, mais trente ans après la génération nouvelle des juristes d'alors n'a pas connu le pouvoir créateur des coutumes et des parlements »⁴⁹⁸. Ce constat est confirmé par la teneur des discours de rentrée, tenus par les magistrats du parquet recensés par Jean-Claude Farcy⁴⁹⁹. Il relève, dans les premières décennies du siècle, un discours commun, visant une soumission à la loi érigée en « un dogme sacré »⁵⁰⁰. Ces appels se font plus pressants à chaque renouvellement de régime alors que le respect de la loi doit permettre d'enraciner le régime qui

⁴⁹⁴ Hyacinthe Blondeau (1784-1854) entame une carrière universitaire à la Faculté de droit de Strasbourg en 1806, qu'il quitte en 1808 pour celle de Paris. Également juge suppléant à Paris, il enseigne le droit romain et est reconnu pour avoir une pensée divergente par rapport à l'orthodoxie exégétique. Doyen de la Faculté de droit de Paris à partir de 1830, il propose, en 1840, la création d'une Faculté de jurisprudence, sans succès. Il fonde, avec Athanase Jourdan, la revue *Thémis*. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Catherine Lecomte, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 90-91.

⁴⁹⁵ JULLIOT DE LA MORANDIERE, Léon, « François Géný et la jurisprudence française », dans *Le centenaire du doyen François Géný. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1862*, Paris, Dalloz, 1963, p. 69. Léon Julliot de la Morandière (1885-1968) poursuit des études de droit à Rennes puis à Paris. Il soutient une thèse en droit (1908) et une autre, en sciences politiques et économiques (1910). Réussissant le concours de l'agrégation en 1912, il est d'abord nommé à Rennes, puis Strasbourg, Caen et Paris. Il participe à la Première Guerre mondiale, au cours de laquelle il est grièvement blessé. Dans les années 1930, il est envoyé en mission à la Maison franco-japonaise de Tokyo, puis en Colombie. Résistant pendant la Seconde Guerre mondiale, il est fait doyen, à la Libération, de la Faculté de Paris, où il se montre modéré dans l'épuration de l'université. Entre 1946 et 1958, il est membre du Comité constitutionnel ; en 1945, il préside la commission de réforme du Code civil. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 567.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ « On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois » (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 24).

⁴⁹⁸ JULLIOT DE LA MORANDIERE, Léon, « François Géný et la jurisprudence française », dans *Le centenaire du doyen François Géný...*, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁹⁹ FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, *op. cit.*

⁵⁰⁰ COLOMB, *De l'étude et de l'obéissance à la loi*, 3 novembre 1818, Paris, Baudouin frère, 1818 (*ibid.*, p.123).

l'a édictée. Or, les changements réguliers de régime au XIX^e siècle ne peuvent que favoriser la réitération de telles manifestations d'allégeance⁵⁰¹.

Alors, même si les travaux d'un Alexandre-Auguste Ledru-Rollin⁵⁰² ou d'un Edmond Meynial⁵⁰³ invitent à réévaluer le rôle de la magistrature, qui n'apparaît pas si indolente, il s'agit de se rendre à l'évidence : au moins jusqu'au milieu du siècle, le magistrat est réputé ne trouver les ressorts de ses décisions que dans la loi. Conformément à cet impératif, il doit s'évertuer à ne découvrir les modalités d'application de la loi que dans son expression littérale ou, à défaut, dans ses travaux préparatoires permettant de révéler l'intention du législateur originel⁵⁰⁴. Cette situation conduit à accorder une place théorique considérable aux travaux préparatoires et aux discussions tenues dans les hémicycles, afin de déterminer le sens profond des lois, alors même que le contenu de ces éléments distincts de la loi matérielle n'est peut-être ni pertinent ni exploitable pour en éclairer les termes⁵⁰⁵.

Quand bien même elle existerait, la notion de *jurisprudence* est, dès lors, réduite à n'être qu'une chambre d'écho des dispositions législatives⁵⁰⁶, dont elle ne pourrait s'écarter en arguant de la coutume, des usages ou de l'équité – ou, pire, en usant de la formule « selon une jurisprudence constante ». Ainsi, tenu par les termes de la loi et astreint à la lecture des travaux préparatoires, le juge est contraint à un rôle de servile automate et au devoir de brider toute manifestation d'indépendance. Cette situation conduit nécessairement à diminuer l'importance de la jurisprudence ; un dogme qui résonne longtemps, jusque dans les discours de rentrée du ministère public sous le Second Empire. En 1863, un substitut de Douai, Mengin de Bionval, énonce que « la loi est notre souveraine : le magistrat ne la discute pas, il s'en inspire ; il recherche sa pensée et s'incline devant ses oracles. Fier de cette glorieuse servitude qui est la condition de sa sagesse et de son impartialité, il sait sacrifier son sentiment à cette volonté de la loi, il a pour elle le respect du prêtre pour le sanctuaire »⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 34-35.

⁵⁰² LEDRU-ROLLIN, Alexandre-Auguste, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêstistes et la jurisprudence », *loc. cit.*

⁵⁰³ MEYNIAL, Edmond, « Les Recueils d'arrêts et les Arrêstistes », dans *Le Code civil, 1804-1904...*, *op. cit.*, p. 173-204.

⁵⁰⁴ Lors de débats relatifs au titre du mariage, contenu dans le projet de Code civil, le Premier consul émet la crainte que le projet ne soit « pas assez dogmatique » et que « si la loi n'indique pas le but qu'elle veut atteindre, et n'explique pas ses intentions, on décidera souvent contre son vœu par l'analyse de ses dispositions ». Antoine Boulay de la Meurthe, président de la section de législation au Conseil d'État, balaie sobrement cette crainte en renvoyant aux travaux préparatoires consignés dans un « procès-verbal qui lèvera les doutes, et expliquera l'intention de la loi ». Par-là, il confirme toute l'autorité des discussions préalables à l'adoption d'un texte législatif, qui doivent servir de guide pour la bonne compréhension de la loi (FENET, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. IX, p. 56).

⁵⁰⁵ V. la critique ultérieure portée par CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État...*, *op. cit.*, t. I, p. 707 et suiv.

⁵⁰⁶ V. ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 44 et suiv.

⁵⁰⁷ MENGIN DE BIONVAL, *Étude historique sur les compositions*, 3 novembre 1863, Douai, Wartelle, 1863 (cité par FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, *op. cit.*, p. 124).

Aussi, le juge doit-il alors apparaître, au XIX^e siècle, comme une ombre docile, au rôle singulièrement restreint. Cette docilité, si elle peut être volontaire, est, en toute hypothèse, doublement garantie. À l'égard du juge de cassation, dont il est craint le rôle unificateur de la jurisprudence, elle est assurée par une obligation de forme : celle de la mention d'un visa comme un incipit de chaque arrêt rendu⁵⁰⁸. La décision prononcée doit toujours introduire la base légale au regard de laquelle il s'est prononcé. Cette exigence permet de contrôler la manière dont la loi est appliquée, en prévenant toutes décisions rendues sur le fondement de considérations ne trouvant pas leur base dans la loi. Cet impératif de légalité permet, par ailleurs, au moins en apparence, d'avoir une loi à laquelle lier la solution rendue, indépendamment de sa bonne ou mauvaise application par le juge. À l'égard de tout juge, elle est assurée par une sanction : l'article 127 du Code pénal. Cet article dissuasif, reprenant la teneur de l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790⁵⁰⁹, rend coupable de forfaiture ceux qui « se [seraient] immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, [...] en arrêtant ou suspendant l'exécution d'une ou plusieurs lois ».

Au demeurant, au-delà des incitations textuelles, le législateur peut compter sur le concours de la Cour de cassation pour voir cette obéissance assurée. La Cour veille ainsi à ce que les juridictions du fond prohibent toute critique de la loi, qu'elles l'estiment juste ou injuste, bonne ou mauvaise : ils doivent se résoudre à la sourde application de la loi, en l'état. Dès 1814, la Cour en offre un exemple, en matière de lettre de change. Elle sanctionne une juridiction ayant refusé d'appliquer une loi jugée contraire « au commerce, à la jurisprudence et à la raison », au motif que « il n'appartient pas aux tribunaux de juger la loi et qu'ils doivent l'appliquer telle qu'elle est, sans qu'il ne leur soit jamais permis de la modifier ou de la restreindre par aucune considération, quelque puissante qu'elle soit »⁵¹⁰. Ici, la Cour de cassation s'inscrit dans une lignée jurisprudentielle, dont les jalons sont posés au moins depuis l'an V. Dans une décision antérieure censurant un tribunal refusant d'appliquer une amende à un prévenu, la Tribunal de cassation assénait déjà que :

⁵⁰⁸ L'obligation d'un visa fait l'objet d'une controverse dès l'été 1790, lors des débats relatifs à la future loi des 16-24 août 1790, et plus particulièrement à l'occasion des discussions relatives aux formes prescrites pour la rédaction des jugements – inscrites à l'article 15 du titre V de la loi. Finalement, la loi est muette quant à l'obligation de visa dans les décisions de justice ; à l'instigation, notamment, du député Charles Chabroud qui s'opposait à cette obligation, figurant dans le projet initial de la loi (*Moniteur universel*, 5 août 1790, p. 895). La notion réapparaît néanmoins quelques mois plus tard, lors des discussions relatives à l'établissement du Tribunal de cassation : cette fois-ci, l'obligation de visa est bien prescrite, figurant à l'article 17 de la loi des 27 novembre–1^{er} décembre 1790. Aujourd'hui, l'obligation est reproduite à l'article 1020 du Code de procédure civile, lequel dispose que « l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée ».

V. MORVAN, Patrick, *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 326 et suiv.

⁵⁰⁹ Loi des 16 et 24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 10 : « Les Tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture. »

⁵¹⁰ Cour cass., civ., 25 mai 1814, Halssselgrein, *Bull. civ.*, t. XVI, n°59, p. 151.

« le Tribunal de police d'Amans, au lieu d'appliquer la loi, seule fonction que la Constitution lui ait déléguée, s'est refusé à ce devoir, même en se livrant à la critique de la loi qu'il eût dû appliquer ; que cette critique inconstitutionnelle est d'autant moins fondée que [...] »⁵¹¹.

Cette obéissance due à la loi doit porter le juge à veiller à l'appliquer, à la lettre, et à refuser de donner son concours au pouvoir exécutif, dès lors que les demandes de ce dernier devaient le conduire à s'écarter d'elle. En atteste le Tribunal de Valenciennes qui, reléguant au second plan sa dépendance organique, se fait fort, en 1830, de rappeler que les instructions ministérielles suivies par le parquet ne peuvent obliger les juges du siège à outrepasser les prévisions de la loi, puisque « les magistrats, rigoureux observateurs des lois, ne peuvent à leur gré, selon les circonstances, ni les changer, ni les modifier »⁵¹².

A fortiori, le juge ne peut espérer s'ériger en égal du législateur ; ce qui emporte deux conséquences : tant la défense de faire que celle de défaire l'œuvre du législateur. La première est, plus précisément, relative à l'impossibilité d'édicter de normes à portée générale, conformément à la prohibition portée par l'article 5 du Code civil⁵¹³, au respect duquel la Cour de cassation veille. Elle a régulièrement l'opportunité de se faire le porte-voix de cette défense, qu'elle sanctionne dès le stade du filtrage de la chambre des requêtes. En 1829, elle mobilise cet article alors que le Tribunal civil de Colmar croit pouvoir arrêter de nouveaux tarifs relatifs aux ventes réalisées par des commissaires-priseurs : le jugement est censuré au motif qu'il y a là « un empiétement sur le pouvoir législatif »⁵¹⁴.

La seconde conséquence tient à l'interdiction, en raison de cette obéissance à la loi conjuguée au respect de la séparation des pouvoirs, d'exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi. Astreint au respect d'une loi qu'il ne peut discuter, le juge ne pourrait que la faire prévaloir sur des dispositions constitutionnelles, dès lors que les formes prévues par la constitution pour la délibération et promulgation de la loi ont été respectées. À plusieurs reprises, la Cour de cassation saisit ainsi l'opportunité de rappeler qu'elle ne peut contrôler l'adéquation de principes législatifs aux principes constitutionnels. Aussi, en 1833, la Cour s'interdit-elle de contrôler la conformité à la nouvelle Charte du contenu d'une loi de presse, permettant de traduire les auteurs de comptes rendus infidèles d'audiences directement devant

⁵¹¹ Trib. cass., crim., 11 fructidor an V (28 août 1797) (cité par SIGNOREL, « Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1904, t. XL, n°118, p. 90 91).

⁵¹² Le tribunal ajoute « qu'ils s'immisceraient dans les attributions du législateur, empiéteraient sur l'autorité de la Chambre des pairs, des députés et du Souverain, en adoptant aujourd'hui la nouvelle formule de serment requise par le procureur du roi » (Trib. Valenciennes, 13 août 1830, *Gazette des tribunaux*, 16-17 août 1830, t. V, n°1560).

⁵¹³ Code civil, article 5 : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

⁵¹⁴ Cour cass., req., 13 mai 1829, *Gazette des tribunaux*, samedi 16 mai 1829, t. IV, n°1176.

les juridictions offensées. Cette solution, rendue après dix heures de délibéré, témoignant de la complexité de la question, retient que :

« la loi du 8 octobre 1830, délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité »⁵¹⁵.

L'année suivante, dans une espèce relative aux conseils de discipline de la garde nationale, la Cour réitère, retenant dans une formulation proche, que « les lois délibérées et acceptées par le roi et légalement promulguées sont obligatoires pour tous les citoyens »⁵¹⁶. La critique de la loi sur fond d'inconstitutionnalité semble alors, en théorie, impossible sous la garde de la Cour de cassation. Cette impression est confortée par l'absence, tout au long du XIX^e siècle, de mécanisme propre à assurer le respect des actes constitutionnels par la loi. Ce vide confirme l'hégémonie de la loi et interdit aux juges judiciaires d'espérer s'ériger en organes de contrôle de constitutionnalité. Les pratiques développées par les juridictions inférieures, dans la suite du siècle, témoignent cependant d'un respect variable de cette interdiction.

Au fond, ces jurisprudences relèvent d'un principe plus général : celui de ne pas priver d'efficacité la loi, en la dénigrant ou en la concurrençant. Le juge doit, au contraire, livrer toute son énergie à s'assurer, en tant « [qu']organe des lois »⁵¹⁷, que celle-ci soit appliquée et effective. Néanmoins, son rôle se borne à la stricte application de la loi, elle seule, rien qu'elle. Cela le conduit alors, parfois, à refuser de rectifier ou d'enrichir la loi, quand bien même une telle intervention permettrait d'assurer son effectivité. Il en est ainsi du Tribunal correctionnel de Niort qui rappelle, en 1831, que « s'il y a eu erreur ou omission dans le texte des lois, il n'appartient pas aux magistrats d'y suppléer »⁵¹⁸. Dans cette espèce, le Code de pêche fluviale de 1829, abrogeant le droit antérieur – une ordonnance de 1669 –, annonçait un complément de législation, sous la forme d'une ordonnance qui n'est jamais advenue. Or, le tribunal ne peut que regretter cette défaillance dans la législation, tout en refusant d'y suppléer. Le même tribunal a l'occasion, quelques années plus tard, de manifester plus clairement encore son impuissance, à l'occasion d'une affaire relative à la révocation d'un huissier :

« si la révocation qui a été portée contre l'appelant peut paraître sévère, s'il est à souhaiter que la profession d'huissier soit entourée de garanties plus fortes, les

⁵¹⁵ Cour cass., crim., 11 mai 1833, *Paulin*, S. 1833. I. 357.

⁵¹⁶ Cour cass., crim., 3 janvier 1834, *Bull. crim.*, t. XXXIX, n°4, p. 4.

⁵¹⁷ L'expression est employée dans un jugement du Tribunal des Sables d'Olonne, qui témoigne éloquentement de cette sujétion : « les tribunaux, étant l'organe des lois, doivent les appliquer sans pouvoir s'écarter ni s'occuper de savoir s'il existe ou non quelques lacunes dans leurs dispositions » (Trib. corr. Sables d'Olonne, 17 novembre 1832, *Gazette des tribunaux*, 17 janvier 1833, t. VIII, n°2317).

⁵¹⁸ Trib. corr. Niort, 20 mai 1831, *Gazette des tribunaux*, 8 juillet 1831, t. VI, n°1841.

magistrats ne peuvent qu'appliquer les lois et non les interpréter, que la mission de les modifier ou de les améliorer est du domaine exclusif du législateur »⁵¹⁹.

Cette juridiction ne fait pas figure d'exception ; un tel état d'esprit est partagé par diverses juridictions. Telle la Cour royale d'Aix, en 1828, qui admet, en matière de vente à l'encan, la possibilité d'un abus du fait de la législation actuelle mais reconnaît « qu'à l'autorité législative seule il appartient de changer ou modifier la législation, et que les magistrats ne peuvent se déterminer dans leurs décisions, que d'après les lois existantes »⁵²⁰. D'aucuns verraient alors, dans cette prétendue obéissance aveugle à la lettre de la loi, une malice de la part du juge le conduisant à en limiter l'effectivité. En toute hypothèse, ces décisions témoignent de la reconnaissance d'une impossibilité : celle d'une supériorité de la loi, à laquelle les magistrats doivent vouer leur concours. Comme le rappelle de manière laconique la Cour royale d'Amiens :

« les magistrats appliquent la loi et ne la font pas »⁵²¹.

Dans cette optique, le juge doit, en principe, refuser d'étendre la loi, au-delà de ses prévisions, et, ainsi, refuser de créer des exceptions, qui suppléeraient ou compléteraient la loi et le conduiraient à obéir à autre chose que son texte.

Au XIX^e siècle, une impression générale demeure : les rapports entre les pouvoirs semblent se résoudre en faveur de la loi, dont le juge judiciaire est réputé être le fidèle répétiteur. Les juges judiciaires ne rompent jamais parfaitement avec ce dogme, qui se perpétue dans la seconde moitié du siècle, comme l'illustre un jugement, confirmé en appel, du Tribunal correctionnel de Nîmes en matière de réunions électorales. Le tribunal rappelle que « le premier devoir des magistrats est d'obéir à la loi », sans pouvoir discuter l'opportunité d'une règle prise au regard de « considérations que le tribunal n'a pas à juger »⁵²². Dans cette filiation, plusieurs jurisprudences se développent pour défendre la loi en tirant toutes les conséquences de cette primauté.

B. – La défense de la loi

Le juge judiciaire doit préserver l'intégrité de la loi, en s'opposant notamment à tout empiètement venu du pouvoir législatif ; au risque parfois de menacer les libertés des citoyens.

⁵¹⁹ Trib. corr. Niort, 3 janvier 1835, *Gazette des tribunaux*, 9 janvier 1835, t. X, n°2928.

⁵²⁰ CR Aix, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 5 novembre 1828, t. IV, n°1012.

⁵²¹ CR Amiens, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 23-24 novembre 1829, t. V, n°1339.

⁵²² Trib. corr. Nîmes, 28 août 1868, *Gazette des tribunaux*, 31 août-1^{er} septembre 1868, t. XLIII, n°12900.

Cette défense s'exprime particulièrement dans deux matières : en général, en droit pénal ; et, en particulier, en droit fiscal.

En matière pénale, deux constantes s'affirment, en lien avec le respect du principe de légalité des incriminations et des peines, retranscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁵²³. Il s'agit, d'une part, du refus de principe d'étendre la loi pénale, en autorisant son application à des situations non expressément prévues par elle, au moyen d'un raisonnement par induction ou analogie. Les tribunaux témoignent aisément de leur refus de suppléer au silence de la loi pénale en l'étendant et instaurent, par-là, une différence de nature entre droit civil et droit pénal. En témoigne une décision rendue, en 1826, par le Tribunal de police Paris, en matière de diffamation envers la mémoire d'un mort, qui admet une distinction :

« qu'en matière criminelle, le juge ne peut, comme en matière civile, suppléer à l'insuffisance et au silence même de la loi ».

Or, en l'espèce, si le tribunal admet que cette diffamation peut être « contraire aux préceptes et aux espérances de la religion, et à l'honneur, le premier principe d'une monarchie constitutionnelle, et le plus noble patrimoine des familles », cette reconnaissance est insuffisante à accueillir la demande en réparation de l'outrage, à défaut d'être en présence de « faits expressément punis, défendus et prévus par une loi positive »⁵²⁴. Ce refus traditionnel est régulièrement confirmé aussi bien par les juridictions de premier degré⁵²⁵ qu'en d'appel⁵²⁶ et, évidemment, en cassation⁵²⁷.

Il s'agit, d'autre part, du refus de créer des pénalités. Le principe est très tôt affirmé par la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans des termes qui doivent montrer toute l'étendue de son contrôle : elle ne peut que constater qu'une disposition pénale « demeure sans moyen coactif ou de répression, [...] les tribunaux ne [pouvant] prononcer des peines par induction ou présomption, ni même sur des motifs d'intérêt public », eux qui « n'ont

⁵²³ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 8 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. ».

⁵²⁴ Trib. pol. corr. Paris, 19 avril 1826, *Gazette des tribunaux*, 20 avril 1826, t. I, n°150.

⁵²⁵ Le Tribunal correctionnel de Carpentras prend ainsi soin de souligner « qu'il est en effet de principe, en matière pénale, que les termes de la loi doivent être pris dans leur acception propre et ne peuvent être détournés de leur sens naturel ; que l'analogie ne peut jamais être invoquée pour en déduire l'application d'une peine à un cas non prévu ; les juges n'étant pas investis d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les éléments d'un délit et devant consulter avant tout le texte de la loi » (Trib. corr. Carpentras, 3 septembre 1851, *Gazette des tribunaux*, 10 septembre 1851, t. XXVI, n°7542).

⁵²⁶ En 1844, la Cour royale de Bordeaux rappelle de manière laconique la rigueur du principe : « les prévenus posent mal la question en demandant s'il est permis d'étendre les dispositions d'une loi pénale ; [...] les principes les plus élémentaires répondant d'une manière négative, il n'y a pas lieu même à examen » (CR Bordeaux, 9 juillet 1844, *Gazette des tribunaux*, 7 novembre 1844, t. XX, n°5472).

⁵²⁷ La Cour de cassation énonce quant à elle, en 1850, dans une forme d'attendu de principe « que les lois pénales doivent être renfermées dans leurs termes et ne peuvent être étendues, par voie d'analogie, à des cas qu'elles n'ont pas expressément prévus » (Cour cass., crim., 9 mars 1850, *Gazette des tribunaux*, 10 mars 1850, t. XXV, n°7076).

d'attribution que pour appliquer les condamnations déterminées par la loi »⁵²⁸. La Cour rappelle régulièrement au cours du siècle cette limite⁵²⁹, aisément respectée des juridictions du fond. La Cour royale de Grenoble en fournit un exemple, dans une affaire relative à la possession d'armes à feu par la garde nationale : la cour rappelle ainsi que « le premier principe, en matière criminelle, est qu'aucune action de l'homme ne peut être passible de peines et justiciable des tribunaux criminels, qu'autant qu'elle a été prévue par la loi et qualifiée crime, délit ou contravention »⁵³⁰.

Les juges ne manquent alors pas de mots pour faire respecter ce principe. Une illustration en est fournie par Tribunal de Corbeil, qui, pour conclure à l'inconstitutionnalité d'une ordonnance royale, rappelle en 1828 :

« qu'il est de principe constant sous l'empire du droit constitutionnel, qui régit la France, qu'aucune peine ne peut être prononcée par les Tribunaux qu'autant qu'elle résulte d'une loi »⁵³¹.

Il est à remarquer que ce principe conserve toute sa force, même dans des matières aussi épineuses que celle de l'imprimerie, ainsi que le démontre le Tribunal correctionnel de Montargis, en 1829. Le jugement du tribunal, par ailleurs confirmé en appel, retient ainsi que :

« si, dans la législation, il existe des lacunes, il est préférable, pour ne pas tomber dans l'arbitraire, de s'abstenir de prononcer les peines plutôt que de s'exposer à en créer par des analogies ou des interprétations qui n'auraient pas été dans la pensée du législateur, et qu'en matière de crimes, délits ou contraventions, le juge n'a pas de règle plus sûre que l'application d'une loi positive »⁵³².

La même attitude prévaut dans le domaine fiscal. Ici, le principe directeur est, pour le juge, l'obligation de refuser de donner effet à des impositions ne reposant pas sur un texte légal. Ce principe trouve son assise dans l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du

⁵²⁸ Cour cass., crim., 8 septembre 1809, *Brivady*, *Bull. crim.*, t. XIV, n°152, p. 321.

⁵²⁹ À titre d'exemple, voici la motivation d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1845, qui doit se prononcer sur la faculté du Conseil de discipline de la garde nationale de refuser de commuer une peine d'emprisonnement. Elle énonce « [qu']une telle dérogation au système spécial de pénalité établi en cette matière, ne doit pas être étendue au-delà des termes dans lesquels elle est conçue ; et que ces termes énoncent clairement que dans le cas prévu par la disposition, et si l'infraction emporte l'emprisonnement, le Conseil n'est pas tenu de commuer cette peine, mais qu'il en a la faculté selon son appréciation des circonstances, en sorte que l'emprisonnement ne cesse pas d'être la peine légale, et que le Conseil peut aussi en maintenir l'application sans excéder ses pouvoirs, et sans qu'il en résulte une aggravation de peine dans le sens de la loi » (Cour cass., crim., 5 décembre 1845, *Gazette des tribunaux*, 12 décembre 1845, t. XX, n°3754).

⁵³⁰ CR Grenoble, 3 mai 1832, *Gazette des tribunaux*, 7-8 mai 1832, t. VII, n°2100.

⁵³¹ Trib. corr. Corbeil, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 7-8 janvier 1828, t. III, n°755.

⁵³² Trib. corr. Montargis, 7 janvier 1829, reproduit sous CR Orléans, 12 février 1829, *Gazette des tribunaux*, 15 février 1829, t. IV, n°1098.

citoyen⁵³³, qui trouve son pendant dans les actes constitutionnels ultérieurs⁵³⁴. Ainsi, logiquement, les juridictions ne peuvent étendre, de leur propre mouvement, des dispositions fiscales. En 1832, dans un arrêt relatif aux tarifs perçus sur des rivières, la Cour de cassation illustre la défense du principe, en rappelant clairement les juges judiciaires tant à leurs attributions qu'à leurs limites :

« les tarifs ne peuvent être étendus [...] par l'autorité judiciaire, qui n'a mission que pour faire exécuter les lois et règlements existants, et non pour créer des tarifs sous prétexte d'analogie et d'assimilation »⁵³⁵.

Ici, cependant, le juge ne doit pas simplement s'astreindre à un simple rôle en négatif – ne pas préempter les missions fiscales de la loi. Il lui incombe, à l'inverse, de veiller à la vigueur du principe, ou plutôt de refuser à prêter son concours à ceux qui chercheraient à empiéter sur cette prérogative toute législative. De fait, le respect autant que la garde du principe conduisent le juge judiciaire à estimer pouvoir opérer un examen des ordonnances royales, aux fins de s'assurer que celles-ci ne constituent pas un empiètement sur la prérogative fiscale ressortant exclusivement du législateur. Ce contrôle se développe, effectivement, au début des années 1830, à la faveur d'une libération des juridictions à l'endroit du pouvoir exécutif⁵³⁶, et prend pour fondement l'article 40 de la Charte de 1830⁵³⁷, qui est utilement convoqué par les juridictions pour exercer ce contrôle. Il apparaît néanmoins que les juridictions n'observent pas une position homogène sur ce sujet. Quand les Cours royales de Grenoble et de Bordeaux⁵³⁸ acceptent de donner effet à une ordonnance royale de 1824, qui institue un prélèvement au profit

⁵³³ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 14 : « Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée. »

⁵³⁴ Le principe est repris tant dans les Chartes constitutionnelles du 4 juin 1814 (« De la Chambre des députés des départements », article 48 : « Aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux Chambres et sanctionné par le roi. ») et du 14 août 1830 (« De la Chambre des députés », article 40 : « Aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux Chambres et sanctionné par le roi. »), que par la Constitution du 4 novembre 1848 (chapitre II « Droits des citoyens garantis par la Constitution », article 16 : « Aucun impôt ne peut être établi ni perçu qu'en vertu de la loi. ») et celle du 14 janvier 1852 (titre V « Du Corps législatif », article 39 : « Le Corps législatif discute et vote les projets de loi et l'impôt. »).

⁵³⁵ Cour cass., req., 14 janvier 1832, *Gazette des tribunaux*, 21 janvier 1832, t. VII, n°2109.

⁵³⁶ V. BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, op. cit., p. 201-223.

V. *supra*, §1. – Les décrets impériaux.

⁵³⁷ Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « De la Chambre des députés », article 40 : « Aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux Chambres et sanctionné par le roi. »

⁵³⁸ En 1833, la Cour de Grenoble infirme le jugement du Tribunal civil de Grenoble, qui a refusé d'appliquer l'ordonnance royale du 8 décembre 1824, en ce qu'elle crée un nouvel impôt au profit d'un directeur privilégié de théâtre. Elle estime qu'il ne s'agit pas, ici, de la création d'une nouvelle imposition et que la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 8 juin 1806 confèrent à l'administration municipale le droit de réglementer l'exercice des activités théâtrales (CR Grenoble, 6 juillet 1833, *Gavin c/ Couard*, S. 1833. II. 628).

Conf. : CR Bordeaux, 18 avril 1836, *Leroux c/ Combelle*, S. 1836. II. 410.

de certains directeurs de théâtre – dits directeurs privilégiés⁵³⁹ –, à l'inverse, la Cour de Rennes se montre plus scrupuleuse : elle restreint le rôle de l'administration à la réglementation des spectacles au regard de l'ordre public, sans pouvoir obliger au paiement d'un tribut s'apparentant à une imposition non votée par les Chambres⁵⁴⁰.

De son côté, la Cour de cassation maintient une jurisprudence constante sur ce sujet : lorsque les pourvois parviennent jusqu'à elle, elle n'hésite pas à déclarer illégale les impositions décrétées par ordonnances. Ainsi, relativement à une ordonnance du 2 septembre 1838, propre à l'imposition d'importations vers l'île de la Sonde⁵⁴¹ ; de même à l'endroit d'une ordonnance du 14 septembre 1834, relative à la perception d'un droit de péage sur le pont d'Arles, prise, selon la Cour, dans une forme impropre⁵⁴² ; de même, encore, à l'égard d'une ordonnance du 25 juillet 1841, créant une perception d'octroi pour la ville de Douai⁵⁴³. Ces prises de positions de la Cour de cassation conduisent cependant à des réactions contrastées, à l'image du traitement de l'ordonnance de 1838 précitée. Si la Cour obtient néanmoins du pouvoir exécutif une révision de ladite ordonnance – modifiée le 6 mai 1841⁵⁴⁴ –, à l'endroit des juridictions inférieures, le succès est moindre. Alors que la Cour décide que l'ordonnance ainsi réformée ne peut plus être frappée d'inconstitutionnalité pour la période antérieure à 1841, le Tribunal civil de Rouen, juridiction de renvoi, fait fi de cette décision pour juger différemment, obligeant la Cour de cassation à devoir, en censurant, réitérer sa position de principe⁵⁴⁵.

Ces jurisprudences illustrent le rôle de l'ordre judiciaire : dans une forme de défense active, il lui incombe de veiller à assurer l'effectivité de la loi, pas moins, pas plus. C'est ce que rappelle, efficacement, la Cour royale de Rouen, dans une affaire d'imprimerie :

« les tribunaux ne peuvent ajouter à la loi des dispositions coercitives qu'elle ne contient pas, faire des règlements d'ordre public et ériger en lois leurs décisions »⁵⁴⁶.

Cette charge incombe particulièrement à la Cour de cassation, dont la mission est de n'avoir en vue que la loi. En ce turbulent XIX^e siècle, elle porte particulièrement ce rôle en matière de presse, où, régulièrement, elle doit œuvrer pour faire respecter une loi que les

⁵³⁹ Le prélèvement, décrété par l'article 15 de l'ordonnance du 8 décembre 1824 relative à l'organisation des théâtres dans les départements, indemnise le privilège d'organisation des spectacles de curiosité conféré aux directeurs privilégiés de théâtre. Il est dû par les troupes qui exerceraient dans les villes dans lesquelles de tels directeurs sont établis.

⁵⁴⁰ CR Rennes, 21 avril 1834, *Vidal et Robba c/ Poirier*, S. 1834. II. 388.

⁵⁴¹ Cour cass., civ., 29 novembre 1842, *L'administration des douanes c/ De Coninck et al.*, S. 1843. I. 447.

⁵⁴² Cour cass., crim., 14 juin 1844, *Gazette des tribunaux*, 24-25 juin 1844, t. XIX, n°5360.

⁵⁴³ Cour cass., req., 27 novembre 1844, *Ville de Douai c/ Blot*, D. 1845. I. 38.

⁵⁴⁴ V. MESTRE, Jean-Louis, « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851 », dans *Administration et droit...*, op. cit., p. 129 ; BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, op. cit., p. 208.

⁵⁴⁵ Cour cass., réunies, 24 mars 1847, *L'administration des douanes c/ De Coninck et al.*, S. 1847. I. 264.

⁵⁴⁶ CR Rouen, 1^{er} avril 1830, *Gazette des tribunaux*, 7 avril 1830, t. V, n°1452.

juridictions inférieures cherchent souvent à contourner. Un exemple en est donné par un arrêt rendu en 1838 en matière de publicité des débats judiciaires. Une loi de 1835 encadre en effet la manière dont les débats judiciaires peuvent être relatés dans la presse. Or, une gazette, *Le Mémorial Dieppois*, a tenté de contourner ces restrictions en insérant un compte rendu non directement mais *via* une lettre accompagnant le journal et présentant une narration de ces débats. Relaxés en première instance et en appel, les prévenus ont rencontré la fermeté de la Cour de cassation, qui accueille le pourvoi et casse l'arrêt d'appel. En l'espèce, la Cour s'assure qu'un tel stratagème, certes ingénieux, ne puisse « rendre illusoire la prohibition de la loi »⁵⁴⁷. À cet égard, cette cassation, qui correspond au sens de la loi et au vœu du législateur, n'est pas un épiphénomène : cela rappelle au fond le rôle précaire de la Cour de cassation, qui, instaurée pour assurer le seul respect de la loi auprès des juridictions inférieures, voit ses dogmes régulièrement contestés. Cette situation s'explique aisément : elle n'a qu'une faible marge de manœuvre pour contraindre au respect de sa jurisprudence, parce que, originellement, elle n'est pas censée être une source de jurisprudence. Ce postulat, qui conduit les juridictions du fond à remettre régulièrement en cause son autorité, est intimement lié à la conception originelle du Tribunal de cassation : un organe destiné à assurer la primauté de la loi.

§2. – L'asservissement originel du Tribunal de cassation

Pour comprendre le rôle et l'attitude de la Cour de cassation, il faut faire un détour par la période révolutionnaire, qui institue un Tribunal de cassation. L'ère intellectuelle qui s'ouvre avec la Révolution française ne laisse guère de doute quant au sort qui doit être réservé à l'ordre judiciaire et, plus encore, à la juridiction placée en surplomb de l'ensemble des juridictions judiciaires. Dès 1790, Isaac Le Chapelier résume, en termes éloquents, la disposition d'esprit des hommes de son temps, lors de la discussion de la loi instituant le Tribunal de cassation :

« Le Tribunal de cassation, pas plus que les tribunaux de district ne doit avoir de jurisprudence à lui ! Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait la

⁵⁴⁷ La Cour retient en effet « [qu']un pareil système, s'il pouvait être admis, aurait pour résultat de rendre illusoire la prohibition de la loi, puisque, malgré ces prohibitions, et sous le prétexte de répondre à des articles insérés dans d'autres journaux, un journal pourrait rendre un compte détaillé du procès d'outrages et d'injures et donner ainsi à ce genre de procès la publicité que la loi a voulu éviter » (Cour cass., crim., 2 mars 1838, *Gazette des tribunaux*, 5-6 mars 1838, t. XIII, n°3895).

détruire. L'unique but des dispositions sur lesquelles vous allez délibérer est d'empêcher qu'elle ne s'introduise »⁵⁴⁸.

Si, au fond, cet espoir est battu en brèche par l'exigence de motivation et de publicité des décisions⁵⁴⁹, qui concourt à l'unité de la jurisprudence, le Tribunal de cassation est limité dans son statut, dans ses prérogatives et dans la hiérarchie juridictionnelle. Ce résultat est sciemment recherché par les Constituants, qui voient dans le Tribunal un outil instauré pour garantir l'application littérale de la loi et prévenir toute dictature du pouvoir judiciaire. Deux siècles plus tard, Pierre Bellet, alors premier président de la Cour de cassation, résume ainsi le projet :

« [La Cour de cassation] succède au Conseil des Parties, l'une des sections du Conseil du roi, compétente pour les questions de justice. Elle apparaît ainsi de noble ascendance, par son père, mais sa mère est la Révolution, et ses parrains sont Robespierre, Saint-Just, Le Chapelier, de véritables révolutionnaires, qui préfèrent en faire une authentique roturière et tout est fait pour qu'elle ne soit point grisée par les souvenirs du passé »⁵⁵⁰.

La loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 doit verrouiller les ambitions de cette institution. Elle instaure le Tribunal de cassation, un organe dépourvu *ab initio* d'autonomie sur le plan institutionnel (A) ; une conception que la mise en œuvre du référé législatif, maintenu longtemps après l'avènement de la *Cour* de cassation, doit conforter (B).

A. – La sujétion institutionnelle

Les débats relatifs à l'établissement du Tribunal de cassation illustrent autant la crainte que la suspicion que suscite ce nouvel organe. À l'image du titre de *cour* qui lui est dénié « afin de calmer son ambition et de la détourner de jouer un rôle comparable à celui de nos anciens Parlements »⁵⁵¹, les Constituants répugnent à accorder une once d'autonomie à ce Tribunal, qui, par son activité juridictionnelle, risquerait de contrarier l'équilibre entre les pouvoirs. Certes, certains tels le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, lui reconnaissent un rôle essentiel : « maintenir l'unité, l'uniformité dans toutes les décisions judiciaires » et prévenir la « dictature

⁵⁴⁸ *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XX, p. 517.

⁵⁴⁹ V. *infra*, §1. – La motivation des décisions.

⁵⁵⁰ BELLET, Pierre, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », *Revue internationale de droit comparée*, 1980, n°2, p. 293.

⁵⁵¹ JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1938, t. I, p. 65.

judiciaire »⁵⁵². Mais c'est jusque dans sa sédentarité que le Tribunal est discuté, contesté, puisqu'il n'est « aucun pouvoir public qu'il faille limiter avec plus d'exactitude que celui-là [le pouvoir judiciaire] »⁵⁵³.

La question du rôle à jouer par le Tribunal de cassation nourrit donc les débats, en opposant « les partisans de la théorie mécaniste de l'application de la loi [...] aux tenants du pouvoir d'interprétation du Tribunal »⁵⁵⁴. Mais c'est le premier parti qui l'emporte, en obtenant la sujétion institutionnelle de ce nouvel organe : à l'instigation de Philippe-Antoine Merlin de Douai⁵⁵⁵, la Constituante parvient enfin à décider que le Tribunal de cassation, sédentaire, sera placé « auprès du Corps législatif »⁵⁵⁶. Les Constituants confirment alors deux volontés : celle de placer le Tribunal sous leur propre tutelle, tout en éloignant le spectre du pouvoir exécutif⁵⁵⁷. La loi de 1790 instaure ainsi un Tribunal de cassation, dénué d'autonomie et doté d'une autorité limitée. Cette philosophie transparaît des termes de son article 30, qui souligne la filiation entre le Conseil des parties et le Tribunal de cassation, en précisant que « le conseil des parties est supprimé, et il cessera ses fonctions le jour que le Tribunal de cassation aura été installé ». Cela transparaît, bien plus encore, de l'article 25 du décret du 2 brumaire an IV (24 octobre 1795), concernant l'organisation du Tribunal de cassation, qui dispose ainsi :

« Le règlement du 28 juin 1738, et les lois antérieures relatives au Tribunal de cassation, continueront d'y être observés en toutes les dispositions auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi. »

⁵⁵² *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XV, p. 673.

⁵⁵³ Nicolas Bergasse s'exprime ainsi, à la séance du 17 août 1789, dans son rapport au nom du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. VIII, p. 440).

⁵⁵⁴ MONTAZEL, Laurence, *Entre fait et droit : histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIX^e siècle*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1998, p. 7.

⁵⁵⁵ Philippe-Antoine Merlin, dit Merlin de Douai (1754-1838), poursuit des études de droit à Douai et prête serment comme avocat au parlement de Flandre en 1775. À partir de 1784, il participe, autour de Nicolas Guyot, à la rédaction du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. En avril 1789, il débute sa carrière politique en étant élu député du Tiers du bailliage de Douai aux États généraux. En 1791, il est élu juge du département du Nord et préside le tribunal criminel de ce département jusqu'à son élection à la Convention nationale un an plus tard. Sous le Directoire, il est nommé ministre de la justice, avant d'en devenir l'un des directeurs. Après s'être retiré quelques mois de la vie politique, il intègre le Tribunal de cassation dont il devient commissaire du gouvernement (1801). Sa carrière d'homme politique et de magistrat est néanmoins interrompue par la chute de Napoléon Ier ; il est condamné au bannissement perpétuel et trouve refuge à Bruxelles, jusqu'à l'amnistie décrétée par la Monarchie de Juillet qui lui permet de rentrer à Paris. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Jacques Clère, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 559-561.

⁵⁵⁶ Le principe est retranscrit à l'article 1^{er} de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, relative à la création de ce Tribunal : « Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif. »

⁵⁵⁷ Quelques mois plus tard, la Constitution du 3 septembre 1791 confirme ce projet en traçant une frontière étanche entre les juges de cassation et les ministères. Elle dispose qu'à l'instar des membres de l'Assemblée nationale, « les membres du Tribunal de cassation [...] ne pourront être promus au ministère, ni recevoir aucunes places, dons, pensions, traitements, ou commissions du pouvoir exécutif ou de ses agents, pendant la durée de leurs fonctions, ni pendant deux ans après en avoir cessé l'exercice » (chapitre II « De la Royauté, De la Régence et des ministres », section IV « Des ministres », article 2, alinéa 1^{er}). À cet égard, la Constitution de 1791 reprend l'essentiel de la loi de 1790 et précise, par ailleurs, « [qu']il y aura pour tout le royaume un seul Tribunal de cassation, établi auprès du Corps législatif » (chapitre V « Du pouvoir judiciaire », article 18).

Or, la philosophie même du Conseil des parties n'invite pas à investir le Tribunal de cassation d'une grande aura juridictionnelle : ainsi que le rappelait, au XVIII^e siècle, le conseiller d'État Guillaume-François Joly de Fleury⁵⁵⁸, conseiller d'État, dans ses *Mémoires au roi*, « la cassation a été introduite plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables »⁵⁵⁹.

L'ensemble de la loi de 1790 confirme cette impression. Si elle accorde aux plaideurs les mêmes droits et garanties devant le Tribunal de cassation que devant les juridictions ordinaires (débat contradictoire, liberté des plaidoiries, publicité des audiences)⁵⁶⁰, le Tribunal de cassation demeure une institution étrangère à son propre ordre⁵⁶¹. L'alinéa 2 de l'article 21 de la loi de 1790 promeut l'image d'un Tribunal, détaché, malgré lui, de son corps juridictionnel, en lui refusant l'exercice d'un troisième degré de juridiction, auquel est préférée l'institution du référé législatif⁵⁶². Or, en imposant le recours à un référé législatif, cet article abîme durablement l'autorité du Tribunal de cassation, auquel sont refusés une autorité dissuasive et les moyens d'imposer sa décision aux juridictions du fond⁵⁶³. Mais ce choix s'explique avant tout par un double objectif : confirmer sa dépendance à l'égard du législateur, auquel il doit rendre des comptes, et lui refuser un pouvoir d'unification du droit.

⁵⁵⁸ Guillaume-François Joly de Fleury (1675-1756) devient avocat en 1695, avant d'intégrer la Cour des aides en qualité d'avocat général (1700) puis le parlement de Paris, à la même fonction (1705), où il brille par ses mercuriales et réquisitoires. En 1715, il intervient, en faveur de la régence du duc d'Orléans, pour l'adaptation du testament de Louis XIV. En 1717, il est nommé procureur général. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par David Feutry, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., p. 559.

⁵⁵⁹ Cité par JOUARRE, Léon, *Les tribunaux de cassation en législation comparée. Discours prononcé à l'ouverture de la conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le 14 décembre 1901*, Paris, Maréchal, 1901, p. 43.

⁵⁶⁰ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 11 : « Les sections du Tribunal de cassation, soit qu'elles jugent séparément, soit qu'elles se réunissent, suivant les cas spécifiés, tiendront toujours leurs séances publiquement » ; article 12 : « En toute affaire, les parties pourront par elles-mêmes, ou par leurs défenseurs, plaider et faire les observations qu'elles jugeront nécessaires à leur cause ou à leur demande » ; article 13 : « Dans les procès qui seront jugés sur rapport, la discussion sera précédée du rapport par un des juges sans qu'il énonce son opinion. Les parties ou leurs défenseurs ne pourront être entendus qu'après ce rapport terminé. Il sera libre aux juges de se retirer en particulier pour recueillir les opinions ; ils rentreront dans la salle d'audience pour prononcer leur jugement en public. – Cette forme sera celle de tous les autres tribunaux du royaume, dans toutes les affaires qui y seront jugées sur rapport. »

⁵⁶¹ Il y a d'ailleurs débat à la Chambre sur l'appartenance de celui-ci à l'ordre judiciaire ; Maximilien Robespierre considère, lui, qu'il n'en fait pas partie (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XX, p. 22 et suiv.).

V. LESAGE, Michel, *Les interventions du législateur...*, op. cit., p. 31 et suiv.

⁵⁶² Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 21, alinéa 2 : « Lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation, qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi ; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement ».

V. *infra*, B. – Le handicap du référé législatif.

⁵⁶³ V. HAIN, Jordan, *Interpréter la loi. 1789-1804*, [th. droit, Paris], 2021 ; HALPERIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution...*, op. cit. ; HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, op. cit. ; SAPHORE, Céline, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, [th. droit, Bordeaux], 2003.

Privés de la faculté de connaître du fond des affaires⁵⁶⁴, les juges de cassation doivent uniquement avoir en vue la défense de la loi, qui est d'ailleurs leur seul guide. En effet, les cas d'ouverture à cassation sont restreints, en 1790, à la seule considération de la loi : la cassation n'est originellement conçue que comme un moyen de censurer la « contravention expresse à la loi » et « la violation des formes de procédure prescrites à peine de nullité »⁵⁶⁵. Or, cette limitation, par la loi et pour la loi, perdure même après la transformation du Tribunal en une Cour, puisque la loi du 20 avril 1810 rappelle que la cassation ne s'effectue que dans ces deux hypothèses⁵⁶⁶. Bien plus, si la cacophonie de la période révolutionnaire a permis au Tribunal de s'affirmer dans certains domaines et d'élargir sa saisine, l'avènement de l'Empire puis de la Restauration s'accompagnent d'un affaiblissement de la Cour de cassation. À cet égard, Jean-Louis Halpérin remarque même que les ouvertures à cassation, extensivement défendues par le Tribunal de cassation, se réduisent dès le début du siècle et particulièrement sous la Restauration, alors que l'institution est notamment présidée par un homme, Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey, lui-même « hostile à la pratique des cassations pour fausse interprétation de la loi », une innovation de la pratique⁵⁶⁷.

C'est également dans cet esprit d'inféodation que le Tribunal est mandé pour faire connaître, chaque année, les vices et insuffisances de la législation⁵⁶⁸. Son objet est alors de veiller au perfectionnement de la loi, tout en censurant les juges qui prétendraient concourir à l'élaboration de loi. Il y a donc une forte tutelle qui souligne le rôle à la fois entravé et limité du Tribunal : exister au service du Corps législatif. Il apparaît vite néanmoins que cette mission n'est que peu exercée, sans pour autant qu'elle signifie une libération du Tribunal : le pouvoir législatif sent vite combien il peut être dangereux de voir une députation, issue des rangs du

⁵⁶⁴ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 3, alinéa 3^e : « Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires : après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après. »

⁵⁶⁵ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 3, alinéas 1^{er} et 2^e : « Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. – Et jusqu'à la formation d'un code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité, et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'empire, donneront ouverture à la cassation. »

⁵⁶⁶ Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, article 7 : « La justice est rendue souverainement par les cours impériales ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi. »

⁵⁶⁷ HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 45.

⁵⁶⁸ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, article 24 : « Chaque année, le Tribunal de cassation sera tenu d'envoyer à la barre de l'assemblée du Corps législatif, une députation de huit de ses membres, qui lui présenteront l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels sera la notice abrégée de l'affaire, et le texte de la loi qui aura décidé la cassation. » La disposition est enrichie ultérieurement par la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800), dont l'article 86 dispose que « Le Tribunal de cassation enverra, chaque année, au Gouvernement, une députation pour lui indiquer les points sur lesquels l'expérience lui aura fait connaître les vices ou l'insuffisance de la législation ».

Tribunal de cassation, venir lui faire des reproches sur les imperfections de sa législation, sans en prendre ombrage et sans voir le Tribunal s'ériger en scrutateur critique de son œuvre. La prérogative tombe en désuétude pour plusieurs décennies. Elle est réactivée, en 1823, par la Cour de cassation, qui entend créer une commission chargée de rechercher les vices de la législation à faire remonter au gouvernement. Ce vœu n'a, cependant, connu aucune suite et la mesure a été remplacée par la communication annuelle de tableaux statistiques à compter de 1825⁵⁶⁹.

Au-delà de l'étau imaginé en droit pour enserrer l'action de la haute juridiction, le comportement passé du pouvoir législatif a contribué à renforcer cette image de sujétion du Tribunal de cassation, particulièrement sous la Convention nationale. D'une part, lorsqu'elle investit, en mars 1793, un tribunal criminel extraordinaire – dit Tribunal révolutionnaire –, constitué de juges nommés par la Convention et chargé du soin de juger les ennemis du peuple et toute « entreprise contre-révolutionnaire »⁵⁷⁰. L'existence même de cet organe concurrent illustre la défaveur et la méfiance qui entourent le Tribunal de cassation, détrôné au sens propre par ce nouveau Tribunal, qui prend sa place dans la Grand'Chambre du Palais de justice de Paris. Le Tribunal de cassation est même délogé du Palais de Justice, quand certains de ses membres sont soumis par la guillotine⁵⁷¹. Mais une apogée semble atteinte, d'autre part, par les décrets d'annulation pris par la Convention, entre l'automne 1793 et floréal an III (avril 1795). Par vingt-deux décrets, elle annule des jugements du Tribunal de cassation qui consacrent, au mépris de la séparation des pouvoirs, tant son ingérence dans les affaires juridictionnelles que le désaveu dudit Tribunal⁵⁷². Un décret du 6 brumaire an II (27 octobre 1793) retient même, dans son exposé des motifs, que :

« le Tribunal de cassation finirait par renverser toutes les lois dont il est chargé de maintenir l'exécution, si la Convention laissait subsister ceux de ses jugements qui sont marqués au coin de l'arbitraire »⁵⁷³.

⁵⁶⁹ V. CREPON, Théophile, *Cour de cassation, origines, organisation, attributions du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, Larose & Forcel, 1892, t. I, p. 225 et suiv. ; FUZIER-HERMAN, Édouard, *Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, Paris, L. Larose & Forcel, 1886-1906, t. IX, v° *Cassation*, p. 148 et suiv. ; PERROT, Michelle, & ROBERT, Philippe, *Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1880 et rapport relatif aux années 1826 à 1880*, Genève-Paris, Slatkine, 1989.

⁵⁷⁰ Décret du 10 mars 1793, relatif à la formation d'un tribunal criminel extraordinaire et qui règle sa composition et ses attributions.

⁵⁷¹ HALPERIN, Jean-Louis, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », dans *Le Tribunal et la Cour de cassation...*, op. cit., p. 34.

⁵⁷² HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, op. cit., p. 59-60.

Jean-Louis Halpérin en dénombre, quant à lui, dix-sept entre octobre 1793 et messidor an II (juillet 1794) (HALPERIN, Jean-Louis, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », dans *Le Tribunal et la Cour de cassation...*, op. cit., p. 34-35).

⁵⁷³ *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. LXXVII, p. 672.

Relégué à un rôle de simple administrateur⁵⁷⁴, le juge de cassation doit toujours plus en référer à une assemblée devenue omnipotente.

Le Tribunal révolutionnaire est finalement supprimé par le décret du 12 prairial an III (31 mai 1795) qui doit permettre de réhabiliter le Tribunal de cassation et mettre fin à cette préemption, par l'Assemblée, de prérogatives de nature juridictionnelle. Quelques mois plus tard, la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) confirme cette tendance, en détachant le Tribunal de cassation du pouvoir législatif⁵⁷⁵. Mais la pratique du pouvoir en cette fin de siècle empêche rapidement le Tribunal de voir son indépendance confirmée. Après avoir connu des relations houleuses avec le Directoire, le Tribunal subit le contrecoup du coup d'État du 18 fructidor an V (14 septembre 1797), durant lequel sont prononcées des annulations d'élections de juges de cassation⁵⁷⁶. De même, si l'affranchissement du législateur est confirmé par la suppression éphémère du référé législatif⁵⁷⁷, le Tribunal de cassation doit composer avec l'ascendant grandissant du pouvoir exécutif sur l'opportunité de ses décisions et le maintien de ses magistrats, desquels il est attendu qu'ils fassent « carrière comme un militaire »⁵⁷⁸. Le Tribunal de cassation ne trouve pas non plus la clef de son indépendance dans les textes issus de l'ère napoléonienne. Ceux-ci ne font que déplacer l'allégeance, en la rapportant, cette fois, sur le pouvoir exécutif, et préfèrent consacrer l'autorité souveraine des cours impériales, au détriment de la Cour de cassation⁵⁷⁹ : ainsi, la notion de *souveraineté* est réhabilitée au profit des cours impériales restaurées, plutôt qu'à l'endroit de la Cour de cassation, organe censé les chapeauter.

Au fond, l'institution d'un tel Tribunal a été instrumentalisée pour concilier deux exigences : éviter d'ériger cet organe en arbitre des lois, tout en s'assurant que les juges judiciaires ne puissent impunément les transgresser. Le Tribunal de cassation, même devenu

Ces annulations, auxquelles n'échappent pas d'autres juridictions judiciaires, soupçonnées d'arbitraire et de violation de la loi, sont formulées au visa du décret du 4 frimaire an I (24 novembre 1792), dont l'article 11, section II, rappelle « [qu']à la Convention seule appartient le droit de donner l'interprétation des décrets et l'on ne pourra s'adresser qu'à elle seule pour cet objet ».

V., également, HALPERIN, Jean-Louis, « Les décrets d'annulation des jugements par la Convention », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ? Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986*, Paris, PUF, 1988, t. II, p. 457-468.

⁵⁷⁴ La justice, comprise comme l'*application des lois*, est rangée dans la catégorie de « l'exécution des lois » par le décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793) sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire, section III « Exécution des lois », article 3.

⁵⁷⁵ À l'inverse de la Constitution de 1791, celle du 5 fructidor an III (22 août 1795) ne précise plus que le Tribunal de cassation est placé *auprès* du Corps législatif.

⁵⁷⁶ V. HALPERIN, Jean-Louis, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », dans *Le Tribunal et la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 34-35.

⁵⁷⁷ En renvoyant aux sections réunies du Tribunal de cassation le soin de trancher un second pourvoi dans une même espèce (article 78), la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) renonce au référé législatif.

⁵⁷⁸ REMY, Philippe, « La part faite au juge », *loc. cit.*, p. 28.

⁵⁷⁹ Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, article 7 : « La justice est rendue souverainement par les cours impériales [...] »

Cour de cassation en 1804⁵⁸⁰, est donc essentiellement conçu comme un instrument dénué d'indépendance ; c'est ce que révèle la volonté de maintenir le référé législatif jusque dans la première moitié du XIX^e siècle.

B. – Le handicap du référé législatif

Le référé législatif n'est ni dans son titre ni dans son mécanisme, une invention des Constituants. L'expression, absente des textes tant révolutionnaires que postérieurs, est une « création du Palais »⁵⁸¹. Le mécanisme, quant à lui, est repris de l'ordonnance civile de 1667⁵⁸². Sous l'Ancien Régime, il est conçu pour permettre de limiter le pouvoir créateur des Parlements en les obligeant à référer au roi, en cas d'ambiguïté ou insuffisance de la loi. En 1790, le mécanisme est, au fond, utilisé dans le même sens – empêcher l'avènement d'un contre-pouvoir judiciaire fort – et renaît à la faveur du renouvellement du concept de souveraineté. En prenant le corps politique, représenté en un corps législatif, comme seul auteur de la loi, il devient impensable et impossible de confier l'interprétation des lois et la conciliation de jugements contradictoires à un organe qui ne serait pas issu de ses rangs. L'institution du référé législatif se trouve donc au croisement d'une double crainte : empêcher les juges, sans légitimité, de s'ériger en censeurs de la loi et surveiller l'organe à la tête du pouvoir judiciaire, qui risquerait de s'ériger en un concurrent indépendant du Corps législatif. D'autant que, pour les Constituants, l'interprétation judiciaire consacre nécessairement une vision corruptrice de la

⁵⁸⁰ Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804), titre XIV « De l'ordre judiciaire », article 136 : « Le Tribunal de cassation prend la dénomination de *Cour de cassation*. »

⁵⁸¹ HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁸² Ordonnance civile du 20 avril 1667, titre I « De l'observation des ordonnances », article 7 : « Si dans les jugements des procès qui seront pendants en nos cours de parlement et nos autres cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention. »

loi : il s'agit donc de parvenir à trouver un moyen de soumettre le juge à la loi et, surtout, au législateur.

En dépit des souhaits d'Emmanuel Sieyès⁵⁸³ de voir naître une formation détachée et autonome – un « grand conseil de révision »⁵⁸⁴ –, la technique du référé législatif s'impose rapidement. Le principe se justifie par une idée simple : « nulle autorité ne peut s'imposer à elle-même une loi qu'elle ne puisse pas révoquer »⁵⁸⁵ ; aussi, seul le législateur, chargé de faire la loi, peut-il encore la défaire et, *a fortiori*, l'interpréter. Des projets en ce sens fleurissent dès août et septembre 1789 et la loi des 16-24 août 1790 consacre le principe du référé, une première fois, entre les mains des juridictions du fond⁵⁸⁶. Ce référé des juridictions du fond est enrichi d'un référé, plus important et durable, du Tribunal de cassation : ce second référé est pérennisé en même temps que le Tribunal lui-même, par la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790⁵⁸⁷. Par ce mécanisme, le Tribunal de cassation se trouve dépossédé de la faculté de régler les litiges entre les juridictions et contraint de s'en remettre au Corps législatif. Il y a pourtant un paradoxe : le mécanisme conçu pour déposséder l'organe de cassation du pouvoir d'interprétation des lois est, dans son exercice, dépendant de cet organe. Le législateur ne peut le déclencher lui-même ; sa mise en œuvre dépend de la volonté des juridictions de le demander – il en est fait mention dans le texte de la décision. Si la loi des 16-24 août 1790 commandait bien aux juridictions du fond de référer au législateur pour régler les différends dans l'application de lois ambiguës, celles-ci n'y recourent pas, préférant exercer leur juridiction en toute autonomie. Ne reste alors que la décision de cassation : elle devient le seul support de déclenchement du référé législatif, qui ne fonctionne, en pratique, que selon le bon vouloir du Tribunal.

⁵⁸³ Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836) entre au petit séminaire en 1765 et est ordonné prêtre en 1722, puis grand vicaire de l'évêché de Chartres. Il entre sur la scène politique en étant élu député du Tiers de Paris aux États Généraux de 1789, grâce à une notoriété acquise par sa brochure, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* (1789). Il participe activement aux travaux de la Constituante. Il fait son retour, dès 1792, à la Convention. En 1799, il entre au Directoire et participe au coup d'État du 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799) de Napoléon Bonaparte. Il suit les heurs et malheurs de l'Empire, dont il est fait sénateur, et doit s'exiler, en 1815, au retour des Bourbons. Il fait son retour en France en 1830, à la faveur de la Monarchie de Juillet. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Marcel Morabito, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 713-714.

⁵⁸⁴ HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, *op. cit.*, p. 40 et suiv.

⁵⁸⁵ MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, 4^e éd., Paris, Garnery, 1827-1830, t. I, v^o *Arrêt de règlement*, p. 597 et suiv.

⁵⁸⁶ Loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 12 : « Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. »

⁵⁸⁷ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 21, alinéa 2 : « Lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation, qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi ; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement. »

Si les Constitutions de 1791 et de l'an III reprennent le mécanisme dans des termes analogues⁵⁸⁸, le référé disparaît néanmoins, à la faveur de l'arrivée de Napoléon Bonaparte au pouvoir, puisque la loi du 27 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux prévoit qu'en cas de conflit, la question doit être portée devant les « sections réunies du Tribunal de cassation »⁵⁸⁹. Cet abandon semble, dans un premier temps, confirmé par la lettre même du Code civil qui interdit au juge de suspendre l'exécution de son office « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »⁵⁹⁰. Mais cette liberté du juge s'accommode mal des velléités d'ingérence de Bonaparte dans la justice et de sa volonté de voir ses lois, ses Codes, appliqués de la manière dont il l'entend. La loi du 16 septembre 1807, en ressuscitant le référé en interprétation sous la forme d'un règlement d'administration publique⁵⁹¹, marque le désaveu de la Cour de cassation et l'échec de l'article 4 du Code civil, en réalisant une concentration des pouvoirs entre les mains de l'empereur⁵⁹². Au début du siècle, le renouveau du référé s'explique par une volonté de diminuer l'autorité de la Cour de cassation : la discordance entre les juges dans l'application de la loi révèle son obscurité et, partant, sa nécessaire interprétation. Or, pourquoi la compréhension de la loi portée par la Cour de cassation devrait-elle primer sur celle des juridictions du fond ? La loi de 1807 parvient autant à évincer la Cour de cassation qu'à confirmer l'idée que l'empereur est seul auteur de lois qu'il propose en amont et réforme en aval.

Chahutée par le retour des Bourbons, la loi de 1807 perdure en dépit de l'esprit de la Charte. Confirmée par un avis du Conseil d'État des 27 novembre-17 décembre 1823, qui déclare qu'elle n'a pas été abrogée⁵⁹³, cette loi ne disparaît qu'en 1828, à la faveur d'une

⁵⁸⁸ La Constitution du 3 septembre 1791 prévoit que « lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi ; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement » (titre III « Des pouvoirs publics, chapitre V « Du pouvoir judiciaire », article 21). De même, la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) énonce que « lorsque, après une cassation, le second jugement sur le fond est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question ne peut plus être agitée au Tribunal de cassation, sans avoir été soumise au Corps législatif, qui porte une loi à laquelle le Tribunal de cassation est tenu de se conformer » (titre VIII « Du pouvoir judiciaire », article 256).

⁵⁸⁹ Loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) sur l'organisation des tribunaux, titre VI « Du Tribunal de cassation », article 78 : « Lorsqu'après une cassation, le second jugement sur le fond sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question sera portée devant toutes les sections réunies du Tribunal de cassation. »

⁵⁹⁰ Code civil, article 4.

⁵⁹¹ Loi du 16 septembre 1807, article 1^{er} : « Il y a lieu à interprétation de la loi, si la Cour de Cassation annule deux arrêts ou jugements en dernier ressort rendus dans la même affaire, entre les mêmes parties, et qui ont été attaqués par les mêmes moyens. » ; article 2 : « Cette interprétation est donnée dans la forme des règlements d'administration publique. » ; article 3 : « Elle peut être demandée par la Cour de Cassation, avant de prononcer le second arrêt. ».

⁵⁹² HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, op. cit., p. 115 et suiv.

⁵⁹³ CE, 27 novembre-17 décembre 1823, S. 1824. II. 17. Cet avis replace l'interprétation de la loi entre les mains du pouvoir législatif – et non du roi, alors que la loi de 1807 confèrait à l'empereur ce pouvoir d'interprétation – et confirme la souveraineté de la troisième cour de renvoi, dont la décision l'emporte sur les deux arrêts de la Cour de cassation.

V. HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, op. cit., p. 118-119.

nouvelle loi qui abîme un peu plus encore l'autorité de la Cour de cassation. La loi du 30 juillet 1828 prive la Cour de cassation de la mission d'unifier le droit, en décidant qu'après deux pourvois dans une même espèce, la troisième Cour de renvoi serait souveraine en droit et en fait⁵⁹⁴. Pour compenser ce déséquilibre hiérarchique, le législateur juge bon de maintenir le référé législatif entre les mains de la Cour de cassation, qui, en l'exerçant, suspend la procédure devant la cour de renvoi. Cette organisation trahit un refus de reconnaître le rôle jurisprudentiel de la Cour de cassation qui n'est récompensé que par la loi du 1^{er} avril 1837, abrogative du référé législatif⁵⁹⁵.

L'infortune du référé législatif illustre la recherche d'un absolu : celle de la maîtrise totale de la loi par le législateur, de sa création à son interprétation. Cette volonté est guidée par une maxime simple : « *ejus est interpretari, cujus est condere leges* »⁵⁹⁶. Or, le culte révolutionnaire de la loi ne peut conduire à une autre vision des organes juridictionnels, et notamment du Tribunal de cassation : dépendants et déferents, ils ne peuvent ni ne doivent s'immiscer dans les fonctions législatives. À cet égard, la vision de la séparation des pouvoirs privilégie l'autorité du législateur à celle de la Cour de cassation, sacrifiée sur l'autel du légicentrisme. Mais cette conception se heurte vite à la réalité : les variations législatives relatives à l'institution du référé législatif révèlent tant la déliquescence d'un procédé qui survit mal aux régimes révolutionnaires, que l'inéluctable émergence d'une Cour régulatrice de l'ordre judiciaire. C'est alors en dépit des interdictions et limites dressées dans l'exercice de la justice, que se faufilent les juges pour développer, dans les interstices des lois, les armes de leur indépendance fonctionnelle.

Sous-section 2. – La libération

En 1790, à la Constituante, Antoine Barnave, connu pour ne pas être un farouche défenseur de l'autonomie de l'appareil judiciaire, propose de minimiser son activité soit en le

⁵⁹⁴ Loi du 30 juillet 1828 relative à l'interprétation des lois, article 2 : « Lorsque la Cour de cassation a annulé deux arrêts ou jugements en dernier ressort rendus dans la même affaire entre les mêmes parties et attaqués par les mêmes moyens, le jugement de l'affaire est, dans tous les cas, renvoyé à une cour royale. La cour royale saisie par l'arrêt de cassation prononce toutes les chambres assemblées. [...] L'arrêt qu'elle rend ne peut être attaqué sur le même point et par les mêmes moyens par la voie du recours en cassation : toutefois, il en est référé au roi, pour être ultérieurement procédé par ses ordres à l'interprétation de la loi. »

⁵⁹⁵ V. *infra*, §1. – L'affranchissement de l'autorité judiciaire.

⁵⁹⁶ « À celui qui a le pouvoir de faire la loi, le pouvoir de l'interpréter », Justinien (C.J. 1,14,12,3).

réduisant à la simple application mécanique de la loi, soit en brisant son union de corps par l'institution de juges ambulants, pour ne plus craindre sa « tyrannie ». Pour autant, c'est également lui qui, parmi les premiers, appelle à la création d'un « tribunal de révision », qui doit permettre de « conserver l'unité monarchique et de lier entre elles toutes les parties de l'empire », parce que « sans tribunal de révision, les juges d'appel pourront impunément transgresser ou appliquer arbitrairement la loi et, par-là, devenir les maîtres de la justice ». Ainsi, ce tribunal, appelé à exister, dès décembre 1790, sous la forme du Tribunal de cassation, serait le seul à même de « maintenir l'unité de législation et de prévenir la diversité de jurisprudence ». Derrière cette création, le membre de la Constituante salue une institution seule à même d'empêcher « une division qui conduirait au gouvernement fédératif »⁵⁹⁷ et fait l'aveu de l'impuissance du législateur à réguler cet ordre.

Pour réaliser cette mission, encore faut-il que l'organe de cassation dispose des ressources pour imposer sa ligne jurisprudentielle aux juridictions du fond et garantir une cohérence juridictionnelle. Or, cet affermissement ne peut s'opérer, paradoxalement, qu'après la réalisation d'une première émancipation : celle des juges de cassation à l'égard du référé législatif, qui les subordonne au pouvoir législatif et méconnaît ainsi tant leur autorité que leur liberté. L'étude du référé législatif, non plus au regard de la séparation des pouvoirs mais en considération de son usage, conduit à un constat : la jurisprudence, développée par le Tribunal, mais aussi, ultérieurement, par la Cour de cassation, concourt à effacer un dispositif qui est inconciliable avec l'avènement d'une cour réellement suprême (§1). Mais cette libération demeure insuffisante dès lors que les juges voient leur office réduit à la simple application des codifications : c'est alors dans la désuétude des codifications et dans l'insuffisance des lois que les juges, de tout ordre, saisissent des espaces de liberté, pour réaliser leur indépendance fonctionnelle (§2).

§1. – L'échec du référé législatif

En 1837, le référé législatif de la Cour de cassation, créé par la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, disparaît, à l'occasion d'une loi qui consacre l'autorité de la Cour de cassation sur l'ensemble de l'ordre judiciaire, en astreignant les juges du fond à respecter la décision rendue par ses chambres réunies, après deux cassations dans une même espèce⁵⁹⁸. Cette solution, qui enterre définitivement le référé législatif, raconte une nouvelle histoire de cette

⁵⁹⁷ *Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XV, p. 432.

⁵⁹⁸ Loi du 1^{er} avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois.

pratique : davantage qu'un outil pensé dans la lignée du légicentrisme, le référé législatif est, en pratique, un mode de résolution des conflits d'interprétation propre aux régimes favorisant une confusion des pouvoirs. Soit, dans les faits, aux gouvernements révolutionnaires, où l'exercice du référé législatif est rendu possible par le rôle joué par le législateur : un pouvoir qui écrase les autres et s'insère, en dépit des prévisions constitutionnelles et légales, dans la fonction judiciaire⁵⁹⁹. Dans ce prisme, le référé législatif s'accommode mal avec les régimes successifs du XIX^e siècle, qui s'attachent mieux à préserver la séparation des fonctions. C'est ce qui explique sa disparition comptable dès le début du siècle, bien que le dispositif demeure, textuellement, jusqu'en 1837.

Il n'est pas contesté que le référé législatif est, à ses débuts, un succès ; les travaux de Yves-Louis Hufteau ont montré qu'il a été largement exécuté, notamment entre 1790 et 1793, et a même fait l'objet d'une extension en matière pénale⁶⁰⁰. Il semble néanmoins que le référé n'a pas connu la même faveur dans les premières décennies du XIX^e siècle. La preuve peut en être administrée simplement : une recherche algorithmique, ayant pour base le *Recueil Sirey*, permet, sur la période 1800-1837, de relever quatorze décisions, toutes rendues postérieurement à la loi de 1828⁶⁰¹, de la Cour de cassation, décidant de transmettre une demande en interprétation, faute pour les tribunaux de s'être entendus sur le sens à donner à une loi. Un chiffre bien faible, alors, en comparaison des milliers de décisions rendues, sur la même période, par la Cour de cassation. Si cette recherche ne peut prétendre à l'exhaustivité – tant

⁵⁹⁹ Yves-Louis Hufteau relève, par ailleurs, « [qu']une fois la flamme révolutionnaire éteinte, la pratique se chargea vite de mettre en évidence l'impraticabilité d'un système où la loi, unique source de droit incapable d'être l'interprète d'elle-même, provoquait l'immixtion du législateur dans la fonction de la justice. L'instrument de cette intervention, le référé législatif, fera, peu à peu, place à l'action de la Cour régulatrice. Rien n'est d'ailleurs plus démonstratif de la nécessité d'une jurisprudence, source du droit, que l'utilisation par les tribunaux d'un texte leur interdisant d'interpréter la loi ou de créer du droit. Lorsque la Cour de cassation triomphera du référé législatif, le juge sera moins soumis à chaque loi particulière qu'à l'ensemble des lois considéré en tant que système. Le positivisme législatif révolutionnaire s'effacera alors devant le positivisme scientifique » (HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, *op. cit.*, p. 12).

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁶⁰¹ Pour déclencher le référé législatif, la Cour de cassation utilise une formule récurrente – « ordonne qu'il en sera référé au roi ». L'usage de l'algorithme a permis d'extraire quatorze décisions faisant usage de cette expression (dans une formulation proche ou identique), essentiellement à partir de 1828. Ces résultats doivent tenir compte de l'inexistence ou des lacunes des *Recueil Sirey* et *Recueil Dalloz*, qui offrent peu de données pour les deux premières décennies du XIX^e siècle – contrairement à la profusion de décisions rapportées dans la suite du siècle. Conf. : Cour cass., réunies, 8 août 1828, *Brunet*, S. 1828. I. 153 ; Cour cass., réunies, 8 août 1828, *Laberthe*, S. 1828. I. 398 ; Cour cass., réunies, 15 novembre 1828, *Combray*, S. 1828. I. 411 ; Cour cass., réunies, 22 novembre 1828, *Poulton*, S. 1828. I. 189 ; Cour cass., réunies, 29 novembre 1828, *Daniélou*, S. 1828. I. 195 ; Cour cass., réunies, 7 février 1829, *L'administration des contributions directes c/ Rebuffat*, S. 1829. I. 49 ; Cour cass., réunies, 17 juin 1829, *L'administration des contributions directes c/ Boutet*, S. 1829. I. 217 ; Cour cass., réunies, 8 décembre 1831, *L'administration de l'enregistrement c/ d'Estampes*, S. 1832. I. 192 ; Cour cass., réunies, 28 août 1832, *Laurent et consorts c/ Renier*, S. 1832. I. 722 ; Cour cass., réunies, 4 mai 1833, *L'administration des contributions indirectes c/ Bosc*, S. 1833. I. 364 ; Cour cass., réunies, 15 juin 1833, *L'administration forestière c/ Warnier*, S. 1833. I. 515 ; Cour cass., réunies, 5 août 1834, *Vidal*, S. 1834. I. 842 ; Cour cass., réunies, 5 août 1834, *Karst ou Klein*, S. 1835. I. 49 ; Cour cass., réunies, 29 janvier 1836, *L'administration des contributions indirectes c/ Valliée et Doubsdebès*, S. 1836. I. 194.

parce que ledit recueil n'y prétend pas que parce que l'algorithme utilisé ne peut garantir une fiabilité absolue⁶⁰² –, ce résultat permet néanmoins de dresser deux constats.

D'une part, le chiffre relevé, de quatorze décisions *via* le *Recueil Sirey*, rejoint les conclusions de l'historiographie récente : la période révolutionnaire était déjà marquée par un tarissement de la pratique⁶⁰³, en partie expliqué par l'incapacité des assemblées à répondre aux référés législatifs qui leur sont adressés, obligeant, corrélativement, le Tribunal de cassation à trouver ailleurs des réponses à l'incertitude des lois : dans sa propre jurisprudence⁶⁰⁴. Cette longue déshérence du référé législatif se confirme logiquement au début du siècle : la loi de 1807, censée réinstaller le dispositif, se révèle peu appliquée jusqu'à son remplacement par la loi de 1828. Dans les faits, la Cour de cassation freine l'usage du dispositif, sans être sanctionnée, comme cela aura dû être le cas, par l'usage de l'article 263 de la Constitution de l'an III, réprimant, sur dénonciation, l'excès de pouvoir du juge⁶⁰⁵.

D'autre part, un changement apparaît au cours de la période comprise entre 1828 et 1836, à l'aube de la suppression définitive du référé législatif : puisque la Cour de cassation transmet, à nouveau, plusieurs demandes en interprétation de lois. Cette recrudescence peut s'expliquer comme une conséquence de la loi 1828 : en dépossédant la Cour de cassation, au profit de la troisième cour de renvoi, de l'autorité pour trancher en dernier ressort dans une espèce, ladite loi laisse à la Cour de cassation, comme seul moyen de contester les dispositifs des Cours royales, le recours au référé législatif. Ces quatorze renvois en interprétation – un chiffre sujet à caution faute de corroboration possible – illustrent néanmoins une altération de la philosophie du référé législatif : dans le contexte de la loi de 1828, le référé semble utilisé comme un instrument, en faveur de la Cour de cassation, pour contester l'autorité des cours royales et éviter le triomphe de leur interprétation, en les contraignant à se ranger à l'interprétation de la loi donnée après l'exercice du référé législatif. L'outil se révèle ainsi moins au service du pouvoir législatif qu'à celui de la Cour de cassation, qui, agissant tel un filtre, décide discrétionnairement des matières renvoyées pour interprétation.

Par cette attitude, la Cour de cassation montre qu'elle encadre le référé législatif : un paradoxe alors que le dispositif a été conçu précisément pour la maintenir sous tutelle. Au fond,

⁶⁰² Cette conclusion concorde néanmoins avec les données relevées aux Archives nationales, qui révèlent une recrudescence des référés législatifs exercés à compter de 1828 (AN BB/17a/63).

⁶⁰³ Dans sa thèse, Yves-Louis Hufteu relève, en matière pénale, seulement trois espèces entre 1807 et 1813 (HUFTEU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, *op. cit.*, p. 110). Le même constat est partagé par Julien Bonnet (BONNET, Julien, *Le juge ordinaire français...*, *op. cit.*, p. 289) et Claire Bouglé (BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 548-549).

⁶⁰⁴ PICHOT-BRAVARD, Philippe, *Conserver l'ordre constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 371 et suiv.

⁶⁰⁵ En application de l'article 262 relatif à la forfaiture du juge, l'article 263 de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) énonce que : « Le Tribunal annule ces actes ; et s'ils donnent lieu à la forfaiture, le fait est dénoncé au Corps législatif, qui rend le décret d'accusation, après avoir entendu ou appelé les prévenus. ». Néanmoins, Julien Bonnet relève que l'article n'aboutit à aucune condamnation (BONNET, Julien, *Le juge ordinaire français...*, *op. cit.*, p. 289 et suiv.).

la Cour reproduit à l'endroit de ce référé, la même attitude qui l'avait conduite à tarir l'exercice du référé législatif des juges du fond⁶⁰⁶. Par des décisions sanctionnant l'exercice de ce référé, elle se met en position d'organiser ce recours par l'ordre judiciaire et par-là de manifester son indépendance, cette fois, à l'égard du législateur. Auparavant, sept décisions⁶⁰⁷, relevées entre brumaire an VI (octobre 1797) et prairial an VII (juin 1799), en témoignent. Toutes se concluent par une formule similaire : au visa de l'article 202 de l'acte constitutionnel⁶⁰⁸, parfois accompagné de l'article 262⁶⁰⁹ du même acte ou de l'article 3 de la loi du 11 vendémiaire an IV⁶¹⁰, la décision énonce alors que « le référé ordonné par ce tribunal suspend, sans motif, le cours de la justice, et tend à faire immiscer le Corps législatif dans les fonctions judiciaires, dont l'exercice lui est interdit »⁶¹¹. Cette formule conduit, d'une part, la Cour de cassation à se faire juge de l'opportunité d'un référé législatif, en distinguant les dispositions claires de celles qui requerraient une interprétation. Celle-ci lui permet, d'autre part, d'adresser une critique à l'endroit de juridictions du fond qui référerait « avant faire droit » : c'est-à-dire celles qui attendraient les injonctions du pouvoir législatif pour trancher l'affaire dont est né le référé législatif.

La Cour de cassation les oblige alors à juger l'affaire au fond puis à ordonner un référé législatif – dont elle se fera ensuite juge de l'opportunité de transmettre. Si cette pratique dévoie quelque peu le sens attendu du référé législatif par les révolutionnaires, elle conduit à faire

⁶⁰⁶ Loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 12 : « Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. »

⁶⁰⁷ Conf. : Trib. cass., civ., 2 brumaire an VI (23 octobre 1797), S. an X (1801-1802). II. 520 ; Trib. cass., civ., 19 messidor an VI (7 juillet 1798), S. an X (1801-1802). II. 524 ; Trib. cass., civ., 12 vendémiaire an VII (3 octobre 1798), S. an X (1800-1801). I. 165 ; Trib. cass., civ., 26 vendémiaire an VII (17 octobre 1798), S. an X (1800-1801). I. 171 ; Trib. cass., civ., 8 brumaire an VII (29 octobre 1798), S. an X (1800-1801). I. 174 ; Trib. cass., civ., 14 ventôse an VII (4 mars 1799), S. an X (1800-1801). I. 202 ; Trib. cass., civ., 19 prairial an VII (7 juin 1799), *Lagrange*, S. an X (1800-1801). I. 219.

⁶⁰⁸ Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), titre VIII « Pouvoir judiciaire », article 202 : « Les fonctions judiciaires ne peuvent être exercées, ni par le Corps législatif, ni par le pouvoir exécutif ».

⁶⁰⁹ Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), titre VIII « Pouvoir judiciaire », article 262 : « Le Directoire exécutif dénonce au Tribunal de cassation, par la voie de son commissaire, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges ont excédé leurs pouvoirs. ».

⁶¹⁰ Décret du 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795) sur l'organisation du ministère, « Attributions du ministre de la justice », article 3, alinéa 4 : « Il soumet les questions qui lui sont proposées relativement à l'ordre judiciaire et qui exigent une interprétation de la loi au Directoire exécutif, qui les transmet au Conseil des Cinq-Cents ».

⁶¹¹ Trib. cass., civ., 26 vendémiaire an VII (17 octobre 1798), S. an X (1800-1801). I. 171.

Par ailleurs, Yves-Louis Huftau relève une formulation proche et une attitude identique dans un jugement rendu le 15 floréal an IV (4 mai 1796) : « l'arrêté du tribunal du département du Gard, du 11 frimaire dernier, faisant, ainsi que celui du 1^{er} brumaire précédent, un référé au législateur dans une affaire particulière soumise à la décision dudit tribunal, il s'est, par-là, dépouillé des fonctions judiciaires dont il était revêtu, pour les attribuer au Corps législatif qui ne peut pas les exercer ; [...] si les tribunaux ordinaires avaient le droit de référer autrement que par la correspondance avec le ministre de la justice, conformément à l'article 149 dudit acte constitutionnel, ce ne pourrait être que pour demander, ou une loi générale, ou l'interprétation d'une loi applicable à des cas à venir, et non à des cas arrivés, puisque alors cette loi ne pourrait s'y appliquer que par un effet rétroactif ; [...] les tribunaux saisis d'une contestation doivent y statuer ; que s'ils le font conformément à la loi, le jugement est exécuté ; que s'ils y contreviennent, il est sujet à la cassation et que s'ils refusent de juger, ils commettent un vrai déni de justice » (HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, op. cit., p. 77).

primer les principes de non-rétroactivité des lois et de légalité des délits et des peines, rapportés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶¹², en offrant immédiatement au justiciable une solution à son litige⁶¹³. Corrélativement, elle rend peu pertinente et presque sans objet, la solution rendue sur un référé législatif : puisque le litige a déjà trouvé sa solution, l'interprétation donnée n'aura qu'un effet pour l'avenir, laissant subsister une interprétation divergente – adoptée dans l'espèce définitivement résolue. Or, cette pratique a vocation à se répéter, reléguant le législateur à un second rôle, sans cesse en retard : d'aucuns parlent alors d'une « asphyxi[e de] la procédure du référé législatif »⁶¹⁴ par la Cour de cassation, devenue, dès l'an VII, « un organe judiciaire chargé d'éclairer les juges sur le sens des lois »⁶¹⁵. Un rôle dont la haute juridiction a pleinement pris la mesure : la même année, la Cour n'hésite pas à rappeler qu'elle est « au sommet de l'ordre judiciaire »⁶¹⁶.

Ces décisions montrent les freins mis à l'exercice du référé législatif par la Cour de cassation, qui l'utilise à ses propres fins. De même, la censure des juges du fond souhaitant exercer le référé, opérée par la Cour de cassation, souligne encore l'impraticabilité d'un tel mécanisme et le risque qu'il fait encourir à l'unité du droit. En effet, deux juridictions peuvent décider diversement : l'une que le texte est clair et l'appliquer immédiatement à l'espèce en cours, quand l'autre pourrait préférer transmettre, pour interprétation, la loi litigieuse. Et l'interprétation de la loi finalement échue par le pouvoir législatif peut encore consacrer une autre vision de la loi. Cette situation met à jour une application disparate des lois, contraire aux principes d'égalité et d'unité du droit, et conduit, presque naturellement, à l'abrogation du référé législatif, tant celui de la Cour de cassation que celui des juges du fond, par l'effet de l'article du 4 du Code civil. Si celui qui est placé entre les mains de la Cour de cassation est réinstauré en 1807, il tombe, de fait, en désuétude.

L'outil référé législatif ne remplit pas l'objectif promis d'éviter l'émergence d'une réelle cour suprême. Au fond, le dispositif ne pouvait, dès l'origine, prospérer en raison d'une « contradiction organique qui oppose le référé législatif [...], qui se fonde sur le principe qu'interpréter une loi c'est en faire une, à un tribunal chargé d'assurer l'unité de jurisprudence, parce que l'on reconnaît que la loi est incapable par elle-même d'assurer l'unité de sa propre application, ce qui postule que l'interprétation de la loi n'est point législation »⁶¹⁷. L'un devait

⁶¹² Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 8 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

⁶¹³ HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, op. cit., p. 80 et suiv.

⁶¹⁴ PICHOT-BRAVARD, Philippe, *Conserver l'ordre constitutionnel...*, op. cit., p. 371.

⁶¹⁵ LESAGE, Michel, *Les interventions du législateur...*, op. cit., p. 42.

⁶¹⁶ Trib. cass., crim., 16 pluviôse an VII (4 février 1799), Kirch, S. *refondu* 1. I. I. 167.

⁶¹⁷ HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, op. cit., p. 42.

triompher de l'autre : et c'est bien la Cour de cassation qui remporte ce duel en usant du référé législatif dans son intérêt.

L'histoire du référé législatif permet de battre en brèche l'idée d'une soumission des juges, « intégrale et sans équivoque »⁶¹⁸, à l'égard des pouvoirs constitués, et notamment du pouvoir législatif. Tant s'en faut, cette histoire montre l'impraticabilité d'un légicentrisme porté à son paroxysme et l'irrésistible dissidence d'un juge judiciaire, qui a trouvé, dans ce contexte, les armes de son indépendance, en dépit des moyens visant à le contraindre. Dans ce schéma, le référé législatif ne pouvait survivre au premier XIX^e siècle. Obtenue par la loi du 1^{er} avril 1837, l'abrogation du référé législatif consacre, enfin, l'abandon d'une procédure au respect de laquelle le législateur n'a pas les moyens de contraindre et à laquelle la Cour de cassation n'a pas d'intérêt à se conformer⁶¹⁹. Cette abrogation permet, par ailleurs, de mettre en valeur l'œuvre de la Cour de cassation, qui lui survit. Bien plus, la loi de 1837 consacre une double victoire de la Cour.

D'une part, elle est parvenue à faire disparaître le référé par la source de droit que ce mécanisme visait justement à combattre – sa jurisprudence. D'autre part, elle obtient, par l'effet de la même loi, la reconnaissance, en droit, de son statut – déjà exercé en fait – de cour unificatrice de l'interprétation des lois⁶²⁰. Pour Jean-Louis Halpérin, cette victoire s'esquissait déjà dès la fin du XVIII^e siècle, alors que la Cour « perdure à travers dix années de Révolution et de changements de régime, [...] s'[étant] même imposée comme une indispensable pièce maîtresse de l'organisation judiciaire » et ébauchant, déjà, « une œuvre juridique originale et puissante »⁶²¹. Nonobstant ces constats, le même auteur concède « [qu']à la fin de la Révolution, en dépit de l'inefficacité du référé législatif et d'incontestables avancées jurisprudentielles des hauts magistrats, les esprits ne sont pas encore prêts à consacrer ce pouvoir souverain d'interprétation »⁶²². Il faut pourtant se rendre à l'évidence : ce résultat est rendu possible par l'attitude de la Cour de cassation, qui ne contrôle plus seulement les

⁶¹⁸ BONNET, Julien, *Le juge ordinaire français...*, *op. cit.*, p. 287.

⁶¹⁹ Yves-Louis Hufteu relève ainsi que « à côté des raisons pratiques intéressant le législateur, il y eu la prise de conscience très nette que, puisque l'autorité législative abandonnait le pouvoir de résoudre les conflits entre les cours d'appel et la Cour de cassation, il fallait confier à la cour régulatrice l'autorité suprême de décision sur les points de droit controversés » (HUFTEU, Yves-Louis, *Le référé législatif...*, *op. cit.*, p. 132).

⁶²⁰ L'article 2 de la loi de 1837 consacre la primauté de l'interprétation de la Cour de cassation, au détriment de la troisième Cour de renvoi – comme c'était le cas depuis la loi de 1828 – : « Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la juridiction à laquelle l'affaire est renvoyée doit se conformer à la décision de la Cour de Cassation sur le point de droit jugé par cette Cour. ». La disposition, d'abord reprise à l'article 60 de la loi du 23 juillet 1947, est aujourd'hui codifiée à l'article L.431-4 du Code de l'organisation judiciaire : « Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci.

⁶²¹ HALPERIN, Jean-Louis, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », dans *Le Tribunal et la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 29.

⁶²² HALPERIN, Jean-Louis, « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », dans *L'office du juge...*, *op. cit.*, p. 152.

décisions qui lui sont déferées au regard de la *loi*, mais progressivement, plus largement, au regard du *droit*. En élargissant ainsi l'objet de son contrôle, la Cour de cassation permet à l'ordre judiciaire de rompre avec le légicentrisme et de trouver, au-delà des codifications, des solutions jurisprudentielles qui confortent son statut de *pouvoir* judiciaire. Une évolution permise par l'insuffisance même des codifications.

§2. – L'impasse de l'omnipotence législative

Inaugurés avec la promulgation du Code civil, par l'effet de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), les codes napoléoniens, parus entre 1804 et 1810, doivent consigner tout le droit dans la loi. En dépit de cet espoir porté dès le début de la Révolution, les législateurs du premier XIX^e siècle conviennent vite que cette ambition n'est qu'un vœu pieux ; tel le tribun Jean Grenier qui reconnaît, dès l'an XI, que :

« le législateur ne peut tout prévoir. Cette tâche est au-dessus des efforts humains »⁶²³.

Aussi, dans l'administration de la justice, cette crainte se confirme-t-elle rapidement : le juge ne prononce pas ses décisions au regard de la seule loi. En agissant de cette manière, le juge ne fait que se conformer à l'article 4⁶²⁴, dont l'existence même à l'incipit du Code civil sonne comme un aveu de l'impossibilité de consigner, justement, tout le droit dans la loi. Cette situation peut s'expliquer autant par l'impossibilité fondamentale pour la loi de prévenir toutes les difficultés rencontrées par les justiciables, que par la nécessaire désuétude des lois, amorcée dès leur promulgation, du fait de l'évolution des temps et des mœurs. Cela s'explique, enfin, et presque paradoxalement, par la surabondance des dispositions législatives, pour lesquelles le pouvoir en place n'a jamais réellement daigné opérer un tri. Déjà, à la naissance du premier code napoléonien, en 1804, le législateur se contentait de renvoyer à une formule, aussi imprécise qu'indispensable, prononçant l'abrogation non spécifiée des lois antérieures

⁶²³ De ce constat, le tribun retient, dans son rapport fait au nom de la section de législation et présenté au Tribunat le 9 ventôse an XI (28 février 1803), que le juge ne peut refuser son ministère sous prétexte de l'obscurité de la loi et doit, en puisant dans « le sentiment du juste et de l'injuste », trouver les ressources nécessaires pour accomplir sa mission (FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. VI, p. 375). Déjà, dans son *Discours préliminaire*, Étienne-Marie Portalis parvenait à la même conclusion : « tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre » (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 17).

⁶²⁴ Code civil, article 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

contraires aux dispositions nouvelles⁶²⁵. Les lois ultérieures portent la même imprécision, qui se retrouve pareillement dans les actes constitutionnels émaillant le siècle⁶²⁶, ne permettant pas de discerner clairement les lois maintenues en vigueur et déléguant, par défaut, aux juges le soin de prononcer discrétionnairement la survivance ou l'abrogation de lois⁶²⁷.

Cette incapacité à réformer⁶²⁸ avec clarté les lois, qui confine à la paralysie, s'explique par l'image « d'un législateur empreint de respect pour la codification napoléonienne »⁶²⁹, dont le poids se fait alors sentir tout au long du siècle. Aussi, faut-il reconnaître que le législateur facilite, par son silence, la préemption de ce rôle par le juge : au XIX^e siècle, les codifications napoléoniennes ne connaissent que peu de changements. À cet égard, les variations régulières des régimes ne s'offrent pas, étrangement, comme des opportunités de renouveau pour ces codifications qui traversent le siècle sans grande réadaptation. À l'exception notable du Code pénal, qui fait l'objet de deux importants remaniements en 1832 et 1863, le Code civil ne connaît pas de réforme d'ampleur – entre 1804 et 1875, seuls 130 des 2281 articles sont modifiés –, de même que le Code de commerce, qui, à l'exception de son livre III sur les faillites revu en 1838, n'est pas refondu de tout le siècle⁶³⁰. La nécessité d'un changement se fait bien sentir, notamment à l'aube de la III^e République, qui ne mène pourtant à rien ; si ce n'est, en 1904, à une célébration du centenaire de la première codification napoléonienne. Le législateur n'est pas resté oisif mais plutôt qu'à une révision structurelle, il a répondu en procédant par des

⁶²⁵ La loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) relative à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français, dispose ainsi « [qu']à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code » (article 7).

⁶²⁶ Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, « De l'ordre judiciaire », article 68 : « Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. »

Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « De l'ordre judiciaire », article 59 : « Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente charte restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. » ; « Dispositions particulières », article 70 : « Toutes les lois et ordonnances, en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la réforme de la Charte, sont dès à présent et demeurent annulées et abrogées. »

Constitution du 4 novembre 1848, chapitre XII « Dispositions transitoires », article 112 : « Les dispositions des codes, lois et règlements existants qui ne sont pas contraires à la présente Constitution, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. »

Constitution du 14 janvier 1852, titre VIII « Dispositions générales et transitoires, article 56 : « Les dispositions des codes, lois et règlements existants, qui ne sont pas contraires à la présente Constitution, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. »

⁶²⁷ V. *infra*, §1. – L'abrogation explicite a minima.

⁶²⁸ Une lacune perceptible même au-delà de la sphère des professionnels du droit. Ainsi, dans son œuvre *Splendeurs et misères des courtisanes*, Honoré de Balzac dénonce l'usure du Code civil : « Nous devons à Napoléon notre Code criminel, qui, plus que le Code civil, dont la réforme est en quelques points urgente, sera l'un des plus grands monuments de ce règne si court » (BALZAC, Honoré (de), *Œuvres complètes*, *op. cit.*, 1846, t. XII, « Splendeurs et misères des courtisanes », p. 19).

⁶²⁹ HALPERIN, Jean-Louis, « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », dans *L'office du juge...*, *op. cit.*, p. 158.

⁶³⁰ HILAIRE, Jean, « Le comparatisme en matière commerciale », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 1991, t. II, p. 127-142.

lois éparses et ponctuelles⁶³¹. Ce phénomène de décodification nuit à la cohérence du droit, puisqu'aucun tri d'ampleur des lois n'est réalisé, aucune réflexion sur l'opportunité d'une révision des codifications n'aboutit⁶³². Néanmoins, il offre l'opportunité au juge de préempter le rôle de « législateur de complément »⁶³³, en adaptant les lois, quotidiennement. Aussi, en s'efforçant d'actualiser les lois, le juge alimente-t-il lui-même l'inertie réformatrice du législateur⁶³⁴ : l'action rénovatrice de sa jurisprudence contribue à différer la nécessité de réviser les codes, en leur permettant, par une adaptation prétorienne, de subsister à travers les décennies. Or, à cet égard, les juridictions, telles des fourmis ouvrières, ré-interprètent, dans un mouvement perpétuel, les lois. L'importance croissante des recueils d'arrêts en témoigne : à l'image du *Recueil Sirey* dont les volumes « grossissent à vue d'œil » et « comptent [pour la seule Cour de cassation] quelques dizaines de pages en 1805, 128 en 1806, 432 en 1830, 1023 en 1860 »⁶³⁵. Et, quand bien même, l'espace consacré aux arrêts de la Cour de cassation cède progressivement le pas à ceux qui sont issus des juridictions du fond, les volumes s'épaississent et avec eux le recours à des fondements puisés davantage dans le droit que dans la loi.

Cette démarche se révèle d'autant plus nécessaire que l'échec du référé législatif a montré les limites de la recherche d'une interprétation authentique de la loi. Il apparaît, de surcroît, que le juge répugne à puiser dans les seuls travaux préparatoires les réponses aux incertitudes de la loi. Ce mouvement est d'ailleurs porté par la Cour de cassation, comme le révèle Henri Capitant : consciente peut-être de la « vanité de ces recherches », la Cour de cassation n'utilise que « rarement dans ses arrêts d'argument tiré des travaux préparatoires du Code civil et des lois récentes »⁶³⁶. Alors si certaines décisions s'en remettent explicitement

⁶³¹ À l'instar du chèque, de la contrainte par corps, du warrant ou des sociétés anonymes : ces évolutions réglementaires n'ont pas été intégrées au code.

⁶³² À l'égard du Code civil, plusieurs civilistes, tel Ferdinand Larnaude, réclament une révision dans un ouvrage célébrant le centenaire de code (v. LARNAUDE, Ferdinand, « Le Code civil et la nécessité de sa Révision », dans *Le Code civil, 1804-1904...*, *op. cit.*).

⁶³³ FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, *op. cit.*, p. 135.

⁶³⁴ Cette inertie est dénoncée par Charles Robert, lors d'un discours, prononcé le 25 novembre 1899, à l'ouverture de la conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (ROBERT, Charles, *L'œuvre de la jurisprudence dans le domaine des questions sociales*, Paris, Maréchal & Montarier, 1900). Il reconnaît alors le nécessaire rôle « interventionniste » du juge (p. 43). De même, dans un article, non signé, publié par la *Gazette des tribunaux*, il est regretté la « stérilité de nos législatures modernes » (« De la législation et de la jurisprudence », *Gazette des tribunaux*, 1^{er} janvier 1843, t. XVIII, n°4910). Dans un article paru, ultérieurement, à la *Gazette des tribunaux*, l'absence de réforme législative d'ampleur est critiquée, au point de voir dans le droit un « chaos dont les travaux législatifs des cinquante dernières années ont singulièrement épaissi les ténèbres » ; une situation qui conduit l'auteur de l'article, un avocat, Me Walker, à présenter un état du droit antérieur à la Révolution resté en vigueur (WALKER, « Sur la législation antérieure à 1789 et restée en vigueur », *Gazette des tribunaux*, 28 janvier 1836, t. XI, n°3257).

⁶³⁵ ARNAUD, André-Paul, *Les juristes face à la société : du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, p. 54.

⁶³⁶ CAPITANT, Henri, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys*, Paris, Sirey, 1934, t. II, p. 214.

aux travaux préparatoires d'une loi⁶³⁷, le juge cherche souvent ailleurs les outils pour pallier tant l'obscurité des lois que leur fixité, incompatible avec la « réalité mouvante des faits »⁶³⁸, manifestant par-là une indépendance fonctionnelle croissante. Au début de la seconde moitié du XIX^e siècle, les juges, y compris ceux issus des rangs du parquet, ne cachent plus cette attitude, relevant désormais de la nécessité. Ainsi, en 1846, quand l'avocat général près la Cour de Pau, Laporte, évoque en termes pudiques l'ouvrage de la jurisprudence, qui « fait ce qu'elle peut, tout ce qu'elle peut, sans violer les textes, pour répondre aux besoins sociaux qui se manifestent chaque jour dans le mouvement des esprits et le jeu des institutions... »⁶³⁹, l'avocat général près la Cour d'Amiens se fait, seulement quelques années plus tard, en 1851, moins prudent :

« le juge ne pourra sans doute pas changer proprement la règle [...] mais du moins il lui serait loisible de l'étendre, de l'assouplir, d'en développer l'esprit sans trop s'enchaîner à la lettre, de l'accommoder aux nécessités nouvelles et aux besoins imprévus [...]. [L]es usurpations de jurisprudence, [...] si la théorie les condamne, la pratique les absout et la postérité les sanctionne »⁶⁴⁰.

Ainsi, aux fins de compenser les carences de la loi, le juge use de plusieurs palliatifs. Le premier est le recours à l'ancien droit, dans lequel le juge puise dès le début du siècle : en considérant que les codes, tout comme les lois ultérieures, ne sont pas des créations *ex nihilo* et que lui, juge, doit appréhender le droit antérieur, non pas seulement comme le droit du passé, mais comme le passé du droit positif, légitime à en éclairer le sens. Un raisonnement respectueux, au fond, de la démarche entreprise par les rédacteurs des codes, qui cherchaient, en puisant dans les règles jusqu'alors en vigueur, à réaliser un socle juridique commun. La filiation entre ancien droit et lois positives, mis en avant par la doctrine⁶⁴¹, apparaît clairement

⁶³⁷ La Cour de cassation s'y réfère explicitement, en retenant dans un arrêt « qu'il résulte de l'exposé des motifs qui ont dicté cette disposition, que le législateur n'a pas voulu qu'après [...] » (Cour cass., crim., 11 août 1837, *Pâtissier*, *Bull. crim.*, t. XLVIII, n°237, p. 308). Le même jour, elle rend un arrêt dans lequel elle énonce « qu'en adoptant les dispositions contenues dans ce paragraphe, le législateur a eu l'intention, d'après l'exposé des motifs, qui en est la manifestation officielle » (Cour cass., crim., 11 août 1837, *Francin*, *Bull. crim.*, t. XLVIII, n°238, p. 309).

⁶³⁸ FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, *op. cit.*, p. 132.

⁶³⁹ LAPORTE, Jean-Marie-Louis, *Les mœurs du magistrat*, 5 novembre 1846, Pau, E. Vignancour, 1846 (*ibid.*, p. 132).

⁶⁴⁰ MERVILLE, Félix-Nicolas, *De l'influence des mœurs sur l'interprétation des lois*, 4 novembre 1851, Amiens, Duval et Herment, 1851 (*ibid.*, p. 132).

⁶⁴¹ Dans l'introduction de leur *Cours de droit civil français*, Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau énumèrent les quatre sources dans lesquelles les codes ont puisé – les coutumes, le droit romain, les ordonnances royales et le droit intermédiaire. Ils ajoutent que « toutes les doctrines puisées dans les différentes sources ont été complétées, modifiées et coordonnées entre elles de manière à former un tout harmonique » (AUBRY, Charles, & RAU, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Strasbourg, F. Lagier, 1839, t. I, p. 21-22).

V. DUFOUR DE SAINT-PATHUS, Julien-Michel, *Code civil des Français, avec les sources où toutes les dispositions ont été puisées ; ouvrage où sont établis les différences et les rapports des nouvelles lois civiles avec les anciennes*, Paris, [s.n.], 1806.

à la lecture de certains arrêts. Dès 1824, la Cour de Lyon donne, dans une forme d'attendu de principe, une clef de compréhension des dispositions ambiguës :

« des incorrections de style pouvant quelquefois se glisser dans la rédaction des meilleures lois, ce n'est point dans un débat purement grammatical qu'il faut chercher des règles d'interprétation pour éclaircir et appliquer aucune des dispositions de nos nouveaux Codes, lesquelles toutes, en cas d'ambiguïté, doivent être interprétées suivant leur sens le plus simple, le plus naturel et le plus conforme, comme il a été dit, aux principes qui étaient déjà consacrés expressément par les dispositions analogues de notre ancienne législation »⁶⁴².

L'ancien droit, dont la cohérence et la légitimité ont été confortées par les temps, s'impose alors comme un guide sûr pour le juge confronté à des dispositions obscures. Une démarche que la Cour de cassation ne renie pas puisqu'elle aussi reconnaît cette filiation ; à l'image d'un arrêt rendu en matière de prescription, en 1829. Après avoir visé les articles 2252, 2253 et 2272 du Code civil, la Cour relève que « de la combinaison de ces articles résulte ce principe général, reçu aussi dans l'ancien droit, que la prescription ne peut courir lorsque le créancier se trouve dans l'impossibilité légale d'agir »⁶⁴³. L'incise relative à l'ancien droit autorise, en confirmant l'origine du principe à l'œuvre, d'en faire application telle qu'il était admis avant les codifications. Plus tard dans le siècle, ce lien est établi de manière plus explicite encore par la Cour impériale de Paris : dans une espèce interrogeant la licéité d'une donation, la juridiction parisienne relève que son interprétation des dispositions du Code civil est :

« conforme à l'ancien droit, et notamment à l'article 225 de la Coutume de Paris, [...] disposition dont l'*esprit* a passé dans les articles précités »⁶⁴⁴.

Sous la plume de la Cour de Paris, la survivance de dispositions de l'ancien droit permet, de même, d'offrir une clef de lecture de dispositions de droit positif et, surtout, de légitimer la réflexion développée par la juridiction : la réflexion ne procède pas de la seule volonté du juge mais découle d'une tradition interprétative plus ancienne que le juge ne fait que respecter. C'est, enfin, dans une logique similaire qu'apparaît encore le recours aux lois romaines, qui servent de guide au juge face à l'incomplétude des lois contemporaines. Dans une affaire jugée en 1830, la Cour de cassation s'en remet aux principes du droit romain relatifs aux biens dotaux de la femme mariée pour résoudre un litige ; une utilisation qui, si elle est « controversée entre les auteurs, [...] n'étant contraire à aucun texte précis de loi, ne peut donner ouverture à cassation »⁶⁴⁵. L'année précédente, déjà, la Cour renvoyait au droit romain pour déterminer le sort des fruits dans une succession, au point de le citer dans le visa, pourtant dévolu à

⁶⁴² CR Lyon, 28 août 1824, *Le sieur Gay c/ Le sieur Lucy*, S. 1825. II. 56.

⁶⁴³ Cour cass., civ., 21 juillet 1829, *Gazette des tribunaux*, 22 juillet 1829, t. IV, n°1232.

⁶⁴⁴ CI Paris, 29 mai 1868, *Gazette des tribunaux*, 30 septembre 1868, t. XLIII, n°12925.

⁶⁴⁵ Cour cass., req., 13 décembre 1830, *Gazette des tribunaux*, 31 décembre 1830, t. VI, n°1679.

l'indication d'une loi positive⁶⁴⁶. Le recours au droit romain se justifie, au demeurant, par la filiation avec les codes, clairement reconnue par les tribunaux. Le Tribunal de Paris rappelle ainsi, en 1832, que les principes régissant les droits et devoirs de l'usufruitier, « posés par le droit romain et reconnus par l'ancienne jurisprudence, ont été consacrés par l'article 599 du Code civil »⁶⁴⁷. Cette formulation permet d'apporter une justification pragmatique à l'enrichissement de la loi positive par des principes de droit romain qui, loin d'être étrangers à elle, s'inscrivent naturellement dans son interprétation.

Ensemble, ces solutions montrent alors que les juridictions judiciaires conviennent d'une réception-adaptation, plutôt qu'une réception-adoption, des règles antérieures aux codifications. Les dispositions de l'ancien droit sont en effet sélectionnées et maniées de telle sorte qu'elles se concilient tant avec les règles codifiées qu'avec l'évolution de la société du XIX^e siècle. Ce procédé a d'autant mieux vocation à perdurer qu'il est encouragé directement par les auteurs des codifications : François-Denis Tronchet, le premier, fait le pont entre l'ancien droit et les codifications, qui doivent, autant que faire se peut, en reprendre les principes pour ne pas « déranger les habitudes des hommes »⁶⁴⁸. Ce constat conduit, naturellement, les commentateurs des codes à puiser dans l'ancien droit les éléments explicatifs des principes nouvellement formulés par les codes. Le procédé est confirmé, dès le premier XIX^e siècle, par Charles Toullier, qui rappelle néanmoins qu'il faut néanmoins en faire un usage parcimonieux :

« les juges peuvent seulement chercher dans les lois romaines, dans nos coutumes et dans nos anciennes ordonnances, des lumières pour décider des espèces qui n'ont pas été prévues par les lois actuelles. Car les lois et les coutumes anciennes, lorsqu'elles sont fondées sur la raison, sont le supplément naturel des lois nouvelles »⁶⁴⁹.

Ce « supplément naturel des lois » voit son existence confortée par la rédaction de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) qui promulgue le Code civil : cet article, abrogatif des dispositions antérieures, laisse explicitement subsister les dispositions de l'ancien

⁶⁴⁶ La Cour vise, de concert, « les lois romaines et les dispositions du Code civil ». Dans un premier considérant, elle rappelle « [qu']il résulte des lois romaines que les fruits échus depuis l'ouverture de la succession accroissent la masse et augmentent la part de chaque héritier ; qu'ainsi ils doivent être rapportés, et qu'à défaut d'un rapport en nature, il y a lieu à prélèvement ». Elle souligne ensuite que « le Code civil a rappelé et développé ces principes » : cette précision justifie alors l'évocation du droit romain au même titre que le droit positif (Cour cass., civ., 24 février 1829, *Gazette des tribunaux*, 26 février 1829, t. IV, n°1108).

⁶⁴⁷ Trib. prem. inst. Paris, 22 mars 1832, *Gazette des tribunaux*, 28 mars 1832, t. VII, n°2066.

⁶⁴⁸ En l'espèce, François-Denis Tronchet propose, pour régler la question de l'action d'une fille à l'égard de son père, relative à la dot, que les rédacteurs s'en réfèrent au droit coutumier qui correspond « aux habitudes de la majorité des Français » (FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. IX, p. 60).

⁶⁴⁹ TOULLIER, Charles, *Le Droit civil français...*, *op. cit.*, t. I, p. 119.

droit conciliables avec le nouveau droit positif⁶⁵⁰. Les juridictions judiciaires peuvent, à loisir, puiser dans l'un pour expliciter les ressorts encore incertains de l'autre. Les praticiens du droit, tel Antoine Mailher de Chassat, avocat à la Cour royale de Paris, semblent également admettre le procédé, au nom d'une filiation entre droit antérieur et nouvelles codifications, les secondes ne venant que « résumer » le premier⁶⁵¹. En doctrine, le procédé est adoubé par Antoine-Marie Demante⁶⁵², au nom de la nécessaire incomplétude des codes⁶⁵³.

Loin de faire table rase du passé, le législateur du début du XIX^e siècle inscrit les codifications davantage dans le sens d'une continuité historique⁶⁵⁴. Sous ce prisme, il n'est alors pas étonnant de voir les juridictions judiciaires recourir tant aux ordonnances royales qu'aux coutumes et au droit romain⁶⁵⁵, pour étayer leurs argumentations, en complément de la règle codifiée : dès l'étude du projet de Code civil, le Tribunal d'appel de Riom identifiait cette nécessité en relevant que cette « collection de quelques principes généraux et de certaines décisions particulières [...] ne dispensera peut-être en aucun cas, de recourir aux anciens Codes, soit romains, soit français »⁶⁵⁶. Aussi, si la portée de règles antérieures aux codifications

⁶⁵⁰ Loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français, article 7 : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code ».

⁶⁵¹ MAILHER DE CHASSAT, Antoine, *Traité de l'interprétation des lois*, nouv. éd., Paris, A. Durand, 1845, p. 58.

⁶⁵² Antoine-Marie Demante (1789-1856) poursuit des études de droit à Paris, à l'issue desquelles il décide de porter la robe d'avocat. En 1819, il est recruté en qualité de Professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris. En parallèle de ses activités professorales, il entame une carrière politique (il est député de l'Eure entre 1848 et 1851) et participe activement à diverses publications (il est une des plumes du *Répertoire du Journal du Palais*, de la revue *Foelix* et, surtout, de la revue *Thémis* qu'il co-dirige). Il est l'auteur d'une œuvre louée pour ses qualités pédagogiques et rééditée tout au long du siècle, un *Cours analytique de Code civil*. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Nader Hakim, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 320-322.

⁶⁵³ Dans son *Cours analytique de Code civil*, ce Professeur estime ainsi « [qu']il est évident au surplus que notre législation civile n'est pas tout entière dans le Code civil, et qu'indépendamment des lois contenues dans les autres Codes, qui souvent éclaircissent, complètent ou modifient ses dispositions, il y a lieu d'y joindre encore toutes les lois postérieures relatives aux matières qui y sont traitées, et, bien entendu, les lois même antérieures non comprises dans l'abrogation prononcée par la loi du 30 ventôse an XII » (DEMANTE, Antoine-Marie, *Cours analytique de Code civil*, Paris, G. Thorel, 1849, t. I, p. 21).

⁶⁵⁴ Cette conclusion, dressée par l'école historique qui se développe au milieu du XIX^e siècle, est notamment portée par Henri Klimrath (KLIMRATH, Henri, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code*, Strasbourg, F.-G. Levrault, 1833).

⁶⁵⁵ En atteste un arrêt rendu en 1841 par la Cour de cassation qui est saisie d'une contestation relative à une donation passée en Corse, alors que l'île était passée sous domination anglaise (entre 1794 et 1796). Ce contentieux interroge l'effet abrogatif d'un changement de souverain. Pour se déterminer, dans le sens du maintien de la législation française relative aux donations en l'absence d'abrogation expresse de la loi, la Cour vise, notamment, le Code Théodosien (Cour cass., req., 16 mars 1841, *Peraldi c/ Ponte*, S. 1841. I. 505).

V., pour l'analyse de cet arrêt, TERRACOL, Louis, *Le gouvernement de fait de la Révolution à la Libération : un expédient saisi par le droit*, Paris-La Défense, LGDJ, 2024, p. 187 et suiv. ; 274.

⁶⁵⁶ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. V, p. 409.

demeure relative⁶⁵⁷, leur recours semble-t-il néanmoins impératif. Cette circonstance conduit certains à parler de « doubles visas »⁶⁵⁸ ou d'une « double motivation »⁶⁵⁹ au fondement des décisions de justice. Cette construction s'observe particulièrement dans les premières décennies du siècle : tant parce que les formulations générales des codifications exigent d'être adaptées à la diversité des situations juridiques litigieuses, que parce que les magistrats du premier XIX^e siècle sont des hommes nés sous l'Ancien Régime et pétris d'enseignements de l'ancien droit. Dans cette perspective, les codifications peuvent davantage apparaître comme des lois « additionnelle[s] »⁶⁶⁰ au droit ancien, susceptibles d'être interprétées à l'aune de ce dernier – sauf contrariété évidente. Néanmoins, si la « double motivation » permet, dans un premier temps, de mieux intégrer le nouveau droit, le procédé était voué à disparaître à mesure que les situations juridiques se constituaient sous le seul empire des codifications, désormais explicitées par la jurisprudence⁶⁶¹ : au mitan du siècle, la mise à l'écart des règles antérieures au droit codifié se confirme dans la rédaction des décisions justice. Il faut alors attendre plusieurs décennies pour que des codifications se dégagent, progressivement, un « droit "innovatif" »⁶⁶² ; une évolution à laquelle ne sont pas étrangères tant la doctrine que de la jurisprudence.

Quand le droit du passé ne peut utilement servir de référence, d'autres ressources s'offrent encore au juge : il peut s'agir tant du droit naturel⁶⁶³ que de l'équité. À l'égard de cette dernière, Jean-Claude Farcy constate, dans l'analyse des discours de rentrée, que « rejetée sans

⁶⁵⁷ À l'endroit du droit romain, Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu rappelle bien que celui-ci « conserve l'autorité de la raison écrite » mais le juriste ajoute « [qu']il faut que, sur aucun point de la France, il ne fournisse de moyens à cassation » (LOCRE, Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion, ou Conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'État, des observations du Tribunat, des exposés de motifs, des rapports et discours, etc.*, Paris, Imprimerie impériale, an XIII [1805], t. I, p. 109). Sous ce prisme, exciper une règle puisée en dehors de la loi positive ne peut être qu'un complément simplement subsidiaire.

⁶⁵⁸ La formule apparaît sous la plume de Marie-France Renoux-Zagame (RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du Code civil », *Droits*, 2005, n°41, p. 31 ; RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », dans OPHELE, Claude, & REMY, Philippe (dir.), *Traditions savantes et codifications*, Paris, LGDJ, 2007, p. 3).

⁶⁵⁹ Jean Carbonnier emploie l'expression (CARBONNIER, Jean, « En l'année 1817 », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 86 ; CARBONNIER, Jean, « Le Code civil des Français dans la mémoire collective », dans LEQUETTE, Yves, & LEVENEUR, Laurent (dir.), *Le Code civil. 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1046) ; de même que Jean Foyer (FOYER, Jean, « La propriété foncière et la liberté contractuelle selon le Code civil », dans KOEHN, Barbara (dir.), *La crise de la modernité européenne*, Rennes, PUR, 2001, p. 94).

⁶⁶⁰ RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du Code civil », *loc. cit.*, p. 23.

⁶⁶¹ C'est, au demeurant, la conclusion à laquelle Jean Carbonnier parvient (CARBONNIER, Jean, « En l'année 1817 », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, *op. cit.*, p. 86 et suiv).

⁶⁶² RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du Code civil », *loc. cit.*, p. 23.

⁶⁶³ V. ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil*, Paris, LGDJ, 1969 ; BLOQUET, Sylvain, *La loi et son interprétation...*, *op. cit.*, p. 68 et suiv., p. 469 et suiv.

nuances dans les premières décennies du XIX^e siècle, l'équité est admise ensuite, pour être valorisée comme un idéal, sous réserve de ne pas porter atteinte à la loi »⁶⁶⁴. Certes, nombreux sont les magistrats du parquet à requérir contre l'équité, présentée comme une menace pour la loi⁶⁶⁵. Il n'en demeure pas moins qu'elle reste une source d'inspiration, pour pallier les carences de la loi, ce qu'admettent certains parquetiers⁶⁶⁶. Ces hésitations n'empêchent cependant ni la Cour de cassation, ni les juridictions du fond d'en faire usage, au besoin. Il en est ainsi d'une décision, confirmée en appel, rendue par le Tribunal de Rambouillet, dans une affaire interrogeant les droits d'un parent démis de sa tutelle pour avoir laissé ses enfants dans le dénuement le plus complet. En l'espèce, le tribunal accueille la demande du nouveau tuteur des enfants, par laquelle celui-ci cherche à priver le père déchu de ses droits d'usufruit sur les biens recueillis par les enfants dans la succession de leur mère, en raison des dilapidations faites. Pour conclure à l'éviction du père en dépit du silence de la loi, le tribunal retient que :

« sans doute le législateur n'a pas pu prévoir la négligence des père et mère envers leurs enfants, et encore moins l'oubli des devoirs les plus sacrés ; mais que le silence de la loi n'interdit pas aux tribunaux le soin de veiller à l'intérêt des enfants que le père abandonne, et de suppléer, par des mesures d'équité, à la protection qu'ils doivent attendre de la tendresse paternelle »⁶⁶⁷.

Les termes employés permettent de présenter, grâce au recours à l'équité, la solution donnée comme aussi naturelle que nécessaire à l'ordre juridique : le tribunal doit pouvoir préserver les intérêts, ici pécuniaires, d'enfants contre un parent défaillant. Par-là, le tribunal se donne par ailleurs une mission plus solennelle : protéger, au-delà de la loi, ceux qui ne le peuvent de leur propre mouvement. Le même raisonnement transparaît de certaines décisions qui, sans recourir explicitement à la notion d'équité, en empruntent l'esprit. Dans la bouche de la Cour de cassation, l'équité peut ainsi prendre les traits de la raison humaine et, comme en

⁶⁶⁴ FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, op. cit., p. 126. L'auteur conclut ainsi : « Pour beaucoup, l'équité, si elle ne prend pas la forme d'une révolte contre la loi mais vise seulement à la compléter, est le fondement du droit prétorien » (p. 132).

⁶⁶⁵ Il en est ainsi du substitut Joseph Dagallier à la cour de Dijon, qui commande au juge une résistance à l'équité : « qu'il se garde surtout, car c'est là un écueil d'autant plus dangereux qu'il s'adresse à de plus nobles instincts, qu'il se garde de sacrifier la loi aux sollicitations d'une équité prétendue, car ce peut être un mal de froisser des intérêts qui se recommandent par une apparente justice ; mais c'en est un certainement plus grand encore de ne pas obéir à la loi » (DAGALLIER, Joseph, *Obéissance à la loi*, 9 novembre 1844, Dijon, Simonnot-Carion, 1844, cité par FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, op. cit., p. 127).

⁶⁶⁶ À la cour de Metz, en 1867, le substitut Jules Pêcheur admet, en principe, le recours à l'équité mais appelle à la vigilance du juge : il nuance en effet entre « la bonne [équité] qui est la source même de la loi, qui permet de suppléer au silence ou à l'obscurité du texte, non pour combattre ou éluder la règle, mais pour pénétrer dans son esprit et l'appliquer conformément aux vues du législateur » et « la mauvaise équité, qui, en s'élevant au-dessus des prescriptions légales et en assurant la domination des impressions individuelles, ne serait plus qu'un dangereux caprice du juge et un instrument aussi docile que funeste entre ses mains », laissant à la conscience du juge le soin de départager ces deux natures entretenant une grande proximité (PECHEUR, Jules, *Indépendance du magistrat*, 4 novembre 1867, Metz, Nouvian, 1867, cité par FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, op. cit., p. 129).

⁶⁶⁷ Trib. Rambouillet, 23 décembre 1831, reproduit sous CR Paris, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 29 avril 1832, t. VII, n°2093.

matière pénale, guider en la manière dont interpréter et appliquer la loi. La Cour érige ainsi en dogme l'idée que :

« la règle suprême dans l'interprétation des lois pénales et de police est de leur attribuer un sens raisonnable et humain en harmonie avec les nécessités sociales »⁶⁶⁸.

Ces décisions témoignent de la conscience du juge de défendre un ordre, des principes et des droits, qui transcendent la loi et, partant, qui lui ouvrent les portes de réflexions libérées des carcans de la loi. Jusqu'à, parfois, prendre en considération ces critères exogènes à la loi pour en atténuer les rigueurs. À l'image de la Cour impériale de Riom, qui énonce, en préambule d'un arrêt concluant à la relaxe d'un homme poursuivi pour un fait de chasse non autorisée, que « le droit de détruire tout animal malfaisant qui porte dommage à l'homme ou à sa propriété, est un droit naturel que l'homme ne tient pas de la loi, mais du droit de légitime défense »⁶⁶⁹. Par ces termes, le tribunal place en dehors du champ d'attraction de la loi répressive un droit qui lui préexiste. La suite de l'arrêt conforte ce cheminement : si la cour cherche à replacer ce droit dans le cadre de la loi en rappelant qu'il a été « introduit dans l'article 9 [de la loi de 1844 relative à la chasse] », elle ajoute aussitôt « comme droit naturel et primordial, appartenant à tout propriétaire ». Aussi, selon la cour, la loi n'a-t-elle fait ici que « respect[er] » – sans pouvoir le « réglementer ni restreindre » – un droit qui lui est antérieur. Ces considérations permettent à la cour de refuser de sanctionner le prévenu, pourtant pris chassant en violation de l'arrêté préfectoral décrété sur le fondement de la loi.

En ultime secours, c'est, enfin, un recours à la jurisprudence qui s'esquisse et qui s'étoffe. Cette tendance est confirmée par l'invocation, comme argument de droit comme d'autorité, d'une « jurisprudence constante », révélatrice de l'interprétation développée par les juges, en marge de la loi⁶⁷⁰. Ces quelques exemples n'épuisent pas toutes les ressources à disposition des juges pour résoudre les litiges qui se présentent à eux. Ils illustrent cependant une réalité : en recourant à des éléments exogènes pour interpréter la loi, le juge fait mentir l'idée d'un légicentrisme asphyxiant au XIX^e siècle. Bien plus, cela souligne le rôle central de la jurisprudence qui enrichit alors la loi, dont le sens n'est désormais plus contenu dans son texte seul. Au soir de ce siècle, force est de reconnaître avec Charles Demolombe :

« [qu'il] s'est ainsi formé sur beaucoup de points, *un dépôt de maximes et de décisions*, un corps de doctrine et de jurisprudence, qui sont devenus, pour ainsi

⁶⁶⁸ Cour cass., crim., 15 octobre 1844, *Gazette des tribunaux*, 19 octobre 1844, t. XIX, n°5457.

⁶⁶⁹ CI Riom, 19 mai 1858, *Gazette des tribunaux*, 2 juin 1858, t. XXXIII, n°9725.

⁶⁷⁰ V. *infra*, §2. – L'appropriation de la loi.

dire, inséparables des décisions législatives elles-mêmes, en ce sens qu'il n'est pas plus possible désormais d'ignorer les unes que les autres »⁶⁷¹.

Ce dernier constat permet de convenir que la jurisprudence a gagné ses lettres de noblesses. Force est de reconnaître avec Georges Burdeau, qui forge l'idée d'une confiance française proche de l'« idolâtrie »⁶⁷² de la loi, un échec : celui de la conception legaliste du droit, qui domine chez les législateurs français depuis la Révolution, lesquels ont cru pouvoir consigner tout le droit dans la loi. Ainsi, en dépit des efforts des auteurs de la loi et de la promulgation des codes napoléoniens à l'orée du XIX^e siècle, il apparaît vite que la loi ne peut tout régir, obligeant le juge à composer des remèdes pour compenser les carences de la loi et, partant, à affirmer son autonomie fonctionnelle à côté de la loi.

Sous-section 3. – L'affirmation

« S'emparer des intérêts que la loi n'a pas satisfaits, les porter timidement dans son sein, les faire enfin prédominer par des essais continus, voilà sa mission... Elle n'est donc pas seulement [...] le commentaire et le complément de la loi existante : car alors elle aurait pour objet unique de maintenir et de consolider la loi, tandis qu'elle exerce une action dissolvante et, en l'élargissant sans cesse, aspire à la remplacer... À la jurisprudence l'avenir ; à elle, apôtre et précurseur de la loi nouvelle, de céder, par des transitions prudentes et ménagées, à la pente irrésistible des faits et des idées. »

Alexandre Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêlistes et la jurisprudence »⁶⁷³

⁶⁷¹ DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code civil, op. cit.*, t. I, « Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général », p. III.

⁶⁷² BURDEAU, Georges, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, 1939, n°1-2, p. 30.

⁶⁷³ LEDRU-ROLLIN, Alexandre-Auguste, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêlistes et la jurisprudence », *loc. cit.*, p. XVII.

Au tournant du siècle, Alexandre Ledru-Rollin évoque l'œuvre des juges en des termes confirmant le caractère indispensable de la jurisprudence qui s'impose comme un contrepoint crédible à la loi. La même affirmation du juge à l'égard de la loi transparaît au fil des discours de rentrée – soit de la bouche même des magistrats du parquet, pourtant perçus comme les missionnaires fidèles du pouvoir. Ils expriment, régulièrement, le rôle modérateur joué par l'ordre judiciaire, autant pour appeler leurs pairs à prendre conscience de cette mission que pour s'affirmer à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif. Il en est ainsi de l'avocat général Parès à la Cour de Montpellier qui, dès 1832, n'hésite pas à rappeler le rôle central du juge, seul à même de garantir le respect de la séparation des pouvoirs – une mission qu'il doit envisager avec circonspection :

« Quel terrible pouvoir que le nôtre, et combien nous devons trembler en l'envisageant ! Tenir entre ses mains la vie des citoyens et leur honneur, nous ne parlons même pas de leur fortune ; être maître de la sécurité de tous, parce que cette sécurité repose sur les lois, et que *les lois sont une arme que nous dirigeons à notre gré* ; pouvoir selon nos caprices anéantir l'œuvre du législateur sous prétexte de l'interpréter, ou usurper sa puissance en paraissant leur obéir ; être libre de prévenir les désordres en punissant, ou de les encourager par une molle condescendance, et de déchaîner ainsi sur la société ces tempêtes qui la troublent jusqu'à sa base ; ne trouver devant nous aucun obstacle, et avoir le droit de fixer au Gouvernement lui-même la limite qu'il ne doit pas franchir, au péril de nous laisser influencer par une situation si orgueilleuse : en un mot sous la couleur d'une humble application de la loi pouvoir nous mettre au-dessus de la loi, et cela sans contrôle, sans recours possible, à l'abri de ce principe salulaire qui voit la vérité dans nos décisions, et suppose la conscience dans tout ce qui sort de nos mains »⁶⁷⁴.

Dans d'autres discours, ce rôle d'arbitre des pouvoirs se trouve encore enrichi par la conscience de devoir veiller à la préservation des droits et libertés des justiciables⁶⁷⁵. Ensemble,

⁶⁷⁴ PARES, *L'amour de la patrie*, 7 novembre 1832, Montpellier, Veuve Picot, 1832 (cité par FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, op. cit., p. 151-152).

⁶⁷⁵ Comme le rappelle Desclaux, procureur général près la Cour de Colmar : « Protéger les citoyens contre toutes les attaques de la cupidité ; les venger de tous les outrages, de toutes les atteintes qu'ils peuvent recevoir dans leurs personnes, dans leurs biens et dans la conservation de leurs droits ; veiller sans relâcher pour garantir à chacun sa liberté et sa sécurité ; défendre le malheur contre les oppressions de l'avidité, du mensonge ou de la colonie ; poursuivre, accuser et punir le méchant, quelle que soit la force ou les prestiges qui le protègent ou l'environnent ; défendre l'ordre social contre les téméraires qui voudraient le troubler ; soutenir la couronne de toute la puissance des lois et de toute la fidélité qu'inspire un cœur généreux et que les serments commandent ; donner tout le poids de son caractère et de ses fonctions aux libertés publiques, telles que l'acte constitutionnel les consacre ; en un mot, être l'espoir sur lequel se fondent toutes les justes prétentions : la consolation de l'innocence opprimée ; la terreur du crime, le plus sûr protecteur des citoyens et le plus ferme appui du pouvoir légitime : telle est la mission du magistrat, tel est le noble mandat que nous avons reçu de la royauté » (DESCLAUX, *Les devoirs des magistrats*, 10 novembre 1829, Strasbourg, F.-G. Levraut, 1829 ; *ibid.*, p. 151).

ces missions permettent au juge judiciaire, mû autant par nécessité que par volonté, de s'affirmer comme le seul capable de maintenir l'équilibre entre les pouvoirs constitués et de prémunir les justiciables contre les excès de ces pouvoirs. Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey, alors président de chambre à la Cour de cassation, résume, très tôt dans le siècle, la mission cardinale du juge :

« L'autorité judiciaire étend encore plus loin son influence sur la constitution de l'État : elle la ramène à son principe lorsqu'elle est corrompue ; elle la tempère et la corrige lorsqu'elle est vicieuse »⁶⁷⁶.

Aussi, « clef de voûte de tout l'édifice »⁶⁷⁷, le juge permet-il de garantir l'ordre tant juridique que social, en réalisant le vœu de la loi. Ce rôle initial pousse alors le juge à en briguer un autre, plus innovant, que justifie son intervention en dernier recours pour résoudre de manière circonstanciée une question de droit : celui d'inspirer les réformes législatives. En cela, le juge s'affirme comme une « sentinelle avancée de la société »⁶⁷⁸ (§1). Cette charge s'accompagne néanmoins de deux autres missions, plus conflictuelles : d'une part, celle de compléter la loi (§2), d'autre part, celle de contrôler la loi (§3). Par-là, le juge achève sa mue en dehors du giron de la loi.

§1. – Inspirer les lois

Alors que le juge manifeste dès les premières décennies un rôle créateur, duquel découle des innovations juridiques, le législateur a, dans l'ensemble, une réaction lente, dont témoigne une homologation, inévitable et pourtant tardive, des jurisprudences. Cette situation se justifie par l'essence même de la loi : un instrument qui intervient le plus souvent après coup. Dans ce rôle à longue détente, la loi est souvent une réaction à une jurisprudence : l'intervention du législateur peut être alors provoquée par le juge, qu'il intervienne pour la consolider, la dépasser ou la contredire⁶⁷⁹. Il n'est guère d'hypothèse où la loi intervient sur un sujet parfaitement neuf, inconnu des tribunaux judiciaires. Cela conduit, dès lors, à l'avènement d'une jurisprudence

⁶⁷⁶ HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Barrois, 1818, p. 122.

⁶⁷⁷ FUZIER-HERMAN, Édouard, *La séparation des pouvoirs, d'après le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, p. 412.

⁶⁷⁸ La formule est prononcée en 1857, devant le Tribunal correctionnel de la Seine, par le substitut Ernest Pinard, lors du procès intenté à Gustave Faubert, prévenu d'outrage à la morale publique et religieuse et aux bonnes mœurs pour la parution de son roman, *Madame Bovary* (cité par ROYER, Jean-Pierre, & al., *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 601).

⁶⁷⁹ MALAURIE, Philippe, « La jurisprudence combattue par la loi », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 605.

« législative »⁶⁸⁰, puisqu'à l'inverse du législateur, le juge judiciaire, pressé par les causes amenées devant lui et confronté à des cas humains, ne manque ni d'audace ni d'imagination. Cette articulation temporelle entre la décision judiciaire et la loi oblige alors à voir dans les tribunaux le siège de la vie du droit ; et à voir la loi comme le pendant d'une jurisprudence qui l'a précédée. Cette temporalité est inhérente aux rôles du législateur et du juge : le second colmate jusqu'à ce que le premier réagisse, en donnant à des principes la solidité des lois. Cet enchaînement des rapports explique encore les variations et incertitudes jurisprudentielles, qui obligent les juges, du plus petit tribunal à la Cour de cassation, à chercher et essayer des solutions pour retenir celle qui sera la plus adéquate. Cette articulation confère à la jurisprudence un rôle précurseur, qu'à l'aube du XX^e siècle, Jean Cruet, initiateur d'une sociologie juridique autonome, résume de la sorte :

« Toutes les grandes lois, qui paraissent avoir apporté dans notre droit des innovations révolutionnaires, ne sont que la codification de nécessités sociales, nettement aperçues et juridiquement sanctionnées par les tribunaux »⁶⁸¹.

La retranscription de la jurisprudence dans la loi s'avère cependant paradoxale : si le besoin de consacrer une solution par la loi trahit la précarité de la jurisprudence, dont l'autorité est suspendue à l'intervention du législateur, cette action sonne la reconnaissance de l'œuvre créatrice du juge, dont l'acmé semble atteinte dans les années 1880-1890. Au seuil du XX^e siècle, un vaste mouvement de réformes législatives révèle la mue du juge d'un rôle subordonné à la loi à un rôle en complémentarité de la loi, par la consécration légale de nombreuses solutions jurisprudentielles. Sous l'action tutélaire de la jurisprudence, les droits de la famille⁶⁸² et du travail⁶⁸³ sont refondus, le droit des assurances prend son essor⁶⁸⁴ et le

⁶⁸⁰ V. ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, op. cit., p. 177.

⁶⁸¹ CRUET, Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, E. Flammarion, 1908, p. 64.

⁶⁸² Loi du 24 juillet 1884 sur le divorce ; loi du 9 avril 1881 concernant les caisses d'épargne (permettant à la femme mariée de jouir librement des sommes placées sur son livret de caisse d'épargne) ; loi du 24 juillet 1889 (sur la déchéance paternelle) ; loi du 9 mars 1891 sur les droits successoraux de la veuve (lui permettant de bénéficier de l'usufruit de son mari sur le logement dans lequel elle vivait avec ce dernier).

⁶⁸³ Loi du 21 mars 1884 sur la liberté syndicale ; loi du 2 novembre 1892 relative au travail (complétant une loi de 1841 sur le travail des enfants, elle limite la journée de travail des femmes) ; loi de 9 avril 1898 sur les accidents du travail (créant un régime spécial de responsabilité et d'assurance) ; loi du 2 juillet 1890, abrogative des textes relatifs au livret ouvrier. Ces avancées sociales sont sanctionnées, en 1906, par la création d'un ministère du travail et, en 1910, par la confection d'un Code du Travail.

⁶⁸⁴ Les codifications ignorent, faute d'avoir pu anticiper leur développement, les questions assurantielles qui sont, longtemps, régies par la seule jurisprudentielle. Deux lois intervenues en avril 1898 posent les jalons d'un droit des assurances renouvelé. La première loi, du 1^{er} avril 1898, libéralise le commerce des mutuelles – des organismes assurantiels –, en leur offrant la possibilité de commercialiser toutes formes d'assurance ou d'opter pour une spécialisation. La seconde, la loi du 9 avril 1898, est plus fondamentale encore en ce qu'elle rend obligatoire la réparation des accidents du travail et pérennise ainsi l'activité assurantielle et le droit associé. Il faut encore attendre la loi du 30 avril 1930 pour avoir la première loi française sur le contrat d'assurance terrestre.

V. BROUSSY, Charlotte, *Histoire du contrat d'assurance (XVI^e-XX^e siècles)*, Paris, LGDJ, 2023.

commerce est pourvu d'une vaste législation plus moderne⁶⁸⁵. Pour certains, il s'agit alors d'une « césure », qui doit être comprise comme la fin de « l'ère des notables » et du règne du « privatisme »⁶⁸⁶ : puisque le droit privé, jusqu'alors pensé et enserré dans un Code civil impuissant à régler toutes les situations juridiques, est enrichi par des lois *ad hoc*. Ce constat se confirme au-delà de la sphère du droit privé : le droit administratif est gagné, dans le dernier tiers du siècle, par un même mouvement, dont témoigne la décision Blanco⁶⁸⁷ qui vient parfaire un mouvement de reconnaissance d'une autonomie du droit public, accompagnant ainsi l'essor jurisprudentiel de la juridiction administrative.

Bien que certains auteurs concluent à minimiser l'idée d'un « tournant » dans les années 1880⁶⁸⁸, les deux dernières décennies du siècle apparaissent bien comme celles des plus grandes et pérennes créations jurisprudentielles, jusqu'à aujourd'hui encore⁶⁸⁹. Ainsi, cette fin de siècle résonne comme « l'époque des grandes constructions prétoriennes »⁶⁹⁰. Plusieurs raisons peuvent expliquer un tel basculement au cours des deux dernières décennies : politiques – avec la républicanisation d'un corps politique – ; ou économiques – la révolution industrielle renouvelle en profondeur la société et oblige à la régénération du droit. Deux autres raisons sont plus propres au droit. La première tient au rôle quasi-politique de la doctrine qui s'attache à mieux recevoir les constructions prétoriennes, élevées au rang d'art et utiles parangons dans le droit et la justice de la suprématie du modèle républicain. La seconde réside peut-être aussi dans le « rôle moteur »⁶⁹¹ de la Cour de cassation. En effet, le nouveau législatif puisé dans l'œuvre jurisprudentielle coïncide avec l'évolution même de la Cour de cassation, dont la jurisprudence, qui est la plus à même de parvenir au législateur et de l'inspirer, s'affirme progressivement dans le siècle. La fixité, que la Cour de cassation imprime à sa jurisprudence, lui permet de s'ériger en collaboratrice et interlocutrice crédible du législateur. Cette idée est confirmée par le fait que le législateur était moins enclin à retranscrire la jurisprudence dans ses lois dans les premières décennies du siècle, à une époque où le rôle de la Cour de cassation était diminué.

Si la fin du siècle offre un moment de bascule dans la prise en considération de la jurisprudence, le législateur n'est pas resté sourd à son œuvre créatrice tout le siècle durant. À l'endroit du droit pénal, le législateur a procédé plus tôt à une légitimation de la jurisprudence

⁶⁸⁵ Il est à noter que le chèque n'existe que depuis 1865 ; que les sociétés anonymes n'ont une existence légale que depuis 1867 ; et que le fonds de commerce n'est réglementé qu'à partir de 1898.

⁶⁸⁶ ARNAUD, André-Paul, *Les juristes face à la société...*, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁸⁷ Trib. conflits, 8 février 1873, *Blanco*, S. 1873. II. 153.

⁶⁸⁸ HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁸⁹ C'est en tout cas ce dont témoigne la parution des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, à partir de la fin du siècle. Cet ouvrage, qui connaît aujourd'hui son pendant en matière pénale, réunit des arrêts dont l'influence sur le droit positif se fait encore sentir, comme en matière de responsabilité, d'abus du droit, d'enrichissement sans cause ou de personnalité morale (CAPITANT, Henri, TERRE, François, & LEQUETTE, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 14^e éd. refondue, Paris, Lefebvre Dalloz, 2024, 2 vol.).

⁶⁹⁰ REMY, Philippe, « La part faite au juge », *loc. cit.*, p. 31.

⁶⁹¹ HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 177.

– dont la présentation de quelques exemples jurisprudentiels permet alors de se convaincre d’une légitimation diffuse. Si les apports jurisprudentiels sont relativement ignorés par la réforme du Code pénal, par ailleurs légère, de 1824 et celle entreprise en 1832, la refonte du code en 1863 tient mieux compte des avancées jurisprudentielles⁶⁹². Elle consacre notamment la généralisation de la notion de *circonstances atténuantes*, prévues à l’article 463⁶⁹³, que les juges avaient, depuis plusieurs décennies déjà, portée pour mieux individualiser les peines en en adoucissant la rigueur⁶⁹⁴ mais qui, en l’absence de pleine consécration légale, demeurait à l’entière discrétion des juges, favorisant des solutions contradictoires⁶⁹⁵. Il en est de même de l’évolution de l’article 345 du code, relatif à la suppression d’enfant⁶⁹⁶. En 1863, la disposition est renouvelée pour prendre en considération, dans sa nouvelle mouture, la doctrine portée par la Cour de cassation : la Cour considère, en effet depuis plusieurs décennies, que cet article n’a

⁶⁹² BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 613 et suiv.

⁶⁹³ L’article 463 est ainsi conçu dans la version du Code pénal de 1810 : « Dans tous les cas où la peine d’emprisonnement est portée par le présent Code, si le préjudice causé n’excède pas vingt-cinq francs, et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l’emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l’amende, même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l’une ou l’autre de ces peines, sans qu’en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police. ». La réforme du 13 mai 1863 enrichit notablement ce même article : « Les peines prononcées par la loi contre celui ou ceux des accusés reconnus coupables, en faveur de qui le jury aura déclaré les circonstances atténuantes, seront modifiées ainsi qu’il suit : Si la peine prononcée par la loi est la mort, la cour appliquera la peine des travaux forcés à perpétuité ou celle des travaux forcés à temps. Si la peine est celle des travaux forcés à perpétuité, la cour appliquera la peine des travaux forcés à temps ou celle de la réclusion. Si la peine est celle de la déportation dans une enceinte fortifiée, la cour appliquera celle de la déportation simple ou celle de la détention ; mais, dans les cas prévus par les articles 96 et 97, la peine de la déportation sera seule appliquée. Si la peine est celle de la déportation, la cour appliquera la peine de la détention ou celle du bannissement. Si la peine est celle des travaux forcés à temps, la cour appliquera la peine de la réclusion ou les dispositions de l’article 401, sans toutefois pouvoir réduire la durée de l’emprisonnement au-dessous d’un an. Dans le cas où le code prononce le maximum de la peine afflictive, s’il existe des circonstances atténuantes, la cour appliquera le minimum de la peine ou même la peine inférieure. Dans tous les cas où la peine de l’emprisonnement et celle de l’amende sont prononcées par le Code pénal, si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux correctionnels sont autorisés, même en cas de récidive, à réduire ces deux peines comme suit : Si la peine prononcée par la loi, soit à raison de la nature du délit, soit à raison de l’état de récidive du prévenu, est un emprisonnement dont le minimum ne soit pas inférieur à un an ou une amende dont le montant ne soit pas inférieur à cinq cents francs, les tribunaux pourront réduire l’emprisonnement jusqu’à six jours et l’amende jusqu’à seize francs. Dans tous les autres cas, ils pourront réduire l’emprisonnement même au-dessous de six jours et l’amende même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l’une ou l’autre de ces peines et même substituer l’amende à l’emprisonnement, sans qu’en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police. »

⁶⁹⁴ Aussi, en 1854, la Cour de cassation étend-elle les prévisions de la loi en retenant une application élargie de la portée des circonstances atténuantes, pour en faire bénéficier tous les prévenus poursuivis pour des délits commis par la voie de la publication (Cour cass., crim., 28 avril 1854, *Gazette des tribunaux*, 6 mai 1854, t. XXIX, n°8367).

⁶⁹⁵ DUTRUC, Gustave, *Le code pénal modifié par la loi du 18 avril 1863*, Paris, Cosse & Marchal, 1863, p. 85 et suiv.

⁶⁹⁶ En 1810, l’article 345 disposait ainsi que « les coupables d’enlèvement, de recélé ou de suppression d’un enfant, de substitution d’un enfant à un autre, ou de supposition d’un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion. – La même peine aura lieu contre ceux qui, étant chargés d’un enfant, ne le présenteront point aux personnes qui ont le droit de le réclamer. ». En 1863, le même article prévoit que « les coupables d’enlèvement, de recélé ou suppression d’un enfant, de substitution d’un enfant à un autre, ou de supposition d’un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion. – S’il n’est pas établi que l’enfant ait vécu, la peine sera d’un mois à cinq ans d’emprisonnement. – S’il est établi que l’enfant n’a pas vécu, la peine sera de six jours à deux mois d’emprisonnement. – Seront punis de la réclusion ceux qui, étant chargés d’un enfant, ne le représenteront point aux personnes qui ont le droit de le réclamer. »

vocation à s'appliquer qu'à l'acte de suppression d'enfant vivant – par opposition à la suppression d'enfant mort⁶⁹⁷. L'exposé des motifs de la loi témoigne, éloquemment, de l'imprégnation de la jurisprudence dans la loi :

« Pour donner la raison de cette disposition additionnelle, il convient de rappeler que la Cour de cassation, après avoir jugé dans plusieurs arrêts que la disposition du §1^{er}, générale et absolue, devait s'appliquer à toute suppression d'enfant, vivant ou mort, paraît être définitivement revenue de cette jurisprudence. Elle juge maintenant, et depuis longtemps, que l'article 345 ne dispose que pour la suppression d'un enfant vivant ; s'il n'est pas établi que l'enfant supprimé ait vécu, l'article cesse d'être applicable »⁶⁹⁸.

Ces consécutions sont légion mais non absolues ; la loi ne saurait adouber toute innovation jurisprudentielle. Des oppositions demeurent. Ainsi, en matière pénale, elle se refuse, par exemple, à accueillir les solutions retenues par les juges, en matière de vol dans les auberges ou de vol perpétré sans violence dans les chemins publics⁶⁹⁹. Cette circonstance n'empêche pas de convenir, au fil du siècle, d'une meilleure prise en considération par la loi, des solutions jurisprudentielles. C'est ce mouvement qui permet à Claire Bouglé de conclure « [qu']en définitive, le Code pénal de 1810, qui instaure un dispositif général en faveur de la famille, et par extension, de son patrimoine, a trouvé dans la jurisprudence de la Cour de cassation une consécration morale et un affermissement juridique »⁷⁰⁰. Une observation partagée, à l'égard du droit civil, par Philippe Rémy qui constate que « du Code civil, un siècle d'efforts et de controverses a progressivement fait surgir le Droit civil »⁷⁰¹.

Il s'avère néanmoins que le juge n'a pas attendu le tournant du siècle et ce jaillissement tardif du législateur, pour affirmer et afficher son émancipation du joug de la loi ; le pouvoir, qu'il s'est octroyé de compléter les lois, en témoigne.

⁶⁹⁷ Elle retient en effet, dès 1840, que « l'article 345 du Code pénal, qui prononce la peine de la réclusion contre la suppression d'un enfant, a essentiellement pour objet d'assurer son état civil ; [...] dès lors le législateur a nécessairement supposé que l'enfant serait vivant, puisque l'enfant né mort ne peut avoir d'état ; attendu enfin qu'appliquer l'article 345 du Code pénal au cas d'inhumation clandestine d'un enfant mort-né, c'est donner à la loi une extension qui n'est ni dans ses termes ni dans son esprit » (Cour cass., crim., 4 juillet 1840, *Gazette des tribunaux*, 3 septembre 1840, t. XV, n°4675).

⁶⁹⁸ DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, *op. cit.*, t. LXIII, p. 462.

⁶⁹⁹ BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 620 et suiv. V. *infra*, A. – Le vol.

⁷⁰⁰ BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 148-149.

⁷⁰¹ REMY, Philippe, « Éloge de l'Exégèse », *loc. cit.*, p. 120.

Dans un article postérieur, Philippe Rémy identifie, par ailleurs, trois époques distinctes dans le rapport entre le juge et la loi : « le juge sous la loi », au XIX^e siècle ; « le juge à côté de la loi », au début du XX^e siècle ; et, désormais au XXI^e siècle, « le juge au-dessus de la loi » (REMY, Philippe, « La part faite au juge », *loc. cit.*, p. 23 ; p. 30 ; p. 33).

§2. – Compléter les lois

En 1843, la *Gazette des tribunaux* ouvre sa première parution de l'année par un article intitulé « De la législation et de la jurisprudence ». L'article commence par un rappel de principe – « la législation commande à la jurisprudence : la jurisprudence prépare la législation » – dont la profondeur est pleinement explicitée par le dernier paragraphe :

« la mission de la jurisprudence est d'autant plus grande, que celle du législateur a plus de difficultés à se faire et à se compléter. C'est donc au pouvoir judiciaire, à défaut du pouvoir législatif, à venir énergiquement en aide aux lacunes et aux imperfections de la loi »⁷⁰².

Le juge n'a pas attendu cet appel, tant s'en faut : il l'a devancé et a, sitôt le siècle commencé, fait sien cet engagement. Dès 1828, le Tribunal correctionnel de Digne donne un exemple du juge en action cherchant à adapter une loi jugée désuète. Le tribunal est saisi de poursuites dirigées contre un homme, qui, en ayant empoisonné une rivière, a provoqué la mort de plusieurs bêtes. Cet acte est réprimé par une ordonnance de 1669, maintenue par le législateur contemporain et qui prévoit, comme sanctions, des peines corporelles – fouet et autres flétrissures. Le tribunal refuse néanmoins de se résoudre à les prononcer, en considérant que la « peine corporelle n'est plus en harmonie avec nos mœurs et notre système de pénalité ». À défaut de pénalité applicable, il conclut alors « [qu']il y a lieu à l'absolution des prévenus »⁷⁰³. Ici, le juge se veut plus averti que le législateur, en prétendant avoir le pouvoir et l'expérience nécessaires pour adapter, au gré des temps et des mœurs, les lois. Si cette *doxa* n'est pas reprise par la Cour de cassation, qui préfère, plutôt qu'absoudre les prévenus, substituer les peines prévues par le Code pénal⁷⁰⁴, elle illustre un pouvoir créateur des juges : compléter la loi.

Certaines adaptations se font par à-coups : à l'image du contournement des substitutions, sans aucun doute prohibées par l'article 896 du Code civil⁷⁰⁵, puis un temps encouragées par la Cour de cassation elle-même⁷⁰⁶. D'autres sont plus franches, à l'image de la légitimation d'enfants incestueux et naturels, au nom d'un principe d'humanité⁷⁰⁷. D'autres

⁷⁰² « De la législation et de la jurisprudence », *Gazette des tribunaux*, 1^{er} janvier 1843, t. XVIII, n°4910.

⁷⁰³ Trib. corr. Digne, 11 novembre 1828, *Gazette des tribunaux*, 22 novembre 1828, t. IV, n°1027.

⁷⁰⁴ V. *infra*, §1. – L'abrogation explicite a minima.

⁷⁰⁵ Code civil, article 896 : « Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. »

⁷⁰⁶ Conf. : Cour cass., civ., 19 mars 1873, *Héritiers Dabrin c/ Fontenilliat*, S. 1874. I. 5 ; Cour cass., civ., 18 juin 1873, *Pollet c/ Pollet*, S. 1874. I. 5 ; Cour cass., req., 29 juillet 1873, *Bodinier c/ Bodinier*, S. 1874. I. 5.

⁷⁰⁷ V. *supra*, §2. – Légitimer un enfant.

adaptations encore sont plus ambiguës en ce qu'elles consistent en des jurisprudences de contournement ; il en est ainsi de la jurisprudence développée à l'égard de la recherche de paternité, rigoureusement limitée par l'article 340 du Code civil à l'hypothèse du rapt de la femme⁷⁰⁸. Mais cette définition, injuste pour les mères seules, a été élargie par les juges, qui ont autorisé deux actions vidant la portée de la prohibition : d'une part, en autorisant la femme à demander réparation du dommage subi du fait de la séduction, au visa de l'article 1382⁷⁰⁹ ; d'autre part, en exigeant du père présumé de pourvoir aux besoins de l'enfant, dès lors qu'il en a pris l'engagement, à l'écrit notamment⁷¹⁰. Enfin, il est des adaptations qui expriment un maniement audacieux de la loi par les tribunaux ; à l'image de l'élargissement de l'article 272 du Code civil, relatif à l'extinction de l'action en divorce dans l'hypothèse de la réconciliation des époux⁷¹¹. La Cour de cassation se saisit de cette disposition pour en étendre l'effet à la plainte en adultère, régie par l'article 336 du Code pénal : elle admet que la réconciliation entre époux interrompe l'instance en cours relative à l'adultère, alors même que les dispositions relatives au divorce sont rendues caduques par l'effet de la loi du 8 mai 1816, abolitive du divorce. Dans un arrêt de cassation, elle énonce, dans un langage où l'aplomb le dispute à l'ambigu, que :

« l'article 336 du Code pénal doit être réputé, dans la généralité de sa rédaction, avoir admis des règles qu'il n'a pas exclues ; qu'il doit être réputé particulièrement s'en être référé, sur ces règles, aux dispositions du Code civil »⁷¹².

La Cour de cassation donne ainsi un large effet à la réconciliation des époux, vraisemblablement aux fins de faire cesser des actions pénales mettant en péril la paix des familles, quand bien même la cause de la disposition élargie – le divorce – n'existe plus. Une illustration qui apparaît encore mesurée, au regard des entorses à la loi faites par un juge unique d'une juridiction de première instance : c'est alors l'exemple du *bon* juge Paul Magnaud⁷¹³ qui peut être mobilisé pour montrer le paroxysme atteint par le juge, dans son entreprise d'adaptation de la loi.

⁷⁰⁸ Code civil, article 340 : « La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant. »

⁷⁰⁹ CI Caen, 10 juin 1862, *Sieur G. c/ Demoiselle L.*, D. 1862. II. 129.

⁷¹⁰ Cour cass., civ., 27 mai 1862, *Mont c/ Bloch*, S. 1862. I. 566.

⁷¹¹ Code civil, article 272 : « L'action en divorce sera éteinte par la réconciliation des époux survenue soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce. »

⁷¹² Cour cass., crim., 7 août 1823, *Poutard*, *Bull. crim.*, t. XXVIII, n°110, p. 322.

⁷¹³ LEYRET, Henri, *Les jugements du président Magnaud*, Paris, P.-V. Stock, 1900. Selon cet auteur, c'est à Clemenceau que l'on doit l'expression passée à la postérité (p. 237).

Avec sa décision, retentissante, rendue dans l'affaire Ménard⁷¹⁴, ce magistrat de Château-Thierry est demeuré célèbre pour avoir, dans cette affaire de vol de nourriture par une mère dans une situation de mendicité, retenu « l'état de nécessité », non prévue par la disposition relative au vol, pour refuser de prononcer un jugement de condamnation. Si, en appel, la relaxe est confortée, dans une apparence de légalité, au visa de l'article 64 du Code pénal⁷¹⁵, c'est au fond un raisonnement en équité qui est à l'origine de cette solution ouvertement audacieuse. En rappelant combien la loi doit être faite pour l'homme – et non l'homme pour la loi –, le juge Paul Magnaud révèle, dans ses décisions, une position qui trahit un mouvement plus général des magistrats du siège en faveur de l'introduction d'une dose d'équité et de conscience du juge pour atténuer les rigueurs de la loi⁷¹⁶. À l'inverse, le juge s'attire l'animosité du ministère de la justice, qui espère, par la voie de l'appel interjeté par le ministère public, réformer de tels jugements. Dans l'affaire Ménard, la cour d'appel doit alors concilier l'exigence de légalité avec l'émoi social suscité par cette affaire. La cour recule d'un pas : elle ne se résout pas à renoncer à la relaxe de la prévenue mais préfère retenir un « doute sur l'intention frauduleuse », plutôt que de reconnaître un audacieux « état de nécessité »⁷¹⁷. À défaut de parvenir à briser les élans jurisprudentiels du magistrat, le gouvernement cherche à l'évincer, en lui soufflant opportunément de se présenter à la députation pour délaisser la robe. Cette brève histoire illustre la précarité de la loi face à l'humanité du juge et montre que la loi écrite résiste mal à l'équité, la raison et la loi naturelle.

⁷¹⁴ Dans un jugement rendu le 4 mars 1898, le juge de Château-Thierry écrit : « Il est regrettable que dans une société bien organisée, un des membres de cette société surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ; que lorsqu'une pareille situation se présente et qu'elle est comme pour Louise Ménard, très nettement établie, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ; [...] la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoindrir en lui, dans une grande mesure, la notion du bien et du mal ; qu'un acte, ordinairement répréhensible, perd beaucoup de son caractère frauduleux, lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en oeuvre notre constitution physique ; que l'intention frauduleuse est encore bien plus atténuée lorsqu'aux tortures aiguës résultant d'une longue privation de nourriture vient se joindre, comme dans l'espèce, le désir si naturel chez une mère de les éviter au jeune enfant dont elle a la charge » (WEYL, Roland, & PICART WEYL, Monique, « Socialisme et justice dans la France de 1895 : le bon juge Magnaud », dans *Quaderni Fiorentini : per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974-1975, t. I, n°34, p. 371).

⁷¹⁵ Code pénal, article 64 : « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister. »

⁷¹⁶ V. LEYRET, Henri, *Les jugements du président Magnaud*, op. cit. ; LEYRET, Henri, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, Paris, Schleicher frères, 1903.

⁷¹⁷ Roland Weyl et Monique Picart Weyl rapportent ainsi les propos tenus, en audience, par le ministère public dans une autre affaire : « l'avocat général, demandant à la cour d'appel d'infirmer un jugement de Magnaud, déclara que le Tribunal de Château-Thierry "rendait des jugements dont les motifs l'excédaient et l'affligeaient", et osa ajouter "Quand donc en aurai-je fini avec ce Président de tribunal qui est un cratère toujours en éruption ?" » (WEYL, Roland, & PICART WEYL, Monique, « Socialisme et justice dans la France de 1895 : le bon juge Magnaud », dans *Quaderni Fiorentini...*, op. cit., p. 369).

L'étude de la jurisprudence judiciaire conduit à un aveu : les matières juridiques amendées par le juge ne sont pas seulement nombreuses mais innombrables⁷¹⁸ et il serait vain d'en faire un catalogue exhaustif. Ces constats permettent, au demeurant, de confirmer le rôle créateur du juge judiciaire. Au fil du XIX^e siècle, il applique des solutions jurisprudentielles innovantes, pour trouver, au-delà du cadre légal, les moyens d'assurer autant l'ordre public que la résolution de conflits nouveaux ; quitte à reconnaître, explicitement, l'insuffisance de la loi.

§3. – Amender les lois

Au long du XIX^e siècle, les juridictions judiciaires ne sont pas restées impassibles face à aux lenteurs législatives. Bien au contraire : amender les lois a fait partie intégrante de leur office, révélant deux facettes de l'art de juger. La première consiste à faire évoluer, de manière souvent captieuse, la loi : sans heurter frontalement le principe du légicentrisme, le juge modifie le sens de la loi pour lui faire prendre une acception qu'il estime plus juste et conforme aux réalités sociales. La seconde facette est plus frontale : le juge considère que la loi, insuffisante ou viciée, doit être corrigée, à droit constant, au nom de contradictions fondamentales avec les actes constitutionnels. Ici, la jurisprudence, inspiratrice des lois, ne se fait pas toujours, simplement, *præter legem* : le juge ose amender les lois, au risque de consacrer des solutions *contra legem*. Cette seconde mission emporte le juge sur un terrain délicat : l'examen de la conformité des lois aux actes constitutionnels. Dans le silence des actes constitutionnels (A), certains juges tentent de développer un contrôle de la régularité des lois dont l'exercice est très controversé au sein même de l'institution judiciaire (B). Ce sont finalement les soubresauts politiques du XIX^e siècle, qui condamnent une pratique n'ayant jamais été pleinement acceptée (C).

⁷¹⁸ À l'instar, pêle-mêle, de la question des rentes sur l'État ; de la contrainte par corps ; de la publicité des hypothèques ; de la séparation des patrimoines ; des donations déguisées ; de la validité des actes passés par l'héritier apparent ; des poursuites contre le complice de l'adultère ; de la définition de la maison habitée à l'endroit du vol ; de l'extension de la notion d'excitation à la débauche.

A. – L'examen des lois dans le silence des actes constitutionnels

Les actes constitutionnels du XIX^e siècle ne prévoient pas la question de la révision de la loi et moins encore celle de sa contestation. Ce silence résulte de la vision de la loi portée dans la dernière décennie du XVIII^e siècle : l'idéologie révolutionnaire, retenue dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷¹⁹, consacre l'inviolabilité de la loi, dont l'intégrité est encore assurée par la séparation des pouvoirs⁷²⁰, qui doit freiner les velléités d'immixtion des fonctions exécutive et judiciaire. Or, ces principes empêchent longtemps la conception d'un organe de contrôle de la loi – ou, quand il existe, d'un organe de contrôle *efficace*⁷²¹. Les exceptions impériales, instaurant un Sénat conservateur⁷²², ont montré l'impuissance d'un organe aux ordres du pouvoir, ne réalisant, en pratique, quasiment aucun contrôle de constitutionnalité des lois⁷²³. Dans le silence des actes constitutionnels, ne reste alors que la diligence du législateur ou la vigilance du peuple, pour éviter le maintien et l'application de lois non conformes. Mais il est possible de douter de l'efficacité de l'un comme de l'autre, ce qui conduit à s'en remettre à celui qui, en dernier recours, est placé face à la loi : le juge. L'exercice d'une telle prérogative est pourtant expressément interdit aux juges

⁷¹⁹ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

⁷²⁰ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

⁷²¹ PICHOT-BRAVARD, Philippe, *Conserver l'ordre constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 362 et suiv ; ROUSSEAU, Dominique, « La garantie de la constitution », dans *Liberté, libéraux et Constitutions*, *op. cit.*, p. 97 et suiv.

⁷²² Le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804) prévoit que « tout décret rendu par le Corps législatif peut être dénoncé au Sénat par un sénateur, 1° comme tendant au rétablissement du régime féodal ; 2° comme contraire à l'irrévocabilité des ventes des domaines nationaux ; 3° comme n'ayant pas été délibéré dans les formes prescrites par les constitutions de l'Empire, les règlements et les lois ; 4° comme portant atteinte aux prérogatives de la dignité impériale et à celles du Sénat : sans préjudice de l'exécution des articles 21 et 37 de l'acte des constitutions de l'Empire, en date du 22 frimaire an VIII » (titre VIII « Du Sénat », article 70). Une commission spéciale peut à l'issue d'une délibération « exprimer l'opinion qu'il n'y a pas lieu à promulguer la loi » (article 71). Le sort de la disposition est *in fine* déterminé par l'empereur qui « après avoir entendu le Conseil d'État, ou déclare par un décret son adhésion à la délibération du Sénat, ou fait promulguer la loi » (article 72).

La Constitution du 14 janvier 1852 consacre, quant à elle, un titre IV au Sénat, qui est fait « gardien du pacte fondamental et des libertés publiques » : en conséquence, « aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise » (article 25). Sous ce prisme, « le Sénat s'oppose à la promulgation : 1° Des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'immovibilité de la magistrature ; 2° De celles qui pourraient compromettre la défense du territoire » (article 26) ; et « maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le gouvernement, ou dénoncés, pour la même cause, par les pétitions des citoyens » (article 29).

⁷²³ V. ASHWORTH, Antoinette, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1994, t. CX, n°1, p. 45-102 ; ZACHARIE-THERET, Clémence, *Le Sénat conservateur de l'an VIII, constituant secondaire*, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2006.

judiciaires : dès la loi des 16-24 août 1790, défense est faite au juge de faire échec à l'application de la loi et, par extension, de s'emparer d'une disposition constitutionnelle pour l'y contrôler⁷²⁴ ; un principe confirmé dès la Constitution de 1791⁷²⁵. La loi de 1790, inspirée par la crainte de l'arbitraire du juge, l'emporte sur l'impératif de s'assurer de la conformité de la loi à la Constitution⁷²⁶, alors qu'il est très vraisemblable que des incompatibilités se fassent jour. Or, en pratique, l'impérativité de la loi se heurte vite à un double mouvement : satisfaire les demandes des justiciables, désireux de contester parfois le bien-fondé d'une loi ; et assurer la primauté d'une disposition constitutionnelle, qui ne serait, autrement, pas garantie. Une primauté que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen commande d'assurer, dans son préambule, en fixant comme objectif que « les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous »⁷²⁷. Si la Déclaration des droits n'est que rarement citée dans les décisions de justice, ses termes autorisent cependant la conception d'un organe veillant à la primauté de l'acte constitutionnel.

Aussi, le juge judiciaire se saisit-il des silences constitutionnels pour exercer un contrôle, en marge des prérogatives qui lui sont conférées. À cet égard, deux possibilités s'offrent à lui : un premier contrôle réside dans l'examen de la régularité formelle d'une loi, consistant à constater que la loi déferée a bien respecté le processus législatif posé par l'acte constitutionnel (*contrôle de régularité externe*). Un second consiste en la discussion de la teneur de la loi, pour en apprécier la conformité à une disposition constitutionnelle (*contrôle de régularité interne*). S'il peut être admissible que le juge examine préalablement la régularité d'une loi, il apparaît plus difficile d'accepter qu'il en discute le bien-fondé. L'existence et l'exercice de ces contrôles font alors l'objet de débats et controverses entre les juridictions judiciaires, alors que de tels contrôles se développent, en l'absence d'organe institutionnel investi de l'examen des lois, dès les premières décennies du XIX^e siècle. En toute hypothèse, le contrôle de constitutionnalité de la loi résulte d'une pratique mal assumée, plutôt que d'une claire reconnaissance, et ne disparaît qu'avec la création de cours constitutionnelles fonctionnelles dans la seconde moitié du XX^e siècle.

Pour en arriver là, il a fallu, au préalable, intégrer les textes constitutionnels dans le périmètre de contrôle du juge : un pas franchi très tôt sous l'égide du Tribunal de cassation,

⁷²⁴ Loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire, titre II « Des juges en général », article 10 : « Les Tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture. »

⁷²⁵ Constitution du 3 septembre 1791, titre III « Des pouvoirs publics », chapitre V « Du pouvoir judiciaire », article 3 : « Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois [...]. »

⁷²⁶ LAROQUE, Pierre, « Les juges français et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *loc. cit.*, p. 722-736.

⁷²⁷ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, préambule.

bien que son rôle soit en théorie limité à la cassation pour contravention à la loi⁷²⁸. Olivier Desaulnay révèle ainsi que dès ses premières années, le Tribunal de cassation mobilise les dispositions constitutionnelles, intégrées au droit positif pour contrôler l'application de la loi par les juges du fond⁷²⁹. Étant la seule juridiction à viser ces textes, le Tribunal peut, par ce biais, « renforcer l'autorité morale et juridique de son contrôle sur les juridictions du fond »⁷³⁰. Cette attitude, particulièrement prégnante en matière pénale, permet alors à Jean-Louis Halpérin d'évoquer, à ce sujet, « l'ébauche d'un bloc de constitutionnalité »⁷³¹. Mais cette audace révèle aussi toute la prudence du Tribunal qui ménage les apparences en veillant toujours à viser des dispositions légales, qui sont les seuls motifs, au fond, d'une éventuelle cassation. Dès le 1^{er} octobre 1791, le Tribunal de cassation mobilise la nouvelle constitution adoptée en septembre 1791, pour annuler le même jour, deux décisions jugées contraires à la « loi constitutionnelle de l'État » : le Tribunal voit alors dans le contrôle de légalité qui lui est confié par la Constitution⁷³², un contrôle du respect des dispositions de la Constitution.

La première décision sanctionne un arrêt de la Cour des aides de Paris, qui décidait un renvoi devant le roi pour juger d'une contestation en matière fiscale⁷³³. Le Tribunal fait droit au moyen du pourvoi, dénonçant une violation de la séparation des pouvoirs par l'arrêt qui a mis le roi en position d'exercer la fonction judiciaire. La seconde est plus audacieuse encore :

⁷²⁸ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 3 : « Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. – Et jusqu'à la formation d'un code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité, et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'empire, donneront ouverture à la cassation. – Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires : après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après. »

⁷²⁹ DESAULNAY, Olivier, *L'application de la constitution par la Cour de cassation*, op. cit., p. 13 et suiv.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁷³¹ HALPERIN, Jean-Louis, « La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux », dans *1791. La première Constitution française : actes du colloque de Dijon, 26 et 27 septembre 1991*, Paris, Economica, 1993, p. 369.

⁷³² Constitution du 3 septembre 1791, titre III « Des pouvoirs publics », chapitre V « Du pouvoir judiciaire », article 19 : « Il y aura pour tout le royaume un seul tribunal de cassation, établi auprès du Corps législatif. Il aura pour fonctions de prononcer : Sur les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort par les tribunaux ; Sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre, pour cause de suspicion légitime ; Sur les règlements de juges et les prises à partie contre un tribunal entier. » ; article 20 : « En matière de cassation, le tribunal de cassation ne pourra jamais connaître du fond des affaires ; mais après avoir cassé le jugement qui aura été rendu sur une procédure dans laquelle les formes auront été violées, ou qui contiendra une contravention expresse à la loi, il renverra le fond du procès au tribunal qui doit en connaître. » ; article 27 : « Le ministre de la justice dénoncera au tribunal de cassation, par la voie du commissaire du roi, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir. – Le tribunal les annulera ; et s'ils donnent lieu à la forfaiture, le fait sera dénoncé au Corps législatif, qui rendra le décret d'accusation, s'il y a lieu, et renverra les prévenus devant la haute Cour nationale. »

⁷³³ Trib. cass., 1^{er} octobre 1791, *Mage c/ Les invalides* (cité par MESTRE, Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », dans *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice...*, op. cit., p. 27-29).

elle casse un jugement du Tribunal du district de Semur-en-Auxois⁷³⁴, qui suspendait le commissaire du roi et lui faisait interdiction de paraître aux audiences. La décision, dénoncée par le ministre de la justice, est cassée :

« comme contraire à l'article 2 du chapitre V (du titre III) de la loi constitutionnelle de l'État, qui porte que la suspension ne pourra avoir lieu que pour une accusation admise ».

Cette solution, décidée en audience générale, est opportunément prise pour éviter de « paralyser l'action du ministère public »⁷³⁵, alors que le texte constitutionnel visé ne protège des suspensions arbitraires que les juges élus – et non le ministère public composé d'agents du pouvoir exécutif⁷³⁶. Ici, le Tribunal de cassation montre, quelques mois seulement après son installation, qu'il n'hésite pas à s'approprier la Constitution de 1791 pour en assurer l'effectivité et, dans cette seconde espèce, en maîtriser l'interprétation. Le Tribunal maintient ce contrôle sous l'empire de la Constitution de l'an III : son titre VIII, combiné, à plusieurs reprises, à la Déclaration des droits de 1795⁷³⁷, est mobilisé dans l'intention de protéger les personnes poursuivies devant les juridictions répressives, à l'heure de la Terreur⁷³⁸.

Mais ce contrôle ne s'exerce pas sans nuance ni réticence. Le Tribunal de cassation manifeste à plusieurs reprises une répugnance à examiner la loi et rappelle les juridictions du fond à leur seule fonction : l'appliquer. En atteste un jugement du 11 fructidor an V, par lequel la chambre criminelle, visant l'article 203 de la Constitution de l'an III, refuse au juge le droit de se livrer à une appréciation quelconque de la loi. La censure est formulée en termes francs :

« le tribunal de police d'Amana, au lieu d'appliquer la loi, seule fonction que la Constitution lui ait déléguée, s'est refusée à ce devoir, même en se livrant à la critique de la loi qu'il eût dû appliquer »⁷³⁹.

Quelques jours plus tard, le Tribunal se fait moins lapidaire en déniaut au juge le droit d'exercer un contrôle sur l'existence de la loi au motif que « les termes absolus dans lesquels est conçue pour les corps administratifs et judiciaires la défense d'arrêter ou de suspendre l'exécution des lois ne peuvent admettre ni exception ni prétexte »⁷⁴⁰. C'est cette seconde

⁷³⁴ Trib. cass., 1^{er} octobre 1791, *Commissaire du roi du Tribunal de Semur-en-Auxois* (cité par MESTRE, Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », dans *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice...*, op. cit., p. 27-29).

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 28.

⁷³⁶ Constitution du 3 septembre 1791, titre III « Des pouvoirs publics », chapitre V « Du pouvoir judiciaire », article 2 : « La justice sera rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple, et institués par des lettres-patentes du roi qui ne pourra les refuser. – Ils ne pourront être, ni destitués que pour forfaiture dûment jugée, ni suspendus que pour une accusation admise. – L'Accusateur public sera nommé par le Peuple. »

⁷³⁷ Sur ce sujet, voir SAPHORE, Céline, « La Constitution dans la jurisprudence criminelle de la Cour de cassation (1791-1810) », *Politeia*, n°5, 2004, p. 199-229.

⁷³⁸ MESTRE, Jean-Louis, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », dans *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, op. cit.

⁷³⁹ Trib. cass., crim., 1^{er} fructidor an V (18 août 1797), *Guillaume, Rép. Dalloz*, t. XV, v° *Déni de justice*, p. 387.

⁷⁴⁰ Trib. cass., crim., 18 fructidor an V (4 juin 1797), *Rép. Dalloz*, t. XXX, v° *Lois*, p. 196.

politique, en retrait, qui semble confirmée à l'aube du XIX^e siècle, alors que le Sénat est seul investi du droit d'examiner les lois et que l'article 127 du Code pénal déclare coupable de forfaiture le juge « suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois ».

Cette ambivalence jurisprudentielle ne cesse pas au XIX^e, alors que le Tribunal mue en Cour de cassation en 1804 : les incertitudes jurisprudentielles nourrissent les relations entre juges jusqu'à la fin du siècle et sont particulièrement réactivées au seuil de la décennie 1830. Dans une forme de mimétisme, une brèche s'ouvre en faveur d'un contrôle juridictionnel de la loi à mesure que le juge s'arroge le droit de contrôler la régularité d'actes réglementaires⁷⁴¹. Cette prérogative prend un tournant au soir de la révolution de Juillet qui conduit à la consécration d'un article 70 prononçant l'abrogation des dispositions contraires à la Charte réformée⁷⁴². Pourquoi s'astreindre au seul examen des actes réglementaires et s'interdire de contrôler la régularité constitutionnelle des lois, alors que cet article 70 les vise aussi bien que les ordonnances contraires à la Charte ?

Opérer un tri entre les dispositions semble même s'imposer comme un devoir aux juridictions, ce que la Cour royale de Paris se fait fort de marteler :

« qu'aux termes de l'article 68 de la Charte, les lois anciennes ne sont restées en vigueur qu'autant qu'elles ne lui étaient pas contraires, que dès lors les juges sont investis de droit, et ont même le devoir d'examiner si la loi invoquée n'est pas contraire à la Charte, ou si elle a effectivement le caractère de loi »⁷⁴³.

Le principe est, de même, acté par l'avocat général près la Cour de cassation, Charles-Guillaume Hello. Dans une affaire jugée en 1838, il énonce dans ses conclusions, que :

« ce qui était inévitable après une succession de régimes divers et opposés, le principe de l'abrogation tacite s'est établi dans l'ordre constitutionnel ».

Par-là, il invite la Cour à reconnaître l'abrogation d'une loi de 1814, devenue incompatible avec le nouveau régime ; mais celle-ci ne fait pas droit à son raisonnement⁷⁴⁴. Cette solution augure d'une controverse entre la Cour de cassation et les juridictions du fond,

⁷⁴¹ À l'image de l'attitude manifestée à l'égard des décrets impériaux : v. *supra*, §1. – Les décrets impériaux.

⁷⁴² Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « Droits particuliers garantis par l'État », article 70 : « Toutes les lois et ordonnances, en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la réforme de la Charte, sont dès à présent et demeurent annulées et abrogées. »

⁷⁴³ CR Paris, 22 novembre 1827, *Gazette des tribunaux*, 24 novembre 1827, t. III, n°712.

⁷⁴⁴ Cour cass., crim., 23 juin 1838, *Vitræ*, S. 1838. I. 502. La même question est agitée, de nouveau, devant la Cour de cassation en 1866, qui juge identiquement (Cour cass., crim., 20 avril 1866, *Paris*, S. 1866. I. 185).

Plus tard, devenu conseiller à la Cour de cassation, Charles-Guillaume Hello publie un ouvrage dans lequel il dénonce l'application des décrets impériaux, tout en reconnaissant que ceux-ci avaient dû être maintenus au nom de l'intérêt du droit et de la société (HELLO, Charles-Guillaume, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, 3^e éd., Bruxelles, Meline, 1849, p. 288-293).

pour la majorité desquelles l'intervention du juge est mandée aux fins d'assurer la « transition constitutionnelle »⁷⁴⁵ d'un régime à un autre et conserver la cohérence de l'ordre juridique.

B. – L'examen de constitutionnalité des lois en débat

Il faut attendre la fin du XIX^e siècle et plus sûrement le début du XX^e siècle pour que certains auteurs reconnaissent une « obligation fonctionnelle » du juge, dont l'office commande d'écarter la loi contraire à la constitution, « sinon la hiérarchie législative serait méconnue »⁷⁴⁶. Les juges se font, eux, moins timorés au XIX^e siècle : s'ils manifestent une plus grande réserve à l'idée de censurer une loi qu'ils peuvent l'être à priver d'effet une ordonnance royale, les juges s'emparent néanmoins de cette prérogative dès le XIX^e siècle, prenant le relais du Tribunal de cassation. Les décisions émises montrent, cependant, un usage variable de ce contrôle naissant. Ici, il s'agit de s'intéresser moins au dispositif qu'à la faculté : le juge judiciaire peut-il exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi ?

A priori, la Cour de cassation adopte, dès 1826, une position de principe, à rebours des positions tenues, au soir du XVIII^e siècle, par le Tribunal de cassation : le juge doit appliquer la loi, dès lors qu'elle est claire, sans avoir égard à son respect ou non des dispositions constitutionnelles⁷⁴⁷. Mais cette décision émane de la seule chambre des requêtes et, conjuguée à l'autorité diminuée de la Cour de cassation jusqu'à la loi de 1837, elle ne s'impose pas auprès des juridictions du fond, qui prétendent régulièrement pouvoir se livrer à un contrôle de constitutionnalité. À l'image d'un arrêt rendu par la Cour royale d'Aix, en 1830, en matière de liberté de culte. Le principe, posé par l'article 5 de la Charte de 1814 et repris à l'identique dans un même article 5 par celle de 1830, reconnaît à chacun le droit de « professe[r] sa religion avec une égale liberté » et d'« obt[enir] pour son culte la même protection ». Cette « égale liberté » conduit la cour à déclarer abrogée la loi 18 août 1792, interdisant les costumes religieux, pour contrariété à la liberté constitutionnelle de l'exercice du culte⁷⁴⁸. La liberté prise par certaines juridictions rejaillit alors probablement sur la Cour de cassation, qui offre, à la lecture de ses arrêts, une position contrastée. Si la teneur de ses dispositifs laisse penser que la Cour se refuse simplement à un contrôle de constitutionnalité de la loi, ses motifs montrent bien, à l'inverse,

⁷⁴⁵ V. FERRARI, Sébastien, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *loc. cit.*, p. 497-521.

⁷⁴⁶ DUEZ, Paul, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », dans *Mélanges Maurice Hauriou*, *op. cit.*, p. 227.

⁷⁴⁷ Cour cass., req., 3 janv. 1826, *Veuve Tardy*, *Rép. Dalloz*, t. XVI, v° *Dispositions entre-vifs*, p. 280.

⁷⁴⁸ CR Aix, 29 juin 1830, *Ministère public c/ Le père Eugène*, S. 1830. II. 351.

qu'elle cherche à moduler la loi pour en assurer la conformité à l'acte constitutionnel – si ce n'est à procéder à un réel examen de la loi.

La première tendance est illustrée, à nouveau, par le contentieux relatif à la liberté de culte. Cette liberté est mobilisée à l'occasion d'un conflit, opposant dès 1826 les juridictions du fond à la Cour de cassation, relatif à la conformité à la Charte des articles 291 et 294 du Code pénal⁷⁴⁹. Pour certaines juridictions du fond, la liberté du culte est incompatible avec l'obligation faite, par le Code pénal, aux associations religieuses de plus de vingt personnes de requérir une autorisation préalable pour se former. En 1826, la Cour de cassation a l'opportunité de se saisir de cette question et, cassant un arrêt de la Cour royale de Colmar, décide comme suit :

« ces trois derniers articles [291, 292 et 294 du Code pénal] se concilient parfaitement, tant avec le principe consacré par la Charte, qu'avec le besoin de surveillance et de police, dans tout ordre social sagement organisé »⁷⁵⁰.

Mais deux années plus tard, peut-être confortée par la loi de 1828 diminuant l'autorité de la Cour de cassation⁷⁵¹, la Cour royale de Rennes se risque à discuter l'application de ces dispositions à un abbé prévenu d'avoir prêché un culte anti-concordataire. La cour prononce la relaxe en estimant que « la même liberté est accordée également à tous et n'a pas été restreinte par la Charte à des particuliers isolés, ni subordonnée à une autorisation préalable » : pour la cour, il est alors « naturel de conclure que ces dispositions ont été tacitement abrogées par la Charte »⁷⁵². Le pourvoi du ministère public oblige la Cour de cassation à se prononcer sur cette question. « Sans approuver en droit les motifs de la Cour royale de Rennes », la Cour rejette cependant le pourvoi et prononce la relaxe du prévenu, à la faveur d'une substitution : le critère de la clandestinité de la réunion posée par l'article 294 faisant défaut, les faits ne pouvaient tomber sous le coup de la prohibition établie par le Code pénal. En l'espèce inapplicable,

⁷⁴⁹ Code pénal, article 291 : « Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués, pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du Gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société. Dans le nombre de personnes indiqué par le présent article, ne sont pas comprises celles domiciliées dans la maison où l'association se réunit. » ; article 294 : « Tout individu qui, sans la permission de l'autorité municipale, aura accordé ou consenti l'usage de sa maison ou de son appartement, en tout ou en partie, pour la réunion, des membres d'une association même autorisée, ou pour l'exercice d'un culte, sera puni d'une amende de seize francs à deux cents francs. »

V. BOUDOU, Guillaume, *L'émergence de la liberté d'association en droit français, 1810-1848*, Bayonne, Institution francophone pour la justice et la démocratie, 2020, p. 145 et suiv.

⁷⁵⁰ Cour cass., crim., 3 août 1826, *Piétistes de Bischwiller*, S. 1826. I. 338.

⁷⁵¹ V. *infra*, §2. – L'autorité confortée des juridictions du fond.

⁷⁵² CR Rennes, 1^{er} août 1828, reproduit sous Cour cass., crim., 12 septembre 1828, *Ministère public c/ L'abbé de Juvigny*, S. 1828. I. 358.

l'article 294 n'est pas discuté par la Cour. Cependant, la rédaction de la décision est telle qu'elle semble confirmer, implicitement, la constitutionnalité de l'article⁷⁵³.

Cette réponse équivoque, de même que des décisions plus claires rendues en 1830, confirmant la conciliation des articles 291 et 294 à la Charte et interdisant aux magistrats de se livrer à un contrôle de constitutionnalité⁷⁵⁴, ne suffisent pas à éteindre le mouvement contraire, porté par les juridictions du fond et réactivé sous la Monarchie de Juillet. Le législateur rencontre la même résistance : la loi du 10 avril 1834 sur les associations a beau jeu de rappeler la vigueur de l'article 291⁷⁵⁵ mais son application demeure contrariée. À l'image d'un arrêt rendu par la Cour royale d'Orléans, qui persiste dans la voie de la dissidence, jusqu'à la fin des années 1830.

Dans cette espèce jugée en janvier 1838, deux hommes sont poursuivis pour avoir récité des prières et psaumes devant témoins, à l'invitation d'un pasteur. La cour conclut à la relaxe des prévenus, après avoir relevé une « incompatibilité entre l'article 5 du pacte social, et les articles 291 et suivants du Code pénal ». Or, « conformément à l'article 70 de la Charte », elle ne peut que déclarer « l'abrogation virtuelle des dispositions précitées, en tout ce qui est relatif à l'exercice du culte »⁷⁵⁶. Par une telle décision, la juridiction se place au-dessus du législateur en prétendant déterminer l'effet de la Charte sur les dispositions légales, dont le législateur a pourtant confirmé tant la vigueur que la conformité à l'ordre constitutionnel. Saisie par un pourvoi du ministère public, la Cour de cassation ne retient pas le grief d'inconstitutionnalité relatif aux articles du Code pénal et déclare la conciliation de ces articles avec la Charte, lesquels se contentent d'appliquer les pouvoirs de police normaux de l'autorité publique. Pour autant, dans un exercice d'équilibriste, le juge de cassation rejette le pourvoi en décidant que les dispositions litigieuses ne s'appliquent qu'aux seules associations et non aux réunions

⁷⁵³ L'arrêt de la Cour est ainsi rédigé : « il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que le prévenu avait remis au commissaire de police une clef du local où il exerçait son culte ; que le commissaire de police a pénétré à volonté et à différentes époques dans l'intérieur du local, et y a même pénétré plusieurs fois en un jour, sans que jamais il ait trouvé réunies plus de vingt personnes ; qu'il est constaté que l'autorité municipale était instruite de ce qui se passait dans ces réunions, puisque le commissaire de police qui est l'un des principaux agents en était informé ; que dès lors on ne peut reprocher à ces réunions leur clandestinité et que de ces faits résulte la permission exigée par l'article 294 du Code pénal » (Cour cass., crim., 12 septembre 1828, *Ministère public c/ L'abbé de Juvigny*, S. 1828. I. 358).

⁷⁵⁴ Conf. : Cour cass., crim., 23 avril 1830, *Lefèvre et Poizot*, S. 1830. I. 301 ; Cour cass., crim., 19 août 1830, *Letellier et anticoncordataires de Beaulieu*, S. 1830. I. 311 ; Cour cass., crim., 18 septembre 1830, *Poizot c/ Protestants de Levergies*, S. 1830. I. 309.

⁷⁵⁵ Loi du 10 avril 1834 sur les associations, article 1^{er} : « Les dispositions de l'article 291 du Code pénal sont applicables aux associations de plus de vingt personnes, alors même que ces associations seraient partagées en sections d'un nombre moindre, et qu'elles ne se réuniraient pas tous les jours ou à des jours marqués. L'autorisation donnée par le gouvernement est toujours révocable. » ; article 4, 3^e alinéa : « Les infractions à la présente loi et à l'article 291 du Code pénal seront déférées aux tribunaux correctionnels. »

⁷⁵⁶ CR Orléans, 9 janvier 1838, reproduit sous Cour cass., crim., 12 avril 1838, *Donne et Lemaire*, S. 1838. I. 314.

temporaires ou accidentelles⁷⁵⁷ – alors même que la loi de 1834 en étendait l'application aux réunions d'associations à jour non fixe.

Déjà en 1830, la Cour opérait une réflexion similaire : elle prétendait concilier la Charte et la loi en distinguant, en dépit du silence de la loi, les cultes autorisés par l'État des autres ; seuls les seconds pouvant tomber sous le coup de l'article 291 du Code pénal⁷⁵⁸. Ces solutions montrent un effort et, partant, un pouvoir de conciliation de textes positifs par le juge de cassation, qui devaient appeler, progressivement, la Cour à céder le pas : parce que si la Cour refuse de reconnaître en l'espèce le caractère inconciliable des textes, ses arrêts trahissent les prémisses d'un contrôle, dont elle dénie pourtant l'exercice aux juges du fond⁷⁵⁹. Pour l'heure néanmoins, ces interprétations des dispositions pénales permettent à la Cour de ne pas censurer la loi, ni d'officialiser un contrôle de constitutionnalité auquel elle refuse de se livrer au nom de la séparation des pouvoirs, puisque :

« s'il était nécessaire d'apporter quelque modification aux mesures établies à cet égard par le Code pénal, ce serait au législateur qu'il appartiendrait de les proposer, et non à la Cour de cassation, instituée pour assurer l'exécution des lois, tant qu'elles ne sont pas rapportées »⁷⁶⁰.

Une incise pourtant paradoxale, alors que la Cour admet pouvoir livrer tout le substrat des dispositions pénales avant d'en faire application. Au demeurant, cette solution, qui fait l'objet d'une réception contrastée en doctrine⁷⁶¹, est maintenue par la Cour dans la décennie suivante⁷⁶² et encore sous le Second Empire, qui a pris soin de confirmer la vigueur des dispositions contestées⁷⁶³.

Sous la Monarchie de Juillet, cette position de principe de la Cour de cassation est le mieux cristallisée, en 1833, par l'arrêt *Paulin*, lequel doit freiner les ardeurs des juges du

⁷⁵⁷ Cour cass., crim., 12 avril 1838, *Donne et Lemaire*, S. 1838. I. 314.

⁷⁵⁸ Cour cass., crim., 23 avril 1830, *Lefèvre et Poizot*, S. 1830. I. 301.

⁷⁵⁹ C'est l'avis du Professeur et doyen de la Faculté de droit de Paris, Henri Berthélemy (BERTHELEMY, Henri, « Les limites du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1925, t. CXXV, p. 355-369). L'opinion contraire est cependant développée par un de ses contemporains, le Professeur Paul Duez (DUEZ, Paul, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », dans *Mélanges Maurice Hauriou*, op. cit.).

⁷⁶⁰ Cour cass., crim., 18 septembre 1830, *Poizot c/ Protestants de Levergies*, S. 1830. I. 309.

⁷⁶¹ Antoine-Georges Blanche accueille favorablement la doctrine de la Cour : il ne voit aucun caractère inconciliable entre les articles 291 et suivants du Code pénal et la liberté reconnue par la Charte (BLANCHE, Antoine-Georges, *Études pratiques sur le Code pénal*, op. cit., t. IV, p. 446 et suiv.). À l'inverse, sans toutefois reconnaître au juge le droit d'écarter ces dispositions pénales, Joseph Carnot admet une contrariété à la liberté individuelle reconnue par la Charte qui rend nécessaire l'abrogation (CARNOT, Joseph-François-Claude, *Commentaire sur le Code pénal : contenant la manière d'en faire une juste application, des dissertations sur les questions les plus importantes*, 2^e éd., Paris, Nève, 1836, t. I, p. 768 et suiv.).

⁷⁶² Cour cass., crim., 22 avril 1843, *Bull. crim.*, t. XLVIII, n°88, p. 167.

⁷⁶³ Cour cass., crim., 9 décembre 1853, *Bull. crim.*, t. LVIII, n°576, p. 680. La décision de la Cour est motivée par l'existence du décret, pris le 25 mars 1852 par le régime nouveau, portant que « les articles 291, 292 et 294 du Code pénal, et les articles 1, 2 et 3 de la loi du 10 avril 1834, seront applicables aux réunions publiques, de quelque nature qu'elles soient » (article 2).

fond⁷⁶⁴. En l'espèce, le gérant du journal *Le National* est poursuivi sous la prévention de compte rendu injurieux et de mauvaise foi du procès de l'auteur d'un attentat contre le roi. Aux termes de la loi du 8 octobre 1830, réactivant le système répressif de la loi du 25 mars 1822, cette question doit être tranchée directement devant la juridiction offensée⁷⁶⁵. Le prévenu, par la voix de son avocat, Adolphe Crémieux, élève la question de la compatibilité de cette disposition à la Charte de 1830, qui annonçait la mise en place d'un jury pour les délits de presse, par une loi ultérieure qui n'est jamais advenue⁷⁶⁶. Après examen des dispositions légales, la Cour de cassation conclut par la formule suivante :

« la loi [...] délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité ».

En cela, la Cour suit les réquisitions de son avocat général Jean-Baptiste Voysin de Gartempe, lequel conclut, dans une forme de renoncement, que « ce n'est pas aux tribunaux à juger l'œuvre du législateur ; car les tribunaux ont à appliquer les lois, fussent-elles mauvaises, tant qu'elles n'ont pas été changées »⁷⁶⁷. Cette doctrine est confirmée dans une affaire similaire, quelques jours plus tard⁷⁶⁸, et reproduite l'année suivante, à l'occasion d'un litige relatif à la création des conseils de discipline de la garde nationale par la loi du 23 mars 1831. Dans cette dernière affaire, la contestation porte sur la contrariété de la loi à la Charte, qui prévoit, en son article 53, que « nul ne pourra être distrait de ses juges naturels ». Mais la Cour balaie l'argument dans un bref considérant :

« les lois délibérées et acceptées par le roi et légalement promulguées sont obligatoires pour les citoyens et les tribunaux »⁷⁶⁹.

Ces solutions, encouragées par les magistrats du parquet, ont également le soutien de certaines juridictions du fond. À cet égard, il ne faut pas imaginer la Cour parfaitement isolée, ce dont peut témoigner une affaire portée devant le Tribunal de commerce de Paris, qui relaie la doctrine de la Cour, dans une décision néanmoins ambiguë. Le tribunal est saisi d'une demande en abrogation pour inconstitutionnalité d'une loi de 1816, qui instaure comme jour férié celui de la mort de Louis XVI. Le tribunal nie pouvoir se livrer à une telle analyse, dans une déclaration paradoxale. Après avoir affirmé « que la loi doit être respectée jusqu'à son abrogation », le tribunal ajoute immédiatement :

⁷⁶⁴ Cour cass., crim., 11 mai 1833, *Paulin*, S. 1833. I. 357.

⁷⁶⁵ Loi du 8 octobre 1830 sur l'application du jury aux délits de la presse et aux délits politiques.

⁷⁶⁶ Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « Dispositions particulières », article 69 : « Il sera pourvu successivement par des lois séparées et dans le plus court délai possible aux objets qui suivent : 1° L'application du jury aux délits de la presse et aux délits politiques. »

⁷⁶⁷ Cour cass., crim., 11 mai 1833, *Paulin*, S. 1833. I. 357.

⁷⁶⁸ Cour cass., 24 mai 1833, *Cruchet*, Bull. crim., t. XXXVIII, n°197, p. 253.

⁷⁶⁹ Cour cass., crim., 3 janvier 1834, *Villette*, D. 1834. I. 73.

« qu'on ne voit rien, dans le texte ni dans l'esprit de la Charte de 1830, qui puisse entraîner de droit cette abrogation »⁷⁷⁰.

Quel était le besoin de cette seconde incise, qui laisse à penser que la loi peut être discutée et qui contrarie le principe posé en première intention ? De surcroît, quelles pourraient être les conditions qui peuvent « entraîner *de droit* cette abrogation » : faut-il voir dans cette formulation l'indication d'un simple contrôle de régularité *externe* de la loi, voire d'un contrôle de régularité *interne* de la loi ?

Cette ambiguïté devient progressivement celle de la Cour de cassation, qui tempère sa doctrine à la faveur de la chute de la Monarchie de Juillet et des silences de la Constitution de 1848. Cette évolution peut être illustrée par deux décisions, l'arrêt *Gauthier* rendue en mai⁷⁷¹ et l'arrêt *Gent* rendu en novembre 1851⁷⁷², sur la question de la compétence des conseils de guerre. L'état de siège, décrété conformément à la loi du 9 août 1849, a conduit à transférer aux conseils de guerre la compétence pour juger des civils⁷⁷³, en dépit de l'article 4 de la Constitution de 1848, lequel interdit la création de tribunaux extraordinaires et la distraction de citoyens de leurs juges naturels⁷⁷⁴. Dans l'affaire *Gauthier*, plusieurs hommes, non militaires, sont prévenus d'avoir troublé la paix publique et renvoyés d'abord devant la Cour d'assises de la Drôme, par la suite dessaisie au profit de la juridiction militaire qui revendique sa compétence en vertu de la loi sur l'état de siège. Les prévenus s'élèvent contre cette compétence d'attribution et forment un pourvoi devant la Cour de cassation. Dans l'affaire *Gent*, plusieurs hommes, également civils, sont condamnés par un conseil de guerre à diverses peines, dont la déportation, pour complots contre la sûreté intérieure de l'État. Ils forment, aux termes de motivations similaires, un pourvoi en cassation.

Dans ces deux espèces, la Cour de cassation rejette les pourvois au visa de l'article 106 de la Constitution, qui laisse à la loi le soin de régler « les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré ». En dépit de ces rejets, il apparaît que la Cour prend pour référence dans l'élaboration de ses arrêts, non son arrêt *Paulin* rendu en 1833, mais l'arrêt *Geoffroy*, prononcé en 1832 et déclarant abrogé, par l'effet de la Charte de 1830, l'article du décret impérial de 1811 donnant compétence aux conseils de guerre pour juger les civils en cas d'état de siège.

⁷⁷⁰ Trib. com. Paris, 25 juillet 1831, *Gazette des tribunaux*, 25-26 juillet 1831, t. VI, n°1856.

⁷⁷¹ Cour cass., crim., 15 mars 1851, *Gauthier et al.*, D. 1851. I. 142.

⁷⁷² Cour cass., crim., 17 novembre 1851, *Gent et al.*, D. 1851. I. 333.

⁷⁷³ Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, article 7 : « Aussitôt l'état de siège déclaré, les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et de la police passent tout entiers à l'autorité militaire. – L'autorité civile continue néanmoins à exercer ceux de ces pouvoirs dont l'autorité militaire ne l'a pas dessaisie. » ; article 8 : « Les tribunaux militaires peuvent être saisis de la connaissance des crimes et délits contre la sûreté de la République, contre la Constitution, contre l'ordre et la paix publique, quelle que soit la qualité des auteurs principaux et des complices. »

⁷⁷⁴ Constitution du 4 novembre 1848, chapitre II « Droits des citoyens garantis par la Constitution », article 4 : « Nul ne sera distrait de ses juges naturels. – Il ne pourra être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit. »

Or, alors qu'elle aurait pu se contenter de reprendre l'attendu limpide de l'arrêt *Paulin* et confirmer la conciliation de la loi de 1849 avec la Constitution, la Cour répond en droit en acceptant expressément d'examiner le grief d'inconstitutionnalité – contrôle auquel elle s'était refusée dans la décision *Paulin*. Dans l'affaire *Gauthier*, l'exercice de ce contrôle est clairement exprimé par une formule employée par la Cour, qui, dans un premier attendu, s'exprime de la sorte :

« attendu, relativement à la constitutionnalité de cet article, que [...] ».

Le raisonnement suivi par la Cour conduit à déduire la conformité à la Constitution de la loi relative à l'état de siège, de la volonté de l'assemblée constituante qui « en votant cet article [106 de la Constitution] sans en restreindre la portée, manifestait d'autant plus clairement l'intention de comprendre au nombre des effets possibles de l'état de siège la faculté de porter devant les conseils de guerre les crimes et délits contre la paix publique commis même par des citoyens non militaires ». La Cour tire par ailleurs d'éléments de fait – le recours aux juridictions militaires alors que l'assemblée constituait encore –, une circonstance supplémentaire pour conforter la constitutionnalité de la loi : si l'assemblée avait souhaité s'opposer à une telle pratique, elle l'aurait expressément prohibée dans le texte constitutionnel. La Cour peut alors interpréter le silence gardé comme un accord tacite de la perpétuation d'une telle procédure, pour valider la loi litigieuse. Il ne s'agit plus ici, comme dans les années 1830, d'un simple contrôle de la régularité externe de la loi : la Cour se soucie de la conformité de la loi aux volontés de l'assemblée constituante, en s'assurant que la loi se concilie bien avec l'*esprit* dans lequel la Constitution a été pensée. Certes, il n'est pas certain que la Cour, constatant que la loi invoquée n'était pas conforme à cette philosophie et était, par voie de conséquence, entachée du vice d'inconstitutionnalité, eût rejeté le pourvoi et censuré la loi litigieuse. Mais le fait même que la Cour tienne un tel raisonnement est un premier pas : la Cour semble s'inscrire dans un contrôle juridictionnel de la régularité interne la loi⁷⁷⁵.

⁷⁷⁵ À cet égard, Henri Berthélemy tient le raisonnement suivant : « À cinq reprises différentes, en 1833, en 1838, deux fois en 1851, une fois encore en 1863, la Cour de Cassation a été saisie de pourvois contre des décisions rejetant – ou acceptant – l'exception ou l'argument d'inconstitutionnalité. Jamais la Cour suprême n'a répondu qu'elle n'avait pas – que la juridiction dont on lui soumettait les décisions n'avait pas – à connaître de cet argument. Sans doute, les pourvois dont il s'agit ont été rejetés ; mais ils l'ont été après examen, par la raison qu'en aucune des espèces jugées on ne pouvait relever un cas d'inconstitutionnalité. Les magistrats n'ont pas dit : "Nous rejetons le pourvoi parce que nul ne peut soutenir devant la justice qu'une loi est inconstitutionnelle". Ils ont dit : "Nous rejetons le pourvoi parce que les lois qu'on argue d'inconstitutionnalité ne sont pas entachées de ce vice". Nous pouvons en conclure que s'ils avaient reconnu qu'une loi dont on combattait l'application était entachée d'inconstitutionnalité, ils n'auraient pas rejeté le pourvoi » (BERTHELEMY, Henri, « Les lois inconstitutionnelles devant les juges », *loc. cit.*, p. 184).

Cette évolution, décriée par certains⁷⁷⁶, est analysée par d'autres comme une « parenthèse », qui n'a pas vocation à faire jurisprudence⁷⁷⁷, ou, enfin, est perçue comme le « point culminant atteint au milieu du XIX^e siècle, par la tendance des juges judiciaires à contrôler la constitutionnalité des textes invoqués devant eux »⁷⁷⁸. Au demeurant, ces deux solutions sont peut-être à comprendre à l'aune du contexte juridictionnel. Elles sont rendues au seuil de la décennie 1850, soit à une époque où la Cour de cassation n'a plus à faire la preuve de son autorité sur l'ordre judiciaire : puisqu'elle la tient désormais – fermement et durablement – de la loi. Aussi, la rigueur exprimée à l'égard d'un contrôle de conformité de la loi dans les années 1830 pourrait-il se comprendre au regard de la situation juridictionnelle de la Cour de cassation. Privée du soutien de la loi pour imposer son autorité face aux juges du fond, la Cour ne peut compter que sur la fermeté de ses propres arrêts pour les voir respecter. Dans cette logique, il semble cohérent que la Cour fasse le choix, dans ses arrêts rendus dans les années 1830, de formulations explicites fermant la voie à toute contestation de la loi par les juges du fond. Elle censure ainsi toute velléité visant à déployer un contrôle de la loi qu'elle n'a pas les moyens juridictionnels d'encadrer. À l'inverse, son existence et son rôle confortés depuis la loi d'avril 1837 autorisent peut-être une forme de liberté, qui se trouve ici exprimée dans une discussion de la constitutionnalité loi. Certes, la Cour ne reconnaît expressément aucun contrôle de constitutionnalité ; il apparaît néanmoins qu'elle s'y livre discrètement.

C. – Épilogue

En toute hypothèse, cette propension à contrôler les actes du législateur connaît un coup d'arrêt avec la chute de la II^e République. Les événements politiques de l'année 1851 vouent à l'anonymat cette jurisprudence innovante et les prémisses d'un contrôle assumé. Le Sénat,

⁷⁷⁶ À l'image du procureur général d'Aix, Desolliers, qui, dans son discours de rentrée en novembre 1851, dénonce l'attitude de ces « conspirateurs éternels » : « Quelle peut être l'autorité compétente pour décider qu'une loi est inconstitutionnelle quand le pouvoir législatif en la votant a implicitement décidé qu'elle était conforme à la Constitution ? [...] La souveraineté réside dans l'universalité du peuple. Hors de là, il n'existe aucun autre pouvoir dans l'État qui puisse déclarer qu'une loi votée par la majorité de l'Assemblée nationale est inconstitutionnelle et dispenser de l'obéissance de cette loi » (cité par MESTRE, Jean-Louis, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République...*, *op. cit.*, p. 60).

⁷⁷⁷ Olivier Desaulnay y voit une « parenthèse » refermée par l'arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 1879 (Cour cass., crim., 13 juin 1879, D. 1879. I. 277), qui marquerait un retour à une conception stricte de la fonction judiciaire (DESAULNAY, Olivier, *L'application de la constitution par la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 16).

⁷⁷⁸ MESTRE, Jean-Louis, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », dans *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*

investi par l'Empire naissant gardien des libertés publiques et de la régularité des lois⁷⁷⁹, sonne le début d'une interdiction durable faite au juge judiciaire d'interroger la constitutionnalité de la loi. Les décisions prises par la Cour de cassation confirment la renonciation à un quelconque contrôle de constitutionnalité. D'abord par l'arrêt du 27 janvier 1855⁷⁸⁰, lequel refuse d'écarter le décret du 26 mars 1852, attribuant certaines compétences aux tribunaux maritimes, au motif que l'article 58 de la Constitution de 1852 donnait force de loi aux décrets pris par Louis-Napoléon Bonaparte entre le 2 décembre 1851 et son entrée en vigueur⁷⁸¹. Dans cette décision, la Cour conclut sur le premier moyen par une formulation qui clôt la voie à toute contestation : l'attribution ainsi faite « doit être considérée comme une attribution légale, obligatoire pour les tribunaux et pour les citoyens ». Ensuite, par un arrêt du 13 juin 1879, par lequel la chambre criminelle condamne le principe d'un contrôle de la loi et rappelle aux juges leur devoir de ne pas « violer le principe de la séparation des pouvoirs »⁷⁸². Il est à noter que, par ces deux décisions, la Cour renoue avec la concision dont elle faisait preuve dans les arrêts rendus dans les années 1830.

Dans une décision rendue en 1873, la Cour se fait plus prolix :

« si, en France, depuis quatre-vingts ans, des révolutions successives ont substitué tour à tour, dans la transmission du pouvoir, la forme républicaine à la forme monarchique, ces changements n'ont pas eu pour résultat de supprimer d'un même coup toutes les lois édictées, sous ces divers régimes, pour protéger des institutions qui sont les organes essentiels de la vie de toutes les sociétés libres »⁷⁸³.

Par ces mots, elle conforte sa doctrine : la survivance de principe des lois antérieures.

Quelques décennies plus tard, en 1926, la Cour a encore l'occasion de réitérer, clairement, cette interdiction alors qu'est réactivée par la Chambre des députés, en 1924, une loi du 23 mars 1914, pour confier à une commission d'enquête sur l'origine de fonds électoraux, des pouvoirs juridictionnels. Face au refus de plusieurs personnes de prêter serment devant la

⁷⁷⁹ Constitution du 14 janvier 1852, titre IV « Du Sénat », article 25 : « Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise. » ; article 26 : « Le Sénat s'oppose à la promulgation : 1° Des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'immovibilité de la magistrature ; 2° De celles qui pourraient compromettre la défense du territoire. » ; article 29 : « Le Sénat maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le gouvernement, ou dénoncés, pour la même cause, par les pétitions des citoyens. »

⁷⁸⁰ Cour cass., crim., 27 janvier 1855, *Turrel et al.*, *Bull. crim.*, t. LX, n°24, p. 42.

⁷⁸¹ Constitution du 14 janvier 1852, titre VIII « Dispositions générales et transitoires », article 58 : « Les décrets rendus par le président de la République, à partir du 2 décembre jusqu'à cette époque, auront force de loi. »

⁷⁸² Cour cass., crim., 13 juin 1879, D. 1879. I. 277.

⁷⁸³ Cour cass., crim., 18 avril 1873, *Ministère public c/ Gérant du Progrès de la Somme*, D. 1873. I. 264.

commission, des poursuites sont engagées : les prévenus invoquent devant le Tribunal de la Seine le grief d'inconstitutionnalité de la loi de 1914. Dans un jugement rendu le 23 octobre 1925, le tribunal refuse de contrôler la constitutionnalité de la loi⁷⁸⁴ ; une position confirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 juin 1926⁷⁸⁵. À l'image de cette solution, sous la III^e République, les inconstitutionnalités sont régulièrement dénoncées mais rarement confirmées par la Cour de cassation : si certains arrêts laissent poindre un essai de contrôle de constitutionnalité, dans l'ensemble, la Cour de cassation l'enterre parce qu'elle y est hostile. En toute hypothèse, de telles prétentions ne pouvaient raisonnablement prospérer alors que l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 confie aux seules chambres le droit de procéder à la révision des lois constitutionnelles⁷⁸⁶ et les érige, par voie de conséquence, en organe d'interprétation de la constitution et de contrôle de la constitutionnalité des lois⁷⁸⁷.

Il apparaît pourtant, en dépit de ces prévisions, que la doctrine de la fin du XIX^e siècle et du XX^e siècle manifeste un regain d'intérêt au débat relatif à un contrôle juridictionnel de la loi : si une partie entend restreindre la mission du juge au seul contrôle de la régularité extrinsèque de la loi⁷⁸⁸, une majorité admet néanmoins la nécessité d'un organe juridictionnel de contrôle apte à examiner la régularité intrinsèque de la loi⁷⁸⁹. Pour d'autres encore, cette distinction est illusion et le contrôle juridictionnel des lois un facteur d'insécurité juridique⁷⁹⁰. Pour d'autres enfin, si le contrôle juridictionnel est souhaitable et ne représente qu'un risque faible d'arbitraire du juge, il ne serait pas praticable, parce qu'il conduirait les juges à se mêler à des luttes politiques, que le législateur pourrait toujours résoudre dans son sens en rendant la Constitution

⁷⁸⁴ Trib. Seine, 23 octobre 1925, *Ratier* (cité par HAURIOU, André, « La technique française du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois », dans *Introduction à l'étude du droit comparé*..., *op. cit.*, t. 2, p. 336).

⁷⁸⁵ Cour cass., civ., 11 juin 1926 (*ibid.*).

⁷⁸⁶ Loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 8, alinéa 1^{er} : « Les Chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles. »

⁷⁸⁷ C'est du moins le constat auquel parvient Carré de Malberg (CARRE DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, t. 132, p. 339-354) ; auquel s'oppose Henri Berthélemy (BERTHELEMY, Henri, « Les lois inconstitutionnelles devant les juges », *loc. cit.*).

⁷⁸⁸ Gaston Jèze réfute la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la régularité *interne* de la loi ; seul un contrôle de constitutionnalité *externe* de la loi serait possible – c'est-à-dire le respect des conditions requises pour la confection de la loi (JEZE, Gaston, « Le contrôle juridictionnel des lois », *loc. cit.*). De même, Julien Laferrière, Professeur de droit à la Faculté de Paris, estime que le juge ne peut pas contrôler matériellement mais seulement formellement la loi, laquelle, selon les mots de Pascal, « n'est pas la loi parce qu'elle est juste, mais parce qu'elle est la loi » (LAFERRIERE, Julien, « Rôle du juge dans l'appréciation de l'authenticité des textes de loi, publiés au Journal officiel », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *Études sur le rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, Paris, Dalloz, 1950, t. V, p. 36-60).

⁷⁸⁹ V. HAURIOU, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929 ; JOUSSERANDOT, Louis, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, Paris, Marescq aîné, 1878 ; LEBLANC, Jacques, *Du pouvoir des tribunaux*..., *op. cit.* ; SALEILLES, Raymond, *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, 1902, t. XXXI, n°4-5, p. 240-246.

⁷⁹⁰ C'est la limite soulevée par Hans Kelsen qui souligne qu'un tel contrôle, exercé par toute juridiction et, partant, non uniformisé, fait encourir un risque à la stabilité et sécurité du droit (KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *loc. cit.*, p. 217-218).

conforme aux lois jusqu'alors inconstitutionnelles⁷⁹¹. Ces divisions doctrinales appellent trois constats.

Tout d'abord, quant à la place de la loi. Au fond, c'est la conception française de la primauté absolue de la loi qui empêche de consacrer le juge judiciaire dans un rôle de conservateur de la loi inconstitutionnelle, à l'inverse de ce qui est pratiqué et montré en exemple aux États-Unis, dès le XIX^e siècle⁷⁹². Or, cette vision a une incidence directe sur l'évolution du droit. En déniaut au juge le droit de contrôler la régularité interne de la loi, le « positivisme juridique s'installe, qui identifie strictement le droit en vigueur aux textes promulgués, dans les formes, par l'autorité compétente »⁷⁹³. Dans cette logique, le droit demeure pour les juridictions de contrôler la régularité externe de la loi – rien de plus. C'est le constat auquel la Cour de cassation est parvenue en 1830 et qu'elle formule encore en 1903. Dans un arrêt rendu le 2 octobre 1903, la Cour de cassation, tout en bornant son contrôle, rappelle son droit d'examen de l'existence de la loi, votée par les Chambres⁷⁹⁴. Ce contrôle, peu contraignant pour le législateur, est insuffisant à assurer le renouvellement de lois non conformes aux dispositions constitutionnelles. Mais il ne pouvait en être autrement en raison de la nature même de la loi : il apparaît inconcevable que l'œuvre de la volonté générale puisse être défaite par un corps autre que le souverain, justifiant le rejet de tout contrôle interne de constitutionnalité.

Ensuite, quant aux prétentions de l'ordre judiciaire. S'il faut admettre qu'il reste résiduel au XIX^e siècle⁷⁹⁵, force est de constater que le contrôle de constitutionnalité – ou la tentative de contrôle – illustre la volonté des juges de sortir du giron de la loi, pour s'affirmer en un « pouvoir préservateur », dont Constant avait, dès le début du siècle, annoncé la nécessaire expansion⁷⁹⁶. La préemption de ce rôle interroge évidemment la légitimité du juge, qui, le premier, doute de ses pouvoirs, comme le prouvent les hésitations de la Cour de cassation. Mais l'absence de force modératrice que serait le juge judiciaire interroge le devenir des dispositions

⁷⁹¹ SIGNOREL, « Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1904, t. XL, n°120, p. 540.

⁷⁹² Aux États-Unis d'Amérique, ce contrôle est opéré dès 1797 et est confirmé en 1803 par la décision *Marbury v. Madison* (sur ce sujet, v. HAINES, Charles Grove, *The American doctrine of judicial supremacy*, New York, Macmillan, 1914 ; THAYER, James Bradley, « The origin and the scope of the American doctrine of constitutional Law », *Harvard Law Review*, 1893, vol. VII, n°3, p. 129-156). Néanmoins, selon Alexis de Tocqueville, cette pratique n'est pas transposable dans le système français : la vision de la loi, comme l'expression de la volonté générale, rend impossible la réception de ce contrôle de constitutionnalité en France (TOCQUEVILLE, Alexis (de), *De la démocratie en Amérique*, 13^e éd., Paris, Pagnerre, 1850, t. I, p. 121 et suiv. ; v. également CATTOIRE-JONVILLE, Vincent, « Tocqueville et le contrôle de la constitutionnalité des lois », dans CARIUS, Manuel, COUTEL, Charles, & LE MARC'HADOUR, Tanguy (dir.), *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Arras, Artois Presses Universitaires, 2005, p. 51-62).

⁷⁹³ FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois...*, op. cit., p. 373.

⁷⁹⁴ Cour cass., crim., 2 octobre 1903, *Nonaux et autres*, *Gazette du Palais*, 1903. II. 420.

V. LAROQUE, Pierre, « Les juges français et le contrôle de la constitutionnalité des lois », loc. cit., p. 735).

⁷⁹⁵ MESTRE, Jean-Louis, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », dans *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, op. cit.

⁷⁹⁶ CONSTANT, Benjamin, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, éd. établie par Henri Grange, Paris, Aubier, 1991, p. 387 et suiv.

constitutionnelles, qui, sans protection, risquent de rester lettres mortes⁷⁹⁷. C'est dans cette optique que plusieurs tentatives sont faites, à la Chambre des députés, pour venir consacrer une juridiction *ad hoc*, chargée du contrôle de constitutionnalité des lois : ainsi de Joseph Naquet en 1884, de Charles Benoist en 1903, de Georges Bonnet en 1924, ou encore de Fernand Engerand en 1925⁷⁹⁸. Toutes en vain.

Enfin, quant aux relations entretenues par la Cour de cassation avec les juridictions du fond. L'échec du contrôle de constitutionnalité porté par ces dernières n'empêche ni le constat ni le récit d'un événement : l'insubordination face à l'autorité de la Cour de cassation. Elles « profitent » des hésitations de la Cour de cassation, laquelle exprime davantage une réserve qu'une réelle interdiction du contrôle de constitutionnalité⁷⁹⁹. Ces variations jurisprudentielles, qui conduisent Grégoire Bigot à évoquer un « quasi-contrôle » de constitutionnalité⁸⁰⁰, montrent que les juridictions du fond innovent, bien avant la Cour de cassation, dont la jurisprudence marque une forme de conservatisme, toujours voué à constater des évolutions inévitables et nécessaires. Cette divergence d'état d'esprit n'est pas pour la Cour de cassation, un épiphénomène : il existe en effet un mouvement, si ce n'est rebelle, du moins indépendant, des juridictions du fond, qui tentent de consacrer des solutions innovantes. Si elles sont irréductibles à un esprit de corps homogène, elles se réunissent cependant longtemps dans une résistance à la primauté de la Cour de cassation. Cette opposition, qui tourne souvent au conflit jurisprudentiel, illustre combien le mouvement de l'indépendance fonctionnelle du juge conduit à une libération de la pensée jurisprudentielle à toutes les strates de la hiérarchie judiciaire.

⁷⁹⁷ Une situation que déplore Édouard Laboulaye, à la faveur de la présentation du modèle américain, qui a laissé éclore une Cour suprême à l'existence constitutionnellement garantie et reconnue comme gardienne de la Constitution (LABOULAYE, Édouard, *Histoire politique des États-Unis...*, *op. cit.*, t. III, p. 479 et suiv.).

V. ZOLLER, Élisabeth, « La Cour suprême des États-Unis. Présentation générale », dans *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°5, 1998, p. 34-43.

⁷⁹⁸ V. ESMEIN, Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 4^e éd., Paris, Sirey, 1906, p. 502 et suiv. ; MAUS, Didier, « La naissance du contrôle de constitutionnalité en France », dans *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 721 et suiv.

⁷⁹⁹ MESTRE, Jean-Louis, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République...*, *op. cit.*, p. 65-66.

⁸⁰⁰ BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.*, p. 217.

Conclusion

Dès 1846, pour Claude-Alphonse Delangle, avocat général près la Cour de cassation, la devise de la haute juridiction n'est plus uniquement « la Loi », selon la formule d'André Dupin⁸⁰¹, mais « la loi, la justice, la vérité »⁸⁰². Un tel changement trahit, d'autant plus dans le discours d'un homme du ministère public, l'évolution aussi bien de sa juridiction que de l'ensemble de l'ordre judiciaire. Le juge doit certes toujours veiller à l'application des lois mais cette garde doit s'accommoder d'impératifs nouveaux – la justice et la vérité –, qui, au besoin, peuvent conduire le juge à s'écarter de la loi. Par-là, le magistrat tient un discours à l'aune d'un ordre qui a pris la mesure de l'importance de son œuvre – la jurisprudence – et de son rôle – donner au droit sa vitalité en étant le reflet de la vie civile. La même prise de conscience apparaît sous la plume de certains auteurs, tel Alexandre Duranton, qui, dès la première édition de son *Cours de droit civil*, en 1825, écrivait :

« Vingt et quelques années de Code civil impriment déjà à notre jurisprudence, sur un grand nombre de points, un caractère de fixité qui lui donne en quelque sorte la force de la loi écrite »⁸⁰³.

Une fixité d'autant plus utile que le législateur est souvent long à intervenir, long à adouber les revirements jurisprudentiels, par des changements législatifs. S'impose alors une autorité judiciaire, affranchie de la tutelle des pouvoirs exécutif et législatif et résolument dédiée à l'évolution du droit. À cet égard, les juges brillent par une constance : celle de ne pas faire obstacle au renouvellement du droit, en refusant de pratiquer la « politique du pire » par « l'application absurde » de la loi. Or, c'est bien cette « politique du mieux »⁸⁰⁴ qui a inspiré les juges dès le XIX^e siècle et préparé les réformes législatives. Ces constats forcent à reconnaître

⁸⁰¹ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. I, 1815-1851, « Procès-verbal d'installation de M. Dupin Ainé, du 23 août 1830 », p. 8.

⁸⁰² *Ibid.*, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 4 novembre 1846. Discours de M. Delangle, avocat général », p. 12.

⁸⁰³ DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français...*, op. cit., t. I, p. VIII.

⁸⁰⁴ Ces expressions sont employées, à l'endroit du juge judiciaire, par le Professeur Philippe Malaurie. Dans un article paru en 1965, celui-ci tient les propos suivants : « Politique, leur conduite [des juges] ne l'est pas davantage, en ce qu'ils n'ont pas à se régler sur l'accueil qu'ils attendent du Parlement. À coup sûr, la pire des politiques serait la politique du pire, où pour démontrer la malfaisance de la loi, les juges en feraient une application absurde : les justiciables en feraient les frais, sans que pour autant le Parlement réagisse dans le sens escompté ; le pire n'est pas toujours sûr. On l'a bien vu avec les droits alimentaires de l'enfant naturel simple : la Cour de cassation avait refusé d'étendre aux enfants non adultérins le bénéfice de la loi du 15 juillet 1955, sans cacher qu'elle souhaitait une réforme législative ; la réforme ne venant pas, la jurisprudence y a procédé elle-même, et tend aujourd'hui à admettre ce genre de filiation alimentaire. Au contraire, la politique du mieux est dans sa tradition, l'expression même de son pouvoir prétorien où le respect de la loi n'est pas une fin en soi, mais le moyen d'assurer la paix juridique, la justice et la sécurité des relations humaines » (MALAURIE, Philippe, « La jurisprudence combattue par la loi », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, op. cit., p. 604).

au juge judiciaire un pouvoir que le prisme révolutionnaire lui a longtemps dénié, en vain. L'indépendance du juge judiciaire s'est révélée aussi opportune⁸⁰⁵ qu'inévitable : pour la garantie des droits, pour la croyance des justiciables en un droit et une justice impartiaux, pour l'adaptation des lois à la société. Cette indépendance, construite dans l'affrontement tant à l'égard du pouvoir exécutif que législatif, doit être reconnue, faute de pouvoir être prohibée. Elle s'est à tout le moins rendue visible au XIX^e siècle : à travers les décisions jurisprudentielles innovantes, aussi bien qu'à travers les discours de rentrée des magistrats. Ce constat permet à Caroline Gau-Cabée d'asséner que « le parangon révolutionnaire s'est cependant heurté à une double réalité : les lacunes de la loi, et la nécessité d'une interprétation qui associe le juge au processus normatif »⁸⁰⁶.

Pour être parachevée, cette indépendance ne peut se résumer à une manifestation ponctuelle, par un tribunal ou une cour isolée. Cette indépendance doit être celle d'un corps uni à l'intérieur, pour faire front face aux autres pouvoirs. Or, cette unité, loin d'être une évidence, est le résultat d'une lutte fratricide entre les juridictions et jusque dans les chambres d'une même cour. Pour parvenir à l'harmonie, encore faut-il qu'émerge une Cour de cassation, souveraine, parée des armes permettant de faire respecter l'autorité de la loi aussi bien que la sienne. Le XIX^e siècle est aussi l'histoire d'un ordre judiciaire, qui se crée, se renforce et se transforme, progressivement, sous l'égide de la Cour de cassation.

⁸⁰⁵ En 2018, le constat de la nécessité du rôle créateur du juge judiciaire est relayé par Fabien Marchadier, Professeur à l'Université de Poitiers, à l'occasion de l'étude annuelle relative à la Cour de cassation. À l'endroit de la Cour de cassation, il énonce notamment : « en quoi recentrer le travail du juge de cassation sur l'unité de la jurisprudence, le développement du droit et la sanction de la violation des droits ou des libertés fondamentales est-il à ce point un problème ? Il appartiendrait donc au seul législateur et au seul pouvoir réglementaire d'adopter des normes répondant aux évolutions sociales et techniques ? Si l'autorité judiciaire ne s'était pas immiscée dans l'exercice de ce pouvoir, combien de temps aurait-il alors fallu attendre un droit de la responsabilité adapté à la révolution industrielle ? Combien de temps a-t-il fallu attendre une modernisation du droit des contrats et de l'indemnisation des accidents de la circulation ? Le juge n'a pourtant jamais été le strict serviteur de la loi et n'a jamais eu vocation à l'être. Les théories réalistes de l'interprétation ont permis d'envisager le phénomène de la jurisprudence source du droit sous un autre angle, mais elles ne l'ont pas créé » (COUR DE CASSATION, *Le rôle normatif de la Cour de cassation. Étude annuelle*, Paris, La Documentation Française, 2019, p. 7-8).

⁸⁰⁶ GAU-CABEE, Caroline, « Mythe et réalités d'une société moniste : le droit au cœur des divisions, les voies de l'unité », dans *Les désunions de la magistrature...*, op. cit., p. 455.

– CHAPITRE 2 –

L'EMANCIPATION DES JUGES AU PERIL DE LA COHERENCE DU DROIT

« À mesure que les jugements se multiplient dans les monarchies, la jurisprudence se charge de décisions qui quelquefois se contredisent ; ou parce que les juges qui se succèdent pensent différemment ; ou parce que les mêmes affaires sont tantôt bien, tantôt mal défendues ; ou enfin, par une infinité d'abus qui se glissent dans tout ce qui passe par la main des hommes. C'est un mal nécessaire, que le législateur corrige de temps en temps. »

Charles-Louis de Secondat de
Montesquieu, *De l'Esprit des lois*⁸⁰⁷

Ces propos de Montesquieu ne laissent d'étonner aujourd'hui alors que la magistrature judiciaire semble unie grâce à une double garantie : le Conseil supérieur de la magistrature et la Cour de cassation, qui, ensemble, doivent permettre de réguler un *corps*, constitué sur concours et respectueux de la hiérarchie. Pourtant, bien que la Constitution de la Ve République utilise le singulier pour parler de « l'autorité judiciaire »⁸⁰⁸, les désunions sont nombreuses⁸⁰⁹ et il semble qu'elles aient fait leur lit au XIX^e siècle, alors que les juridictions judiciaires peinent à réaliser un esprit de corps, en dépit des réformes censées l'uniformiser⁸¹⁰. Ces difficultés ne sont pas sans lien avec le décalage qui subsiste au XIX^e : à l'uniformité législative, consacrée par les codifications napoléoniennes, ne répond pas une jurisprudence homogène, faute pour elle d'émaner d'un corps, hiérarchiquement structuré et libéré de guerres intestines visant à consacrer sa propre conception de l'application du droit. Cette situation est le fruit d'une

⁸⁰⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (de), *De l'Esprit des lois*, op. cit., t. I, VI, 1^{er}.

⁸⁰⁸ Constitution du 4 octobre 1958, titre VIII « De l'autorité judiciaire ».

⁸⁰⁹ Ce constat est souligné par Jacques Krynen, dans l'introduction d'une étude relative aux désunions de la magistrature, qui s'interroge alors : « la magistrature serait-elle unie ? Une chose est l'esprit de corps, autre chose l'administration concrète de la justice » (KRYNEN, Jacques, « Introduction », dans *Les désunions de la magistrature...*, op. cit., p. 11).

⁸¹⁰ Telle la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) sur l'organisation des tribunaux.

philosophie de la justice où confluent révolutionnaires, bonapartistes et, plus tard, monarchistes : pour éviter l'avènement d'un pouvoir judiciaire et d'une jurisprudence autonomes, tout est fait pour priver l'institution d'ordre et de tête.

Les travaux de l'historiographie récente⁸¹¹ montrent bien cet asynchronisme entre les juges du fond et la Cour de cassation : la haute juridiction voit longtemps son autorité contestée par les juridictions inférieures, dont les dissidences sont entretenues par deux facteurs. Le premier tient au choix législatif, en 1790, de priver le Tribunal de cassation du pouvoir de solder définitivement, en droit, les litiges : cet aménagement juridictionnel crée les conditions d'un handicap durable en encourageant l'expression de dissensions par les cours de renvoi de tout lieu, qui ne sont pas astreintes à respecter la doctrine de la haute juridiction. Le second est le fruit logique d'un phénomène d'imitation : en exprimant une liberté jurisprudentielle, les juges du fait imitent la Cour de cassation, qui, la première, fait preuve d'indépendance à l'endroit des pouvoirs constitués. En cela, l'indépendance témoignée en haut, depuis Paris, inspire vraisemblablement les juridictions sises partout dans le territoire français. Cette situation entretient les antagonismes entre deux ordres, qui ne semblent pouvoir être conciliés : l'un, à l'emprise locale et régnant sur les faits – les juridictions du fond – s'oppose à un autre, au rayonnement national et astreint à juger en droit – la Cour de cassation. Ces forces ne pouvaient qu'entrer en dissonance et appeler à la résistance des premières face l'autorité croissante de la seconde.

Face à cette attitude insubordonnée, la Cour de cassation est placée dans une position paradoxale, qui témoigne d'une ambivalence structurelle : placée au service de la loi, elle doit rejeter les créations *præter legem* – et, *a fortiori*, *contra legem* – des juges du fond ; mais elle ne peut toujours ignorer les besoins d'améliorations de la loi, au nom tant de l'efficience du droit que de la protection des justiciables, et doit alors parfois embrasser un pouvoir créateur qu'elle dénie à toute autre juridiction. Il n'est alors guère surprenant de voir la Cour de cassation refuser aux juridictions du fond, une indépendance fonctionnelle qu'elle cherche pourtant pour elle-même : c'est même son devoir de Cour régulatrice, puisqu'elle ne peut s'accommoder des aspirations indépendantistes des juridictions du fond, dont l'expression même nie tant son originalité que sa supériorité. Mais la Cour ne parvient pas toujours ni à prévenir ni à surmonter

⁸¹¹ V., notamment les travaux suivants : BLOQUET, Sylvain, *La loi et son interprétation...*, *op. cit.* ; BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*).

Il faut cependant remonter au crépuscule du XX^e siècle pour trouver quelques thèses consacrées aux juridictions d'appel du XIX^e : v. DAUVERGNE, Chantal, *La cour d'appel de Dijon...*, *op. cit.* ; SOULA, Laurence, *La robe, la terre et le Code...*, *op. cit.* ; THIEBAULT, Edmond-Lucien, *La juridiction d'appel à Nancy...*, *op. cit.* ; VEILLON, Didier, *Les magistrats dans le ressort de la cour d'appel de Poitiers...*, *op. cit.* Autrement, les recherches datent des premières heures du XX^e siècle : v. notamment CORRECH, A., *La cour d'appel de Pau. Son origine, son histoire, son personnel*, Tarbes, J. Lesbordes, 1920 ; SALVY, Daniel, *La cour d'appel de Riom*, Paris, Michalon, 1907 ; SEE, Pierre, *Histoire de la cour d'appel de Chambéry*, Paris, Pédone, 1914.

les dissidences des juges du fond, comme le prouve l'enlisement, parfois sur plusieurs décennies, de conflits jurisprudentiels.

Aussi, ces conflits montrent-ils que, dans l'application du droit, les juridictions de tout rang peuvent exprimer une indépendance fonctionnelle. Ils montrent également que les relations juridictionnelles houleuses heurtent directement la séparation des pouvoirs, puisque les appréciations discordantes des règles normatives par les juges mettent à mal tant l'effectivité des principes posés par le législatif et l'exécutif que le principe de leur application uniforme. L'examen de ces relations oblige alors à réévaluer le rôle des cours de justice, à qui est dénié, en théorie, toute fonction concurrente des autres pouvoirs constitués : les juges se sont si bien libérés de l'emprise légaliste que chaque tribunal peut prétendre être le gardien de sa propre conception du droit.

L'histoire de ce jeu juridictionnel conduit alors à deux constats. Les juridictions du fond, souvent belliqueuses parce que soucieuses de leur autorité et de leur singularité, contestent, par leurs décisions, la hiérarchie judiciaire nouvellement créée⁸¹² et battent en brèche l'idée d'un esprit de corps, au détriment de l'uniforme application du droit (*Section 1*). Ce conflit se double, par ailleurs, d'une lutte que les apparences ne laissaient pas présager : la difficile unité de la Cour de cassation, qui doit composer avec des politiques jurisprudentielles divergentes au sein de ses propres chambres, lesquelles peuvent mettre en péril la lisibilité du droit (*Section 2*). Au demeurant, ce récit permet de constater que l'ordre judiciaire, par sa vitalité, peut façonner le droit et concurrencer la loi en s'imposant comme une source créatrice de droit en perpétuel renouvellement. Une situation qui n'a pu se concrétiser que dans le sillon de l'émancipation des cours de justice, au premier rang desquelles la Cour de cassation. Il reste néanmoins à déterminer si l'indépendance d'esprit, nécessaire aux créations jurisprudentielles, est compatible avec l'esprit de corps ; c'est cette ambivalence qui construit l'ordre judiciaire, au XIX^e siècle.

⁸¹² V. SOULA, Laurence, « Le difficile ajustement des relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation. Le chaos de la jurisprudence au XIX^e siècle », dans *Les désunions de la magistrature...*, *op. cit.*, p. 417-436.

– Section 1 –

L'unité du droit à l'épreuve de la pugnacité des juridictions du fond

Lors de l'installation de la juridiction de cassation, tout est fait pour la priver des armes qui lui garantiraient une pleine autorité sur l'ordre judiciaire. La preuve la plus éclatante en est l'instauration, par la même loi de 1790 qui l'institue, du référé législatif qui nuit à son autorité, en lui déniaient le droit de trancher en dernier ressort une question d'interprétation du droit et, partant, le pouvoir d'assurer une uniformisation de l'application de la loi⁸¹³. Ce handicap se double de la concurrence des cours du second degré, que la qualification de souveraines, par une loi de 1810⁸¹⁴, encourage dans la voie de l'insoumission. Dans ces conditions, il apparaît impossible, pour la Cour de cassation, de construire une politique jurisprudentielle respectée des juridictions du fond. Au moins jusqu'à la loi du 1^{er} avril 1837, qui la consacre reine.

Dans l'attente de cette loi, l'ordonnancement juridictionnel est construit de tel sorte qu'il autorise l'éclosion de jurisprudences discordantes, qui sont autant de manifestations d'indépendance fonctionnelle : dans la première moitié du siècle, les juridictions du fond expriment la plus grande liberté, tant à l'égard de la loi qu'à l'endroit de l'autorité qui les a instituées – l'exécutif – ou qui est censée les encadrer – la Cour de cassation – ; elles prouvent ainsi que le droit ne peut se construire qu'avec leur concours. Mais la réévaluation législative du statut de la Cour de cassation, en 1837, contraint les juridictions du fond à modérer leurs expressions séditieuses, sans toutefois créer une parfaite symbiose au sein de l'ordre judiciaire, tant s'en faut.

Aussi, contestée de toute part en début de siècle et réduite à une prudente déférence envers la loi (*Sous-section 1*), la Cour de cassation s'ancre-t-elle progressivement au sommet de l'ordre juridictionnel pour se faire agent de régulation de la jurisprudence et d'unité du droit (*Sous-section 2*). Cette mue au long cours de la Cour de cassation et l'adaptation corrélative des juges du fond doivent montrer, tout le siècle durant, qu'aucune juridiction n'échappe à l'envie de s'affranchir des limites posées à son office.

⁸¹³ V. *supra*, B. – Le handicap du référé législatif.

⁸¹⁴ Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, article 7 : « La justice est rendue souverainement par les cours impériales ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi. »

Sous-section 1. – Les dissensions avant 1837

La mise sous tutelle de la Cour de cassation, par l'effet du référé législatif en vigueur jusqu'en 1837, favorise deux situations. Les premières décennies du XIX^e siècle donnent à voir une Cour, chahutée par les juridictions du fond (§1). Aussi, voyant leur autorité confortée par la loi, usent-elles de ce contexte pour déployer leur propre interprétation du droit (§2). Un schéma qui favorise l'existence d'une jurisprudence plurielle et d'interprétations contradictoires de la loi.

§1. – L'ouvrage chahuté de la Cour de cassation

En 1814, François-Nicolas Bavoux⁸¹⁵, juge au sein du Tribunal civil de la Seine, rédige un ouvrage, consacré à la Cour de cassation et au ministère public, dont un chapitre est intitulé « Inutilité de la Cour de cassation »⁸¹⁶. Dix pages sont consacrées à démontrer qu'il n'est nul besoin d'un « grand corps judiciaire dans l'état, pour indiquer une obscurité dans la loi »⁸¹⁷ et que, en toute hypothèse, la Cour de cassation n'a pas le droit d'uniformiser la jurisprudence. Pour l'auteur, cette Cour ne fait que répéter des difficultés, déjà identifiées en amont par les cours souveraines, sans pouvoir les résoudre, puisque cette prérogative relève du législateur et, à certains égards, du gouvernement. Entre fonction redondante et impuissance, la Cour peine à convaincre de son apport juridictionnel et juridique. Cette vision, si elle n'est pas partagée de tous, illustre toutefois la position difficile de la Cour de cassation. En consacrant un organe démuni face aux juridictions du fond, la loi organise l'impuissance structurelle de la Cour de cassation (A), source première d'une impuissance fonctionnelle : les décisions de la Cour de

⁸¹⁵ François-Nicolas Bavoux (1774-1848) poursuit des études de droit à la Faculté de Paris, où il est nommé Professeur suppléant en 1806. Après un échec à l'agrégation, il est nommé juge au Tribunal de la Seine, à l'instigation de Cambacérès. En 1810, il obtient les enseignements de procédure civile et de législation criminelle. Auteur prolifique, il délaisse la méthode exégétique, au profit d'une analyse concrète du droit *via* la jurisprudence. Élu député de la Seine en 1828, il est nommé préfet de police de Paris en 1830 ; un poste qu'il occupe quelques mois avant d'intégrer la Cour des comptes. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Catherine Lecomte, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 54-55.

⁸¹⁶ BAVOUX, François-Nicolas, *De la Cour de cassation et du ministère public*, Paris, Antoine, 1814, t. I, p. 15 et suiv.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 17.

cassation sont régulièrement balayées par des juridictions, conscientes de leurs propres pouvoirs (B).

A. – Une impuissance structurelle

La Cour de cassation est initialement conçue comme un organe garant du respect de la loi. Ce rôle, aussi noble soit-il, se révèle être un frein autant à son autorité qu'à l'expansion de ses missions : placée sous le joug de la loi⁸¹⁸ et tributaire du pouvoir en place, elle ne doit pas concourir à la formation d'une jurisprudence, considérée comme une source de droit *contra legem*. Deux dispositifs doivent alors permettre de confirmer ce joug. Il y a, d'une part, la limitation du rôle de la cassation : les termes de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 exigent une contravention *expresse* au texte de la loi pour ouvrir à cassation⁸¹⁹, ce qui restreint en théorie considérablement les hypothèses de saisine de la Cour. Les pensionnaires de la Cour de cassation ne peuvent que composer avec cette limitation substantielle, que Philippe-Antoine Merlin de Douai se fait fort de souligner. Dans des conclusions présentées devant la chambre des requêtes en 1809, le procureur général a l'occasion de rappeler que :

« mal juger et juger contre une loi expresse, sont deux choses totalement différentes ; et si vous pouvez, si vous devez casser tous les arrêts qui jugent contre la loi, vous ne devez, vous ne pouvez jamais casser un arrêt qui ne juge que contre la raison, qui n'offense que des principes universellement reçus, il est vrai, mais auxquels le législateur n'a pas imprimé le sceau de sa puissance »⁸²⁰.

La retenue semble donc être le guide de l'action de la Cour de cassation, qui ne doit avoir en vue que la loi. Plusieurs arrêts témoignent régulièrement de cette inféodation : il en est ainsi d'un arrêt rendu, en matière matrimoniale, en 1829. La Cour rejette le pourvoi au motif exprès :

⁸¹⁸ L'article 1^{er} de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 dispose ainsi « [qu']il y aura un Tribunal de cassation établi *auprès du Corps législatif*. »

⁸¹⁹ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 3 : « Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. – Et jusqu'à la formation d'un code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité, et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'empire, donneront ouverture à la cassation. – Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires : après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après. »

⁸²⁰ Conclusions reproduites dans MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, op. cit., t. II, v^o Cassation, p. 194-195.

« [qu'on] n'oppose à l'arrêt aucune violation de loi, mais seulement un mauvais raisonnement ; que la Cour de cassation ne doit casser que lorsqu'il y a violation et violation expresse d'un texte de loi »⁸²¹.

La Cour ne pouvait exprimer plus clairement sa mission et ses limites. Dans le même esprit, l'institution du référé législatif rappelle, d'autre part, combien la Cour de cassation n'a pas vocation à harmoniser l'application du droit : au mieux peut-elle prévenir la diversité des solutions, en en référant au législateur ; mais il ne lui appartient pas d'avoir un rôle moteur dans la création et l'homogénéisation de la jurisprudence. Pour s'en assurer, le législateur répugne à lui reconnaître une autorité souveraine, au mépris de la hiérarchie judiciaire, en lui refusant notamment le droit de trancher en ultime ressort les conflits d'application de la loi.

Une tentative semble pourtant avoir été faite, en faveur de l'autorité du juge de cassation avec la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) qui supprime un temps le référé législatif et ordonne l'intervention des sections réunies dès le second pourvoi, sans renvoi au Corps législatif⁸²². Il apparaît cependant que cette disposition résulte davantage d'une réorganisation pragmatique du référé, consécutive aux changements constitutionnels de l'an VIII⁸²³, et qui acte alors surtout la désuétude du référé législatif, plus qu'une reconnaissance de la Cour de cassation. Au contraire, la configuration introduite en l'an VIII ne consacre pas une pleine autorité de la Cour, qui, si elle devait renvoyer l'affaire à une deuxième cour de renvoi, reste exposée à une fronde puisque rien ne contraindrait la cour de renvoi à respecter la solution adoptée par les sections réunies. Une hypothèse qui se présente dès l'an IX. Alors que l'autorité des sections réunies semblait respectée par les juges d'appel, la Cour doit se prononcer sur un troisième pourvoi et renvoyer, par un arrêt rendu le 20 messidor an XI (9 juillet 1803), devant une quatrième juridiction d'appel⁸²⁴ ; une situation que la loi de l'an VIII n'interdit pas expressément et dont elle ne prévoit pas, par conséquent, le règlement. Pour éviter les procès interminables, le législateur choisit, dès 1807, de réintroduire le référé. La loi du 16 septembre 1807 le rend optionnel après deux pourvois : la Cour de cassation doit requérir une

⁸²¹ Cour cass., req., 24 décembre 1828, *Gazette des tribunaux*, 2 janvier 1829, t. IV, n°1061.

⁸²² Loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) sur l'organisation des tribunaux, titre VI « Du Tribunal de cassation », article 78 : « Lorsqu'après une cassation, le second jugement sur le fond sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question sera portée devant toutes les sections réunies du Tribunal de cassation. »

⁸²³ En plaçant au centre du jeu constitutionnel le gouvernement, à qui est conféré l'initiative des lois (titre III « Du pouvoir législatif », article 25), la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) n'apparaît plus compatible avec le système de 1790, qui recourait notamment à l'interprétation de la loi par le roi. La loi de réorganisation judiciaire de l'an VIII en tire toutes les conséquences.

⁸²⁴ Guillaume-Louis-Justin Carré, Professeur de droit, révèle cet arrêt inédit (CARRE, Guillaume-Louis-Justin, *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles, expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines*, Paris, Warée oncle, 1826, t. II, p. 808). Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey constate, quant à lui, cette situation à partir de 1806 (HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, op. cit., p. 422 et suiv.).

interprétation de la loi⁸²⁵ ou répondre au pourvoi par la voie de ses sections réunies, présidées par le ministre de la justice⁸²⁶ ; il devient cependant obligatoire dans l'hypothèse d'un troisième pourvoi⁸²⁷.

Le retour de ce mécanisme désavoue la Cour de cassation, ce que confirme encore, quelques années plus tard, la loi du 20 avril 1810, relative à l'administration de la justice, dont l'article 7 dispose que :

« la justice est rendue souverainement par les cours impériales ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi ».

Cet article, et plus largement cette loi, parachèvent un mouvement entamé par la loi du 18 mai 1804, qui, si elle change la dénomination du Tribunal de cassation en *Cour* de cassation, restitue surtout aux juridictions d'appel le titre de *cour souveraine*, dont les décisions portent désormais le nom d'*arrêts*⁸²⁸. Ce changement de dénomination leur profite pleinement : ce choix terminologique, perçu « comme une sorte d'honneur »⁸²⁹, confirme l'ancrage de ces cours dans la tradition des parlements d'Ancien Régime, dont l'esprit indépendantiste ne peut qu'être ranimé⁸³⁰.

À l'inverse, la Cour de cassation est bien fragilisée : en 1810, le comte Jean-Baptiste Treilhard, ministre d'État chargé de présenter le projet de loi, en appelle à la « sagesse de la Cour de cassation qui, invariable dans les principes, a toujours vivement senti que, du moment où des arrêts revêtus des formes légales et non contraires au texte de la loi, pourraient être anéantis, l'ordre judiciaire recevrait une mortelle atteinte »⁸³¹. Il est attendu de la Cour un

⁸²⁵ Loi du 16 septembre 1807 qui détermine le cas où deux arrêts de la Cour de cassation peuvent donner lieu à interprétation de la loi, article 1^{er} : « Il y a lieu à interprétation de la loi, si la Cour de cassation annule deux arrêts ou jugements en dernier ressort, rendus dans la même affaire, entre les mêmes parties, et qui ont été attaqués par les mêmes moyens. » ; article 2 : « Cette interprétation est donnée dans la forme des règlements d'administration publique. » ; article 3 : « Elle peut être demandée par la Cour de cassation avant de prononcer le second arrêt. »

⁸²⁶ Loi du 16 septembre 1807 qui détermine le cas où deux arrêts de la Cour de cassation peuvent donner lieu à interprétation de la loi, article 2 : « Si elle n'est pas demandée, la Cour de cassation ne peut rendre le second arrêt que les sections réunies, et sous la présidence du grand-juge. »

⁸²⁷ Loi du 16 septembre 1807 qui détermine le cas où deux arrêts de la Cour de cassation peuvent donner lieu à interprétation de la loi, article 5 : « Dans le cas déterminé en l'article précédent, si le troisième arrêt est attaqué, l'interprétation est de droit, et il sera procédé comme il est dit à l'article 2. »

⁸²⁸ Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804), titre XIV « De l'ordre judiciaire », article 134 : « Les jugements des cours de justice sont intitulés arrêts. » ; article 136 : « Le Tribunal de cassation prend la dénomination de Cour de cassation. – Les tribunaux d'appel prennent celle de cours d'appel. – Les tribunaux criminels, celle de cours de justice criminelle. »

⁸²⁹ DUPIN, André, *De la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui les font, et de ceux qui les citent*, Paris, Baudouin fils, 1822, p. 3.

⁸³⁰ Les propos tenus par le comte Jean-Baptiste Treilhard, ministre d'État, lors de la discussion de la loi de 1810, en témoignent pleinement : « Ces qualifications honorables, qui réveillent le souvenir de grands talents et de grandes vertus, étaient dues aux membres des corps dans lesquels Sa Majesté place l'administration plénière de la justice, et dont la loi répute les décisions comme la vérité même : c'est dans leur sein que doivent expirer les luttes de tous les intérêts ; l'arrêt qui en émane fixe pour toujours le sort des parties voilà une des bases fondamentales de l'ordre judiciaire » (*Arch. parl.*, 2^e série, t. X, p. 699).

⁸³¹ *Ibid.*, p. 700.

exercice minimal de la cassation ; une conception restrictive de la cassation au demeurant, en harmonie avec la pensée révolutionnaire qui a porté la création de cet organe. Ce résultat est le fruit d'une claire volonté exprimée, au début du siècle, par Napoléon Ier, dont les mots mêmes mettent en péril la position hiérarchique de la Cour de cassation : alors que les cours souveraines doivent être « le centre de tout, et rien ne doit échapper à leur action », il voit dans la Cour de cassation une institution faite « pour juger de la violation des formes ». Cette idée le conduit à refuser à la Cour :

« des attributions qui insensiblement pourraient la conduire à juger du fond des affaires. On arriverait à cet abus si on lui renvoyait indistinctement toute fausse application, toute contradiction à la loi »⁸³².

La Monarchie retrouvée en 1814 n'est guère plus favorable à la Cour de cassation : la Restauration lui dénie d'abord une existence constitutionnelle⁸³³, puis la condamne à plier devant les juridictions d'appel après deux cassations. Ce changement, qui vise à suppléer l'inefficacité d'un référé législatif voué à disparaître, est introduit par la loi du 30 juillet 1828, qui prolonge la loi de 1810 et désarme la Cour de cassation face aux juridictions du fond réfractaires à sa jurisprudence. Ainsi, après une seconde cassation, l'affaire est renvoyée devant une troisième cour royale dont l'arrêt ne peut plus faire l'objet d'un recours en cassation, sur le même point et par les mêmes moyens⁸³⁴. Pour renverser la position de la cour de renvoi, ne reste alors que l'interprétation de la loi par le roi, à qui la Cour de cassation peut encore en référer. À l'aube de la Monarchie de Juillet, la Cour de cassation ne trouve pas, dans la loi, de secours pour assurer son autorité ; et le changement de dénomination, décidé par l'ordonnance du 15 janvier 1826 qui fait de ses *sections* des *chambres*, ne parvient pas à redorer son lustre. Bien au contraire, la loi de 1828 trahit une défiance historique dont pâtit la Cour de cassation : celle de la voir s'ériger au-dessus des autres pouvoirs si elle devait s'imposer en instance régulatrice de l'application du droit en réglant définitivement le fond des procès⁸³⁵.

La défiance est telle qu'elle est partagée, au-delà du parlement et jusque dans les rangs de la Cour de cassation : Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey, alors président de la chambre des requêtes, défend ouvertement une Cour de cassation aux attributions minimales, en raison de la crainte que lui inspire la quête d'uniformité dans la jurisprudence⁸³⁶. Cette démarche, étonnante pour nos contemporains, est loin d'être isolée : en ce premier XIX^e siècle, l'ambiance

⁸³² LOCRE, Jean-Guillaume, *La législation...*, *op. cit.*, t. XXIV, p. 659.

⁸³³ La Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 ne la mentionne pas dans son titre consacré à l'Ordre judiciaire.

⁸³⁴ Loi du 30 juillet 1828 relative à l'interprétation des lois, article 2.

⁸³⁵ HALPERIN, Jean-Louis, « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », dans *L'office du juge...*, *op. cit.*, p. 156-157.

⁸³⁶ HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, *op. cit.*, p. 426 et suiv.

V. BOUGLE, Claire, « L'hermine et le pourpre. La Cour souveraine de Rennes et la Cour de cassation », dans QUAGHEBEUR, Joëlle, & SOLEIL, Sylvain (dir.), *Le pouvoir et la foi au Moyen Âge : en Bretagne et dans l'Europe de l'Ouest. Mélanges en l'honneur du Professeur Hubert Guillotel*, Rennes, PUR, 2010, p. 425 et suiv.

n'est pas à une valorisation de l'organe de cassation ; au contraire, pour certains, l'égalité prévaudrait même entre la Cour de cassation et les juridictions du fond. Cette idée naît d'une interrogation simple, relevée notamment par le duc Victor de Broglie : au nom de quoi accorder plus d'autorité à la décision de la Cour de cassation, qu'à celle d'une juridiction d'appel⁸³⁷ ? Privilégier l'autorité des juges du fond au détriment de l'organe de cassation, comme le fait la loi de 1828, permet de maintenir la souveraineté des premiers et de se prémunir de l'avènement du second, concurrent des pouvoirs législatif et exécutif.

La loi de 1828 ne connaît toutefois pas l'assentiment de tous. La Cour de cassation trouve un défenseur en la personne de Jean-Baptiste Duvergier⁸³⁸ qui regrette que ne soit pas donnée aux sections réunies « l'autorité suffisante pour terminer le litige, c'est-à-dire, l'imposer comme une règle de droit au tribunal de renvoi », en méconnaissance de la philosophie à l'origine du Tribunal de cassation – soit un organe « ten[ant] plus du pouvoir législatif que du pouvoir judiciaire ». Le juriste fustige ces lois qui ont vu dans la Cour « un tribunal, et, tout en reconnaissant qu'elle ne juge pas les procès, on a cependant voulu lui donner une physionomie toute judiciaire. Cependant, si on lui refuse le pouvoir qui termine un litige, et qu'on lui conteste le droit de proclamer des règles obligatoires, je le demande, à quoi la réduit-on ? »⁸³⁹. De la même manière, André Dupin, devenu procureur général près la Cour de cassation, regrette, *a posteriori*, que cette loi « détrui[se] le plus grand avantage que le législateur de 1790 s'était promis en instituant la Cour de cassation, celui de fonder sur la jurisprudence centrale, unique et suprême de cette Cour, le pivot auquel toutes les jurisprudences secondaires devraient finalement se rattacher, pour empêcher que l'unité de la législation ne soit rompue par la diversité de jurisprudence »⁸⁴⁰.

⁸³⁷ C'est le constat auquel parvient le duc Victor de Broglie (1785-1870), critiquant, dans un ouvrage publié à titre posthume, l'organe de cassation dans lequel il ne voit « qu'un moyen détourné, bizarre, dispendieux, d'obtenir le renvoi d'une affaire jugée en appel, devant une seconde cour, puis, éventuellement devant une troisième, multipliant ainsi les frais, les délais, les déplacements, le tout, sans une garantie de plus pour le bien jugé ; car pourquoi la seconde cour d'appel mériterait-elle plus de confiance que la première, et la troisième que la seconde, toute trois étant égales en rang, et partant en présomption de lumières et d'expérience ; et si c'est l'avis de la cour de cassation qui doit prévaloir, en définitive, pourquoi pas du premier coup ? » (BROGLIE, Victor (de), *Vues sur le gouvernement de la France*, 2^e éd., Paris, Michel Lévy frères, 1872, p. 317).

⁸³⁸ Jean-Baptiste Duvergier (1792-1872) est un avocat parisien, élu bâtonnier de l'ordre de Paris en 1844. Un temps secrétaire de Sirey, responsable du *Recueil des lois et arrêts*, il publie, en seize volumes, des consultations imprimées (1821-1877) et attache son nom à la publication d'une *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, etc.*, parue entre 1824 et 1849. En 1855, il entre au Conseil d'État après un passage à la direction des affaires civiles du ministère de la justice. En août 1869, il est fait ministre de la justice par Napoléon III mais il est remplacé dès janvier 1870 par Émile Ollivier. Il abandonne sa carrière politique à la chute de l'Empire. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 304.

⁸³⁹ DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, *op. cit.*, t. XXVIII, p. 240-241.

⁸⁴⁰ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, *op. cit.*, t. I, 1815-1851, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 4 novembre 1834. Discours de Dupin Aîné 4 novembre 1834 », p. 26.

Ces divergences de perception de la Cour révèlent toute l'ambiguïté du rôle qui lui est dévolu au seuil du XIX^e siècle : pourtant reconnue au sommet de l'ordre judiciaire⁸⁴¹, elle se voit privée des moyens d'assurer cette primauté. Cette situation résulte de la vision du pouvoir de cassation, qui n'est nullement vu comme un pouvoir de régulation mais, au mieux, de sanction ; et c'est bien ce que rappelle le choix même du terme *cassation*⁸⁴². Il apparaît cependant que la législation de la première moitié du siècle empêche la Cour de cassation d'exercer efficacement ce rôle. La Cour est vue comme une juridiction cadennassée, autant par un champ d'intervention en cassation atrophie que par la portée relative de ses décisions dont le respect est fonction de la bonne volonté des juridictions d'appel. Aussi, dépourvue des armes nécessaires pour imposer aux juridictions du fond ses décisions, la Cour doit-elle composer avec une impuissance fonctionnelle, au détriment, au fond, du respect de la loi.

B. – Une impuissance fonctionnelle

Cette impuissance se trouve tout entière traduite dans des conclusions du procureur général près la Cour de cassation, Grégoire Mourre. En 1826, il intervient sur un pourvoi formé contre un arrêt rendu par la Cour d'assises de Moselle et reconnaît en préambule de son réquisitoire que « tout est extraordinaire dans cette affaire ». Il note bien que « c'est sans nécessité, sans utilité même, que la cour d'assises [...] s'est permis d'apprécier l'arrêt de la Cour de cassation » et « [qu']une pareille interprétation, si elle n'était pas toujours illégale, serait toujours au moins inconvenante ». Mais il doit concéder :

« [qu'une] cour royale qui juge après renvoi est tout juste dans la même position où se trouvait la cour dont l'arrêt a été cassé. Il faut qu'elle prenne le procès tel qu'il existait avant la cassation. L'arrêt de la Cour régulatrice n'enchaîne pas son opinion ; c'est le procès qu'elle doit voir, et les éléments qui le constituent sont la seule base de sa décision »⁸⁴³.

Les cours de renvoi ne sont pas liées par l'arrêt de cassation rendu : voilà toute la difficulté de l'office de la Cour de cassation. Cette liberté, en droit, se double, en fait, d'une conscience des cours d'appel : celles d'être les héritières des parlements d'Ancien Régime,

⁸⁴¹ L'ordonnance royale du 17 février 1815 présente, à cet égard, la Cour de cassation comme « la première de nos cours dans l'ordre hiérarchique des tribunaux ».

⁸⁴² Du bas-latin *quassare*, dérivé de *quatare*, « briser ».

V. CHOUCROY, Charles, « Du Tribunal de cassation à la Cour de suprême », dans COUR DE CASSATION, *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 1991, p. 27-29.

⁸⁴³ Conclusions reproduites sous Cour cass., crim., 9 juin 1826, *Loercher*, *Bull. crim.*, t. XXXI, n°110, p. 315.

supportant alors mal les injonctions d'une Cour de cassation, ignorée de la tradition et privée du secours de la loi pour imposer ses décisions. C'est donc la plus grande liberté qui caractérise à l'inverse l'office des juridictions d'appel ; une liberté encore alimentée par les nombreuses variations jurisprudentielles auxquelles est sujette la Cour de cassation, qui, en consacrant parfois les solutions portées par les juridictions inférieures contestataires, entame inévitablement son crédit et son autorité. Certains, tel le premier président Raymond de Sèze⁸⁴⁴, cherchent à minimiser les inconvénients pour la Cour à être placée dans une telle situation. Selon ce haut magistrat, qui s'exprime devant la Cour en 1827, ces oppositions doctrinales, au cours desquelles l'autorité de la Cour de cassation est pourtant souvent diminuée, permettent de faire fleurir « de la dignité et de la justice », puisque « ces combats d'opinion » sont « utiles, comme ne présentant rien que de noble, comme tournant même souvent au profit de l'ordre public »⁸⁴⁵.

Ces paroles, prononcées avant la loi de 1828 qui tend à déposséder la Cour de cassation de son autorité, sont néanmoins impuissantes à masquer un fait : la mise à profit de cette situation, par les juridictions du fond, pour se rebeller contre une autorité hiérarchique, alors au mieux théorique, de la Cour de cassation. Elle n'est pas à l'abri de l'expression de défiances, y compris manifestées par des juridictions du premier degré. En atteste un jugement du Tribunal de première instance de Privas, qui ne manque pas de rappeler, en termes explicites, le caractère limité du recours en cassation. Dans cette espèce jugée en 1836, le tribunal est appelé à apprécier, dans une affaire relative à la discipline des notaires, la possibilité de déférer à la haute juridiction une décision prise par la Chambre de discipline des notaires. Pour écarter cette possibilité, le tribunal rappelle avec fermeté que :

⁸⁴⁴ Raymond de Sèze (1748-1828) est un temps avocat à Bordeaux avant d'être appelé à plaider à Paris, notamment en tant que conseil de la reine Marie-Antoinette. En décembre 1792, il participe à la défense Louis XVI, aux côtés de François-Denis Tronchet et Chrétien Guillaume de Lamoignon de Malesherbes. Sa fidélité à la maison des Bourbons lui vaut, en 1815, d'être nommé premier président de la Cour de cassation, jusqu'à son décès.

⁸⁴⁵ Voici *in extenso* les propos tenus par le haut magistrat : « C'est sans étonnement que nous avons vu souvent, et dans les occasions même les plus remarquables, des cours royales abandonner volontairement leur propre jurisprudence, pour adopter celle que la Cour de cassation avait établie ; comme c'est de même sans regret que nous avons vu d'autres cours émettre, dans d'autres occasions non moins importantes, des opinions opposées aux nôtres et y persévérer malgré nos arrêts. [...] Il est même arrivé quelquefois que la Cour de cassation, pénétrée des motifs à l'aide desquels on combattait ceux qui l'avaient entraînée elle-même, n'a fait aucune difficulté de revenir sur l'opinion qu'elle avait d'abord adoptée, pour s'en tenir à celle des cours. Ce ne sont pas là, au reste, des efforts qui puissent coûter à des magistrats ; ce n'est pas à eux qu'on peut reprocher de mettre de la domination dans l'autorité, ou de la faiblesse dans les déférences. Ils n'y voient, au contraire, que de la dignité et de la justice ; ils regardent ces combats d'opinion comme utiles, comme ne présentant rien que de noble, comme tournant même souvent au profit de l'ordre public ; et enfin ils s'honorent de penser à cet égard comme d'Aguesseau, qui, dans ces discours qu'on ne saurait jamais trop rappeler, remarque "que c'est la Providence elle-même qui permet quelquefois ces espèces de guerres innocentes entre les ministres de la justice, où tous les avantages paraissent également partagés, où l'on voit combattre la vertu contre la vertu, la doctrine contre la doctrine, l'expérience contre l'expérience, et où l'orgueil de l'homme, pleinement confondu, est obligé de reconnaître l'humiliante incertitude des jugements humains" » (COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. I, 1815-1851, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, 5 novembre 1827. Discours du premier président, Raymond de Sèze », p. 11-13).

« [la Cour de cassation] n'est pas instituée pour rendre la justice entre les particuliers, mais seulement pour faire respecter la loi, toujours dans l'ordre naturel des juridictions ».

Il conforte sa solution en rappelant le principe de spécialité qui préside à la saisine de la Cour : « dans les cas très-rares, hors de cet ordre naturel des juridictions, la Cour de cassation ne peut être saisie que par une disposition formelle et précise de la loi »⁸⁴⁶. De tels propos sont à l'aune d'une critique plus générale des pouvoirs et de l'autorité que la Cour de cassation pense pouvoir exercer. En témoignent les libertés prises par les juges du fond dans l'appréciation des actes tant décrétés par l'exécutif qu'adoptés par le législateur.

Les divergences jurisprudentielles relatives au sort des décrets impériaux offrent un premier angle de critique de la Cour de cassation, dont l'autorité est jugée insuffisante pour confirmer l'application d'un décret. Plusieurs décisions rendues, dans la seule année 1831, par des juridictions du premier degré, l'illustrent. Il en est ainsi du Tribunal correctionnel de Béziers, qui refuse, en juillet de cette année, d'appliquer un décret napoléonien relatif à l'exercice de la profession d'instituteur. Le tribunal considère que l'irrégularité du décret ne peut être effacée ni par l'usage « ni par l'exécution que ce décret a obtenue, c'est-à-dire par la jurisprudence, étant de principe incontestable que la jurisprudence, quelque nombreuses, quelques constantes que soient ses dispositions, ne saurait convertir des actes illégaux en dispositions pénales »⁸⁴⁷.

Par cette « jurisprudence », le tribunal pointe directement celle de la Cour de cassation, constante en cette matière, à laquelle il refuse tant l'autorité que la faculté de confirmer la vigueur d'un décret, empiétant selon lui sur le domaine de la loi. Plus subtile peut-être, est le jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Meaux, qui ne s'attaque pas directement à l'autorité de la Cour de cassation mais qui, dans une double opposition, juge contrairement à la Cour de cassation en paraphrasant ses motivations. En septembre 1831, la Cour de cassation retient, pour confirmer la bonne application d'un décret relatif à la détention d'armes de guerre, une règle qu'elle se fait fort de consacrer en principe : elle refuse de considérer abrogé un décret impérial dès lors qu'il « a été publié et exécuté comme loi de l'État »⁸⁴⁸. Quelques semaines plus tard, le Tribunal de Meaux reprend à son compte la substance de cette formule, dans une affaire ayant trait à l'application d'un décret relatif à la chasse sans permis de port d'armes ; mais en lui refusant le sens porté par la Cour de cassation. Après avoir rappelé l'exclusivité du domaine de la loi, le tribunal énonce que « si un décret n'a point force de loi, il ne suffit pas pour lui en conférer l'autorité qu'il ait été fréquemment exécuté, et qu'il ne soit pas en lui-même

⁸⁴⁶ Trib. prem. inst. Privas, 30 août 1836, *Gazette des tribunaux*, 3 novembre 1836, t. XII, n°3474.

⁸⁴⁷ Trib. corr. Béziers, 21 juillet 1831, *Gazette des tribunaux*, 15 septembre 1831, t. VI, n°1900.

⁸⁴⁸ Cour cass., crim., 1^{er} septembre 1831, *Gazette des tribunaux*, 3 septembre 1831, t. VI, n°1890.

contraire aux principes de la Charte ». Aussi, le tribunal refuse-t-il que des éléments et circonstances postérieurs confirment, rétroactivement, la force d'un décret ; contrairement à la politique menée par la Cour de cassation, il apprécie la légalité du décret litigieux à l'heure de sa conception, fermant la porte à une régularisation ultérieure⁸⁴⁹.

Ces dissensions ne s'épuisent pas à l'appréciation des décrets impériaux. Des divergences jurisprudentielles naissent aussi de l'examen des ordonnances royales⁸⁵⁰, les juges du fond tentant longtemps d'obtenir l'abrogation d'actes, pourtant jugés applicables par la Cour. L'ordonnance du 27 février 1822, relatif au droit de plaidoirie des avoués, en offre un exemple : pourtant jugée constitutionnelle par la Cour de cassation en 1829⁸⁵¹, celle-ci est déclarée inconstitutionnelle par les Cours royales d'Aix et de Riom⁸⁵² et, par deux fois, par la Cour royale de Nîmes⁸⁵³. Cinq arrêts supplémentaires de la Cour de cassation sont alors nécessaires pour mettre fin à la résistance des magistrats du second degré⁸⁵⁴ : sans parvenir à contester clairement le droit des juges d'appel d'opérer un contrôle de constitutionnalité de telles ordonnances, la Cour veut obtenir d'eux la reconnaissance que l'ordonnance litigieuse de 1822 a bien été prise en application, et non en violation, de la loi du 22 ventôse an XII⁸⁵⁵.

Certaines juridictions adoptent le même comportement dans l'application de la loi, en prétendant qu'elles peuvent librement en révéler le sens. Il en est ainsi d'un arrêt rendu en 1829 par la Cour d'assises de Maine-et-Loire : la culpabilité de prévenus ayant été reconnue au regard de la loi du 20 avril 1822 sur le sacrilège, les magistrats doivent déterminer leur peine. Elle refuse néanmoins de prononcer la peine capitale à l'encontre d'un prévenu, en raison d'un doute, entretenu par la contrariété d'arrêts, sur l'application des peines prévues en cas de récidive – régie par l'article 56 du Code pénal. La cour relève ainsi que :

« deux systèmes ont été adoptés par la jurisprudence ; que la Cour de cassation s'est décidée pour l'affirmative, et plusieurs cours royales pour la négative ».

La formulation choisie invite à constater une équivalence d'autorité entre la Cour de cassation et les cours du second degré ; ce que confirme la suite de la décision qui retient que « dans ces circonstances, quelque fondée que paraisse la jurisprudence de la Cour de cassation, l'autorité des arrêts contraires et la reconnaissance légale du besoin d'une loi interprétative

⁸⁴⁹ Trib. corr. Meaux, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 19 novembre 1831, t. VII, n°1955.

⁸⁵⁰ V. *supra*, §2. – Les ordonnances royales.

⁸⁵¹ Cour cass., req., 15 janvier 1829, *Les avoués de Saint-Mihiel c/ Le ministère public*, S. 1829. I. 172.

⁸⁵² CR Riom, 20 juillet 1832, *Avoués d'Apt c/ Le ministère public*, S. 1833. II. 69 ; CR Aix, 22 août 1833, *Massol d'André*, S. 1834. II. 27.

⁸⁵³ CR Nîmes, 20 décembre 1833, *Maître Baratier c/ Les avocats d'Orange*, S. 1834. II. 151 ; CR Nîmes, 8 janvier 1834, *Avoués de Marvejols*, S. 1834. II. 153.

⁸⁵⁴ Cour cass., civ., 15 décembre 1834, *Le procureur général d'Aix c/ Massol d'André*, S. 1835. I. 18 ; Cour cass., req., 18 mars 1835, *Avoués de Marvejols*, S. 1835. I. 508 ; Cour cass., civ., 23 juin 1835, *Avoués d'Apt c/ Le ministère public*, S. 1835. I. 676 ; Cour cass., réunies, 8 avril 1837, *Le procureur général de Nîmes c/ Massol d'André*, S. 1837. I. 281 ; Cour cass., civ., 13 mai 1840, *Avocats c/ avoués de Moulins*, S. 1840. I. 536.

⁸⁵⁵ V. BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, op. cit., p. 203.

intimident la conscience, ébranlent la certitude et élèvent quelques doutes ». Ces « incertitudes » poussent la cour d'assises à s'emparer du droit de choisir selon sa propre conscience, guidée par la nécessité de « suivre le parti le plus favorable à l'accusé » : elle écarte alors l'aggravation de peine – les travaux forcés à perpétuité –, qui est pourtant la voie préconisée par la Cour de cassation⁸⁵⁶. Un raisonnement similaire apparaît dans une décision rendue en 1833 par le Tribunal de Montpellier, sur la question, controversée, des droits dus aux maîtres de poste par les entrepreneurs de voitures publiques. Après avoir constaté qu'une solution a été adoptée par plusieurs cours royales – nommément désignées – qui concluent à entendre de manière restrictive les droits dûs aux maîtres de poste, le tribunal reconnaît que « la Cour de cassation a adopté un système contraire ». Le tribunal en déduit alors que :

« ce conflit prouve jusqu'à l'évidence l'obscurité de la loi, et la rend même en ce moment sujette à l'interprétation législative ; que dans de pareilles circonstances le juge doit trouver des raisons plus fortes encore de ne pas prononcer une pénalité rigoureuse ».

Encore une fois, la contrariété de motivations conduit le tribunal à justifier sa solution au nom de l'intérêt du justiciable, le conduisant à opter pour une voie opposée à celle décidée par la Cour de cassation⁸⁵⁷. En 1835, le Tribunal de Neuchâtel franchit un pas supplémentaire, en excipant l'existence de conflits jurisprudentiels sur un point de droit pour exonérer des prévenus de toute pénalité⁸⁵⁸.

De ces quelques décisions, se dégage une même construction : la mise en exergue de l'obscurité de la loi permet d'introduire des divergences jurisprudentielles. Ce constat justifie, d'une part, l'exercice d'une indépendance fonctionnelle par les juridictions du fond. En 1830, le Tribunal de Moulins démontre éloquemment cette liberté pour trancher un litige relatif à une vente à l'encan. Après avoir fait le constat d'une jurisprudence discordante, le tribunal décide que « dans cet état déplorable d'incertitude et de contradiction des décisions des cours et tribunaux, les magistrats doivent incessamment se rappeler qu'ils sont institués pour juger suivant la loi, en leur âme et conscience d'après leur intime conviction »⁸⁵⁹. Cette situation conduit, d'autre part, à autoriser l'introduction d'une forme d'égalité entre les décisions rendues par les juridictions des cours souveraines et la Cour de cassation et, partant, à minimiser tant

⁸⁵⁶ Cour ass. Maine-et-Loire, 10 août 1829, *Rousseau c/ Le Ministère public*, S. *refondu* 1. IX. II. 318.

⁸⁵⁷ Trib. Montpellier, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 4 octobre 1833, t. VIII, n°2540.

⁸⁵⁸ Le tribunal est saisi à l'occasion de poursuites exercées à l'encontre de deux notaires ayant exercé leur profession en dehors de la ville où ils tiennent leur office. La violation de l'obligation de résidence est constatée ; subsiste néanmoins la question de la sanction applicable. Le tribunal écarte l'application des peines disciplinaires au motif que « l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 février 1827 et ceux rendus par d'autres cours qui [...] ont pu les induire en erreur, et les constituer jusqu'à un certain point de bonne foi ». La décision réitère à deux reprises la formulation selon laquelle le tribunal, sans pouvoir prononcer aucune peine, « se born[e] à impute[r] leur conduite » (Trib. Neuchâtel, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 1^{er} mai 1835, t. X, n°3025).

⁸⁵⁹ Trib. Moulins, 25 février 1830, *Gazette des tribunaux*, 4 mars 1830, t. V, n°1423.

l'autorité que l'originalité de l'organe de cassation. L'idée d'une équivalence d'autorité ressort de la même manière dans le fait de citer, ensemble, la jurisprudence analogue de la Cour de cassation et de juridictions du fond. Si la conjugaison de décisions conformes sert à renforcer la motivation d'une décision, le procédé tend à montrer que, seule, la solution de la Cour de cassation est impuissante et insuffisante pour faire jurisprudence et qu'il faut lui adjoindre d'autres solutions identiques, pour enraciner le raisonnement. Un tel raisonnement apparaît dans une espèce relative au partage de prérogatives entre avoués et huissiers, jugée par le Tribunal de première instance de Charleville, en 1830. Dans son jugement, ultérieurement confirmé par la Cour royale de Metz et favorablement sanctionné par un arrêt de rejet, le tribunal accumule les références d'arrêts, au sein desquelles est noyé l'arrêt rendu par la Cour de cassation :

« ce principe a été consacré par arrêt de la Cour royale de Metz, du 2 juillet 1819, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1821 ; qu'il l'a été aussi par analogie par deux arrêts de cours souveraines, l'un de la Cour de Besançon, en date du 24 juin 1826, et l'autre de la Cour royale de Rouen, du 20 janvier 1830 »⁸⁶⁰.

À l'évidence, certaines juridictions du premier degré s'estiment aussi bien tenues au respect de solutions prônées par les cours d'appel que par la Cour de cassation.

Si l'infériorité hiérarchique rend compréhensible un tel raisonnement, le procédé interroge dès lors qu'il s'agit d'une cour du second degré qui cite sa propre jurisprudence sur un pied d'égalité avec celle de la Cour de cassation. Dans une décision rendue sur le sort d'une hypothèque contractée par une femme mariée, la Cour royale de Grenoble en fait la démonstration alors qu'elle juge à l'endroit de l'action en déclaration d'hypothèque :

« [qu'elle] n'a point été abrogée par le Code civil, ni par la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour de Grenoble »⁸⁶¹.

Dans le langage de la cour royale, il y a une claire équivalence entre l'action de l'une et de l'autre, confondue dans une même œuvre – « la jurisprudence ». Plus terrible encore est la phrase suivante qui anonymise la Cour de cassation et nie son originalité en énonçant que :

« ces Cours ont jugé que la demande en déclaration d'hypothèque, réunie à l'action personnelle en paiement, n'est plus recevable depuis la publication du Code civil ».

La cour royale ne semble pas voir de différence de nature entre elle-même et la Cour de cassation et, partant, leur confère une même autorité jurisprudentielle. Du point de vue de la

⁸⁶⁰ Trib. prem. inst. Charleville, 19 juin 1830, reproduit sous Cour cass., civ., 5 décembre 1832, *Gazette des tribunaux*, 7 décembre 1832, t. VIII, n°2283.

⁸⁶¹ CR Grenoble, 1^{er} juin 1824, *Bourgeat c/ Buisson*, S. 1826. II. 58.

Cour de cassation, le constat est terrible, puisqu'un tel arrêt exprime une indifférence quant à son statut particulier et banalise son action, mêlée dans un ensemble jurisprudentiel dont elle n'a pas le contrôle. Or, cette tendance, qui conduit les juges du fond à se citer entre eux par préférence à la jurisprudence de la Cour de cassation – voire à la loi –, perdure à certains égards au-delà de la loi de 1837.

En 1857, le Tribunal de commerce de Marseille en offre une illustration : un capitaine de navire américain est actionné devant lui par des Français, réclamant la réparation de la perte de leur bateau à vapeur, consécutive à un abordage. Le capitaine étranger oppose l'incompétence des tribunaux français ; un moyen écarté par le tribunal, au terme d'une décision étonnamment construite. Il rappelle, en premier lieu, que sa compétence résulte du droit de tout français de demander réparation devant les juridictions de son pays, « comme l'a dit la Cour de Rouen dans son arrêt du 6 février 1841 »⁸⁶². La formulation retenue donne alors à croire que ce principe est d'origine jurisprudentielle, alors que le tribunal évoque, seulement dans un second temps, l'article 14 du Code civil⁸⁶³, qui « l'a établi dans des termes plus généraux ». L'articulation du raisonnement conduit à présenter la décision de la juridiction d'appel comme une référence, renforçant ainsi son autorité au détriment d'une source plus légitime et certaine – la loi.

S'il apparaît que l'autorité de la Cour de cassation est contestée, toutes les juridictions du fond ne manifestent pas un même degré d'hostilité et d'indépendance, tant s'en faut. Certaines, même, lui apportent leur concours et témoignent, explicitement, d'une reconnaissance de son autorité ; mais cette reconnaissance ne semble se faire ni simplement ni complètement, avant l'entrée en vigueur de la loi de 1837. En effet, les formulations retenues dans les décisions de justice montrent une volonté de justifier préalablement une soumission à la ligne jurisprudentielle de la Cour de cassation. En 1834, la Cour royale de Grenoble en atteste encore. La formule retenue par la cour donne à penser que la soumission à la Cour de cassation est opportunément réalisée dans le seul intérêt des justiciables, résultant moins d'une inféodation sincère à la Cour :

« cette question dût-elle offrir des doutes sérieux, l'intérêt bien entendu des parties veut qu'elle soit tranchée dans le sens de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, pour leur éviter des frais inutiles »⁸⁶⁴.

Bien plus, quand ce ralliement n'est pas le fruit d'une nécessité expressément manifestée, il apparaît souvent qu'il faille attendre plusieurs arrêts de la Cour pour qu'une

⁸⁶² Trib. com. Marseille, 17 mars 1857, *Gazette des tribunaux*, 28 mars 1857, t. XXXII, n°9359.

⁸⁶³ Code civil, article 14 : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. »

⁸⁶⁴ CR Grenoble, 30 mai 1834, *Lovat c/ Doyen*, S. 1834. II. 478.

position jurisprudentielle ait valeur certaine. Cette idée se confirme notamment à la lecture d'un arrêt rendu, en 1812, par la Cour impériale de Rennes qui prend soin de préciser que le jugement, devant elle déféré, est nul « suivant la jurisprudence constante de la Cour de cassation, justifiée par un grand nombre d'arrêts »⁸⁶⁵. L'autorité de la Cour semble alors découler de sa capacité à maintenir longtemps une solution, en dépit des poussées contraires des juridictions du fond. Mais cette persistance n'est pas toujours récompensée : l'hypothèse de l'exercice du droit vote censitaire en offre un exemple remarquable.

Pour l'exercice du droit de vote, la loi du 29 juin 1820 admet de manière restrictive la délégation des contributions d'une femme à un homme de sa famille. L'article 3 de la loi dispose en effet que « les contributions foncières payées par une veuve sont comptées à celui de ses fils, à défaut de fils à celui de ses petits-fils ; et à défaut de fils et petits-fils, à celui de ses gendres qu'elle désigne ». La seconde hypothèse, ou les suivantes, ne s'exécutant qu'à défaut de la réalisation de la précédente. Les Cours royales refusent d'entendre ainsi la loi, en acceptant, depuis Rennes⁸⁶⁶, Montpellier⁸⁶⁷, Paris⁸⁶⁸, Colmar⁸⁶⁹ ou Dijon⁸⁷⁰, de reconnaître la délégation des contributions électorales de la belle-mère veuve au gendre : alors même qu'existait un fils ou petit-fils – souvent mineur incapable – ; alors même qu'elle pouvait être divorcée – ce que ne prévoyait pas la loi. En méconnaissance des instructions préfectorales, ces cours acceptent ces délégations pour favoriser l'inscription sur les listes électorales de ces hommes majeurs ne remplissant pas seuls la condition censitaire.

Néanmoins, cette vision de la délégation de contributions, comme des options équivalentes et non supplétives, n'est pas partagée par la Cour de cassation, notamment dans l'hypothèse de la femme divorcée souhaitant déléguer ses contributions à son gendre. En 1830, dans une décision de rejet, confirmant l'arrêt de la juridiction de renvoi, la Cour de cassation refuse à la femme divorcée des droits analogues à ceux de la veuve, au motif que « le divorce était supprimé avant la loi de 1817 et 1820 ; que la faculté accordée à la veuve ne l'a point été à la femme divorcée, et qu'il n'est point permis aux tribunaux d'en prononcer l'extension par analogie »⁸⁷¹. La solution retenue par la Cour de cassation est pourtant désavouée quelques

⁸⁶⁵ CA Rennes, 17 avril 1812, *Traurout*, S. 1815. II. 207.

⁸⁶⁶ CR Rennes, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 10 octobre 1827, t. II, n°668.

⁸⁶⁷ CR Montpellier, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 11 avril 1828, t. III, n°836.

⁸⁶⁸ CR Paris, 8 octobre 1828, *Gazette des tribunaux*, 9 octobre 1828, t. III, n°989.

⁸⁶⁹ CR Colmar, 27 novembre 1828, *Gazette des tribunaux*, 4 décembre 1828, t. IV, n°1037.

⁸⁷⁰ CR Dijon, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 19 décembre 1828, t. IV, n°1050.

⁸⁷¹ Cour cass., req., 25 janvier 1830, *Gazette des tribunaux*, 25-26 janvier 1830, t. V, n°1391.

mois plus tard, en 1831, par la loi elle-même, qui décide, de manière libérale, d'aligner le statut de la femme divorcée sur celui de la femme veuve⁸⁷².

Cette hypothèse illustre le paroxysme de l'impuissance fonctionnelle de la Cour de cassation : le législateur revient sur son œuvre pour adopter les solutions, alors *contra legem*, de cours royales, au détriment de la constance de la Cour de cassation. Or, cette impuissance ne s'épuise pas à la question civile : en matière pénale, également, la Cour de cassation doit faire face à des « faisceaux de résistance »⁸⁷³ des juridictions du fond, qui, jusque dans le prononcé des peines, manient à leur gré la loi. Le sujet de la mise sous surveillance d'un individu, comme peine complémentaire assortie à une condamnation, en offre un exemple. Les juridictions du fond, au premier chef desquelles la Cour royale de Paris, voient dans cette peine complémentaire une simple faculté, dont elles exemptent souvent les condamnés pour fait de mendicité simple⁸⁷⁴. Par deux arrêts de cassation, la Cour réaffirme la nécessité d'appliquer cette peine à tout type de vagabondage et mendicité⁸⁷⁵, au nom de l'application littérale de l'article 282 du Code pénal⁸⁷⁶. Sans effet : certaines juridictions du fond continuent à considérer que cette peine de surveillance ne doit s'appliquer qu'aux cas de mendicité aggravée⁸⁷⁷.

Ces exemples montrent, au fond, que l'organisation juridictionnelle, au moins jusqu'en 1837, autorise toute juridiction du fond à s'emparer des règles normatives, pour en faire une application souvent à rebours des principes établis par la Cour de cassation. Ces exemples montrent, de surcroît, le rôle précaire de la Cour de cassation, que Jean-Guillaume Locré⁸⁷⁸ exprime le mieux :

« Loin que la Cour de cassation exerce un pouvoir suprême, loin qu'elle domine les autres cours, il est au contraire, incontestable que les arrêts des autres cours ont une puissance qui leur est propre, tandis que les siens n'en ont que lorsque

⁸⁷² Loi du 19 avril 1831 sur les élections à la Chambre des députés, titre 1^{er} « Des capacités électorales », article 8 : « Les contributions directes payées par une veuve, ou par une femme séparée de corps ou divorcée, seront comptées à celui de ses fils, petit-fils, gendres ou petits-gendres qu'elle désignera. »

V. *infra*, A. – Le contributeur fiscal.

⁸⁷³ BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 551.

⁸⁷⁴ CR Paris, 23 novembre 1837, *Gazette des tribunaux*, 24 novembre 1837, t. III, n°3809.

⁸⁷⁵ Cour cass., réunies, 26 juin 1838, *Bull. crim.*, t. XLIII, n°180 & 181, p. 273-275.

⁸⁷⁶ Code pénal, article 282 (issu de la réforme du 28 avril 1832) : « Les vagabonds ou mendiants qui auront subi les peines portées par les articles précédents, demeurent à la fin de ces peines, à la disposition du gouvernement. »

⁸⁷⁷ Conf. : Trib. corr. Lille, 29 janvier 1839, *Gazette des tribunaux*, 13 février 1839, t. IV, n°4189.

V. BLANCHE, Antoine-Georges, *Études pratiques sur le Code pénal*, *op. cit.*, t. IV, p. 377 et suiv. ; BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 556-557.

⁸⁷⁸ Jean-Guillaume Locré (1758-1840) est avocat au parlement de Paris de 1787 à 1789. Il commence le nouveau siècle en qualité de secrétaire général du Conseil d'État ; tombé en disgrâce à la Restauration, il doit abandonner sa charge en 1815. Il est l'auteur d'un recueil consacré, en trente et un volumes, aux travaux préparatoires, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France* (1826-1832). Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 514.

l'arrêt d'une autre cour les appuie ; et qu'il est également vrai que, vis-à-vis d'elle, les autres cours royales conservent toute leur indépendance »⁸⁷⁹.

Ainsi, dans ce schéma juridictionnel, les arrêts de la Cour manquent de force obligatoire : au mieux, ont-ils force de *raison écrite*. Cette faiblesse invite alors les juridictions du fond à exprimer leur propre indépendance fonctionnelle.

§2. – L'autorité confortée des juridictions du fond

Dans la première moitié du siècle, l'ordre judiciaire donne à voir une Cour de cassation désarmée, à laquelle font face des juges du fait qui prennent conscience de l'impuissance de la Cour et, partant, de leur propre pouvoir. Bien plus, l'absence d'autorité certaine de la Cour de cassation autorise une forme de concurrence entre celle-ci et les juridictions du fond, au premier rang desquelles les juridictions d'appel. En 1829, Jean-Guillaume Locré montre même que cette concurrence confine à l'hostilité ouverte : s'il reconnaît, en 1829, que ces modes de faire « se sont un peu obscurcis », il rappelle néanmoins :

« [qu'il] existe, dans une de nos cours royales, une chambre qui ne souffre pas qu'on cite des arrêts de la Cour de cassation devant elle, de peur que, si elle en adopte le système et les principes, elle paraisse céder à l'autorité de la Cour de cassation, et se relâcher de son indépendance »⁸⁸⁰.

Cette attitude témoigne du souci de chaque juridiction de préserver sa propre autorité, peut-être parfois au détriment de la cohérence du droit.

Au demeurant, ce conflit, tantôt larvé tantôt aigu, est entretenu incidemment par les recueils de jurisprudence, qui consacrent, au fil du XIX^e siècle, de plus en plus de pages et de place aux décisions rendues par les juridictions du fond, et notamment aux arrêts d'appel⁸⁸¹. Cette reconnaissance éditoriale conforte les résistances des juridictions du fond, qui s'estiment alors autorisées et légitimes à juger selon leur propre conscience. Or, une fois cette conscience acquise, la Cour de cassation n'en éprouve que plus de mal encore à obtenir la reddition d'une juridiction du fond :

⁸⁷⁹ LOCRE, Jean-Guillaume, *La législation...*, op. cit., t. XVI, p. 623.

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ V. BARENOT, Pierre-Nicolas, *Les recueils de jurisprudence...*, op. cit. ; PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, F. Pichon, 1900, t. I, p. 78 et suiv.

« [parce qu'un] tribunal, si modeste qu'il soit, ne se déjuge pas sans de très graves motifs, et, plus une cour est élevée dans l'ordre judiciaire, plus elle tient à ses traditions et à sa jurisprudence »⁸⁸².

Les juges du fond ne sont toutefois pas indifférents à la possibilité de voir leur décision cassée par la Cour de cassation. Préférant parfois éviter une franche opposition et se prémunir d'une censure de la Cour de cassation, les juridictions du fond essaient de justifier leurs décisions au regard des faits, opérant ainsi sur un terrain sur lequel elles sont souveraines (A). Cet état d'esprit se double d'une conscience et d'une envie : celles de se faire le reflet de particularismes locaux, lesquels justifient des positions opposées à la Cour de cassation, perçue comme un organe parisien et étranger (B). À cet égard, du plus petit tribunal à la cour royale, les juges du fond du premier tiers du siècle – si ce n'est tout le siècle durant – montrent qu'ils peuvent marquer le droit de leur empreinte, tout autant que la haute juridiction.

A. – La souveraineté sur le fond des affaires

Le principe de la souveraineté des juridictions inférieures sur le fond des affaires trouve sa racine dans la loi des 27 novembre – 1^{er} décembre 1790, relative au Tribunal de cassation, dont l'article 3 de la loi fait défense, « sous aucun prétexte et en aucun cas », au Tribunal de « connaître du fond des affaires ». À charge pour le Tribunal, institué pour juger en droit, de confier l'affaire à une juridiction de renvoi, en cas de cassation. La prohibition est ultérieurement confirmée par la loi du 20 avril 1810, qui affermit la souveraineté des cours impériales sur le fond des affaires⁸⁸³, et n'est pas démentie par les lois ultérieures relatives à l'organisation de la justice ; le principe demeure aujourd'hui inscrit en l'article L.311-1 du Code de l'organisation judiciaire, qui dispose que « la cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires ».

Dès le XIX^e siècle, cette faculté laisse fleurir l'idée d'une appréciation souveraine des faits par les juges du fond, dont le « domaine exclusif » est parfois mis en exergue par la Cour

⁸⁸² ESMEIN, Adhémar, « La jurisprudence et la doctrine », *loc. cit.*, p. 8.

⁸⁸³ Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, chapitre I^{er} « Des cours impériales », article 7 : « La justice est rendue souverainement par les cours impériales ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi. »

de cassation elle-même pour rejeter des pourvois⁸⁸⁴. La notion est à double tranchant : pensée comme un instrument de limitation du rôle de la cassation – à la seule violation des formes ou du texte de la loi, conformément à la lettre de la loi de 1790 –, la notion est également saisie par la Cour de cassation pour contrôler le respect des compétences des juridictions respectives, posées par la loi. Alors, si elle brandit souvent l’appréciation souveraine des juges du fond pour refuser sa compétence et rejeter des pourvois⁸⁸⁵, la Cour veille également à ce que cette souveraineté ne soit pas invoquée à tort. En témoigne un arrêt rendu en 1833, dans une affaire de compte rendu d’audience par voie de publication. Cette question est régie par la loi du 15 mars 1822, relative à la presse : elle donne compétence à la juridiction dont l’audience a fait l’objet du compte rendu infidèle, de mauvaise foi ou injurieux⁸⁸⁶. Ici, la difficulté tient à déterminer si la décision, par laquelle une juridiction reconnaît dans le compte rendu un affront, est susceptible d’appel. Cette année-là, la Cour royale de Metz conclut par la négative, en estimant que cela résulte d’une appréciation de faits à l’égard de laquelle seule la juridiction offensée peut être compétente. La cour juge que la décision du tribunal est « souveraine et exclusive de toute autre juridiction », ajoutant que cela ressort « évidemment [de] l’esprit de la loi »⁸⁸⁷. Cet arrêt ne survit néanmoins pas à l’examen de la Cour de cassation, qui rappelle que :

⁸⁸⁴ À l’image d’un arrêt rendu en 1830, en matière civile, par la Cour de cassation, qui décide « qu’en admettant la preuve des mariages, naissances et décès, lorsqu’il n’aura pas existé de registres, ou qu’ils seront perdus, l’article 46 du Code civil peut sans doute être considéré comme n’ayant pas exclu la preuve, tant par titres que par témoins, dans le cas où il s’agit d’une simple omission sur des registres qui ne sont pas perdus, cet article n’est ni exclusif, ni prohibitif ; mais il ne suffit pas que la preuve soit admissible, il faut en outre que les faits soient pertinents, et l’appréciation des faits et circonstances de la cause est dans le domaine exclusif des cours royales » (Cour cass., req., 1^{er} juin 1830, *Delacour c/ D’Auteroche*, S. 1830. I. 213).

V. *Rép. Dalloz*, t. VII, v^o *Cassation*, p. 384 et suiv.

⁸⁸⁵ Cela est vrai tant en matière criminelle que civile. En matière criminelle, une affaire relative au délit d’excitation à la haine et au mépris du gouvernement du roi, jugée en 1830, en fournit un exemple : la Cour renvoie à l’appréciation souveraine des cours royales pour déterminer les circonstances constitutives de ce délit non défini par la loi, reconnaissant ainsi que cette question « échappe à l’examen ou à la censure de la Cour de cassation » (Cour cass., crim., 27 mars 1830, *Gazette des tribunaux*, 28 mars 1830, t. V, n^o 1444). En matière civile, la Cour emploie un langage similaire dans un litige relatif à une séparation de corps. Après avoir reconnu qu’à la lecture de l’article 230 du Code civil, « il ne s’en suit pas que la séparation ne puisse pas être accordée pour d’autres circonstances qui, sans être définies et prévues, peuvent néanmoins présenter un caractère de gravité que la sagesse et la conscience du magistrat doivent apprécier », la Cour de cassation renvoie aux seuls juges du fond la capacité à apprécier ces faits. En l’espèce, la Cour rejette le pourvoi au motif que la juridiction d’appel « n’a point dépassé le droit qu’elle avait d’apprécier et de juger les faits de la cause » (Cour cass., req., 14 juin 1836, *Gazette des tribunaux*, 27 juin 1836, t. XI, n^o 3361).

⁸⁸⁶ Loi du 25 mars 1822 relative à la répression et à la poursuite des délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, titre II « De la poursuite », article 15 : « Dans le cas d’offense envers les Chambres ou l’une d’elles par l’un des moyens énoncés en la loi du 17 mai 1819, la Chambre offensée, sur la simple réclamation d’un de ses membres, pourra, si mieux elle n’aime autoriser les poursuites par la voie ordinaire, ordonner que le prévenu sera traduit à sa barre. Après qu’il aura été entendu ou dûment appelé, elle le condamnera, s’il y a lieu, aux peines portées par les lois. La décision sera exécutée sur l’ordre du président de la Chambre. » ; article 16, alinéa 2 : « Les dispositions du même article 7, relatives au compte rendu des audiences des cours et tribunaux, seront appliquées directement par les cours et tribunaux qui auront tenu ces audiences. »

⁸⁸⁷ CR Metz, 19 septembre 1833, *Gazette des tribunaux*, 26 septembre 1833, t. VIII, n^o 2533 ; 23 novembre 1833, t. IX, n^o 2582.

« dans tous les cas où la loi n'a pas attribué formellement à une juridiction pouvoir de juger en dernier ressort, la faculté d'appeler subsiste à l'égard de ces décisions, et peut être utilement exercée »⁸⁸⁸.

Aussi, sans attaquer frontalement le pouvoir d'appréciation souveraine des faits des juges du fond, la Cour excipe-t-elle les prévisions de la loi, pour refuser à la cour royale la création d'une exception aux voies d'appel, même fondée sur la logique. En pratique, la juridiction de renvoi, la Cour royale de Colmar, se plie au principe énoncé par la Cour de cassation⁸⁸⁹.

Dans le même esprit, la Cour de cassation cherche à élargir les recours en cassation, notamment par le biais de l'ouverture à cassation tirée de la fausse application de la loi, qui conduit à censurer un raisonnement d'une juridiction du fond qui fait une application de la loi non conforme aux faits matériellement établis par elle – il peut s'agir, par exemple, de l'application d'une loi à une espèce où, pourtant, tous les éléments légaux n'étaient pas réunis. Cette méthode tend à critiquer l'interprétation *in concreto* : or, par-là, la Cour emprunte une voie empiétant sur l'appréciation de faits, pourtant dévolue aux juges du fond⁸⁹⁰. Cette tendance illustre la volonté de la Cour de maintenir dans le rang des cours qui chercheraient à « motiver [leur] arrêt sur les circonstances de la cause, afin d'éviter plus tard la cassation qui ne [peut] procéder que de la violation de la loi »⁸⁹¹, rendant poreuse alors la délimitation entre droit et fait⁸⁹².

Cette évolution de la Cour de cassation, au-delà de ses carcans légaux, se révèle toutefois insuffisante à freiner les tentatives des juges du fond pour développer des jurisprudences originales, en arguant de leur compétence exclusive dans l'appréciation des faits.

⁸⁸⁸ Cour cass., crim., 22 novembre 1833, *Gazette des tribunaux*, 23 novembre 1833, t. IX, n°2582.

⁸⁸⁹ CR Colmar, 14 janvier 1834, *Gazette des tribunaux*, 30 janvier 1834, t. IX, n°2638.

⁸⁹⁰ V. *infra*, §2. – L'affirmation jurisprudentielle mesurée de la Cour de cassation.

⁸⁹¹ DUPIN, André, *Mémoires de M. Dupin. Souvenirs du barreau*, Paris, Plon, 1855, t. I, p. 10.

⁸⁹² V. CORNU-THENARD, Nicolas, *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, [th., droit, Paris], 2011 ; CORNU-THENARD, Nicolas, « Fait et droit dans la définition des pouvoirs du juge de cassation : une critique de droit romain », *Tribonien. Revue critique de législation et de jurisprudence*, Société de législation comparée, 2019, n°3, p. 8-28 ; HALPERIN, Jean-Louis, « Perspectives historiques sur les diverses dimensions de la distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation », *Tribonien. Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2019, n°3, p. 30-45.

Le traitement jurisprudentiel de la condition des enfants naturels⁸⁹³ en fournit un exemple. À l'égard de ces enfants, une première difficulté apparaît quant aux modalités de leur reconnaissance par leurs parents, en raison des énonciations lapidaires de la loi. Le Code civil, en son article 334, se contente en effet de prévoir que « la reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance ». Souverainement, en 1833, la Cour royale de Paris estime en cette matière que la validité de cette reconnaissance dépend de la seule appréciation des juges du fait, faute pour la loi d'en prévoir plus amplement les modalités d'établissement. Aussi, la cour estime-t-elle que la mort de l'enfant n'interdit pas de procéder à la reconnaissance, « la loi n'[ayant] pas fixé de délai au-delà duquel son accomplissement deviendrait impossible » ; de même, la reconnaissance peut résulter du seul « aveu libre et volontaire » de la mère, qui « peut résulter des faits et circonstances soumis à l'appréciation du juge »⁸⁹⁴. *A priori*, cette appréciation est autorisée par les termes mêmes de la loi, qui, par leur laconisme, obligent le juge à examiner les conditions factuelles de la reconnaissance d'un enfant. La même évidence ne semble cependant pas ressortir du traitement d'une autre question : celle de l'adoption des enfants naturels reconnus⁸⁹⁵. Le Code de 1804 est bien muet sur cette question, laissant incertain le sort d'enfants naturels que leurs parents naturels, les ayant préalablement reconnus, souhaiteraient adopter pour, entre autres objectifs, les intégrer pleinement dans leur ordre successoral. Mais cette conclusion conduit à contourner explicitement la limitation portée en l'article 338⁸⁹⁶. Cette circonstance n'intimide pas la Cour royale de Montpellier, qui, dans la lignée d'une cour royale précursseuse⁸⁹⁷, confirme une solution favorable à l'enfant naturel, que cette cour exprime, pour autoriser cette adoption, dans un langage où la liberté confine à l'irrévérence, en déclarant :

« qu'enfin, les magistrats, investis, en cette matière, d'un pouvoir souverain et entièrement discrétionnaire, et qui n'ont jamais à rendre compte des motifs de

⁸⁹³ V. CADRÈS, Émile, *Traité des enfants naturels mis en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, Paris, Videcoq père & fils, 1846 ; DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français...*, *op. cit.* ; LOISEAU, Jean-Simon, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris, J. Antoine, 1811 ; LOISEAU, Jean-Simon, *Appendice au Traité des enfants naturels*, Paris, A. Bavoux, 1819 ; MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, *op. cit.*, t. IX, v° *Légitimation*, p. 259 et suiv. ; MORILLOT, Léon, *De la condition des enfants nés hors mariage en Europe et spécialement en France, dans l'antiquité, au moyen âge et de nos jours*, Paris, A. Durand, 1865 ; PRIER, Georges, *Les enfants naturels devant la loi française*, Rouen, E. Cagniard, 1871 ; PROUDHON, Victor, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, 3^e éd. augmentée par Auguste Valette, Paris, Joubert, 1842-1843, t. I, p. 234 et suiv. ; ROLLAND DE VILLARGUES, Jean-Joseph-François, *Traité des enfants naturels, d'après les principes du code Napoléon et ceux de l'ancienne et de la nouvelle jurisprudence*, Paris, Rippert jeune, 1811.

⁸⁹⁴ CR Paris, 8 juillet 1833, *Gazette des tribunaux*, 1^{er} août 1833, t. VIII, n°2484.

⁸⁹⁵ V. *infra*, §1. – Adopter un enfant.

⁸⁹⁶ Code civil, article 338 : « L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfants naturels seront réglés au titre des Successions. »

⁸⁹⁷ Dès 1824, la Cour royale d'Angers admet le père d'un enfant naturel reconnu à adopter ce dernier. Elle retient, dans un arrêt très sobre, que « les conditions et formalités voulues par la loi en pareil cas ont été remplies et observées ». La motivation s'achève par ailleurs par la considération que le père « jouit d'une bonne réputation » (CR Angers, 29 juin 1824, D. 1824. II. 205).

leur détermination, pourront refuser leur approbation à l'adoption lorsqu'elle se présentera dans des circonstances qui lui donneront un caractère d'immoralité ; et que les intérêts de la morale et de la société trouveront toujours dans l'exercice consciencieux de cette appréciation souveraine une garantie plus réelle que dans une prohibition si facile à éluder par une réticence ou par un mensonge »⁸⁹⁸.

La causticité de ces propos interroge à deux titres. D'une part, parce que cette solution intervient à une heure où la Cour de cassation a, quatre années plus tôt, abandonné sa position de principe. Saisie de cette question dès 1815, la Cour de cassation avait refusé, sur les conclusions conformes du procureur général Philippe-Antoine Merlin de Douai, de donner effet à l'acte d'adoption d'un enfant naturel reconnu⁸⁹⁹. Mais face à la constance des juridictions du fond sur ce point, la Cour de cassation a admis, sur les conclusions conformes du procureur général André Dupin, la validité de cette adoption, dans un arrêt rendu dès 1841⁹⁰⁰. D'autre part, parce qu'elle témoigne, après et en dépit de la loi de 1837, de l'effort fait par les juges pour conserver intactes leurs compétences sur le fond des affaires – quitte à l'exprimer avec fermeté.

Par ailleurs, la souveraineté des juges du fond peut encore être entretenue par l'imprécision du législateur dans la formulation de définitions légales. Nombreuses semblent être les décisions qui mettent en avant cette omission, consacrée dans des formules rappelant que *la loi ne détermine pas* ou *ne définit pas* tel élément constitutif de la loi. Or, une telle carence entretient l'audace des juges du fond, qui peuvent insérer leur propre interprétation de la loi, appuyée par les éléments de fait par eux constatés. Aussi, sauf rappel par la Cour de cassation de l'existence d'une *jurisprudence constante*, les juges du fond affirment une liberté de combler la loi⁹⁰¹. La difficile définition de la notion de naufrage, dans le cadre d'un délaissement⁹⁰², en fournit une illustration. En 1856, le Tribunal de commerce de Bordeaux est saisi d'une contestation relative à l'abandon d'un navire par son capitaine, à la suite d'un violent abordage par un navire étranger qui a réduit le bâtiment à l'état de coque ingouvernable. L'armateur du navire assigne les assureurs en validité de l'abandon, pour obtenir le recouvrement des pertes occasionnées. Cette contestation oblige le tribunal saisi à se prononcer

⁸⁹⁸ CR Montpellier, 24 avril 1845, *Gazette des tribunaux*, 17 mai 1845, t. XX, n°5629.

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ Cour cass., civ., 28 avril 1841, *Héritiers Boirot c/ Boirot*, S. 1841. I. 273 ; *Gazette des tribunaux*, 3-4 mai 1841, t. XVI, n°4885. Si la Cour tend à renier cette doctrine par un arrêt rendu en 1843 (Cour cass., civ., 16 mars 1843, *Thoreau c/ Thoreau*, S. 1843. I. 177), elle la réaffirme par deux fois en 1846 (Cour cass., civ., 1^{er} avril 1846, *Héliaud et al.*, *Bull. civ.*, t. XLVIII, n°39, p. 91 ; Cour cass., civ., 1^{er} avril 1846, *Tourret c/ Casnave*, *Bull. civ.*, t. XLVIII, n°39, p. 95).

⁹⁰¹ V. MONTAZEL, Laurence, *Entre fait et droit...*, *op. cit.*, p. 23 et suiv.

⁹⁰² Cette hypothèse est régie par l'article 369 du Code de commerce qui dispose sommairement que « le délaissement des objets assurés peut être fait, en cas [...] de naufrage. »

sur le caractère d'un naufrage entraînant un délaissement par son capitaine. Or, la juridiction énonce que :

« la loi, en classant le naufrage au nombre des cas donnant ouverture au délaissement, ne définit nulle part ce que l'on doit entendre par naufrage ».

C'est alors sans difficulté qu'elle s'en remet à « l'opinion des auteurs les plus accrédités et quelques décisions judiciaires » pour décider que « le naufrage est l'état du navire qui, réduit à l'innavigabilité, abandonné comme tel par l'équipage, est perdu pour le propriétaire »⁹⁰³. En appel, la solution est confirmée, justifiant cette initiative de la juridiction de première instance. Néanmoins, l'exercice de cette prérogative ne s'exerce pas sans la concurrence de la Cour de cassation qui prétend elle aussi pallier les silences du législateur ; comme peut l'illustrer un arrêt rendu en 1857. Dans cette espèce, un homme est poursuivi pour s'être fait passer pour le mari d'une femme aux fins d'abuser d'elle : à raison de ces faits, s'agit-il d'un viol au sens de l'article 332 du Code pénal, lequel se contente d'énoncer la peine encourue⁹⁰⁴ ? Cette question entraîne la Cour de cassation sur la question des faits constitutifs de l'infraction ; une mission qu'elle embrasse sans hésiter. Elle admet ainsi que « le crime de viol n'étant pas défini par la loi, il appartient au juge de rechercher et constater les éléments constitutifs de ce crime »⁹⁰⁵. Après analyse, la Cour admet la constitution du viol en l'espèce et casse l'arrêt d'appel, pour fausse interprétation de la loi. Ce dernier exemple illustre la porosité de la frontière entre les attributions des juges du fond et celles de la Cour de cassation, témoignant d'une relation accidentée.

Il n'en demeure pas moins que les juges des juridictions du fond ne cessent de lutter pour préserver tant leur autorité que leur domaine de compétences. Dans cette quête, ils ont pu recevoir le soutien des magistrats du parquet ; il en est ainsi du procureur général près la Cour royale de Metz, Raymond Lacave-Laplagne, plus connu sous le nom de baron Barris, qui encourage cette attitude. Dans un discours prononcé en 1822, il condamne toute ingérence de la Cour de cassation, notamment en sa chambre criminelle, dans l'examen des faits, craignant l'avènement d'une « Cour souveraine et universelle » au mépris des prévisions légales et du double degré de juridiction. Il exhorte ainsi les juges du fond à assumer, pleinement et souverainement, leur pouvoir d'appréciation des faits, même en cas de silence de la loi. Il considère, dans cette dernière hypothèse, que la Cour de cassation, astreinte au seul contrôle de la violation de la loi, doit s'effacer derrière l'appréciation souveraine des juges du fait, lorsqu'il

⁹⁰³ Trib. com. Bordeaux, [s.d.], reproduit sous CI Bordeaux, 25 août 1856, *Gazette des tribunaux*, 20-21 octobre 1856, t. XXXI, n°9224.

⁹⁰⁴ Code pénal, article 332, alinéa 1^{er} : « Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps. »

⁹⁰⁵ Cour cass., crim., 25 juin 1857, *Gazette des tribunaux*, 26 juin 1857, t. XXXII, n°9435 ; 23 juillet 1857, t. XXXII, n°9458.

ne s'agit pas de contrôler le respect d'une loi positive⁹⁰⁶. Des propos du baron Barris, une ligne s'esquisse :

« une classification s'opère entre notions définies et notions indéfinies : le champ d'action des juges du fond et des juges de cassation dépend par conséquent du degré de précision législative. L'existence d'une notion définie entraîne le contrôle de la Cour. La notion simplement nommée par la loi relève uniquement des juges du fond, car "les tribunaux n'ont pas de loi à appliquer ; ils ne peuvent donc en violer aucune, ils ne peuvent donc pas donner ouverture à cassation" »⁹⁰⁷.

Cette disposition d'esprit n'a pas interdit le baron Barris d'accepter, deux années plus tard, d'être nommé avocat général à la Cour de cassation, dont il deviendra même président de chambre. L'opinion du magistrat montre alors que, même au sein de la Cour de cassation, la résolution des rapports entre les juridictions du fond et la haute juridiction tourne à l'avantage des premières, qui, juges du fait et proches des justiciables, peuvent s'ériger en garantes du droit et du juste. C'est le même souci qui conduit les juridictions du fond à développer des positions originales, à raison de particularismes locaux, qu'elles veulent encourager tout autant que protéger.

B. – Le reflet des particularismes locaux

L'office des juges du fond se distingue doublement de celui de la Cour de cassation. Leur mission les amène, d'une part, à juger en fait autant qu'en droit, quand la Cour de cassation est cantonnée à un contrôle en droit. Leur position géographique les met, d'autre part, en prise avec des histoires et traditions, autant juridiques que sociales, inconnues d'une Cour de cassation parisienne et surtout lointaine. Cette situation est opportunément exploitée par les juges du fait pour mettre en œuvre des jurisprudences innovantes, que la Cour de cassation peine à réguler efficacement : de manière réaliste, elle ne peut lutter contre l'affirmation fonctionnelle de juridictions, en proie quotidiennement avec des faits nécessitant parfois un traitement local ou simplement nouveau. Les juges du fond se retrouvent dans une situation privilégiée, aux premières loges des créations jurisprudentielles, donnant corps à l'idée que :

« la loi vient d'en-haut ; les bonnes jurisprudences se font par en bas »⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ *Rép. Dalloz*, t. VII, v° *Cassation*, p. 306-308.

⁹⁰⁷ MONTAZEL, Laurence, *Entre fait et droit...*, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁰⁸ CRUET, Jean, *La vie du droit...*, *op. cit.*, p. 74.

La conscience, tant de cette mission que de ce pouvoir, pousse les juridictions du fond à maintenir des traditions locales ; ce qui, dans le premier tiers du siècle, se justifie aisément par la nécessité de régler certaines situations constituées sous l'empire du droit antérieur. Dans cette perspective, il n'est guère étonnant de voir le maintien de jurisprudences originales de parlements d'Ancien régime par les juridictions qui leur ont succédé. Qu'il s'agisse de l'utilisation de la jurisprudence du parlement de leur ressort en matière de libéralités consenties à un époux avant les codifications et, alors, régies par « la jurisprudence constante du ci-devant parlement »⁹⁰⁹ ; de vente de fonds, réglée au regard de « la jurisprudence constante du parlement de Bordeaux et des tribunaux qui lui ont succédé »⁹¹⁰ ; ou de l'effet de la prescription courant contre une femme mariée, réglée selon un « principe, reconnu par la jurisprudence du parlement de Bordeaux »⁹¹¹. Ces résurgences entretiennent un autre effet : l'imbrication de la loi positive et de la jurisprudence antérieure. En 1821, pour régler un litige né du règlement d'une succession, la Cour royale de Toulouse s'en réfère à la « jurisprudence constante du parlement de Toulouse », dont il expose le fonctionnement avant de conclure que « l'article 550 du Code civil la consacre formellement ». Ici, la reconnaissance législative est utilement employée pour légitimer la solution jurisprudentielle et conforter le fondement de la solution rendue⁹¹².

Ces manifestations d'indépendance localisées perdurent même après la promulgation de la loi de 1837 visant à harmoniser la jurisprudence judiciaire. En août 1839, la Cour de Caen rend un arrêt par lequel elle introduit une exception au principe d'inaliénabilité de la dot de la femme, aux fins de réparer le préjudice causé à un tiers. Pour conforter la solution retenue, elle retient, dans un sobre considérant, « [qu']au surplus, telle est la jurisprudence constante de la Cour de Caen »⁹¹³. Par cette formulation, la cour royale déclare tant son indépendance à l'endroit de la Cour de cassation, en prétendant pouvoir développer de son propre mouvement des principes jurisprudentiels, qu'à l'égard de la loi dont elle livre son interprétation. Cette prétention semble mieux encore illustrée par le langage et les solutions retenus par les cours de justice éloignées de Paris, à l'image des juridictions corses. Quelques mois après la promulgation de la loi de 1837, le Tribunal correctionnel de Bastia refuse d'appliquer le décret impérial du 4 mai 1812, relatif à la chasse sans permis de port d'armes et pourtant déclaré d'application obligatoire par la Cour de cassation. Cette solution est alimentée par la considération :

⁹⁰⁹ CA Nîmes, 13 février 1810, *Testa c/ Testa*, S. *refondu* 1. III. II. 206.

⁹¹⁰ CI Bordeaux, 15 décembre 1812, *La demoiselle Seignoret c/ Prévôt*, S. 1813. II. 214.

⁹¹¹ CR Limoges, 26 mars 1819, *Longour c/ d'Érignoux*, S. *refondu* 1. VI. II. 52.

⁹¹² CR Toulouse, 6 juillet 1821, *Baladie c/ Baladie*, S. 1822. II. 207.

⁹¹³ CR Caen, 17 août 1839, *Dieu-Avant de Nerval c/ Travers*, S. 1840. II. 12.

« qu'il n'est pas exact de soutenir que le décret de 1812 a été exécuté comme loi dans toute la France, car quand cette exécution ne serait pas un abus, il est incontestable qu'elle n'a été tentée en Corse que tout récemment, et après vingt-cinq ans de sa publication »⁹¹⁴.

Le tribunal conteste incidemment le principe de la légalité du décret, dans l'application duquel il voit un « abus » potentiel, et rejette, surtout, son application en Corse : puisque le décret tient sa vigueur de son exécution constante et répétée, selon le critère retenu par la Cour de cassation, si cette condition venait à faire défaut, le décret devrait être écarté. C'est l'hypothèse retenue par le tribunal, qui reconnaît une application tardive et ponctuelle du décret litigieux. La juridiction corse autorise ainsi, en dépit de l'unité juridique déclarée depuis la fin du XVIII^e, une appréciation territoriale différenciée de décrets et, partant, peut-être de lois. Or, le Tribunal de Bastia n'est pas isolé dans cette démarche : dix années plus tard, la Cour royale de Bastia fait preuve de la même liberté quand elle décide d'apprécier souverainement la portée de l'interdiction du port d'armes de guerres, décidée par la loi du 24 mai 1834. La cour profite de ce que la loi ne prend pas soin de définir les armes de guerre concernées, pour retenir la seule compétence des juges du fait pour en apprécier le contenu et consacrer une application circonstanciée de la loi dans le territoire corse. La cour décide ainsi que :

« c'est une habitude presque générale dans ce département de porter, outre des armes cachées, des pistolets de liane et des fusils dits de commerce et de chasse, soit en allant en voyage ou à la campagne, soit en assistant aux réunions publiques et de famille » ;

et, plus loin, évoque :

« [une] habitude [qui] tient à l'amour de la chasse et à l'esprit guerrier qui animent les Corses, ainsi qu'au souvenir des glorieux exploits de leurs pères pour l'indépendance du pays, avant l'heureux événement de la réunion de la Corse à la France ».

Certes, ces considérations n'empêchent pas la cour de déclarer prohibé le fait de marcher muni d'armes de guerre, au regard des risques de violence qu'ils entraînent et qui, alors, « se trouvent nécessairement contempnés par la loi de 1834 »⁹¹⁵. Mais, en dépit de ce dispositif, la démonstration portée par la cour témoigne de son indépendance dans l'appréciation de la loi : les premières énonciations doivent montrer qu'elle seule maîtrise l'application de la loi considérée ; un pouvoir conforté, dans un second temps, au nom d'une singularité corse, qu'elle met elle-même en exergue.

⁹¹⁴ Trib. corr. Bastia, 5 octobre 1837, *Gazette des tribunaux*, 8 novembre 1837, t. XIII, n°3795.

⁹¹⁵ CR Bastia, 28 mai 1847, *Gazette des tribunaux*, 3 juillet 1847, t. XXII, n°6239.

Un tel raisonnement laisse à penser que la cour aurait pu trancher différemment, si elle avait décidé, souverainement, que telle arme ne tombait pas sous le joug de la loi de 1834. Rétroactivement, ces considérations semblent confirmées par la promulgation de la loi du 10 juin 1853 qui régit spécialement en Corse le port d'armes : par son existence même, elle confirme une spécificité locale que les juridictions corses s'estiment légitimes à soulever⁹¹⁶. Mais cette loi ne parvient pas à obtenir la reddition des juridictions corses, qui prétendent pouvoir moduler la loi, à rebours de ses prévisions littérales, et contraignent la Cour de cassation à en rappeler l'impérativité⁹¹⁷. Elles apparaissent ainsi réfractaires à la parole du législateur, qui reconnaît pourtant des règles propres à la Corse : cette attitude prouve qu'il importe plus que tout aux juridictions corses de continuer à exprimer une singularité dont elles ont la maîtrise.

Ces exemples corses alimentent l'idée que le critère géographique⁹¹⁸ a une incidence dans les rapports entre les juges du fond et la haute juridiction. Une juridiction éloignée de la Cour de cassation sera moins encline à suivre ses directives ; une situation qui se comprend aisément dès lors qu'il faut compter, depuis Paris, cinq jours en diligence pour rallier Lyon et bien plus encore pour se rendre dans des villes méditerranéennes. C'est peu dire alors que la haute juridiction parisienne paraît bien loin et que son éclat et autorité décroissent à mesure que la distance se crée avec les juridictions placées aux confins du territoire. Les améliorations de circulation liées au déploiement des chemins de fer, à compter des années 1830, ne résolvent pas complètement cette difficulté. Cela se vérifie particulièrement auprès des juridictions du

⁹¹⁶ Les matières civiles offrent également l'exemple d'une spécificité corse. En 1846, la Cour royale de Bastia est saisie, à l'occasion de l'ouverture d'une succession, d'un différend relatif à la validité d'un mariage, contracté devant un curé pendant la trouble année 1794. La succession est attaquée par un parent du défunt, qui oppose l'invalidité du mariage, au regard de la loi de septembre 1792 exigeant de le former devant un officier d'état civil. Pour conclure à la validité du mariage et permettre à la veuve et aux enfants du défunt de recueillir la succession, la cour relève « [qu']à supposer que, malgré les circonstances de fait, ci-dessus relatées, le curé de Vallecalle eût été sans droit pour procéder au mariage civil des père et mère des intimés, il ne serait pas moins vrai que, d'après ce qui était généralement pratiqué dans toutes les communes de l'intérieur de la Corse, il y aurait eu opinion commune de la validité d'un tel mariage, et par conséquent nécessité de le maintenir ». La cour retient par ailleurs la circonstance que ni l'officier d'état civil ni les formulaires, requis par la loi pour procéder au mariage, n'étaient disponibles en Corse au moment de la formation du mariage. De ces éléments de fait, et particulièrement de l'existence d'un usage corse, la cour admet la possibilité de déroger à la loi, en dépit de ses prescriptions certaines (CR Bastia, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 13 mars 1846, t. XXI, n°5829).

⁹¹⁷ Cour cass., crim., 29 décembre 1853, *Gazette des tribunaux*, 1^{er} janvier 1854, t. XXIX, n°8261.

⁹¹⁸ L'expression en jurisprudence de spécificités locales semble encouragée par la résurgence concordante d'un discours politique libéral, favorable au développement des libertés locales. Si les régimes successifs du XIX^e siècle ne remettent pas en cause le principe d'une centralisation depuis Paris, des voix s'élèvent, dès les prémices de la Restauration, en faveur d'une forme de « décentralisation », permettant l'expression de particularismes locaux. Ces thèses se retrouvent particulièrement dans les travaux d'Alexis de Tocqueville (TOCQUEVILLE, Alexis (de), *De la démocratie en Amérique*, op. cit.) et d'Édouard Laboulaye (LABOULAYE, Édouard, *Le parti libéral : son programme et son avenir*, 8^e éd., Paris, Charpentier, 1871). Elles sont, par ailleurs, enrichies de la diffusion de réflexions similaires développées, notamment, en Angleterre : la France de la seconde moitié du siècle découvre ainsi les idées John Stuart Mill, traduit par Charles Dupont-White qui en viendra à publier un ouvrage, proche du manifeste, favorable aux libertés locales (DUPONT-WHITE, Charles, *La liberté politique considérée dans ses rapports avec l'administration locale*, Paris, Guillaumin, 1864).

V. MILL, John-Stuart, *De la liberté*, traduit de l'anglais par Charles Dupont-White, Paris, Guillaumin, 1860.

premier degré, nombreuses à refuser d'appliquer des décrets impériaux, pourtant reconnus d'application obligatoire par la Cour de cassation : ainsi des Tribunaux d'Angers⁹¹⁹, La Rochelle⁹²⁰, Tarascon⁹²¹, Béziers⁹²² ou Narbonne⁹²³. Certes des tribunaux de localités plus proches de Paris suivent, parfois, un courant opposé à celui de la Cour de cassation : à l'image du Tribunal de Meaux⁹²⁴. Il n'en demeure pas moins que la proximité géographique favorise la soumission des corps ; une réalité dont un décompte statistique permet de se convaincre.

Dans ses *Observations sur le caractère et les effets de la loi du 1^{er} avril 1837*, le procureur général André Dupin livre deux constats sur l'effet de la loi de 1828. Il relève, d'une part, que, sous l'empire de cette loi – soit en neuf années –, quatre-vingts affaires ont été renvoyées à des cours royales, après double cassation. Quarante-neuf de ces affaires ont été instruites et définitivement jugées : si vingt-neuf d'entre elles sont conformes à la jurisprudence de la Cour de cassation, vingt y sont contraires, conduisant André Dupin à conclure que « dans une proportion de deux cinquièmes des affaires, l'unité de la jurisprudence est détruite »⁹²⁵. Il note, d'autre part, que les Cours de Paris, Rouen et Amiens sont les juridictions qui expriment le moins de dissidence et se soumettent le mieux aux solutions prônées par la Cour de cassation⁹²⁶, avant même la consécration de sa pleine autorité par la loi de 1837.

Il apparaît clairement alors que le nombre de cassations prononcées est moins important à l'égard des arrêts rendus par des cours géographiquement proches de la haute juridiction, ce qui donne un indice de leur sujétion à la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation. Cette sujétion est par ailleurs à réévaluer à l'aune de la lecture des états statistiques des travaux de la Cour de cassation, publiés annuellement, qui explicitent l'origine des pourvois. À titre d'exemple, en 1834, les statistiques relatives à la matière civile montrent, pour cette année-là, que les pourvois viennent, en premier lieu, des Cours de Paris et de Rouen. Certes, les Cours de Bordeaux et Metz, bien que plus éloignées, se placent juste après ; toutefois, elles apparaissent dans une moindre mesure : quand 91 pourvois sont liés à une solution rendue par la Cour de Paris, seuls 32 viennent de décisions rendues à Metz. C'est donc l'activité des cours les plus proches de la Cour de cassation qui est la plus soumise à son appréciation et qui, en conséquence, est la plus conforme aux solutions de la Cour.

⁹¹⁹ Trib. pol. corr. Angers, 11 février 1832, reproduit sous CR Angers, 9 avril 1832, *Gazette des tribunaux*, 19 avril 1832, t. VII, n°2084. En appel, le jugement est néanmoins infirmé par la Cour royale d'Angers, qui reconnaît l'applicabilité du décret litigieux au nom, notamment, de « monuments de la jurisprudence ».

⁹²⁰ Trib. corr. La Rochelle, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 11 janvier 1833, t. VIII, n°2312.

⁹²¹ Trib. corr. Tarascon, 25 août 1831, *Gazette des tribunaux*, 17 septembre 1831, t. VI, n°1902.

⁹²² Trib. corr. Béziers, 21 juillet 1831, *Gazette des tribunaux*, 15 septembre 1831, t. VI, n°1900.

⁹²³ Trib. corr. Narbonne, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 30-31 décembre 1833, t. IX, n°2614.

⁹²⁴ Trib. corr. Meaux, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 19 novembre 1831, t. VII, n°1955.

⁹²⁵ DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, op. cit., t. IV, p. 159.

⁹²⁶ *Ibid.*

Ce constat conforte l'idée d'une influence de la Cour, qui s'étiole néanmoins à mesure de la distance prise ; ce d'autant que la dissidence manifestée par les juridictions placées aux confins du territoire est peut-être plus importante encore que ce que les statistiques laissent présager. Il apparaît en effet que les justiciables engagent, peut-être par défiance du pouvoir central, moins de pourvois devant la Cour de cassation, dès lors qu'ils sont éloignés de Paris : une conclusion dont la cause semble résider dans l'effet dissuasif des coûts engendrés pour soutenir une procédure à Paris. Les rapports statistiques relatifs aux travaux de la Cour montrent que les Cours de Bastia, Lyon, Angers, Douai et Riom sont celles qui fournissent le moins de pourvois : en 1834, il n'y en a qu'un pour la Cour de Bastia, par ailleurs formé sur le réquisitoire du procureur-général. Or, ces chiffres, qui sont constants⁹²⁷, sont sûrement à réévaluer, au détriment probable de l'autorité de la Cour, puisque nombre d'arrêts d'appel ne font pas l'objet d'un pourvoi. Dans une étude relative à la Cour royale d'Agen, Laurence Soula souligne qu'entre 1831 et 1840, sur 2600 arrêts prononcés, la Cour d'Agen n'a connu que 67 pourvois (soit 3%), dont 13 ont abouti à une cassation (soit 19% des pourvois). À titre de comparaison, sur la même période, 148 et 169 pourvois ont été formés, respectivement, contre les arrêts des Cours de Rennes et d'Amiens ; résultant, pour la première, en 18 cassations (soit 12%), et pour la seconde, en 16 cassations (soit 9%). La Cour d'Agen figure, avec celle de Pau, parmi celles dont les arrêts sont le moins attaqués, confortant l'hypothèse selon laquelle le coût d'un procès, devant la Cour de cassation, à Paris, dissuade les plaideurs⁹²⁸. À proportion égale de pourvois, les statistiques auraient peut-être montré une plus grande dissidence des cours royales des périphéries.

Outre les lois de 1810 et 1828 consacrant la souveraineté des juridictions d'appel, la grande indépendance des juridictions du fond en général peut s'expliquer par d'autres facteurs.

D'une part, à l'égard de l'ensemble des juridictions, ces particularismes locaux sont favorisés par la nouveauté des codifications : en ce début de siècle, les règles légales sont encore à défricher, offrant, notamment aux cours d'appel, l'occasion d'innover autant que d'entrer en conflit, en proposant des solutions jurisprudentielles éloignées des postures de la Cour de cassation. La position de cette dernière est alors doublement comprise. D'abord, en ce que son action est limitée, tant par les moyens d'ouverture à cassation, qui sont en théorie restrictivement prévus par la loi, que par l'absence de force obligatoire de ses décisions. Ensuite, en ce que l'instrument du référé législatif ne produit aucun effet, éloignant le spectre d'une interprétation homogène des nouvelles règles. Cette circonstance permet à Laurence Soula de conclure que, encore « jusqu'aux années 1840-1850, la jurisprudence présente surtout

⁹²⁷ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. I, 1815-1851, « Résultats généraux de la statistique civile de 1832 », p. 32.

⁹²⁸ SOULA, Laurence, *La robe, la terre et le Code...*, op. cit., p. 445-449.

un caractère local et l'on peut, à ce titre, comparer le ressort des cours d'appel à des îlots de jurisprudence »⁹²⁹.

D'autre part, à l'égard des juridictions situées dans le sud du Royaume, correspondant peu ou prou aux pays de droit écrit : les codifications napoléoniennes reprennent largement des dispositions de droit romain, par ailleurs déjà utilisées par ces cours. Elles cherchent, tout en se faisant agentes du respect de la légalité et d'application des codes, à perpétuer leurs compréhensions et applications des règles de droit romain, bien qu'antérieures aux codifications. En cela, elles manifestent une volonté de ne pas renoncer à des traditions ancestrales⁹³⁰. Il y a, plus largement de la part des cours souveraines, une volonté de « maintenir le lustre de l'héritage du passé »⁹³¹, certes en perpétuant des traditions jurisprudentielles mais également en sauvegardant honneur et autorité face à la supériorité hiérarchique d'un organe de cassation, qui leur était jusque-là inconnu. Cette idée d'héritage permet à Jean-Pierre Royer de noter une continuité entre justice de l'ancienne France et justice post-révolutionnaire, en relevant des « phénomènes de permanence, de stabilité dans les comportements et dans les modes de pensée, de longévité dans les dynasties judiciaires »⁹³². Dans cette perspective, il apparaît plus difficile encore pour une cour de renoncer à une jurisprudence, étayée par de nombreux arrêts et confortée par les temps, pour se soumettre à l'interprétation originale consacrée par une cour parisienne nouvelle.

Enfin, ces dissidences sont entretenues, en pratique, par l'existence de revues locales, meilleur relais de ces particularismes locaux. En 1832, vingt-deux d'entre elles sont dénombrées⁹³³ : si aucune n'est consacrée à la Cour royale de Paris et une seule seulement à la Cour de Rouen, les Cours d'Agen, Bordeaux ou Toulouse voient leur jurisprudence diffusée, pour les deux premières, par deux recueils et, pour la troisième, par trois recueils. Ces publications, qui n'ont pas toutes vocation à durer, témoignent de la conscience des milieux juridiques locaux de la nécessité d'entretenir, par la voie de la presse, les positions adoptées par leurs juridictions locales, particulièrement dans le sud réputé plus réfractaire à l'autorité de la Cour de cassation. Cette tendance se confirme également à l'échelle de l'ensemble du territoire :

⁹²⁹ SOULA, Laurence, « Le difficile ajustement des relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation. Le chaos de la jurisprudence au XIX^e siècle », dans *Les désunions de la magistrature...*, *op. cit.*, p. 421.

⁹³⁰ SOULA, Laurence, *La robe, la terre et le Code...*, *op. cit.*, p. 524.

⁹³¹ BOUGLE, Claire, « L'hermine et le pourpre. La Cour souveraine de Rennes et la Cour de cassation », dans *Le pouvoir et la foi au Moyen Âge...*, *op. cit.*, p. 426-427. Pour cette autrice, ces manifestations d'hostilité doivent parfois « s'analyse[r] davantage comme la quête d'un passé brillant que comme un véritable penchant pour l'autonomie » (*ibid.*, p. 424).

⁹³² ROYER, Jean-Pierre, *La société judiciaire...*, *op. cit.*, p. 334.

⁹³³ CAMUS, Armand-Gaston, *Bibliothèque choisie des livres de droit qu'il est le plus utile d'acquérir et de connaître*, 5^e éd. revue et augmentée par André Dupin, Paris, Alex Gobelet, B. Warée Aîné, 1832, p. 483-485.

V. également BARENOT, Pierre-Nicolas, « La réception des arrêts des cours d'appel dans les recueils nationaux de jurisprudence au XIX^e siècle », dans *Les cours d'appel : origines...*, *op. cit.*, p. 117-129 ; BARENOT, Pierre-Nicolas, *Les recueils de jurisprudence...*, *op. cit.*

l'importance des décisions des juridictions d'appel est confirmée par leur meilleur report dans les revues nationales, à compter, particulièrement, de la loi de 1828. Une conjonction qui alimente encore les dissidences des juridictions du fond puisqu'elles ont plus facilement accès aux décisions arrêtées par leurs consœurs, favorisant d'autant des résistances coordonnées à la doctrine émise depuis Paris.

Aussi, les oppositions à la jurisprudence de la Cour de cassation sont-elles sous-évaluées statistiquement et encouragées localement. Il faut toutefois relever une modération : les juges du fond ne forment pas un esprit de corps parfaitement homogène ni uni. Les juges du fond peuvent former autant d'îlots d'indépendance que le territoire compte de juridictions⁹³⁴ ; certaines sont acquises à la doctrine de la Cour de cassation, quand d'autres luttent encore contre ses effets. Une impression demeure toutefois, celle d'une grande liberté de ton, notamment des juridictions du premier ressort, bien qu'à l'horizon de la décennie 1830, cette liberté de ton marque le pas, au profit d'une uniformisation de la jurisprudence par le haut. Le premier marqueur de cette uniformisation semble être un meilleur encadrement des juridictions du premier degré par celles d'appel, dont la matière correctionnelle offre une illustration. Mathieu Soula note, qu'entre 1831 et 1880, « la proportion des jugements confirmés ne cesse d'augmenter durant tout le siècle, ce qui permet de conclure à l'efficacité de l'appel qui peu à peu harmonise la jurisprudence et cadre le travail des juges correctionnels ». C'est alors moins l'idée d'une jurisprudence imposée qu'une « homologation de traitement des affaires »⁹³⁵, qui conduit, mécaniquement, à une baisse du nombre d'appels interjetés. Cette homogénéisation rampante amorcée après le premier tiers du siècle est permise par la clarification des codifications napoléoniennes par la pratique, qui met progressivement à l'écart les jurisprudences originales de juridictions régionales. Mais cette situation n'est pas sans lien, surtout, avec une homogénéisation, certes plus lente mais plus globale, de la jurisprudence judiciaire, sous l'égide de la Cour de cassation.

⁹³⁴ À cet égard, des travaux de géographie judiciaire – si ce n'est de géopolitique judiciaire – pourraient être entrepris pour mieux identifier les continuités et discontinuités prétoriques sur le territoire français.

⁹³⁵ SOULA, Mathieu, « L'appel des chiffres. Les statistiques judiciaires en matière d'appels correctionnels, construction et usages (1825-1940) », dans *Les cours d'appel : origines..., op. cit.*, p. 163.

Sous-section 2. – La régulation après 1837

Le système mis en place par la loi de 1828 délègue aux cours du second degré, au détriment de la Cour de cassation, le soin de trancher définitivement une affaire, après deux cassations. Dans ce schéma, aucune juridiction n'étant placée au sommet des autres, il n'existe nulle unification des décisions de justice. S'il apparaît que des solutions sont reproduites dans différents ressorts du territoire, ce fait n'est pas le produit d'une harmonisation active imposée par une cour placée en surplomb mais davantage le résultat d'une imitation volontaire des juridictions. Néanmoins, cette organisation institutionnelle n'empêche pas de reconnaître à la Cour de cassation, dès avant la loi de 1837, une fonction de régulation, dont la meilleure preuve semble être l'adjonction de l'adjectif *régulatrice* à son titre sous la plume de plusieurs cours souveraines⁹³⁶ ; quand bien même cette qualification se fait, parfois, au détriment de l'application de la jurisprudence de la Cour de cassation⁹³⁷. L'expression semble d'ailleurs prendre son essor à compter de la loi de 1837 puisque tant les juridictions du fond⁹³⁸ que la Cour de cassation⁹³⁹ en font usage. L'expression « Cour régulatrice » apparaît ainsi comme la preuve de l'émergence progressive d'une Haute Cour, chargée d'assurer une uniformisation jurisprudentielle et, partant, de réaliser le pont entre une législation unitaire et un ordre judiciaire uni. Pourtant, cette idée ne semble pas faire l'unanimité à l'aube de la mise en application de la loi de 1837 qui doit la consacrer reine : ce nouveau schéma est critiqué,

⁹³⁶ Sans prétendre à l'exhaustivité, une recherche algorithmique, à travers les recueils *Sirey* et *Dalloz*, permet de retrouver l'usage de l'expression « Cour régulatrice » dans plusieurs arrêts. La Cour impériale de Turin semble être la première à y recourir, en 1812 (CI Turin, 25 janvier 1812, *Piazza c/ Garda*, S. *refondu* 1. I. II. 247). En 1817, la Cour royale de Rennes s'en réfère, à son tour, à la doctrine de la « cour suprême et régulatrice » (CR Rennes, 28 mars 1817, S. *refondu* 1. V. II. 260).

⁹³⁷ En 1820, la Cour d'assises de Haute-Garonne énonce en effet que « malgré tout le respect tout le respect dû aux arrêts de la cour régulatrice, des cours et tribunaux ne peuvent en adopter aveuglément les décisions » (Cour ass., Haute-Garonne, 10 mars 1820, *Philippe Maleville*, S. *refondu* 1. VI. II. 223).

⁹³⁸ Conf. : CR Bordeaux, 26 avril 1839, *Raymond et al. c/ Lantignac*, S. 1839. II. 471 ; CR Toulouse, 21 décembre 1839, *Veuve Barbe c/ Astugue et al.*, S. 1840. II. 168 ; CA Orléans, 28 décembre 1849, *Chanaleilles c/ Chanaleilles*, S. 1850. II. 199 ; CI Douai, 18 août 1860, *Laplane*, S. 1860. II. 606 ; CI Colmar, 28 mai 1861, *Spitz c/ Metz*, S. 1862. II. 389.

⁹³⁹ La première occurrence relevée est en 1838 dans un arrêt par lequel la Cour de cassation refuse l'exercice d'un troisième degré de juridiction, lui permettant de rejeter le pourvoi au motif que la juridiction d'appel « n'a fait qu'user de son droit, ce qui met son arrêt à l'abri de la censure de la Cour régulatrice » (Cour cass., civ., 15 janvier 1838, *Préfet de la Corrèze c/ Lafond*, S. 1838. I. 471). Bien plus tard dans le siècle, d'autres arrêts de la Cour emploient cette formule. En 1887, la chambre civile rappelle « sa mission de Cour régulatrice et de juge des excès de pouvoirs » (Cour cass., civ., 10 janvier 1887, *Jobey c/ Chambre des notaires de Senlis*, S. 1887. I. 28). La même expression est renouvelée dans un arrêt rendu en 1890, relatif à un litige notarial similaire (Cour cass., civ., 23 décembre 1890, *Guyon c/ Chambre des notaires de Nevers*, S. 1891. I. 381).

notamment par la doctrine, qui, tel Victor-Napoléon Marcadé⁹⁴⁰, juge plus souhaitable de continuer à retenir l'autorité de la troisième cour d'appel⁹⁴¹.

En dépit de ces préventions, la loi de 1837 renonce à l'interprétation authentique et affranchit la Cour de cassation de la tutelle du référé législatif pour lui reconnaître le pouvoir de fixer le sens des lois. Ce nouveau dispositif parachève la consécration d'une autorité judiciaire, déliée des pouvoirs constitués et, sous l'égide de la Cour de cassation, fonctionnellement libre dans l'appréciation de la loi. À cet égard, l'affranchissement des juridictions judiciaires semble davantage relever de la nécessité que de la volonté unanime des milieux du droit (§1). En supprimant définitivement le référé législatif, cette loi réalise enfin l'idée de Jean-Jacques Régis de Cambacérès⁹⁴², qui souhaitait que, dans l'application de la loi, « s'il s'établit une jurisprudence fausse, le juge la redress[e] »⁹⁴³ ; ici et désormais, ce juge est la Cour de cassation. Pour autant, la loi de 1837 ne lui assure ni la paix ni une autorité incontestée : la Cour doit faire œuvre de mesure dans l'usage de ses nouvelles prérogatives (§2) ; d'autant que les juridictions du fond tentent toujours d'obtenir la reconnaissance de leurs propres innovations jurisprudentielles, bien qu'elles doivent, pour cela, veiller à ne pas opposer une résistance frontale qu'elles n'ont plus les moyens légaux de faire triompher (§3).

⁹⁴⁰ Victor-Napoléon Marcadé (1810-1854) poursuit des études à la Faculté de droit de Paris, après avoir envisagé la voie du séminaire. Un temps avocat inscrit au barreau de Rouen, il intègre l'ordre des avocats à la Cour de cassation, en 1845. Il publie à partir de 1841 des *Éléments de droit civil français*, fruits de ses notes et commentaires d'étudiants. Ses ouvrages lui permettent de mettre en avant une doctrine qu'il veut d'opinion et comparable à la loi et à la jurisprudence. Critique tant des lacunes des codifications que des pensées de ses contemporains, il s'impose comme un jurisconsulte très exigeant, quoique virulent. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Nader Hakim, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 537-538.

⁹⁴¹ Ce regret est exprimé dans la deuxième édition de son *Explication méthodique* (MARCADE, Victor-Napoléon, *Éléments du droit civil français ou Explication méthodique et raisonnée du Code civil*, 2^e éd., Paris, Cotillon, 1844, t. I, p. 67 et suiv.)

⁹⁴² Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824) s'inscrit, après des études de droit à la Faculté d'Aix, au barreau de Montpellier. Sa carrière d'homme politique le conduit à être membre, puis président, du Comité de législation civile, criminelle et de féodalité (1792), qui élabore un premier projet de Code civil, adopté mais non promulgué (1793). Il réalise deux autres projets de code, toujours sans succès. En 1799, il est nommé second Consul. Sous l'Empire, il assume l'intérim du pouvoir lors des absences de l'empereur et œuvre à l'unification de la législation, consacrée par la promulgation du Code civil de 1804. Contraint à l'exil en 1814, il s'installe à Bruxelles jusqu'en 1818, date à laquelle il est autorisé à rentrer à Paris, où il vit jusqu'à sa mort. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Olivier Devaux, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 199-200.

⁹⁴³ BOURDON, Jean, *Napoléon au Conseil d'État. Notes et procès-verbaux inédits de Jean-Guillaume Locré, secrétaire général du Conseil d'État*, Paris, Berger-Levrault, 1963, p. 58.

§1. – L'affranchissement de l'autorité judiciaire

Le premier tiers du xix^e siècle connaît une évolution relative au sens du terme jurisprudence, pérennisée sous la Monarchie de Juillet, qui donne assez à comprendre l'essor de l'ordre judiciaire : la notion de *jurisprudence* perd « définitivement son sens premier de "science (ou art) du droit", pour ne conserver que son sens second d'ensemble de décisions à valeur de précédents »⁹⁴⁴. Ce changement sémantique illustre l'avènement progressif de l'ordre judiciaire, qui est parvenu à imposer son œuvre comme un outil, de manière toute aussi progressive, consubstantielle au développement du droit – sinon comme une source de droit. Ce glissement se confirme à la lumière du système inauguré en 1837, qui affranchit l'autorité judiciaire de la tutelle du législateur, en confiant à la Cour de cassation un pouvoir d'interprétation des lois.

La loi du 1^{er} avril 1837 prend le contrepied du dispositif mis en place en 1828 qui confiait aux juridictions d'appel le soin de solder les litiges en cas de contrariété de décisions : à compter de 1837, la Cour de cassation, en chambres réunies, a le pouvoir de régler définitivement une espèce, après deux cassations⁹⁴⁵. En interdisant la contestation de la solution adoptée par les chambres réunies, cette nouvelle organisation conforte le statut original de la Cour, désormais réellement régulatrice. Elle régule l'ensemble de la structure judiciaire, puisque les oppositions des juridictions du fond sont vouées à fléchir face aux arrêts de cassation. De plus, elle régule l'application du droit, en censurant toute appréciation divergente. Par-là, le législateur de 1837 renonce à sa propre maîtrise de l'interprétation de la loi, en confiant à une cour unique, le soin d'unifier la résolution des litiges. Il reconnaît l'« autorité suprême »⁹⁴⁶ de la Cour de cassation, qui bouleverse l'ordre judiciaire, en astreignant les juges du fond au respect aussi bien de la loi que, chose nouvelle, de la jurisprudence de cassation.

Cette nouvelle donne correspond, au fond, à la nécessité de rendre effective l'autorité hiérarchique de la Cour de cassation et d'assurer l'unité jurisprudentielle, en dictant une marche simple : désormais, « le juge n'a pas plus le pouvoir de rejeter la doctrine de la Cour de cassation

⁹⁴⁴ REMY, Philippe, « La part faite au juge », *loc. cit.*, p. 29.

⁹⁴⁵ Loi du 1^{er} avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois, article 1^{er} : « Lorsque, après la cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la Cour de cassation prononcera, toutes les chambres réunies. » ; article 2 : « Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour. » ; article 3 : « La cour royale statuera en audience ordinaire, à moins que la nature de l'affaire n'exige qu'elle soit jugée en audience solennelle. » ; article 4 : « La loi du 30 juillet 1828 est abrogée. »

⁹⁴⁶ Selon les termes de Jean-Charles Persil, garde des sceaux, chargé de l'exposé des motifs à la Chambre des pairs (DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, *op. cit.*, t. XXVIII, p. 83).

que celui de violer la loi »⁹⁴⁷. Sous ce prisme, la loi de 1837 est, d'abord, au service de la Cour de cassation comme le fruit d'un combat, victorieux, mené par elle pour exercer une autorité prépondérante dans la résolution des litiges que son statut hiérarchique était censé lui accorder. Un combat très tôt mené puisque dès 1814, le député Pierre-François Flauguergues salue la stabilité de la Cour qui « a été jugée sans être défendue, ni même entendue » mais qui « n'a triomphé que par ses œuvres »⁹⁴⁸. En 1837, ce travail, d'officieux, devient officiel, puisque la loi retranscrit une véritable prise de pouvoir de la Cour de cassation, qui relève d'une double affirmation.

La première est relative aux relations entretenues avec le législateur. Ce dernier, qui se méfie de l'organe de cassation depuis sa création, opère en 1837 un renoncement : avec cette nouvelle mouture juridictionnelle, le législateur fait l'aveu tant de son incapacité que de son impossibilité à résoudre, par une loi interprétative subséquente, les situations litigieuses nées de l'exécution d'une disposition légale. L'échec du référé législatif en a été la preuve la plus éclatante⁹⁴⁹. Il faut alors laisser au juge de cassation le pouvoir d'agir sur la loi pour assurer son effectivité et en maintenir une application homogène, quitte à lui reconnaître un pouvoir d'interprétation. De l'aveu du rapporteur de la loi, Jean-Charles Persil, la consécration de la Cour de cassation relève même de la nécessité pour donner son plein effet à l'article 4 du Code civil, en reconnaissant :

« [qu']interpréter pour *l'avenir*, c'est l'œuvre du législateur : interpréter pour le *passé* et à l'égard des actes accomplis, c'est la mission du juge, auquel notre Code civil a dit qu'il était obligé de prononcer malgré le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi »⁹⁵⁰.

Toutefois, à l'image des propos de l'orateur, la loi de 1837 veille à préserver le prestige du législateur, dont l'autorité n'est pas atteinte pas la concession d'un pouvoir d'interprétation faite au juge : d'ailleurs, le terme *interprétation* ne figure pas dans la loi, afin de ne pas vexer

⁹⁴⁷ ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence, op. cit.*, p. 182.

⁹⁴⁸ Dans son rapport sur le projet de loi relatif à la réduction du nombre des juges de la Cour de cassation, le député tient le langage suivant : « C'est une chose remarquable : depuis la démocratie la plus dissolue jusqu'au despotisme le plus concentré, nous avons épuisé toutes les combinaisons politiques ; mais dans tous nos bouleversements on a respecté la Cour de cassation ; on n'a jamais porté de plaintes contre elle. Immobile sur sa base, cette création nouvelle, autour de qui tout a changé, a vu passer dix gouvernements qui se sont renversés les uns les autres. Quelle cause a pu la préserver de la hache destructive de tant de factions, dont chacune abattait, le lendemain de la victoire, l'édifice élevé par la faction vaincue ? C'est le respect des peuples ; et ce respect ne peut venir que de l'utilité sentie dans les résultats. [...] La Cour de cassation, par exemple, a été jugée sans être défendue, ni même entendue ; elle n'a triomphé que par ses œuvres » (*Moniteur universel*, 22 décembre 1814, p. 1433).

⁹⁴⁹ V. *supra*, §1. – L'échec du référé législatif.

⁹⁵⁰ Selon les termes de Jean-Charles Persil, garde des sceaux, chargé de l'exposé des motifs à la Chambre des pairs (DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois..., op. cit.*, t. XXVIII, p. 84-85).

« les meilleurs esprits »⁹⁵¹. Une frontière est érigée entre les compétences du législateur et de la Cour de cassation. Au premier, l'avenir : l'existence de litiges répétés sur l'application d'une même loi sera suffisante pour faire connaître au législateur les besoins de changement de législation. À la seconde, le passé : l'orateur du gouvernement reconnaît qu'il faut au juge, pour régler les incertitudes législatives, puiser « dans la législation existante, dans la *jurisprudence*, dans la *conscience* comme dans la *raison naturelle*, les motifs de leur décision »⁹⁵². Cette liberté est compensée par la certitude que :

« si la Cour de cassation, qui doit toujours se composer des plus hautes lumières du pays, venait à se tromper, ou plutôt, si ses décisions avaient pour effet de montrer que la législation existante expliquée par ses arrêts n'est plus en harmonie avec les besoins et les nécessités actuelles, le législateur aurait toujours le moyen de changer cet état de choses par une nouvelle loi »⁹⁵³.

La prépondérance reste ainsi tout entière au législateur ; l'honneur est sauf. Le législateur confesse néanmoins un changement de dynamique depuis la loi de 1828 : l'harmonisation juridictionnelle, réalisée et à venir sous l'égide de Cour de cassation, dépasse la crainte de la voir s'ériger en un contre-pouvoir quasi légiférant.

La seconde affirmation est la victoire de la Cour de cassation remportée face aux autres organes judiciaires : la Cour supprime les cours d'appel dans la résolution définitive des litiges, au motif que la diversité des secondes est un handicap fonctionnel. Néanmoins, cette victoire n'est pas non plus éclatante, dès lors que l'orateur du gouvernement veille encore à ménager les cours souveraines. Il reconnaît que :

« [le projet de loi] ne commet pas la faute de faire regarder comme une loi la décision de la Cour de cassation ; il dispose seulement que son arrêt aura, entre les parties, l'autorité de la chose jugée, et que la cour royale sera tenue de l'appliquer, comme elle y est obligée quand l'une des parties se défend en invoquant une décision judiciaire passée en force de chose jugée »⁹⁵⁴.

Aussi, les juges du fond ne doivent-ils que se conformer au principe légal de la force de chose jugée ; ce qui limite l'autorité de l'arrêt du juge de cassation à la seule espèce en cours et permet le maintien, dans d'autres espèces, de jurisprudences dissidentes. De fait, nombre de juridictions du fond ne manquent pas de le souligner et d'en user⁹⁵⁵. Cet ersatz leur est

⁹⁵¹ À la Chambre, le député Eusèbe Salverte s'exprime de la manière suivante : « maintenant, comme vous l'entendez, la loi n'a nullement trait à l'interprétation législative ; il n'y en a pas un mot dans le projet ; on a même changé exprès le titre de la loi ; car la loi du 30 juillet 1828 portait ce titre Loi sur l'interprétation des lois. Le projet actuel s'est exprès abstenu de parler de l'interprétation des lois. Notre intention a été de laisser indécise une question sur laquelle les meilleurs esprits sont partagés » (*Arch. parl.*, 2^e série, t. CIX, p. 248).

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ *Ibid.*

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ V. *infra*, §3. – Le double jeu des juridictions du fond.

directement offert par l'orateur du gouvernement qui n'hésite pas à rappeler que « cela n'empêchera pas la cour royale de juger autrement la même question entre d'autres parties. Ce n'est que pour le procès vidé, en ce qui concerne le point de droit, par la Cour de cassation, que l'arrêt devra irrévocablement servir de règle ; pour tous les autres, il n'obtiendra que l'autorité morale accordée aux monuments de la jurisprudence »⁹⁵⁶.

Si cette dernière remarque vise à atténuer la portée des changements introduits et, partant, du pouvoir reconnu à la Cour, force est de constater que cette loi acte l'émergence progressive de la Cour. Un mouvement qui n'a été que peu entravé par la conception originellement restrictive de la cassation et la souveraineté sur le fond des affaires reconnue aux juges du fond. À cet égard, la Cour de cassation a cherché à contourner les effets de ces limites par divers outils. Qu'il s'agisse du développement des directives données aux cours de renvoi, leur indiquant la manière de juger l'affaire renvoyée et permettant de moduler la qualification des faits retenue et l'application de la pénalité⁹⁵⁷ ; qu'il s'agisse encore de l'usage de la cassation sans renvoi⁹⁵⁸, lui permettant de régler, seule et définitivement, une affaire et de s'ériger en un troisième degré de juridiction. Au demeurant, la Cour s'est efforcée de protéger ses propres arrêts, dont le respect par les juges du fond était tant le gage que l'indice de son autorité. Aussi, a-t-elle régulièrement exprimé une défense de sa politique jurisprudentielle, par la ferme censure de juges du fond rebelles. Dès 1826, la Cour exprimait, dans des termes dénués d'ambiguïté, son refus de voir les juges du fond contester trop ouvertement ses décisions, quand bien même ceux-ci garderaient une liberté de jugement : « si l'arrêt de la Cour régulatrice n'enchaîne pas la conviction de la cour de renvoi, ce n'en serait pas moins une inconvenance pour cette Cour de discuter les doctrines et le mérite de l'arrêt de cassation dans des termes injurieux »⁹⁵⁹. Cette défense ne cède pas sous l'empire de la loi de 1828, pourtant défavorable à son autorité. En 1830, la Cour réitère sa pensée, de manière lapidaire : « il appartient à la Cour d'interpréter ses arrêts »⁹⁶⁰. Elle affirme ainsi son droit autant qu'elle dissuade les juridictions du fond d'en détourner le sens, sous prétexte d'une adaptation aux faits.

Au-delà des actions positives de la Cour de cassation pour conforter sa stature, ce mouvement se trouve enrichi de la soumission opportune, et de plus en plus régulière, des juridictions du fond, qui invoquent, à défaut ou en complément de lois, la jurisprudence constante de la Cour de cassation pour fonder leurs décisions. Conséquence d'un « phénomène

⁹⁵⁶ Selon les termes de Jean-Charles Persil, garde des sceaux, chargé de l'exposé des motifs à la Chambre des pairs (DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, op. cit., t. XXVIII, p. 85).

⁹⁵⁷ V. BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, op. cit., p. 520 et suiv.

⁹⁵⁸ Cour d'instruction criminelle, article 429, dernier alinéa : « Lorsque l'arrêt sera annulé, parce que le fait qui aura donné lieu à une contamination se trouvera n'être pas un délit qualifié par la loi, le renvoi, s'il y a une partie civile, sera fait devant un tribunal de première instance autre que celui qu'autel aura appartenu le juge d'instruction, et s'il n'y a pas de partie civile, aucun renvoi ne sera prononcé. »

⁹⁵⁹ Cour cass., crim., 9 juin 1826, *Loercher*, *Bull. crim.*, t. XXXI, n° 110, p. 315.

⁹⁶⁰ Cour cass., civ., 17 juin 1830, *Duvault-Paty c/ Révial*, D. 1850. I. 193.

d'imitation »⁹⁶¹ porté par différentes juridictions, la jurisprudence de cassation prend, à partir des années 1820, progressivement le pas sur des jurisprudences locales originales. En 1824, à quelques mois d'intervalle, la Cour d'Agen énonce ainsi clairement que « dans l'incertitude de cette législation, il peut être prudent de suivre le système embrassé par la Cour de cassation »⁹⁶² ; ou encore « que lorsque des raisons fortes et puissantes se réunissent pour faire adopter une opinion qui se trouve consacrée par les arrêts de la Cour de cassation, on doit s'empresse de fonder les bases d'une jurisprudence qui, incertaine dans les premiers temps de l'émission du code civil qui nous régit, ne doit plus offrir que des décisions uniformes »⁹⁶³.

L'invocation croissante, depuis la Monarchie de Juillet, des arrêts de la Cour de cassation par les juridictions du fond concourt alors à l'émergence de *précédents*, qui explique, par ailleurs, le constat de la juridicisation des arrêts de la Cour. À compter des années 1830, ses arrêts se font moins détaillés qu'auparavant, dans une forme de mimétisme, officieux, du langage de la loi. Ainsi, parfois malgré eux, les juges du fond se font les meilleurs relais de la Cour de cassation, concourant à l'affermissement de son autorité. Ce que la loi de 1837 est venu consolider : alors que la loi de 1828 galvanisait les juridictions du fond, titulaires du droit de mettre un point final à un litige, la loi de 1837 les place dans le giron de la Cour de cassation, les obligeant à mieux lui manifester leur obéissance.

Si la loi de 1837 sanctionne le travail de l'ombre de la Cour de cassation, cela ne se fait pas sans susciter l'hostilité d'une partie des juridictions du fond. Les réactions des cours royales nous sont connues grâce à une *Analyse des observations de la Cour de cassation et des cours royales sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire*, paru en 1836⁹⁶⁴. Cet ouvrage condense les doléances des cours et permet, grâce aux extraits des récriminations présentées, d'établir des tendances. Si les Cours de Douai, Grenoble, Limoges, Montpellier, Paris, Pau, Toulouse ou Colmar approuvent le projet, d'autres regrettent l'abandon du système de la loi de 1828 – telles les Cours d'Amiens, Poitiers, Angers, Besançon Orléans ou Rouen⁹⁶⁵. Six cours seulement rejettent ce projet qu'elles jugent inconstitutionnel, estimant « que c'était leur enlever le libre arbitre et l'indépendance, que de les obliger à appliquer aveuglément ce que la Cour de cassation aurait jugé »⁹⁶⁶. La majorité rejoint ainsi ce nouvel ordre, en considérant, comme la Cour royale de Riom, que « le projet de loi rend à l'une de nos plus belles institutions

⁹⁶¹ SOULA, Laurence, *La robe, la terre et le Code...*, op. cit., p. 487.

⁹⁶² CR Agen, 28 avril 1824, *Mollié*, S. 1824. II. 356.

⁹⁶³ CR Agen, 23 novembre 1824 (cité par SOULA, Laurence, *La robe, la terre et le Code...*, op. cit., p. 488).

⁹⁶⁴ *Analyse des observations de la Cour de cassation et des cours royales sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire*, Paris, Imprimerie royale, 1836.

⁹⁶⁵ Il est, à cet égard, étonnant d'observer que les Cours les plus proches géographiquement de la Cour de cassation sont les plus hostiles à cette innovation légale ; ces mêmes Cours qui, dans leur contentieux, étaient les plus enclines à juger identiquement à la Cour de cassation.

⁹⁶⁶ Selon les termes de Jean-Charles Persil, garde des sceaux, chargé de l'exposé des motifs à la Chambre des pairs (DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, op. cit., t. XXVIII, p. 85).

l'autorité qui lui est nécessaire »⁹⁶⁷. Cette soumission majoritaire illustre à la fois la victoire et le cheminement réalisés par la Cour de cassation, depuis sa création par la loi de 1790, qui instaurait essentiellement un organe affaibli, privé d'autorité souveraine.

L'adoubement la Cour de cassation, reconnue comme une « commission d'interprétation et de conservation des lois » selon l'expression de Victor-Napoléon Marcadé⁹⁶⁸, conduit, dans la suite du siècle, à l'émergence d'une nouvelle dynamique. Organe de légalité, la Cour de cassation est désormais considérée comme un instrument de l'égalité devant la loi. Elle doit s'assurer que, de Pau au Havre, sous son contrôle, la loi ne puisse faire l'objet d'interprétations divergentes. Au besoin, elle peut encore se révéler être un agent normatif, se substituant au législateur pour dégager des règles indispensables⁹⁶⁹. D'autant qu'en décorrélant ses arrêts de la singularité des espèces, la Cour fait bénéficier aux principes par elle posés d'un détachement objectif, pour gagner en fixité et, partant, en longévité, jusqu'à obtenir, de l'aveu du substitut du procureur général près la Cour d'Aix, « une autorité égale à la loi »⁹⁷⁰. Si cette situation nouvelle fait craindre à la Chambre le développement d'une cour omnipotente susceptible d'introduire une dualité de législation⁹⁷¹, force est de constater que cette alarme ne

⁹⁶⁷ *Analyse des observations de la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 181.

⁹⁶⁸ MARCADE, Victor-Napoléon, *Éléments du droit civil français...*, *op. cit.*, t. I, p. 67.

⁹⁶⁹ Pour Frédéric Zénati-Castaing, la Cour de cassation s'érige ainsi en un « substitut de législation d'extraction jurisprudentielle [qui] permet de lutter contre la disparité des jurisprudences dans les larges espaces non régis par la loi et d'assurer aux citoyens une égalité de traitement identique à celle que leur garantit la loi. L'égalité résulte du droit reconnu à chacun d'imposer sous la menace de la cassation le respect de la loi et celui de la jurisprudence législative qui en est le prolongement. C'est parce qu'elle a ainsi un lien nécessaire avec l'égalité civile que la cassation est considérée, en dépit de son caractère extraordinaire, comme une garantie de procédure fondamentale » (ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 229).

⁹⁷⁰ CELICE, Albert, *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation ou de la permanence du droit honoraire*, 16 octobre 1888, Aix, B. Pust, 1888 (cité par FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, *op. cit.*, p. 135.)

⁹⁷¹ À la Chambre, le député Gaillard de Kerbertin formule une claire mise en garde : « Prenez-y garde, messieurs, on ne vous dissimule pas que le but de la loi est d'amener forcément l'unification de la jurisprudence. On espère que les magistrats obligés de se soumettre à la vie de la Cour de cassation ne voudront pas présenter le scandale d'arrêts contradictoires émanés d'eux-mêmes et finiront par admettre *dans tous les cas* l'interprétation qui leur avait été imposée... les controverses entre les cours et les tribunaux n'existent ordinairement que quand il y a quelqu'obscurité dans la loi. Si la loi est obscure, c'est comme si elle n'existait pas ! Déclarer que dans un cas, la Cour de cassation suppléera à l'imprévoyance du législateur, à son défaut de clarté, n'est-ce pas vouloir que ses arrêts fassent office de loi ? » (*Moniteur universel*, 31 mars 1837, p. 739). Des craintes similaires sont formulées par le député Alexandre Pataille : « Je dis encore que le résultat pratique sera d'avoir deux législations collatérales, celle de la loi et celle des arrêts... Prenez-y garde, messieurs, le danger est grand de détruire ce sentiment (l'indépendance) de l'âme de nos magistrats... Quand vous aurez façonné leurs âmes à la servilité, serez-vous bien en droit d'espérer qu'ils retrouvent jamais cette énergie que de grandes circonstances peuvent leur commander au nom même de l'État ? Prenez-y garde pour la Cour de cassation elle-même, qui est aujourd'hui si haut dans la vénération des peuples, et avant de lui confier une autorité tyrannique qui n'a jamais appartenu à l'ancien Conseil privé dont elle tient la place [...] » (*ibid.*, p. 740).

V. ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 184 et suiv.

l'emporte pas sur la nécessité d'avoir un organe tenant d'une jurisprudence fixe et générale, sur laquelle les justiciables tout autant que l'ensemble de l'ordre judiciaire peuvent se reposer⁹⁷².

Le nouveau rôle dévolu à la Cour lui permet de garantir, *in fine*, un objectif : l'unité du droit. Or, ce n'est, au fond, que revenir au vœu du législateur de 1790 qui instaurait un Tribunal de cassation, essentiellement conçu pour assurer la conservation des lois. Dans cette continuité, se doter d'un organe de régulation relevait de la nécessité, parce que « l'interprétation des lois par l'autorité judiciaire fournit mille occasions de modifier la règle légale, et parfois même le juge en arrive à paralyser les volontés du législateur »⁹⁷³. Pour faire échec à ces dérives, la Cour de cassation a semblé être l'organe idoine, dont la qualité de juge du droit devait être un gage rassurant de modération⁹⁷⁴. Mais ce constat ne doit pas conduire à conclure à la parfaite stabilité du droit sous l'action de la jurisprudence de la Cour de cassation : cette dernière est régulièrement dénoncée pour ses variations de jurisprudence⁹⁷⁵. Néanmoins, le système de 1837 permet à la loi, au moins en théorie, de recevoir une application et une interprétation uniformisées.

La loi de 1837 a cependant cela d'étonnant que, concession faite du législateur face à la nécessaire existence de la jurisprudence, elle n'est pas accompagnée de la même reconnaissance par la doctrine⁹⁷⁶. Si la doctrine passe à côté de cette réalité nouvelle, la magistrature judiciaire se fait plus consciente de ce rôle officialisé. En transfigurant l'office de la Cour de cassation, en minimisant l'autorité de ses contradicteurs – les cours d'appel – et en supprimant un handicap fonctionnel – existant, au moins en théorie, sous la forme du référé législatif –, la loi de 1837 autorise une prise de conscience du rôle joué par la Cour de cassation et, plus

⁹⁷² Adolphe-Pierre Tarbé des Sablons, avocat général près la Cour de cassation, énonce ainsi que : « Les décisions de la Cour de cassation ne tirent pas seulement leur autorité de la suprématie de ce tribunal, mais surtout de ce que, dégagée le plus souvent de la préoccupation des faits, l'attention du magistrat se portent tout entière sur l'application du droit. Ainsi l'on n'a pas à craindre de rencontrer dans ses registres ces arrêts d'équité qui sont rendus sous le prétexte *apparentis cujusdam, sed imperfectif et veit truncatæ æquitatis* (Dumoulin). Le juge de cassation qui se laisserait toucher, soit par l'influence des circonstances plus ou moins favorables, soit par la prétendue rigueur des lois, oublierait sa mission. Les arrêts de la Cour portent donc avec eux un caractère de thèse générale qui permet aux tribunaux de les consulter avec fruit » (TARBE DES SABLONS, Adolphe-Pierre, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation recueillis et annotés*, Paris, Roret, 1840, p. 101).

⁹⁷³ PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, t. I, p. 28.

⁹⁷⁴ C'est le constat auquel parvient Godart de Saponay, dès 1832 : « placée au sommet de la voûte judiciaire, garantie dans son indépendance par son inamovibilité, l'intention du législateur a été qu'elle exerçât constamment un pouvoir conservateur des lois et vengeur de celles violées. En effet, placée à l'abri de toute influence, elle doit sans cesse rappeler les tribunaux à une saine et conforme interprétation des lois ; tour à tour elle porte un coup d'oeil, non-seulement sur toutes les matières du droit commun, mais encore sur une infinité de matières spéciales, sur lesquelles l'influence des localités entraînerait les tribunaux dans une jurisprudence erronée, si un pouvoir régulateur n'avait pas mission d'éclairer leur marche » (GODART DE SAPONAY, *Manuel de la Cour de cassation, ou Des attributions de cette Cour en matière civile et criminelle*, Paris, Goblet & Nève, 1832, p. 102).

⁹⁷⁵ V. *infra*, B. – Fléchir.

⁹⁷⁶ Selon Jacques Krynen, « le seul auteur de la période à avoir tiré toutes les conséquences de la loi de 1837 est un avocat, pas un professeur, Victor-Napoléon Marcadé. [...] Pour la grande majorité des auteurs, la jurisprudence, de quelque juridiction qu'elle provienne, ne peut être qu'une application de la loi à une espèce particulière, qu'une illustration judiciaire de la loi, dénuée de tout caractère de généralité et de toute portée obligatoire » (KRYNEN, Jacques, *L'état de justice...*, *op. cit.*, t. II, p. 195).

généralement, de la jurisprudence dans le développement du droit. Dans ce nouveau sacerdoce, la Cour doit cependant manifester une grande prudence, en puisant sa source et sa force dans une soumission volontaire à la loi ; ce dont, longtemps après l'édiction de cette loi, Guyho, avocat général près la Cour de cassation, se fait l'écho en 1860 :

« Toutefois, sa juridiction, tout exceptionnelle, a ce caractère particulier de contrôler toutes les autres juridictions, et n'être soumise à aucun contrôle. Pouvoir suprême, nul pouvoir supérieur à elle ne peut la censurer, si elle se trompe, la ramener, si elle s'égare. Condamnée à l'infailibilité légale, quoique sujette à l'erreur, elle ne trouve de secours qu'en elle-même, et la seule garantie qu'elle offre au respect de tous les droits est dans sa propre sagesse. Celui-là serait bien à plaindre, messieurs, qui, dans cette souveraineté nécessaire, ne verrait qu'un puéril sujet d'orgueil. Ne doit-elle pas lui inspirer, au contraire, un sentiment plus profond de sa responsabilité et de ses devoirs ? Moins la Cour est contenue dans ses limites par une force extérieure, plus elle veille à n'en pas sortir. Esclave volontaire, elle s'impose à elle-même le joug de la loi, avant de le faire subir aux autres »⁹⁷⁷.

Cette situation explique l'attitude mesurée d'une Cour de cassation, qui, pour obtenir le respect de la loi et limiter tant le nombre de cassations que la multiplication dispendieuse de procédures, doit obtenir des juges du fond leur soumission volontaire. Sous ce prisme, la Cour affirme de manière parfois timide sa supériorité, pour parvenir à temporer les ardeurs des juridictions du fond et accompagner le développement du droit.

§2. – L'affirmation jurisprudentielle mesurée de la Cour de cassation

Dans son étude rétrospective consacrée en 1903 à la Cour de cassation, le magistrat Ernest Faye relève :

« [qu'en] étudiant les arrêts de la Cour, on est frappé de l'esprit de prudence et de réserve qui en a dicté les termes. Si cette haute juridiction a pour mission de maintenir l'unité de jurisprudence, elle n'a, ni le pouvoir du législateur pour

⁹⁷⁷ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. II, 1851-1861, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 3 novembre 1860. Discours de M. Guyho, avocat général », p. 19.

fixer définitivement le sens de la loi, ni la liberté de la doctrine, à raison de l'autorité qui s'attache à ses décisions et des précédents qu'elles créent. »⁹⁷⁸.

Ces propos sont à l'aune du carrefour auquel se trouve la Cour de cassation : astreinte à la modération, elle doit veiller à ne pas se montrer trop impérative – au risque de concurrencer la loi –, tout en ne laissant pas irrésolues ou incertaines les contestations élevées par les justiciables et nourries par les juridictions du fond.

Cette situation conduit la Cour de cassation à entretenir une posture paradoxale : si sa jurisprudence doit faire la preuve d'une constance et d'une force régulatrice, pour maintenir tant son autorité que l'ordre au sein de l'institution judiciaire (A), la Cour de cassation doit aussi amender ses doctrines au gré des évolutions juridiques, qui sont souvent initiées par les juges du fond ; au risque alors que ses revirements jurisprudentiels, pourtant nécessaires, résonnent comme l'aveu de sa propre variabilité et de sa relative autorité (B). En présence de ces vents contraires, la Cour de cassation peut compter sur la force de ses arrêts rendus après une double cassation : par la voix de ses chambres réunies, qui privilégient la cohérence du droit, au détriment, parfois, de la ligne jurisprudentielle des chambres jugeant seules, la Cour tempère les ambitions des unes et des autres formations (C).

A. – Contrôler

La loi du 1^{er} avril 1837 ne réalise pas une unité parfaite de l'ordre judiciaire, réuni ensemble derrière les arrêts de la Cour de cassation. Elle conduit même à pérenniser un écueil : en ne reconnaissant aux arrêts rendus en chambres réunies, après deux cassations, que l'autorité de la chose jugée, la loi autorise les cours royales à méconnaître cette position jurisprudentielle, dès le lendemain, dans une autre espèce. Elle ne consacre qu'une autorité relative et limitée de la Cour de cassation. Dans ses commentaires relatifs à la loi de 1837, Jean-Baptiste Duvergier fustige la frilosité du législateur, qui, craignant pour sa propre autorité, a refusé de tirer toutes les conséquences des arrêts rendus par la Cour, en chambres réunies⁹⁷⁹. Il dénonce ainsi un système qui ouvre la porte aux contradictions jurisprudentielles, compréhensibles des légistes mais non des justiciables, et qui encourage les recours de « plaideurs téméraires », au mépris, à

⁹⁷⁸ FAYE, Ernest, *La Cour de cassation : traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile ; suivi du Code des lois, décrets, ordonnances et règlements*, Paris, A. Marescq-Chevalier, 1903, p. 87.

⁹⁷⁹ Néanmoins, conférer une valeur normative, quasi-légale, aux arrêts de la Cour de cassation paraissait impossible : puisqu'une telle prévision aurait conduit à méconnaître les prévisions de l'article 5 du Code civil, qui proscriit les arrêts de règlement.

terme, de l'unité de la jurisprudence. Il regrette, au fond, que les arrêts de la Cour de cassation, rendus en chambres réunies, n'aient pas ce caractère intangible, emprunté au législateur sans toutefois en usurper le rôle, pour « mettre un terme et un frein aux hésitations de la magistrature ; en un mot, il faut vouloir fermement l'unité dans la jurisprudence, et par conséquent donner à la Cour de cassation les moyens de l'établir, lui refuser même la possibilité de s'écarter de la pensée qui a présidé à sa création »⁹⁸⁰.

C'est donc dans la fixité que l'auteur cherche à découvrir l'autorité de la Cour de cassation et plus encore l'efficacité de la jurisprudence. Loin d'avoir atteint cet objectif, la loi entretient, de surcroît, un autre écueil : celui de figer les positions. Les juges du fond peuvent rechigner à se soumettre à la doctrine de la Cour de cassation dès la première cassation et préférer camper sur leurs positions tant qu'un arrêt en chambres réunies n'a pas été rendu : parce qu'avant l'intervention des chambres réunies, nulle contrainte procédurale ne pèse sur eux aux fins d'adopter la ligne de la Cour de cassation. Or, outre que cette situation nuit à l'unité du droit, elle réduit doublement l'influence de la Cour de cassation : parce que rien n'annonce que les chambres réunies suivront, nécessairement, l'avis de la chambre jugeant seule⁹⁸¹ ; et parce que, peu saisies⁹⁸², elles peuvent intervenir plusieurs années après le début d'une controverse, favorisant un enlisement des débats et les rebellions des juges du fond⁹⁸³. À l'inverse, la soumission des juges du fond n'est pas non plus le signe d'une parfaite victoire de la Cour de cassation. En adoptant la ligne jurisprudentielle de l'organe de cassation, les juges du fond soulignent régulièrement leur regret d'avoir à le faire, exprimant d'une voix, parfois faible, une dissidence au demeurant durable. Il en est ainsi de la Cour de Caen qui déclare, en 1849, se soumettre à la décision des chambres réunies au motif :

« qu'il convient, pour [...] mettre un terme [à la controverse], d'adopter le dernier état de la jurisprudence qui s'est définitivement prononcé pour la révocation »⁹⁸⁴.

Ces propos nuancent l'idée d'une adhésion volontaire et sincère des juges du fond à la doctrine émise par la Cour de cassation, ternissant son aura. D'autant que rien n'exclut que cette soumission, par l'adoption sans conflit d'une position de la Cour avant l'intervention des chambres réunies, procède moins du respect de l'autorité hiérarchique que d'une forme d'amour-propre : celle de ne pas voir leurs décisions cassées.

⁹⁸⁰ DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, *op. cit.*, t. XXVIII, p. 86.

⁹⁸¹ V. *infra*, C. – Tempérer.

⁹⁸² Sur la base des études menées pour son doctorat, Laurence Soula évoque un taux de 4-5% de saisine des chambres réunies (SOULA, Laurence, *La robe, la terre et le Code...*, *op. cit.*, p. 79-80).

⁹⁸³ La question, longtemps débattue, du duel en fourni une illustration idoine : v. *infra*, §3. – Le double jeu des juridictions du fond.

⁹⁸⁴ CR Caen, 18 mars 1849 (cité par DEMOLOMBE, Charles, « Examen doctrinal », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, criminelle et commerciale*, 1851, t. I, p. 322).

Les statistiques judiciaires montrent néanmoins que la Cour de cassation est parvenue à dépasser ces difficultés. En 1854, le procureur général près la Cour de cassation, Ernest de Royer⁹⁸⁵, fait le constat que sous l'effet de la loi de 1837, « sur 7382 arrêts de cassation rendus [...], 196 pourvois sont revenus devant les chambres réunies », donnant lieu à « 41 arrêts de rejet, 5 arrêts de cassation sans renvoi, 150 arrêts de cassation avec renvoi »⁹⁸⁶. Cette présentation chiffrée témoigne de la soumission des cours du second degré aux arrêts de la Cour de cassation : puisque la part des secondes cassations est faible, indiquant assez l'adoption de la position de la Cour par la juridiction de renvoi. Bien plus, le procureur général note, qu'après les 150 arrêts de cassation avec renvoi :

« une seule Cour a inséré dans son arrêt une protestation contre la doctrine qui lui était imposée⁹⁸⁷. Elle vous a fourni l'occasion d'établir un principe que vous n'aurez vraisemblablement plus à appliquer et de décider que "l'obligation de se conformer à la décision des chambres réunies sur le point de droit est incompatible avec la déclaration qu'on ne partage pas l'opinion consacrée par cette décision"⁹⁸⁸ »⁹⁸⁹.

Les manifestations explicites de désaccord sont donc peu nombreuses et, en toute hypothèse, vite censurées. De ces chiffres autant que de cette expression de fermeté, il ressort l'idée que, sous l'empire de la loi de 1837, les juridictions du fond se sont habituées à l'autorité hiérarchique du juge de cassation et ordonnées derrière lui. Ce résultat tient, pour beaucoup, à l'activisme dont la Cour a fait preuve à deux titres.

D'une part, la Cour veille à montrer aux juges du fond qu'elle est soucieuse d'exercer la plénitude de son office, pour les dissuader d'éluder sa compétence, voire de la critiquer. Un arrêt rendu en 1844 par sa chambre civile en offre un bel exemple. La Cour est saisie, sur le pourvoi du procureur général, d'un arrêt de la Cour royale de Besançon, par lequel celle-ci a refusé de faire application d'une peine disciplinaire à l'encontre d'un notaire, alors que les faits constitutifs du méfait, qui ont été reconnus, auraient dû donner lieu à une condamnation. Avant de prononcer la cassation de l'arrêt d'appel, la chambre civile prend soin d'introduire sa décision par un attendu de principe, ainsi formulé :

⁹⁸⁵ Ernest de Royer est un avocat et homme politique. Ministre de la justice (1851), il intègre la magistrature en devenant procureur général près la Cour de cassation (1853-1857), charge qu'il quitte pour reprendre, un temps, la tête du ministère de la justice (1857-1859). Nommé sénateur en 1859, il occupe la vice-présidence du Sénat puis la présidence de la Cour des comptes. Il a fait l'objet d'une notice dans *Dictionnaire des parlementaires français...*, *op. cit.*, t. V, p. 220-221.

⁹⁸⁶ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, *op. cit.*, t. II, 1851-1861, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 3 novembre 1854. Discours de M. Royer, procureur général impérial », p. 68.

⁹⁸⁷ Il s'agit de la Cour royale de Nancy dans un arrêt rendu le 9 mars 1838 (v. Cour cass., crim., 7 juillet 1847, *Bull. crim.*, t. LII, n°150, p. 267).

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, *op. cit.*, t. II, 1851-1861, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 3 novembre 1854. Discours de M. Royer, procureur général impérial », p. 68.

« si les Cours royales ont le pouvoir de constater les faits à raison desquels des poursuites disciplinaires s'ont exercées, et d'en apprécier la gravité, et si, sous ce rapport, leurs décisions échappent nécessairement à la Cour de cassation, il n'en saurait être de même lorsqu'elles se déterminent uniquement par des raisons de droit »⁹⁹⁰.

Par cet incipit, la Cour montre que la limitation de son office aux éléments de droit lui permet tout de même de contrôler la bonne exécution de la loi ; elle montre sa diligence tant à faire respecter la loi qu'à manifester aux juges du fond l'état qui enserme leur activité. La Cour veille néanmoins toujours à ménager les juridictions du fond, en reconnaissant d'une main leurs pouvoirs et en établissant, de l'autre, leurs limites. Dans une espèce jugée en 1851, la haute juridiction fait preuve de la même circonspection : la Cour est saisie, une première fois, *via* sa chambre des requêtes, de délibérations prises par le Tribunal de Saint-Amand, par lesquelles il prétend exclure le ministère public des audiences rendues en matière commerciale. Bien que les délibérations soient annulées sur le fondement de l'excès de pouvoir, le tribunal refuse, dans un premier temps, d'entériner cette solution et ne consent à s'y plier qu'après une seconde annulation, sans toutefois omettre d'insérer des protestations. Si les nouvelles décisions du tribunal sont conformes au droit, les formules insérées hérissent la Cour de cassation, qui ne manque pas de rappeler à l'ordre la juridiction. Aussi, la Cour concède-t-elle aux juridictions du fond une liberté d'appréciation et de critique dans l'art de juger, puisqu'elle reconnaît bien :

« [qu'il] appartient aux tribunaux, dont la loi doit être la seule règle, de rendre des décisions contraires à la jurisprudence de la Cour de cassation, et même de discuter cette jurisprudence, par suite de la nécessité où ils sont de motiver leurs décisions ».

Mais elle apporte immédiatement une limite à cette liberté : le tribunal ne pouvait soumettre à sa « critique, et en quelque sorte à [sa] censure, le mérite de la chose souverainement jugée par les arrêts d'annulation émanés » de la chambre des requêtes. À ce considérant en droit, la Cour ajoute immédiatement une autre considération, plus empirique : elle regrette que ces critiques, d'ailleurs « non justifiée[s] par la nécessité », « contien[nent] contre les arrêts régulateurs de la Cour de cassation, une attaque dont rien ne saurait justifier ni les termes ni l'intention »⁹⁹¹.

Avec cet arrêt, la Cour manifeste sa volonté de contrôler, au-delà de la sobre application du droit, l'adhésion des juridictions du fond à sa doctrine : il ne suffit pas qu'elles se conforment aux dispositifs de la Cour, il faut encore qu'elles gommant toute expression de dissidence, susceptible, au fond, de briser l'unité de la jurisprudence et l'autorité morale de la Cour de

⁹⁹⁰ Cour cass., civ., 19 août 1844, *Gazette des tribunaux*, 29 août 1844, t. XIX, n°5413.

⁹⁹¹ Cour cass., req., 2 avril 1851, S. 1851. I. 231.

cassation. Cet arrêt témoigne encore de l'affermissement de la Cour, qui prend soin de répondre aux offenses des juridictions du fond ; une évolution confirmée par un fait : l'arrêt est rendu par la chambre des requêtes elle-même. Ainsi, alors qu'elle a été pensée comme simple chambre d'enregistrement des pourvois, la chambre des requêtes veille, à l'aune de l'ensemble de la Cour, au respect de ses prérogatives et de sa propre autorité.

D'autre part, la Cour a œuvré pour élargir ses compétences. Depuis la création du Tribunal de cassation, s'est développé, en arrière-plan, un mouvement durable : l'extension des cas d'ouverture à cassation, pour mieux contrôler la manière dont les juges du fond appliquent et interprètent la loi. En effet, les termes de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, complétés par la loi du 20 avril 1810⁹⁹², réduisent sensiblement le rôle de la Cour de cassation, en l'astreignant à la seule cassation pour violation de la loi⁹⁹³. En cela, cette loi s'inspirait du règlement d'Aguesseau, pris en 1738, pour déterminer les modalités de la cassation⁹⁹⁴. Or, cette voie unique est impuissante et insuffisante pour contrôler les réflexions des juges du fond et à obtenir leur parfaite subordination. Rapidement, soit dès le début du siècle, la Cour de cassation étend sa saisine : à la fausse application de la loi, à l'insuffisance des motifs *via* le défaut de base légale ou encore au contrôle de la qualification juridique. La Cour a « contribué, ce faisant, à estomper la frontière mouvante et artificielle entre le droit et les faits »⁹⁹⁵, jusqu'à empiéter sur les prérogatives traditionnelles des juges du fond et développer des exceptions au pouvoir souverain des juges du fait⁹⁹⁶. À cet égard, en matière criminelle, Claire Bouglé évoque même « un glissement vers un troisième degré de juridiction »⁹⁹⁷, de la part de la chambre criminelle.

Une première incursion est ainsi réalisée par l'extension du contrôle en cassation à la fausse application de la loi. La notion vise à condamner les réflexions des juridictions du fond qui n'auraient pas, dans leur mécanique intellectuelle, adopté l'interprétation de la loi la plus conforme à l'esprit du législateur, qui est, de manière commode, souverainement déterminé par la Cour de cassation. Cette ouverture à cassation se développe dès la jurisprudence

⁹⁹² Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, article 7 : « La justice est rendue souverainement par les cours impériales ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi. »

⁹⁹³ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 3 : « Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. – Et jusqu'à la formation d'un code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité, et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'empire, donneront ouverture à la cassation. – Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires : après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après. »

⁹⁹⁴ V. GAU-CABEE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre...*, *op. cit.*, p. 37 et suiv.

⁹⁹⁵ V. BARTHELEMY, Jean, BORE, Louis, GALANOPOULOS, Philippe, & PRETOT, Xavier (dir.), *La cassation : genèse, évolution, méthode et diffusion d'une technique singulière*, Paris, Dalloz, 2023 ; GAU-CABEE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre...*, *op. cit.*, p. 27 et suiv.

⁹⁹⁶ V. FAYE, Ernest, *La Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 193-206.

⁹⁹⁷ BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 520.

révolutionnaire et cristallise les tensions entre la Cour et les juridictions du second degré⁹⁹⁸. Ces dernières en exigeaient déjà la suppression⁹⁹⁹, au motif qu'une telle extension contrevenait à l'interdiction faite au juge de cassation d'interpréter la loi. Ce grief est soulevé dès l'an IX par le Tribunal d'appel de Bordeaux, regrettant que le Tribunal de cassation devienne un « tribunal d'appel de tous les tribunaux supérieurs », alors qu'il est « établi pour veiller à l'observation des formes »¹⁰⁰⁰. Plus tard, la même critique est même partagée par le premier président de la Cour de cassation, Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey, qui rappelle, en 1818, la limitation législative originelle de l'ouverture à cassation à la contravention expresse au texte de la loi et regrette que « la fausse interprétation [de la loi] continue d'être mise au rang des ouvertures de cassation »¹⁰⁰¹. Cette technique conduit le juge de cassation à se faire législateur, en unifiant le sens des lois, alors même que la loi l'instituant visait, notamment par le biais du référé législatif, à éviter cette évolution. L'élargissement au défaut de base légale procède du même esprit. Cette « boîte de Pandore »¹⁰⁰² sanctionne un vice dans la motivation du juge du fond, qui n'aurait pas suffisamment justifié son dispositif. Au fond, ce motif permet à la Cour de contrôler la péréquation entre le droit et les faits et ainsi d'introduire un « contrôle de l'application du droit »¹⁰⁰³, en sanctionnant les arrêts qui ne retiendraient pas la *bonne* base légale¹⁰⁰⁴.

Enfin, la question du contrôle de la qualification juridique est plus épineuse, en ce qu'elle touche, plus directement, à la distinction entre le fait et le droit, mais n'empêche pas la Cour de cassation de s'y livrer très tôt. Ce contrôle touche d'une part à la qualification des actes juridiques, dont Jean-Louis Halpérin a montré que le juge de cassation s'était emparé dès les premières années de son existence, alors qu'en principe, l'interprétation des contrats et de l'intention des parties relève des juges du fond¹⁰⁰⁵. Du contentieux des droits d'enregistrement à celui des libéralités, la Cour n'a eu de cesse d'élargir ce contrôle, parfois même à des

⁹⁹⁸ V. SOULA, Laurence, *La robe, la terre et le Code...*, op. cit., p. 430-431.

⁹⁹⁹ HALPERIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution. 1790-1799*, [th. droit, Paris], 1985, t. I, p. 527 et suiv.

¹⁰⁰⁰ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, op. cit., t. III, p. 178. Cette condamnation est formulée par la juridiction bordelaise dans ses observations relatives au projet de livre préliminaire du Code civil. Ce tribunal tient les propos les plus offensifs à l'encontre de la Cour de cassation. Les autres juridictions, appelées à se prononcer sur ce projet de Code civil, se contentent, à l'image du Tribunal de Rouen, de dénoncer les risques de dérives arbitraires qu'entretiennent les formules retenues tant dans le *Discours préliminaire* que dans ce livre préliminaire (*ibid.*, t. V, p. 455 et suiv.).

¹⁰⁰¹ HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, op. cit., p. 426. Le magistrat y voit la cause de la multiplication des pourvois et, partant, des cassations (*ibid.*, p. 428).

¹⁰⁰² BURGELIN, Jean-François, « L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? », dans MOLFESSIS, Nicolas (dir.), *La Cour de cassation dans l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2005, p. 28.

¹⁰⁰³ BEL, Jean, « Le bicentenaire de la Révolution, retour aux sources pour la Cour de cassation », *Dalloz-Sirey*, 1989, chronique XIII, p. 105.

¹⁰⁰⁴ V. LE BARS, Thierry, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 1997.

¹⁰⁰⁵ HALPERIN, Jean-Louis, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », dans *Le Tribunal et la Cour de cassation...*, op. cit., p. 47-48.

dispositions pourtant claires et précises, grâce à l'assise fournie par l'article 1156 du Code civil¹⁰⁰⁶. Dans un arrêt rendu en 1841, la Cour de cassation exprime clairement l'étendue de ce contrôle :

« s'il appartient aux cours royales de statuer souverainement sur les circonstances de fait qui peuvent faire connaître l'intention des parties et d'interpréter le sens et la lettre des conventions, il appartient à la Cour de cassation de statuer sur l'application qui peut avoir été faite par les arrêts des cours royales aux conventions ou actes litigieux des dispositions de la loi qui déclarent le caractère de l'acte et qui déterminent les conditions auxquelles on peut reconnaître ce caractère »¹⁰⁰⁷.

Ce contrôle concerne, d'autre part, la qualification juridique des faits, à l'égard de laquelle la Cour de cassation exprime le même interventionnisme. Cela est clairement exprimé dans un arrêt, rendu en 1858, censurant la qualification retenue par une cour impériale dans l'application d'un décret relatif aux poudres de guerre. Sans ambages, elle affirme « qu'une pareille appréciation rentre évidemment dans les attributions de la Cour de cassation, puisqu'il s'agit, non pas de contrôler ou de vérifier l'existence des faits dont la constatation appartient souverainement aux Tribunaux répressifs, mais d'examiner si ces faits ont reçu leur qualification légale »¹⁰⁰⁸. L'un et l'autre contrôles montrent que la Cour s'estime en droit de vérifier, sans se prononcer sur l'existence de fait ou acte, si la catégorie juridique, retenue par les juges du fond, et l'application subséquente d'un régime juridique sont pertinentes en l'espèce. Cette dernière hypothèse illustre une grande porosité entre les éléments de droit et de fait, alors que la Cour de cassation doit s'en tenir à l'examen des éléments de droit. Pourtant, ces contrôles se développent et leur maintien, au XXI^e siècle, montre que la Cour de cassation fait fi de ses carcans légaux¹⁰⁰⁹.

L'attitude de la Cour témoigne, par ailleurs, du grand décalage qui subsiste entre la législation et la pratique judiciaire : la technique de cassation a dépassé le spectre de la contravention expresse de la loi, sous l'effet du volontarisme de la Cour de cassation, qui entend par-là mieux chapeauter l'institution judiciaire. De fait, l'élargissement de ses prérogatives conduit à contrôler les raisonnements déployés par les juridictions du fond et, partant, à conforter son ascendant sur elles. En cela, l'étude des prérogatives de la Cour de cassation témoigne de sa libération à l'égard des juridictions du fond, dont elle parvient à encadrer

¹⁰⁰⁶ Code civil, article 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »

¹⁰⁰⁷ Cour cass., civ., 22 juin 1841, *Barbaud*, *Bull. civ.*, t. XLVI, n°84, p. 252.

¹⁰⁰⁸ Cour cass., crim., 2 janvier 1858, *Gazette des tribunaux*, 4 février 1858, t. XXXIII, n°9625.

¹⁰⁰⁹ V. MARTY, Gabriel, *La distinction du fait et du droit : essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929.

efficacement l'office. Elle témoigne aussi de la libération de la Cour à l'endroit de la loi : en élargissant, de son propre chef, les moyens de cassation, elle confirme une emprise plus diffuse de la loi, dans son interprétation et dans son application.

Aussi, si ces extensions n'atteignent pas au premier chef le principe de la séparation des pouvoirs, achoppent-elles inévitablement sur l'exercice du principe. D'une part, la Cour méconnaît les termes de la loi et la volonté du législateur en allant au-delà de ses prérogatives, d'une manière tout à fait discrétionnaire. D'autre part et surtout, la Cour de cassation se pose en concurrente des pouvoirs constitués, en participant à la création du droit – comme eux – et en sanctionnant son application – contrairement à eux. Son rôle normatif peut apparaître admissible dès lors que la Cour s'en tient à un examen distancié et objectif des espèces, par des seules considérations en droit – une limitation censée prévenir justement l'avènement d'un organe omnipotent. Mais le pouvoir normatif de la Cour devient plus controversé, dès lors qu'elle concourt aussi à la résolution factuelle des litiges et emprunte tant les traits d'un organe légiférant que d'une juridiction du fond. En cela, la Cour se rapproche du rôle d'un troisième degré de juridiction. Ensemble, ces éléments témoignent, sous prétexte d'assurer ordre et unité au sein de l'institution judiciaire, de l'avènement, peut-être irrésistible, d'un *pouvoir de cassation*. Une évolution à rebours de ce que les textes normatifs de la fin du XVIII^e et du XIX^e siècles laissaient présager. Néanmoins, la puissance de la Cour de cassation n'est pas absolue, puisqu'elle doit composer avec un impératif, qui parfois entrave ses ambitions et nuit à son autorité : accompagner des évolutions du droit, dont elle n'est pas souvent l'instigatrice.

B. – Fléchir

Il est une réalité contre laquelle l'exécutif et le législatif ne peuvent cependant lutter : celle de l'impossibilité de pouvoir modifier, en flux constant, les normes. Ils doivent se résoudre à voir les juges accueillir des innovations juridiques qui permettent d'adapter les règles de droit pour en maintenir l'actualité, l'adéquation avec la société et, *in fine*, l'équité. À cet égard, la jurisprudence, source vivante, est un instrument idoine pour accompagner ces changements. Dans cette mission, la Cour de cassation assure un rôle aussi tant primordial que périlleux : elle est celle qui doit adouber et pérenniser les évolutions du droit, quand bien même elle n'en est pas à l'initiative. Par-là, la Cour est souvent contrainte à renier ses positions doctrinales : puisqu'il apparaît que les besoins d'évolutions du droit se font d'abord sentir par le bas, par les juridictions en prise avec les faits – au premier chef desquelles les juridictions du premier degré, souvent les plus promptes à manifester leur indépendance et divergences jurisprudentielles. Ce

fonctionnement condamne la Cour de cassation à ne reconnaître qu'après coup les innovations, après avoir lutté pour maintenir une doctrine antérieure, avant de céder sous les poussées jurisprudentielles des juges du fait. Ce fonctionnement diminue l'autorité de la Cour de cassation, elle dont il est attendu la plus grande constance parce qu'elle doit être le phare des juges et justiciables ; elle dont il est attendu la plus grande fixité qui doit donner à l'ensemble de la jurisprudence un caractère intangible, par imitation avec les autres sources de droit.

Aussi, en sanctionnant des évolutions juridiques, la Cour fléchit-elle souvent, en opérant un double reniement : consacrer des solutions dont elle n'est pas à l'initiative ; et revenir sur ses positions antérieures, au détriment de la stabilité de sa jurisprudence. À rebours de cet objectif, la Cour est d'ailleurs régulièrement dénoncée par la doctrine, pour ses revirements :

« les variations de la Cour de cassation sont si fréquentes [...] qu'il est bien difficile d'arriver, par son concours, à l'unité en jurisprudence »¹⁰¹⁰.

De même, les juges du fond ne manquent pas de relever, de manière incidente, ce fait dans leurs arrêts : à l'image de la Cour de Colmar, qui évoque « l'opinion, pendant quelques temps, incertaine de la Cour régulatrice »¹⁰¹¹.

La question de l'adoption de l'enfant naturel reconnu en offre encore un bon exemple. La controverse éclot dès 1804 et semble se stabiliser au seuil des années 1840, prend une nouvelle ampleur alors que la Cour de cassation change, par trois fois, sa jurisprudence en six années, entre 1840 et 1846¹⁰¹², pour adopter finalement la position des juridictions du fond. Cet exemple, loin d'être isolé, atteint le crédit de la Cour de cassation et ravive la résistance des juges du fond ; jusqu'à critiquer et utiliser cette variabilité comme une cause exonératrice. L'argument est invoqué par les juges de Rennes, dans une espèce relative à l'application d'un règlement. La cour royale rappelle, en préambule, que « les règlements relatifs à l'adjudication et l'enlèvement de matières fécales étaient fondés sur une jurisprudence constante de la Cour de cassation qui légitimait ces sortes de règlements comme attribution de la police municipale », « sur la foi et l'autorité » de laquelle les intéressés ont contractés.

Or, une nouvelle jurisprudence de la Cour, « dominée par des circonstances nouvelles », a vu le jour qui, sous la plume de la Cour de Rennes, devient « un cas de force majeure également imprévu par tous deux [cocontractants], également contraire à la volonté de chacun, et auquel l'un comme l'autre est également forcé de se soumettre, puisque ni l'un ni l'autre n'a

¹⁰¹⁰ TROPLONG, Raymond-Théodore, *De la prescription...*, *op. cit.*, t. I, p. 516.

¹⁰¹¹ CI Colmar, 28 mai 1861, *Spitz c/ Metz*, S. 1862. II. 389.

¹⁰¹² La Cour de cassation autorise l'adoption de l'enfant naturel reconnu en 1841 (Cour cass., civ., 28 avril 1841, *Héritiers Boirot c/ Boirot*, S. 1841. I. 273), avant de se rétracter en 1843 (Cour cass., civ., 16 mars 1843, *Thoreau c/ Thoreau*, S. 1843. I. 177), puis de l'admettre par deux arrêts du 1^{er} avril 1846 (Cour cass., civ., 1^{er} avril 1846, *Héliaud et al.*, *Bull. civ.*, t. XLVIII, n°39, p. 91 ; Cour cass., civ., 1^{er} avril 1846, *Tourret c/ Casnave*, *Bull. civ.*, t. XLVIII, n°39, p. 95).

le droit ni le pouvoir de s'y soustraire »¹⁰¹³. Si cette solution donne ses lettres de noblesse à la jurisprudence, en lui reconnaissant une autorité proche de celle de la règle écrite, elle relève aussi ses handicaps : celle d'une grande volatilité, qui interroge certes la capacité de la Cour de cassation à être une cour réellement régulatrice mais qui risque surtout de disqualifier la jurisprudence comme source de droit crédible.

En 1862, les fléchissements de la Cour de cassation conduisent l'avocat à la Cour Hippolyte-Ferréol Rivière à y trouver un argument surabondant pour conforter les juridictions du second degré dans leur désir de s'émanciper des décisions de la Cour de cassation. Ces constats sont dressés dans une publication dont le titre donne assez à comprendre son projet : *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile*. Si l'avocat à la Cour reconnaît des circonstances atténuantes à ces variations de jurisprudence¹⁰¹⁴, il invite néanmoins les tribunaux du premier degré à délaisser la jurisprudence de la Cour de cassation au profit de celle des cours impériales, « si elle leur paraît plus juridique, et si l'opinion qu'elle consacre s'accorde avec le sentiment qui leur est inspiré par la sagesse et la maturité de leurs convictions ». L'avocat puise alors dans l'histoire récente pour affermir son propos : « nous hésitons d'autant moins à formuler cette proposition, que la Cour de cassation, malgré sa suprême autorité, n'a jamais hésité à revenir sur ses précédentes décisions, lorsque la persistance des cours d'appel à statuer dans un sens opposé, l'avertissait que ses arrêts ne consacraient point les doctrines les plus exactes »¹⁰¹⁵. Une présentation confortée par l'énumération des revirements initiés par la Cour : tout en rappelant que les variations sont moins nombreuses qu'il n'y apparaît, l'auteur dresse une liste telle que peu de matières semblent épargnées par ces oscillations, qui touchent autant le droit de la famille que le droit de propriété ou encore les actes de procédure¹⁰¹⁶. Aussi, ces mouvements appellent-ils deux constats.

D'une part, le premier constat est celui de la grande influence des juridictions du fond, qui n'en ont donc pas totalement été privée par l'effet de la loi de 1837. Elles demeurent actrices

¹⁰¹³ CR Rennes, 4 mars 1840, *Raynal c/ La ville de Lorient*, S. 1841. II .50.

¹⁰¹⁴ L'avocat propose plusieurs explications aux variations de jurisprudence : le changement de majorité au sein d'une chambre ; l'habileté de la défense ; l'autorité et le prestige de certains magistrats influençant leurs pairs ; le perfectionnement de la doctrine et de la jurisprudence ; la faiblesse et les erreurs humaines ; etc. (RIVIERE, Hippolyte-Ferréol, *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile et dans l'ordre du Code Napoléon*, Paris, Cosse & Maréchal, 1862, p. 77-79).

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹⁰¹⁶ Pêle-mêle, l'auteur évoque ainsi les questions de non-rétroactivité des lois ; d'abrogation tacite des lois et d'abrogation par un usage contraire ; de mariage contracté en pays étranger par un Français ; de l'obligation contractée par la femme mariée ; du sort des donations en cas de séparation de corps ; du désaveu de paternité ; de la reconnaissance d'un enfant naturel ainsi que celle de l'enfant adultérin ou incestueux ; de l'adoption de l'enfant naturel reconnu ; du droit de réserve des parents naturels ; des obligations réciproques du nu-propriétaire et de l'usufruitier dans la réparation et l'entretien de la chose ; des communautés religieuses non autorisées ; des sommes payées en exécution de traités secrets, lors de la cession d'office ; ou, encore, de l'influence des jugements rendus au criminel sur les intérêts civils ; etc. (*ibid.*, p. 85 et suiv.).

et initiatrices des enrichissements du droit, en proposant, parfois longtemps avant d'être adoubees par la Cour de cassation, des solutions jurisprudentielles nouvelles, ce dont témoigne le traitement des questions relatives à la séparation de corps¹⁰¹⁷. Facteurs de progrès, les juridictions du fond ne doivent ni ne peuvent être parfaitement muselées. Dans cette résistance, les juges du fond sont encouragés par les périodiques juridiques qui attisent les controverses, en relayant les positions d'auteurs opposés à la doctrine de la Cour de cassation, issus tant de l'université, tel le Professeur Gabriel Demante¹⁰¹⁸, que des rangs de la magistrature, tels Paul Pont, président du Tribunal de Corbeil¹⁰¹⁹, ou Émile Moreau, conseiller à la Cour de Paris¹⁰²⁰. Cette situation conduit certains à regretter, au sein même de l'ordre judiciaire, un « Babel judiciaire »¹⁰²¹, un « chaos »¹⁰²², ou encore une « anarchie judiciaire »¹⁰²³, marqués par l'incapacité de la Cour de cassation à imprimer pleinement son autorité.

¹⁰¹⁷ V. *infra*, §2. – Adapter la séparation de corps.

¹⁰¹⁸ À l'occasion d'un article consacré à la revue de la jurisprudence de la Cour de cassation quant à la question de l'avancement d'hoirie, Gabriel Demante tient les propos suivants : « tous ceux qui déplorent l'hérésie de la Cour suprême doivent conserver peu d'espoir dans leur appel au futur concile des chambres réunies » (DEMANTE, Gabriel, « Avancement d'hoirie. Calcul de la quotité disponible », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle*, 1852, t. II, p. 156).

¹⁰¹⁹ Le président du Tribunal de Corbeil, Paul Pont, salue la résistance des juges du fond dans un article paru en 1854 : « Cette résistance si marquée à la doctrine de la Cour suprême ne s'en tiendra pas là, nous le croyons fermement. La question que cette doctrine a ravivée est trop pratique, les intérêts qu'elle froisse sont trop nombreux et trop variés, pour que le second arrêt de la Cour souveraine ait pu tout trancher. Aussi voit-on que, même après l'arrêt du 11 avril 1854, les décisions contraires continuent de se produire. La lutte subsiste donc dans toute son énergie, et, tant qu'elle subsistera, les arrêts de la Cour de cassation rencontreront inévitablement des résistances nouvelles. Il ne faut pas s'en plaindre. Le jour n'est pas éloigné, peut-être, où ce cas particulier de la renonciation sera conduit, par la force des choses, devant les chambres réunies de la Cour suprême. Ce jour-là, sans doute, la Cour croira devoir s'expliquer par des considérations qui soient propres à ce cas ; et alors, nous le croyons, ramené, par l'examen, à ces idées si justes qu'elle émettait en 1837 et en 1838, la Cour suprême condamnera définitivement ce privilège qu'elle a créé, en 1853 et 1854, contre la justice et contre le droit » (PONT, Paul, « Questions notables sur les divers régimes d'association conjugale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1854, t. IV, p. 535-536).

¹⁰²⁰ Le conseiller à la Cour de Paris regrette que les chambres réunies ne puissent, plus tôt, intervenir pour faire cesser « l'antagonisme des arrêts » dont souffrent les justiciables et éviter qu'une chambre isolée de la Cour de cassation « persiste [dans sa jurisprudence], malgré les dissidences du dehors ». Le magistrat ajoute, à la lumière d'une solution rendue par les chambres réunies, en matière d'hypothèque, favorable aux positions des juridictions inférieures : « En présence de ce rapprochement des différentes dates qui ont marqué les vicissitudes de la jurisprudence sur les principales controverses du droit civil à notre époque, comment ne pas reconnaître la cause de l'antagonisme prolongé des décisions qui ont précédé l'arrêt solennel dont chacune des questions agitées a été l'objet ? Jusqu'à cet arrêt le dernier mot de la jurisprudence était encore à dire, étant qu'il n'était pas dit, l'opinion dissidente attendait la solution définitive pour s'imposer ou se soumettre, selon cette solution. Cette persévérance dans la résistance n'est point à blâmer, car, fondée sur les plus fermes convictions, elle a très souvent abouti au triomphe de l'opinion résistante, et l'on a vu, la plupart du temps, les chambres réunies se prononcer contre la doctrine de la chambre civile » (MOREAU, Émile, « Des conflits de jurisprudence », *Gazette des tribunaux*, 4 février 1864, t. XXXIX, n°11482).

¹⁰²¹ L'expression est de Lafontaine, conseiller à la Cour impériale d'Orléans (LAFONTAINE, « D'une tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale », *loc. cit.*, p. 165).

¹⁰²² Le terme est employé par Adolphe Ancelot, avocat général près la Cour de Riom, qui ajoute alors : « mais au-dessus de ce chaos flotte aussi l'esprit de vie. [...] Cet esprit, c'est la doctrine, c'est la science, ce sont les principes » (ANCELOT, Adolphe, « Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. VII, 1855, p. 195).

¹⁰²³ L'expression est de Joseph-Pierre Chassan, alors avocat général près la Cour de Colmar (CHASSAN, Joseph-Pierre, « L'organisation judiciaire », *Gazette des tribunaux*, 13 mai 1848, t. XXIII, n°6510).

La situation semble toutefois se résorber à l'orée des années 1880 : l'arrêteste Joseph-Émile Labbé relève, à cet égard, un apaisement grâce à « l'action bienfaisante de la Cour régulatrice » dont la jurisprudence gagne progressivement en « sécurité »¹⁰²⁴. Il apparaît également qu'en cette fin de siècle, si les contradictions au sein de l'ordre judiciaire demeurent, les controverses durent cependant moins longtemps, parce qu'elles portent davantage sur la précision de principes déjà dégagés que sur l'établissement même de ces principes. Il faut néanmoins attendre près de cinq décennies après la promulgation de la loi de 1837 pour parvenir à une plus rapide sujétion des juges du fond – davantage qu'à l'établissement de l'autorité incontestée de la Cour de cassation. D'ailleurs, il apparaît que l'action, contrariante mais nécessaire, des juges du fond perdure encore aujourd'hui : ce constat naît de l'aveu même d'un président de chambre de la Cour de cassation, Olivier de Bouillane de Lacoste. Le magistrat conclut ainsi son intervention dans un ouvrage consacré à *L'image doctrinale de la Cour de cassation* :

« Devant tant de progrès ainsi réalisés, qui dira encore que la résistance des juges du fond est, globalement, à condamner ? Il est vrai que beaucoup d'autres arrêts procédant d'une telle résistance ont été cassés.... Aussi – et je terminerai par-là – si le juge de cassation que je suis pouvait se permettre un conseil à ses collègues des juridictions du fond, ce serait : "*Résistez... mais pas trop quand même !*" »¹⁰²⁵.

Une résistance nécessaire mais modérée, voilà ce qu'est attendu des juridictions du fond.

D'autre part, le second constat est celui de la banalisation autant de la jurisprudence que de la Cour de cassation elle-même, confirmant l'impression qu'elle est pleinement entrée dans la société et dans l'ordre juridictionnel. Cette idée est confirmée par les propos d'Adolphe-Pierre Tarbé des Sablons, qui se fait champion de la Cour, prêt à défendre ses reniements. S'il reconnaît que les variations de jurisprudence de la Cour sont « fâcheuses », il rappelle que la Cour n'est que le reflet de « l'imperfection de l'homme et l'incertitude des jugements humains » et que sa jurisprudence, « comme toutes les institutions de l'homme, est soumise aux atteintes du temps »¹⁰²⁶. Ainsi considérée, la Cour ne semble qu'obéir aux lois sociales, confortant l'idée qu'elle n'est pas devenue un organe autocratique, comme pouvaient le craindre les constituants – mais au contraire, sujette aux critiques et aux revirements. Tant

¹⁰²⁴ LABBE, Joseph-Émile, « Examen doctrinal », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, t. XII, p. 449.

¹⁰²⁵ BOUILLANE DE LACOSTE, Olivier (de), « La résistance des juges du fond », dans COUR DE CASSATION, *L'image doctrinale de la Cour de cassation. Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 190.

¹⁰²⁶ TARBE DES SABLONS, Adolphe-Pierre, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 103.

s'en faut, la Cour ne fait pas la preuve d'un pouvoir omnipotent : elle doit composer, sans cesse, avec l'ouvrage des infatigables juridictions du fond, qui voient dans ces résistances une manière d'assurer, souvent de manière conflictuelle, le perfectionnement continu du droit.

Néanmoins, pour pallier ces flots contrariants, la Cour de cassation dispose d'un atout depuis la loi de 1837 : la solennité des arrêts rendus en chambres réunies, qui assure à cette dernière formation l'autorité nécessaire pour s'imposer comme un outil de tempérance des institutions judiciaires.

C. – Tempérer

Jusqu'à la loi du 1^{er} avril 1837, la Cour de cassation n'est pas munie des armes fonctionnelles, lui permettant de résoudre les conflits d'interprétation de lois. C'est chose faite par l'effet de ce texte qui confère aux chambres réunies, en remplacement du référé législatif, la mission de régler définitivement sur un point de droit, un conflit d'interprétation entre juge de cassation et juridictions du fond, après deux cassations dans une même espèce¹⁰²⁷. La formule n'est pas nouvelle : la formation des chambres réunies est créée par la loi de 1790 instituant le Tribunal de cassation. Néanmoins, cette loi n'en précisait pas clairement les prérogatives, pas plus qu'elle ne lui conférait les moyens de coercition pour imposer en dernier recours sa décision¹⁰²⁸. La loi de 1837 introduit alors un changement substantiel, en permettant l'avènement d'une formation investie tant pour unifier la jurisprudence que pour régenter l'ordre judiciaire. Ce fonctionnement, confirmé par la loi du 23 juillet 1947 modifiant

¹⁰²⁷ Loi du 1^{er} avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois, article 1^{er} : « Lorsque, après la cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la Cour de cassation prononcera, toutes les chambres réunies. »

¹⁰²⁸ La loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, instituant le Tribunal de cassation ne mentionne qu'à deux reprises les chambres réunies. D'une part, l'article 11 dispose que : « Les sections du Tribunal de cassation soit qu'elles jugent séparément, soit qu'elles se réunissent, suivant les cas spécifiés, tiendront toujours leurs séances publiquement ». D'autre part, l'article 27 dispose que : « Chacune des sections se nommera un président tous les six mois ; celui qui l'aura été pourra être réélu. Lorsque les sections seront réunies, elles seront présidées par le plus ancien d'âge des deux présidents ; les autres membres du Tribunal se placeront sans distinction et sans aucune préséance entre les deux ».

l'organisation et la procédure de la Cour de cassation¹⁰²⁹, perdure jusqu'à la loi du 3 juillet 1967 qui remplace la formation des chambres réunies par une assemblée plénière¹⁰³⁰. Cette modification consiste essentiellement en une évolution procédurale : la nouvelle formation doit simplement résoudre un problème récurrent de lenteur procédurale, liée au quorum exigé pour la délibération en chambres réunies¹⁰³¹. Aussi, en dépit d'une substitution de nom, l'esprit reste-t-il le même : depuis la loi de 1837, les chambres réunies sont le phare de l'autorité judiciaire, guidant aussi bien les juges du fond que les autres chambres de la Cour de cassation.

Une analyse statistique permet d'explicitier le rôle modérateur de cette formation et de livrer plusieurs enseignements quant à son activité contentieuse. Entre 1837 et 1899, les chambres réunies ont rendu 292 décisions, dont 171 sur arrêts déférés par la chambre criminelle et 121, par la chambre civile¹⁰³². De ces premiers chiffres, un constat s'impose : 292 apparaît comme un nombre bien faible, comparé aux milliers de pourvois examinés, chaque année, par l'ensemble de la Cour de cassation. Les chambres réunies rendent ainsi, en moyenne, un peu plus de quatre décisions par an ; une rareté, qui n'en accroît que plus encore la solennité des décisions prises et l'autorité de cette formation. Sur la même période, les chambres réunies ont rendu, affaires civiles et criminelles confondues, 220 arrêts de cassation – soit un taux de 75% de cassation.

De ce point de vue, les chambres réunies ne semblent pas porter préjudice à l'autorité des chambres jugeant seules, ni, de fait, à la cohérence jurisprudentielle de la Cour de cassation : puisqu'elles cassent largement les jurisprudences adoptées par les cours du second degré. Bien

¹⁰²⁹ Loi du 23 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation, article 5 : « Les chambres siègent isolément ou se réunissent en audience solennelle, en audience des chambres réunies ou en assemblée générale, selon les règles de compétence fixées par la loi. » ; article 58 : « Lorsqu'après la cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant en la même qualité est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la chambre compétente saisit les chambres réunies par un arrêt de renvoi. » ; article 60 : « Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la juridiction à laquelle l'affaire est renvoyée doit se conformer à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour. »

¹⁰³⁰ Loi du 3 juillet 1867 relative à la Cour de cassation, article 15 : « Lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant en la même qualité est attaqué par les mêmes moyens, le premier président saisit l'assemblée plénière par ordonnance de renvoi. – Un conseiller siégeant à l'assemblée plénière et n'appartenant pas à la chambre qui a statué sur le premier pourvoi, est chargé par le premier président du rapport devant elle. – L'assemblée plénière siège dans les formes exigées pour les audiences solennelles. – L'assemblée plénière doit se prononcer sur le pourvoi, même si les conditions de sa saisine n'étaient pas réunies. »

¹⁰³¹ En formation d'assemblée plénière, le quorum requis est abaissé de trente-cinq (loi du 23 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation, article 7, alinéa 3) à vingt-cinq magistrats (loi du 3 juillet 1867 relative à la Cour de cassation, article 7).

¹⁰³² Ces valeurs nous sont fournies par la Cour de cassation elle-même. Chaque année, à l'issue des discours de rentrée, un état des arrêts rendus par ses différentes formations est présenté. En fin d'année judiciaire 1899-1900, est rendu un compte « statistique des travaux de la Cour de cassation » et, pour ce qui nous intéresse, des arrêts rendus par les chambres réunies entre 1837 et 1899 (COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. VI, 1896-1900, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation. Audience du 16 octobre 1900 », p. 188-195). Ces chiffres ne prennent en compte ni les « affaires disciplinaires », ni les « affaires diverses », comptabilisées, par la Cour elle-même, en marge des arrêts de rejet et de cassation rendus par les chambres civile et criminelle.

plus, les chambres réunies apparaissent comme un agent de cohérence, en assurant l'autorité des formations de la Cour de cassation face à des juridictions du fond réfractaires. Cette circonstance accroît encore l'impérativité des décisions rendues par les chambres réunies, qui acquièrent alors une valeur dépassant les prévisions de la loi. À cet égard, les décisions rendues par les chambres réunies connaissent la même prospérité que le reste des arrêts rendus par la Cour de cassation au fil du XIX^e siècle : si, par principe, l'autorité des arrêts de la Cour se cantonne à l'affaire entendue, sans aucune force obligatoire pour l'avenir, en pratique, le caractère obligatoire de ses arrêts dépasse vite le cadre d'une espèce pour obtenir une valeur de précédent jurisprudentiel. Or, cette caractéristique est d'autant plus flagrante à l'égard des arrêts rendus par les chambres réunies que la solennité et le protocole, entourant la prise de décision, en renforcent l'autorité – à savoir des arrêts, rendus par un quorum mêlant conseillers civilistes et pénalistes et intervenant après deux cassations pour fixer l'interprétation d'un droit.

Dès lors, les chambres réunies apparaissent vite comme une formation vouée à harmoniser les questions de droit, renforçant la gravité de leur mission. En cela, elles sont la preuve la plus éclatante de l'autonomisation de la Cour de cassation, parvenue à s'imposer comme vecteur d'innovations juridiques : elle qui ne devait être pas source de jurisprudence, dispose d'une formation dédiée à l'homogénéisation des comportements jurisprudentiels. Certes, les décisions prises par les chambres réunies ne sont toujours ni vouées à l'éternité – elles sont sujettes à des retouches, exigées par les changements économiques et sociaux, comme toute jurisprudence – ni à être immédiatement et pleinement exécutées – un second arrêt des chambres réunies ou d'une chambre jugeant seule est parfois nécessaire pour enraciner une solution jurisprudentielle¹⁰³³. Mais ces constats n'entravent en rien la marche de la Cour de cassation, dont l'avènement est enfin reconnu par cette mission dévolue aux chambres réunies par la loi de 1837.

Pourtant, de prime abord, la loi de 1837 ne garantit pas pleinement l'autorité de cette formation : puisque si la loi oblige la juridiction de renvoi au respect de la position adoptée par les chambres réunies, elle n'y assortit aucune sanction¹⁰³⁴. La juridiction de renvoi, tout comme d'autres juridictions, saisies de la même question dans d'autres matières, pourraient juger différemment des chambres réunies, sans encourir de blâme. Aussi, l'autorité de la formation en chambres réunies tient-elle moins de la loi que de son comportement. Or, dès 1837, la Cour de cassation s'est faite fort de veiller à ce que les juridictions du fond respectent les décisions

¹⁰³³ V. NGUYEN THANH NHA, Jacqueline, *Les chambres réunies de la Cour de cassation, essai d'un bilan de 130 ans de jurisprudence civile*, [th. droit, Paris], 1968, p. 256 et suiv.

¹⁰³⁴ La loi du 1^{er} avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois, prévoit seulement, en son article 2, que : « Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la Cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée, se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour. »

prises en chambres réunies, voire n'en contestent pas explicitement le bien-fondé. C'est le sort qu'a connu un arrêt de la Cour royale de Nancy qui a osé, en matière de mendicité, exprimer sa réprobation quant à la solution adoptée par la Cour de cassation. Dans cette matière, la Cour juge, de manière constante, confirmée par l'entremise de ses chambres réunies, que la peine complémentaire de surveillance doit être prononcée contre les individus prévenus de mendicité, que l'infraction soit reconnue comme un fait de mendicité simple ou avec circonstances aggravantes¹⁰³⁵.

Cette jurisprudence ne correspond toutefois pas au vœu de la Cour de Nancy, désignée pour trancher un litige sur renvoi des chambres réunies. Saisie comme troisième juridiction, elle doit se conformer à l'arrêt des chambres réunies et rendre une solution sous la contrainte qu'elle ne manque pas de rappeler en préambule :

« le jugement du Tribunal de Vouziers étant déféré à la cour par second renvoi après cassation, ne peut pas être réformé par elle, comme il l'aurait été sans cela ».

Si l'opposition intellectuelle de la cour au dispositif prononcé n'était pas assez claire, elle ajoute, quant à l'application de la peine de surveillance au fait de mendicité, que :

« la décision contenue dans l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1838 doit recevoir exécution forcée, en vertu de la loi du 1^{er} avril 1837 ».

La Cour royale ne peut manifester plus poliment son hostilité, ce qui est néanmoins insuffisant : le ministère public ne manque pas de souligner l'affront et de former un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Le procureur général André Dupin, qui ne renonce pas à relever l'offense près d'une décennie plus tard, rend des conclusions favorables à la cassation, relevant deux motifs ouvrant la voie à une censure : la violation formelle de la loi et l'excès de pouvoir. Le pourvoi est accueilli et l'arrêt, cassé. En censurant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation dénonce la déclaration de la cour royale selon laquelle « elle aurait réformé le jugement de Vouziers si l'arrêt de la Cour de cassation n'avait pas existé, et que ledit arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1838 doit recevoir une exécution forcée ». La Cour n'y voit alors « autre chose qu'une protestation », qu'elle condamne en termes francs :

« aucune loi n'autorise une cour de renvoi à protester contre l'arrêt qui lui attribue juridiction, et à la décision duquel elle est tenu de se conformer ; [...] par cette protestation, la Cour de Nancy a commis un excès de pouvoir et violé les règles constitutives de sa juridiction ; [...] l'obligation de *se conformer* à cette décision sur le point de droit, est incompatible avec la déclaration qu'on ne partage pas l'opinion consacrée par cette décision ; [...] dès lors la cour de

¹⁰³⁵ V. *supra*, B. – Une impuissance fonctionnelle.

Nancy, par la déclaration qu'elle était d'un avis contraire à celui de la Cour de cassation, a violé l'article 2 de la loi du 1^{er} avril 1837 »¹⁰³⁶.

En accueillant ces deux motifs, la Cour de cassation parvient, en dépit du silence de la loi de 1837, à créer les conditions d'une sanction des juges du fond ne respectant pas, dans le fond du droit comme dans le prononcé de leurs décisions, les arrêts rendus en chambres réunies. En cela, la Cour suit les préconisations d'Adolphe-Pierre Tardé des Sablons qui avait identifié, dès 1840, ces deux fondements – la violation formelle de la loi et l'excès de pouvoir. Pour le juriste, le recours aux principes généraux du droit s'impose pour pallier les lacunes de la loi de 1837, qui laisserait, autrement, le juge de cassation démuni et autoriserait les juridictions du fond à persister dans leurs oppositions¹⁰³⁷.

Il apparaît cependant que la perspective de cette sanction n'est pas la seule cause de la reddition des juges du fond ; il semble exister au-delà de cette « cause *légale* » – que peuvent être les prévisions de la loi ou du droit –, un autre fondement à leur soumission si nette. Il subsisterait également une « cause *morale* »¹⁰³⁸ : les juges du fond s'estimeraient *moralement* tenus par les arrêts des chambres réunies, qu'ils reproduisent dans des espèces similaires. Cette double cause joue par ailleurs à l'endroit de tous les arrêts rendus par la Cour de cassation : les juges du fond – qu'il s'agisse de la juridiction de renvoi dans la même affaire ou de juridictions du fond dans d'autres affaires – tendent, au fil du siècle, à mieux – et plus vite – prendre en considération les décisions prises par la Cour de cassation. Cette acceptation progressive de la primauté de l'organe de cassation relève pour beaucoup d'un aspect moral, de nature ambivalente : si l'aura de la Cour tient pour une part importante dans cette soumission, celle-ci ressort également de la volonté des juridictions du fond de ne pas s'opposer à une Cour de cassation, capable de casser leurs arrêts ; rendant toute résistance, inutile, et tout désaveu public, désagréable.

La reddition des juges du fond conforte les chambres réunies, dans un double rôle exorbitant. D'une part, parce que leurs arrêts ne peuvent souffrir d'aucune voie de recours et s'imposent aux juridictions de renvoi, les chambres réunies s'affirment comme une autorité quasi légale, dont les attendus sont érigés en règles normatives. D'autre part, elles deviennent l'arbitre des conflits jurisprudentiels entre les autres formations de la Cour de cassation et les juridictions du fond. Une mission qu'elles exercent dès l'entrée en vigueur de la loi de 1837, pour régler les conflits non définitivement résorbés sous l'empire de la loi de 1828. L'activisme des chambres réunies, dans les premières années de la loi de 1837, en fournit un exemple

¹⁰³⁶ Cour cass., crim., 7 juillet 1847, *Bull. crim.*, t. LII, n°150, p. 267.

¹⁰³⁷ TARBE DES SABLONS, Adolphe-Pierre, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 88 et suiv.

¹⁰³⁸ Cette double cause à l'obéissance des juges du fond est ainsi exprimée par Marcel Mornet (MORNET, Marcel, *Du rôle et des droits de la jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 9-11).

saisissant. Lors de la décennie 1837-1847, les chambres réunies rendent 142 décisions – dont dix-neuf et vingt, respectivement, pour les seules années 1839 et 1842 –, soit une moyenne de douze décisions rendues par an, en matières civile et criminelle¹⁰³⁹. Ces chiffres sont sans commune mesure avec l'activité des chambres réunies jusqu'en 1899 : elles rendent en dix ans presque autant de décisions que pour le reste du siècle.

À l'issue de cette décennie faste, la moyenne des affaires traitées s'établit alors à près de trois décisions rendues par an¹⁰⁴⁰. Cette inflation des années 1837-1847, suivie d'une longue stagnation, s'explique par l'échec des voies interprétatives prévues par la loi de 1828, qui laisse irrésolus bon nombre de contentieux à l'égard desquels Cour de cassation et juridictions du fond s'affrontaient. Ce constat est particulièrement vrai quant au contentieux criminel, qui représente 94 des 142 affaires jugées par les chambres réunies – soit deux tiers de son activité. À l'issue de cette décennie exceptionnelle, la chambre criminelle défère, quantitativement, moins d'arrêts de juridictions du second degré devant les chambres réunies¹⁰⁴¹. Cette institution a ainsi vocation à pérenniser des solutions jurisprudentielles dans des matières où l'incertitude et l'insécurité juridiques étaient grandes.

Mais ce rôle des chambres réunies n'est pas sans risque pour l'organe de cassation : en soldant les contentieux, cette formation est placée en situation d'arbitres des jurisprudences développées tant par les chambres jugeant seules de la Cour de cassation que les juridictions du fond. Une alternative s'ouvre alors. Soit les chambres réunies peuvent aider à fixer définitivement la jurisprudence consacrée par une chambre de la Cour de cassation, qui subit les assauts répétés des juridictions du fond. Soit, à l'inverse, elles peuvent retenir une solution distincte de celle que prônent les chambres civile ou criminelle. Bien que la première hypothèse soit la plus fréquente, certains contentieux illustrent cependant le reniement de la jurisprudence adoptée par une chambre jugeant seule, au risque de la discréditer et, partant, de diminuer l'autorité de la Cour dans son ensemble. Il en est ainsi du contentieux relatif au sort de l'avancement d'hoirie¹⁰⁴². Dans cette hypothèse, les chambres réunies retiennent la solution

¹⁰³⁹ Sans retenir les mêmes chiffres, Jacqueline Nguyen Thanh Nha obtient les mêmes pourcentages et dresse les mêmes constats (NGUYEN THANH NHA, Jacqueline, *Les chambres réunies de la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 63).

¹⁰⁴⁰ Entre 1848 et 1899, 150 arrêts sont rendus par les chambres réunies. L'équilibre entre arrêts de rejet et de cassation reste cependant stable, puisque le taux de cassation est de 78% (soit 117 arrêts de cassation, pour 33 arrêts de rejet).

¹⁰⁴¹ Cette inversion des rapports est particulièrement vraie à partir de 1860, décennie à compter de laquelle les arrêts rendus sur décisions déferées par la chambre civile deviennent majoritaires. Entre 1860 et 1899, les chambres réunies rendent 49 arrêts relatifs au contentieux civil et seulement 29 relatifs au contentieux criminel.

¹⁰⁴² V. MOREAU, Émile, « Des conflits de jurisprudence », *Gazette des tribunaux*, 4 février 1864, t. XXXIX, n°11482 ; RIVIERE, Hippolyte-Ferréol, *Revue doctrinale des variations...*, *op. cit.*, p. 346 et suiv. ; TROPONG, Raymond-Théodore, *Des donations entre-vifs et des testaments, ou Commentaire du titre II du livre III du Code Napoléon*, 3^e éd., Paris, H. Plon, 1872, t. II, p. 174 et suiv.

jurisprudentielle émanant du bas de la hiérarchie judiciaire, actant de manière éclatante le désaveu de la chambre civile.

Longtemps, la Cour de cassation, en sa chambre civile, d'accord avec les juridictions du fond, considère que l'enfant, bénéficiant d'un don en avancement d'hoirie et renonçant à la succession pour s'en tenir au don, ne pouvait retenir celui-ci que jusqu'à concurrence de la quotité disponible – à l'exclusion de sa part dans la réserve héréditaire à laquelle il a renoncé. Cette solution adoptée dès 1818 par la chambre civile¹⁰⁴³ est cependant reniée par la même chambre en 1834¹⁰⁴⁴, qui confirme en 1843¹⁰⁴⁵ sa nouvelle *doxa* : dans une réinterprétation de l'article 845 du Code civil¹⁰⁴⁶, la chambre estime que l'enfant donataire en avancement d'hoirie, qui renonce à la succession, peut retenir le don à concurrence, d'abord, de sa part dans la réserve et, subsidiairement, de la quotité disponible. Or, cette solution n'emporte ni l'assentiment de la doctrine, ni l'adhésion des juridictions du fond qui ne cessent, trois décennies durant, d'en contester le fondement. Aussi, appelées à se prononcer en 1863¹⁰⁴⁷, les chambres réunies se rangent-elle à l'opinion majoritaire et désavouent la position adoptée par la chambre civile.

La chambre criminelle n'est pas non plus épargnée par de tels revirements, dont témoigne le traitement jurisprudentiel de l'incrimination d'excitation habituelle à la débauche¹⁰⁴⁸. Elle rencontre l'opposition des juridictions du fond, alors qu'elle initie, à compter de 1834, un mouvement tendant à étendre les prévisions de cette infraction, pour pallier les carences de la loi en matière d'agressions sexuelles sur mineurs. Mais les juridictions du fond font obstacle à une telle interprétation, jusqu'à obtenir un renvoi devant les chambres réunies qui choisissent une voie moyenne, refusant de les affronter sans pour autant désavouer la chambre criminelle : un arrêt, rendu en 1838¹⁰⁴⁹, retient une acception large de l'infraction – conformément à l'interprétation de la chambre criminelle –, à la condition toutefois de satisfaire aux critères de l'habitude et de la pluralité de victimes – pour répondre aux sollicitations des juridictions du fond, davantage soucieuses de la lettre du texte¹⁰⁵⁰. Par-là, « il est probable que la Cour de cassation, au-delà des considérations intrinsèques à la matière pénale, a cherché à

¹⁰⁴³ Cour cass., civ., 18 février 1818, *Laroque de Mons c/ Laroque de Mons*, S. *refondu* 1. V. I. 422.

¹⁰⁴⁴ Cour cass., civ., 24 mars 1834, *Castille c/ Duroure*, D. 1834. I. 157.

¹⁰⁴⁵ Cour cass., civ., 17 mai 1843, *Leproust-Navereau*, Bull. civ., t. XLV, n°45, p. 157.

¹⁰⁴⁶ Code civil, article 845 : « L'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre-vifs, ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la portion disponible. »

¹⁰⁴⁷ Cour cass., réunies, 27 novembre 1863, *Lavialle*, Bull. civ., t. LXV, n°167, p. 254.

¹⁰⁴⁸ Code pénal, article 334 : « Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement à la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs. – Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux ans à cinq ans d'emprisonnement, et de trois cents francs à mille francs d'amende. »

¹⁰⁴⁹ Cour cass., réunies, 26 juin 1838, *Fayet*, Bull. crim., t. XLIII, n°179 p. 272.

¹⁰⁵⁰ V. BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, op. cit., p. 167-171.

donner des gages de sa souplesse et de son peu d'ambition »¹⁰⁵¹, au risque toutefois de porter atteinte à l'autorité de la chambre criminelle. Ce reniement interroge. À l'égard de la chambre criminelle, Claire Bouglé avance plusieurs raisons à ce désaveux exprimé par les chambres réunies, dont l'une tiendrait à la présence surnuméraire de civilistes dans le quorum requis en son sein ; des civilistes plus enclins à renier les positions tenues par leurs confrères de la chambre criminelle¹⁰⁵². En toute hypothèse, cette circonstance montre, au pire, que la Cour de cassation peut faire évoluer sa propre jurisprudence ; au mieux, que doit primer la mission supérieure des chambres réunies : à savoir maintenir une cohérence tant dans l'interprétation du droit que dans l'ordre juridictionnel, au-delà des intérêts propres à la Cour de cassation.

Les arrêts rendus par les chambres réunies illustrent ainsi la tempérance que cette formation de la Cour de cassation, qualifiée de « Cour d'appel d'elle-même » par André Dupin¹⁰⁵³, est appelée à jouer, tant sur l'ordre judiciaire que sur la qualité du droit. À l'égard de l'ordre judiciaire, elles maintiennent une forme d'équilibre, en se plaçant comme une formation ni parfaitement acquise aux autres formations de la Cour de cassation, ni hostiles aux juges du fond. Ainsi, en désavouant parfois les chambres civile et criminelle, les chambres réunies montrent qu'elles sont à l'écoute des autres juridictions et capables de prendre en considération ces innovations « venues d'en-bas ».

À l'inverse, en réitérant les jurisprudences déjà adoptées par la Cour de cassation – hypothèse la plus fréquente –, les chambres réunies concourent à l'affirmation de la Cour de cassation et à la confirmation de sa tutelle hiérarchique sur l'institution judiciaire. À l'égard de la qualité du droit, les chambres réunies exercent, au moins en théorie, une double forme de pression : en agitant la menace d'un désaveu, à l'endroit des autres chambres de la Cour de cassation, et celle de la censure, à l'égard des juridictions du fond, les chambres réunies dissuadent, par leur existence même, le prononcé de décisions de justice manifestement contraires aux règles de droit écrites. *A contrario*, la formation des chambres réunies est prémunie contre un risque de dérive autoritaire à laquelle elle semblait promise par ce grand rôle et par une intervention trop fréquente : peu saisies, n'intervenant qu'après de long développements contentieux et composées tant de civilistes que de criminalistes, les chambres réunies sont le gage d'une solution équilibrée, satisfaisant avant tout les intérêts des justiciables et du droit.

Là est peut-être la raison d'être de cette formation, qui doit concourir à réaliser un idéal et tenir éloignée la figure honnie du juge despotique : faire de la jurisprudence une source du

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 170.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 573.

¹⁰⁵³ Le procureur général use de cette expression à l'occasion d'une affaire relative à la prescription d'un droit d'usage. Dans son réquisitoire, il conclut à renverser la position de la chambre civile, qu'il regrette de devoir tenir en échec (DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, *op. cit.*, t. V, p. 488).

droit au « caractère pondéré et acentrique », dont « nul, en effet, pas même les membres des plus hautes juridictions, ne peut [se] rendre maître »¹⁰⁵⁴. Ce « remède définitif aux conflits d'interprétation », que sont les chambres réunies, « s'est avéré un puissant accélérateur du mouvement d'unification du droit amorcé par la Cour de cassation qui avait su si habilement se libérer progressivement des entraves imposées par la méfiance des Constituants »¹⁰⁵⁵. Les chambres réunies concourent ainsi à la prévisibilité du droit, en pérennisant des solutions jurisprudentielles. L'exercice de ce rôle par la Cour de cassation conduit alors à battre en brèche l'idée du Professeur François Laurent selon laquelle, à l'inverse du législateur, « le juge règle le passé ; il ne lui est pas permis de disposer pour l'avenir »¹⁰⁵⁶. Bien au contraire, par l'effet de la loi de 1837, la jurisprudence de la Cour de cassation s'inscrit un peu plus dans le marbre et est opportunément convoquée par l'ensemble des juridictions judiciaires pour résoudre des situations litigieuses constituées postérieurement.

Néanmoins, l'existence même des chambres réunies ne permet pas de réaliser la concorde entre les juridictions judiciaires, ni de faire cesser les controverses jurisprudentielles : tant s'en faut, des îlots de résistance à la jurisprudence de la Cour de cassation perdurent, entraînant les juges du fond dans un double et trouble jeu. Cette circonstance conforte l'idée d'un ordre libéré, interrogeant sans cesse la bonne application de la loi, bien éloigné de la posture du juge servile dans l'exécution du droit.

§3. – Le double jeu des juridictions du fond

La loi de 1837 n'interdit pas formellement aux juridictions du fond de manifester leur opposition à la doctrine émise par l'organe de cassation. Au-delà de sa concrète utilité, l'expression de réserves aux positions adoptées par la Cour de cassation doit permettre, tout en cherchant à influencer la jurisprudence, de faire vivre l'originalité des juridictions du fond. Ces approches dissidentes, qui traversent les régions et les matières, sont particulièrement portées par les juges de première instance qui usent d'une grande liberté de langage pour critiquer les

¹⁰⁵⁴ VULLIERME, Jean-Louis, « L'autorité politique de la jurisprudence », *Archives de philosophie du droit*, « La Jurisprudence », 1985, n°30, p. 102.

¹⁰⁵⁵ NGUYEN THANH NHA, Jacqueline, *Les chambres réunies de la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 217.

¹⁰⁵⁶ LAURENT, François, *Principes de droit civil français*, Paris, A. Durand & Pedone-Lauriel, 1869, t. I, p. 336.

solutions rendues par la Cour de cassation¹⁰⁵⁷ – voire jusqu’à prendre pour fondement leur propre jurisprudence¹⁰⁵⁸. Ces attitudes ne sont pas toujours approuvées par les cours souveraines qui infirment régulièrement ces décisions en appel. Mais quand elles y prêtent leurs concours, les dissidences se font encore plus fortes et plus fermes, conduisant, parfois, au triomphe de la jurisprudence des juridictions du fond sur celle de la Cour qui revient sur sa propre jurisprudence. Une illustration probante tient à un arrêt rendu par la Cour royale d’Orléans, qui joue sur le principe de non-rétroactivité de la loi, pour retarder autant que faire se peut, la mise en application de la loi nouvelle. Quand bien même les lois de procédure – genre auquel appartient la loi de 1837 – sont par nature rétroactives. Dans cette espèce jugée le 3 juillet 1837, la Cour d’Orléans, intervenant comme cour de renvoi après une première cassation, décide que l’effet de la loi doit être circonscrit aux seules procédures nouvelles : elle tire l’inapplicabilité de la loi à l’espèce en cours du motif que la loi ne touche pas seulement à des questions procédurales mais également au fond du droit. La cour conclut par ailleurs son arrêt par un motif surabondant : outre le respect du principe de non-rétroactivité, la solution s’impose selon elle au nom de l’intérêt du prévenu, dont le traitement serait plus favorable par l’application de la loi de 1828 – sous l’empire de laquelle a été commencée l’affaire pénale appelée devant elle¹⁰⁵⁹. Sans surprise, l’arrêt est cassé par la Cour de cassation, qui voit, dans la loi de 1837, une simple disposition procédurale, applicable du jour de sa promulgation – en ce compris les affaires en cours¹⁰⁶⁰.

La Cour d’Orléans n’est pas isolée dans cette démarche ; de nombreux exemples pourraient témoigner des subterfuges divers dont usent les juges du fond pour contrarier l’autorité de la Cour de cassation, en refusant d’entériner ses décisions. Un changement de comportement fait cependant jour à compter des années 1850 : les cours sont nombreuses à exprimer une soumission à la jurisprudence, parfois reconnue constante, de la Cour de cassation

¹⁰⁵⁷ Dans une affaire relative à l’application de la loi réprimant le délaissement d’enfants, le Tribunal correctionnel de Bourges dénonce, à plusieurs reprises, la jurisprudence de la Cour de cassation, dont il fustige la « rigueur extrême ». Le tribunal développe alors une conception propre de la loi, qui vise, « malgré une autorité imposante contraire (arrêt de la Cour de cassation, 30 octobre 1812) », à ne pas condamner celui qui délaisserait un enfant dans un hospice, et non dans des conditions secrètes et clandestines (Trib. corr. Bourges, 17 mai 1838, *Gazette des tribunaux*, 27 mai 1838, t. XIII, n°3966).

¹⁰⁵⁸ À l’image d’un jugement prononcé par le Tribunal de commerce de Saint-Étienne et relatif à la détermination de la date de la cessation de paiements en cas de faillite. Dans une décision rendue en contrariété avec la doctrine de la Cour de cassation et au demeurant infirmée en appel, le tribunal met en exergue « la jurisprudence, et notamment celle de ce tribunal » pour interpréter souverainement l’article 447 du Code de commerce (Trib. com. Saint-Étienne, [s.d.], reproduit sous CI Lyon, 4 février 1860, *Gazette des tribunaux*, 1^{er} septembre 1860, t. XXXV, n°10427).

¹⁰⁵⁹ CR Orléans, 3 juillet 1837, *Gazette des tribunaux*, 14 juillet 1837, t. XII, n°3696.

¹⁰⁶⁰ Cour cass., crim., 6 octobre 1837, *Gazette des tribunaux*, 8 octobre 1837, t. XII, n°3770.

qu'il s'agisse du traitement de la lettre de change tirée sur l'étranger¹⁰⁶¹ ; du sort des intérêts dans la vente d'immeubles¹⁰⁶² ; de la décharge de la caution solidaire¹⁰⁶³ ; du sort dans la succession de la somme versée lors de la cession d'un office¹⁰⁶⁴ ; de la preuve du faux serment¹⁰⁶⁵ ; ou encore de l'exécution de condamnations pour délit de presse¹⁰⁶⁶. Mais ces approbations jurisprudentielles ne doivent pas cacher la « fédération de résistances »¹⁰⁶⁷, dénoncée par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Aussi, sur certains sujets, la soumission n'advient-elle même jamais¹⁰⁶⁸ ; sur d'autres, elle se fait longue à venir : s'il y a bien une évolution, favorable à la reconnaissance de l'autorité supérieure de la Cour de cassation, les juridictions inférieures entretiennent parfois une longue résistance, comme une manière de maintenir leur indépendance fonctionnelle. Le duel en est un exemple saisissant.

La pratique du duel est réprimée dès le XVI^e siècle par le Concile de Trente (1545-1563) qui y associe l'excommunication. La royauté l'interdit à son tour en 1626, sous l'égide de Louis XIII, qui y voit la cause d'un trouble à l'ordre public et de pertes humaines futiles ; et un édit royal de 1679 uniformise la matière : sous la compétence des maréchaux de France, il est prévu de lourdes peines, par ailleurs imprescriptibles, à l'encontre des contrevenants – la privation de sépulture chrétienne, la dégradation de la noblesse et la confiscation des biens¹⁰⁶⁹. L'interdiction n'empêche pas les duellistes de continuer leurs œuvres, et la rigueur des peines

¹⁰⁶¹ Pour rejeter les demandes de porteurs français d'une lettre de change cherchant à attirer devant les tribunaux des endosseurs étrangers et ayant déjà porté leur contestation devant des juridictions étrangères, le Tribunal de commerce de la Seine relève « que trois arrêts de la Cour suprême des 15 novembre 1827, 14 février 1837 et 24 février 1846 ont fixé la jurisprudence à cet égard ; que c'est en vain que les demandeurs excipent de la doctrine antérieure et de l'article 121 de l'ordonnance de 1629 [...] » (Trib. com. Seine, 9 octobre 1850, *Gazette des tribunaux*, 10 octobre 1850, t. XXV, n°7257).

¹⁰⁶² Le Tribunal civil de Lyon retient « que, d'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation, la prescription des intérêts d'un prix de vente doit être réglée par l'article 2277 du Code Napoléon, dont les expressions sont générales » (Trib. civ. Lyon, 8 juillet 1852, *Gazette des tribunaux*, 9 septembre 1852, t. XXVII, n°7851).

¹⁰⁶³ Dans un jugement, confirmé en appel, le Tribunal de Bourg fait application de l'article 2037 du Code civil, afférent à la caution, conformément à « l'interprétation consacrée par la majorité des commentateurs et des Cours comme par la jurisprudence dès longtemps invariable de la Cour régulatrice » (Trib. Bourg, 30 août 1852, reproduit sous CI Lyon, 18 mai 1853, *Gazette des tribunaux*, 16 novembre 1853, t. XXVIII, n°8220).

¹⁰⁶⁴ En 1857, la Cour de Bordeaux règle le sort d'une succession suivant les « principes consacrés par la jurisprudence de la Cour de cassation » (CI Bordeaux, 12 janvier 1857, *Gazette des tribunaux*, 23-24 février 1857, t. XXXII, n°9331).

¹⁰⁶⁵ Pour fixer le mode de preuve en cette matière, la Cour de Nîmes s'en réfère à « la jurisprudence ancienne et constante de la Cour de cassation », dont il est par ailleurs rappelé qu'elle est « en harmonie avec la doctrine » (CI Nîmes, 2 février 1865, *Gazette des tribunaux*, 5 octobre 1865, t. XL, n°12000).

¹⁰⁶⁶ Dans cette affaire de presse relative aux effets de l'interdiction de paraître, le Tribunal correctionnel de Marseille prend soin de préciser, dans son jugement, « que cette interprétation n'est en aucune façon contradictoire avec la jurisprudence de la Cour suprême » (Trib. corr. Marseille, 11 décembre 1868, *Gazette des tribunaux*, 24 décembre 1868, t. XLIII, n°12998).

¹⁰⁶⁷ BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, op. cit., p. 551.

¹⁰⁶⁸ V., sur ce point le contentieux relatif à la séparation de corps, *infra*, §2. – Adapter la séparation de corps.

¹⁰⁶⁹ Édit portant règlement général sur les duels, donné à Saint-Germain-en-Laye au mois d'août 1679.
V. GUILLET, François, *La mort en face : histoire du duel de la révolution à nos jours*, Paris, Aubier, 2008.

encourue témoigne, paradoxalement, de l'inefficacité de la répression. À la fin du XVIII^e siècle, les duellistes trouvent dans la Révolution le secours du législateur : la Constituante abolit les décrets d'Ancien Régime et le Code pénal du 6 octobre 1791 ne prévoit pas le retour de la prohibition, également absente du Codes des délits et des peines du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795) et du Code pénal de 1810. Bien plus, la loi du 17 septembre 1792 dispose que les « procès et jugements conduits depuis le 14 avril 1789, sous prétexte de provocation en duel, sont éteints et abolis, et que les citoyens qui étaient détenus sont libérés sans délai ».

Néanmoins, lors des débats relatifs au Code de 1810, le rapporteur de la commission de législation civile et criminelle, chargée de la préparation du Code pénal, Hippolyte de Monseignat du Cluzel, justifie l'absence de la notion de duel dans le projet de code, par le fait que l'acte en lui-même relève des dispositions générales, relatives soit aux coups et blessures volontaires, soit au meurtre – voire à l'assassinat¹⁰⁷⁰. Aussi, la notion de duel n'apparaît-elle pas dans le nouvel arsenal pénal, éveillant un doute en ce XIX^e naissant, que la loi est impuissante à lever tout le siècle durant : le duel doit-il bénéficier d'une incrimination *ad hoc* pour autoriser la poursuite de ses auteurs ? Auquel cas, en l'absence de législation spéciale, les duellistes ne doivent pas être inquiétés. Ou bien, le duel rentre-t-il sous le champ de l'incrimination pour homicide volontaire, voire assassinat ? Auquel cas, il faut poursuivre et condamner son auteur. La réponse revêt une grande importance, alors que la période romantique s'accompagne, au XIX^e siècle, d'une recrudescence des duels, dont le rythme ne s'interrompt véritablement qu'à l'orée du XX^e siècle¹⁰⁷¹.

Longtemps, la Cour de cassation refuse de poursuivre et de condamner les duellistes, arguant du silence de la loi ; sous l'influence de Philippe-Antoine Merlin de Douai, elle maintient ainsi une forme de résurgence des privilèges en considérant que le duel, tradition nobiliaire, n'a rien de comparable aux autres formes d'homicide¹⁰⁷². En 1837, la Cour change néanmoins d'avis, sous l'impulsion d'André Dupin : elle fait désormais du duel un acte prohibé, assimilé à un assassinat, dès lors que l'un des assaillants meurt de ses blessures¹⁰⁷³. Ce

¹⁰⁷⁰ MONSEIGNAT DU CLUZEL, Hippolyte (de), *Rapport fait au nom de la commission de législation civile et criminelle par M. de Monseignat, sur le V^e projet de loi du code pénal, livre III, titre II, chapitre I^{er}, des crimes et délits contre des personnes. Séance du 17 février 1810*, Paris, Hacquart, 1810, p. 24-27.

¹⁰⁷¹ En France, le dernier duel recensé date de 1967, opposant le gaulliste René Ribière au maire de Marseille, Gaston Defferre. Les deux duellistes en sont quittes pour quelques égratignures et le courroux du président Charles de Gaulle.

¹⁰⁷² Conf. : Cour cass., crim., 8 avril 1819, *Brutus Caselle*, *Bull. crim.*, t. XXIV, n°42, p. 39 ; Cour cass., crim., 21 mai 1819, *Harty de Pierrebourg*, *Bull. crim.*, t. XXIV, n°61, p. 193 ; Cour cass., crim., 14 juin 1821, *Burges-Camac*, *Bull. crim.*, t. XXVI, n°94, p. 253 ; Cour cass., crim., 21 septembre 1821, *Treins*, S. 1822. I. 173 ; Cour cass., crim., 19 septembre 1822, *Urré fils*, *Bull. crim.*, t. XXVII, n°128, p. 368 ; Cour cass., réunies, 4 décembre 1824, *Harty de Pierrebourg*, *Bull. crim.*, t. XXIX, n°179, p. 552 ; Cour cass., crim., 11 mai 1827, *Laberte*, *Bull. crim.*, t. XXXII, n°114, p. 410 ; Cour cass., crim., 29 juin 1827, *Le Lorrain*, *Bull. crim.*, t. XXXII, n°161, p. 538.

V. BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 216-229.

¹⁰⁷³ Cour cass., crim., 22 juin 1837, *Pesson*, *Bull. crim.*, t. XLII, n°184, p. 239.

fléchissement dans la jurisprudence est, pour partie, liée à l'introduction des circonstances atténuantes, par la réforme pénale de 1832, qui autorise, désormais, une autre voie que celles des travaux forcés à perpétuité ou de la mort – soit les peines prévues pour assassinat –, lesquelles dissuadaient, par leur sévérité, de condamner les prévenus. Surtout, ce changement n'est pas étranger à l'activisme de certaines cours souveraines, militant pour l'entrée et la répression du duel dans le droit commun. À cet égard, les parquetiers illustrent la résistance à la Cour de cassation. Ainsi, dès 1818, devant la Cour des Pairs, constituée en cours de justice, le procureur général près la Cour royale de Paris, Nicolas-François Bellart, conclut à l'intégration du duel dans la catégorie des homicides volontaires¹⁰⁷⁴. L'année suivante, le procureur général près la Cour royale de Nancy, s'adressant au ministre de la justice, vise directement l'autorité de la Cour de cassation en la matière :

« Je ne crois pas que les arrêts de la Cour de cassation aient assez de force pour tirer les duels de la classe des crimes ou des délits, et tant qu'une nouvelle loi ne l'aura pas décidé, je ferai poursuivre les coupables qui auront donné la mort ou causé des blessures en combat singulier »¹⁰⁷⁵.

Adoptant jusqu'alors une orthodoxie au nom de la légalité des délits et des peines, la Cour de cassation fait évoluer sa jurisprudence, à compter de 1837, pour pallier la carence de la loi et rétablir l'ordre public autant que moral. Ainsi, la Cour de cassation, en sa chambre criminelle, développe un système complet de répression : du sort des assistants à celui du médecin ayant recueillis les blessés, la Cour s'assure de la condamnation de tous les protagonistes, espérant ainsi mettre un terme à cette pratique¹⁰⁷⁶. En 1837, l'arrêt *Pesson*, premier de cette nouvelle jurisprudence, retient avec clarté, pour casser celui de la Cour royale d'Orléans, que :

¹⁰⁷⁴ Le procureur s'exprime ainsi : « Mais ce n'est point de ces blâmes de la sagesse, de la morale et de la religion qu'il s'agit en ce moment. Il s'agit de voir s'il existe, dans la législation française actuelle, quelque disposition qui érige en crime l'opinion qu'un militaire ne peut se dispenser de se battre en duel pour se laver d'un outrage, et le conseil fortement prononcé d'un chef de corps, que son subordonné fléchisse sous cette nécessité. Or, il n'y en a plus aucune. Les lois de Louis XIV sur les duels, sur ceux qui les provoquaient, ceux qui les assistaient, les ordonnaient ou les autorisaient, ne subsistent plus. Elles ont été abrogées par la loi du 6 octobre 1791. Si elles ne l'eussent pas été par cette Loi, elles l'auraient été par le dernier Code pénal. Quelques esprits ont paru douter de ce point ; pour dissiper ces doutes il suffit de lire l'article final de la loi du 6 octobre 1791. Il est ainsi conçu : "Pour tout fait antérieur à la publication du présent code, si le fait est qualifié crime par les lois actuellement existantes, et qu'il ne le soit pas par le présent décret ; ou si le fait est qualifié crime par le présent code et qu'il ne le soit pas par les lois anciennes, l'accusé sera acquitté, sauf à être correctionnellement puni s'il y échoit." En appliquant, cette disposition au duel, il est évident que cet acte a cessé d'être un crime spécial, puisque son nom ne se trouve pas même prononcé dans la loi. Il est retombé dans la classe des homicides volontaires, pour ceux qui ont concouru à l'action matérielle du combat » (*Chambre des pairs, constituée en cour de justice. Séance du mardi 31 janvier 1818, présidée par M. le Chancelier : Affaire Saint-Morys. Procès-verbal unique*, [s.l., s.n., 1818], p. 35-36).

¹⁰⁷⁵ Rapport du procureur général près la Cour de Nancy au garde des sceaux, 1^{er} novembre 1819 (AN BB/18/1054).

¹⁰⁷⁶ BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, op. cit., p. 551 et suiv.

« si la législation spéciale sur les duels a été abolie par les lois de l'Assemblée constituante, on ne saurait induire de cette abolition, une exception tacite en faveur du meurtre commis et des blessures et coups volontaires portés par suite de duel ».

La circonstance que le duel procède d'un rituel organisé et accepté des participants ne permet pas de conclure à la nécessité d'une infraction *ad hoc* pour autoriser les poursuites, ni suffit à éteindre les poursuites. La Cour espère ainsi mettre fin au système de vengeance privée déniaut aux duellistes le pouvoir de :

« s'attribuer le droit de disposer mutuellement de leur vie et usurper ainsi doublement les droits de la société »¹⁰⁷⁷.

Si cette solution satisfait le vœu de certaines juridictions, elle est impuissante à fédérer l'ensemble des cours d'appel. Aussi, certaines refusent-elles, au nom d'une certaine tradition, de sanctionner les duellistes ; il en est ainsi de la Cour de Bourges, saisie dans cette même affaire, à la suite de l'arrêt de cassation. La cour juge contrairement au juge de cassation, dans un arrêt dont les termes laissent à penser qu'elle s'estime garante tant de la justice que du principe de légalité des délits et des peines. Elle tire en effet du silence de la loi, depuis le Code pénal de 1791, « une prohibition expresse de punir les duellistes qui avaient légalement observé dans le combat, quelle qu'en fût l'issue, les règles qu'ils s'étaient réciproquement imposées par leur convention préalable ». Un silence conforté par celui du législateur, lors de la discussion du Code pénal, qui, par son inaction consciente ou non, a laissé persister « l'opinion que le duel et ses résultats n'étaient réprimés par aucune loi en vigueur ». La cour ne trouve alors pas dans la loi les ressorts nécessaires pour « incriminer un fait qui, bien qu'odieux et digne de toute réprobation, se trouve pourtant, et si on scrute surtout dans les méfaits l'intention de l'auteur, à une distance infinie des intentions épouvantables qui caractérisent le meurtre et l'assassinat, et que définitivement la loi pénale ne nomme ni ne spécifie »¹⁰⁷⁸. Un vide que ne pourrait combler, de son propre chef, la Cour de cassation.

Il faut alors toute la puissance d'une audience solennelle et des chambres réunies, pour confirmer la nouvelle jurisprudence de la Cour, dans un arrêt rendu le 16 décembre 1837, sur le pourvoi dirigé contre la décision de la Cour de Bourges¹⁰⁷⁹. Or, un paradoxe fait jour. Sous l'empire de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, la résistance n'apparaissait que « localisée » ; mais après le revirement de 1837, « les cours souveraines sont plus nombreuses encore à se soulever contre l'interprétation »¹⁰⁸⁰ de la Cour de cassation. Désormais, ce sont les

¹⁰⁷⁷ Cour cass., crim., 22 juin 1837, *Pesson, Bull. crim.*, t. XLII, n°184, p. 239.

¹⁰⁷⁸ CR Bourges, 31 juillet 1837, *Gazette des tribunaux*, 14-15 août 1837, t. XII, n°3723.

¹⁰⁷⁹ Cour cass., réunies, 15 décembre 1837, *Pesson, Bull. crim.*, t. XLII, n°430, p. 450.

¹⁰⁸⁰ BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 552.

Cours de Orléans¹⁰⁸¹, Poitiers¹⁰⁸² et Rennes¹⁰⁸³ qui emmènent avec elles celles d'Aix¹⁰⁸⁴, Besançon¹⁰⁸⁵, Bourges¹⁰⁸⁶, Colmar¹⁰⁸⁷, Dijon¹⁰⁸⁸, Grenoble¹⁰⁸⁹, Montpellier¹⁰⁹⁰, Nancy¹⁰⁹¹, Nîmes¹⁰⁹², Paris¹⁰⁹³ et Riom¹⁰⁹⁴, qui refusent toutes de rentrer dans le rang. Un arrêt rendu par la Cour royale d'Orléans, qui persiste également dans un refus de sanctionner les duellistes, retient même comme l'un des fondements de son argumentation... la jurisprudence constante – mais désormais antérieure – de la Cour de cassation :

« l'usage et la jurisprudence sont les meilleurs interprètes de la loi, que pendant quarante années, la plupart des Cours, conformément à la jurisprudence constante de la Cour suprême, ont toujours considéré, en droit, les homicides commis en duel comme des faits spéciaux non prévus par les lois pénales »¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁸¹ La Cour de cassation casse, à six reprises, les solutions rendues par cette cour : Cour cass., crim., 22 juin 1837, *Pesson*, *Bull. crim.*, t. XLII, n°184, p. 239 ; Cour cass., crim., 6 juillet 1838, *Gilbert*, *Bull. crim.*, t. XLIII, n°192, p. 289 ; Cour cass., crim., 20 décembre 1850, *Crouzat*, *Bull. crim.*, t. LV, n°427, p. 636 ; Cour cass., crim., 20 décembre 1850, *Léonardon*, *Bull. crim.*, t. LV, n°430, p. 641 ; Cour cass., crim., 23 septembre 1853, *Veyrent*, *Bull. crim.*, t. LVIII, n°480, p. 551 ; Cour cass., réunies, 25 mars 1845, *Servient*, *Bull. crim.*, t. L, n°109, p. 179.

¹⁰⁸² La Cour de cassation casse, à six reprises, les solutions rendues par cette cour : Cour cass., crim., 22 décembre 1837, *Andrézezowski*, *Bull. crim.*, t. XLII, n°438, p. 461 ; Cour cass., crim., 12 avril 1850, *Vallein*, *Bull. crim.*, t. LV, n°127, p. 195 ; Cour cass., crim., 6 juin 1850, *Crouzet*, *Bull. crim.*, t. LV, n°183, p. 279 ; Cour cass., crim., 6 juin 1850, *Léonardon*, *Bull. crim.*, t. LV, n°184, p. 280 ; Cour cass., crim., 11 avril 1851, *Cluse*, *Bull. crim.*, t. LVI, n°142, p. 224 ; Cour cass., réunies, 18 février 1854, *Veyrent*, *Bull. crim.*, t. LIX, n°43, p. 80.

¹⁰⁸³ La Cour de cassation casse, à six reprises, les solutions rendues par cette cour : Cour cass., crim., 22 décembre 1837, *Badimon & Binet*, *Badimon & Outremer-Dumargat*, *Witkowski & Filauchère*, *Bull. crim.*, t. XLII, n°439, p. 463 ; Cour cass., crim., 10 septembre 1840, *Rouault-Champglen*, *Bull. crim.*, t. XLV, n°257, p. 370 ; Cour cass., crim., 12 novembre 1840, *Dunoday*, *Bull. crim.*, t. XLV, n°321, p. 458 ; Cour cass., crim., 15 octobre 1844, *Malleveau*, *Bull. crim.*, t. XLIX, n°345, p. 499 ; Cour cass., crim., 14 août 1845, *Talhouarn*, *Bull. crim.*, t. L, n°258, p. 424 ; Cour cass., crim., 6 juillet 1849, *Vimont*, *Bull. crim.*, t. LIV, n°149, p. 236.

¹⁰⁸⁴ Cour cass., crim., 14 juin 1849, *Jourdan*, *Bull. crim.*, t. LIV, n°135, p. 214.

¹⁰⁸⁵ Cour cass., crim., 2 septembre 1847, *Bocher*, *Bull. crim.*, t. LII, n°204, p. 353.

¹⁰⁸⁶ Cour cass., réunies, 15 décembre 1837, *Pesson*, *Bull. crim.*, t. XLII, n°430, p. 450.

¹⁰⁸⁷ L'arrêt rendu par la Cour de Colmar est l'un des premiers rendus postérieurement à l'édiction de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation (CR Colmar, 12 juillet 1838, *Gazette des tribunaux*, 18 juillet 1838, t. XIII, n°4010) et est immédiatement cassé (Cour cass., crim., 18 octobre 1838, *Lewy*, *Bull. crim.*, t. XLIII, n°341, p. 496).

¹⁰⁸⁸ Cour cass., crim., 18 novembre 1847, *Bocher*, *Bull. crim.*, t. LII, n°280, p. 457.

¹⁰⁸⁹ Cour cass., crim., 5 avril 1838, *Reybaud*, *Bull. crim.*, t. XLIII, n°93, p. 132.

¹⁰⁹⁰ La Cour de cassation casse, à deux reprises, les solutions rendues par cette cour : Cour cass., crim., 8 décembre 1848, *Boluix*, *Bull. crim.*, t. LII, n°310, p. 447 ; Cour cass., réunies, 21 juillet 1849, *Gent*, *Bull. crim.*, t. LIV, n°172, p. 262.

¹⁰⁹¹ Cour cass., crim., 22 mars 1850, *Grandpierre*, *Bull. crim.*, t. LV, n°112, p. 174.

¹⁰⁹² La Cour de cassation casse, à deux reprises, les solutions rendues par cette cour : Cour cass., crim., 16 novembre 1848, *Delaborde*, *Bull. crim.*, t. LII, n°274, p. 400 ; Cour cass., réunies, 21 juillet 1849, *Boluix*, *Bull. crim.*, t. LIV, n°172, p. 261.

¹⁰⁹³ La Cour de cassation casse, à deux reprises, les solutions rendues par cette cour : Cour cass., crim., 4 janvier 1845, *Servient*, *Bull. crim.*, t. L, n°5, p. 7 ; Cour cass., crim., 14 août 1845, *Rosemond de Beauvallon*, *S.* 1845. I. 677.

¹⁰⁹⁴ La Cour de cassation casse, à deux reprises, les solutions rendues par cette cour : Cour cass., crim., 19 avril 1850, *Anthoine*, *Bull. crim.*, t. LV, n°130, p. 199 ; Cour cass., crim., 11 juillet 1850, *Chabrol*, *Bull. crim.*, t. LV, n°216, p. 324.

¹⁰⁹⁵ CR Orléans, [avril 1838], *Gazette des tribunaux*, 30 avril-1^{er} mai 1838, t. XIII, n°3943.

Ici, les cours du second degré peuvent tant puiser dans la doctrine, qui conclut du silence de la loi l'absence de répression possible¹⁰⁹⁶ que se retrancher derrière un fait : l'échec aux Chambres des projets de loi déposés pour sanctionner le duel¹⁰⁹⁷. Ces tentatives infructueuses emporteraient deux conséquences : les propositions de loi faites témoignent de ce que le duel requiert une législation spéciale ; l'échec desdites propositions témoigne du refus du législateur de sanctionner cette pratique. Ces circonstances expliquent qu'en dépit des cassations et de la nouvelle jurisprudence constante de la Cour de cassation, la Cour de Montpellier s'exprime encore en 1849 en des termes donnant assez à voir combien l'autorité du juge de cassation n'est pas acquise, dans les confins de la République :

« quelle que soit l'autorité de la jurisprudence de la Cour suprême, il est peut-être permis de douter, sans manquer au respect qui lui est dû, qu'elle puisse ébranler de tels précédents et porter dans les esprits cette conviction que le duel doit être assimilé à l'assassinat, alors surtout que ses propres décisions ont solennellement consacré une opinion contraire »¹⁰⁹⁸.

L'arrêt est aussitôt cassé : pour condamner fermement tout refus de rejoindre sa ligne jurisprudentielle, la Cour vise, outre les articles du Code pénal, la loi du 1^{er} avril 1837¹⁰⁹⁹. Le procédé atteste d'une forme d'impuissance de la Cour, qui doit rappeler les fondements de sa propre autorité pour en assurer l'effectivité. Une réalité corroborée par les chiffres relatifs aux pourvois formés dans des affaires de duel : sur trente années, le *Bulletin criminel*, qui n'a pas vocation à l'exhaustivité, rapporte une cinquantaine de décisions¹¹⁰⁰ – dont il est certain qu'elles ne sont qu'une partie, peut-être majoritaire, du contentieux. En dépit de ces revers, la Cour de cassation maintient cette solution jurisprudentielle acquise en 1837. Le débat ne s'épuise finalement ni par l'œuvre de la loi, ni par l'effet de peines dissuasives mais par la simple désuétude du combat à l'orée de la seconde guerre mondiale ; une issue que prédisait, en 1890, Fernand Rabier, rapporteur de la commission chargée d'examiner un projet de loi relatif au duel : « le duel est une maladie devenue extrêmement bénigne qui disparaîtra, non pas par des

¹⁰⁹⁶ Telle est particulièrement l'opinion de Philippe-Antoine Merlin de Douai, qui tire ces conclusions, dès 1810, tant de l'impuissance des édits d'Ancien Régime à prévenir les duels que de la spécificité de la réparation recherchée par cet acte : la réparation de l'honneur que la perspective de l'échafaud, comme sanction du meurtre, ne parvient pas dissuader de poursuivre (MERLIN DE DOUAI, *Recueil alphabétique...*, *op. cit.*, t. III, v° *Duel*, p. 553 et suiv.).

¹⁰⁹⁷ Selon François Guillet, seize projets de loi et une trentaine de débats sont consacrés au duel, par les Chambres entre 1819 et 1922. Sans succès : aucune législation spéciale au duel ne voit le jour (GUILLET, François, *La mort en face...*, *op. cit.*, p. 128).

¹⁰⁹⁸ CA Montpellier, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 8-9 janvier 1849, t. XXIV, n°6711.

¹⁰⁹⁹ Cour cass., réunies, 21 juillet 1849, *Bolux, Bull. crim.*, t. LIV, n°172, p. 261.

¹¹⁰⁰ BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 553.

remèdes spéciaux, mais sous l'indifférence générale »¹¹⁰¹. Cette affaire témoigne de la persistance de l'esprit d'un corps qui résiste à la Cour de cassation. Bien plus, elle illustre les limites de la loi de 1837 qui n'éteint pas le « bal des controverses »¹¹⁰² et permet aux juridictions du fond autant de maintenir l'idée d'une autorité fonctionnelle que d'initier des mouvements jurisprudentiels nouveaux.

*
* *

La réorganisation institutionnelle de 1837 marque ainsi la victoire de la cohésion juridictionnelle, au-delà de la tradition institutionnelle ; mais cette loi s'inscrit aussi dans une volonté d'assurer une cohérence jurisprudentielle et, plus largement, d'assurer l'unité du droit. Alors que la loi de 1828 ralentissait la construction d'une jurisprudence uniformisée, en donnant le dernier mot aux cours d'appel, dont les dissidences n'étaient guère compensées par un impraticable recours à des lois interprétatives, la loi de 1837 permet de réaliser l'unité jurisprudentielle, qui doit aller de pair avec l'unité législative. Bien plus, elle formule, en creux, un double aveu : d'abord, la reconnaissance d'une indispensable jurisprudence ; ensuite et surtout, sa nécessaire rationalisation pour garantir son efficacité. Néanmoins, à l'épreuve de la pratique juridictionnelle, cette loi laisse persister trois freins à la pleine autorité de la Cour de cassation : sa difficulté à s'imposer dans les controverses, ses variations de jurisprudence et son incapacité à reprendre à son compte les solutions doctrinales¹¹⁰³.

En dépit de ces écueils, passé la moitié du siècle, deux évolutions sont perceptibles. La première tient à ce que, en dépit de relations parfois houleuses, les juges du fond ne sont pas indifférents à la jurisprudence de la Cour de cassation : s'ils peuvent répugner à la suivre, ils reconnaissent néanmoins sa singularité et sa prééminence. Ces relations montrent également que, en l'absence de l'appui de la loi, la fonction régulatrice de la Cour de cassation est née « en

¹¹⁰¹ *Journal officiel de la République française. Documents parlementaires. Chambre des députés : annexes aux procès-verbaux des séances*, Paris, Imprimerie du Journal officiel, 1890, annexe n°390, « Rapport sommaire fait au nom de la 1^{ère} commission d'initiative parlementaire chargée d'examiner la proposition de loi de M. Cluseret contre le duel, par M. Fernand Rabier, député (séance du 27 février 1890) », p. 384.

¹¹⁰² L'expression est de Laurence Soula (SOULA, Laurence, « Le difficile ajustement des relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation. Le chaos de la jurisprudence au XIX^e siècle », dans *Les désunions de la magistrature...*, *op. cit.*, p. 424).

¹¹⁰³ V. WOŁOWSKI, Louis, « Statistique de la justice civile et commerciale pour 1842 », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1844, t. III, p. 563 et suiv.

fait »¹¹⁰⁴ et s'est imposée, en dépit des conditions de sa naissance et de son maigre héritage, face à des cours souveraines, qui ont, elles, dû renoncer à prétendre à une part de gloire et d'indépendance de leurs devanciers – les parlements d'Ancien Régime. La seconde tient à l'évolution même de la création jurisprudentielle : la controverse judiciaire, qui s'établit entre les cours souveraines et la Cour de cassation et qui marque les décennies 1830 à 1880, permet de confirmer l'existence même de la jurisprudence et de la placer au carrefour des sources du droit. Si la reconnaissance de cet avènement tarde à être admise par la doctrine, elle n'est guère ignorée des magistrats : tel le procureur général Ernest de Royer, qui vante, en 1854, « les progrès qu'elle [la jurisprudence de la Cour de cassation] a fait faire à la législation et à la science du droit »¹¹⁰⁵.

Aujourd'hui, les dispositions relatives aux cours d'appel témoignent de l'évolution du prisme. L'article 7 de la loi du 20 avril 1810, qui prévoit que « la justice est rendue souverainement par les cours impériales », a cédé la place à un article L. 311-1 du Code de l'organisation judiciaire en vertu duquel « la cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires. » Le principe, en apparence identique, a pourtant changé d'angle : il n'est plus question de *justice* dans l'article L. 311-1, remplacée par un nouvel agent, *la cour d'appel*. Bien plus, il lui est associé un rôle plus restreint : *la souveraineté sur le fond des affaires*. La nouvelle rédaction tend à faire disparaître l'impression de grandeur, qui était entretenue, en 1810, par cette *justice rendue souverainement* : la nouvelle rédaction lui préfère un verbe technique et sobre – la cour d'appel *statue*. De même, le pluriel – les *cours impériales* –, symbole de diversité et, partant, de liberté, a cédé le pas à un singulier, anonyme et uniformisant – *la cour d'appel*.

Les mots, s'ils n'influencent que peu le fond du droit, révèlent la conscience d'un changement : dire, aujourd'hui, que « la justice est rendue souverainement par les cours d'appel », méconnaîtrait tant l'œuvre que la place de la Cour de cassation. À l'inverse, si le même code retient, en principe, que « la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire »¹¹⁰⁶, il reconnaît bien vite que, par exception, « elle peut

¹¹⁰⁴ HILAIRE, Jean, « Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIX^e siècle », dans *Le Code civil. 1804-2004...*, op. cit., p. 156.

¹¹⁰⁵ Le magistrat poursuit ainsi son oraison : « ne voyons-nous pas chaque jour les motifs de vos arrêts inscrire en quelque sorte, à la suite de nos lois, leurs meilleurs et leurs plus sûrs commentaires. La règle qu'ils fondent, la lumière qu'ils répandent ne s'arrêtent pas aux magistrats chargés d'appliquer les lois. Elles s'étendent aux mœurs du pays, elles s'élèvent jusqu'à l'harmonie générale de tous les intérêts publics ». Pour étayer son propos, il loue l'œuvre de la Cour dans la délicate réglementation du duel : « Vous avez fait, par exemple, pour éloigner le duel de nos mœurs, ce qu'en d'autres temps les lois les plus impitoyables avaient été impuissantes à faire. Il vous a suffi de le ramener sous l'empire de la loi commune, de ne pas le laisser s'abriter derrière une exception que n'admettent ni la loi ni la morale, et d'obliger ainsi celui qui a volontairement accepté le malheur de tuer un homme, dans un combat singulier, à venir soumettre à la justice de son pays sa conduite et sa défense » (COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. II, 1851-1861, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 3 novembre 1854. Discours de M. Royer, procureur général impérial. Des origines et de l'autorité de la Cour de cassation », p. 69).

¹¹⁰⁶ Code d'organisation judiciaire, article L. 411-2, alinéa 2.

aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ». De même, en matière pénale, « elle peut, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée »¹¹⁰⁷. Bien plus, son autorité semble aujourd'hui si peu contestée que son rôle est encore élargi : par la procédure de saisine pour avis¹¹⁰⁸, par l'extension du prononcé de décision sans renvoi à la matière civile¹¹⁰⁹, par la procédure de réexamen en matières pénale et civile¹¹¹⁰ ou par le filtrage opéré dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité¹¹¹¹, « au point de se préoccuper, non plus seulement de l'intérêt de la loi, mais de ceux du justiciable »¹¹¹².

Ces évolutions contemporaines illustrent le renforcement des prérogatives de la Cour de cassation, qui assure par-là l'unification de la jurisprudence et une meilleure cohésion de l'ordre judiciaire. Elles sont par ailleurs la preuve d'une victoire de la magistrature « supérieure » sur la magistrature « inférieure » ; la première pouvant, aujourd'hui, mieux encadrer les velléités d'indépendance fonctionnelle des secondes. Ce mouvement, sous l'œuvre de la Cour de cassation, paraît, à certains, inévitable tant les juridictions du fond semblent vouées à se soumettre face à la haute juridiction, en raison de la nature même de l'institution judiciaire et de la hiérarchie qu'elle emporte :

« qu'elle soit victorieuse ou vaincue, la jurisprudence de la cour d'appel est vouée à s'éteindre au souffle de la hiérarchie [...] ; elle écrit dans le sable et la Cour de cassation dans le marbre »¹¹¹³.

Pour cela, encore faut-il que l'harmonie puisse régner au sein de la Cour ; or, elle est longtemps mise à l'épreuve par sa composition même et ses luttes intestines.

¹¹⁰⁷ Code d'organisation judiciaire, article L. 411-3, alinéas 2 & 3.

¹¹⁰⁸ Par la loi du 15 mai 1991 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation.

¹¹⁰⁹ Par la loi du 3 janvier 1979 modifiant certaines dispositions relatives à la Cour de cassation.

¹¹¹⁰ En matière pénale, par la loi du 8 juin 2006 ; en matière civile, par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹¹¹¹ Par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

¹¹¹² BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, p. 632.

¹¹¹³ CATALA, Pierre, « Jurisprudence ou jurisprudences des Cours ? », dans LABORATOIRE D'EPISTEMOLOGIE JURIDIQUE (dir.), *La cour d'appel d'Aix-en-Provence. Colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Aix-en-Provence/Marseille, PUAM, 1994, p. 67.

– Section 2 –

L'unité du droit à l'épreuve de la dissidence de la chambre des requêtes

« L'histoire de la Cour réside principalement dans ses arrêts. »

Auguste-Charles RENOUARD, *Discours de rentrée de 1875*¹¹¹⁴

Ces propos tenus en 1875 par le procureur général près la Cour de cassation¹¹¹⁵ montrent combien la Cour se dévoile moins à la lecture des textes législatifs la réglementant que par l'étude de sa jurisprudence. Ses décisions, au respect desquelles les juridictions du fond sont astreintes depuis 1837, donnent à voir l'étendue de ses pouvoirs. Par elles, la Cour doit assurer une cohérence jurisprudentielle, consistant en ce que l'ensemble de ses membres applique les mêmes principes, interprétés de la même manière ; à défaut de quoi, les juges du fond pourraient user de ces divergences pour s'affranchir de son autorité. À l'unité législative, doit donc répondre une harmonie jurisprudentielle garantie par la cohésion interne de la Cour ; un sacerdoce qui est, en pratique, mis en péril par une difficulté à laquelle la Cour de cassation a dû s'accommoder et qui tient à l'organisation de la Cour dans la matière du droit civil : la chambre civile, seule source théorique de jurisprudence, doit composer avec l'existence de la chambre des requêtes. Ce fonctionnement est issu de la loi de 1790 instituant le Tribunal de cassation. Si, conformément à la logique de l'unité législative, est institué un unique Tribunal, dont la composition ne peut comprendre qu'une seule formation de jugement – dite section de cassation –, le législateur de 1790 se résout, dès l'origine, à intégrer une seconde formation à la dénomination et au rôle différents : un bureau des requêtes a été imaginé pour opérer un filtre, censé éviter un encombrement des affaires. Mais dans la philosophie présidant à la création du

¹¹¹⁴ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée, op. cit.*, t. IV, 1873-1884, « Audience de rentrée de la Cour de cassation, du 3 novembre 1875. Discours de M. Renouard, procureur général », p. 10.

¹¹¹⁵ Auguste-Charles Renouard (1794-1878) opte un temps pour les études de philosophie avant d'embrasser la carrière d'avocat. Pénaliste reconnu, il doit sa notoriété à ses plaidoiries en faveur de la liberté de presse. Dès les premières heures de la Monarchie de Juillet, il intègre le Conseil d'État ainsi que le secrétariat général du ministère de la justice. En 1837, il quitte cette dernière fonction pour la Cour de cassation, dont il démissionne en 1877, pour protester contre la politique du président Patrice de Mac Mahon. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Jean-Louis Halpérin, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 865.

Tribunal, aucun doute n'est permis : à la section, le prestige des arrêts ; au bureau, les rejets non retranscrits au *Bulletin*¹¹¹⁶. Cette logique est tout entière renforcée dans les propos d'Antoine Lefèbvre de Vatimesnil, avocat général à la Cour de cassation :

« Un arrêt de la chambre des requêtes ne forme pas jurisprudence »¹¹¹⁷.

Bien vite néanmoins, ce bureau des requêtes devient une *section*, puis une *chambre* des requêtes¹¹¹⁸, affectée au seul traitement préalable des affaires civiles. Ce changement de dénomination introduit un doute quant à la nature et à l'œuvre de cette formation : alors que le législateur utilise le même vocable pour évoquer tant la *chambre* des requêtes que la *chambre* civile, comment s'assurer de la primauté et de l'originalité de la seconde ? Comment s'assurer que la première n'outrepasse pas le rôle de filtre imaginé pour elle ? Au fond, comment garantir l'autorité de la chambre civile et, partant, l'unité jurisprudentielle, quand la chambre des requêtes pourrait se faire la voix de positions étonnantes, voire divergentes, au regard des habitudes jurisprudentielles de la chambre civile ? Si la théorie révolutionnaire retient la création d'une formation des requêtes comme un simple instrument comptable (*Sous-section 1*), cet idéal se heurte toutefois à la pratique : la chambre des requêtes s'affranchit rapidement de ce carcan pour s'affirmer comme un auxiliaire libre (*Sous-section 2*). Aussi, la Cour de cassation doit-elle trouver, au-delà des aspirations hétérogènes de ses chambres, les ressources pour rationaliser sa jurisprudence et éviter que des dissonances ne nuisent à la lisibilité et l'intégrité du droit.

Sous-section 1. – La création d'un instrument comptable

À sa création, le Tribunal de cassation ne se compose que d'une section de cassation et d'un bureau des requêtes. La loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 prévoit, dans un article 6,

¹¹¹⁶ Si la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) prévoit, en son article 85, que les arrêts de cassation sont retranscrits au *Bulletin*, les arrêts de rejet, les seuls que puissent rendre la chambre des requêtes, ne le sont que sur l'agrément du procureur général.

¹¹¹⁷ Ce magistrat est cité par Émile Reverchon, qui ajoute au sujet de l'auteur de cette saillie, en note de bas de page : « Un des plus savants jurisconsultes de ce temps, ancien avocat général à la Cour de cassation, M. de Vatimesnil ne manquait jamais, lorsqu'on lui citait un arrêt de la Cour de cassation, de s'enquérir s'il émanait de la chambre des requêtes ou de la chambre civile » (REVERCHON, Émile, « De la chambre des requêtes de la Cour de cassation », *Revue pratique de droit français*, 1861, t. XI, p. 311).

¹¹¹⁸ L'ordonnance du 15 janvier 1826, portant règlement du service de la Cour de cassation, attribue aux trois formations de la Cour de cassation le vocable de *chambre* (article 1^{er}). Par défaut, le terme de chambre est employé dans les développements ci-dessous.

la création d'un bureau des requêtes, au rôle simple : « examiner et juger si les requêtes en cassation ou en prise à partie doivent être admises ou rejetées », sur le modèle du bureau des cassations de l'ancien Conseil des parties. Ce bureau doit permettre de trier l'importante masse d'affaires portées devant le Tribunal de cassation, en se prononçant, à la majorité des trois quarts de ses membres, pour rejeter ou admettre un pourvoi. Son institution permet à la formation habilitée à prononcer des cassations de ne s'occuper que des requêtes présentant des questions de droit nouvelles ou pertinentes. Mais, dès 1790, l'institution d'une telle formation, proposée par Isaac Le Chapelier, ne fait pas l'unanimité. Certains, tel le député Joseph Prugnon, craignent que ce bureau, à l'encontre duquel aucune garantie n'est prévue pour empêcher une dérive arbitraire dans la transmission des pourvois, emprunte ses travers à celui dont il est l'imitation – le bureau de cassation filtrant l'accès au Conseil privé – et ne dérive, de la même manière, vers le « despotisme »¹¹¹⁹.

Ce risque semble confirmé par l'absence de ligne claire instituée pour déterminer les motifs d'admission ou de rejet d'une requête ; la loi ne prévoyant, à cet égard, rien. En dépit de cette crainte, le bureau est bien institué et, à défaut de loi précise, c'est la doctrine qui en définit précisément le rôle. Or, celle-ci note qu'une différence de nature émerge bien entre les deux formations, dont Godart de Saponay se fait l'écho. En 1832, dans son ouvrage référence consacré à la Cour de cassation, Godart de Saponay résume le rôle, au moins théorique, auquel le bureau, devenu chambre des requêtes, doit se conformer : celui-ci ne peut – autant qu'elle ne doit – que se livrer à un « examen léger » des requêtes et « au moindre doute [renvoyer] sur-le-champ devant le tribunal définitif », à savoir la chambre civile. Elle n'est qu'une chambre « qui ne doit pas se permettre de statuer, à moins que le pourvoi ne soit évidemment sans moyens, et formé hors des délais, ou irrégulièrement »¹¹²⁰. Sans ambiguïté, il rappelle alors dans quel dessein a été créée la chambre des requêtes :

« La chambre des requêtes n'est qu'une commission d'examen préparatoire, mais qui ne doit rien prendre sur elle, et qui, dans le doute, doit plutôt admettre un pourvoi que le rejeter ; elle n'est véritablement qu'une chambre très accessoire, et tous les magistrats qui composent la Cour de cassation devraient en faire partie à tour de rôle, parce que les fonctions auxquelles elle est appelée par son institution naturelle, sont fatigantes et peu intéressantes, attendu qu'à cette chambre est dévolu plutôt un travail de bureau que le devoir de décider en connaissance de cause »¹¹²¹.

¹¹¹⁹ Joseph Prugnon s'exprime ainsi le 9 novembre 1790 à la Constituante (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XX, p. 332). V. GAU-CABEE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre...*, *op. cit.*, p. 42 et suiv.

¹¹²⁰ GODART DE SAPONAY, *Manuel de la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 8-9.

¹¹²¹ *Ibid.*, p. 9.

Ce rôle de filtre, peut-être mal défini, est en revanche vital au fonctionnement du Tribunal, en raison de l'affluence des pourvois, que les constituants n'avaient pas anticipée. Bien vite, le besoin d'évolutions institutionnelles se fait sentir. La première tient en un dédoublement de la section de cassation, aux fins de faire naître une section criminelle autonome. Créée en 1793 sans être nommée et, à l'origine, à titre seulement provisoire¹¹²², cette section absorbe seule le contentieux pénal, sans le recours préalable au bureau des requêtes ; en cette matière, l'urgence et la gravité des affaires conduisent à vouloir réduire les délais procéduraux et, mécaniquement, à se passer du filtre du bureau des requêtes. Ce fonctionnement tripartite du Tribunal est pérennisé par un décret du 2 brumaire an IV (24 octobre 1795), qui dispose que la formation, devenue section des requêtes, est désormais dédiée à la section civile et à son contentieux¹¹²³. La seconde évolution tient en des transformations terminologiques, qui se poursuivent trois décennies plus tard : la section des requêtes, suivant le même mouvement que les sections civile et criminelle, devient, elle aussi, une *chambre*¹¹²⁴. L'ordonnance de 1826 introduisant ce changement se veut simplement simplificatrice des notions : elle n'entend ni créer un socle d'égalité entre la chambre des requêtes et les deux autres chambres de cassation, ni modifier les attributions de la chambre des requêtes, dont les missions demeurent inchangées – concourir à désencombrer la chambre civile.

De ce nouveau mode d'organisation découle rapidement un consensus : les arrêts rendus par la chambre des requêtes n'ont pas vocation à former jurisprudence. Le chemin procédural des pourvois en cassation confirme cette lecture. Fruit de la nécessité, la chambre des requêtes doit maintenir le pourvoi en cassation comme un recours exceptionnel. Elle est un instrument utilisé, de concert avec la limitation des cas d'ouverture à cassation, pour restreindre l'exercice des recours en cassation. Elle n'a de raison d'être qu'au service d'une autre : la chambre civile. La conception qui préside à son institution conduit alors à voir la chambre des requêtes comme une formation subordonnée à la chambre civile : elle est un simple préalable, un filtre à l'accès

¹¹²² Décret du 22 août 1793 relatif à la prompt expédition des affaires portées au Tribunal de cassation, article 2 : « Provisoirement, et pour accélérer l'expédition des affaires, le Tribunal de cassation pourra, s'il le juge à-propos, se diviser en trois sections. »

¹¹²³ Décret du 2 brumaire an IV (24 octobre 1795) concernant l'organisation du Tribunal de cassation, article 1^{er} : « Les cinquante juges composant le Tribunal de cassation seront distribués en trois sections. » ; article 4, alinéa 2 : « La troisième section prononcera exclusivement sur les demandes en cassation en matière criminelle, correctionnelle et de police, sans qu'il soit besoin de jugement préalable d'admission. ». Cette organisation est confirmée par la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800), relative à l'organisation judiciaire, dont l'article 60 dispose que : « Le Tribunal se divisera en trois sections, chacune de seize juges. – La première statuera sur l'admission ou le rejet des requêtes en cassation ou en prise à partie, et définitivement sur les demandes soit en règlement de juges, soit en renvoi d'un tribunal à un autre. – La seconde prononcera définitivement sur les demandes en cassation ou en prise à partie, lorsque les requêtes auront été admises. – La troisième prononcera sur les demandes en cassation en matière criminelle, correctionnelle et de police, sans qu'il soit besoin de jugement préalable d'admission. »

¹¹²⁴ Ordonnance du 15 janvier 1826 portant règlement du service de la Cour de cassation, article 1^{er} : « La Cour de cassation se divise en trois chambres, savoir : la chambre des requêtes, la chambre civile, et la chambre criminelle. »

de la chambre civile, sans existence. Cette genèse explique que la chambre des requêtes n'a pas, à l'origine, à motiver ses décisions de rejet : ne créant rien, elle opère un tri mécanique, dont l'évidence n'est pas à démontrer, dans l'admission des pourvois. Le procédé se révèle, en théorie, simple : la chambre des requêtes est une chambre d'essai, qui ne peut craindre de se tromper ou d'innover, puisqu'en cas de doute ou de nouveauté, elle se doit de transmettre. Cette opinion est confortée par un autre fait procédural : seule la chambre civile juge contradictoirement¹¹²⁵. Or, quelle jurisprudence pourrait naître d'une décision prise à huis clos, entre magistrats ? Cette vision de l'office de la chambre des requêtes trouve naturellement écho dans les décisions rendues par les juridictions du fond. Aussi, la Cour royale de Dijon excipe-t-elle opportunément la qualité de la chambre des requêtes, pour disqualifier une position adoptée par cette dernière et décider, souverainement, en matière d'adoption d'enfant adultérin en disant que :

« si dans des temps plus récents, la jurisprudence a paru subir quelques variations sur la question, ces variations ne doivent avoir aucune influence [...] parce que les arrêts dont on peut exciper n'émanent que de la chambre des requêtes et ne font pas jurisprudence »¹¹²⁶.

Mais, en dépit de tels propos et de la position subalterne de cette chambre, il ne s'agit pas de nier son apport à la marche de la Cour de cassation : son activité est considérable, puisqu'elle conduit à évacuer deux tiers des pourvois¹¹²⁷. Cet affairement n'empêche cependant pas l'augmentation des arriérés devant la Cour. Face à l'essor des pourvois en cassation, une voie pourtant exceptionnelle, plusieurs réponses sont apportées par le législateur : l'augmentation du nombre de conseillers, l'abaissement du quorum de conseillers requis pour la formation de jugement¹¹²⁸ et la réduction des temps de l'instruction¹¹²⁹. Ces solutions se révèlent cependant insuffisantes puisqu'elles ne remédient pas aux lenteurs procédurales dénoncées par les justiciables. Au contraire, elles ne répondent pas à une situation de plus en

¹¹²⁵ La loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution du Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, précise en ses articles 10 et 11 que les audiences de la section – par opposition au bureau des requêtes – sont publiques et que les plaideurs peuvent y présenter leurs observations.

¹¹²⁶ CR Dijon, 1^{er} mars 1828, reproduit sous Cour cass., civ., 26 juin 1832, *Guérin c/ Comte*, S. 1832. I. 556. L'arrêt est néanmoins cassé.

¹¹²⁷ Cette proportion est avancée André Dupin, qui énonce à la Chambre des députés, en février 1849, que : « Or, messieurs, quelle est la moyenne des rejets de la chambre des requêtes ? Les deux tiers. La moyenne, c'est six cents pourvois par an, et quatre cents rejetés par la chambre des requêtes. » (*Moniteur universel*, 4 février 1849, p. 372). Dans son étude consacrée à la Cour de cassation, Caroline Gau-Cabée évoque, quant à elle, un chiffre de trois cinquièmes des pourvois (GAU-CABÉE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre...*, op. cit., p. 26).

¹¹²⁸ Lors de l'institution du Tribunal de cassation, la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 prévoit, en son article 10, que « la section de cassation ne pourra juger qu'au nombre de quinze juges au moins ». L'ordonnance du 15 janvier 1829, portant règlement pour le service de la Cour de cassation, prévoit désormais que « les chambres ne rendent d'arrêts qu'au nombre de onze membres au moins » (article 3).

¹¹²⁹ Déjà le décret du 22 août 1793 obligeait le Tribunal de cassation à juger sous deux mois les affaires déjà parvenues à lui (article 1^{er}), et sous un mois, les affaires à venir (article 4), « à peine de destitution ».

plus décriée : les conflits entre la chambre civile et la chambre des requêtes. Il apparaît vite que la séparation de nature imaginée entre chambre civile et chambre des requêtes n'a de réalité que dans le texte littéral de la loi ; dans les faits, le rôle de filtrage de la chambre des requêtes s'affirme vite comme un moyen détourné d'opérer un contrôle tel qu'il influence, si ce n'est créée, de la jurisprudence. De formations complémentaires, les deux chambres deviennent rivales, dès lors que la chambre des requêtes émet de véritables thèses de droit.

Sous-section 2. – L'essor d'un auxiliaire libre

Les propos de Godart de Saponay racontent une histoire idéale de ce que devrait être la chambre des requêtes ; mais, de l'aveu même de cet auteur, il apparaît que la chambre des requêtes a largement dépassé les carcans de ses attributions. Il fustige ainsi le rôle devenu exorbitant de cette chambre dont l'œuvre nuit tant au droit qu'aux justiciables :

« la chambre des requêtes, sur l'institution de laquelle, nous le dirons franchement, le législateur s'est trompé, tend plutôt, par le vice de son institution et par la force des choses, à refuser l'entrée du temps de la justice à ceux qui la réclament qu'à la leur faire rendre »¹¹³⁰.

La source de ces maux semble gésir dans la loi de 1790 instituant le Tribunal de cassation, en ce qu'elle minore, dès l'origine, la franche dichotomie entre section civile et bureau des requêtes, en prévoyant, par son article 6, que les conseillers à la Cour de cassation évoluent alternativement dans l'une comme l'autre formation¹¹³¹. En pratique, ce roulement n'est pas respecté ; il disparaît de l'ordonnance du 15 janvier 1826. Au demeurant, cette prévision introduit un ver dans le fruit : ce roulement, s'il était réalisé, contribuerait à brouiller les frontières entre les deux formations ; sa suppression permet, à l'inverse, la consécration du fonctionnement libre de la chambre des requêtes. Or, c'est probablement ce second écueil qui pèse le plus, à terme, sur la distinction des prérogatives entre les formations et l'autorité de la chambre civile. Selon Caroline Gau-Cabée, par l'effet de cette évolution, provoquée par la

¹¹³⁰ GODART DE SAPONAY, *Manuel de la Cour de cassation...*, op. cit., p. 8.

¹¹³¹ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution du Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 6 : « À cet effet, tous les six mois, le Tribunal de cassation nommera vingt de ses membres pour former un bureau qui sous le titre de bureau des requêtes, aura pour fonctions d'examiner et de juger si les requêtes en cassation ou en prise à partie doivent être admises ou rejetées : ce bureau ne pourra juger qu'au nombre de douze juges au moins. »

pratique et confirmée par la législation, la chambre des requêtes « a donc une composition fixe, [...] qui va contribuer à renforcer son autonomie et favoriser la réalisation de ses ambitions prétoriennes, dans le cadre d'une mission de filtrage qu'elle a progressivement dévoyée »¹¹³².

Cette remarque rejoint l'intuition du rôle débordant de la chambre des requêtes, née de l'utilisation de la *Gazette des tribunaux*, qui se fait le relais des décisions prises tant par cette chambre que par la chambre civile. Or, comment expliquer la présence dans un quotidien de *jurisprudence*, d'arrêts pris par une chambre dont il n'est justement pas attendu qu'elle ait un rôle jurisprudentiel ? La reproduction des arrêts de la chambre des requêtes témoigne tant de son influence auprès des institutions judiciaires que de son apport à la science du droit. Ce constat est encore confirmé par la lecture des *Grands arrêts de la jurisprudence civile* : paru pour la première fois en 1934 à l'instigation de Henri Capitant, cet ouvrage reprend des décisions tant de la chambre des requêtes que de la chambre civile¹¹³³. Dès lors, d'aucuns peuvent nier le rôle créateur de la chambre des requêtes. Dès le XIX^e siècle, Adolphe-Pierre Tarbé des Sablons s'en fait le porte-voix :

« la chambre des requêtes veut et doit avoir une jurisprudence. Elle prend pour règle la loi d'abord, les arrêts des chambres réunies en second lieu, et enfin les arrêts de la chambre civile, autant que faire se peut »¹¹³⁴.

Cette dernière incise trahit la difficulté qui attend la chambre civile, dont l'autorité et la jurisprudence risquent d'être malmenées par une chambre des requêtes affranchie de ses carcans institutionnels : puisque rien n'oblige la chambre des requêtes à adopter la ligne prescrite par la chambre civile. Par ailleurs, cette désunion est accentuée par trois facteurs, qui, fonctionnant conjointement, permettent la création d'une jurisprudence propre à la chambre des requêtes.

La première cause réside dans le même fait qui a permis l'émergence d'une jurisprudence de la Cour de cassation : l'obligation de motivation. Ce principe, imposé aux chambres civile et criminelle, est appliqué à la chambre des requêtes dès l'an II (1794)¹¹³⁵. Ainsi, aux mêmes causes, les mêmes effets : l'exigence de motivation rend ostensible le raisonnement ayant concouru à la décision – s'agissant de la chambre des requêtes, un arrêt de rejet – et met en lumière tant la création d'une jurisprudence indépendante que les divergences de motivation entre les chambres des requêtes et civile. Pour preuve de la conscience du handicap ainsi causé : la volonté de supprimer la motivation des arrêts de rejet de la chambre des requêtes. Un projet de loi est déposé en ce sens le 18 septembre 1814, au motif que la

¹¹³² GAU-CABEE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre...*, op. cit., p. 51.

¹¹³³ CAPITANT, Henri, TERRE, François, & LEQUETTE, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit.

¹¹³⁴ TARBE DES SABLONS, Adolphe-Pierre, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation...*, op. cit., p. 96.

¹¹³⁵ Décret du 4-15 germinal an II (24 mars-4 avril 1794), article 6 : « À l'avenir, tous les jugements par lesquels le Tribunal de cassation rejettera des requêtes en cassation, seront motivés. »

V. *infra*, §1. – La motivation des décisions.

motivation retenue risque d'influencer les décisions à venir des juridictions du fond. Le projet conduit même à discuter la suppression de cette chambre ou de sa transformation en une seconde chambre civile. En vain, le projet échoue au nom de l'ingérence dans le fonctionnement de la Cour qu'il conduit à opérer ; la chambre des requêtes subsiste et ses arrêts de rejet demeurent motivés¹¹³⁶.

Ce choix en droit est alimenté par une deuxième cause de nature factuelle : l'attitude des magistrats composant la chambre des requêtes ; ainsi que le relève Caroline Gau-Cabée :

« paradoxalement, le caractère non contradictoire de l'instance devant la chambre des requêtes va faire le lit de la jurisprudence. Les magistrats s'efforcent de compenser l'absence de mémoire en défense par une étude minutieuse du dossier, un rapport mûri et soigné, étayé par une solide argumentation juridique, un délibéré exigeant nourri par des réflexions approfondies. Les conseillers de la chambre des requêtes, qui revendiquent la même compétence que leurs homologues de la chambre civile, alimentent ainsi le substrat nécessaire à la production de décisions prétorienne »¹¹³⁷.

Au-delà des ralentissements sur le rendu de la justice que cette attitude provoque, elle permet le prononcé de décisions étayées, dont la pertinence et la rigueur sont plus difficilement contestables tant par la doctrine que par le reste de la Cour de cassation.

Mais cela complique encore le rôle de la chambre civile, déjà démunie – et c'est là la troisième cause – : la loi ne lui offre aucun moyen pour contrôler ou contester les décisions par lesquelles il est fait le choix de transmettre ou non un pourvoi. Or, il apparaît, dans cet exercice, que la chambre des requêtes choisit souvent la voie du rejet, alors que la question litigieuse aurait pu appeler une réflexion de la chambre civile¹¹³⁸.

Néanmoins, cette attitude de la chambre des requêtes ne paraît pas fondamentalement incompatible avec sa mission. Le fonctionnement théorique de la Cour de cassation devrait conduire à ce que la seule chambre civile soit source de jurisprudence. Cela tient à ce que l'autorité finale sur un point de droit litigieux lui revient : la chambre civile seule doit pouvoir

¹¹³⁶ CARRE, Guillaume-Louis-Justin, *Traité des lois, de l'organisation judiciaire et de la compétence des juridictions civiles*, nouvelle édition, revue, annotée et mise en harmonie avec les nouvelles institutions et les progrès de la jurisprudence par Victor Foucher, Paris, P. Dupont & Caillex, 1834, t. VIII, p. 230.

¹¹³⁷ GAU-CABEE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre...*, *op. cit.*, p. 52.

¹¹³⁸ C'est du moins la conclusion à laquelle parvient Émile Reverchon, qui dresse, en 1861, deux constats : « d'une part, il ne se passe pas de mois sans que la chambre des requêtes rejette des pourvois à l'admission desquels le rapporteur ou l'avocat général, et quelquefois tous les deux, ont cependant conclu. Or, l'opinion que l'examen spécial d'une affaire a inspirée aux magistrats chargés de cet examen peut bien en définitive, être erronée ; mais elle prouve catégoriquement qu'il y avait, dans cette affaire, une question susceptible de controverse. D'autre part, que l'on prenne un volume quelconque d'un des recueils périodiques de jurisprudence de ces dernières années ; que l'on compte les arrêts notables que la Cour de cassation a rendus pendant une de ces années, et l'on constatera que le nombre des questions à la fois neuves et délicates sur lesquelles a statué la chambre des requêtes excède sensiblement le nombre des questions de même nature sur lesquelles a statué la chambre civile » (REVERCHON, Émile, « De la chambre des requêtes de la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 310).

établir durablement une jurisprudence. Mais cela n'interdit pas, à l'inverse, la chambre des requêtes d'entretenir des controverses juridiques sur des points de droit, nouveaux et débattus par les juridictions du fond. Cette vision répond au moins au vœu d'André Dupin, qui, s'exprimant à la Chambre des députés en 1849, rejette toute idée de jalousie entre les deux chambres et voit plutôt dans cette organisation « un partage naturel d'attributions », une « émulation » au service de leurs devoirs respectifs¹¹³⁹. Cette interprétation du rôle respectif des deux chambres ne prévient pas un écueil : une divergence potentielle de positions, qui trouble tant les juridictions du fond que les justiciables. Ce d'autant que les divergences entre les deux chambres sont diffuses, touchant différents types de contentieux : en matière de partage d'ascendant, de libéralités faites à l'enfant naturel, de sommes payées en exécution de traités secrets relatifs à la cession des offices, de rectifications d'actes d'état civil¹¹⁴⁰. Voire, dans le traitement des décrets impériaux, à l'application desquelles la chambre des requêtes a pu refuser de se livrer, quand la Cour de cassation a, dans l'ensemble, exprimé une volonté d'en laisser se produire les effets¹¹⁴¹.

Plus largement, la chambre des requêtes peut entretenir, seule, une ligne jurisprudentielle en rejetant des pourvois, alors qu'il est possible de penser qu'une admission des pourvois aurait permis la tenue de débats et, peut-être, une évolution jurisprudentielle par la chambre civile. Une thématique illustre particulièrement ce trouble jeu de la chambre des requêtes : le contentieux du mariage des prêtres, qu'elle a cloisonné, tout le siècle durant. Un tel mariage est, en droit canonique, interdit. Au XVI^e siècle, le Concile de Trente (1545-1563) réitère l'impératif de célibat des prêtres, jugeant incompatible cette qualité avec la vie maritale. Un débat subsiste néanmoins quant à la portée de cette interdiction canonique en droit civil : la qualité de prêtre, même sorti des ordres, est-il un empêchement prohibitif au mariage, ou simplement un empêchement dirimant, ne conduisant pas à l'annulation du mariage ? Si la Révolution a mis fin aux vœux perpétuels¹¹⁴² et a encouragé le mariage des prêtres par diverses

¹¹³⁹ *Moniteur universel*, 4 février 1849, p. 372.

¹¹⁴⁰ V. DUBIE, Charles, *Essai sur la technique des conflits de jurisprudence en droit civil*, Pau, G. Lescher-Moutoué, 1932, p. 217 et suiv. ; HOUYVET, Henri, *La chambre des requêtes de la Cour de cassation*, Paris, Rousseau, 1906, p. 144 et suiv.

¹¹⁴¹ MESTRE, Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », dans *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice...*, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁴² Décret du 13 février 1790 qui prohibe en France les vœux monastiques de l'un et de l'autre sexe, article 1^{er} : « La loi constitutionnelle du royaume ne reconnaîtra plus de vœux monastiques solennels des personnes de l'un ni de l'autre sexe : en conséquence, les ordres et congrégations réguliers dans lesquels on fait de pareils vœux sont et demeureront supprimés en France, sans qu'il puisse en être établi de semblables à l'avenir. »

dispositions¹¹⁴³, la signature du Concordat du 26 messidor an IX (15 juillet 1801), qui entre en vigueur par l'effet de la loi 18 germinal an X (8 avril 1802), relance cette question.

L'union étroite entre l'Église catholique et le pouvoir politique interroge l'effet des obligations – et ici, surtout, des prohibitions – religieuses, dans l'ordre civil. Deux circulaires du ministre des cultes, Jean-Étienne-Marie Portalis, du 14 janvier 1806 et 30 janvier 1807, censées régler la question, entretiennent en réalité le débat : si le ministre énonce, dans la première circulaire, que « Sa Majesté impériale et royale, en considération de la religion et des mœurs, vient d'ordonner qu'il serait défendu à tous les officiers de l'état civil de recevoir l'acte de mariage du prêtre X », le même doit avouer, dans la seconde, que « la loi civile se tait sur le mariage des prêtres »¹¹⁴⁴. Preuve en est, un projet de loi est discuté au Conseil d'État pour interdire le mariage des prêtres en 1813 ; mais la mesure n'advient jamais¹¹⁴⁵. À défaut de texte sur le sujet, il est permis de penser un tel mariage valable.

Aussi, le débat perdure-t-il pendant plusieurs décennies, autant en doctrine que devant les juridictions¹¹⁴⁶. Si Charles Demolombe y est favorable¹¹⁴⁷, Victor-Napoléon Marcadé s'y oppose¹¹⁴⁸. Pellegrino Rossi, qui a été ministre de Pie IX, considère, lui, qu'un officier d'état civil ne doit pas s'opposer à une telle union¹¹⁴⁹ ; de même qu'André Dupin, qui considère à l'endroit des ministres du culte que « la défense qui leur est faite du mariage par ces règlements

¹¹⁴³ Le décret du 7 août 1792 relatif aux pensions et traitements des religieux et religieuses, aux meubles et effets des maisons qu'ils habitaient, et à l'aliénation de ces maisons, maintient les traitements et pensions des ministres du culte mariés (article 6). Le décret du 17 décembre 1792 admet que le religieux, auquel a été refusé le droit de se marier, puisse se pourvoir devant les tribunaux. Le décret du 19 juillet 1793 ordonne la déportation des évêques faisant obstacle au mariage des prêtres. Le décret du 12 août 1793, relatif aux procédures ayant pour objet les obstacles apportés au mariage des prêtres, rend nulle toute destitution d'un ministre du culte décidée au motif qu'il serait marié (article 1^{er}).

¹¹⁴⁴ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 (26 messidor an IX), les articles organiques publiés en même temps que ce Concordat (loi du 15 germinal an X, 8 avril 1802) et sur diverses questions de droit public, concernant la liberté des cultes, la protection qui leur est due, leur établissement dans l'état et leur police extérieure, les associations religieuses, l'instruction et les écoles publiques*, Paris, Joubert, 1845, p. 571-572.

¹¹⁴⁵ LODS, Armand, *Le mariage des prêtres devant la loi civile*, Paris, E. Thorin, 1888, p. 11 et suiv.

¹¹⁴⁶ Devant la Cour de cassation, à l'occasion du jugement de l'affaire *Dumonteil* (Cour cass., req., 21 février 1833, *Dumonteil*, S. 1833. I. 168), l'avocat Jules Nachet produit un mémoire par lequel il appelle en préambule à faire « prévaloir la volonté du législateur sur la volonté du magistrat » et, pour établir à la possibilité pour le prêtre prévenu de contracter mariage, conclut « qu'aucune loi civile n'a consacré la discipline de l'Église dans l'ordre civil, et qu'à supposer qu'une pareille loi eût jamais existé, elle serait abrogée par la Charte » (NACHET, Jules, « Liberté du mariage, des prêtres ; mémoire produit à la cour de cassation pour M. Dumonteil fils », *Gazette des tribunaux*, 23 février 1833, t. VIII, n°2348). Le système défendu par l'avocat repose sur une défense active de la liberté et de l'égalité des cultes, telles que garanties par la Charte du 14 août 1830 (v. NACHET, Jules, *De la liberté religieuse en France, ou Essai sur la législation relative à l'exercice de cette liberté*, 2^e éd., Paris, Landois, 1833).

¹¹⁴⁷ DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code civil, op. cit.*, t. III, « Traité du mariage et de la séparation de corps », p. 187 et suiv.

¹¹⁴⁸ MARCADE, Victor-Napoléon, & PONT, Paul, *Explication théorique et pratique du Code civil : contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 8^e éd., Paris, Delamotte & fils, 1884, t. V, p. 443.

¹¹⁴⁹ ROSSI, Pellegrino, *Cours de droit constitutionnel*, recueilli par A. Porée, Paris, Guillaumin, 1866, t. II, « Vingt-cinquième leçon », p. 46-62.

[ecclésiastiques] n'est point consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil » et qu'il faut « conserve[r] aux individus toute la liberté et tous les avantages garantis par les lois de l'État ; mais il eût été injuste d'aller plus loin »¹¹⁵⁰. En 1833, cette pensée conduit logiquement le procureur général à conclure à l'admission du pourvoi formé par un homme, préalablement engagé dans la prêtrise et à qui est refusé le droit de se marier civilement. L'opposition à son mariage, fondée sur son engagement dans les ordres sacrés, est repoussée en première instance, dont le jugement est néanmoins infirmé en appel. Un pourvoi est formé par l'homme d'église.

En dépit de conclusions favorables à l'ancien ministre des cultes, par lesquelles André Dupin exhorte la chambre des requêtes à juger « non par les motifs d'une loi à faire, mais d'après la législation existante ; par la logique du droit et non par les considérations passionnées »¹¹⁵¹, celle-ci rejette le pourvoi. Au visa des articles 6 et 26 du Concordat de l'an X, aux termes desquels « les prêtres catholiques sont soumis aux canons qui étaient reçus en France à l'époque de cette loi, et par conséquent à ceux qui prohibaient le mariage des ecclésiastiques promus aux ordres sacrés », la chambre retient que « le Code civil et la Charte n'ont apporté aucune modification ni dérogation à la loi précitée », lui permettant de conclure à l'illicéité du mariage¹¹⁵². Le prononcé de cette décision conduit, deux jours plus tard, le procureur général à s'exprimer, à la Chambre des députés, en faveur de la proposition de loi d'Auguste Portalis, relative au mariage des prêtres qui ont renoncé au ministère des ecclésiastiques¹¹⁵³. En vain, la proposition, déposée le 11 février¹¹⁵⁴ et objet d'un débat houleux le 23¹¹⁵⁵, n'advient pas.

La chambre des requêtes maintient cette opinion en 1847¹¹⁵⁶ et, encore, en 1878¹¹⁵⁷, fermant, par ses arrêts de rejet, la porte à un débat contradictoire sur un contentieux à l'égard duquel, du parquet au siège, une évolution est mandée. Cependant, il faut reconnaître que la chambre des requêtes n'est pas parfaitement isolée dans cette voie. Elle a, pour elle, le soutien

¹¹⁵⁰ DUPIN, André, *Manuel du droit public ecclésiastique français*, 2^e éd., Paris, Videcoq père & fils, 1844, p. 214.

¹¹⁵¹ DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, *op. cit.*, t. III, p. 48.

¹¹⁵² Cour cass., req., 21 février 1833, *Dumonteil*, S. 1833. I. 168.

¹¹⁵³ DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, *op. cit.*, t. III, p. 405-411.

V. *supra*, A. – Le comportement des magistrats.

¹¹⁵⁴ *Moniteur universel*, 12 février 1833, p. 351.

¹¹⁵⁵ *Moniteur universel*, 24 février 1833, p. 505.

¹¹⁵⁶ Cour cass., req., 23 février 1847, *Vignaud*, S. 1847. I. 177. Un arrêt de rejet, auquel répondent deux propositions de loi : l'une est discutée à la Chambre en février 1849 (*Moniteur universel*, 12 février 1833, p. 351) ; l'autre est déposée par le député Benjamin Raspail, le 12 décembre 1850 (*Moniteur universel*, 13 décembre 1850, p. 3565).

¹¹⁵⁷ Cour cass., req., 26 février 1878, *Aupy c/ Lemontagner*, S. 1878. I. 241. Un arrêt de rejet, auquel répond une proposition de loi déposée par le député Saint-Martin, le 10 mars 1879 (*Journal officiel*, 11 mars 1879, p. 1883).

de certaines juridictions¹¹⁵⁸ ; de même que l'adhésion de l'arrétiste Armand Dalloz¹¹⁵⁹ et certains des plus grands orateurs de la Cour de cassation, tel Ernest de Royer qui estime que la chambre a su saisir « l'esprit essentiel et le sens nécessaire du Concordat de l'an X »¹¹⁶⁰. En maintenant sa ligne jurisprudentielle, la chambre des requêtes omet cependant de prendre en considération la position établie par la chambre civile, dès l'orée de ce siècle. En effet, dès 1809, la Cour de cassation, en sa chambre civile, casse un arrêt de la Cour de Bordeaux déclarant un prêtre, ayant quitté les ordres, incapable de contracter mariage, pavant la voie à la reconnaissance d'une union¹¹⁶¹. Mais la chambre des requêtes fait fi de cette solution pendant plusieurs décennies : il faut attendre la fin du XIX^e siècle pour que la chambre civile dispose, enfin, de l'opportunité de réitérer sa doctrine sur ce contentieux.

En 1886, la Cour d'appel d'Amiens accueille, contrairement à la doctrine de la chambre des requêtes, les prétentions maritales d'un prêtre. Pourvoi est formé, qui doit passer le filtre préalable de la chambre des requêtes. Face à cet arrêt admettant une voie qu'elle a désavouée, la chambre des requêtes n'a d'autre possibilité que d'admettre et de transmettre la requête, aux fins de voir annuler la décision d'appel. Or, la chambre civile confirme l'arrêt et rejette le pourvoi, se conformant ainsi aux conclusions de son procureur général, Abel-Antoine Ronjat. Admettant qu'une telle union n'est prohibée par aucun texte, ce dernier retient malicieusement :

« [qu'on] soutient que le Code est muet. Ce serait suffisant pour faire rejeter le pourvoi ; vous ne pouvez annuler une décision qui ne viole aucun texte ; vous ne pouvez prononcer une nullité qui n'est pas inscrite dans la loi : c'est ce qu'a jugé la chambre des requêtes elle-même, le 10 novembre 1858 »¹¹⁶².

¹¹⁵⁸ Conf. : CR Paris, 27 décembre 1828, *Dumonteil*, *Gazette des tribunaux*, 28 décembre 1828, t. IV, n°1057 ; CR Limoges, 17 janvier 1846, *Vignaud*, S. 1846. II. 97 ; Trib. Agen, 6 juillet 1860 (cité par PLOCQUE, Auguste, *De la condition juridique du prêtre catholique*, Paris, L. Larose & Forcel, 1887, p. 169-170).

¹¹⁵⁹ À l'occasion de l'arrêt rendu par la chambre des requêtes en 1833, Armand Dalloz publie un article explicitant la réflexion de la formation et invitant, au demeurant, le législateur à agir pour faire cesser de préjudiciables variations jurisprudentielles (v. « Jurisprudence sur le mariage des prêtres et l'arrêt de la chambre des requêtes », *Gazette des tribunaux*, 19 juillet 1833, t. VIII, n°2473).

¹¹⁶⁰ L'orateur poursuit ainsi son oraison : « elle [la chambre des requêtes] a vu dans la loi organique de ce Concordat un acte destiné à régler, dans les termes d'un respect loyal et réciproque, les rapports les plus délicats de l'État et de l'Église catholique, et, de même que l'Église est obligée d'exécuter et de respecter les lois de l'État, de même elle a jugé que l'État ne pouvait pas, en laissant célébrer par ses officiers le mariage d'un ecclésiastique, jeter la perturbation dans les règles qui font, d'après les canons reçus en France, la condition et la sainteté du prêtre » (COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. II, 1852-1861, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 3 novembre 1854. Discours de M. Royer, procureur général impérial », p. 71).

¹¹⁶¹ Dans cette espèce, l'abbé Charonceuil se lie civilement par mariage avec Gabrielle Petit, qu'il abandonne au profit d'une autre. L'épouse délaissée s'oppose à la nouvelle union que son époux veut former. En appel, la Cour de Bordeaux reconnaît la validité du premier mariage, du fait de la dispense pontificale obtenue par l'abbé – et non par l'effet des lois civiles. La Cour de Bordeaux considère ainsi que si l'abbé Charonceuil a été relevé de ses vœux par le Pape afin d'épouser Gabrielle Petit, cette dispense ne produit d'effet qu'à l'égard de celle-ci et ne peut lui permettre d'épouser ultérieurement une autre personne (Cour cass., civ., 16 octobre 1809, *Charonceuil*, *Journal des audiences de la Cour de cassation*, 1809, p. 466).

¹¹⁶² Conclusions rapportées sous Cour cass., civ., 25 janvier 1888, *Sterlin c/ Houpin*, *Gazette des tribunaux*, 4 mars 1888, t. LXIII, n°18905.

L'arrêt d'appel, conforme au droit, ne peut être sanctionné au motif de sa contrariété avec la doctrine jurisprudentielle de la chambre des requêtes. Aussi, le 25 janvier 1888, la chambre civile reconnaît-elle la validité du mariage contracté par un prêtre qui a quitté son état, au terme d'une motivation sans équivoque :

« le mariage est permis à toute personne à qui la loi ne l'interdit pas, et qu'il n'existe, ni dans le code civil ni ailleurs, aucune loi qui l'interdise au prêtre catholique au regard de l'autorité civile ».

Ainsi, aux seules « peines spirituelles que croira devoir prononcer contre lui l'autorité ecclésiastique [...] se bornent les effets de la loi de germinal, qui, suivant son intitulé, n'est relative qu'à l'organisation des cultes, et nullement à l'état civil des personnes » ; sans pouvoir atteindre les « droits d'homme et de citoyen »¹¹⁶³. À l'aube du ^{xx}e siècle, la liberté du prêtre est consacrée par les juridictions judiciaires, qui tiennent pour constante la primauté des lois civiles sur les règles religieuses. Au demeurant, il est vraisemblable qu'une telle solution ne pouvait être consacrée que dans un contexte politique et social favorable, comme semble l'être l'avant-dernière décennie du siècle¹¹⁶⁴. Sous ce prisme, les décisions des cours de justice apparaissent comme le reflet des mutations sociétales.

Ce récit invite à faire deux remarques. La première tient à l'autorité de la chambre des requêtes, dont les décisions peuvent bien être élevées au rang de jurisprudence. Certes, la pérennité de ses solutions n'est jamais pleinement acquise, tant sa doctrine peut être renversée par la chambre civile. Mais cette circonstance est impuissante à disqualifier comme source de jurisprudence les décisions qui émanent de la chambre des requêtes. D'autre part, l'issue du débat relatif au mariage des prêtres ne doit pas conduire à penser la chambre des requêtes comme une formation conservatrice, rétive aux évolutions jurisprudentielles. Elle y participe probablement autant que la chambre civile. Aussi, dès 1849, cette conviction conduit-elle André Dupin à défendre la formation, dont les interférences, reflets de la diversité humaine, sont au fond « minime[s] » :

« [c'est] quand la Cour de cassation, en moyenne, juge douze cents affaires par an, tant aux requêtes qu'au civil et au criminel ; quand, depuis soixante ans, cela fait 80 000 affaires, on est venu vous dire qu'il y avait onze questions dans

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ La laïcisation de la société, portée notamment par Jules Ferry, est bien en marche dans les années 1880. Cela passe par l'institution d'une école primaire gratuite et laïque (lois du 16 juin 1881 et du 28 mars 1882) ; le rétablissement du divorce (loi du 27 juillet 1884) ; ou encore la laïcisation du personnel enseignant (loi du 30 octobre 1886). Ensemble, cette politique prépare le schisme opéré entre l'État et les Églises, par la loi du 9 décembre 1905.

V. BARJOT, Dominique, CHALINE, Jean-Pierre, & ENCREVE, André, *La France au ^{xix}e siècle...*, *op. cit.*, p. 479 et suiv.

lesquelles la chambre des requêtes avait été en dissidence avec la chambre civile [...], qu'on présenterait la dissidence de la chambre des requêtes avec la chambre civile comme pouvant faire difficulté ! »¹¹⁶⁵.

Si, selon le procureur général, la dissidence de la chambre des requêtes n'est que minime, elle porte, néanmoins, en puissance, le risque d'une incohérence jurisprudentielle et d'une illisibilité du droit, en empêchant, d'une part, la tenue de débats contradictoires devant la chambre civile et en privant, d'autre part, la chambre civile du privilège de créer seule une politique jurisprudentielle harmonisée.

Mais, pour l'heure, la chambre des requêtes est sauvée : en 1849, ces débats, relatifs à un projet de loi proposant sa suppression, ne donnent lieu à aucune réorganisation de la Cour de cassation. À tout le moins, les discussions relatives au rôle et aux dissidences possibles de la chambre des requêtes illustrent la liberté dont jouit la Cour de cassation : les oppositions entre chambre civile et chambre des requêtes montrent que l'application du droit se débat au sein de la Cour ; ces antagonismes dans l'interprétation du droit sont la preuve même de l'indépendance fonctionnelle de la Cour de cassation, qui tranche, en interne et en toute autonomie, de la juste solution à adopter. Cette situation corrobore l'idée d'une Cour de cassation déliée des injonctions du législateur et participant activement à la création du droit, quoique cette mission provoque parfois la confusion tant des justiciables que des juridictions du fond. Une situation délicate si joliment résumée par Jacques Boré :

« la Cour régulatrice du droit, chargée d'assurer l'unité de la jurisprudence, montrait aux juristes étonnés... deux étoiles polaires »¹¹⁶⁶.

En pratique, la chambre des requêtes ne pouvait survivre à une telle contradiction, sans porter atteinte à l'unité même de la Cour de cassation, en dépit de son apport aux débats doctrinaux. Souvent décriée, la chambre des requêtes survit néanmoins au XIX^e siècle et, en dépit des nombreuses tentatives législatives de prendre acte de sa suppression¹¹⁶⁷, elle se maintient jusqu'en 1947. La loi du 23 juillet 1947 supprime cette chambre et institue, concomitamment, une chambre commerciale, économique et financière¹¹⁶⁸. Cette évolution est néanmoins à double tranchant. Elle confirme, d'une part, la surcharge de travail des conseillers civilistes, qui ne peuvent prétendre répondre à tous les pourvois par le biais d'une unique chambre civile. Le rôle entrepris, parfois contre le texte de la loi, par la chambre des requêtes

¹¹⁶⁵ *Moniteur universel*, 4 février 1849, p. 372.

¹¹⁶⁶ BORE, Jacques, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *Recueil Dalloz*, 1995, Chronique, p. 140.

¹¹⁶⁷ Des propositions de loi visant la suppression de la chambre des requêtes sont déposées, à chaque fois sans succès, en 1835, 1848, 1850, 1870, 1880, 1803 et 1912.

V. GAU-CABEE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre...*, *op. cit.*, p. 63 et suiv.

¹¹⁶⁸ La Cour de cassation connaît, au XX^e siècle, au regard de ses formations, de multiples transformations. La chambre sociale est créée en 1938. En 1947, la chambre des requêtes est supprimée ; la même loi crée une chambre commerciale, économique et financière. Une deuxième et une troisième chambres civiles sont instituées en 1952.

semble, rétrospectivement, relever de la nécessité. Néanmoins, ce changement introduit, d'autre part, un risque : celui de voir coexister, au sein de la Cour de cassation, une dualité de jurisprudence. C'est pour pallier cet écueil qu'est introduite une innovation : la formation d'une « chambre mixte », créée en 1967, pour régler les conflits entre chambres civiles et maintenir ainsi une forme d'unité au sein de la Cour. La disparition formelle¹¹⁶⁹ de la chambre des requêtes et les tentatives de dialogue entre les chambres illustrent la nécessité de préserver l'harmonie au sein de la Cour de cassation, elle dont il est attendu qu'elle soit un phare tant pour les justiciables que les juges du fond. Bien plus, ces évolutions législatives montrent que :

« toute antinomie, toute contradiction, serait l'échec du droit, de ce fait même atteint dans son autorité. Jamais définitivement acquise, cette mise en cohérence est une quête permanente qui est l'œuvre du juge »¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁹ En pratique, en introduisant une procédure de non-admission – soit une forme de filtrage –, la réforme Canivet de 2001 recrée, sans le dire, les conditions d'une chambre des requêtes, un demi-siècle après sa disparition (article L.131-6 du Code de l'organisation judiciaire, modifié par l'article 27 de la loi du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature ; aujourd'hui, la procédure est codifiée aux articles 567-1-1 du Code de procédure pénale et 1014 du Code de procédure civile).

¹¹⁷⁰ GAU-CABEE, Caroline, *La cassation française à l'épreuve du nombre...*, op. cit., p. 482.

Conclusion

Les variations jurisprudentielles internes à la Cour de cassation et les discussions, souvent houleuses, entre juridictions judiciaires témoignent tant de la vitalité qui anime l'ordre judiciaire que de l'indépendance dont chaque juge s'est emparé pour exercer son office. La magistrature supérieure a exprimé son indépendance, en se déliant du politique, et a vu la loi consacrer cet état de fait. Ce mouvement n'eût été possible sans l'aide, et souvent les assauts, de la magistrature inférieure qui prétend aussi concourir à la formation du droit et, partant, aspire à la même indépendance. L'indépendance fonctionnelle n'est alors pas uniquement celle qui s'exprime de la magistrature à l'égard du politique : elle est aussi celle manifestée au quotidien par le plus petit tribunal de France, qui estime pouvoir s'approprier le droit pour en faire l'application qu'il juge la plus pertinente. De surcroît, les controverses jurisprudentielles, relatées par la doctrine et retranscrites dans les quotidiens de jurisprudence, sont la preuve la plus éclatante de l'avènement d'un pouvoir judiciaire, au fil du XIX^e siècle. La mue progressive de la Cour de cassation en témoigne le mieux. En 1762, Pierre Gilbert de Voisins¹¹⁷¹ affirme, trois décennies avant l'institution du Tribunal de cassation et alors que la cassation est encore une prérogative royale, que :

« La cassation est moins un acte de juridiction qu'un acte de puissance »¹¹⁷².

À sa création, le Tribunal de cassation, en dépit de son nom, ne semble capable ni de l'un ni de l'autre. Juridiction ? Il n'a de tribunal que le titre. La loi l'instituant lui refuse le rôle clair d'un troisième degré de juridiction ; et il n'est pas même certain que, placé sous la tutelle du pouvoir législatif, il soit une réelle juridiction. Puissance ? Il ne peut en être question à son égard : essentiellement conçu comme une chambre d'écho, le Tribunal de cassation n'est qu'un organe de transmission, au mieux de veille, entre les juridictions du fond et les pouvoirs constitués.

Il apparaît toutefois que cette définition va être (re)mobilisée au XIX^e siècle, pour rendre compte de l'évolution du rôle de la Cour de cassation, qui, progressivement, dans l'affrontement, prend la mesure de sa titulature. Au fil de ses décisions, elle s'est emparée de

¹¹⁷¹ Pierre Gilbert de Voisins (1684-1769) est nommé avocat du roi au Châtelet de Paris en 1703. En 1707, il est conseiller au parlement de Paris, dont il devient avocat général en 1718. Pourtant pressenti pour succéder au chancelier Henri-François d'Aguesseau, il est écarté, soupçonné de jansénisme. En 1757, il entre au Conseil des dépêches. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par Louis de Carbonnières, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 479-480

¹¹⁷² Cité par Ernest de Royer lors du discours de rentrée prononcé en 1854 (COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, *op. cit.*, 1852-1861, t. II, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 3 novembre 1854. Discours de M. Royer, procureur général impérial. *Des origines et de l'autorité de la Cour de cassation* », p. 6).

l'une puis de l'autre. D'abord, en s'affirmant comme une juridiction, créatrice de jurisprudence, appartenant bien à l'ordre judiciaire. Ensuite, en confirmant sa tutelle hiérarchique à l'endroit des juridictions ; ce que la loi de 1837 est venue confirmer. Dans ce second mouvement, c'est la perspective de la cassation qui a entretenu le pouvoir de la Cour : la cassation rappelle aux juridictions du fond le caractère précaire de leurs décisions et, quand elle est prononcée, signifie, publiquement, leur désaveu. Aussi, le curseur s'est-il déplacé : la cassation n'est plus un acte du souverain mais un acte par lequel la Cour de cassation manifeste sa souveraineté sur les juges du fond et confirme sa prise de pouvoir progressive, comme une preuve de sa puissance.

Plus largement, l'avènement de la Cour de cassation est à l'aune de la libération des juridictions judiciaires, obtenue par et pour elles-mêmes. Soumise, entravée et dénigrée, l'institution se relève des affronts du législateur et des constituants, pour s'imposer au XIX^e siècle comme une source de droit : tantôt négative – en censurant l'application de dispositions –, tantôt positive – en créant de nouvelles règles. Ainsi, elle peut, sans équivoque, paralyser le cours de la loi. L'institution judiciaire s'est donc élevée, dans l'ombre de la loi, pour rappeler combien pas plus que de lois, on ne peut se passer d'elle ; que, pas plus que les autres sciences, le droit n'est indifférent aux évolutions de la vie dont la jurisprudence est le nécessaire reflet. S'il lui faut encore attendre le XX^e siècle pour être proclamée reine à son tour, l'institution judiciaire, emmenée par la Cour de cassation, ose transgresser et travestir les règles de droit, dès les premières décennies du XIX^e. Le siècle n'est pas parfaitement sourd à cette éclosion : dès 1839, Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau en convenaient, en qualifiant l'interprétation donnée par le pouvoir judiciaire de « publique ou officielle », au même titre que la loi¹¹⁷³. Sous ce prisme, les écrits de Jacques Berriat-Saint-Prix apparaissent désuets, lui qui refusait de citer la jurisprudence au prétexte suivant :

« en théorie, les décisions judiciaires, n'ayant aucune force obligatoire, ne peuvent, comme les textes et les principes du droit, servir de base à des raisonnements : des citations d'arrêts ne sont pas des arguments »¹¹⁷⁴.

Force est de constater que le débat s'est déplacé : il s'agit moins de discuter l'existence et la nécessité de la jurisprudence que d'en discuter ses qualités et son autorité. Si certains, tel Alexandre-Auguste Ledru-Rollin, voient déjà dans la jurisprudence l'« apôtre et précurseur de la loi nouvelle »¹¹⁷⁵, le monde du droit acte le pouvoir nouveau des juridictions judiciaires sans toutefois en tirer toutes les conséquences ; sans parvenir à reconnaître, explicitement,

¹¹⁷³ AUBRY, Charles, & RAU, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français...*, op. cit., t. I, p. 71.

¹¹⁷⁴ BERRIAT-SAINT-PRIX, Joseph, *Notes théoriques sur le Code civil : explication de tous les termes juridiques*, Paris, Videcoq, 1856, t. I, p. 13.

¹¹⁷⁵ LEDRU-ROLLIN, Alexandre-Auguste, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtières et la jurisprudence », loc. cit., p. XVII.

« [qu']interpréter la loi, c'est en réalité la refaire »¹¹⁷⁶ et qu'alors, la jurisprudence acquiert une autorité quasi légale. La cause est probablement à trouver dans notre tradition juridique française, dans notre définition et dans notre rapport à la souveraineté, qui empêchent de penser un pouvoir capable de mettre la loi – donc notre souveraineté – en échec¹¹⁷⁷. Mais cette conception est impuissante, en fait, à interrompre l'œuvre des juridictions judiciaires, qui assoient, au quotidien, leur indépendance. Paradoxalement, ce sont les législateurs contemporains des codifications napoléoniennes qui ont fourni, les premiers, aux juges de tout ordre les arguments pour fourbir cette liberté ; tel Jean-Étienne-Marie Portalis, qui, paraphrasant le chancelier François-Henri d'Aguessau lors de son *Discours préliminaire*, rappelle que :

« le temple de la justice [n'est] pas moins consacré à la science qu'aux lois, et que la véritable doctrine qui consiste dans la connaissance de l'esprit des lois est supérieure à la connaissance des lois mêmes »¹¹⁷⁸.

Une telle proposition ne peut qu'inviter la magistrature judiciaire à la plus grande indépendance fonctionnelle, en déterminant, souverainement, l'esprit des lois pour en maîtriser l'application. C'est l'objet de la seconde partie.

¹¹⁷⁶ TROPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 100.

¹¹⁷⁷ V. HALPERIN, Jean-Louis, « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », dans *L'office du juge...*, *op. cit.*, p. 163 et suiv.

¹¹⁷⁸ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 75.

– PARTIE II –

LES MANIFESTATIONS DE L'INDEPENDANCE

« Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois, et jamais les lois ne pourront atteindre tous les cas qui se présentent aux juges. »

Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire*¹¹⁷⁹

Ces mots de Jean-Étienne-Marie Portalis sont prononcés le 23 frimaire an X (14 décembre 1801), à l'occasion de la discussion des futurs articles 4 et 5 du Code civil, relatifs à l'office du juge. Par ces propos, le juriste rappelle l'inévitable incomplétude de la loi, dont « la prévoyance [...] est limitée »¹¹⁸⁰. Cet aveu commande alors de laisser au juge une part de liberté dans l'administration de la justice et de ne pas s'opposer à la naissance d'une jurisprudence, dont l'émergence est consubstantielle à l'entrée en vigueur de la loi positive. Cette certitude est confirmée par la lecture de décisions de justice au XIX^e, qui, étudiées par milliers, révèlent une autre histoire de ce siècle censé être guidé par le triomphe du légicentrisme et dont l'image d'ensemble peut être sobrement exprimée : bien que la jurisprudence n'ait pas encore gagné ses lettres de noblesse, il est impossible de ne pas voir dans le juge, un acteur majeur de la création du droit. Pour parvenir à jouer ce rôle, le juge s'est délié du poids de la loi et de sa dépendance organique, pour, dans les interstices de liberté que, notamment, les articles 4 et 5 du Code civil laissent subsister, affirmer son indépendance fonctionnelle.

Par ce travail, teinté aussi bien d'opportunisme que de réalisme, le juge cherche à s'affirmer tant comme un « pouvoir préservateur », cher à Benjamin Constant¹¹⁸¹, que comme un « pouvoir de moderniser la loi », mis en avant par Guy Canivet¹¹⁸². Vue par ce prisme,

¹¹⁷⁹ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. VI, p. 270.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 359.

¹¹⁸¹ CONSTANT, Benjamin, *Fragments d'un ouvrage abandonné...*, *op. cit.*, p. 387 et suiv.

¹¹⁸² Guy Canivet, ancien premier président de la Cour de cassation, emploie cette expression dans la préface de la thèse de Claire Bouglé (BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, *op. cit.*, « Préface de Guy Canivet », p. VI).

l'action du juge n'apparaît pas en concurrence avec la loi mais semble davantage consister en un complément, aussi naturel qu'indispensable, à son fonctionnement. Ainsi, il faut envisager la jurisprudence comme le facteur permettant, progressivement, de dégager le sens des lois et garantir leur pertinence, par-delà l'intention originelle du législateur. Ce constat est conforté par l'échec pratique de l'omnipotence de la loi, que le premier président de la Cour de cassation, Alexis Ballot-Beaupré, se fait fort de confirmer à l'aube du XX^e siècle :

« comment la loi ne serait-elle pas insuffisante, ou même silencieuse, lorsque les litiges à résoudre, étant nés d'un état de choses, économique ou social, qui à l'époque de sa promulgation, n'existait pas, n'ont pu être prévus par elle ? C'est là que la jurisprudence a progressivement joué un rôle considérable. À l'aide d'interprétation larges, hardies peut-être elle a essayé d'adapter les textes aux situations nouvelles qu'il s'agissait de régler, et, selon la formule consacrée, elle a édifié ainsi des *constructions juridiques*, qui permettent d'attendre l'intervention définitive du législateur ; – l'attente est quelquefois longue »¹¹⁸³.

Dans ce discours rétrospectif, le magistrat met en lumière l'œuvre du juge qui introduit des innovations sur le fond du droit à l'aide de mécanismes, dont la diversité et l'originalité témoignent de l'étendue de ses pouvoirs.

Cette seconde partie vise alors à démasquer, au fil de l'étude de décisions, les mécanismes déployés par les juges pour pallier les carences problématiques de la loi¹¹⁸⁴. Elle entend se tenir à distance tant de la prétention à l'exhaustivité que de l'écueil de la superficialité. Nombre de sujets peuvent être convoqués pour illustrer la créativité du juge judiciaire. Il a été choisi de favoriser les thématiques relevées lors de la lecture de la *Gazette des tribunaux*, aux fins de présenter les méthodes interprétatives privilégiées et renouvelées au cours du siècle par les juridictions judiciaires. Par ailleurs, les conclusions tirées résultent de décryptages et interprétations, rendus parfois mal-aisés par des juges qui, eux-mêmes, ne disent ni toujours clairement ce qu'ils font, ni ne font clairement ce qu'ils disent – dans le souci, souvent, d'éviter une censure venue de plus haut. Aussi, les décisions analysées témoignent-elles régulièrement d'un juge dissimulant son pouvoir, derrière des apparences de légalité, qui garantissent la juridicité de ses décisions. Mais cette dissimulation, certes variable, ne doit pas minorer le travail entrepris par le juge judiciaire au long du XIX^e siècle : bien au contraire, en dépit de sa

¹¹⁸³ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. VI, 1896-1900, « Procès-verbal d'installation de M. Ballot-Beaupré, en qualité de premier président, du 16 octobre 1900. Discours de M. Ballot-Beaupré », p. 9.

¹¹⁸⁴ À cet égard, il importe de relever que ce mouvement ne touche pas les seules juridictions judiciaires, puisque les formations administratives connaissent cette même tendance. C'est d'ailleurs le sens de l'essor de la juridiction administrative, qui s'est construite au fil des solutions jurisprudentielles.

V. BIGOT, Grégoire, *Introduction historique au droit administratif...*, op. cit. ; BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif...*, op. cit. ; WEIDENFELD, Katia, *Histoire du droit administratif...*, op. cit.

« marche oblique »¹¹⁸⁵, la jurisprudence conquiert une autorité et une fixité proches de celles de la loi.

Pour y parvenir, au fil de jurisprudences qui « ne se décrète[nt] pas [mais] s'élabore[nt] »¹¹⁸⁶, le juge emploie des mécanismes, dont il pondère l'utilisation au gré des besoins – autant de ceux des justiciables que des siens. La résolution de certaines espèces requiert ainsi des mécanismes peu invasifs, non franchement *contra legem* et consistant, au fond, en un simple accompagnement de la loi. L'usage de tels mécanismes ne doit pas conclure à penser le juge servile : en les développant et en en usant, il fait bien preuve d'une indépendance fonctionnelle ; celle-ci est simplement restreinte, puisqu'il s'agit alors de concourir à l'enrichissement de la loi (*Chapitre 1*). À d'autres égards, le juge manifeste moins de pudeur à l'endroit de la loi : les temps, les justiciables ou l'intérêt du droit peuvent exiger de lui une réponse plus audacieuse, qui ne doit pas seulement consister en un prolongement de la loi. Dans ces hypothèses, le juge use, en avançant moins caché, d'un langage suffisamment éloquent pour témoigner de sa liberté créative. Ici, il exprime une indépendance fonctionnelle plus décomplexée, qui le conduit à participer plus nettement à la façon du droit (*Chapitre 2*). Bien qu'ils partagent des objectifs communs, ces deux chapitres aboutissent à des conclusions différenciées : le premier tient à révéler des constructions jurisprudentielles plutôt *præter legem* ; quand le second conduit à présenter des mécanismes heurtant plus ostensiblement la séparation des pouvoirs.

¹¹⁸⁵ LAMBERT, Édouard, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Veuve Giard & E. Brière, 1903, p. 804.

¹¹⁸⁶ CORNU, Gérard, « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, n°2 avril-juin, p. 343.

– CHAPITRE 1 –

UNE INDEPENDANCE FONCTIONNELLE RESTREINTE : L'ENRICHISSEMENT DE LA LOI

L'indépendance fonctionnelle *restreinte* renvoie à l'idée d'un juge qui module l'application de la loi par sa libre interprétation, sans cependant paraître en atteindre ostensiblement ni le corps ni le cœur. Il s'agit alors d'une indépendance autant discrète que pusillanime, qui ne doit pas masquer une réalité : le juge manifeste bien ici un pouvoir créateur, bien que son indépendance ne s'exprime alors ni dans la torsion explicite des lois, ni dans la franche création de règles nouvelles. Il s'agit davantage d'adapter, de compléter et de ménager la loi. Cette prérogative, dont le juge s'est emparé au commencement du siècle, forme la base commune de son office : il enrichit sans cesse la loi, pour en maintenir l'actualité tout en en assurant le respect. Aussi, ce rôle du juge a-t-il pu être qualifié d'« habituel » par certains auteurs¹¹⁸⁷. Pour y parvenir, il recourt à plusieurs dispositifs, séparés par des différences de degrés : au gré des espèces et de l'intérêt porté aux matières en jeu, le juge jauge et choisit, en fonction et à dessein, le mécanisme le plus à même de faire triompher la solution visée. Aussi, dispose-t-il, à sa guise, d'un nuancier d'outils juridictionnels lui permettant de moduler les aménagements apportés à la loi.

À la fin du premier XIX^e siècle, Georges Delisle identifie ce nuancier, faisant du juge un véritable caméléon, dans son *Traité de l'interprétation juridique*. Dans cet ouvrage, que ses contemporains, préoccupés d'exégèse et de méthode philologique, dédaignent, cet avocat, Professeur puis doyen de la Faculté de Caen, théorise l'arsenal à disposition des juges pour adapter le sens des lois¹¹⁸⁸. Ainsi, doivent être privilégiés, face à la volonté de l'auteur du texte, les critères de l'honnête et de l'utile, pour mieux cerner les sens des textes¹¹⁸⁹. Le principe de légalité demeure le fondement du raisonnement, puisque le juge veille à couler son œuvre dans

¹¹⁸⁷ Le Professeur Marcel Waline s'exprime ainsi dans un article relatif au « pouvoir normatif de la jurisprudence ». Il souligne ainsi que ce qui « est tout à fait habituel, c'est l'*enrichissement*, par la jurisprudence, de la règle de droit écrit, par concrétisation de celle-ci ; ce qui est bien une création parce que la norme ainsi enrichie a un contenu plus complexe, ne peut plus se formuler en termes aussi brefs, laconiques que le texte légal » (WALINE, Marcel, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », dans *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, t. II, p. 622).

¹¹⁸⁸ DELISLE, Georges, *Traité de l'interprétation juridique, en d'autres termes : des questions auxquelles donne naissance l'application des lois. Examen critique de la jurisprudence moderne*, Paris, L. Delamotte, 1847-1849, 2 vol.

¹¹⁸⁹ V., sur l'analyse du modèle de Georges Delisle, FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 425-429.

le moule de la loi : sans la heurter ostensiblement, le juge agrémente la loi d'une interprétation qui doit en faciliter l'application, faisant apparaître la jurisprudence comme le complément *naturel* de la loi. Mais cette manière de procéder permet souvent de maquiller des créations jurisprudentielles derrière un scrupuleux respect de la loi.

Il s'agit alors, dans ce chapitre, de démasquer ces procédés, par lesquels le juge crée du droit, sans bien dire comment ou sans paraître le faire. À cet égard, Jean Boulanger¹¹⁹⁰ nous offre, en 1950, une clef de lecture. Selon ce Professeur, il existe « deux grands types de procédés d'élaboration des solutions : tantôt le juge se livre à l'analyse, tantôt il use de la déduction logique »¹¹⁹¹. L'étude des décisions de justice au XIX^e nous conduit à faire nôtre cette dichotomie, quoiqu'avec des aménagements. L'hypothèse de la *déduction logique* renvoie, selon nous, à l'idée d'un juge s'emparant des termes de la loi pour en extraire le(s) sens. C'est l'orientation de la première section, qui cherche à démasquer les procédés rhétoriques par lesquels le juge reconnaît des enrichissements à la loi, tout en paraissant n'en déployer que des conséquences naturelles et flagrantes à partir des mots et expressions par elle employés (*Section 1*). À l'inverse, l'idée d'une *analyse* relate un autre mode de faire, plus clandestin : il ne s'agit plus de faire ressortir le sens premier de la loi mais de décrypter sa portée, au-delà de ses caractéristiques les plus manifestes, en recourant à des éléments exogènes. Cette quête fait alors usage de mécanismes plus audacieux ; c'est l'objet de la seconde section, qui doit montrer un juge entreprenant pour livrer tout l'esprit de la loi (*Section 2*). Ainsi, le juge prétend régulièrement, dans ses décisions, pouvoir s'emparer des *termes* de la loi autant que de son *esprit*, pour en livrer tout le substrat.

À cet égard, une remarque préalable s'impose. La distinction apparaît, sous la plume des juges eux-mêmes, qui se réfèrent, dans leurs motivations, tantôt aux termes de la loi, tantôt à son esprit ; les deux éléments pouvant également être invoqués ensemble, pour rejeter¹¹⁹² comme pour valider¹¹⁹³ une interprétation, ou justifier un contrôle de péréquation de la lettre et

¹¹⁹⁰ Jean Boulanger (1900-1966) opte, dans un premier temps, pour la voie notariale, avant de se diriger vers une carrière universitaire. En 1935, il devient Professeur agrégé à la Faculté de droit de Lille, qu'il quitte, en 1954, au profit de la Faculté de Paris. Avec Georges Ripert, il met en œuvre une refonte du *Traité de droit civil* de Marcel Planiol. Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par François Boulanger, dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 119.

¹¹⁹¹ BOULANGER, Jean, « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », dans *Études sur le rôle du juge...*, *op. cit.*, t. V, p. 66.

¹¹⁹² En 1835, le Tribunal de police correctionnelle de Paris est appelé à préciser les conditions d'application des articles 85 et 96 du Code de commerce, faisant interdiction à l'agent de change de se porter garant des marchés exécutés pour ses commettants. Le tribunal rejette l'interprétation consistant à exclure de la prohibition les marchés passés sur les effets publics, au motif que retenir cette interprétation « serait évidemment méconnaître tout à la fois le texte et l'esprit de ces articles » (Trib. pol. cor. Paris, 6 août 1835, *Gazette des tribunaux*, 15 août 1835, t. X, n°3116).

¹¹⁹³ Dans son arrêt concluant à la compétence des tribunaux correctionnels en matière de diffamation d'un ministre du culte, la Cour royale de Metz retient que « cette interprétation paraît être la seule conforme à l'esprit comme au texte de la loi » (CR Metz, 17 avril 1845, *Gazette des tribunaux*, 25 avril 1845, t. XX, n°5613).

de l'esprit¹¹⁹⁴. Il n'y a donc nulle frontière étanche entre les deux types d'examen mais, au contraire, une grande porosité entre les règles d'interprétations, comme certains exemples viendront l'illustrer. Cela tient au fait que si l'une et l'autre hypothèse peuvent mettre en œuvre des mécanismes différenciés, pour extraire de la loi la substance de son esprit ou de ses termes, elles illustrent une même réalité : qu'il en étudie les termes ou l'esprit, le juge se *saisit* de la loi, à rebours de son sens originel ou en dépit sa clarté, pour en enrichir sans cesse le contenu ; il la manipule, à son gré, témoignant d'un rôle actif et indépendant dans sa mission d'application de la loi.

¹¹⁹⁴ En 1844, l'acheteur d'un bovin attrait, devant le Tribunal civil de Libourne, son vendeur, en vue obtenir l'annulation de la vente au motif que la bête objet de la vente est atteinte d'un vice rédhibitoire. Le tribunal refuse de conclure à l'annulation de la vente, en estimant que les conditions posées par la loi pour reconnaître l'existence d'un tel vice ne sont pas remplies. La motivation est ainsi conçue : après avoir reconnu que les « expressions de la loi », qui « sont claires et précises », « impliquent une restriction qui doit être littéralement interprétée », le tribunal ajoute que « si l'on consulte, soit l'exposé des motifs de la loi, soit la discussion qui l'a préparée, on demeure aisément convaincu que sa lettre ne diffère en rien de son esprit » (Trib. civ. Libourne, 6 septembre 1844, *Gazette des tribunaux*, 14-15 octobre 1844, t. XIX, n°5453).

– Section 1 –

Saisir les termes de la loi

« Appliquons la loi d’après ses termes mêmes, lorsqu’elle est clairement impérative ; sinon, interprétons-la, libéralement, humainement ; rendons, avec l’indépendance de consciences honnêtes, une justice, à la fois impartiale, égale pour tous, secourable, dans la mesure du possible, aux faibles et aux humbles, aussi prompte que les exigences de la procédure et les circonstances nous le permettent. »

Alexis Ballot-Beaupré, *Discours de rentrée de 1900*¹¹⁹⁵

Les législateurs du XIX^e siècle, dans le sillon des codificateurs, ont voulu des lois brèves, claires, réduites à des principes essentiels. Un objectif perçu comme un gage de qualité de la rédaction des codes, qui a d’ailleurs été saluée dans la littérature : alors occupé à l’écriture de la *Chartreuse de Parme*, Stendhal reconnaît, avant de commencer à écrire, lire chaque matin les articles Code civil, pour y puiser l’inspiration d’une bonne plume¹¹⁹⁶. Mais, en dépit du soin apporté aux dispositions des codes, celles-ci ne pouvaient échapper à un écueil : le volontarisme du juge qui s’empare des termes de la loi et, s’éloignant de sa mission de la docte application de celle-ci, en apprécie le sens, voire en redéfinit les sens. Pour ce faire, le juge emploie des mécanismes et formules divers, qui témoignent tous d’une grande maîtrise de la lexie autant que d’une propension à user de formules compliquées pour, parfois, travestir des intentions. Ensemble, cela trahit un esprit de liberté qui inhibe les juridictions judiciaires et témoigne de ce que rendre la justice est aussi, en soi, un art du langage : les termes de la loi s’offrent aux juges comme l’opportunité d’en étoffer le contenu, d’en travailler le sens et, parfois, d’en manipuler la portée.

¹¹⁹⁵ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. VI, 1896-1900, « Procès-verbal d’installation, du 16 octobre 1900. Discours de M. Ballot-Beaupré, premier président », p. 12.

¹¹⁹⁶ Cet aveu est fait par Stendhal dans une lettre à Honoré de Balzac, datée du 30 octobre 1840.

V. RANOUIL, Marine, « L’élégance dans le langage du Code civil », dans BOUDOT, Michel, & LAUBA, Adrien (dir.), *Langue, langage et droit*, Poitiers, PUP, 2024, p. 297-317.

L'étude de la *Gazette des tribunaux* a ainsi permis d'identifier des tendances récurrentes dans la rédaction des décisions. Certains de ces palliatifs sont bien identifiés et relèvent du bon sens : l'un conduit à chercher à retenir l'application la plus favorable de la loi aux justiciables¹¹⁹⁷ ; un autre, à l'application de l'interprétation la plus plausible pour favoriser l'exécution de la loi¹¹⁹⁸. Sans prétendre à l'exhaustivité, trois mécanismes bien connus sont ici présentés : leur choix relève non du hasard mais s'est imposé au nom de leur fréquente utilisation dans les décisions de toute juridiction. Les deux premiers mettent en scène un juge cherchant à apporter une définition aux termes de la loi, dont il détermine le sens tantôt au moyen d'une motivation par l'évidence (*Sous-section 1*) ; tantôt en excipant de la généralité de la loi (*Sous-section 2*). Le troisième mécanisme repose, quant à lui, sur une comparaison des dispositions légales : le juge tente, parfois, de recourir à une réflexion par analogie pour enrichir le contenu d'un régime (*Sous-section 3*).

La présentation de ces mécanismes dans cet ordre doit, au demeurant, illustrer une appropriation croissante des textes par le juge. En mettant en œuvre le critère de l'évidence, le juge s'astreint à ne travailler que l'intérieur d'une même disposition légale. Avec la convocation de la généralité de la loi, il offre un regard plus transversal du droit : une disposition légale n'est jamais un principe isolé ; elle doit se comprendre à l'aune de l'ensemble législatif auquel elle appartient. Une certitude portée à son acmé lors du recours à l'analogie : le juge s'approprie si bien un ensemble législatif qu'il peut appliquer des dispositions prévues pour un objet à un autre.

Ces schémas – de même que les procédés présentés dans la suite de ce chapitre – ne seront pas examinés abstraitement mais illustrés dans le cadre d'une thématique. Il s'agit d'éclaircir, par l'examen de décisions rendues au cours du siècle, la manière dont l'utilisation de tels mécanismes peut permettre aux juges d'entretenir ou de décourager un comportement, de favoriser ou de restreindre l'application d'une disposition législative.

¹¹⁹⁷ Dans l'examen des conditions d'éligibilité aux conseils d'arrondissement, le Tribunal civil d'Orléans décide que « la loi du 22 juin 1833 est une de ces lois que les jurisconsultes appellent favorables, et qui doivent être interprétées dans un sens large et non dans un sens restreint » (Trib. civ. Orléans, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 11 janvier 1834, t. IX, n°2623).

¹¹⁹⁸ À l'occasion d'un conflit élevé sur les formalités préalables à la publication d'un journal, le Tribunal de Paris rappelle « [qu']en effet les lois ne prescrivent que ce qu'il est possible d'exécuter, et que le court espace qui s'écoule entre le moment où les journaux sont composés et leur publication rendrait impossible tout dépôt préalable », pour relaxer de la plainte le gérant d'un journal qui ne se serait pas conformé à l'obligation, impossible en pratique, de déposer des exemplaires de chacune de ses feuilles, avant publication, à la Bibliothèque royale (Trib. pol. corr. Paris, 7 mai 1833, *Gazette des tribunaux*, 8 mai 1833, t. VIII, n°2412).

Sous-section 1. – La motivation par l'évidence

Aux fins d'induire l'idée que le raisonnement développé découle naturellement et absolument des termes employés par la loi, le juge peut être amené à insérer dans sa décision, sous une forme ou sous une autre, la notion de l'*évidence*. Cet ajout langagier vise tant à dissiper le spectre d'une création jurisprudentielle *ex nihilo*, en présentant la solution adoptée comme une nécessité qui s'impose à lui¹¹⁹⁹, qu'à dispenser le juge d'une démonstration plus avancée¹²⁰⁰. Ce seraient, au fond, les termes mêmes employés par le législateur, qui conduisent *évidemment*, et presque *inévitavelmente*, à telle ou telle solution, que le juge ne fait que retranscrire. Ce procédé bien connu¹²⁰¹ permet d'étendre la loi, en lui faisant porter effet dans des cas, pourtant non littéralement et explicitement prévus par elle, mais lesquels, par l'ajout de la notion de l'évidence, apparaissent bien textuellement conformes à elle.

Témoin de cette *évidence*, le juge dévoile une interprétation de la loi davantage révélée à lui que créée par lui, lui permettant de présenter tant la démonstration que la solution comme une émanation logique de la loi. Ce constat raisonne particulièrement et tout au long du siècle, en matière de propriété – au sens large –, qui bénéficie d'une attention et d'une protection accrues. Aux fins d'assurer aux propriétaires le plein exercice de leurs droits, le juge est ainsi conduit à recourir à l'argument de l'évidence pour intervenir autant en matière pénale que fiscale – des matières pourtant rétives à des explorations jurisprudentielles. C'est d'ailleurs peut-être cette circonstance qui justifie une intervention que le juge cherche à fondre derrière les mots employés par le législateur, pour ne pas paraître procéder à des adaptations de la loi par principe condamnées. Aussi, le juge veille-t-il, en matière pénale, à ce que les artistes trouvent dans le droit, le secours nécessaire pour protéger leurs créations artistiques (§1) ; et, en matière fiscale, à ce que la propriété, qui est le socle du citoyen idéal, voit son intérêt

¹¹⁹⁹ Le terme *évidence*, dérivé du latin *evidentia*, est défini par l'académie française comme la « qualité de ce qui emporte l'assentiment immédiat de l'esprit en s'imposant à lui de façon claire et distincte » (ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., Paris, Imprimerie nationale, Fayard, 2005, t. II, v° *Évidence*, p. 122). Une définition qui confirme l'idée que le juge ne fait que recevoir une solution déjà inscrite dans la loi.

¹²⁰⁰ V. CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., Paris, PUF, 2024, v° *Évidence*, p. 425.

¹²⁰¹ V. à ce propos les remarques de François Saint-Bonnet relatives à l'utilisation de l'évidence comme justification juridique : à l'occasion de développements consacrés aux journées de juillet de 1830, celui-ci évoque tant un « retournement » qu'une « récupération de l'évidence » dont l'invocation permet de justifier la résistance au roi et au gouvernement ainsi que la révision de la Charte (SAINT-BONNET, François, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 326 et suiv.).

V., également, PETIT, Bruno, « L'évidence », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1986, n°3, p. 485-503 ; CESARO, Jean-François, *Le doute en droit privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas-LGDJ, 2003, p. 402 et suiv.

optimisé, aux fins de garantir l'effectivité de la capacité censitaire (§2). Dans l'une et l'autre matière, le juge met à jour son pouvoir d'amender la loi pour valoriser la propriété au sens large.

§1. – Favoriser la propriété artistique

L'emploi de la notion d'évidence apparaît régulièrement dans des décisions relatives à la protection d'auteurs et de leurs œuvres contre des usurpations. Une illustration singulière en est offerte par la répression de l'infraction en contrefaçon, qui est ainsi définie par l'article 425 du Code pénal comme :

« toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessins, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon, et toute contrefaçon est un délit. »

Une première lecture de cette disposition conduit à conclure à sa vocation générale : toute production artistique humaine semble être comprise dans cet article, qui tend à viser exhaustivement tout procédé créatif connu. Une seconde lecture permet néanmoins de remarquer, après une première énumération concise, une incise relative à « toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie », qui semble alors contredire la première impression : pour être protégée de la contrefaçon, l'œuvre doit être mentionnée dans la première énumération (écrit, composition musicale, dessin ou peinture) ; à défaut, elle doit être une « production, imprimée ou gravée », restreignant considérablement le champ des œuvres ainsi protégées. Mais cette interprétation littérale ne semble convenir à nombre de juridictions judiciaires, devant lesquelles la question de l'étendue de l'article 425 est agitée. Dès les années 1830, elles tendent à reconnaître et appliquer l'infraction de contrefaçon au-delà de la stricte définition du Code pénal. Or, l'enjeu est de taille, puisque que l'action de contrefaçon, seul moyen efficace de reconnaître l'usurpation d'une œuvre, est sanctionnée de la saisine des produits contrefaits et d'une peine d'amende pouvant s'élever jusqu'à deux mille francs¹²⁰². Bien plus, une surveillance accrue est commandée d'en-haut, alors que, lors de la présentation

¹²⁰² Code pénal, article 427 : « La peine contre le contrefacteur, ou contre l'introducteur sera une amende de cent francs au moins et de deux mille francs au plus ; et contre le débitant, une amende de vingt-cinq francs au moins et de cinq cents francs au plus. – La confiscation de l'édition contrefaite sera prononcée tant contre le contrefacteur que contre l'introducteur et le débitant. – Les planches, moules ou matrices des objets contrefaits seront aussi confisqués. »

du projet de Code de pénal, les orateurs du gouvernement soulignent combien la contrefaçon d'œuvre porte préjudice non seulement à son auteur légitime mais plus encore à l'État¹²⁰³.

En cette matière, l'intervention du juge est confortée par le manque de prévoyance du législateur qui pêche à régler la question de pratiques artistiques pourtant bien connues, telle la question de la sculpture. Cet art plastique n'est pas explicitement visé par l'article 425 et n'est manifestement une production ni imprimée ni gravée. Aussi, la question est-elle agitée devant les prétoires : la protection offerte par l'action en contrefaçon peut-elle bénéficier au sculpteur ? En 1834, le Tribunal correctionnel de Caen dissipe rapidement cette difficulté en décidant que les termes de l'article 425 « comprennent évidemment la sculpture ». Le raisonnement du tribunal, sobre et sans appel, repose sur une idée simple : la sculpture, « fruit du génie » comme les « autres objets nominativement indiqués dans cet article », doit pouvoir être protégée de la contrefaçon¹²⁰⁴. Aussi, relevant de la même nature – l'intelligence humaine –, les arts, mêmes non visés par le texte, doivent-ils *évidemment* bénéficier de la protection de l'article 425, dont la portée ne doit pas être limitée à ses expressions littérales.

Quelques jours plus tard, le Tribunal de police correctionnelle de Paris rend une décision analogue à l'endroit des dessins de fabrique. Il juge que « soit que l'on consulte le texte de cet article, soit que l'on en recherche l'esprit, l'affirmative ne saurait être douteuse »¹²⁰⁵. Une explication logique derrière cette condamnation élargie est fournie, en 1853, par la Cour impériale de Riom. Celle-ci est saisie d'une demande visant à reconnaître la contrefaçon de dessins de fabrique. Sa motivation, favorable au créateur lésé, est introduite par l'établissement d'une conviction :

« si les termes mêmes de l'article 425 s'appliquent spécialement aux œuvres de l'esprit imprimées ou gravées, il est évident qu'ils garantissent également contre la contrefaçon toute autre production de l'intelligence ».

La conviction de la cour est, ensuite, confortée en droit par le recours à l'article 427, qui prévoit la confiscation des moules employés par le contrefacteur¹²⁰⁶. Or, par cette prévision, « on ne peut voir là ni une édition, ni une impression, ni une gravure, dans le sens grammatical de l'article 425 » ; c'est donc que l'article 425, fonctionnant de concert avec l'article 427, a une

¹²⁰³ Voici en quels termes Louis-Joseph Faure, Hugues-Bernard Maret et Louis-Emmanuel Corvetto, conseillers d'État, s'expriment, le 9 février 1810, devant le Corps législatif : « il est à considérer que le délit de contrefaçon exige une surveillance d'autant plus sévère, que son effet ne se borne pas à porter préjudice au propriétaire légitime, l'impunité d'un tel délit nuirait tout à la fois aux arts et au commerce, par le découragement qu'il apporterait parmi les auteurs et les éditeurs, puisqu'il n'en est aucun qui ne dût craindre pour lui le même sort. Disons plus, cette fraude rejaillirait sur l'État lui-même, qui tire son plus grand lustre de la prospérité des arts et du commerce » (*Code pénal, édition originale du Bulletin des lois, précédé de l'exposé des motifs par les orateurs du Conseil d'État, sur chacune des lois qui composent ce code*, Paris, A. Belin, 1812, p. 131-132).

¹²⁰⁴ Trib. corr. Caen, 13 décembre 1834, *Gazette des tribunaux*, 21 décembre 1834, t. X, n°2913.

¹²⁰⁵ Trib. pol. corr. Paris, 23 décembre 1834, *Gazette des tribunaux*, 24 décembre 1834, t. X, n°2915.

¹²⁰⁶ Code pénal, article 427, alinéa 3 : « Les planches, moules ou matrices des objets contrefaits seront aussi confisqués. »

portée plus large que l'énonciation qu'il laisse entrevoir en première lecture. La cour peut donc conclure par l'idée « [qu']il est impossible de ne pas voir dans la reproduction par la plastique une contrefaçon prévue par cet article, d'où la conséquence qu'il n'est pas limitatif, mais simplement énonciatif, et qu'il punit la contrefaçon de toute production littéraire, artistique ou industrielle, quel que soit le moyen qui l'ait reproduite et la forme sous laquelle elle ait été contrefaite »¹²⁰⁷. L'article 425, ne pouvant certes tout prévoir, doit être compris comme voulant, *évidemment*, réprimer les procédés conduisant à contrefaire des productions artistiques au moyen des objets visés par l'article 427. À l'évidence de la généralité de la loi se joint alors l'évidence de la cohérence du système répressif mis en place par le législateur : ce constat convainc la cour de délaisser la rigueur grammaticale du texte pour recourir à son esprit, qui autorise une extension de la disposition pénale à toutes les créations artistiques.

Cette interprétation de l'article relatif à la contrefaçon, portée par les juridictions du fond, finit par emporter la conviction de la Cour de cassation, qui pose en principe le caractère simplement énonciatif de l'incrimination portée en l'article 425¹²⁰⁸. Ces solutions, favorables à la protection de l'auteur, conduisent à vouloir autoriser une application large du texte et, ainsi, à lui reconnaître deux enrichissements¹²⁰⁹.

Le premier est relatif à la notion d'*édition*, employée par l'article 425. Les termes du débat sont les suivants : l'édition recouvre-t-elle seulement l'acte matériel d'éditer un objet ? Ou bien, doit-elle être entendue de telle sorte qu'elle recouvre aussi l'acte de diffusion de l'objet ? À cet égard, un consensus apparaît rapidement en jurisprudence : la notion est admise de telle sorte que la contrefaçon est reconnue, indépendamment d'une diffusion ultérieure de l'objet contrefait et de son devenir effectif. L'acte de reproduction matérielle frauduleuse suffit à reconnaître une contrefaçon. En 1837, dans un jugement confirmé en appel¹²¹⁰, le Tribunal de Paris prône cette vision et reconnaît en effet :

« qu'il résulte évidemment des termes même de cet article que ce n'est pas la publicité, mais le seul fait de l'impression des écrits ou de la gravure contrefaits dans l'intention de l'éditer qui constitue le délit de contrefaçon »¹²¹¹.

¹²⁰⁷ CI Riom, 18 mai 1853, *Gazette des tribunaux*, 27 août 1853, t. XXVIII, n°8152.

¹²⁰⁸ En 1854, la Cour conclut à la protection d'un produit, « quelle que soit la simplicité de sa forme », dès lors qu'il a un « caractère propre et spécial qui permette d'en apprécier l'origine et d'en reconnaître l'individualité » (Cour cass., crim., 2 août 1854, *Vivaux c/ Morel*, S. 1854. I. 549). En 1863, elle franchit un pas supplémentaire en retenant que « si l'article 425 précité qualifie la contrefaçon toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture, ou de toute autre production imprimée ou gravée au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, ces termes ne sont qu'énonciatifs ; [...] qu'ils comprennent, d'après l'esprit de la loi clairement manifesté par les dispositions législatives antérieures et les expressions finales de l'article 425 du Code pénal, tous les modes de publication et de mise au jour de l'œuvre qui constitue la propriété privative de son auteur » (Cour cass., crim., 13 février 1863, *Gazette des tribunaux*, 22 février 1863, t. XXXVIII, n°11196).

¹²⁰⁹ Ces solutions jurisprudentielles obtiennent notamment l'approbation de Joseph-François-Claude Carnot (CARNOT, Joseph-François-Claude, *Commentaire sur le Code pénal...*, *op. cit.*, t. II, p. 430-435).

¹²¹⁰ CR Paris, 11 mars 1837, *Gazette des tribunaux*, 12 mars 1837, t. XII, n°3589.

¹²¹¹ Trib. pol. corr. Paris, 25 janvier 1837, *Gazette des tribunaux*, 26 janvier 1837, t. XII, n°3549.

En l'espèce, il s'agit de sanctionner la reproduction, sans autorisation, d'une gravure destinée à une publication à l'étranger. Cette solution est motivée par le souci d'assurer une réelle protection des auteurs lésés, qui, sans cela, seraient privés de tout droit dès lors que la contrefaçon réalisée serait destinée à une publication à l'étranger, où les tribunaux français pourraient difficilement exercer leur juridiction. Pour conforter ce raisonnement, le tribunal enrichit sa motivation, en considérant, d'une part, que cette solution est conforme tant « à l'esprit qu[au] texte de la loi » et, d'autre part, que tout juge doit apporter son énergie à la répression d'un délit dont la commission est rendue plus aisée par la circonstance qu'il se produit à l'étranger¹²¹². Cette double motivation confirme, au demeurant, une forme de liberté d'intervention et d'interprétation du juge dans l'application de la disposition pénale, au-delà de ses termes stricts. En cela, ce jugement perpétue, au moyen de l'argument de l'évidence, la position retenue, avant l'entrée en vigueur du Code pénal, quand la Cour de cassation, dès 1807, reconnaissait le fait de contrefaçon pour des imprimés, bien sûr contrefaits, saisis mais non encore diffusés¹²¹³.

Le second enrichissement a trait à la problématique de la traduction et diffusion, sans autorisation, d'ouvrages conçus en langue française. Le Code pénal, qui ne consacre que trois articles à la contrefaçon, est silencieux sur cette question, permettant au débat de se poursuivre en doctrine et en jurisprudence. Longtemps, cette question semble résolue négativement : la reproduction d'un ouvrage traduit ne rentrerait pas dans le champ de la contrefaçon. Cette solution procéderait d'une triple réflexion¹²¹⁴. Tout d'abord, d'une analyse de la loi de 1793¹²¹⁵ relative à la propriété littéraire et artistique, qui confère un droit exclusif aux auteurs sur la seule *vente* de leurs ouvrages. Ensuite, de la considération de l'intérêt du public, qui commande une large diffusion et mise à disposition d'ouvrages, que le refus d'un auteur pourrait entraver mais qu'une libre mise en concurrence des traducteurs encouragerait. Enfin, de la reconnaissance du produit créé par le travail du traducteur, qui consiste en « un fruit de son intelligence » – pour

¹²¹² Le tribunal poursuit en effet : « ce principe ne résulte pas moins de l'esprit que du texte de la loi, et qu'en effet la garantie de la propriété littéraire qu'elle a pour objet serait tout à fait illusoire, si la contrefaçon n'existait que par la publicité dont le fait seul aurait réalisé en tout ou en partie le dommage causé aux auteurs ou à leurs ayant droit ; [...] si la loi est impuissante contre les contrefaçons faites à l'étranger, les tribunaux, dans son application, doivent se montrer d'autant plus sévères contre toute participation à des contrefaçons étrangères, que leurs produits frauduleusement introduits en France causent, à raison de leur imperfection et de la visité du prix auquel ils sont livrés, un double préjudice à la propriété littéraire et à la librairie française » (*ibid.*).

¹²¹³ Cour cass., crim., 2 juillet 1807, *Clémendot c/ Giguët et Michaud*, *Rép. Dalloz*, t. XXXVIII, v° *Propriété littéraire*, p. 501.

¹²¹⁴ *Ibid.*, p. 499.

¹²¹⁵ Loi du 19 juillet 1793 relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs, article 1^{er} : « Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront, durant leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou en partie. »

reprendre l'expression retenue en jurisprudence. La dynamique ne s'annonçait guère favorable aux auteurs dont les ouvrages seraient traduits, puis diffusés sans leur consentement.

Cette difficulté est expressément résolue par le Tribunal de Paris en 1847, qui considère que la prévention de contrefaçon vaut pour la diffusion d'ouvrages traduits en langue étrangère, sans le consentement de l'auteur originel :

« [puisqu']il est évident que ce qui constitue un ouvrage, ce sont les idées, l'ordre dans lequel elles sont présentées et leur développement, et non l'idiome dans lequel il est écrit »¹²¹⁶.

Ce raisonnement est confirmé en appel par la Cour royale de Paris¹²¹⁷ ; ces deux décisions consacrant, au fond, une argumentation ébauchée, quelques années plus tôt, par la Cour royale de Rouen¹²¹⁸. Cette dynamique est saluée par la doctrine¹²¹⁹.

De même, la chambre des requêtes est appelée, en 1853, à trancher une question relative à l'application de la loi du 18 février 1791 – et non de l'article 425 relatif à la contrefaçon. Confirmant en cela l'arrêt d'appel¹²²⁰, elle décide, sur le fondement la loi du 18 février 1791, que la reproduction, en Italie et en italien, d'un opéra français ne peut s'opérer sans le consentement de son auteur¹²²¹. La solution prônée par les juridictions du fond parisiennes peut alors persister au nom de l'évidence. Au demeurant, il est permis de penser que cette solution correspond à l'état du droit, puisque, par le décret du 28 mars 1852, est instituée la répression de la contrefaçon d'ouvrages étrangers. À ces derniers, un privilège est ainsi reconnu, en ce qu'ils peuvent, dans l'absence de traités qui fixeraient l'étendue de leurs droits sur le territoire français conformément à l'article 11 du Code civil¹²²², obtenir la protection de leurs œuvres et la réparation du tort causé par toute contrefaçon. Or, si l'ouvrage étranger reproduit et diffusé en fraude en France doit être interdit et son auteur poursuivi¹²²³, il apparaît nécessaire de procéder à la même sanction de ceux qui se livreraient à la contrefaçon d'ouvrages français à l'étranger et/ou en langue étrangère.

Ces initiatives, souvent portées par les juridictions du fond, permettent alors une répression élargie de comportements que le législateur, ne pouvant recenser toutes les créations

¹²¹⁶ Trib. corr. Paris, 23 mars 1847, *Gazette des tribunaux*, 24 mars 1847, t. XXII, n°6152.

¹²¹⁷ CR Paris, 17 juillet 1847, *Leclère, Rép. Dalloz*, t. XXXVIII, v°*Propriété littéraire*, p. 499.

¹²¹⁸ CR Rouen, 7 novembre 1845, *Rosa, D.* 1846. II. 212.

¹²¹⁹ *Rép. Dalloz*, t. XXXVIII, v°*Propriété littéraire*, p. 499 et suiv. ; PARDESSUS, Jean-Marie, *Cours de droit commercial*, 6^e éd., Paris, H. Plon, 1856-1857, t. I, p. 188 et suiv.

¹²²⁰ CA Paris, 26 janvier 1852, *Lumley, D.* 1852. II. 184.

¹²²¹ Cour cass., req., 12 janvier 1853, *Lumley, D.* 1853. I. 119.

V. Rép. Dalloz, t. XXXVIII, v°*Propriété littéraire*, p. 500.

¹²²² Code civil, article 11 : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

¹²²³ À cet égard, il apparaît que la jurisprudence tente de faire porter un large effet à la prohibition créée par le décret du 28 mars 1852. Aussi, le Tribunal de commerce de Paris admet-il que le décret doit s'appliquer également aux agissements de contrefacteurs commis antérieurement à la promulgation du décret (Trib com. Paris, 23 juillet 1853, *Gazette des tribunaux*, 24 juillet 1853, t. XXVIII, n°8123).

humaines, n'a pu énumérer lors de la confection de la loi. Bien plus, il serait vain de croire pouvoir déjouer toute la malice humaine et de prévoir toutes les modalités de reproductions frauduleuses, dans un XIX^e siècle marqué par la révolution industrielle et l'évolution des techniques. Ici, l'innovation interprétative du juge, par le recours à l'évidence, n'est pas un instrument déployé pour s'ériger contre le vœu du législateur et rendre inopérantes certaines dispositions : le mécanisme permet à l'inverse de compléter la loi, en en entretenant l'actualité. Le juge n'en témoigne pas moins sa liberté, puisqu'il agit concrètement sur le sens et la portée de la loi. Il n'est pas un simple exécutant de la loi mais un acteur libéré dans sa mise en application, témoignant de fait de son indépendance. Dans cette perspective, l'argument de l'évidence permet d'exempter le juge du devoir de développer une argumentation fastidieuse. Il est un argument commode, dont la simplicité d'application semble se justifier particulièrement dans des hypothèses d'enrichissements minimaux de la loi. Un autre exemple, relatif au droit électoral, confirme cette idée.

§2. – Favoriser la capacité censitaire

Les élections du premier XIX^e siècle, sont réalisées dans le respect du suffrage censitaire masculin, qui conditionne l'accès à la qualité d'électeur et d'éligible à l'acquittement d'un cens minimal – variable selon les réformes législatives. Instauré pour la première fois en 1789, confirmé en 1795, aboli en 1799, rétabli en 1815, le cens électoral disparaît à la faveur du décret du 5 mars 1848 qui consacre, durablement, le suffrage universel masculin. Le système censitaire vise à favoriser la capacité du citoyen idéal, le citoyen propriétaire qui s'acquitte d'impôts nombreux ; une philosophie logique dans la société du XIX^e, organisée autour de la propriété foncière, et dont le Code civil est le reflet¹²²⁴. Si le principe d'un cens électoral est acquis

¹²²⁴ Le « Codes des propriétaires », selon le mot attribué à Georges Ripert (REVET, Thierry, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et Patrimoine* [en ligne], mars 2004, n°124), exprime cette idée dès l'incipit du titre II, puisque l'article 544 dispose que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». En cela, le code s'inscrit dans la même lignée que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui fait de la propriété un droit « naturel et imprescriptible » (article 2), « inviolable et sacré » (article 17). Cette orientation est confirmée par Jean-Marie-Étienne Portalis, qui, lors de la présentation au Corps législatif, le 26 ventôse an XII (17 janvier 1804), du titre relatif à la propriété, qualifie le principe du droit *absolu* de propriété comme « l'âme universelle de toute la législation » (FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. XI, p. 133). Au point, néanmoins, que certains fustigent le caractère abusif du principe : il en est ainsi du Professeur Alphonse Boistel, qui regrette à l'extrême fin du siècle que la définition portée par l'article 544 du Code civil « présent[e] la propriété comme un droit dur et sauvage, respectable jusque dans ses excès et odieux par cela même. On le rend ainsi plus difficile à justifier, car il faudrait du même coup légitimer tous les abus auxquels elle peut donner lieu » (BOISTEL, Alphonse, *Cours de philosophie du droit*, Paris, A Fontemoing, 1899, t. I, p. 353).

V. PATAULT, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, p. 216 et suiv.

pendant les premières décennies du siècle, son application fait l'objet de nombreux débats devant les tribunaux : parce que les juridictions du fond développent, sur fond de conflit d'autorité avec la Cour de cassation, une conception propre de la capacité censitaire. Elles prétendent pouvoir définir les ressorts du cens électoral, en interrogeant le sens de la législation électorale à deux titres : d'une part, dans ce que la loi entend derrière la qualité de contributeur fiscal (A) ; et, d'autre part, dans ce que recouvre la notion de contribution fiscale (B).

A. – Le contributeur fiscal

Cette question a trait aux conditions requises pour être reconnu comme électeur. Conformément au régime censitaire alors en vigueur, il faut être un homme majeur, s'acquittant d'un montant minimal de contributions fiscales. Le droit de vote n'étant ouvert qu'aux hommes majeurs, la loi organise un système de délégation des contributions payées par des femmes : par l'effet d'une fiction juridique, les hommes capables sont désignés allocataires des contributions économiquement acquittées par des femmes de leur famille. Il s'agit de donner un effet utile à ces contributions payées, qui ne doivent pas être versées en vain par des femmes – veuves, dans l'hypothèse majoritaire –, électoralement incapables, alors que les contributions acquittées pourraient permettre à un homme de leur famille – un gendre, le plus souvent – de franchir le seuil requis pour devenir électeur ou éligible. Les contours de cette délégation offrent néanmoins une controverse jurisprudentielle, qui se conclut par le couronnement, grâce à l'intervention du législateur, de l'interprétation développée par les juridictions du fond.

La controverse naît de la lecture de la loi du 29 juin 1820, qui fixe les principes directeurs en cette matière. Dans un effort concerté, les juridictions du fond cherchent à faire prévaloir leur définition des termes employés par l'article 3 de la loi, qui prévoit que :

« les contributions foncières payées par une veuve sont comptées à celui de ses fils, à défaut de fils à celui de ses petits-fils ; et à défaut de fils et petits-fils, à celui de ses gendres qu'elle désigne »¹²²⁵.

Cette disposition est attaquée à la faveur d'un changement d'attribution juridictionnelle en 1828, par des justiciables qui contestent leur non-inscription sur la liste électorale par les préfets. Avec le retour des libéraux au gouvernement, par l'effet de la dissolution de la Chambre des députés en 1827, une loi transfère aux cours royales l'ensemble du contentieux électoral,

¹²²⁵ Loi du 29 juin 1820 sur les élections, article 3.

relevant jusqu'alors, conjointement du Conseil d'État et des juridictions judiciaires¹²²⁶. Aussi, à compter de 1828, les justiciables s'estimant lésés sont-ils plus enclins à porter leurs revendications devant les juges judiciaires, qu'ils pensent plus favorables à leurs projets. Il s'ensuit une augmentation significative du contentieux électoral, qui conduit à voir éclore une interprétation nouvelle de la loi, développée de manière indépendante par les juridictions du fond.

C'est la formulation de la disposition précitée qui nourrit le mieux les débats : plus particulièrement, c'est le sens à donner à la locution « à défaut de » qui est interrogé, de même que l'ordre dans lequel entendre l'énumération faite. Faut-il comprendre, de manière restrictive, que le gendre ne puisse bénéficier de la délégation de sa belle-mère veuve, « [qu']à défaut de » l'*existence* d'un fils ou d'un petit-fils ? Ou bien, la locution doit-elle être comprise, de telle sorte qu'elle comprenne plutôt l'absence de fils ou de petit-fils *capable* d'être récipiendaire d'une telle délégation ?

La première hypothèse est plus restrictive en ce qu'elle n'autorise la délégation au gendre que si la femme délégante n'a pas de descendance masculine ; aussi, si elle a un fils ou petit-fils mineur incapable, elle ne pourrait déléguer à son gendre capable les contributions acquittées, leur faisant perdre tout effet utile. À l'inverse, la seconde solution permet d'optimiser le sort des impositions acquittées, en autorisant, par exemple, une femme à déléguer ses contributions à son gendre, tant que son fils est un mineur incapable.

Jusqu'en 1828, c'est néanmoins pour cette première voie, défavorable aux candidats électeurs, que le Conseil d'État, partiellement compétent en la matière, décidait en se conformant à une directive du pouvoir exécutif. Dans une ordonnance rendue en 1827, le Conseil rappelait l'acceptation restreinte qu'il conviendrait de donner à cet article de la loi, en considérant que la proposition supplétive amorcée par la locution « à défaut de » n'est à engager qu'en l'absence physique de fils ou petit-fils¹²²⁷. Mais, dès 1828, les juridictions du fond adoptent la solution inverse. Dans les semaines qui suivent la promulgation de la loi de juillet 1828 les déclarant exclusivement compétentes en cette matière, les cours de l'ensemble

¹²²⁶ Loi du 2 juillet 1828 sur la révision annuelle des listes électorales et du jury, article 18, alinéa 1^{er} : « Toute partie qui se croira fondée à contester une décision rendue par le préfet en conseil de préfecture pourra porter son action devant la Cour royale du ressort ». Jusqu'alors, la loi du 5 février 1817 sur les élections instaurait, dans un article 6, une dualité de compétence : « Les difficultés relatives à la jouissance des droits civils ou politiques du réclamant seront définitivement jugées par les cours royales ; celles qui concerneraient ses contributions ou son domicile politique le seront par le conseil d'État. »

V. *supra*, A. – La dissolution de 1827.

¹²²⁷ Cette ordonnance, rendue le 14 octobre 1827, s'inscrit dans le même sillon que celle du 29 août 1820, par laquelle le ministre de l'intérieur, Joseph-Jérôme Siméon, donne des « éclaircissements sur les difficultés relatives à l'exécution de la loi du 29 juin 1820 ». Les deux actes décident que l'énumération faite par la loi fixe un ordre : les fils, petit-fils et gendres sont appelés à bénéficier de la délégation de contributions les premiers à l'exclusion des suivants. Cette analyse de la disposition litigieuse est partagée par Louis Marie de Lahaye de Cormenin (CORMENIN, Louis Marie de Lahaye (de), *Droit administratif*, Paris, Pagnerre & G. Thorel, 1840, 5^e éd., t. II, v° *Élections parlementaires*, p. 167 et suiv.).

du royaume sont saisies de la question. En quelques mois, plusieurs cours apportent une réponse similaire : le gendre doit pouvoir profiter de la délégation de contribution par sa belle-mère, aussi bien quand il n'existe pas de fils ou petit-fils, que quand il existe un fils ou petit-fils incapables. Il est en ainsi de la Cour royale de Rennes, qui s'était engagée dans cette voie, dès 1827, alors que les juridictions judiciaires n'étaient que partiellement compétentes en la matière. Le langage tenu par cette cour démontre la volonté de ne pas exagérer le sens des termes de la loi mais, simplement, d'en exploiter tout le substrat :

« il est évident que ces mots à défaut doivent s'entendre du défaut relatif à la capacité des fils et petits-fils, comme du défaut absolu de leur existence »¹²²⁸.

Pour renforcer cette évidence, certaines cours en enrichissent encore le fondement et la portée. Ainsi, il apparaît, dans une décision formulée par la Cour de Montpellier, l'année suivante, que cette solution s'impose aux magistrats :

« [parce que] relativement au but du législateur, il faut évidemment multiplier les capacités électorales, en assurant, autant que possible, la représentation des propriétés emportant le cens électoral, fussent-elles-mêmes possédées par des femmes »¹²²⁹.

Par ces propos, la juridiction montpelliéraine dévoile un raisonnement qui dépasse le seul examen des termes de la loi pour mettre en avant une libre appréciation de la philosophie de la loi : favoriser « la représentation des propriétés ». La même logique transparaît sous la plume de la Cour royale de Colmar, alors que l'argument de l'évidence est avancé comme étant conforme, au fond, autant aux termes qu'à l'esprit de la loi :

« évidemment cette vérité résulte de la lettre même de [la loi] qui n'a voulu créer qu'un ordre de capacité ; mais qu'en ne consultant même que son esprit, une disposition aussi sage serait dans le cas d'être largement interprétée ; car sous un gouvernement représentatif, il est utile, sans cependant sortir du cercle tracé par les lois politiques, de voir s'accroître le nombre des citoyens concourant à la formation de l'une des trois branches du pouvoir législatif »¹²³⁰.

Pour cette cour, il faut alors favoriser les possibilités de délégation de contributions, puisque, ainsi qu'elle le souligne, cette faculté « ne doit pas être stérile »¹²³¹. Quant à la Cour royale de Dijon, cette même solution se trouve enrichie par une réflexion linguistique. Exploitant le reste de la législation, la cour cherche à donner une définition favorable à la locution litigieuse :

¹²²⁸ CR Rennes, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 10 octobre 1827, t. II, n°668.

¹²²⁹ CR Montpellier, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 11 avril 1828, t. III, n°836.

¹²³⁰ CR Colmar, 27 novembre 1828, *Gazette des tribunaux*, 4 décembre 1828, t. IV, n°1037.

¹²³¹ *Ibid.*

« cette expression *à défaut*, employée dans la loi précitée, doit être entendue dans le sens que lui attribue le langage ordinaire de la législation, suivant lequel elle embrasse non seulement le cas de la non-existence d'une personne appelée à l'exercice d'un droit quelconque, mais encore celui de l'incapacité où elle se trouverait d'exercer ce même droit : qu'un grand nombre de textes de lois fournissent la preuve de cette vérité »¹²³².

Il apparaît, à la lecture de ces arrêts, que les arguments ne manquent pas pour favoriser la délégation de contributions électorales. Au demeurant, il n'est pas exclu que cette même raison de juger de la part des cours royales procède de la volonté d'opter pour une voie opposée à celle qui est dictée par le pouvoir exécutif, à une époque de vives tensions entre l'exécutif et le judiciaire. En toute hypothèse, cette solution jurisprudentielle ne semble pas avoir été censurée par la Cour de cassation¹²³³ et voit, *a posteriori*, son évidence confortée par sa reprise dans la loi, dès 1831¹²³⁴. Cette discussion se double de débats relatifs au contour des contributions composant le cens électoral.

B. – La contribution fiscale

Les juridictions judiciaires prétendent avoir qualité pour définir l'étendue des contributions à retenir dans le calcul du cens ; un calcul qui est sujet à contestations entre citoyens et administrations, dans des situations où les premiers peinent à franchir le seuil requis pour être fait électeur. Ici, comme plus haut, les juridictions judiciaires, adoptant une vision libérale aux fins d'accroître le nombre de citoyens électeurs, entendent largement les contributions régulièrement comprises dans le calcul du cens.

Pour le XIX^e siècle, la loi du 5 février 1817 forme en matière électorale un socle de référence, repris et modifié par les lois ultérieures. Or, cette loi se contente, dans un vague article 2, d'énoncer que :

¹²³² CR Dijon, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 19 décembre 1828, t. IV, n°1050.

¹²³³ Tant la lecture de la *Gazette des tribunaux* que l'étude des tables alphabétiques proposées par les recueils *Dalloz* et *Sirey*, entre les années 1828 et 1831, ne donnent pas à connaître d'arrêts rendus sur ce point de droit par la Cour de cassation. Seule une décision de la chambre des requêtes a pu être retrouvée, par laquelle la formation refuse d'assimiler la femme divorcée à la veuve pour l'autoriser à déléguer ses contributions à son fils ou gendre pour le rendre électeur (Cour cass., req., 25 janvier 1830, *Reignier c/ Préfet de l'Indre*, D. 1830. I. 91).

¹²³⁴ Loi du 19 avril 1831 sur les élections à la Chambres des députés, article 8 : « Les contributions directes payées par une veuve, ou par une femme séparée de corps ou divorcées, seront comptées à celui de ses fils, petits-fils, gendres ou petits-gendres qu'elle désignera. »

« pour former la masse des contributions nécessaires à la qualité d'électeur ou d'éligible, on comptera à chaque Français les contributions directes qu'il paie dans tout le royaume ».

La difficulté ne porte pas sur la nature de ces contributions, reconnues au nombre de quatre : la contribution foncière ; la contribution personnelle et mobilière ; la contribution des portes et fenêtres ; les patentes¹²³⁵. Le débat a trait à la composition des contributions et à leur décompte. Chaque contribution directe se compose d'un principal et d'un accessoire – dit centimes additionnels – qui forme un supplément d'impôts. Une controverse naît alors quant à la qualité des centimes additionnels : doivent-ils tous être admis, au même titre que les contributions principales, dans le décompte du cens électoral ? Cette discussion se nourrit du fait qu'il existe deux types de centimes additionnels : les uns établis par la loi – dits centimes additionnels ordinaires –, les autres décidés par les administrations locales – dits centimes additionnels extraordinaires. Les uns et les autres centimes additionnels présentent néanmoins un caractère commun : ils sont obligatoires pour les contribuables.

En 1821, une ordonnance est prise qui précise que seuls les centimes additionnels établis par la loi peuvent être inclus dans le calcul du cens¹²³⁶ ; excluant, donc, les centimes additionnels extraordinaires. La rationalité de cette décision est à puiser dans le fait que ces centimes extraordinaires sont le vœu d'administrations locales, qui peuvent établir des règles d'imposition divergentes, et ne trouvent pas leur source dans une disposition législative ; or, seule la loi, commune à tous les citoyens, peut préciser la base du calcul du cens électoral. Le fondement local des centimes extraordinaires les exclurait du calcul censitaire, voulu initialement le même pour tous.

Cependant, plusieurs cours s'élèvent contre cette appréciation restrictive, qui conduit, dans certains cas particuliers, à refuser l'inscription sur les listes électorales de citoyens, qui, en l'absence de comptabilisation de tous les centimes additionnels acquittés, sont privés de la possibilité de jouir de toute capacité électorale. Ainsi, alors que les Cours d'Amiens, Bourges et Paris adoptent la doctrine émise en 1821 par le pouvoir exécutif, les Cours de Bordeaux, Montpellier, Pau, Rouen et Toulouse osent emprunter une voie divergente¹²³⁷. Dans un arrêt rendu en 1828, la Cour royale de Pau, mêlant évidence et analogie, estime que les centimes additionnels extraordinaires forment, au même titre que les ordinaires, une contribution directe et qu'ils doivent être comptabilisés dans le calcul du cens. Constatant que ces centimes « frapp[ent] de la même manière que celles établies par la loi du budget sur les particuliers, qui

¹²³⁵ Loi du 5 février 1817 sur les élections

¹²³⁶ Ordonnance du 6 avril 1821, rapportée par Favard de Langlade (FAVARD DE LANGLADE, Guillaume-Jean, *Législation électorale, avec l'analyse des principes et de la jurisprudence sur cette matière*, Paris, Firmin Didot frères, 1830, p. 60).

¹²³⁷ FAVARD DE LANGLADE, Guillaume-Jean, *Législation électorale...*, *op. cit.*, p. 61.

peuvent en cas de refus être contraints au paiement des uns et des autres par les mêmes voies légales », la Cour peut conclure en ces termes :

« il est évident qu'elles doivent compter malgré la différence des objets qui justifient leur destination, pour former le cens électoral, n'étant pas permis de distinguer là où la loi ne distingue pas »¹²³⁸.

Cette solution est adoubée par la Cour de cassation, qui, par deux arrêts, fait droit à cette assimilation, en mettant en avant son impuissance : bien que cela ait « l'inconvénient d'imprimer à la qualité électoral un caractère de variabilité, il n'appartiendrait qu'à la sagesse du législateur de remédier à cet inconvénient ». La Cour peut alors en droit reconnaître « qu'il n'entre pas dans les attributions des tribunaux de distinguer entre les éléments de capacité électoral là où la loi n'a pas cru devoir distinguer »¹²³⁹. Si la prise en compte de tous les centimes additionnels dans le calcul du cens peut heurter le principe d'égalité, ces décisions renvoient le législateur à ses prérogatives et privilégient une approche qui favorise celui qui s'acquitte d'impôts. Or, il apparaît que le législateur a écouté et agi : il a fait droit à l'analyse portée par la Cour de cassation et les cours royales dissidentes, en disposant, à l'article 4 de la nouvelle loi électoral du 19 avril 1831, qu'il faut comprendre dans les contributions directes « les suppléments d'impôt de toute nature connus sous le nom de centimes additionnels ». Aussi, en matière électoral, les juridictions judiciaires connaissent-elles un certain succès, en voyant leurs positions jurisprudentielles, validées par la loi.

Ensemble, ces solutions jurisprudentielles permettent d'esquisser un mode d'emploi de l'argument de l'évidence. Les juges se saisissent de l'évidence, qu'ils révèlent d'eux-mêmes par l'analyse de la loi, pour étendre l'exercice d'un droit. À l'inverse, au regard de la simplicité de la démonstration, il semble moins probable qu'un tel argument permette de restreindre l'exercice de droits. En matière électoral, il s'est ainsi agi de favoriser la situation de citoyens propriétaires, en leur permettant d'accéder à la qualité d'électeur, voire d'éligible. Une quête particulièrement délicate en ce premier XIX^e siècle hostile à l'idée d'un trop grand élargissement de la base électoral¹²⁴⁰. Par-là, le juge se montre soucieux d'enrichir positivement les droits des justiciables, en acceptant, en toute autonomie, de scruter la loi pour en modifier la portée.

¹²³⁸ CR Pau, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 22-23 décembre 1828, t. IV, n°1053.

¹²³⁹ Cour cass., civ., 23 juin 1829, *Bull. civ.*, t. XXXI, n°44, p. 147.

¹²⁴⁰ V. ANTONETTI, Guy, *Histoire contemporaine politique et sociale*, op. cit., p. 241 et suiv. (« La société au temps des notables censitaires »).

Sous-section 2. – La dialectique de la généralité

Nombreuses sont les décisions de justice à s'en référer à la généralité de la loi, dont les termes, tantôt absolus, tantôt génériques, autorisent à en étendre le champ. L'argument apparaît même commode : sans plus avant s'expliquer, telle juridiction peut déclarer le terme employé par la loi, général – ou parfois générique – pour y inclure un fait, un acte auquel elle ne renvoie pas expressément mais dont l'inclusion ne semble pas heurter son sens global. Ce procédé semble, au premier chef, entretenu par la rédaction des lois au XIX^e siècle : les codes, déjà, étaient faits de formulations à la vocation élastique, puisque, ainsi que le soulignait Jean-Étienne-Marie Portalis, « les lois ne peuvent prévoir tous les cas qui peuvent s'offrir aux juges ». Le juriste invite alors le législateur, certes à « fixer quelques points de controverse », mais, surtout, à s'en tenir aux grandes maximes : puisqu'il ne peut espérer tout régir¹²⁴¹. Aussi, tant par pragmatisme que par nécessité, la loi doit-elle se composer de formules générales, qui entretiennent dès lors le volontarisme du juge.

Sous ce prisme, invoquer la généralité des dispositions légales devient un expédient facile pour forcer et étendre le sens de la loi au nom, justement, de son élasticité : la rédaction de la loi autorise le juge, dans une démarche holistique, à entendre derrière les termes de la loi des éléments ou situations qu'elle n'a expressément ni visés ni interdits. Par-là, le juge entend se faire le relais de la loi, qui ne doit pas être rendue inefficace en raison de sa prévoyance limitée. À cet égard, aucune matière, ni civile¹²⁴² ni pénale, n'échappe à cette démarche. De manière peut-être surprenante, le procédé est particulièrement utilisé devant les juridictions répressives, aux fins d'assurer un contrôle efficace d'activités, jugées corruptrices ou dangereuses, en ce qu'elles peuvent nuire aux mœurs et à la paix sociale. Ici, sont évidemment visées les activités de jeu d'argent, qui sont jugées suspectes et exigent d'être régulées (§I). L'argument de la généralité de la loi est par ailleurs souvent sollicité pour réguler le langage, dont font partie les activités de presse, qui, par nature protéiformes, ne sont pas toutes

¹²⁴¹ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil..., op. cit.*, t. VI, p. 358. En cela, l'orateur veut préparer les auteurs des lois à un inévitable écueil : « faites l'énumération de toutes les règles que vous croyez importantes dans le droit, et vous n'échapperez pas au reproche d'en avoir omis quelqu'une. Les Romains n'y ont point échappé » (*ibid.*, p. 253).

¹²⁴² En 1839, la Cour royal d'Orléans en a fait la démonstration, alors qu'elle est appelée à déterminer le champ d'application de la loi du 10 vendémiaire an VI, relative à la responsabilité des communes en cas de trouble. Au seuil de son arrêt, la cour pose, par principe, que « cette loi est générale » ; une affirmation préliminaire qui lui permet de déclarer l'applicabilité de la loi litigieuse à la ville de Paris, puisque, ainsi que la juridiction orléanaise l'énonce, la loi « ne contient ni dans son texte ni dans son esprit aucune exception en faveur de la ville de Paris ». L'implacabilité de la cour trouve peut-être sa justification dans la circonstance que cet arrêt est rendu après une première cassation, prononcée contre l'arrêt de la Cour royale de Paris, qui décidait de manière identique. Les formulations rigoureuses paraissent alors de mise pour maintenir une position dissidente de celle de la Cour de cassation (CR Orléans, 8 février 1839, *Gazette des tribunaux*, 23 février 1839, t. XIV, n°4198).

parfaitement prévues par la loi ; pour permettre leur régulation, le juge estime alors son intervention nécessaire (§2). Ces méthodes, qui conduisent à dilater la loi, concourent à un même objectif : contenir, si ce n'est prévenir, le développement d'activités jugées subversives.

§1. – Réguler le jeu

La régulation des jeux d'argent et de hasard emprunte ici deux voies : il s'agit, d'une part, des loteries (*A*) et, d'autre part, des activités de bourse (*B*).

A. – La loterie

Les jeux d'argent et de hasard nourrissent de longue date l'opprobre des gouvernements civils, qui y voient, telle la religion chrétienne, un vice qui ne peut qu'exciter l'envie ou conduire à la ruine. Cet état d'esprit explique que l'interdiction de principe des activités de lucre est régulièrement rappelée par des édits royaux émaillant tant la période médiévale que celle d'Ancien Régime. Avec cependant une efficacité limitée : une forme de tolérance est progressivement entretenue sous l'Ancien Régime, faute de parvenir à réprimer efficacement ces activités¹²⁴³. Cependant, dès les premières heures de la Révolution, un contrepied est pris, qui permet d'initier un mouvement de régulation et de fermeté en ce domaine. La consécration de cette philosophie apparaît avec le décret du 24 juin 1806 qui prohibe l'établissement des maisons de jeux de hasard. Quelques années plus tard, le Code pénal, qui reprend à son compte cette philosophie, tire les leçons des échecs antérieurs de régulation et cherche, sans en interdire parfaitement le principe, à encadrer le développement des activités de jeux. Dans cette perspective, le code insère, dans une courte section relative à la « contravention aux règlements sur les maisons de jeu, les loteries, et les maisons de prêt sur gages », deux dispositions généralisantes. Aux termes des articles 410 et 411, les maisons de jeu – et assimilées – ainsi que les maisons de prêt sur gage doivent obtenir une autorisation préalable, pour ouvrir

¹²⁴³ HAROUËL, Jean-Louis, « De François Ier au pari en ligne, histoire du jeu en France », *Pouvoirs*, 2011, n° 139, p. 5-14.

V. ROFFE, Morgane, *Le droit et la police des jeux de hasard dans les Alpes-Maritimes aux XIX^e et XX^e siècles (1800-1954)*, [th. droit, Nice], 2017.

régulièrement leur commerce. En cas de manquement, la répression est sévère : les prévenus encourrent plusieurs milliers de francs d'amende et jusqu'à trois mois d'emprisonnement¹²⁴⁴.

En dépit de cette fermeté, la législation se révèle, parce que parcellaire, impuissante à freiner l'essor de loteries nées d'initiatives privées, qui profitent d'un important changement législatif à l'orée de la décennie 1830 : l'abolition de la loterie royale¹²⁴⁵. Dans ces circonstances, se développe une foule de loteries plus ou moins bien formalisées, que les juridictions judiciaires cherchent à encadrer en se saisissant notamment des termes de l'article 410. Aux fins d'assurer la régulation des mœurs et de préserver l'ordre public, elles considèrent que la généralité de cet article autorise une conception large de la notion des « loteries » qu'il vise. Par ce raisonnement, elles cherchent à y assimiler toute mise en vente d'objets ou biens, organisées par des établissements dépourvus d'autorisation ou, ponctuellement, par des particuliers, aux fins de les faire tomber sous le joug du Code pénal. Or, dans cette seconde hypothèse, l'extension de la loi opérée par les juges manifeste leur grande audace : parce que le code ne vise en effet jamais les particuliers dans ses articles régissant les activités de jeux. Des décisions rendues tant en première instance qu'en appel en font la démonstration.

Il en est ainsi d'un jugement rendu par le Tribunal de police correctionnelle de Paris, qui, en 1832, est saisi de cette question quelques mois seulement après la dernière loi organisant la fin du monopole royal sur les loteries. En l'espèce, le tribunal est appelé à régler le sort d'un homme prévenu d'avoir organisé une vente d'immeubles, sans autorisation. Or, un doute subsiste quant à la possibilité de reconnaître la constitution du délit, parce que l'affaire

¹²⁴⁴ Code pénal, article 410 : « Ceux qui auront tenu une maison de jeux de hasard, et y auront admis le public, soit librement, soit sur la présentation des intéressés ou affiliés, les banquiers de cette maison, tous ceux qui auront établi ou tenu des loteries non autorisées par la loi, tous administrateurs, préposés ou agents de ces établissements seront punis d'un emprisonnement de deux mois au moins et de six mois au plus, et d'une amende de cent francs à six mille francs. – Les coupables pourront être de plus, à compter du jour où ils auront subi leur peine, interdits pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code. – Dans tous les cas, seront confisqués tous les fonds ou effets qui seront trouvés exposés au jeu ou mis à la loterie, les meubles, immeubles, instruments, appareils employés ou destinés au service des jeux ou des loteries, les meubles et les effets mobiliers dont les lieux seront garnis ou décorés. » ; article 411 : « Ceux qui auront établi ou tenu des maisons de prêt sur gages ou nantissement, sans autorisation légale, ou qui, ayant une autorisation, n'auront pas tenu un registre conforme aux règlements, contenant de suite, sans aucun blanc ni interligne, les sommes ou les objets prêtés, les noms, domicile et profession des emprunteurs, la nature, la qualité, la valeur des objets mis en nantissement, seront punis d'un emprisonnement de quinze jours au moins, de trois mois au plus, et d'une amende de cent francs à deux mille francs. »

¹²⁴⁵ L'abolition de la loterie royale s'effectue en deux temps. L'ordonnance royale du 22 février 1829, contenant diverses dispositions relatives à la loterie, restreint l'ouverture de loteries à huit départements (Basse Alpes, Hautes Alpes, Aveyron, Cantal, Corrèze, Corse, Creuse et Lozère). Ce mouvement est confirmé par la loi de finances du 21 avril 1832 qui enregistre la disparition progressive de la loterie royale, dont l'abolition définitive est projetée au 1^{er} janvier 1836 (article 48).

V. CHASSAN, Joseph-Pierre, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2^e éd., Paris, Videcoq père & fils, 1846, t. I, p. 679-683 ; CHAUVEAU, Adolphe, & HELIE, Faustin, *Théorie du Code pénal*, 6^e éd. annotée par Edmond Villey, Paris, Marchal & Billard, 1887, t. V, p. 524-560.

concerne, d'une part, un particulier et, d'autre part, la mise en loterie de biens *immeubles*. Le tribunal balaie toutefois ces difficultés alors qu'il relève, en préambule, que :

« la disposition de l'article 410 du Code pénal relative aux loteries non autorisées par la loi est générale dans ses termes ».

Cette courte incise, peu étayée, permet de poser la généralité de l'article 410 tel un principe intangible ; un premier mouvement utile pour faire découler de la loi plus de conséquences que ce que son texte littéral invite pourtant à entendre. Aussi, le tribunal peut-il ajouter que :

« ce n'est pas non plus violer l'esprit de la loi que de l'appliquer aux genres de loteries qui présentent, par leurs circonstances spéciales, des dangers aussi grands pour la fortune publique que les loteries d'effets mobiliers, et plus de moyens de fraude et de déception au préjudice des preneurs »¹²⁴⁶.

Ici, la considération de l'objectif paraît déterminante : la vente litigieuse porte en elle la même problématique morale que les loteries expressément visées par la loi et doit, pour cela, tomber sous sa prévention. L'argument de la généralité apparaît sous la plume de ce tribunal comme un outil pragmatique pour placer sous le contrôle de la loi tout fait qui peut s'assimiler à ce qu'elle a expressément visé et qui charrie les mêmes effets. Par-là, le tribunal manifeste un souci incident : déterminer l'objectif poursuivi par le législateur dans l'édiction de la loi pour faire tomber sous son joug, de manière générale, tout comportement qui emporteraient les mêmes conséquences.

C'est dans le même esprit et au terme de la même argumentation que la Cour de cassation refuse d'exclure les particuliers de l'incrimination. En 1836, la Cour, cassant un arrêt de la Cour royale de Paris, condamne, toujours sur le fondement de l'article 410, une femme ayant mis en loteries des jouets d'enfants et autres marchandises. Pour parvenir à ce résultat, la Cour considère alors que l'interdiction portée par le Code doit atteindre toute opération, au nom d'un constat simple : au nom de ses termes « généraux et absolus », l'article 410 « doit être appliqué également aux loteries qui forment un établissement permanent et à celles qui consistent dans une seule opération »¹²⁴⁷. Grâce à la généralité de la loi, la Cour peut écarter l'idée selon laquelle l'article litigieux ne s'appliquerait qu'aux établissements employant des « administrateurs, préposés ou agents des loteries ».

¹²⁴⁶ Trib. pol. corr. Paris, 7 décembre 1832, *Gazette des tribunaux*, 13 décembre 1832, t. VIII, n°2288.

La solution du tribunal est, au fond du droit, conforme à celle prônée par la Cour de Paris quelques semaines plus tôt. S'en remettant tant à la lettre qu'à l'esprit de l'article 410, la Cour retient que la mise en loterie d'immeubles, « quoique isolée et accidentelle, n'en constitue pas moins le fait d'avoir établi une loterie de la nature de celles qui sont prévues et réprimées par l'article 410 du Code pénal » (CR Paris, 17 novembre 1832, *Gazette des tribunaux*, 18 novembre 1832, t. VIII, n°2267).

¹²⁴⁷ Cour cass., crim., 5 mai 1836, *Gazette des tribunaux*, 7 mai 1836, t. XI, n°3318.

Mais, par cette dernière décision, la Cour de cassation se place en marge de la position adoptée par les Cours royales, lesquelles considèrent que l'incise de l'article 410, relative aux poursuites contre les « administrateurs, préposés ou agents de ces établissements », doit conduire à ne réprimer que les établissements installés et, ainsi, exclure de la répression les particuliers, vus comme de simples agents occasionnels. Outre la Cour de Paris dont l'arrêt est ici cassé, la Cour d'Orléans refuse d'admettre une vision extensive de l'article 410, pour l'appliquer aux particuliers ; mais, elle ne se résout pas non plus à renoncer à condamner le prévenu. Elle trouve alors le secours, non dans l'argument de la généralité de la loi, mais dans une autre disposition. En l'espèce, sont poursuivis devant la juridiction orléanaise l'auteur d'un article et le journal abritant cette parution, pour avoir fait l'annonce dans ledit journal d'une loterie. La Cour d'Orléans refuse explicitement le système, qui conduirait à étendre le vœu de la loi en faisant application de l'article 410 à ceux qui, certes traitent de loteries, mais ne sont pas des établissements. Se plaçant sous le respect du principe de légalité, elle retient en effet que :

« [l'article 410] n'a eu pour objet que d'empêcher l'établissement ou la tenue en France de loteries non autorisées par la loi ; et que dès lors, il n'a entendu punir de la peine qu'il prononce que les administrateurs, préposés ou agents de ces établissements illicites ».

Mais loin de rester impuissante, la cour recourt, dans un second temps, à un règlement royal, dont elle confirme la vigueur, pour assurer la condamnation du prévenu. Elle réactive pour cela l'arrêt du Conseil d'État du 20 septembre 1776, dont elle rappelle l'autorité en reprenant les principes posés par la Cour de cassation au début de la décennie 1820, pour confirmer la validité d'actes contestés de l'exécutif¹²⁴⁸. La Cour d'Orléans énonce ainsi que ledit règlement est « émané de l'autorité souveraine qui avait alors le pouvoir de faire et d'exécuter la loi », « a été publiquement exécuté dans le royaume » et « n'a été ni expressément, ni tacitement abrogé par aucune loi postérieure »¹²⁴⁹. Cette réponse en deux temps démontre une volonté de mieux réprimer les loteries non autorisées, en englobant toutes les formes qu'elles pourraient prendre, sans cependant accepter de recourir à l'argument de la généralité de la loi pour pallier l'insuffisance des lois positives. Au demeurant, le raisonnement de la Cour d'Orléans trouve sa justification dans un avis rendu par le Conseil d'État le 8 février 1812, qui

¹²⁴⁸ V. *supra*, §1. – Les décrets impériaux.

¹²⁴⁹ CR Orléans, 15 janvier 1836, *Gazette des tribunaux*, 23 janvier 1836, t. XI, n°3253.

reconnaît le caractère lacunaire des dispositions du Code pénal relative aux loteries et encourage le recours, par les juges, aux lois et règlements antérieurs pour régler ce contentieux¹²⁵⁰.

Ces velléités, différemment motivées selon les juridictions, sont néanmoins récompensées en 1836 par l'adoption d'une loi proposant un système clarifié de répression des loteries. La loi du 21 mai 1836 confirme ainsi, dans un bref article 1^{er}, une prohibition générale de principe ; renforcée par un article 2, énonciatif, destiné à permettre que nul effet, nul objet n'échappent à l'interdiction¹²⁵¹. Tant la brièveté que la clarté de cette loi encouragent alors les juridictions judiciaires à maintenir une conception large et générale de l'interdiction d'organiser des loteries. Une lecture confirmée, au premier chef, par l'exécutif, qui, par la voie de son ministre de la justice, rend une circulaire, quelques semaines seulement après la promulgation de la loi, invitant les chefs de juridiction à débusquer toutes « loteries déguisées »¹²⁵². Une autre circulaire, émise le 11 août 1863, maintient cette ligne de conduite en invitant, plus clairement encore, les chefs de parquet à faire preuve de zèle dans la surveillance et répression des activités de loteries illicites. Bien plus, le ministre exhorte les magistrats à procéder à un raisonnement extensif en reconnaissant la plasticité des dispositions légales¹²⁵³. Confortant ce mouvement, la

¹²⁵⁰ Cet avis porte, notamment, « qu'on ne peut pas regarder comme réglées par le Code pénal de 1810, dans le sens attaché à ce mot, les matières relativement auxquelles le Code ne renferme que quelques dispositions éparses, détachées, et ne renfermant pas un système complet de législation ; et que c'est par cette raison que subsistent encore, quoique non renouvelées par le Code pénal de 1810, toutes celles des dispositions de lois et règlements antérieurs à ce Code qui sont relatives à la police rurale et forestière, aux maisons de jeu, aux loteries non autorisées par la loi » (DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, op. cit., t. XVIII, p. 198-199).

¹²⁵¹ Loi du 21 mai 1836, portant prohibition des loteries, article 1^{er} : « Les loteries de toute espèce sont prohibées. » ; article 2 : « Sont réputées loteries et interdites comme telles, les ventes d'immeubles, de meubles ou de marchandises effectuées par la voie du ou auxquelles auraient été réunies de primes ou autres bénéfices dus au hasard, et généralement toutes opérations offertes au public, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort. » ; article 3 : « La contravention à ces prohibitions sera punie des peines portées à l'article 410 du Code pénal. »

¹²⁵² *Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la justice...*, op. cit., 1879, t. I, p. 429. Par cette circulaire ministérielle, émise le 27 juillet 1836, le ministre réitère l'obligation de sanctionner l'organisation illicite de loteries d'immeubles dont l'activité ne lui semble pas suffisamment freinée par la loi nouvelle.

¹²⁵³ *Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la justice...*, op. cit., 1883, t. III, p. 22.

chambre criminelle de la Cour de cassation prend, la première, le chemin d'une interprétation généralisante des dispositions pénales¹²⁵⁴.

La régulation de la loterie montre une action concertée des pouvoirs politiques et du judiciaire, alors que le juge prête son concours à la loi pour en favoriser une application étendue. Dans ce rôle, le juge se montre, une fois encore, très actif, pour parvenir à sanctionner concrètement les comportements jugés amoraux. La même raison de procéder se retrouve alors, dans les décisions sanctionnant des comportements financiers risqués.

B. – La bourse

Les juridictions répressives du XIX^e siècle témoignent, ensemble, d'un souci de sauvegarder une forme d'ordre moral économique. Cette préoccupation conduit, alors, les juges à vouloir mieux encadrer une autre forme de jeu d'argent : les opérations de bourse. Celles-ci se conduisent sous le patronage des agents de change et courtiers de commerce ; deux professions qui se sont développées à la fin du XIV^e siècle et qui ont, un temps, été libéralisées par l'effet de la loi Le Chapelier, rendant aux activités du commerce et de l'industrie leur liberté¹²⁵⁵. La profession est néanmoins vite encadrée par la loi du 28 vendémiaire an IV (20 octobre 1795), relative aux agents de change et à la police de la bourse de Paris, et, surtout, par le décret du 28 ventôse an IX (19 mars 1801), relatif à l'établissement des bourses de commerce. Le décret définit l'activité des agents de change et des courtiers de commerce comme celle « de constater le cours du change, celui des effets publics, marchandises, matières

¹²⁵⁴ Dans un arrêt rendu en 1838, la Cour de cassation retient une compréhension extensive de la prohibition des loteries illicites et de la conséquence de tenir un tel commerce, tant à l'égard de l'organisateur de jeux clandestins que du participant pour les attirer devant les juridictions répressives. Dans cette espèce, des objets sont saisis et confisqués lors d'une visite d'une maison de jeux clandestine. Des poursuites sont engagées contre les agents employés ainsi que contre les participants. Les premiers contestent l'application qui leur est faite de l'article 410 ; et les autres, joueurs, la confiscation de sommes trouvées sur eux. Deux prétentions que la Cour de cassation rejette. À l'endroit des agents employés par la maison de jeux, la Cour maintient l'application de l'article 410, au terme d'un raisonnement globalisant « [qu']il n'y a aucune raison de considérer ces dernières expressions [de l'article 410] comme se référant seulement aux loteries ; que les maisons de jeux de hasard et les loteries non autorisées sont des établissements de même nature ; qu'ils sont compris dans la même disposition pénale, et qu'on ne pourrait faire quelque distinction entre eux, relativement aux individus qui doivent être punis pour y avoir pris part, qu'autant que le texte de la loi le déciderait expressément, ce qui ne résulte nullement de la rédaction dudit article ». À l'endroit des joueurs, la Cour tient un langage similaire en autorisant une acception large des saisies possibles, au motif que « la confiscation des fonds trouvés exposés au jeu, que prononce le même article ne doit pas être restreinte aux sommes d'argent trouvées et saisies sur la table de jeu », au risque autrement de « rend[re] presque toujours impossible l'application de la peine ». Le souci de parvenir à une répression efficace et homogène justifie opportunément l'extension des prescriptions de la loi (Cour cass., crim., 25 mai 1838, *Gazette des tribunaux*, 30 mai 1838, t. XIII, n°3968).

¹²⁵⁵ Loi du 14 juin 1791, dite Le Chapelier, met fin aux corporations (article 1^{er}) et libère ainsi le commerce de ses entraves.

d'or et d'argent, et de justifier devant les tribunaux ou arbitres la vérité et le taux des négociations, ventes et achats »¹²⁵⁶. Mais, en dépit des termes généraux de la loi, ce mouvement de régulation manque à réaliser l'objectif poursuivi : freiner les activités de négociation d'effets et de marchandises, qui connaissent un essor formidable au XIX^e siècle. Seul, le législateur peine à les réprimer ; il parvient, au mieux, à refuser le secours de la loi aux participants de ces activités, qui s'estimeraient lésés à l'issue d'une opération spéculative défavorable. Il bénéficie, cependant, du concours des juridictions judiciaires, qui font un usage ingénieux des codifications.

En droit, la spéculation boursière est réprimée par le Code pénal, qui sanctionne les paris « faits sur la hausse ou la baisse des effets publics » dont le vendeur ne disposerait pas¹²⁵⁷. Sur le plan civil, cette prohibition est renforcée par une assimilation, faite par les juridictions, entre les spéculations boursières, réalisées par le biais d'agents de change, et les jeux ou paris ordinaires, dont le droit commun cherche à dissuader l'exercice en leur déniaient le recours aux prétoires. Le Code civil prévoit, en effet, en son article 1965, que :

« la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari » ;

et, en son article 1967, que :

« dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. »

L'acheteur, qui aurait perdu les sommes engagées dans une opération boursière, de même que son intermédiaire – l'agent de change –, ne peuvent demander, devant les tribunaux, la répétition des sommes perdues lors d'une telle opération. Pour arriver à cette conclusion, les juges retiennent le critère de la généralité de la loi, qui doit permettre de reconnaître largement les notions de jeux et de paris. Une affaire résolue en 1858 offre un exemple de cette réflexion coordonnée des juridictions judiciaires. En l'espèce, lors de l'ouverture de la succession de son père, une femme découvre que le défunt s'est livré à des opérations de bourse, par l'intermédiaire d'un agent de change, lesquelles ont englouti l'entièreté du patrimoine disponible. L'héritière actionne l'agent de change, pour obtenir la répétition des sommes versées, au motif qu'elles participent d'un marché illicite. En refusant de faire droit à sa demande, la juridiction, sise à Paris, confirme, au fond, une vision élargie des articles du Code civil :

¹²⁵⁶ Décret du 29 ventôse an IX (20 mars 1801) relatif à l'établissement des bourses de commerce, article 7.

¹²⁵⁷ Code pénal, article 421 : « Les paris qui auront été faits sur la hausse ou la baisse des effets publics, seront punis des peines portées par l'article 419 » ; article 422 : « Sera réputé pari de ce genre, toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison. »

« par leur généralité, ces principes s'appliquent sans distinction aux jeux et paris qui ont lieu sur le cours des effets publics, et de valeurs ou marchandises cotées ou négociables à la bourse, aussi bien qu'aux jeux et paris ordinaires ».

À la généralité de la loi est mêlé le « but évident de ces articles [qui] a été de ne faire produire aucune action à des opérations illicites et coupables qui placent les deux parties, le gagnant et le perdant, dans des conditions identiques de faute et d'indignité, de sorte que, lorsque le paiement a été volontairement effectué par le perdant, c'est un fait consommé, contre lequel celui-ci et ses représentants sont non-recevables à se faire restituer » ; des « principes [qui] s'appliquent également aux courtages reçus par l'agent de change »¹²⁵⁸. En l'espèce, la juridiction reproduit le même schéma que celui vu à l'œuvre en matière de loterie : un raisonnement en deux temps qui se construit d'abord par le constat de la généralité de la loi et se confirme ensuite par le souci de débusquer le but de la loi. Le constat de la généralité des textes apparaît ainsi comme un argument commode pour introduire dans l'interprétation de la loi une part de liberté du juge : il peut alors sanctionner tout comportement proche de celui visé par la loi dont le résultat mettrait en échec l'objectif du législateur. Mais la réflexion apparaît fort opportune tant elle place le juge en situation de déterminer souverainement ce qui serait le *but* de la loi. En toute hypothèse, ce jugement est confirmé en appel par la Cour impériale de Paris, qui offre une argumentation où l'opportunité concorde avec le respect de la loi¹²⁵⁹.

L'année suivante, cette analyse est confirmée par la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi formé contre cet arrêt, en considérant que :

« [l'article 1967] est génér[al] et s'applique au cas de sommes volontairement payées pour jeux de bourse ; qu'[il] prend sa source dans ce principe qu'un délit ou un quasi-délit ne peut servir de base à une action en justice »¹²⁶⁰.

En l'espèce, la Cour s'emploie à placer sa démonstration sous le signe de la logique : les jeux de bourse empruntent aux paris classiques le même caractère d'aléa et peuvent, grâce à cette nature commune, tomber sous la prohibition du droit commun, en dépit de l'existence d'une législation propre aux activités boursières. Cet exemple est à l'aune d'une dynamique plus générale : une politique pénale jurisprudentielle, orientée de telle sorte que les atteintes à la moralité soient efficacement combattues. De ce point de vue, les juges estiment moins

¹²⁵⁸ Trib. civ. Paris, 14 janvier 1858, reproduit sous CI Paris, 29 novembre 1858, *Gazette des tribunaux*, 21 novembre 1858, t. XXX, n°9873 ; 29-30 novembre 1858, t. XXX, n°9880.

¹²⁵⁹ La Cour énonce en effet que « quant aux considérations de morale et d'ordre public présentées par l'appelant, que c'est au législateur et non au juge qu'il appartient de pourvoir aux nécessités de l'ordre public ; que d'ailleurs, la jurisprudence, qui a dû repousser les demandes en paiement de sommes réclamées pour liquidation de jeux de bourse, n'a diminué en rien l'ardeur de ces spéculations ; que des décisions qui autoriseraient les restitutions n'amèneraient vraisemblablement pas plus de résultats utiles pour l'avenir et jetteraient certainement un trouble considérable dans le présent » (CI Paris, 29 novembre 1858, *Gazette des tribunaux*, 29-30 novembre 1858, t. XXX, n°9880).

¹²⁶⁰ Cour cass., req., 2 août 1859, *Gazette des tribunaux*, 20 août 1859, t. XXXIV, n°10110.

travestir qu’approfondir la loi, alors qu’ils cherchent à dégager l’essence de la loi pour l’élargir à des cas que son caractère *général* semble comprendre. À la lecture de ces jurisprudences, un caractère commun jaillit alors : l’argument de la généralité de la loi est utilement mis en avant pour éviter que des particuliers, en privilégiant des comportements, jugés comme amoraux, non directement visés par la loi, parviennent à l’éluder. L’exploitation de la loi par le juge apparaît à cet égard comme logique, et c’est bien le sens d’un tel mécanisme : l’argument de la généralité permet de réaliser un enrichissement de la loi, qui découle naturellement de son sens. De fait, l’activité de bourse étant par nature suspecte, il n’apparaît guère surprenant que le juge, tirant les conséquences de cet *a priori* négatif, place sous la même méfiance toutes les activités s’y rattachant, en arguant de la généralité de la loi. Le même souci guide le recours à la généralité de la loi dans le traitement des questions de presse.

§2. – Réguler le langage

La régulation du langage, qui recouvre ici autant des infractions orales qu’écrites, mène les juridictions répressives à enrichir les règles normatives dans deux hypothèses principales : la première voie consiste à étendre les dispositions pénales relatives au colportage pour juguler les activités de presse, jugées corruptrices de l’ordre public (*A*) ; la seconde les conduit à renforcer la protection et la réparation de l’honneur de particuliers offensés, au mépris souvent des prévisions littérales de la loi (*B*). Dans les deux hypothèses, le juge s’illustre dans l’exploitation d’une rhétorique généralisante.

A. – Le colportage

La presse connaît aux XIX^e siècle un essor formidable, qui en fait une activité aussi prisée que crainte du pouvoir politique, lequel exerce, à son égard, une répression périlleuse : chaque procès de presse offre une tribune politique aux prévenus face à un pouvoir, qui ne peut jamais avoir l’assurance de l’emporter. Il apparaît cependant que si les juridictions répressives font souvent la preuve d’une clémence à l’endroit des prévenus pour délits de presse, elles offrent parfois leur concours à l’exécutif et au législatif, par l’usage d’une interprétation

extensive des dispositions pénales. Cette hypothèse nous emmène sur le terrain du colportage et son encadrement sous le Second Empire.

Dès le commencement du siècle, le fait de colportage est réglé par l'article 290 du Code pénal – dont la rédaction demeure inchangée au fil des réformes pénales –, qui oblige celui qui voudrait exercer le « métier de crieur ou afficheur d'écrits imprimés, dessins ou gravures » à se munir d'une autorisation administrative, sous peine d'emprisonnement – de six jours à deux mois. Au milieu du siècle, cette pénalité est aggravée par la loi spéciale du 27 juillet 1849, qui ajoute, en son article 6, une peine d'amende – de vingt-cinq à cinq cents francs – et accroît la peine d'emprisonnement – d'un à six mois. Cette répression accrue s'explique, de l'aveu du ministre de la justice s'exprimant à l'Assemblée¹²⁶¹, par la volonté de mieux réprimer les libelles, « ces petits écrits où l'on représente la soumission aux lois comme une faiblesse ; la morale religieuse comme une tromperie ; l'accomplissement des devoirs de famille comme une gêne qu'un bon gouvernement fera disparaître ; le travail des champs comme un acte de servitude au profit des oisifs ; l'ordre social, enfin, comme une insupportable tyrannie ». Or, « la distribution de ces libelles est généralement l'œuvre du colportage ».

C'est ainsi le biais de l'encadrement du colportage, jugé « urgent », qui s'impose pour assurer la répression efficace de ces « abus »¹²⁶². Sous ce prisme, la répression du colportage offre l'avantage de reposer sur un critère objectif, le respect d'une simple formalité préalable – une autorisation administrative –, dont le contrôle permet plus aisément d'obtenir une condamnation d'individus et, partant, l'encadrement de la diffusion de feuilles politiques. À l'inverse de la poursuite directe de propos tenus par des auteurs ou journalistes, souvent laissés libres par les tribunaux. De fait, cette politique pénale rejaillit sur les juridictions judiciaires, qui cherchent, particulièrement sous le Second Empire, à remplir le vœu de la loi *via* une première innovation jurisprudentielle : en entendant largement les personnes susceptibles de se livrer, de manière illicite, au fait de colportage.

Avant la loi de 1849, ce sont celles du 10 décembre 1830 et 16 février 1834 qui régissaient le sort des afficheurs et crieurs publics, avec une particularité : leur rédaction visait explicitement la *profession* de colporteur¹²⁶³. La loi de 1849 a cependant choisi une approche distincte, en faisant fi de la notion de *profession* ouvrant alors un débat : la loi pénale ne

¹²⁶¹ V. DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, *op. cit.*, t. XLIX, p. 245 et suiv.

¹²⁶² *Ibid.*, p. 249.

¹²⁶³ Loi du 10 décembre 1830 sur les afficheurs et crieurs publics, article 2, alinéa 1^{er} : « Quiconque voudra exercer, même temporairement, la profession d'afficheur ou crieur, de vendeur ou distributeur, sur la voie publique, d'écrits imprimés, lithographiés, gravés ou à la main, sera tenu d'en faire préalablement la déclaration devant l'autorité municipale et d'indiquer son domicile. »

Loi du 16 février 1834 sur les crieurs publics, article 1^{er}, alinéa 1^{er} : « Nul ne pourra exercer, même temporairement, la profession de crieur, de vendeur ou de distributeur, sur la voie publique, d'écrits, dessins ou emblèmes imprimés, lithographiés, autographiés, moulés, gravés ou à la main, sans autorisation préalable de l'autorité municipale. »

visait-elle que l'activité régulière de colportage, conduisant à ne pouvoir poursuivre et sanctionner que les colporteurs professionnels ? Ou bien, doit-elle être entendue extensivement, de telle sorte que la qualité de colporteur doit être reconnue autant pour ceux qui s'y livrent habituellement que pour ceux qui ne le font que ponctuellement, permettant de sévir contre les particuliers qui auraient colporté des écrits sans autorisation préalable ? Au moyen de l'argument de la généralité de la loi, la majorité des juridictions judiciaires penche pour cette seconde interprétation, en prônant ici une approche similaire au traitement des loteries accidentelles. À l'image de la Cour d'appel de Paris, appelée à définir, dès décembre 1849, les contours du délit de colportage. La cour prend appui tant sur la lettre de la loi, « conçu[e] en termes si généraux », que sur son but, explicité par les débats parlementaires, pour rejeter l'idée selon laquelle « la nécessité d'une autorisation ne serait imposée qu'à ceux qui exercent professionnellement le colportage »¹²⁶⁴. Cette solution est approuvée, l'année suivante, par deux fois au moins, par la Cour de cassation.

Dans un premier arrêt, rendu en février 1850, elle admet :

« qu'en présence de termes aussi généraux, il n'y a plus lieu de rechercher si l'agent de distribution exerce ou non la profession de distributeur, mais seulement si les faits imputés aux prévenus sont de nature à constituer une distribution illégale »¹²⁶⁵.

Le raisonnement tenu en l'espèce a cela d'étonnant que la généralité de la loi dispense la juridiction de faire la preuve de son affirmation : son caractère général est si manifeste que le juge ne fait que la recevoir et en tirer les conséquences.

La seconde décision, un arrêt de rejet daté d'avril 1850, ne dit pas autre chose. La Cour adresse, par ailleurs, directement une admonestation aux tribunaux inférieurs qui seraient disposés à suivre une solution opposée :

« [l'article 6 de la loi de 1849] est conçu en termes généraux et absolus, [...] les tribunaux ne pourraient sans excès de pouvoir y introduire des exceptions repoussées par le législateur ».

La Cour conclut son considérant de telle sorte qu'il ne laisse de doute quant aux activités de colportage soumises à autorisation : l'article litigieux « s'applique, dès lors, à toutes distributions publiques de livres, écrits, brochures, etc., à titre gratuit ou onéreux, soit au dehors, soit à domicile »¹²⁶⁶. Ces décisions reposent sur un raisonnement analogue : seul le fait – l'activité de distribution non autorisée – importe, indépendamment de la qualité de la personne qui en est à l'origine ; une interprétation renforcée par la circonstance que la loi, *générale* et

¹²⁶⁴ CA Paris, 28 décembre 1849, *Gazette des tribunaux*, 30 décembre 1849, t. XXV, n°7016.

¹²⁶⁵ Cour cass., crim., 15 février 1850, *Gazette des tribunaux*, 16 février 1850, t. XXV, n°7057 ; 18-19 février 1850, t. XXV, n°7059.

¹²⁶⁶ Cour cass., crim., 25 avril 1850, *Gazette des tribunaux*, 27 avril 1850, t. XXV, n°7117.

absolue, n'exclut pas expressément les particuliers de la répression. Or, cette doctrine, par ailleurs conforme à la circulaire ministérielle du 30 novembre 1849¹²⁶⁷, recueille le soutien de multiples juridictions qui recourent, de la même manière, à l'argument de la généralité de la loi dans leur motivation¹²⁶⁸. Telle la Cour d'appel de Montpellier, qui reprend à son compte l'argumentation développée par la Cour de cassation.

En 1850, un particulier est attiré devant la juridiction montpelliéraine pour avoir distribué à domicile des journaux. La cour est appelée à déterminer le sens de l'article 6 à deux égards : d'une part, quant aux écrits concernés et, d'autre part, quant au mode de diffusion soumis à autorisation administrative. Elle estime, sans ambages, que le journal est bien un écrit entrant dans le champ de la loi de 1849 : aussi, souligne-t-elle, d'abord, la rédaction « générale et absolue » de l'article 6, pour en déduire :

« qu'il n'est pas raisonnable de soutenir que l'expression d'écrits ne comprend pas les journaux, car il est de toute évidence que ce mot, dans sa véritable acception grammaticale et littéraire, s'applique non seulement aux ouvrages manuscrits, mais aussi aux ouvrages imprimés, quelle que soit d'ailleurs la dénomination spéciale qu'on leur donne dans le commerce, qu'ils paraissent ou non à des époques périodiques, par où les journaux rentrent nécessairement dans la catégorie des écrits ».

Cette dernière incise vise à confirmer l'application de la loi sur le colportage à des écrits qui ne respecteraient pas les codes classiques des journaux – telle une parution irrégulière – alors que de nombreuses feuilles jouent justement sur la périodicité de leur publication pour

¹²⁶⁷ Par cette circulaire adressée aux préfets, le ministre de l'intérieur, Ferdinand Barrot, les informe de la nécessité de retenir une définition extensive de la notion de distribution : « Le mot *distribution* dans l'article 6 précité a la signification la plus étendue ; il ne s'applique pas seulement à ces libraires ambulants qui font le commerce de la librairie, mais encore à tous les distributeurs d'écrits ; à la différence de la loi du 13 février 1834 sur les crieurs publics, il atteint la distribution clandestine ou à domicile aussi bien que la distribution sur la voie publique ; c'est ce qui résulte du texte de la loi qui ne fait aucune distinction entre les divers genres de distribution, de l'ensemble de la discussion à l'Assemblée législative, et de l'intention clairement manifestée de mettre un terme aux abus du colportage sous quelque forme qu'il se présente » (*Bulletin officiel du ministère de l'intérieur*, Paris, Dupont, 1849, 12^e année, n°12, p. 483-484).

¹²⁶⁸ D'autres solutions ultérieures peuvent également être convoquées. Il en est ainsi du Tribunal de Paris, qui énonce, dès mars 1852, que « les termes de cet article sont généraux et absolus et s'appliquent à toute espèce de distribution, même à la distribution accidentelle », pour conclure à la condamnation de celui qui distribue des imprimés sans autorisation (Trib. corr. Paris, 3 mars 1852, *Gazette des tribunaux*, 4 mars 1852, t. XXVII, n°7692). En 1859, la Cour impériale de Colmar retient une formulation analogue : « pour atteindre un but aussi important et aussi élevé la loi a dû disposer dans les termes les plus absolus et en même temps les plus généraux, de façon [à ce que le juge ait] une fort grande latitude d'appréciation à l'aide de laquelle il pût atteindre dans l'application des faits qui, par leur diversité même, échappaient nécessairement aux prévisions du législateur ; considérant que c'est dans cet esprit que la loi du 27 juillet 1849 a prescrit l'autorisation administrative, non seulement pour les colporteurs, mais encore pour les simples distributeurs de livres et d'écrits ; que c'est ainsi qu'elle n'a pas restreint l'application de ces dispositions à ceux qui font du colportage un métier ou une habitude de la distribution, mais qu'elle a autorisé par la généralité de ses termes la répression même d'un simple fait de distribution accidentelle ; qu'elle n'a pas distingué entre le colportage et la distribution faits à titre onéreux ou gratuit, dans une pensée mercantile ou dans toute autre, sur la voie publique ou dans l'intérieur des habitations » (CI Colmar, 15 février 1859, *Gazette des tribunaux*, 19 février 1859, t. XXXIV, n°9950).

échapper aux réglementations frappant les journaux. À l'inverse, au moyen de la généralité de la loi, la cour s'assure que nulle publication, peu important ses caractères, n'échappe aux prescriptions légales. Par ailleurs, la cour retient la même analyse généralisante pour atteindre les différentes méthodes de distribution, puisque, selon elle, la loi « n'établit aucune distinction quelconque entre les distributions sur la voie publique et celles à domicile ; qu'il n'est donc pas permis de distinguer sans violer la loi »¹²⁶⁹. L'argument de la généralité de la loi se mêle ainsi au principe selon lequel le juge ne peut créer d'exception, là où la loi n'en a pas prévue ; au risque néanmoins de l'étendre à des hypothèses qu'elle n'a pas expressément entendu viser. Au demeurant, l'explication de cette politique jurisprudentielle extensive se trouve tout entière dans la lecture d'un arrêt la Cour de cassation elle-même, en 1853 : le strict encadrement du colportage s'impose parce que « cette interprétation peut seule assurer [l']entière efficacité » de la loi¹²⁷⁰.

Néanmoins, il apparaît que cette dynamique ne convainc pas toutes les juridictions, qui, pour certaines, refusent d'admettre cette interprétation de la loi de 1849 au nom de la restriction des libertés individuelles qu'elle conduit à opérer. Le contentieux de la distribution des bulletins électoraux fournit un exemple de ce mouvement dissident. En 1854, cette hypothèse se présente devant la Cour impériale d'Aix, qui conclut à l'exonération du fait de colportage illicite pour qui se livrerait à la distribution de tels bulletins. Dans son arrêt, la cour ne nie pas le caractère général de la loi de 1849 ; elle estime cependant que ces bulletins ne correspondent pas à la notion d'écrits visée par la loi, qui ne viserait, selon elle, que le colportage illicite d'écrits qui sont « la manifestation d'une idée quelconque ». Or, selon elle, les bulletins électoraux s'en distinguent, évidemment, puisqu'à l'inverse, par exemple, de circulaires électorales, ils ne sont pas de véritables feuilles d'esprit et d'idées¹²⁷¹. Certaines juridictions se rallient à cette

¹²⁶⁹ CA Montpellier, 7 mai 1850, *Gazette des tribunaux*, 17-18 juin 1850, t. XXV, n°7160.

¹²⁷⁰ Cour cass., crim., 1^{er} avril 1853, *Gazette des tribunaux*, 23 avril 1853, t. XXVIII, n°8045.

¹²⁷¹ La Cour déclare, plus longuement, que, « dès lors que quelques générales et absolues que paraissent ces expressions, et surtout le mot : « écrit », ce serait en étendre la signification au-delà de la pensée du législateur que de les appliquer à de simples bulletins contenant, sans explication ni commentaire, des noms de candidats pour les élections ; qu'on ne peut donc raisonnablement étendre par ce mot : « écrits », que ce qui renferme la manifestation d'une idée quelconque ; [...] si, dans la discussion de la loi, on a rejeté les amendements tendant à faire admettre certaines exceptions en faveur des écrits électoraux, il est évident que les auteurs de ces amendements et ceux qui les ont repoussés n'avaient en vue que les circulaires électorales, et que nul alors ne songeait à la nécessité d'une exception pour de simples bulletins ou listes de noms » (CI Aix, 3 mars 1854, *Gazette des tribunaux*, 13-14 mars 1854, t. XXIX, n°8321).

interprétation de la loi de 1849¹²⁷², qui, nonobstant la censure immédiate de la Cour de cassation, inspire des juridictions sur l'ensemble du territoire français¹²⁷³. Appelée à se prononcer sur le pourvoi formé contre un nouvel arrêt rendu par la Cour impériale d'Aix, la Cour rend un arrêt de cassation. Son premier attendu vise la généralité de la loi – « la disposition générale de cet article n'est pas limitée » –, qui vise tout colporteur ou distributeur, professionnel ou accidentel, d'écrits. Par ailleurs, cette cassation est l'occasion pour la Cour d'enrichir sa motivation d'une exhortation des juridictions du fond à la plus grande vigilance pour assurer l'effectivité de la loi et la bonne répression d'une activité, alors jugée pernicieuse :

« dans les lois préventives, et notamment dans les lois sur le colportage, l'expression générique *écrits* a toujours été prise dans un sens large en rapport avec la nature de ces lois dont le but ne serait pas atteint si elles n'étaient pas mises à portée de rechercher, même sous les dehors les plus inoffensifs, le mal caché qu'elles se proposent non de punir, mais d'arrêter à son origine ».

Ce préalable admis, la Cour peut conclure « qu'il est impossible de ne voir dans les listes de candidats à une élection, que l'instrument matériel du vote », qui doivent être soumises, en cas de distribution, à autorisation préalable. Cette solution est renforcée par la conviction que ces listes, « dans la pensée de ceux qui les rédigent, comme dans les réalités du fait, [...] sont surtout la manifestation d'une opinion, d'un vœu, manifestation adressée à l'intelligence

¹²⁷² Une affaire relative aux élections municipales en Haute-Loire en administre la preuve. En première instance, pour prononcer la relaxe de distributeurs de bulletins électoraux non munis d'autorisation, le Tribunal correctionnel du Puy retient « que le mot écrit dans le sens de cette loi ne saurait s'appliquer à de simples bulletins de vote imprimés, sans commentaires ; que la place de ce mot, entre les mots livres et brochures, ne permet de l'appliquer qu'aux diverses formes du discours ; [...] qu'enfin la loi n'a pu avoir pour but d'atteindre un fait qui, tel qu'il s'est produit, ne saurait porter atteinte à l'ordre social ou politique, à la morale publique ou aux bonnes mœurs » (jugement rendu le 27 novembre 1855). Sur l'appel du ministère public, ce jugement a été confirmé par la Cour de Riom (arrêt rendu le 9 janvier 1856). Sur le pourvoi du ministère public, cette solution a été censurée par la Cour de cassation (Cour cass., crim., 3 avril 1856, *Bull. crim.*, t. LXI, n°134, p. 225). La Cour de Lyon, désignée cour en de renvoi, persiste dans cette voie en rappelant que « si la loi avait exigé l'autorisation préalable de l'administration pour la distribution d'un tel bulletin, elle aurait implicitement soumis à l'approbation du préfet la candidature de l'éligible et le vote de l'électeur, ce qui est complètement inadmissible » (CI Lyon, 26 juin 1856, *Gazette des tribunaux*, 9 juillet 1856, t. XXXI, n°9136). Les chambres réunies, saisies par un nouveau pourvoi du ministère public, censurent cette nouvelle décision (Cour cass., réunies, 30 janvier 1857, *Bull. crim.*, t. LXII, n°38, p. 62).

¹²⁷³ En atteste un jugement du Tribunal correctionnel de Moulins, qui fait fi de la doctrine de la Cour de cassation. Il renvoie de la plainte deux personnes prévenues d'avoir distribué des bulletins sans autorisation, au motif « qu'il résulte clairement de la discussion que, soit parmi les orateurs qui proposaient cet article 6, soit parmi ceux qui le combattaient, la pensée ne put venir qu'il s'appliquerait à la distribution, avant et pendant une élection, de bulletins de vote ne contenant que les noms d'un ou de plusieurs candidats sans aucun commentaire ; [...] la lecture attentive du texte de la loi du 27 juillet 1849 ne peut que confirmer cette interprétation ; qu'il est constamment question, en effet, dans cette loi d'écrits ayant des auteurs ou des éditeurs ; que le mot « écrits » ne peut, dans cette circonstance, s'entendre que des productions de la pensée humaine, et qu'il ne saurait désigner le simple et nécessaire instrument de vote auquel on a donné le nom de « bulletin électoral » ; [...] l'obligation de se pourvoir de l'autorisation administrative imposée aux distributeurs et colporteurs d'écrits impliquerait, si elle était étendue aux bulletins électoraux, le droit et le devoir pour les préfets d'approuver ou d'improuver les candidatures ; que telle n'a pu être évidemment l'intention des législateurs de 1849 » (Trib. corr. Moulins, 14 mai 1862, *Gazette des tribunaux*, 26-27 mai 1862, t. XXXVII, n°10968).

des électeurs en vue d'éveiller leur sympathie, de diriger ou d'obtenir leurs suffrages »¹²⁷⁴. Cette motivation surabondante tranche avec la concision dont la Cour de cassation fait le plus souvent preuve ; elle souligne, *a contrario*, la volonté de la Cour d'obtenir gain de cause sur ce point face à des juridictions du fond souvent rétives à sa doctrine. En l'espèce, elle obtient, devant la juridiction de renvoi, davantage d'écoute que n'en manifestait jusqu'alors la Cour d'Aix : puisque la Cour impériale de Montpellier épouse sans équivoque ses considérations¹²⁷⁵. À cet égard, la question du colportage illustre encore la diversité d'interprétations qui persiste au sein de l'ordre judiciaire et les difficultés rencontrées par la Cour de cassation qui navigue sans cesse entre dissidence et franche allégeance à son autorité.

B. – La réparation de l'honneur

La réparation de l'honneur des particuliers offre les mêmes nuances, bien que, sur l'ensemble du XIX^e siècle, un effort global et constant des juridictions apparaît pour lutter efficacement contre les propos ou écrits incriminant une personne. Ce souci conduit alors les juges à donner la plus grande extension à diverses dispositions pénales, aux fins de permettre aux particuliers de se défendre contre ces offenses écrites ou verbales. Trois hypothèses notables en font la démonstration.

La première hypothèse donne à voir des juges enclins à présenter une application *lato sensu* de la loi, tout en usant, dans leurs décisions, d'un langage indiquant une interprétation généralisante de la loi. Cette hypothèse est relative au droit de réponse d'une personne « nommée ou désignée » dans un article de journal et régie par l'article 11 de la loi du 25 mars 1822. Cet article fait obligation à l'auteur de propos incriminant un tiers, d'insérer à ses frais un article-réponse à la demande du tiers visé – la réponse étant, le plus souvent, insérée

¹²⁷⁴ Cour cass., réunies, 25 mars 1856, *Brun & Palun, Bull. crim.*, t. LXI, n°118, p. 194 ; *Gazette des tribunaux*, 26 mars 1856, t. XXXI, n°9049 ; 29 mars 1856, t. XXXI, n°9052.

Conf. : Cour cass., crim., 28 mars 1856, *Delayen, Bull. crim.*, t. LXI, n°124, p. 204.

¹²⁷⁵ La Cour de Montpellier formule, en effet, une réponse analogue au principe édicté par la Cour de cassation : « l'article 6 de la loi du 27 juillet 1849 soumet à la nécessité de l'autorisation administrative la distribution de tous écrits, quelle qu'en soit la forme ou l'étendue, sans égard pour le caractère plus ou moins accidentel de la distribution, ni pour la nature plus ou moins littéraire, plus ou moins politique de l'écrit distribué ; qu'un bulletin électoral est un écrit, et que là où la loi ne distingue pas, il n'est pas loisible au juge de distinguer » (CI Montpellier, 21 avril 1856, *Gazette des tribunaux*, 26 avril 1856, t. XXXI, n°9076).

dans le même journal¹²⁷⁶. Or, pour les juridictions judiciaires, cette obligation doit être positivement entendue plutôt que restreinte : dans cette perspective, elles tendent à reconnaître le droit d'exiger l'insertion d'une réponse, indépendamment de la preuve d'une offense découlant de l'article incriminé, dès lors que la personne est simplement désignée – conformément, au fond, à l'expression littérale de la loi¹²⁷⁷. C'est ce qui découle clairement d'un jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Bordeaux qui rappelle que :

« les termes de l'article 11 de la loi du 25 mars 1822 sont trop généraux et trop exprès tout à la fois, pour qu'on doive admettre, [...], que lorsqu'un article de journal ne présente rien d'offensant pour la personne qui s'y trouve nommée ou désignée, le propriétaire du journal peut se refuser à admettre dans sa feuille un article responsif ».

Cette faculté découle au demeurant du droit de chacun « de rectifier l'opinion » que peut produire un article. Le tribunal reconnaît bien au gérant le droit de refuser de publier une réponse dont les propos seraient inconvenants ; mais le gérant s'exposerait alors à des poursuites et devrait apporter la preuve de ladite inconvenance¹²⁷⁸. Aussi, un gérant pourrait-il toujours s'y opposer, avec, comme garde-fou, les tribunaux qui sont en droit de sanctionner tout refus qui ne serait pas sérieux.

Quelques semaines plus tard, un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, réaffirme cette analyse dans un langage qui n'entretient aucun doute quant à l'application de la loi, en retenant que :

« l'article 11 de la loi du 25 mars 1822 est général, et que, loin de devoir être restreint dans son application, il est au contraire dans l'esprit de cet article qu'il lui soit donné la plus grande extension ».

Par cet arrêt, la Cour confirme le principe du droit d'exiger l'insertion d'une réponse pour toute personne nommée dans un article, sans que celle-ci n'ait à faire la preuve du caractère outrageant de la citation¹²⁷⁹. La plupart des juridictions du fond – particulièrement les tribunaux de première instance – se rangent à cette doctrine dont la seule limite semble résider dans la

¹²⁷⁶ Loi du 25 mars 1822 relative à la répression et à la poursuite des délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, article 11 : « Les propriétaires ou éditeurs de tout journal ou écrit périodique seront tenus d'y insérer, dans les trois jours de la réception, ou dans le plus prochain numéro, s'il n'en était pas publié avant l'expiration des trois jours, la réponse de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique, sous peine d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs, sans préjudice des autres peines et dommages intérêts auxquels l'article incriminé pourrait donner lieu. Cette insertion sera gratuite, et la réponse pourra avoir le double de la longueur de l'article auquel elle sera faite. »

¹²⁷⁷ V. CHASSAN, Joseph-Pierre, *Traité des délits et contraventions de la parole...*, op. cit., t. I, p. 647-667.

¹²⁷⁸ Trib. corr. Bordeaux, 16 août 1829, *Gazette des tribunaux*, 23 août 1829, t. IV, n°1260.

¹²⁷⁹ Cour cass., crim., 11 septembre 1829, *Gazette des tribunaux*, 12 septembre 1829, t. IV, n°1277.

circonstance que la réponse ne doit pas être, elle-même, ni injurieuse ni offensante¹²⁸⁰. Le bien-fondé de cette solution jurisprudentielle est, par ailleurs, confirmé par la loi répressive du 9 septembre 1835, qui veille à préserver les intérêts de la personne s'estimant offensée, en enserrant notamment la publication – gratuite et intégrale – de la réponse dans un délai très court¹²⁸¹. À la lecture de ces espèces, le recours à l'argument de la généralité trahit une claire volonté de favoriser la réparation de l'honneur de toute personne offensée, dans une société du XIX^e siècle soucieuse de sa réputation.

La même dynamique prévaut, par ailleurs, dans une autre hypothèse – bien qu'avec des résultats plus nuancés – : en matière de diffamation et, plus particulièrement, de diffamation envers la mémoire d'un mort. La question est alors la suivante : la mémoire ou le souvenir d'un être peut-il être protégé, au point que celui qui tiendrait des propos infamants contre un défunt puisse être condamné pour diffamation ? En cas d'affirmation positive, quels sont les critères retenus pour déterminer ladite diffamation ? Cette question conduit les juridictions à interroger les conditions dans lesquelles le législateur a entendu garantir à toute personne, morte ou vivante, le respect de sa dignité et la protection de sa vie privée¹²⁸². Or, sur ce point, la loi du 17 mai 1819, relative à la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, retient une formulation ambiguë en son article 13, de nature à nourrir les débats jurisprudentiels :

« toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ».

À l'aune de cette rédaction, qui ne circonscrit pas clairement ce qu'il faut entendre derrière la notion de *personne*, la Cour de cassation peut développer une lecture autonome de la loi, aidée en cela par le législateur lui-même. Ce dernier a pu, en effet, dans la rédaction de dispositions codifiées, employer la notion de *personne* pour désigner un individu mort comme vivant¹²⁸³. Aussi, bien que la loi ne précise pas comment s'exercerait l'action en réparation de la mémoire du défunt diffamé, suggérant ainsi par son silence sa seule application aux vivants,

¹²⁸⁰ Trib. corr. Grenoble, 11 août 1835, *Gazette des tribunaux*, 17-18 août 1835, t. X, n°3118 ; Trib. corr. Orléans, 25 novembre 1835, *Gazette des tribunaux*, 4 décembre 1835, t. XI, n°3211 ; Trib. civ. Montpellier, 2 mars 1846, *Gazette des tribunaux*, 7 mai 1846, t. XXI, n°5872 ; Trib. corr. Le Havre, 30 mai 1870, *Gazette des tribunaux*, 8 juin 1870, t. XLV, n°13463.

¹²⁸¹ Loi du 9 septembre 1835 sur les crimes, délits et contraventions de la presse, et des autres moyens de publication, article 17 : « L'insertion des réponses et rectifications prévues par l'article 11 de la loi du 25 mars 1822 devra avoir lieu dans le numéro qui suivra le jour de la réception ; elle aura lieu intégralement et sera gratuite : le tout sous les peines portées par ladite loi. – Toutefois, si la réponse a plus du double de la longueur de l'article auquel elle sera faite, le surplus de l'insertion sera payé suivant le tarif des annonces. »

¹²⁸² V. SOLMINIHAC, Arnaud (de), *La vie privée. Les racines d'un concept juridique protéiforme, XVI^e-XIX^e siècles*, Paris, Dalloz, 2024.

¹²⁸³ À l'image de l'article 444 du Code d'instruction criminelle, qui, en évoquant le sort d'une « personne prétendue homicidée », fait la preuve que l'usage de la notion de *personne* n'est pas circonscrit à la désignation des vivants.

la Cour interprète-t-elle dans un sens extensif la disposition légale ; ce dont elle fait preuve dans une affaire jugée en 1860. En l'espèce, des héritiers attaquent en diffamation les auteurs d'une publication dévoilant des éléments relatifs à la vie privée d'un défunt. En première instance comme en appel, les juridictions parisiennes rejettent leurs prétentions au motif que l'infraction n'est pas constituée puisque les héritiers n'ont, personnellement, aucune offense à faire réparer, ni n'ont la preuve d'une intention de leur nuire. Par ailleurs, la Cour de Paris motive son refus de reconnaître la diffamation par l'interdiction faite aux juges de suppléer au silence de la loi¹²⁸⁴. Mais cette solution est censurée quelques semaines plus tard. À l'instigation du garde des sceaux, agissant dans l'intérêt de la loi, pourvoi est formé devant la Cour de cassation qui adopte une lecture différente. Voici comment est motivé son arrêt de cassation :

« le mot *personne*, employé dans l'article 13, comprend les vivants et les morts, la loi ne distinguant pas ; que les raisons de moralité publique, de paix entre les citoyens qui ont fait garantir par la loi le respect de la réputation d'autrui, ne s'arrêtent point aux limites de l'existence humaine ».

Pour justifier le recours à ce raisonnement, la Cour ajoute alors « que le silence d'une loi ne s'interprète pas contre son esprit et le but évident qu'elle s'est proposé »¹²⁸⁵. Un sens de la loi interprété, naturellement, de manière favorable aux particuliers s'estimant lésés, qui conduit à reconnaître largement la constitution du délit de diffamation.

Confrontée, sur ce sujet, à la fronde des juridictions du fond, la chambre criminelle de la Cour de cassation maintient sa position de principe. En 1866, elle casse un arrêt confirmatif de la Cour impériale de Rennes, qui devait statuer sur la demande d'une famille tendant à faire reconnaître comme diffamatoires les propos tenus par un client déçu d'un notaire décédé. La juridiction d'appel refusait d'y faire droit, au motif de l'interdiction faite au magistrat d'ajouter à la loi – « il n'est pas donné d'imaginer de doctrine plus périlleuse que celle qui, pour quelque motif que ce soit, autoriserait le magistrat à ajouter au texte de la loi répressive » –, alors que, selon elle, « la diffamation envers les morts, quelque odieuse et coupable qu'elle soit aux yeux de la morale, ne rentre dans aucune des prévisions de la loi du 17 mai 1819 »¹²⁸⁶. Ce n'est néanmoins pas l'interprétation de la chambre criminelle, qui est saisie de la question par le

¹²⁸⁴ La cour tient un langage dénué d'ambiguïté. Elle relève, notamment, que « la diffamation est définie [dans la loi de 1819 comme] "l'imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur de la personne" ; que ce mot *personne*, dans le langage du droit, et surtout du droit répressif, ne désigne jamais qu'une personne vivante ; que, pour admettre qu'il désignerait également un individu décédé ou la mémoire qu'il a laissée, il faudrait dépasser toutes les limites de l'interprétation des lois en matière criminelle ». Or, la cour ajoute, « il est élémentaire en droit, que le juge ne peut suppléer au silence et à l'insuffisance de la loi pénale » (CI Paris, 19 mars 1860, *Mgr Dupanloup*, *Gazette des tribunaux*, 19-20 mars 1860, t. XXXV, n°10287).

Conf. : CR Paris, 9 juillet 1836, *Fournier-Verneuil c/ les héritiers de la duchesse de Tourzel*, *Journal du Palais*, 1836, t. II, p. 590.

¹²⁸⁵ Cour cass., crim., 24 mai 1860, *Mgr Dupanloup*, *Gazette des tribunaux*, 25 mai 1860, t. XXXV, n°10343 ; 26 mai 1860, t. XXXV, n°10344.

¹²⁸⁶ CI Rennes, 22 novembre 1865, *Gazette des tribunaux*, 4 janvier 1866, t. XLI, n°12077.

pourvoi des héritiers du défunt. Après avoir posé en préambule que « les lois civiles et criminelles, dans plusieurs de leurs dispositions, veillent, non moins que la conscience publique, à ce qu'il n'y soit porté aucune atteinte injuste, et s'attachent à entourer la mémoire des morts de respect et de sollicitude », elle affirme que « cette loi est, en effet, générale dans ses termes [et] qu'elle comprend, sans restriction ni exception, tous les aspects de la diffamation », en ce compris l'atteinte à la mémoire d'un mort¹²⁸⁷. En 1869, par un arrêt de rejet, la chambre criminelle réitère sa doctrine, au terme d'un raisonnement où la généralité de la loi la dispute à la morale, en retenant que :

« les dispositions de cette loi sont générales et que d'aucunes d'elles on ne peut induire que le législateur ait entendu établir une distinction entre les vivants et les morts au point de vue des attaques dont ils pourraient être l'objet ; [...] que les raisons de morale, d'ordre social et de paix entre les citoyens qui ont dicté la loi de 1819 s'appliquent également aux deux hypothèses, et que la sollicitude générale de la loi pour les morts ne permet pas de supposer qu'elle ait voulu les exclure de sa protection, lorsque leur mémoire serait attaquée ; que l'expression "personne", employée par l'article 13, s'applique aussi bien à un mort qu'à un vivant »¹²⁸⁸.

Ici, l'argument de la généralité est utilement exploité pour permettre à la chambre criminelle de s'affirmer comme la garante d'une forme d'ordre moral – valable autant du vivant de la personne concernée qu'après sa mort –, qui justifie une acception large de la loi – même de la loi pénale. En cela néanmoins, elle s'oppose aux chambres réunies de la Cour, qui adoptent une position médiane, plus timorée. La décision de la chambre criminelle, rendue en 1866 contre l'arrêt de la Cour de Rennes, a été renvoyée devant la Cour impériale d'Angers, qui, entendant la diffamation de la même manière que ses consœurs du fond, estime que :

« dans le langage du droit criminel, la personne s'entend généralement d'une personne vivante »¹²⁸⁹.

Aussi, un nouveau pourvoi conduit-il à la saisine des chambres réunies, qui peinent à donner une solution claire et définitive sur ce point de droit. Elles retiennent, en effet, une interprétation de la constitution du délit de diffamation telle que la victime serait moins la personne défunte que son héritier, qui serait alors admis à en demander la réparation du

¹²⁸⁷ Cour cass., crim., 23 mars 1866, *Gazette des tribunaux*, 8 avril 1866, t. XLI, n°12158.

¹²⁸⁸ Cour cass., crim., 5 juin 1869, *Gazette des tribunaux*, 5-6 juillet 1869, t. XLIV, n°13152.

¹²⁸⁹ CI Angers, 28 mai 1866, *Gazette des tribunaux*, 4-5 juin 1866, t. XLI, n°12206.

préjudice subi¹²⁹⁰. Aussi, sans désavouer la chambre criminelle, les chambres réunies peuvent-elles conclure à la reconnaissance de la diffamation envers la mémoire du défunt, casser et renvoyer l'affaire devant la Cour d'Orléans. Cette dernière peut alors se plier à cette dernière interprétation, en sanctionnant l'auteur des propos diffamatoires au motif que l'« outrage dirigé contre la mémoire du défunt retomb[e] nécessairement sur ses enfants »¹²⁹¹. La juridiction d'appel parvient à la même solution que la chambre criminelle, au moyen d'un raisonnement néanmoins différencié, qui lui évite de convenir du caractère général des dispositions relatives à la diffamation pour ne les appliquer que restrictivement à la mémoire des défunts.

En toute hypothèse, la solution retenue par les cours du second degré semble s'accorder le mieux avec la doctrine qui, si elle fustige parfois le caractère lacunaire de la loi, tend à prôner une limitation de l'action, au nom d'une idée simple : comment savoir si la personne décédée s'estimerait diffamée ? La poursuite ne peut être engagée qu'en raison de l'atteinte ressentie, qui est, à l'égard d'un mort, impossible à débusquer¹²⁹². Cette position conduit à exiger du membre de la famille qui s'estime lésé que ce dernier avance ses propres griefs. Les éclaircissements attendus n'interviendront que par l'effet de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, qui adopte une lecture restrictive de l'action en diffamation et conduit à freiner l'essor de la jurisprudence de la chambre criminelle. Reprenant en substance la solution prônée par les chambres réunies, la loi de 1881 restreint, par son article 34, l'action en réparation de l'offense à la mémoire des morts à l'hypothèse où l'auteur de la diffamation a « eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers ». En cette matière, la clarification apportée ferme, pour longtemps¹²⁹³, la voie du recours à l'argument de la généralité de la loi pour en étendre le sens.

Enfin, un mouvement idoine a conduit la Cour de cassation à dépasser, cette fois d'une manière manifeste, les expressions littérales de la loi, alors qu'elle est appelée à préciser le

¹²⁹⁰ Dans leur arrêt, les chambres réunies soutiennent « [qu'il] est clair que cette expression [de personne, employé dans l'article 13 de la loi du 17 mai 1819] s'applique, dans toute sa force, à la personne de l'enfant plaignant, pour qui l'injure, s'étendant du mort au vivant, est devenue un fait personnel ». Les chambres poursuivent en affirmant que l'héritier, « par une connexité nécessaire, est réellement frappé, en même que son auteur, par la diffamation jetée sur celui-ci » ; une reconnaissance qui ouvre la voie à l'application des « textes protecteurs de [son] droit personnel » (Cour cass., réunies, 1^{er} mai 1867, *Bull. crim.*, t. LXXII, n°104, p. 171).

¹²⁹¹ CI Orléans, 17 juin 1867, *Gazette des tribunaux*, 28 juin 1867, t. XLII, n°12536.

¹²⁹² V. CHASSAN, Joseph-Pierre, *Traité des délits et contraventions de la parole...*, op. cit., t. I, p. 398-407 ; GRATTIER, Adolphe (de), *Commentaire sur les lois de la presse et des autres moyens de publication*, Paris, Videcoq & Charles Hingray, 1839, t. I, p. 196-199.

¹²⁹³ Au XX^e siècle, le débat est réactivé à l'occasion de l'utilisation par certaines juridictions du fond de l'article 1382 ancien (1240 nouveau) du Code civil ; cette voie est néanmoins scellée par la Cour de cassation (Cour cass., assemblée plénière, 12 juillet 2000, 98-10.160).

V. CHAMAGNE, Catherine, « Les diffamations et injures envers la mémoire des morts : perspectives d'évolution de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 », *Legicom*, 2002, n°28, p. 35-45.

champ de l'outrage par parole envers un magistrat. Ce délit, prévu par l'article 222 du Code pénal, punit d'une peine d'emprisonnement – d'un mois à deux ans – celui qui aura « outrag[é] par paroles tendant à inculper leur honneur ou leur délicatesse » des magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire. Dans cette affaire, jugée en 1838, la Cour use de l'argument de la généralité pour dépasser l'antonymie écrit/oral et redéfinir le champ de l'infraction précitée. En l'espèce, un homme est poursuivi, en vertu de l'article 222, pour avoir outragé par lettre un préfet, assimilé à un magistrat administratif. Or, la Cour conclut à la condamnation du prévenu, en considérant que les expressions de la loi « ne doivent pas être restreintes à la signification d'une injure purement verbale et proférée de vive voix », au nom tant de leur « sens grammatical » que de « leur généralité ». De fait, la prévention « s'appliqu[e] nécessairement à l'outrage contenu dans une lettre missive adressée à un magistrat à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ». Cette motivation est enrichie par la conviction que la solution contraire permettrait à ces comportements répréhensibles d'« échapp[er] à toute répression, et laisserait une lacune dans la loi [...] ; mais que la sage prévoyance du législateur ne permet pas cette supposition »¹²⁹⁴. Par cette décision, la Cour mêle maîtrise du langage et du droit à des considérations empreintes de réalisme.

Ce dernier raisonnement est, au demeurant, régulièrement éprouvé par la Cour qui offre un récit semblable alors qu'elle doit traiter du champ d'action du délit de fausses nouvelles. Ici, la difficulté tient à déterminer si le fait de rapporter des nouvelles fausses est un délit purement écrit ; ou s'il peut également consister en une diffusion par voie orale. Cette question agite l'ordre judiciaire sous le Second Empire, époque à laquelle cette matière est régie par le décret organique sur la presse du 17 février 1852. Le décret reprend à son compte, dans un article 15, l'article 4 de la loi précitée du 27 juillet 1849 : il punit d'une peine d'amende, aggravée en cas de mauvaise foi ou de trouble à l'ordre public, « la publication ou la reproduction de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers ». À première vue, l'usage des termes « publication » et « reproduction » donne à comprendre qu'il ne peut s'agir que d'imprimés, excluant l'application du délit aux faits de diffusion orale de fausses nouvelles. Pour viser cette dernière hypothèse, l'emploi du verbe *proférer* aurait, peut-être, été plus adéquat. Cette analyse est confirmée par l'évocation de « pièces fabriquées, falsifiées », laquelle suggère une existence matérielle de la chose incriminée.

Néanmoins, certaines juridictions n'hésitent pas, sous couvert de l'argument de la généralité de la loi, à considérer que l'incrimination peut être employée pour sanctionner la diffusion orale, comme écrite, de fausses nouvelles. Cette interprétation de la disposition légale

¹²⁹⁴ Cour cass., crim., 13 septembre 1838, *Gazette des tribunaux*, 20 septembre 1838, t. XIII, n°4065.

apparaît alors dangereuse tant elle peut conduire à incriminer de simples paroles prononcées ou répétées en public – jusqu’à blâmer le fait de commérage. C’est pourtant la voie entreprise, en 1854, par le Tribunal correctionnel de Napoléon-Vendée, jugeant en appel un homme poursuivi pour avoir proféré publiquement que la gendarmerie a assassiné et volé un individu. Pour infirmer la décision de relaxe, le tribunal mêle, d’une part, généralité de la loi :

« que la disposition première de [l’article 15 du décret du 17 février 1852] est conçue en termes généraux et concerne aussi bien les nouvelles fausses répandues verbalement que celles reproduites par la presse » ;

et, d’autre part, pragmatisme :

« que l’on ne peut pas opposer que, dans son désir de réprimer toute publication de nature à trouver la tranquillité publique, le législateur ait omis de prévoir ce genre de publication, qui est aussi dangereux que l’autre »¹²⁹⁵.

Cette double motivation repose tant sur une interprétation présentée comme objective des termes de la loi que sur la volonté d’affermir son efficacité ; ce qui permet, évidemment, de conclure à une condamnation. Au demeurant, ce raisonnement est confirmé par la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui inaugure alors une jurisprudence nouvelle en 1854¹²⁹⁶, confirmée l’année suivante en chambres réunies¹²⁹⁷. Dans cette espèce, si le prévenu, poursuivi pour avoir proféré de fausses paroles en son domicile, est relaxé en l’absence de publicité donnée à ses propos, l’arrêt des chambres réunies suggère une acception générale des notions de *publication* et *reproduction* de fausses nouvelles, en ce compris les cas de diffusion par voie orale. Voici en quel langage cet arrêt de rejet est rédigé :

« les dispositions du décret du 17 février 1852, organique sur la presse, sont générales, et [...] les mots publication ou reproduction de nouvelles fausses, employés par l’article 15 de ce décret, sans les définir et les restreindre, expriment dans leur sens naturel et leur acception commune, l’action par laquelle on rend, d’une manière quelconque, une fausse nouvelle publique et notoire, par laquelle elle est semée dans le public »¹²⁹⁸.

Cette décision rend le moyen de diffusion inopportun, en dépit des prescriptions claires de la loi, au prétexte d’en favoriser le but – freiner la propagation de fausses nouvelles. La loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse tire vraisemblablement les conséquences de l’ambiguïté des lois antérieures puisqu’elle dispose, dans un article 27, d’une formule large :

¹²⁹⁵ Trib corr. Napoléon Vendée, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 20-21 mars 1854, t. XXIX, n°8327.

¹²⁹⁶ Cour cass., crim., 8 décembre 1854, *Bonneau, Bull. crim.*, t. LIX, n°337, p. 553. À cet égard, en rapportant l’affaire, le rédacteur de la *Gazette des tribunaux* note que cette solution, prononcée à rebours de la jurisprudence antérieure, a été prononcée après un délibéré de plusieurs heures ; une circonstance qui alimente un peu plus la controverse autour de cette question (v. *Gazette des tribunaux*, 23 décembre 1854, t. XXIX, n°8562).

¹²⁹⁷ Cour cass., réunies, 13 mars 1855, *Bonneau, Bull. crim.*, t. LX, n°94, p. 161.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

« la publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses ». Tout indique, dans le choix de ces termes et par l'ajout de la notion de « diffusion », la volonté de réprimer les nouvelles fausses propagées aussi bien oralement qu'à l'écrit. Plus largement, ces derniers raisonnements, qui jouent sur les frontières entre oral et écrit, témoignent d'une volonté, partagée semble-t-il de toutes les juridictions, de privilégier la régulation du langage dans la sphère publique à une lecture orthodoxe des dispositions pénales.

Ensemble, ces différentes espèces illustrent la quête d'un équilibre entre un efficace encadrement des activités de presse et la protection et réparation de l'honneur. Le constat de la généralité de la loi permet alors pleinement de remplir cet objectif, en censurant tout comportement qui conduirait à priver d'efficacité la loi. Sous la plume des juges, l'argument est présenté tant comme relevant de la logique que découlant naturellement de la loi : le juge intervient de son propre mouvement pour approfondir le vœu du législateur, qui n'a pu viser tous les comportements prohibés. Là encore, le juge ne s'inscrit pas dans un rapport de force avec le pouvoir politique : il se présente comme un instrument idoine pour accompagner la loi et permettre d'atteindre, grâce à l'argument de la généralité, des comportements qui resteraient, sans son intervention, impunis. Mais à l'image de l'argument de l'évidence, la simplicité de la démonstration justifie certainement une libre appréciation de la loi, sans toutefois qu'elle puisse conduire à des résultats très originaux, voire *contra legem*. La généralité de la loi doit alors permettre de fonder l'extension des dispositions légales opérée par le juge, derrière une compréhension holistique de la loi. Le raisonnement en analogie procède, en revanche, d'une démarche plus audacieuse.

Sous-section 3. – La tentation de l'analogie

En droit, la réflexion par analogie permet d'appliquer à un cas des règles prévues pour un autre, au motif que les points de similarité constatés entre les deux hypothèses autorisent une homologation de traitement juridique. Le recours à ce procédé peut résulter de considérations diverses : pallier tant l'absence que l'incomplétude ou la désuétude de la loi. Par ce raisonnement *a pari*, le juge manifeste indéniablement une forme d'audace, parce qu'il va au-delà de l'expression de la loi. Ce fait explique alors vraisemblablement que le terme même d'analogie n'apparaît pas toujours dans les décisions de justice, tant cette faculté semble exorbitante. Le recours à l'analogie naît pourtant de la conception des lois telles un tout : un

texte, un code doit être pris un comme un *corpus* cohérent, dont les dispositions se répondent entre elles et fonctionnent de pair, parce qu'elles répondent à une même logique globale de cohérence. Ainsi que le confirme Jean-Guillaume Locré, à l'occasion de son analyse de l'*Esprit du Code Napoléon*, dans chaque code, « toutes les matières se tiennent, s'expliquent mutuellement, se complètent l'une l'autre »¹²⁹⁹. Sous ce prisme, il n'y a en apparence rien d'extravagant à puiser dans une disposition voisine l'explication d'une disposition présumée obscure : l'interprétation extensive d'une disposition permet d'en faire application par analogie à un cas régi en principe par une autre disposition – à condition qu'elles relèvent d'un même texte. Bien au contraire, cette réflexion par induction permet de conforter la rationalité du droit en mettant en exergue sa cohérence plus globale¹³⁰⁰.

Le recours à cet argument n'est pas nouveau et nombreuses sont les juridictions qui cherchent à l'ériger en principe. Un arrêt rendu par la Cour royale de Paris en donne une illustration, alors qu'elle doit, en 1829, se prononcer sur le sort d'une sentence arbitrale. En l'espèce, la cour accepte de « suppléer à ce silence de la loi par l'analogie, la raison et les convenances »¹³⁰¹. La formulation n'est pas neutre : en posant en principe le recours à l'analogie épaulé de deux autres éléments objectifs – « la raison et les convenances » –, la cour éloigne de son raisonnement le soupçon de la subjectivité, voire de l'arbitraire. Ce souci est à l'aune de la crainte qu'inspire le recours à l'analogie, puisqu'une telle réflexion ne découle pas d'une prévision positive de la loi et semble dépendre d'un pouvoir exorbitant, voire illégal, du juge. Ce fait explique vraisemblablement que la Cour de cassation opère ici un rôle sévère de catalyseur : parce que ce procédé compromet le principe de légalité et confère une grande liberté aux juges de tout ordre. Aussi, à rebours de juridictions du fond davantage tentées de recourir à l'argument *a pari*, la Cour veille-t-elle à filtrer, jusqu'à limiter, les hypothèses de raisonnement par analogie et les conséquences qui pourraient en être tirées. Cette attitude procède de la volonté de limiter une motivation qui heurte ostensiblement tant le dogme du légicentrisme que la pensée du législateur originel, en dégageant, par la voie de l'assimilation – terme préféré en jurisprudence à celui de l'analogie –, des principes non textuellement prévus.

Plusieurs hypothèses offrent l'exemple d'une Cour de cassation, qui, ne condamnant pas le principe du raisonnement *a fortiori*, tâtonne et cherche à trouver une voie moyenne dans l'application du droit. Aussi, à l'égard du raisonnement par analogie, ses réponses jurisprudentielles sont-elles fluctuantes. La Cour manifeste des réticences à admettre le recours à l'analogie en matière pénale, notamment dans la répression des violences (§I). À l'inverse,

¹²⁹⁹ LOCRE, Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon...*, op. cit., t. I, p. 81.

¹³⁰⁰ V. BERGEL, Jean-Louis, *Analogie et méthodologie juridique*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996 ; CORNU, Gérard, « Le règne discret de l'analogie », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 129-142 ; HAMELIN, O., « Du raisonnement par analogie », *Année philosophique*, 1902, 13^e année, p. 19-27.

¹³⁰¹ CR Paris, 14 mai 1829, *Gazette des tribunaux*, 15 mai 1829, t. IV, n°1175.

elle accueille le procédé en matière civile, à l'occasion du contentieux relatif à la séparation de corps : dans cette matière, il est en revanche question d'une analogie visant à transposer un régime juridique d'un cas à un autre (§2).

L'une et l'autre thématique doivent permettre d'aborder l'analogie sous deux angles distincts. L'hypothèse de la répression des violences interroge la possibilité d'inclure dans une disposition un fait qui ressemble au fait incriminé par la loi – en cela, l'analogie admise ou refusée s'inscrit dans le prolongement de l'argument de la généralité de la loi. La seconde hypothèse, relative à la séparation de corps, interroge la possibilité de puiser dans un régime juridique pour en extraire certaines règles et les appliquer à un régime distinct.

§1. – Restreindre les violences

La question de la répression des violences voit régulièrement s'opposer la Cour de cassation, d'un côté, aux juridictions du fond, de l'autre. Au nom du principe de légalité des délits et des peines¹³⁰², la première veille strictement à ce que les prescriptions relatives à une infraction ne soient pas étendues à une autre hypothèse par le biais de l'analogie, au risque néanmoins de priver d'effet certaines dispositions légales. À l'inverse, il apparaît que certaines juridictions du fond se montrent plus promptes à opérer un tel raisonnement, tant pour permettre une meilleure répression de comportements amoraux que pour favoriser une réparation demandée par les victimes. Néanmoins, c'est bien l'utilisation limitée du raisonnement *a pari via* la jurisprudence restrictive des juges de cassation – quoique fluctuante – qui l'emporte sur celles des juridictions du fond en plusieurs matières : dans le traitement, d'une part, des atteintes à la propriété *via* la définition du vol (A) ; et, d'autre part, des atteintes aux mœurs (B).

A. – Le vol

Le maniement de l'infraction de *vol* a été l'objet de nombreux débats jurisprudentiels, qui se nourrissent de la polysémie du terme, dont la définition vulgaire se distingue de la définition légale. La définition vulgaire du *vol*, naturellement très étendue, vise « toute action

¹³⁰² Le principe inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (article 8) est repris dans les dispositions préliminaires du Code pénal : « nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis » (article 4).

de prendre par force ou par ruse ce qui appartient à autrui »¹³⁰³ ; en droit, le vol est, par principe, défini comme la mutation d'un bien *sans* le consentement de son propriétaire. La réunion de ces deux éléments – une soustraction, frauduleuse – étant requise pour retenir la qualification de vol. L'article 401 du Code pénal¹³⁰⁴, texte visant l'infraction classique de vol, peine cependant à énoncer ces deux éléments constitutifs, la rédaction de cet article usant en effet d'une tournure négative lapidaire : « les autres vols non spécifiés... ». De sorte que le juge est invité à une forme d'audace : l'article 401, n'ayant vocation à s'appliquer qu'à défaut d'une autre disposition légale, pourrait faire l'objet une application extensive, au-delà de l'infraction classique de vol.

De fait, cette rédaction générique de la loi inspire certaines juridictions qui font preuve d'« élasticité »¹³⁰⁵ dans l'application de la notion ; une pratique néanmoins fustigée par certains auteurs puisqu'elle s'offre comme la preuve de l'altération, arbitraire, des lois pénales par le juge. Un exemple peut en fournir la preuve : la critique porte sur l'assimilation au vol de mutations d'objets *avec* le consentement du propriétaire originel. Cela vise autant la notion d'escroquerie¹³⁰⁶ que le détournement d'objets saisis¹³⁰⁷. La confusion est entretenue par le fait que les trois infractions – vol, escroquerie et détournement d'objets saisis – sont régies par le même chapitre du Code pénal et intégrées à une section intitulée « Vol ». Or, l'assimilation du fait de vol à d'autres hypothèses a pu être opportune : puisqu'à la victime de vol, seule, est offerte la possibilité d'une action en revendication, prévue par l'article 2279 du Code civil¹³⁰⁸. L'assimilation de l'une à l'autre infraction permettrait aux victimes d'une escroquerie ou d'un

¹³⁰³ ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, t. IV, v° Vol, p. 711.

¹³⁰⁴ Code pénal, article 401 : « Les autres vols non spécifiés dans la présente section, les larcins et filouteries, ainsi que les tentatives de ces mêmes délits, seront punis d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq au plus, et pourront même l'être d'une amende qui sera de seize francs au moins et de cinq cents francs au plus. – Les coupables pourront encore être interdits des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où ils auront subi leur peine. – Ils pourront aussi être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. »

¹³⁰⁵ LAFONTAINE, « D'une tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale », *loc. cit.*, p. 166.

¹³⁰⁶ Code pénal, article 405 : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus. – Le coupable pourra être, en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code ; le tout sauf les peines plus graves ; s'il y a crime de faux. »

¹³⁰⁷ Depuis la réforme du Code pénal de 1832, l'article 400 prévoit, en son alinéa 2, que « le saisi qui aura détruit, détourné ou tenté de détourner des objets saisis sur lui et confiés à sa garde, sera puni des peines portées en l'article 406 ». Cet article 406 incrimine l'abus de confiance, condamnable d'une peine « d'emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts qui seront dus aux parties lésées, ni être moindre de vingt-cinq francs ».

¹³⁰⁸ Code civil, article 2279 : « En fait de meubles, la possession vaut titre. – Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. »

détournement de bénéficier d'un secours élargi de la loi pour obtenir le retour de la chose soustraite. Aussi, certaines juridictions usent-elles de la définition du vol prévue par l'article 401 du Code pénal, pour en conclure que l'escroquerie ou le détournement d'objets saisis, emportant une identité de maux, en emprunte les traits légaux ; et peut ouvrir une action en revendication à la victime lésée. Ici, puisque l'escroquerie et le détournement d'objets saisis présentent des difficultés d'application similaires, cette question litigieuse ne sera étudiée que sous le prisme de l'escroquerie, dont le contentieux est le plus abondant devant les tribunaux.

À l'endroit de l'escroquerie, l'analogie est tôt dressée ; comme en font la preuve quelques décisions rendues par la Cour d'appel de Paris. En 1829, la cour franchit un premier pas en relevant d'abord la généralité de l'infraction de vol, pour progressivement y assimiler d'autres faits. En l'espèce, est appelé devant elle un homme poursuivi pour avoir conservé avec lui un louis d'or que son propriétaire légitime lui avait remis, à charge de le faire changer et d'en rapporter la somme équivalente. En première instance, ces éléments conduisent le Tribunal de Reims, contrairement aux conclusions du parquet, à qualifier les faits de vol et reconnaître la culpabilité du prévenu, alors condamné à une année d'emprisonnement¹³⁰⁹. C'est alors le ministère public qui interjette appel de ce jugement et qui, par-là, soumet à la cour parisienne la question litigieuse. Sur les conclusions contraires du procureur général, la cour maintient la condamnation, dans un court arrêt ainsi motivé :

« l'article 401 du Code pénal, par la généralité des termes dans lesquels il est conçu, a prévu les soustractions frauduleuses de toute nature, autres que celles spécifiées dans les autres articles du Code »¹³¹⁰.

Une formulation étonnante, alors que le code régit bien, en son article 405, l'escroquerie et les faits particuliers qu'elle recouvre. Mais cette déclaration n'est qu'un préalable pour la cour, qui en tire, ensuite, toutes les conséquences ; à l'image d'un arrêt rendu en 1834. Dans une espèce relative à la revente de bois par un négociant déjà condamné pour escroquerie, la cour met en avant un raisonnement par analogie, qui lui permet de reconnaître un droit de revendication à la victime escroquée, au détriment du tiers possesseur légitime. Le raisonnement est construit en deux temps. La juridiction parisienne prend soin de constater le « sens générique » du terme vol, pour en déduire que l'article 2279 peut s'appliquer à tous les « actes à l'aide desquels on pourrait être dépouillé furtivement d'un objet mobilier ». Cette conclusion est renforcée tant par un argument relevant de la nécessité – « les espèces, entièrement analogues, y sont dès lors nécessairement comprises » – que par une volonté

¹³⁰⁹ Trib. corr. Reims, 29 avril 1829, *Gazette des tribunaux*, 6 mai 1829, t. IV, n°1167.

¹³¹⁰ CR Paris, 3 juin 1829, *Gazette des tribunaux*, 6-7 juillet 1829, t. IV, n°1219.

affichée de cohérence juridique – « il doit y avoir homogénéité dans les droits quand il y a évidente homogénéité dans les raisons de décider »¹³¹¹.

Mais ce raisonnement, qui a été entendu par certaines juridictions de première instance¹³¹², ne résiste néanmoins pas à l'examen de la Cour de cassation. Sur le pourvoi formé par le particulier contraint de restituer les bois, objets de l'action en revendication, la Cour rend un arrêt à la formulation ambiguë. Si elle condamne la conclusion du raisonnement de la juridiction d'appel, au nom du principe selon lequel « les exceptions sont de droit étroit », la Cour fait une concession, en reconnaissant que « le vol [est] en général assimilé à l'escroquerie ». Néanmoins, ce constat est insuffisant pour admettre, en l'espèce, l'assimilation entre les deux catégories d'infraction, puisque la Cour de cassation censure l'arrêt qui a « confond[u] l'escroquerie avec le vol », et permet de repousser l'action en revendication¹³¹³. La Cour de Paris reprend rapidement à son compte cette solution, par ailleurs, saluée par une partie de la doctrine¹³¹⁴ : dès la fin d'année 1835, elle refuse de reconnaître l'action en revendication aux victimes d'escroquerie, au motif que cette infraction ne doit pas se « confondre » avec le vol¹³¹⁵. Un nouveau terme, préféré à celui d'assimilation, jusqu'alors employé. Ce glissement sémantique n'est par ailleurs pas anodin et semble bien témoigner de l'évolution jurisprudentielle sous-jacente. Le terme d'assimilation se rapporte à l'intégration d'une chose à une autre, révélant une comparaison consciente et acceptée. Celui de la confusion renvoie à l'idée d'une erreur ou d'une méprise, qui indique d'ores et déjà que l'analogie sera refusée. Cette solution est alors imitée dans la suite du siècle, tant à l'égard de l'escroquerie¹³¹⁶ qu'à l'égard de la notion de détournement d'objets saisis¹³¹⁷.

¹³¹¹ CR Paris, 13 janvier 1834, *Verspieren*, *Gazette des tribunaux*, 27-28 janvier 1834, t. IX, n°2636.

¹³¹² Il en est ainsi du Tribunal de première instance de Paris qui, dans une autre affaire jugée en 1834, décide, « qu'aux termes de l'article 2279 du Code, sauf les cas exceptionnels prévus par l'article 2280, lesquels sont étrangers à l'espèce, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans contre celui dans les mains duquel il la trouve ; [...] par ces mots génériques de perte et de vol, le législateur entend tout acte ou fait par lequel le propriétaire de la chose en a perdu la possession sans son consentement ; [...] le consentement extorqué par des manœuvres frauduleuses, qualifiées escroqueries par la loi pénale, n'est pas un consentement ; [...] celui qui n'a été dépossédé de sa chose que par escroquerie, peut la réclamer contre le tiers auquel l'auteur de l'escroquerie l'a transmise » (Trib. prem. inst. Paris, 22 août 1834, *Gazette des tribunaux*, 12 septembre 1834, t. IX, n°2828).

¹³¹³ Cour cass., civ., 20 mai 1835, *Verspieren*, *Bull. civ.*, t. XXXVII, n°71, p. 165.

Conf. : Cour cass., crim., 18 novembre 1837, *Beudet*, *Bull. crim.*, t. XLII, n°405, p. 416.

¹³¹⁴ Cette analyse est accueillie tant par le *Répertoire Dalloz* (*Rép. Dalloz*, t. XXXVI, v° *Prescription civile*, p. 131-134) que par Victor-Napoléon Marcadé (MARCADE, Victor-Napoléon, *Éléments du droit civil français*..., *op. cit.*, t. XII, p. 367-369). À l'inverse de Charles Toullier, qui estime que l'article 2279 du Code civil « s'applique à toutes les choses dont le propriétaire a été dépouillé injustement [...], tel que la vente par le dépositaire de l'objet déposé » (TOULLIER, Charles, *Le Droit civil français*..., t. XIV, p. 76).

¹³¹⁵ CR Paris, 21 novembre 1835, *Gazette des tribunaux*, 6 décembre 1835, t. X, n°3213.

¹³¹⁶ CR Rouen, 10 mars 1836, *Bailleul c/ Vespieren*, S. 1836. II. 193 ; CI Paris, 1^{er} février 1854, *Gazette des tribunaux*, 7 avril 1854, t. XXIX, n°8342.

¹³¹⁷ La Cour de Paris réforme ainsi un jugement de première instance accueillant l'assimilation au motif que « le délit de détournement d'objets saisis est un délit spécial prévu par l'article 400 du Code pénal, et auquel ne peut être fait application des exceptions énoncées en l'article 380 du même Code et limitées aux seuls faits de vol » (CI Paris, 21 février 1857, *Gazette des tribunaux*, 22 février 1857, t. XXXII, n°9330).

Il apparaît ainsi que la solution prônée par la Cour de cassation tend à remettre la cour d'appel sur la voie de l'orthodoxie : il est désormais acquis et de jurisprudence constante que les faits d'escroquerie ne peuvent être assimilés au vol, conduisant à rejeter les actions en revendication de victimes escroquées. Il semble néanmoins que cette tentation a été, à l'origine, encouragée par la Cour elle-même. En effet, elle adopte, dès le début du siècle, une conception souple des articles relatifs à l'incrimination de vol : aux fins d'assurer une répression plus efficace des vols commis dans des lieux publics, elle élargit, dès l'entrée en vigueur du Code pénal, l'infraction, aggravée, de vol commis par un hôtelier. Cet effort procède d'une volonté de faire cesser ce fléau, retenant une conception extensive de l'article 386 du Code pénal¹³¹⁸. Dès 1811, la chambre criminelle de la Cour de cassation est appelée à statuer sur la commission d'un vol dans une maison garnie – soit une maison louée meublée de façon souvent très temporaire – : peut-elle admettre l'application de cet article aux maisons garnies, alors qu'il ne les vise pas textuellement ? Une définition extensive du vol est retenue, au motif que la maison garnie, au même titre que l'auberge, relève de l'hôtellerie ; une solution rendue possible, par la reconnaissance tant de la généralité du terme – « le mot hôtellerie employé dans ledit article 386 est une expression générale » – que par l'impossibilité pour le législateur de tout nommer – « cette expression générale d'hôtellerie n'a évidemment été employée par le législateur, que pour prévenir la nécessité d'une nomenclature de détail »¹³¹⁹.

Ces deux constats ouvrent la voie à une large application de l'article 386 et, en dépit de la réprobation de la doctrine¹³²⁰, à une répression plus sévère. Rendant en l'espèce un arrêt de cassation, la Cour doit renvoyer la question à la Cour d'Orléans. Rétive à cette interprétation extensive, la cour royale écarte la solution préconisée en cassation, dans une double motivation. Elle retient, d'une part, que cette interprétation est contraire au principe de légalité et, d'autre part, enrichit sa motivation par la circonstance que les articles 154¹³²¹ et 475¹³²² du Code pénal,

¹³¹⁸ Code pénal, article 386, alinéa 4 : « Sera puni de la peine de la réclusion, tout individu coupable de vol commis dans l'un des cas ci-après : [...] 4° Si le vol a été commis par un aubergiste, un hôtelier, un voiturier, un batelier ou un de leurs préposés, lorsqu'ils auront volé tout ou partie des choses qui leur étaient confiées à ce titre ; ou enfin, si le coupable a commis le vol dans l'auberge où l'hôtellerie dans laquelle il était reçu. »

¹³¹⁹ Cour cass., crim., 4 avril 1811, *Bornand-Colin, Bull. crim.*, t. XVI, n°43, p. 81.

V. MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, *op. cit.*, t. XVIII, v° *Vol*, p. 762.

¹³²⁰ V. CHAUVEAU, Adolphe, & HELIE, Faustin, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, t. V, p. 165-168.

¹³²¹ Code pénal, article 154 : « Quiconque prendra, dans un passeport, un nom supposé, ou aura concouru comme témoin à faire délivrer le passeport sous le nom supposé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an. – Les logeurs et aubergistes qui, sciemment, inscriront sur leurs registres, sous des noms faux ou supposés, les personnes logées chez eux, seront punis d'un emprisonnement de six jours au moins et d'un mois au plus. »

¹³²² Code pénal, article 475 : « Seront punis d'amende, depuis six francs jusqu'à dix francs inclusivement, [...] 2° Les aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies, qui auront négligé d'inscrire de suite, et sans aucun blanc, sur un registre tenu régulièrement, les noms, qualités, domicile habituel, dates d'entrée et de sortie de toute personne qui aurait couché ou passé une nuit dans leurs maisons ; ceux d'entre eux qui auraient manqué à représenter ce registre aux époques déterminées par les règlements, ou lorsqu'ils en auraient été requis, aux maires, adjoints, officiers ou commissaires de police, ou aux citoyens commis à cet effet : le tout sans préjudice des cas de responsabilité mentionnés en l'article 73 du présent Code, relativement aux crimes ou délits de ceux qui, ayant logé ou séjourné chez eux, n'auraient pas été régulièrement inscrits. »

qui régissent spécialement pour les maisons garnies, justifient, par leur existence, un régime particulier et, partant, exclusif de l'application de l'article 386. Ce refus conduit la Cour à une seconde cassation¹³²³ et à un nouveau renvoi. Sans effet : la Cour d'Amiens juge identiquement à ses consœurs, situation qui contraint la Cour de cassation à faire usage du référé en interprétation, que prévoit la loi du 16 septembre 1807, pour obtenir du Conseil d'État, une solution définitive. Dans un avis rendu en 1811, celui-ci confirme la doctrine prônée par la Cour de cassation, en arguant de *l'évidence* de l'identité de situation¹³²⁴. Cet avis permet à la Cour, en sections réunies, de sceller définitivement cette affaire, en reconnaissant la commission d'un vol aggravé par le propriétaire de la maison garnie et, alors, l'application de l'article 386¹³²⁵. Une solution par ailleurs consolidée par une série d'arrêts postérieurs sur ce sujet¹³²⁶.

À l'issue de cette affaire, la Cour de cassation élargit plus encore, d'elle-même, le sens de l'article 386, en astreignant les hôteliers à une obligation de vigilance sur les affaires de leurs clients, aussi bien pendant qu'après leur séjour¹³²⁷. Cette compréhension large des incriminations relatives au vol est alors à double tranchant : si elle conduit à atténuer le principe de légalité, sans égard pour les conséquences particulièrement graves qu'elle entraîne en matière pénale, elle semble néanmoins motivée par une volonté d'assurer une répression plus efficace pour mieux remédier aux troubles à l'ordre public. Mais cette considération semble disparaître à l'endroit du vol simple, alors que la Cour de Paris se prévaut de motivations analogues pour permettre l'application des dispositions propres au vol à ceux qui seraient, dans les faits, victimes d'une escroquerie. Cet échec ne solde pas les espoirs des juges du fond qui persistent, en d'autres hypothèses, à reconnaître une extension de la loi par la voie de

¹³²³ Cour cass., réunies, 27 juin 1811, *Bornand-Colin, Bull. crim.*, t. XVI, n°97, p. 193.

¹³²⁴ L'avis, en date du 10 octobre 1811, rendu par le Conseil d'État, sur les réquisitions conformes de Philippe-Antoine Merlin de Douai, décide que : « les motifs, qui ont dicté la peine portée contre les vols commis dans une auberge ou hôtellerie, s'appliquent évidemment aux vols commis dans une maison ou hôtel garni ; il résulte d'ailleurs des articles 73, 154 et 475 du Code pénal, que le législateur employait, indistinctement tantôt les expressions d'aubergistes et hôteliers comme dans le premier de ces articles, tantôt celle de logeurs et aubergistes, comme dans le second, tantôt celles d'aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies, comme dans le troisième, pour assujettir les personnes désignées sous ces différentes dénominations, aux mêmes obligations et à la même responsabilité ; ainsi, si les mots de maison ou hôtel garni, ne se trouvent pas littéralement répétés dans l'article 386, on ne peut douter, qu'ils n'y soient implicitement compris sous les expressions génériques auberge ou hôtellerie » (cité par DELISLE, Georges, *Traité de l'interprétation juridique...*, *op. cit.*, t. II, p. 78-79).

¹³²⁵ Cour cass., réunies, 23 novembre 1811, *Bornand-Colin, Bull. crim.*, t. XVI, n°161, p. 323.

¹³²⁶ Cour cass., crim., 1^{er} octobre 1812, *Guarino et al., Bull. crim.*, t. XVII, n°216, p. 417 ; Cour cass., crim., 14 février 1812, *Bonnot, Bull. crim.*, t. XVII, n°29, p. 54 ; Cour cass., crim., 1^{er} avril 1813, *Maréchal, Bull. crim.*, t. XVIII, n°61, p. 153 ; Cour cass., crim., 16 avril 1813, *Proost, Bull. crim.*, t. XVIII, n°77, p.189.

¹³²⁷ Dès 1813, la Cour de cassation établit cette obligation de vigilance renforcée à la charge de l'hôtelier (Cour cass., crim., 28 octobre 1813, *Neti, Bull. crim.*, t. XVIII, n°232, p. 563). Le principe est appliqué avec force tout le siècle durant ; ce qu'illustre un arrêt, rendu en 1859, par la Cour de Rouen. Elle rappelle la responsabilité de l'hôtelier en cas de vol, qu'il soit commis par des employés ou des personnes étrangères à l'établissement ; une responsabilité dont la cour prend soin de préciser que les contours ont été affinés par « la doctrine et la jurisprudence » (CI Rouen, 23 août 1859, *Gazette des tribunaux*, 26 août 1859, t. XXXIV, n°10110).

l'analogie : c'est une telle intention qui motive les tentatives d'extension des règles relatives aux attentats aux mœurs.

B. – Les attentats aux mœurs

Dans le chapitre relatif aux crimes et délits contre la personne, le Code pénal de 1810 consacre une section aux attentats aux mœurs. Outre les infractions de viol ou d'attentat à la pudeur, le code prévoit également un délit d'excitation habituelle à la débauche et à la corruption de la jeunesse, dans un article 334 rédigé en ces termes :

« Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs.
– Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux ans à cinq ans d'emprisonnement, et de trois cents francs à mille francs d'amende. »

Un débat point, au seuil de la décennie 1830, quant à la définition et l'étendue de cet article. Une acception littérale de l'article 334 tendrait à viser, tant en raison de l'emploi des verbes *exciter*, *favoriser* et *faciliter*, que par l'usage de la notion d'*habitude*, les seuls proxénètes : puisqu'il s'agirait d'un comportement répété (l'*habitude*), visant plusieurs personnes (la *jeunesse*) et destiné à satisfaire non ses besoins propres mais ceux d'autrui (comme le suggère le choix des verbes *exciter*, *favoriser* et *faciliter*). Pour que cette infraction soit consommée, il semble alors requis de pouvoir imputer, à l'auteur présumé, un rôle d'intermédiation dans la débauche, *a minima*, de plusieurs mineurs pour satisfaire les passions d'une tierce personne.

Cette analyse littérale semble doublement confirmée par la lecture des travaux préparatoires au Code pénal. Elle est corroborée, d'une part, par les propos tenus par le député Hippolyte de Monseignat du Cluzel, dans son rapport au Corps législatif sur le chapitre du Code pénal relatif aux crimes et délits contre les personnes, présenté à la séance du 17 février 1810. Évoquant la corruption en lien avec les attentats aux mœurs, il insiste sur la nécessité de prévoir une répression plus énergique pour « ces êtres, qui ne vivent que pour et par la débauche, qui, rebut des deux sexes, se font un état de leur rapprochement mercenaire, et spéculent, sur l'âge, l'inexpérience et la misère, pour colporter le vice et alimenter la

corruption ». Aussi, ajoute-t-il que « c'est par des châtiments, c'est par un emprisonnement et une amende que le projet de loi a cherché à atteindre ces partisans habituels de prostitution » : c'est tout l'objet du futur article 334 qui veille à incriminer ceux qui se livrent à un « métier aussi bas »¹³²⁸. L'analyse est étayée, d'autre part, par la lecture des observations des tribunaux eux-mêmes lors de l'élaboration du Code pénal. En suggérant de retrancher le terme d'habitude au futur article 334, pour lui conférer une vocation plus générale, les tribunaux expriment la crainte que la formulation alors retenue manque à des objectifs simples en ne servant qu'à la répression du proxénétisme¹³²⁹. Le refus de faire droit à cette demande, par le maintien de la rédaction conforme à la version présentée dans le projet de Code, confirmerait, *a contrario*, l'application de cet article aux seuls proxénètes.

Néanmoins, cette approche, restrictive et littérale, de l'article 334 ne satisfait ni pleinement les juridictions judiciaires ni la doctrine¹³³⁰, parce que cette définition lacunaire échoue à réprimer deux attitudes pourtant blâmables : elle laisse impunis tant l'auteur d'un unique acte de corruption (faute de remplir le critère de l'*habitude*), que celui favorisant la débauche de la jeunesse dans son intérêt propre (faute d'assouvir les passions d'une tierce personne). Aussi, la question se pose-t-elle : ce délit peut-il, par analogie de comportement, s'étendre, au-delà du proxénétisme, au séducteur simple qui corrompt la jeunesse aux fins de satisfaire ses seuls désirs ?

La réponse à cette question suscite un intérêt d'autant plus grand qu'elle permettrait, en assouplissant le contenu de l'article 334, de pallier la rigidité du Code pénal de 1810 et ses dispositions relatives aux attentats aux mœurs. En effet, les prévisions de la section relative aux attentats aux mœurs apparaissent bien maigres, au regard des difficultés portées devant les juridictions. Dans cette section, dont relève l'article 334, est également incriminé, par un article 331, le *viol*, auquel est assimilé l'*attentat à la pudeur commis avec violence*¹³³¹. Deux aggravations de peine sont par ailleurs associées à cet article 331 : la première, par

¹³²⁸ LOCRE, Jean-Guillaume, *La législation...*, *op. cit.*, t. XXX, p. 521.

¹³²⁹ Il en est ainsi de la juridiction d'appel de Bordeaux. Elle note au sujet du délit d'excitation habituelle à la débauche, alors inscrit à l'article 248 du projet de Code que « le mot *habituellement* qui se trouve dans cet article, y est de trop, et doit par conséquent être supprimé, parce qu'il suffit d'avoir été même une seule fois déclaré coupable d'attentat public aux mœurs, pour que l'on doive être puni » (*Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code criminel*, Paris, Imprimerie impériale, an XIII [1803-1804], t. I, « Observations de la Cour d'appel séant à Bordeaux », p. 7).

¹³³⁰ Joseph-François-Claude Carnot (CARNOT, Joseph-François-Claude, *Commentaire sur le Code pénal...*, *op. cit.*, t. II, p. 118-119) et Antoine-Georges Blanche (BLANCHE, Antoine-Georges, *Études pratiques sur le Code pénal*, *op. cit.*, t. V, p. 148-155) prônent ainsi une interprétation large de l'article 334. À l'inverse, Adolphe Chauveau et Faustin Hélie concluent à la seule application de cet article aux proxénètes (CHAUVEAU, Adolphe, & HELIE, Faustin, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, t. IV, p. 246 et suiv.).

¹³³¹ Code pénal, article 331 : « Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion. »

l'article 332¹³³², dès lors que la victime est un enfant de moins de quinze ans ; la seconde, par l'article 333¹³³³, dès lors que l'auteur de l'infraction est une personne disposant d'un ascendant sur la victime. Or, par ces prévisions, le Code pénal présente une grave carence : il ne permet pas de régler le sort d'une victime, qui dénoncerait une agression sexuelle à laquelle elle n'aurait pas résisté, de telle sorte que son agresseur n'aurait pas eu besoin de recourir à la violence : de fait, l'attentat à la pudeur commis *sans* violence n'est nulle part sanctionné dans le Code pénal de 1810. Que faire de celui qui, pour assouvir ses propres passions, aurait débauché une personne mineure, sans exercer pour autant de contrainte ? Sous quelle incrimination faire tomber cette pratique, qui, au-delà de son caractère moralement répréhensible, laisserait des victimes désarmées faute de voir leur situation expressément régie par le code ?

Dans cette circonstance, l'usage, peut-être dévoyé, de l'article 334 du Code pénal offre une réponse pénale intéressante, pour ne pas laisser impunies de telles agressions sexuelles ; à condition, toutefois, d'en accepter l'extension par analogie à des comportements proches de celui du proxénétisme. À cet égard, l'enrichissement jurisprudentiel de la loi est conforté par une circonstance : les réformes successives du Code pénal ne permettent pas de pallier ces lacunes¹³³⁴. Ainsi, s'établissent sur ce sujet de longues discussions jurisprudentielles, les juridictions judiciaires se répondant au gré des espèces qu'elles ont à juger¹³³⁵. Pourtant, une telle incertitude ne semblait pas devoir persister au-delà du début du siècle, dès lors qu'une réponse a vite été apportée par la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu en 1813, la Cour paraissait en effet avoir fixé l'état de la jurisprudence, en optant pour une application étendue de l'article 334 : il doit s'appliquer à tous ceux qui corrompent la jeunesse – et non aux seuls proxénètes¹³³⁶. Mais, dès 1816, la rigueur du principe est atténuée par la même Cour, qui ouvre

¹³³² Code pénal, article 332 : « Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira les peines des travaux forcés à temps. »

¹³³³ Code pénal, article 333 : « La peine sera celle des travaux forcés à perpétuité, si les coupables sont de la classe de ceux qui ont autorité sur la personne envers laquelle ils ont commis l'attentat, s'ils sont ses instituteurs ou ses serviteurs à gages, ou s'ils sont fonctionnaires publics, ou ministres d'un culte, ou si le coupable, quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes. »

¹³³⁴ La réforme du Code pénal de 1832 modifie l'article 331 dans les termes suivants : « Tout attentat à la pudeur, consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de onze ans, sera puni de la réclusion. » Le nouvel article 332, alinéa 1^{er}) règle, quant à lui la question du viol : « Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps. » Néanmoins, entre ces deux articles, une lacune subsiste : cette nouvelle rédaction ne permet pas de régler le sort de celui ou celle qui, victime d'un attentat à la pudeur sans violence, est âgé(e) de plus de onze. L'extension, par analogie de l'article 334, à des faits non violents, au-delà de la sphère du proxénétisme, permet ainsi de pallier cette carence.

¹³³⁵ V. BOUGLE, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810...*, op. cit., p. 168 et suiv.

¹³³⁶ Le 2 octobre 1813, la Cour de cassation juge ainsi que « l'article 334 du Code pénal dispose d'une manière générale, qu'il punit, indistinctement, ceux qui trafiquent de la corruption de la jeunesse, qui l'excitent à la débauche et lui facilitent les moyens, pour la livrer à la prostitution, et ceux qui, pour satisfaire leurs passions, attirent à eux des enfants mineurs et les rendent victimes de leurs propres dérèglements » (Cour cass., crim., 2 octobre 1813, cité par BLANCHE, Antoine-Georges, *Études pratiques sur le Code pénal*, op. cit., t. V, p. 149 et suiv.). La même motivation est encore reproduite les 10 et 18 avril 1828 (Cour cass., crim., 10 avril 1828, *Belchamp*, S. 1828. I. 385 ; Cour cass., crim., 18 avril 1828, *Philipot*, S. 1828. I. 385).

la boîte de Pandore : reconnaissant l'imprécision des prescriptions du législateur, elle délègue aux juridictions du fond le soin de circonscrire le champ de l'article litigieux. Elle estime, dans cet arrêt de rejet, que :

« la loi n'avait pas déterminé les faits élémentaires au moyen desquels peut se constituer le délit prévu par l'article 334, et qu'elle les a dès lors abandonnés à la conscience et à l'appréciation des Tribunaux ordinaires »¹³³⁷.

Aussi, cette décision autorise-t-elle l'émergence d'une jurisprudence latérale et contestataire, dont l'existence rend malaisée le développement d'une réponse jurisprudentielle claire à destination des justiciables. Sous l'effet des velléités des juridictions du fond, la doctrine de la Cour connaît même des fluctuations. Ainsi, en 1832, elle opère un revirement de jurisprudence, en prônant une acception stricte de l'article 334, dont la vocation spéciale est reconnue, pour être réduite aux seuls proxénètes. Cette solution est portée par un arrêt à la motivation construite sans équivoque :

« l'article 334 du Code pénal n'est applicable qu'aux individus qui excitent, favorisent ou facilitent habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans, non pour satisfaire leur brutalité personnelle, mais pour le plaisir des autres ».

La Cour prend même soin de condamner les tentatives d'extension de l'article 334, en précisant que « ce délit ne peut être posé comme alternative, en résultant des mêmes faits, avec les crimes prévus par les articles 331, 332 et 333 du même Code »¹³³⁸. Autrement dit, la circonstance que le code ne prévoit pas l'attentat aux mœurs sans violence ne peut être raisonnablement invoquée comme justification à l'élargissement de l'article 334 à des cas qu'il ne régit pas expressément. Cette précision manifeste tant la conscience des lacunes de la loi que le refus de les réparer en donnant à l'article 334 une extension par analogie qui ne répond ni à son expression littérale ni à son esprit. À cet égard, la date de l'arrêt n'est pas indifférente : la Cour se prononce le 11 mai 1832, soit deux mois après la réforme du Code pénal¹³³⁹ qui ne change rien aux articles relatifs aux attentats aux mœurs. Il est vraisemblable que la Cour a privilégié le respect de la volonté du législateur, qui, en ne modifiant pas la rédaction des articles relatifs aux attentats aux mœurs, manifesterait ainsi sa volonté de ne sanctionner que le proxénète.

Mais le silence du législateur laisse germer des jurisprudences contradictoires, qui justifient une nouvelle intervention de la Cour, consciente de l'impunité dont peut bénéficier certains auteurs de comportements moralement répréhensibles. La doctrine émise en 1832 ne

¹³³⁷ Cour cass., crim., 9 août 1816, *Crouzet*, S. 1816. I. 339.

V. CARNOT, Joseph-François-Claude, *Commentaire sur le Code pénal...*, *op. cit.*, t. II, p. 118.

¹³³⁸ Cour cass., crim., 11 mai 1832, *Gély*, *Bull. crim.*, t. XXXVII, n°170, p. 256.

¹³³⁹ Loi du 28 avril 1832 contenant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle.

dure alors qu'un temps : par trois arrêts de rejet successifs rendus à l'été 1834, confirmés en 1838 par un arrêt de cassation, la Cour revient à sa doctrine initiale, pour faire application de cet article, de manière analogue, aussi bien au proxénète qu'à celui cherchant à satisfaire ses propres passions¹³⁴⁰. De ce point de vue, l'admission de l'analogie peut s'analyser comme la nécessité pour la Cour de prendre le relais efficace du législateur, qui n'a pas su tirer les conséquences des lacunes, reconnues en jurisprudence, de l'article 334 du Code pénal.

Au demeurant, ces revirements, de même que la nécessité pour la Cour de réitérer, par la voie de la cassation, sa doctrine, rappellent combien son autorité relative, jusqu'à la loi de 1837, ne permet guère de voir éclore une jurisprudence univoque sur ce sujet. Comme l'illustrent les désaccords persistants entre les juridictions du fond, pendant toute une décennie.

En 1836, le Tribunal de Bourbon-Vendée, juridiction d'appel, est appelé à juger du sort d'un prêtre se livrant, dans le confessionnal, à des actes et propos obscènes envers des jeunes filles. Il s'agit, dans cette hypothèse, de la séduction de jeunes personnes pour la satisfaction des seuls besoins de l'auteur présumé des faits. Pour condamner le ministre du culte, le tribunal conclut à l'application de l'article 334 à ceux satisfaisant tant leurs passions que celles des autres, après avoir reconnu que « cet article [est] conçu en termes généraux ». Pour conforter cette solution, le tribunal s'en réfère explicitement à la jurisprudence de la Cour de cassation : si, par le passé, elle a pu en décider autrement, elle juge désormais les dispositions de l'article 334 « applicables aussi bien à celui qui excite habituellement à la débauche la jeune au-dessous de 21 ans pour satisfaire ses propres désirs, qu'à ceux qui le font pour le compte d'autrui »¹³⁴¹. Une incise qui permet au tribunal tant d'écarter le risque d'une cassation que de décliner sa responsabilité dans cette innovation juridique : il se place sous l'autorité de la Cour de cassation, seule autrice de cette doctrine jurisprudentielle.

À l'inverse, la Cour royale de Bordeaux refuse d'assimiler le particulier au proxénète, pour le faire tomber sous le joug de l'article 334, en considérant que « les règles de la morale [...] ne peuvent pas remplacer les lois positives dont les tribunaux sont chargés de faire une juste et stricte application ». En appelant alors au « devoir des magistrats » d'appliquer strictement la loi – un devoir « plus impérieux encore dans les affaires criminelles » –, la juridiction bordelaise renvoie le législateur à ses obligations et exhorte les tribunaux à refuser « d'étendre et d'amplifier à leur gré » les lois, au risque de se livrer à un arbitraire¹³⁴². De même que le Tribunal de Bourbon-Vendée, la Cour de Bordeaux évoque la Cour de cassation, dans

¹³⁴⁰ Cour cass., crim., 5 juillet 1834, *Villecoq*, *Bull. crim.*, t. XXXIX, n°212, p. 263 ; Cour cass., crim., 6 juillet 1834, *Fernet*, *Bull. crim.*, t. XXXIX, n°213, p. 264 ; Cour cass., crim., 25 juillet 1834, *Statin*, *Bull. crim.*, t. XXXIX, n°238, p. 293 ; Cour cass., crim., 4 janvier 1838, *Fayet*, *Bull. crim.*, t. XLIII, n°1, p. 1.

¹³⁴¹ Trib. corr. Bourbon-Vendée, 28 janvier 1836, *Gazette des tribunaux*, 3 février 1836, t. XI, n°3262.

¹³⁴² CR Bordeaux, 24 novembre 1837, reproduit sous Cour cass., crim., 22 février 1838, *Gazette des tribunaux*, 24 février 1838, t. XIII, n°3887.

une perspective cette fois différente ; ici, les errements de la Cour de cassation permettent de justifier l'appréciation souveraine de la juridiction d'appel :

« la Cour de cassation, après avoir décidé en 1828 que l'article dont on s'occupe atteignait ceux qui corrompaient la jeunesse pour eux-mêmes, est revenue en 1832 au véritable sens de la loi, en reconnaissant qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'aux individus qui excitaient à la corruption pour satisfaire, à prix d'argent, les plaisirs illicites des autres ; que, si la Cour suprême a ressaisi, en 1834, son premier système, il faut conclure de ces incertitudes et de ces tâtonnements mêmes, que l'article 334 est loin d'être clair, et qu'entre les deux interprétations émanées de la Cour suprême il est permis de choisir celle qui laisse sans recherches la vie intérieure des citoyens, et diminue le nombre des coupables ».

La cour choisit ici la voie d'une conception minimale de la disposition, en restreignant son champ d'application aux seuls proxénètes ; acceptant de laisser sans protection la jeunesse face aux séducteurs. Cet arrêt est déféré devant la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi, après avoir estimé que les faits, tels qu'appréciés souverainement par la juridiction d'appel, ne constituent pas le délit de l'article 334. Néanmoins, la Cour prend soin de relever l'offense contenue dans les formules retenues par la juridiction et conclut son arrêt par une formule remarquable :

« sans approuver d'ailleurs les motifs en droit sur lesquels cette décision est fondée, la Cour rejette le pourvoi »¹³⁴³.

À l'aube de l'application de la loi de 1837, le besoin d'affirmation de la Cour de cassation et d'éclaircissement quant à la portée de l'article 334 devient alors pressant. Pourtant, alors que dès les premiers temps de l'entrée en vigueur de cette loi, la Cour de cassation a l'opportunité de régler cette question et, partant, de confirmer une solution unique autant que d'affirmer sa prééminence dans l'ordre judiciaire, l'occasion est manquée, en raison des divergences entretenues au sein de la Cour et de son autorité encore précaire. En 1838, la saisine des chambres réunies sur cette question en offre un exemple. En l'espèce, un homme est poursuivi pour excitation à la débauche, dans le but de ne satisfaire que ses propres passions. Tant le Tribunal correctionnel d'Issoudun, en première instance, que le Tribunal de Châteauroux, en appel, refusent de le condamner, faute pour le prévenu d'avoir favorisé la débauche d'une personne pour le compte d'autrui. Sur le pourvoi du ministère public, la Cour de cassation est saisie, une première fois, en sa chambre criminelle, qui casse l'arrêt d'appel. Après avoir constaté la généralité de l'article 334, la Cour estime que celui-ci « punit indistinctement ceux qui trafiquent de la corruption de la jeunesse, qui l'excitent à la débauche

¹³⁴³ *Ibid.*

et lui en facilitent les moyens, pour la livrer à la prostitution, et ceux qui, pour satisfaire leurs passions, attirent à eux des enfants mineurs et les rendent victimes de leurs propres dérèglements »¹³⁴⁴. Ainsi, il n'y a nulle distinction à opérer entre le proxénète et le particulier œuvrant pour satisfaire ses propres passions : les deux doivent être confondus pour être placés sous le joug de la loi.

Renvoi est prononcé devant la Cour royale de Bourges, qui adopte, sans égard pour la solution décidée par la chambre criminelle, l'opinion du Tribunal de Châteauroux et prononce la relaxe du prévenu¹³⁴⁵. En cela, la juridiction de renvoi maintient sa propre jurisprudence déjà établie dans un arrêt rendu quelques mois plus tôt¹³⁴⁶. Sur un nouveau pourvoi du ministère public, les chambres réunies de la Cour de cassation sont saisies. Or, celles-ci empruntent un biais différent : elles considèrent moins le but de la manœuvre en soi – délaissant ainsi le débat relatif au fait d'assouvir ses passions ou celles d'autrui – que la réunion, cumulative, de deux conditions – l'habitude et la multiplicité de victimes. L'arrêt est ainsi rédigé :

« si l'article 334 du Code pénal est également applicable et à ceux qui s'adonnent habituellement à un trafic infâme, en favorisant ou facilitant la prostitution de la jeunesse, et à ceux qui l'excitent habituellement à la débauche pour assouvir, soit leurs honteuses passions, soit celles d'autrui, soit pour quelque motif que ce soit, les dispositions de cet article ne sauraient recevoir d'application, sauf l'exception contenue en son second paragraphe, concernant les père, mère, tuteurs ou autres personnes chargées de la surveillance des mineurs, lorsque les deux conditions ci-dessus rappelées, savoir : 1° d'habitude ou de répétition des actes par lesquels la débauche ou la corruption serait excitée, favorisée ou facilitée, et 2° de pluralité de personnes corrompues ou prostituées, ne se trouvent pas réunies »¹³⁴⁷.

Certes sans employer explicitement le terme d'analogie, les chambres réunies reconnaissent l'assimilation du proxénète organisé au prédateur isolé, les deux situations pouvant tomber sous le joug de l'article 334. En l'espèce, ce raisonnement conduit à rejeter le pourvoi et confirmer la relaxe d'un homme ayant excité à la débauche pour son compte, au nom d'une circonstance : le critère de la multiplicité de victimes fait défaut. Si cette solution conduit, au fond du droit, à reconnaître la position édictée par la chambre criminelle (l'article 334 est reconnu « également applicable et à ceux qui s'adonnent habituellement à un trafic infâme [...]

¹³⁴⁴ Cour cass., crim., 4 janvier 1838, *Fayet, Bull. crim.*, t. XLIII, n°1, p. 1.

V., pour cet arrêt, les conclusions du procureur général André Dupin, DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, op. cit., t. V, p. 126 et suiv.

¹³⁴⁵ CR Bourges, 16 février 1838, reproduit sous Cour cass., réunies, 26 juin 1838, *Fayet*, S. 1838. I. 565.

¹³⁴⁶ Conf. : CR Bourges, 19 janvier 1837, *Abdolonyme*, D. 1837. II. 107.

¹³⁴⁷ Cour cass., réunies, 26 juin 1838, *Fayet, Bull. crim.*, t. XLIII, n°179, p. 272.

soit leurs honteuses passions, soit celles d'autrui, soit pour quelque motif que ce soit »), la force du principe est atténuée tant par le prononcé de la relaxe que l'orientation du débat sur la double condition de l'habitude et de la multiplicité de victime. Dès lors, cette solution, pourtant prononcée sous l'empire de la loi de 1837 et accompagnée de la solennité des chambres réunies, ne pouvait solder définitivement ces divergences jurisprudentielles. Une réalité bien vite confirmée : certaines juridictions du fond maintiennent leur opposition à cette assimilation du quidam au proxénète, conduisant à une nouvelle saisine de la Cour de cassation, aux fins d'éclaircir la vocation de l'article 334.

Cette opportunité s'ouvre, à nouveau, en 1839, alors qu'un homme est poursuivi pour des faits de viol sur une mineure et d'attentat aux mœurs sur plusieurs autres mineures, dans un but étranger au proxénétisme. Le prévenu est relaxé du crime de viol par le Tribunal de Jonzac, qui le reconnaît néanmoins coupable d'excitation à la débauche de plusieurs jeunes filles. L'infirmité de ce jugement en appel, par le Tribunal de Saintes, ouvre la voie de la cassation au ministère public. Fidèle à sa doctrine, la chambre criminelle casse l'arrêt d'appel, aux fins de voir établie l'infraction d'excitation à la débauche¹³⁴⁸ et renvoie devant la Cour royale de Poitiers. Frondeuse, la cour de renvoi juge identiquement au premier arrêt d'appel. Le second pourvoi du ministère public conduit à une intervention des chambres réunies, lesquelles se livrent à une longue exégèse de l'article 334. Aussi, sur les conclusions conformes du procureur général André Dupin, les chambres réunies décident-elles que :

« après s'être occupé de la répression de ces divers genres d'attentats, le législateur a prononcé des peines contre ceux qui se livrent à l'infâme métier de la prostitution ; [...] qu'il ne pouvait mieux indiquer le proxénétisme qu'en le caractérisant, comme il l'a fait, d'attentat aux mœurs, commis en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption ; qu'ainsi interprété, l'article 334 forme, avec les articles précédents, un système de répression qui se lie, s'enchaîne, en embrassant les divers attentats que le législateur a eu en vue de réprimer, et qu'il n'a pas voulu confondre »¹³⁴⁹.

L'arrêt ne laisse pas de doute : le proxénète seul est objet de la disposition litigieuse. Cette formulation catégorique inscrit de nouveau en faux la chambre criminelle et oblige cette dernière à revirer de jurisprudence : elle rend les armes en novembre 1840, en reconnaissant la

¹³⁴⁸ Cour cass., crim., 17 août 1839, *Arnaud, Bull. crim.*, t. XLIV, n°264, p. 39.

¹³⁴⁹ Cour cass., réunies, 18 juin 1840, *Arnaud, Bull. crim.*, t. XLV, n°178, p. 242.

vocation limitée de l'article 334¹³⁵⁰. Mais, partiellement néanmoins, puisque la Cour de cassation, qui n'est pas avare en variations, entretient des assouplissements. Sous l'impulsion de sa chambre criminelle, la Cour tend, sans renier complètement cette *doxa*, à atténuer la rigueur du principe en reconnaissant, d'une part, que la circonstance d'habitude peut se rencontrer à l'occasion de comportements répétés à l'égard d'une unique personne¹³⁵¹ ; et, d'autre part, que l'infraction prévue à l'article 334 est constituée, dès lors qu'un intermédiaire apparaît, indépendamment de son mobile et de sa rémunération¹³⁵².

Ces oscillations jurisprudentielles témoignent tant de la difficulté de la Cour à imposer une œuvre d'ensemble que de l'impuissance fonctionnelle, dans certaines matières, des juridictions judiciaires à trancher efficacement et définitivement une question. À cet égard, il ne reste au juge qu'à regretter le silence du législateur, comme le formulait, déjà en 1841, devant les chambres réunies, André Dupin, qui déplorait que :

« la loi pénale n'atteigne pas tous les faits honteux et immoraux ; mais le devoir du magistrat n'en est pas moins d'appliquer la loi telle quelle est, sans étendre ses dispositions à des cas qu'elle n'a point prévus, sauf au législateur à la réviser, s'il la croit incomplète ou insuffisante »¹³⁵³.

C'est donc de la loi que le secours est attendu ; ce n'est néanmoins pas d'elle qu'il viendra, alors que la réforme du Code pénal, dans la seconde moitié du siècle, offrait cette opportunité. En dépit d'un remaniement d'envergure du Code pénal, la réforme du 13 mai 1863

¹³⁵⁰ Cour cass., crim., 26 novembre 1840, *Chevé*, *Bull. crim.*, t. XLV, n°335, p. 480 ; Cour cass., crim., 7 janvier 1841, *Bourgeois*, *Bull. crim.*, t. XLVI, n°4, p. 6 ; Cour cass., réunies, 19 mai 1841, *Chevé*, *Bull. crim.*, t. XLVI, n°145, p. 239 ; Cour cass., crim., 11 juin 1841, *Migeot*, *Bull. crim.*, t. XLVI, n°174, p. 279 ; Cour cass., crim., 16 juillet 1841, *Thiercé*, *Bull. crim.*, t. XLVI, n°212, p. 340 ; Cour cass., crim., 5 août 1841, *Faivre*, *Bull. crim.*, t. XLVI, n°226, p. 373 ; Cour cass., crim., 19 février 1842, *Colleau*, *Bull. crim.*, t. XLVII, n°31, p. 42 ; Cour cass., crim., 29 avril 1842, *Morin d'Arfeuilles et al.*, *Bull. crim.*, t. XLVII, n°104, p. 167 ; Cour cass., crim., 14 mai 1842, *Tabey*, *Bull. crim.*, t. XLVII, n°120, p. 191 ; Cour cass., crim., 19 février 1846, *Godot et al.*, *Bull. crim.*, t. LI, n°53, p. 74 ; Cour cass., crim., 12 mai 1848, *Truphème*, *Bull. crim.*, t. LIII, n°146, p. 224 ; Cour cass., crim., 28 juillet 1848, *Plinguier*, *Bull. crim.*, t. LIII, n°210, p. 313 ; Cour cass., crim., 20 septembre 1850, *Bellaud*, *Bull. crim.*, t. LV, n° 320, p. 476 ; Cour cass., crim., 24 mars 1853, *Paradis*, *Bull. crim.*, t. LVIII, n°107, p. 161 ; Cour cass., crim., 19 août 1853, *Thierrée*, *Bull. crim.*, t. LVIII, n°414, p. 459 ; Cour cass., crim., 15 mars 1860, *Hambourg*, *Bull. crim.*, t. LXV, n°78, p. 130.

¹³⁵¹ Cour cass., crim., 31 janvier 1850, *Delaporte*, *Bull. crim.*, t. LV, n° 40, p. 58 ; Cour cass., crim., 15 octobre 1853, *Peronard-Savary*, *Bull. crim.*, t. LVIII, n°517, p. 603 ; Cour cass., crim., 27 avril 1854, *Charbonneau*, *Bull. crim.*, t. LIX, n°123, p. 211 ; Cour cass., crim., 1^{er} mai 1863, *Maudait*, *Bull. crim.*, t. LXVIII, n°135, p. 226 ; Cour cass., crim., 10 décembre 1869, *Leriche-Waleff*, *Bull. crim.*, t. LXXIV, n°256, p. 410.

¹³⁵² Dans cette espèce, jugée par les chambres réunies, la Cour se croit en devoir « de déterminer le véritable sens de cet article » ; ce qui la conduit à décider que « cet article, sainement entendu, soit par son texte, soit à l'aide des travaux préparatoires du Code pénal, exige, pour son application, l'intervention d'un agent intermédiaire de débauche ou de corruption ; qu'ainsi interprété, il forme, avec les articles précédents, un système de répression qui se lie et s'enchaîne en embrassant les divers attentats aux mœurs que la loi peut atteindre, sans permettre à l'action publique de pénétrer dans la vie domestique pour en divulguer les secrets ». Dans une forme de conclusion de cet arrêt de cassation, la Cour relève également « qu'on ne peut étendre les dispositions des lois pénales aux cas qu'elles n'ont pas expressément prévus, et qu'il n'appartient qu'au législateur de combler les lacunes qu'elles pourraient présenter » (Cour cass., réunies, 1^{er} mai 1854, *Thierrée*, *Bull. crim.*, t. LIX, n°133, p. 227).

¹³⁵³ DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, *op. cit.*, t. V, p. 136-137.

n'apporte aucune modification à l'article 334, qui a pourtant fait l'objet d'une discussion au Corps législatif. Lors des travaux parlementaires, la commission d'examen a explicitement confirmé la vocation spéciale de l'article 334, refusant l'assimilation aux corrupteurs voulant satisfaire leur propre plaisir, et, pour trancher ainsi, s'en est même référée à la jurisprudence¹³⁵⁴. À ces débats, la Cour de cassation prend soin d'apporter, dans un arrêt rendu la même année, une conclusion audacieuse, témoignant de son autorité. La Cour reconnaît la restriction, en principe, de l'article 334 aux seuls proxénètes ; néanmoins, elle ajoute :

« [qu']il résulte de la discussion que le législateur n'a point entendu, par-là, renverser la jurisprudence, qui place, en dehors de l'article 334, l'excitation à la débauche, commise dans l'intérêt des passions personnelles du corrupteur ; mais que le rejet de cet amendement a eu seulement pour objet de maintenir les exceptions, apportées à cette règle par la jurisprudence elle-même, au cas où les actes de séduction personnelle se compliquent d'éléments particuliers de nature à être incriminés »¹³⁵⁵.

Ainsi, en dépit de cette clarification législative, la Cour de cassation confirme son emprise sur l'application de l'article 334, qu'elle adapte, en toute autonomie, après s'être fait juge du sens des termes de la loi.

Indépendamment des conclusions sur le fond du droit, ces décisions s'illustrent par un même procédé : il est d'abord fait le constat de la généralité de la loi. Ce préalable semble indispensable tant il joue comme un indice de la possibilité d'étendre le sens d'une loi. Dans un second temps seulement, le juge accueille ou repousse l'assimilation d'un comportement à un autre. Le refus de l'assimilation, réponse la plus récurrente, apparaît à cet égard dans une matière pénale régie par le principe de légalité des délits et des peines. Mais un tel refus ne doit pas inviter à conclure à la passivité du juge face à la loi. Au contraire, les débats ci-dessus rapportés témoignent de la vitalité de la jurisprudence et, plus largement, de l'ordre judiciaire qui discute de la meilleure interprétation à donner à la loi. Bien plus, ces controverses alimentent encore l'idée d'une indépendance fonctionnelle : le juge porte si haut sa liberté que chaque juridiction estime pouvoir diriger l'application de la loi à son gré, quitte à faire jaillir des contradictions prétoriennes¹³⁵⁶.

¹³⁵⁴ V. BLANCHE, Antoine-Georges, *Études pratiques sur le Code pénal*, op. cit., t. V, p. 164-166.

¹³⁵⁵ Cour cass., crim., 21 août 1863, *Forest*, *Bull. crim.*, t. LXVIII, n°224, p. 382.

¹³⁵⁶ V. *supra*, §3. – Le double jeu des juridictions du fond.

§2. – Adapter la séparation de corps

Le Code civil consacre, au sein du titre relatif au divorce, un bref chapitre à la séparation de corps¹³⁵⁷, qui consiste en un simple relâchement du lien conjugal – à l'inverse du divorce, qui conduit à sa dissolution. Or, les sept articles accordés à la séparation de corps ne permettent pas de préciser tous les effets emportés par le prononcé d'une séparation de corps. Pour pallier cette carence, les juges du fond recourent, très tôt, à un raisonnement par analogie : en assimilant la séparation de corps au divorce, ils étendent les dispositions prévues pour la seconde situation à la première – à l'exclusion de celles qui sont évidemment incompatibles –, tout présentant la loi comme la source de leur solution. Dans ce raisonnement *a pari*, les juges peuvent s'appuyer sur deux circonstances.

Il y a, d'une part, la rédaction de l'article 306 du Code civil, qui dresse un lien étroit entre les deux modes, en autorisant, dans une certaine hypothèse, la conversion d'une demande de divorce en une procédure en séparation de corps¹³⁵⁸. D'autre part, les juges sont aidés par les mots mêmes de Jean-Baptiste Treilhard, présentant le 19 ventôse an XI (10 mai 1803) au Corps législatif l'exposé des motifs ayant présidé à l'adoption des articles relatifs au divorce dans le Code civil. De l'aveu de l'orateur du gouvernement, « le divorce rompt le lien conjugal ; la séparation laisse encore subsister ce lien » ; et d'ajouter ces propos qui feront le lit de la jurisprudence originale des juges du fond : « à cela près, les effets de l'un et de l'autre sont peu différents »¹³⁵⁹. De fait, la présentation succincte de la séparation de corps, par ailleurs faite dans un titre consacré au divorce, semble inviter le juge à procéder à des raisonnements par analogie entre l'un et l'autre modes ; un procédé qui, en dépit de cet adoubement venu d'en-haut, revêt deux difficultés. L'une est générale : en droit, le juge peut-il étendre ainsi la loi civile à des hypothèses qu'elle n'a pas prévues, sans trahir sa mission ? L'autre est propre à la cause : si cette extension est en théorie admise, est-elle en pratique

¹³⁵⁷ Code civil, livre I^{er} « Des personnes », titre VI « Du divorce », chapitre V « De la séparation de corps », article 306 : « Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. » ; article 307 : « Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile : elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. » ; article 308 : « La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère, sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années. Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme. » ; article 310 : « Lorsque la séparation de corps prononcée pour autre cause que l'adultère de la femme aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation. La séparation de corps emportera toujours séparation de biens. »

¹³⁵⁸ Code civil, article 306 : « Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. »

¹³⁵⁹ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. IX, p. 472.

possible, alors que la loi du 8 mai 1816 décide l'abrogation du divorce, rendant caduques les dispositions le réglant ?

Pour certains, dont Philippe-Antoine Merlin de Douai, l'assimilation est impossible, sauf à faire du juge un législateur¹³⁶⁰. Cette réponse est confortée par un autre argument : si les dispositions relatives au divorce s'appliquaient de plein effet à la séparation de corps, pourquoi le législateur aurait-il pris soin, dans le court chapitre relatif à la séparation de corps, de préciser l'effet de l'adultère sur la séparation (article 308¹³⁶¹), dans une formulation similaire à celle retenue à l'endroit du divorce (article 298¹³⁶²) ? Cette prévision emporte, nécessairement, la conséquence que les deux modes charrient, en d'autres matières, des effets différents, sauf à considérer que le législateur s'est inutilement répété. De la même manière, l'article 1518, relatif au préciput, prend soin d'évoquer « le divorce *ou* la séparation de corps » : si les deux modes emportent les mêmes effets, pourquoi les mentionner tous deux ? Surtout, pourquoi évoquer dans cet article la séparation de corps, quand elle est absente des autres articles relatifs aux effets du divorce ?

Pendant la première moitié du siècle, ces questions surgissent particulièrement à l'examen de deux articles qui cristallisent les oppositions entre les juges du fond et la Cour de cassation : il s'agit, d'une part, de l'article 299, qui rend caduques les libéralités faites entre époux après un divorce¹³⁶³ ; et, d'autre part, de l'article 301, relatif au versement d'une pension alimentaire en cas de divorce¹³⁶⁴. Le chapitre relatif à la séparation de corps ne précisant ni le sort de telles libéralités ni le règlement d'une pension alimentaire, se pose la question de l'application, à cette situation, de l'un et l'autre articles. Jusqu'à un arrêt rendu en chambres réunies en 1845¹³⁶⁵, l'incertitude demeure.

Cette difficulté semblait pourtant résolue dès 1810, date à laquelle la chambre des requêtes est saisie d'une demande en précision des effets de l'article 301 au cas de la séparation

¹³⁶⁰ MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Paris, Garnery, 1828, t. XVI, v° *Séparation de corps*, p. 61 et suiv.

¹³⁶¹ Code civil, article 308 : « La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère, sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années. »

¹³⁶² Code civil, article 298 : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. La femme adultère sera condamnée par le même jugement et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années. »

¹³⁶³ Code civil, article 299 : « Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. »

¹³⁶⁴ Code civil, article 301 : « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. »

¹³⁶⁵ Cour cass., réunies, 23 mai 1845, *Lefoulon c/ Brée*, S. 1845. I. 321.

de corps. En appel, la Cour de Pau avait décidé que le code n'ayant rien spécifié sur les droits à une pension alimentaire en cas de séparation de corps, il devait être fait application à la cause de l'article 301. La réflexion est explicitement admise par la chambre des requêtes qui relève « [qu']en accordant une pension alimentaire [...], la cour d'appel, loin d'avoir violé la loi, s'est conformée à son esprit, parce que la raison de décider à cet égard est la même pour le cas de divorce »¹³⁶⁶. Tout laisse à penser qu'il s'agit là d'une position de principe et que la Cour de cassation, saisie de la même question à l'endroit de l'article 299 relatif aux libéralités, reproduirait ce raisonnement *a pari*. Pourtant, la chambre civile inscrit en faux cette démarche de la chambre des requêtes. Elle rejette l'analogie dressée tant au nom d'une part de tradition – la séparation de corps n'emportait pas la révocation des donations dans l'ancien droit – qu'au nom de la séparation des pouvoirs – la formation civiliste refusant d'étendre des dispositions à un cas non expressément prévu par la loi. Cette doctrine est exprimée tout entière, dès 1822, dans un arrêt qui rappelle fermement les tribunaux à leur strict devoir d'application de la loi :

« les tribunaux n'ont pas à examiner si, sous le rapport de la peine à prononcer contre l'époux, il eût été convenable d'assimiler la séparation de corps, qui ne rompt pas le lien du mariage, au divorce, qui le dissout sans retour ; qu'ils n'ont pas à balancer les divers motifs qui auraient pu déterminer le législateur à admettre ou à rejeter cette similitude entre les effets de deux actions dont, avant la loi d'abolition du divorce, les époux avaient le choix ; [...] qu'ils ne doivent, en un mot, connaître que le texte de la loi, sans pouvoir, sous des prétextes plus ou moins spécieux d'insuffisance dans ses dispositions, créer des exceptions aux principes généraux qu'elle a établis, distinguer où elle n'a pas distingué, et infliger des peines qu'elle n'a pas littéralement prononcées »¹³⁶⁷.

Cette décision peut s'expliquer comme un refus de la chambre civile de donner à la séparation de corps un effet définitif, ce que conduit à opérer la caducité des libéralités faites à l'époux par application de l'article 299 à la séparation de corps. À l'inverse de l'application de l'article 301 à la séparation de corps, dont l'effet – le versement d'une pension alimentaire – est essentiellement réversible.

Mais cette position n'emporte pas la reddition des cours souveraines, qui préfèrent soutenir l'application de plein droit à la séparation de corps, sauf incompatibilité manifeste, de toutes les dispositions relatives au divorce¹³⁶⁸. En cela, les juges d'appel maintiennent un

¹³⁶⁶ Cour cass., req., 8 mai 1810, *Pascau c/ Lussy*, S. 1810. I. 229.

¹³⁶⁷ Cour cass., civ., 17 juin 1822, *Scheppers c/ Scheppers*, S. 1822. I. 359. La Cour doit rappeler ces principes, dès l'année suivante, face à une Cour royale d'Angers réfractaire à sa jurisprudence (Cour cass., civ., 19 août 1823, *Mesnel c/ Durocher*, S. 1824. I. 30).

¹³⁶⁸ Victor-Napoléon Marcadé et Paul Pont décomptent pas moins de vingt-huit décisions en ce sens (MARCADÉ, Victor-Napoléon, & PONT, Paul, *Explication théorique et pratique du Code ...*, op. cit., t. I, p. 650).

principe d'analogie dressé très tôt dans le siècle : la première juridiction du second degré à s'y livrer semble être, à cet égard, la Cour de Montpellier. Quelques mois après la promulgation du Code civil, elle est saisie de la question de savoir si les règles relatives au sort personnel des enfants en cas de divorce¹³⁶⁹ sont applicables au cas de séparation de corps. Le 1^{er} prairial an XIII (21 mai 1805), la cour la résout par l'affirmative¹³⁷⁰. En 1812, la Cour de Caen rend une décision plus explicite, alors qu'elle est saisie d'une demande en application de l'article 299 relatif aux libéralités à l'hypothèse de la séparation de corps. La cour constate, dans un premier temps, le silence de la loi sur cette question à laquelle elle se doit de répondre : « il est du devoir des magistrats d'en rechercher la décision, soit dans les dispositions analogues, soit dans la raison, l'équité et le droit naturel ». La cour choisit alors la voie de l'analogie, une raison de décider qu'elle explicite par le fait que les deux modes d'altération du lien conjugal ne se distinguent que par une différence de degré – et non de nature – :

« la séparation de corps et le divorce sont absolument la même chose, à cette seule différence près, que, dans le premier cas, le lien conjugal est relâché sans être rompu, et qu'au second cas, les époux peuvent contracter de nouveaux engagements, ce qui n'est pas possible dans le premier ».

Au demeurant, elle ajoute que « si on n'appliquait pas au cas de la séparation de corps l'article 299, il en pourrait résulter une injustice révoltante »¹³⁷¹. En 1829, la Cour royale de Montpellier tient un raisonnement similaire à l'endroit de l'article 301, dans un arrêt dont le langage interroge le sens de la hiérarchie judiciaire. Pour elle, si l'article 301 « ne parle que du cas du divorce, on a généralement pensé, et la jurisprudence a décidé, que ses dispositions doivent être appliquées par analogie au cas de la séparation de corps »¹³⁷². Pour elle, c'est l'opinion majoritaire – des cours du second degré – qui forme la jurisprudence, et non la seule autorité de la Cour de cassation.

La controverse se poursuit jusqu'à l'intervention des chambres réunies en 1845, qui adoptent la position des juges d'appel. Dans un arrêt rendu le 23 mai 1845, contrairement aux conclusions du procureur général André Dupin¹³⁷³, les chambres réunies font droit au raisonnement par analogie qui permet de régler les effets de la séparation de corps par application des règles prévues pour le divorce. Dans cette affaire, se pose la question de la révocation de plein droit des donations stipulées entre époux, en cas de séparation de corps

¹³⁶⁹ Code civil, article 302 : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du commissaire du Gouvernement, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés, aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. »

¹³⁷⁰ CA Montpellier, 1^{er} prairial an XIII (21 mai 1805), *Bornier c/ Trotignon*, S. 1806. II. 7.

Conf. : CA Riom, 19 juin 1807, *Duronceray*, S. 1807. II. 177 ; CA Angers, 18 juillet 1808, *Dubois*, S. 1809. II. 117 ; CA Bruxelles, 28 mars 1810, S. 1810. II. 362.

¹³⁷¹ CI Caen, 22 avril 1812, *Roger c/ Liot*, S. 1813. II. 69.

¹³⁷² CR Montpellier, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 17 avril 1829, t. IV, n°1151.

¹³⁷³ V. DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, op. cit., t. VIII, p. 474-505.

prononcée contre le donataire. La demande de révocation est accueillie par le Tribunal civil de Caen et confirmée en appel par la cour de cette même ville ; une première cassation par la chambre civile intervient, à laquelle la cour de renvoi répond en jugeant identiquement à sa consœur. Les chambres réunies rejettent le pourvoi dirigé contre cet arrêt, au terme d'un triple renoncement. Le premier consiste à reconnaître la pugnacité des juges du fond dont le raisonnement est salué au nom du fait qu'ils « appliquent journallement les dispositions des articles 301, 302 et 303 dans le cas de séparation ». Le deuxième consiste à admettre que « la disposition de l'article 299, loin d'être inconciliable avec la séparation de corps, n'est que la reproduction sous une forme nouvelle du principe consacré par l'ancienne législation » : les chambres réunies reprennent ici un argument des cours souveraines, en excipant la volonté du législateur de perpétuer, avec le Code civil, l'assimilation entre séparation de corps et divorce antérieurement reconnue. Enfin, les chambres réunies rendent les armes en admettant que :

« l'assimilation légale de la séparation au divorce, surtout depuis la loi du 8 mai 1816, résulte d'ailleurs expressément des termes de l'article 2 de cette loi, qui convertit en demandes et instances en séparation toutes les demandes et instances en divorce alors pendantes devant les tribunaux »¹³⁷⁴.

Quelques semaines plus tard, appelée à se prononcer sur une question similaire, la chambre civile se range à cette nouvelle doctrine, rompant avec sa jurisprudence antérieure¹³⁷⁵. Mais cette issue n'en conduit pas moins à un écueil : l'arrêt des chambres réunies conduit à un désaveu des positions de la chambre civile jugeant seule. Les cours du second degré peuvent bien célébrer et conclure ainsi :

« [qu'il] est de jurisprudence que les articles 272, 273 et 274 du Code Napoléon s'appliquent à la séparation de corps comme au divorce, quoiqu'ils ne soient pas rappelés au chapitre de la séparation »¹³⁷⁶.

Or, à rebours de nombreux arrêts qui prennent soin de s'en référer à la jurisprudence constante de la Cour de cassation, cette décision ne vise que la jurisprudence, donnant assez à comprendre que celle-ci n'est pas le fruit de la Cour mais davantage l'œuvre des juridictions inférieures. Au-delà de ce désaveu en interne, c'est la loi elle-même qui tend à choisir le camp des cours souveraines rebelles. Après plusieurs tentatives pour légiférer en matière de divorce et séparation de corps – des propositions de loi sont déposées, sans succès, en 1831, 1848, 1876 et 1878 –, c'est finalement un texte déposé par Joseph Naquet en 1881, qui permet d'aboutir à l'adoption de la loi du 27 juillet 1884, autorisant de nouveau le divorce¹³⁷⁷. Bien que la nouvelle mouture ne règle pas le sort des libéralités en cas de séparation de corps, il est prévu dans un

¹³⁷⁴ Cour cass., réunies, 23 mai 1845, *Lefoulon c/ Brée*, S. 1845. I. 321.

¹³⁷⁵ Cour cass., civ., 17 juin 1845, *Duchêne c/ Duchêne*, S. 1846. I. 52.

¹³⁷⁶ CI Agen, 17 mars 1858, *Andral c/ Andral*, S. 1858. II. 371.

¹³⁷⁷ COULON, Henri, *Le divorce et la séparation de corps*, Paris, Marchal & Billard, 1890, t. I, p. 226 et suiv.

article 239 nouveau qu'un « demandeur, peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps ». Cette rédaction est vue comme un indice de « perméabilité »¹³⁷⁸ des procédures, qui donne à penser que l'analogie prônée *ab initio* par les juges du fond trouve sa confirmation dans la loi elle-même. Ainsi, presque paradoxalement, la loi invite le juge à suppléer ses carences, en recourant au besoin à de puissants raisonnements dépassant le simple syllogisme judiciaire. La victoire des juges du fond en cette matière tend alors à les conforter dans le bien-fondé de leur opposition à la Cour et confirme la pertinence de raisonnement par analogie dans le silence de la loi.

En toute hypothèse, le recours à l'analogie témoigne d'un glissement dans l'office du juge : il n'est plus dans les simples observation et définition des termes de la loi, comme lorsqu'il recourt à l'argument de l'évidence ou de la généralité. Par la comparaison de textes, le juge fait la preuve d'une capacité à saisir le sens de la loi au-delà de ses termes. L'admission de ce procédé se justifie vraisemblablement par la matière : la résolution de procédures en séparation de corps exige de trouver des réponses efficaces et immédiates, qui ne permettent pas au juge d'attendre des réponses législatives. Cet exemple jurisprudentiel illustre alors une réalité : le juge pondère son intervention à l'aune de l'incertitude de la loi et de l'urgence de la matière. Une tendance, au demeurant, confortée par la longue inaction du législateur. En toute hypothèse, cette dynamique augure le recours à des mécanismes plus audacieux encore : l'étape suivante dans son office consiste alors à dépasser les carcans littéraux de la loi pour s'atteler à comprendre, en pénétrant son esprit, ce que la loi viserait sans le dire.

*
* *

Les mécanismes mis en lumière ci-dessus témoignent d'un mouvement progressif d'appropriation des textes par le juge pour en extraire toute leur substance. Bien qu'employés dans des schémas différents, ces mécanismes trahissent un même dessein, puisque la solution prônée doit avant tout apparaître comme étant logique et découlant naturellement des termes examinés. Par-là, le juge opère en apparence un travail minimal : révéler des évidences sans trahir, selon loi, la loi, bien que certaines techniques employées semblent parfois s'éloigner de cet impératif – tel le recours à l'analogie et, à certains égards, l'argument de la généralité. Le juge a beau jeu de placer cette étude sous le prisme d'un examen objectif des textes ; il n'en

¹³⁷⁸ *Ibid.*, p. 238.

demeure pas moins qu'il dépasse le rôle habituellement attendu de lui d'application mécanique de la loi. Néanmoins, il apparaît qu'il ne cherche pas, toujours, à troubler le jeu de la loi, tant il semble souvent, à l'inverse, se mettre au service de la loi. À l'image de ses efforts pour compléter les dispositions relatives à la contrefaçon ou aux attentats aux mœurs. Il ne faut pas non plus voir dans le juge un acteur relégué à un rôle secondaire, tant s'en faut ; il témoigne bien dans cette mission de toute son indépendance et de son influence sur la loi et, ce, sans avoir besoin de la désavouer ni d'en heurter ostensiblement la portée.

La situation ambiguë du juge se comprend à l'aune de l'objectif qui guide l'exercice des techniques illustrées ici : garantir l'effectivité de la loi, tantôt en procédant à son extension, tantôt en accentuant la rigueur de ses prescriptions. Ces procédés s'imposent d'ailleurs souvent comme une nécessité, tant certains justiciables pourraient se soustraire, par des comportements ne violant pas littéralement les textes, aux objectifs légaux et nuire, par leur impunité, à l'intégrité du système conçu par le législateur. Aussi, dans cette démarche, le juge se donne-t-il pour mission de « remplir le but de la loi »¹³⁷⁹, quitte à aller au-delà de ses expressions littérales. La formule indique un rôle nouveau que s'est octroyé le juge : quand les termes de la loi sont impuissants à régler parfaitement une hypothèse litigieuse, il estime devoir chercher au-delà et traquer le *but* de la loi pour en garantir, croît-il, une meilleure application. L'expression témoigne alors de ce que le juge estime que toute loi porte en elle un objectif, qui ne ressort pas toujours ni expressément ni clairement de ses termes. Cette conviction le mène alors dans une quête plus large encore : déterminer le sens d'une loi, à la lumière de son esprit. Dans cette perspective, le juge recourt parfois à des mécanismes plus audacieux et controversés, parce que la quête elle-même abstraite – déterminer l'esprit de la loi – exige le recours à des raisonnements plus abstraits et non dénués d'une part de subjectivité. Dans ces hypothèses, le juge est alors conduit à produire un travail rénové d'exégèse des textes.

¹³⁷⁹ Trib. com. Paris, 30 janvier 1832, *Gazette des tribunaux*, 1^{er} mars 1832, t. VII, n°2043.

– Section 2 –

Saisir l'esprit de la loi

« La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue ; et de ne pas s'exposer au risque d'être tour-à-tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude. »

Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire*¹³⁸⁰

À l'aube du nouveau siècle, Jean-Étienne-Marie Portalis invite le juge à la plus grande audace : en lui reconnaissant la faculté « d'étudier l'esprit de la loi », il l'autorise à se saisir d'elle, bien au-delà du simple raisonnement syllogistique, pour en dérouler le mécanisme et l'adapter à l'espèce présentée à lui, selon la compréhension qu'il s'en fait. Bien plus, cette logique commande au juge de préférer la recherche de l'essence de la loi au-delà de ses termes même ; au risque, autrement, de lui « désobéir par esprit de servitude ». Le juriste confirme cette vision par une autre formule dénuée d'ambiguïté : « c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application »¹³⁸¹. Par ces mots, il dresse un portrait du juge du XIX^e siècle fort éloigné de celui auquel ses contemporains pouvaient le destiner : un juge collaborant à la marche des lois. De même, par ces mots, le père du Code civil inscrit en faux ses successeurs, au premier rang desquels, son fils, Joseph-Marie Portalis.

Alors premier président de la Cour de cassation, ce dernier invite les juges, non « institués pour juger des lois, mais selon les lois », à refuser de « s'écarter de leur texte clair et précis pour rechercher ce qu'on appelle leur esprit » parce que, procéder ainsi, « ce n'est pas interpréter [les lois], mais les défigurer et les détruire ». Si le magistrat doit convenir, « [qu']à la vérité, par la force même des choses, les magistrats sont obligés quelquefois de *dire le droit*

¹³⁸⁰ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, op. cit., t. I, p. 476.

¹³⁸¹ *Ibid.*, p. 470.

quand la législation se tait », il ne s'agit là que d'un rôle secondaire, exercé, toujours, sous tutelle : les juges, « redevenus ministres d'équité entre les hommes comme dans les temps d'ignorance et de barbarie », doivent se « conform[er] alors à ces notions éternelles du juste et du bon qu'une main divine a rendues inhérentes à la nature humaine, en les gravant au fond de tous les cœurs. C'est ainsi que la justice remonte à sa source, et que la jurisprudence se rattache à ce droit universel et immuable d'où découlent toutes les lois positives ». Néanmoins, ajoute-t-il, dans leurs prérogatives, les juges ne doivent pas oublier d'« être sage[s] et juste[s] avec la loi et ne point aspirer à l'être plus qu'elle »¹³⁸². Ces mots témoignent des réticences qui accompagnent l'idée de voir émerger un juge autonome, délié des lois et parti, sans garde-fou, en quête du sens des lois. Les discussions relatives au projet de Code civil mettaient déjà au jour de semblables réticences, exprimées jusque dans les rangs des juridictions judiciaires. À l'image du Tribunal de Paris qui appelait de ses vœux un bon encadrement des prérogatives du juge, notamment dans l'interprétation de la loi. Aussi, propose-t-il une réécriture du livre préliminaire – écarté de la rédaction finale –, comprenant un article 13, relatif à l'application des lois, ainsi conçu :

« Quand la loi est claire, on ne doit pas en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit. Si la loi paraît présenter de l'obscurité le sens le plus naturel et le moins défectueux dans l'exécution doit être préféré mais c'est surtout dans la combinaison et la réunion de toutes les dispositions de la loi qu'il faut en chercher le véritable sens »¹³⁸³.

Tant les précautions de langage prises (« si la loi *paraît* présenter de l'obscurité ») que le mécanisme de résolution proposé indiquent assez le souci d'empêcher le recours par les juges autant à leur bon sens qu'à leur bon vouloir, pour placer leur office toujours sous la tutelle de la loi. Cet exemple signale la circonspection des juges, qui, dans la quête du sens d'une loi déclarée obscure, cherchent à dissiper le soupçon d'arbitraire qui peut accompagner des décisions prises sur l'incertain et subjectif fondement de l'esprit de la loi.

Mais ces hésitations sont impuissantes à dissiper une réalité : la nécessité dans certaines espèces concrètes de déterminer le sens de la loi, au-delà de son sens littéral, et, pour cela, revenir à son essence en cherchant son esprit. En dépit de craintes formulées dès 1806 par le Conseil d'État¹³⁸⁴, ce constat invite alors les juges à la plus grande liberté, dont la Cour de

¹³⁸² COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, *op. cit.*, t. I, 1815-1851, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 3 novembre 1829. Discours du premier président, Joseph-Marie Portalis », p. 13-14.

¹³⁸³ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. V, p. 97.

¹³⁸⁴ Dans cet avis formulé à l'occasion d'un litige successoral, le Conseil d'État a l'opportunité de condamner le fait, pour la Cour de cassation, de puiser dans l'esprit de la loi pour prononcer une cassation, au motif qu'un arrêt de la Cour de cassation « qui détruirait un jugement pour être trop littéralement conforme au texte de la loi, offrirait dans l'ordre judiciaire un scandale dont, il faut l'espérer, nous ne serons jamais les témoins » (CE, 18 janvier 1806, *Duchâtenet c/ le légataire de la demoiselle Letellier*, S. 1806. II. 74).

cassation fait, la première, la preuve. Une espèce jugée devant elle, en 1810, en fournit une illustration : un litige s'élève sur l'exécution d'une convention par laquelle un intermédiaire s'engage à fournir à un conscrit appelé au service militaire, un remplaçant. Devant les tribunaux, le conscrit cherche à obtenir la répétition des sommes payées, faute d'exécution de son obligation par l'intermédiaire en remplacement militaire. Devant la Cour de cassation, c'est donc la licéité d'une telle convention qui est interrogée. Or, en droit, la solution devrait s'annoncer d'elle-même : la loi autorisant un conscrit à traiter avec un remplaçant¹³⁸⁵, il est permis de penser que les entreprises de remplacement, qui ne font que mettre en relation les deux parties, devraient, de la même manière, être admises à exercer leur commerce¹³⁸⁶.

Pourtant, l'entreprise de remplacement est jugée contraire à l'ordre public et aux articles 6 et 1133 du Code civil¹³⁸⁷ ; ce qui conduit la Cour à confirmer la solution de la juridiction d'appel qui qualifiait cette relation contractuelle de « trafic illicite ». La Cour reconnaît ainsi qu'en jugeant de la sorte, la cour d'appel, « loin d'avoir violé aucune loi, s'est conformé[e] à l'esprit de la matière »¹³⁸⁸. Par cette dernière et vague formulation, la Cour de cassation réalise un coup double. À l'égard du remplacement militaire, elle affirme une capacité à élargir le champ de la prohibition pour concourir à l'encadrement de la matière. À l'égard de la loi, elle clame une compétence originale : se saisir de l'esprit des lois pour favoriser la condamnation d'actions, dont elle estime la moralité douteuse et qu'elle ne souhaite pas relever de toute sanction, malgré le silence de la loi. Or, cette prérogative nouvelle a tendance à se reproduire, dans de multiples hypothèses et sous la plume de juridictions de tous horizons ; ce qui conduit à voir cet *esprit de la loi* parsemer la jurisprudence du XIX^e siècle.

Pour révéler cet esprit, le juge élabore des techniques qui s'esquissent au gré des espèces et au fil des territoires et apparaissent plus sibyllines et subjectives que les mécanismes rencontrés dans le cadre de l'étude des termes de la loi. À cet égard, deux mécanismes, utilisés par le juge pour éclairer le sens d'une disposition déclarée obscure, retiennent notre attention ici : il s'agit, d'une part, du libre établissement, par le juge, de l'intention du législateur (*Sous-section 1*) ; il s'agit, d'autre part, du recours du juge à sa propre conscience (*Sous-section 2*).

¹³⁸⁵ Se substituant à la loi du 10 mars 1818 qui autorisait déjà cette pratique (article 18), la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée règle, par les articles 17 à 24, les conditions du remplacement d'un appelé par un volontaire.

¹³⁸⁶ Ce point de droit est très débattu, certaines juridictions admettant la validité de telles conventions. Conf. : CR Paris, 5 août 1834, *Gazette des tribunaux*, 11-12 août 1834, t. IX, n°2802).

¹³⁸⁷ Code civil, article 6 : « On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » ; article 1133 : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

¹³⁸⁸ Cour cass., req., 12 décembre 1810, *Zerboi c/ Bertinato*, S. 1811. I. 53.

Sous-section 1. – L'établissement de l'intention du législateur

« Si dans quelque loi il se trouve une omission d'une chose qui soit essentielle à la loi, ou qui soit une suite nécessaire de sa disposition, et qui tende à donner à la loi son entier effet selon son motif, on peut, en ce cas, suppléer ce qui manque à l'expression, et étendre la disposition de la loi à ce qui, étant compris dans son intention, manquait dans ses termes. »

Louis Portiez, *Opinion pour le projet de Code civil*¹³⁸⁹

Par ces mots, le tribun Louis Portiez, qui livre au Tribunat, le 18 frimaire an X (9 décembre 1801), son opinion sur le projet de Code civil, ouvre la boîte de Pandore : il reconnaît explicitement au juge le droit non seulement de s'enquérir de l'intention du législateur mais encore de la privilégier aux dépens des termes de la loi lorsque nécessaire. Or, il n'est pas rare, à la lecture de la jurisprudence, de constater que les formules retenues dans la loi ne livrent pas tous les enseignements requis pour résoudre un litige. Cette carence, tantôt objectivement relevée tantôt opportunément établie par le juge, le conduit alors à se lancer dans une enquête consistant à pénétrer l'intention du législateur pour mieux révéler l'esprit de la loi. Cette quête apparaît en première intention logique tant le XIX^e siècle a érigé la loi souveraine, au cœur de l'édifice juridique : cet idéal oblige le juge à découvrir l'intention de l'auteur de la norme légale et à se conformer aux objectifs fixés par le législateur. Pour y parvenir, le juge doit au préalable avoir constaté l'obscurité de la loi : puisqu'il lui est fait interdiction d'invoquer les motifs de la loi contre un texte clair et précis¹³⁹⁰. Il pourra ensuite exciper tant des motifs que des circonstances d'élaboration de la loi pour y découvrir l'intention du législateur propre à en éclairer le sens, qui, s'il peut être révélé par plusieurs biais, est le plus souvent déduit de la lecture des travaux préparatoires. Pour certains auteurs, tel Jean-Guillaume Locré, le recours

¹³⁸⁹ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, op. cit., t. VI, p. 228.

¹³⁹⁰ Conf. : Cour cass., crim., 24 février 1809, *Lammesch*, S. 1809. I. 228 ; Cour cass., crim., 17 décembre 1811, *Vidal & Mas c/ Leverre & Caylus*, S. 1812. I. 145.

aux travaux préparatoires est même une injonction adressée aux magistrats : il garantit que la jurisprudence fasse fleurir un système qui est bien la « conséquence de la loi écrite » et, à l'inverse, qu'elle ne devienne pas un « pouvoir usurpé ». Aussi, selon cet auteur :

« les magistrats savent très bien que c'est sur l'intention du législateur qu'ils doivent régler leur jurisprudence, que cette intention se trouve dans les travaux préparatoires, que ces travaux sont donc un peu plus que de simples documents historiques »¹³⁹¹.

À charge néanmoins pour le magistrat de discerner « les vrais travaux préparatoires, qui seuls contiennent l'intention du législateur, des premières ébauches »¹³⁹².

Le juge s'attèle donc autant que faire se peut à déterminer le but poursuivi par le législateur lors de la confection de la loi et ne manque pas de le souligner dans ses décisions : ainsi, pour découvrir le sens de dispositions pénales relatives aux mendiants, la Cour de cassation précise que l'interprétation retenue « est conforme à l'intention du législateur, manifestée dans l'exposé des motifs du Code pénal présentés en 1810 au Corps législatif »¹³⁹³. Mais, en d'autres circonstances, cette intention est révélée de manière beaucoup plus sinueuse : parce que c'est alors le juge lui-même qui établit, presque arbitrairement, la pensée profonde du législateur. L'argument est alors évoqué dans des formules volontairement vagues et peu étayées ; à l'image d'un arrêt produit par la Cour de Paris, qui se contente, en 1863 dans une affaire interrogeant le privilège du propriétaire en matière de faillite, d'une incise aussi courte qu'opaque :

« en se reportant à la pensée du législateur, on demeure convaincu [...] »¹³⁹⁴.

Cette hypothèse apparaît régulièrement sous la plume de plusieurs juridictions, qui, en arguant de la pénétration, au reste nébuleuse, de l'intention du législateur, extraient de la loi des conséquences non explicitement prévues par elle.

Ce procédé, récurrent tout au long du siècle, se perçoit très nettement alors que les juges mènent un mouvement parallèle par lequel ils cherchent à s'affirmer comme gardien des libertés individuelles, préfigurant ainsi le rôle qui leur sera reconnu au XX^e siècle¹³⁹⁵. À cette fin, leurs décisions renvoient régulièrement à la volonté du législateur, dont l'évocation doit permettre de moduler la loi pour éviter que son exercice n'empiète sur les libertés individuelles. S'érigeant en libres interprètes de la pensée du législateur, les juges usent dans ce but de formulations à la tonalité variable. Certaines se font prudentes ; tel cet arrêt rendu en 1831 par la Cour royale de

¹³⁹¹ LOCRE, Jean-Guillaume, *La législation...*, op. cit., t. XVI, p. 626-627.

¹³⁹² *Ibid.*, p. 656.

¹³⁹³ Cour cass., réunies, 22 janvier 1838, *Gazette des tribunaux*, 25 janvier 1838, t. XIII, n°3862.

¹³⁹⁴ CI Paris, 26 juin 1863, *Gazette des tribunaux*, 27 juin 1863, t. XXXVIII, n°11293.

¹³⁹⁵ Au XX^e siècle, ce rôle est au reconnu au juge par la Constitution de la Ve République du 4 octobre 1958, dont l'article 66, alinéa 2, énonce que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Paris à l'occasion d'un litige intéressant le monopole de la régie sur la fabrication et la détention de tabac, explicité par la loi sur les finances du 28 avril 1816¹³⁹⁶. Dans cette affaire, des saisies sont opérées au domicile d'un ancien fabricant de tabac, qui a créé une poudre, sans tabac, au moyen d'instruments de tabac. En première instance comme en appel, ces saisies sont déclarées frustratoires ; mais, sur le pourvoi de la régie, la Cour de cassation censure cette solution et renvoie l'affaire devant la Cour de Rouen, qui persiste à juger conformément à ses consœurs du fond, en s'en remettant prudemment à l'intention du législateur :

« le législateur, dans un titre de la loi où il n'est question que du tabac, n'a entendu et n'a pu entendre que les ustensiles appropriés à la manipulation du tabac, et qu'il n'a pu vouloir ni autoriser la saisie des machines qui [...] peuvent servir à tout autre usage qu'à la fabrication du tabac, ni porter atteinte à l'industrie et à la liberté des citoyens, contenues dans de justes limites »¹³⁹⁷.

Par cette rédaction, la cour s'assure que la volonté du législateur, révélée par des formules négatives, permette de conforter le libre exercice d'une activité industrielle ; et, ce, en dépit de l'expression littérale de la loi, qui ne fait pas mention du but dans lequel devraient être utilisés les instruments litigieux pour autoriser leur saisie et la poursuite de leur propriétaire. De fait, la cour d'appel exige, en sus de la simple détention, que les instruments soient utilisés conformément à leur destination – la fabrication de tabac – pour autoriser la condamnation du prévenu. À défaut de la réunion de ces deux éléments, absents pourtant de la lettre de la loi, elle conclut alors à la relaxe, qu'elle estime nécessaire au nom de la liberté de commerce et d'industrie, dont l'exercice ne doit souffrir de la part de la loi qu'une gêne limitée. Mais pour conclure à l'atténuation de l'effet de la loi, la cour fait montre ici d'une grande réserve tant elle n'ose franchement affirmer avoir découvert le vœu du législateur : l'emploi de tournures

¹³⁹⁶ Loi du 28 avril 1816 sur les finances, titre V « Tabacs », article 220 : « Les ustensiles de fabrication, tels que moulins, râpes, hache-tabacs, rouets, mécaniques à scaferlati, presses à carottes et autres, de quelque forme qu'ils puissent être, qui, quinze jours après la promulgation de la présente loi, ne seraient point rétablis sous le scellé ordonné par l'article 44 de la loi du 24 décembre 1814, seront saisis et confisqués. » ; article 221 : « Seront considérés et punis comme fabricants frauduleux, les particuliers chez qui il sera trouvé des ustensiles, machines ou mécaniques propres à la fabrication ou à la pulvérisation, et en même temps des tabacs en feuilles ou en préparation, quelle qu'en soit la quantité, ou plus de dix kilogrammes de tabac fabriqué, non revêtu des marques de la régie. – Les tabacs ustensiles, machines ou mécaniques, seront saisis et confisqués, et les contrevenants condamnés, en outre, à une amende de mille à trois mille francs. – En cas de récidive, l'amende sera double. » ; article 222 : « Ceux qui seront trouvés vendant en fraude du tabac à leur domicile, ou ceux qui en colporteront, qu'ils soient ou non surpris à le vendre, seront arrêtés et constitués prisonniers, et condamnés à une amende de trois cents francs à mille francs, indépendamment de la confiscation des tabacs saisis, de celle des ustensiles servant à la vente, et, en cas de colportage, de celle des moyens de transport, conformément à l'article 216. » ; article 223 : « Les employés des contributions indirectes, des douanes ou des octrois, les gendarmes, les préposés forestiers, les gardes-champêtres, et généralement tout employé assermenté, pourront constater la vente des tabacs en contravention à l'article 172, le colportage, les circulations illégales, et généralement les fraudes sur le tabac ; procéder à la saisie des tabacs, ustensiles et mécaniques prohibés par la présente loi, à celle des chevaux, voitures, bateaux et autres objets servant au transport, et constituer prisonniers les fraudeurs et colporteurs, dans le cas prévu par l'article précédent. »

¹³⁹⁷ CR Rouen, 25 février 1831, *Gazette des tribunaux*, 2 mars 1831, t. VI, n°1729.

négligentes illustre un certain embarras dans l'explication de la volonté législateur lors de la rédaction de la loi. Cependant, ce discours précautionneux n'est pas la règle commune ; une décision rendue par une juridiction lilloise, en 1831, inscrit ainsi en faux cette pensée. Ayant à trancher une affaire relative aux droits du preneur d'un bail emphytéotique, le tribunal ne regimbe pas à énoncer que :

« le pouvoir judiciaire ne se borne pas à l'application du texte de la loi, qu'il doit l'interpréter en se livrant à l'investigation de la pensée du législateur »¹³⁹⁸.

Une formulation hardie que la reproduction d'un principe établi quelques semaines plus tôt par la Cour royale de Paris ne suffit pas à adoucir¹³⁹⁹.

À rebours de ces solutions, le juge peut encore manifester un refus de recourir à l'intention du législateur : ce rejet peut même s'avérer surprenant dans certaines espèces, tant les circonstances sembleraient pourtant le commander. Cette situation doit montrer combien le maniement de l'argument est élastique, voire teinté d'une part d'opportunisme du juge ; la question de la rectification des erreurs matérielles l'illustre parfaitement. Traditionnellement, la Cour de cassation se refuse à y procéder, n'acceptant qu'en de rares occasions de prendre prétexte de l'évidente erreur de rédaction de la loi pensée par le législateur, pour en réparer les effets. Le principe est établi, à l'occasion de poursuites exercées contre un éditeur qui ne s'est pas conformé à l'obligation de cautionnement, prévu par l'article 1^{er} de la loi du 14 décembre 1830¹⁴⁰⁰. Or, la teneur des lois antérieures et des débats parlementaires laisse assez à comprendre que la version promulguée comporte une coquille : à la place de l'adverbe *régulièrement*, porté en début d'article, devrait être lu l'adverbe *irrégulièrement*, qui sert à placer sous l'obligation de cautionnement les feuilles à la parution astucieusement irrégulière. En dépit de ces éléments, relevés à l'audience par le ministère public, le pourvoi est rejeté au motif que :

« si une erreur s'est glissée dans le texte de la loi du 14 décembre 1830, cette erreur ne saurait être rectifiée par les magistrats, qui ne peuvent appliquer que le texte légalement publié »¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁸ Trib. Lille, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 24 juin 1831, t. VI, n°1829.

¹³⁹⁹ CR Paris, 10 mai 1831, *Gazette des tribunaux*, 21 mai 1831, t. VI, n°1798.

¹⁴⁰⁰ Loi du 14 décembre 1830 sur le cautionnement, le droit de timbre et le port de journaux ou écrits périodiques, article 1^{er} : « Si un journal ou écrit périodique paraît plus de deux fois par semaine, soit à jour fixe, soit par livraisons, et régulièrement, le cautionnement sera de 2400 francs de rente ; le cautionnement sera égal aux trois quarts du taux fixé, si le journal ou écrit périodique ne paraît que deux fois par semaine. – Il sera égal à la moitié, si le journal ou écrit périodique ne paraît qu'une fois par semaine. – Il sera égal au quart, si le journal ou écrit périodique paraît seulement plus d'une fois par mois. »

¹⁴⁰¹ Cour cass., crim., 11 mars 1831, *Ministère public c/ Tournel*, S. 1831. I. 147.

V. FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois...*, op. cit., p. 371 et suiv. ; DELISLE, Georges, *Traité de l'interprétation juridique...*, op. cit., t. I, p. 556-587.

Ce raisonnement, dont la légalité n'est pas douteuse, n'est pas dénué d'opportunisme : l'arrêt, qui empêche l'exécution de la loi, intervient alors que le nouveau régime entend mieux réprimer les infractions de presse et doit composer avec une fronde des juridictions judiciaires qui répugnent à prêter leur concours à ce mouvement, en usant de différentes voies légales pour retarder l'application de telles lois répressives. Il est alors curieux de voir la pudeur de la Cour de cassation à l'égard d'une erreur manifeste de transcription : d'une part, parce qu'elle n'hésite pas, par certaines jurisprudences, à vider de leur sens certaines dispositions de lois ; et, d'autre part, parce que, parfois, la Cour a pu s'en remettre justement à l'intention du législateur pour adapter la loi. Ici, la Cour, à l'image de son ordre, manifeste, de manière insidieuse, un rôle plus libéré : celui d'un juge, qui, selon son bon vouloir, tantôt adapte les lois, tantôt les prive d'effet.

Si le principe connaît d'inévitables exceptions reconnues par la Cour elle-même¹⁴⁰², cette solution illustre combien elle peut se cacher derrière un respect scrupuleux du texte littéral de la loi pour, en réalité, en limiter l'effet, en dépit tant de son sens réel que de sa cohérence et, bien plus, en dépit de l'intention contraire clairement manifestée par législateur. À cet égard, la Cour de cassation apparaît quelque peu isolée dans cette démarche puisque les juridictions du fond semblent plus enclines à rectifier les erreurs matérielles contenues dans la loi¹⁴⁰³ ; une marche, saluée comme « heureu[se] pour l'honneur de la jurisprudence »¹⁴⁰⁴, qui donne la mesure de la liberté prise par les juges dans le recours à l'intention du législateur.

Pour illustrer ce mécanisme, deux thématiques sont ici mobilisées : l'établissement souverain de la volonté du législateur permet d'enrichir la loi, d'une part, pour prévenir le

¹⁴⁰² Dès l'année suivante, la Cour de cassation accepte de déroger à cette doctrine pour réparer l'erreur contenue dans la rédaction de l'article 477 du Code pénal, qui renvoie, sans sa formulation de 1810, à l'article 476 en lieu et place de l'article 475. Dans cette affaire relative à la confiscation d'appareils de jeux, la Cour casse le jugement déferé au motif que l'article 477 du Code pénal « se réfère nécessairement à l'article 475 qui prévoit cette contravention dans son n°5, et non à l'article 476 qui y est entièrement étranger, et qui n'a pu être cité que par erreur » (Cour cass., crim., 14 décembre 1832, *Straniasse*, S. 1833. I. 510).

¹⁴⁰³ À l'extrême fin de ce siècle, la Cour de Nîmes porte haut cette doctrine, dans une espèce relative à la question de la sériciculture, en choisissant d'aller au-delà de la lettre du texte. La cour préfère s'en remettre à la volonté, certes mal retranscrite, du législateur, pour restituer à la loi du 13 janvier 1892, relative à la sériciculture, le sens réel du §4 de son article unique. Ce paragraphe visait les seules tentatives de fraude et complicité de fraude, sans mentionner la fraude consommée elle-même. Pour la cour, une telle formulation ne peut qu'être contraire au vœu du législateur et relève d'une erreur matérielle, qu'elle doit pouvoir corriger, au risque sinon de priver ladite loi de logique. Aussi, refusant de s'abriter derrière les termes de la loi, la cour juge-t-elle que « quelles que soient les règles restrictives apportées à l'interprétation des lois pénales, il n'est pas possible d'accepter celle à laquelle le tribunal s'est arrêté ; que le législateur, en frappant la tentative de fraude et la complicité, non seulement n'a pas eu l'intention d'écarter la fraude elle-même, mais qu'il la frappe à plus forte raison ; que, si l'article 3 du Code pénal porte qu'en matière de délit, la tentative n'est punissable que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi, la proposition inverse ne peut être vraie, et que la loi punissant la tentative de fraude atteint nécessairement la fraude consommée, sans que le juge ait rien à ajouter à son texte » (CA Nîmes, 19 mars 1896, S. 1896. II. 136).

¹⁴⁰⁴ MORNET, Marcel, *Du rôle et des droits de la jurisprudence...*, op. cit., p. 99.

développement de pratiques anti-concurrentielles (§1) et, d'autre part, pour veiller à encadrer les modalités d'incarcérations (§2).

§1. – Prévenir les atteintes à la concurrence

En 1856, le Tribunal de commerce d'Orléans est saisi, sur la plainte d'un commerçant s'estimant lésé, de l'examen des tarifs pratiqués par une compagnie de chemins de fer. Le tribunal affirme, dans cette affaire, un droit de regard étendu sur lesdits tarifs au motif « [qu']on ne saurait admettre que le législateur des chemins de fer ait voulu concéder au monopole des transports un pouvoir de tarifs tel que la compagnie d'Orléans entend l'exercer », parce « [qu']un pareil pouvoir est inconciliable avec la justice et la liberté du commerce »¹⁴⁰⁵. L'année suivante, le Tribunal de commerce de la Seine, rend une décision similaire¹⁴⁰⁶, illustrant la même précaution prise par les juridictions judiciaires, tout au long du XIX^e siècle : veiller à ce que la concurrence s'exerce loyalement entre entreprises. Cette quête se révèle plus prégnante à mesure que l'ère industrielle qui s'ouvre fait naître de nouvelles activités, ouvrant la voie à des pratiques anti-concurrentielles dont le législateur du début du siècle n'avait pu ni anticiper l'existence, ni, de fait, préciser le cadre de répression. Dans cet objectif, le recours par les juges à l'intention du législateur s'impose comme palliatif pour interpréter les silences de la loi et ainsi prévenir les atteintes à la concurrence. Le traitement jurisprudentiel du délit de coalition en témoigne.

Au cœur d'une section relative aux banqueroutes, escroqueries et autres espèces de fraudes, le Code pénal prévient le délit de coalition, dans un article 419¹⁴⁰⁷, rédigé de manière volontairement large pour appréhender au mieux une infraction qui peut être diversement constituée. En dépit des efforts du législateur pour circonscrire les phénomènes de coalition et éviter des situations monopolistiques, cet article est discuté dans son application, en raison d'une de ses prévisions : à savoir, la commission de l'infraction « par réunions ou coalitions

¹⁴⁰⁵ Trib. com. Orléans, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 27-28 octobre 1856, t. XXXI, n°9230.

¹⁴⁰⁶ Trib. com. Seine, 11 février 1857, *Gazette des tribunaux*, 19 février 1857, t. XXXII, n°9327.

¹⁴⁰⁷ Code pénale, article 419 : « Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des sur-offres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne la pas vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs. Les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins, cinq ans au plus. »

entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée ». Cette incise voulue générale offre, à l'inverse, une controverse quant à ce qu'il faut entendre par la notion de *marchandise* – alors que la notion de *denrée*, quant à elle, ne semble pas discutée en jurisprudence. Le débat se dévoile de lui-même : selon la définition retenue de la notion de marchandise, découle une réception restreinte ou large des pratiques pouvant relever du champ de l'article 419 et ainsi être condamnées comme pratiques anti-concurrentielles.

À cet égard, ce débat n'est ni propre à la rédaction de cet article ni limité au champ du délit de coalition. Il se retrouve dans d'autres espèces, qu'il s'agisse de la vente à l'encan opérée par un commissaire-priseur¹⁴⁰⁸ ou de l'activité de transport de marchandises, telles que visées par l'article 108 du Code de commerce¹⁴⁰⁹. Le terme, ordinaire, offre dans le langage du droit de grandes difficultés. Ici, le sens donné au mot de *marchandise* conditionne toute l'application de l'article 419, dès lors qu'il conduit à déterminer les acteurs et activités pouvant être visés par le délit de coalition¹⁴¹⁰. En cette matière, la question se pose plus particulièrement à l'endroit des activités de transport – par voie terrestre comme maritime, de marchandises comme de personnes – : peuvent-elles relever du champ de l'article 419 du Code pénal ? Le transport peut-il être considéré comme une *marchandise*, susceptible de connaître des variations de prix, à la hausse ou à la baisse, par l'effet d'une coalition entre des acteurs du secteur ? La question est d'importance, puisqu'elle interroge tant la liberté de commerce et d'industrie que la liberté de circulation dans l'espace public. Au demeurant, l'interrogation est légitime tant la notion de transport semble, *a priori*, incompatible avec l'idée de *marchandise*, qui semble ne pouvoir viser que des objets corporels.

Ici, comme souvent, une solution pérenne aurait pu être apportée par la Cour de cassation. Dès 1834, la Cour est saisie à l'occasion de poursuites exercées contre des commissaires de roulages. Ces intermédiaires en transport de marchandises ont été condamnés

¹⁴⁰⁸ Le Tribunal de Lille relève alors que « s'il pouvait s'élever quelque doute sur le sens des mots effets mobiliers, employés dans la loi de ventôse an IX, ce doute disparaîtrait bientôt à l'inspection de la loi du 22 pluviôse an VII, relative aux formalités à observer pour les ventes d'objets mobiliers, puisque cette loi, en la supposant même abrogée, par celles rendues postérieurement, pourrait toujours, à cause de l'identité de la matière, être utilement consultée pour aider à découvrir le sens que le législateur a attaché à l'expression effets mobiliers, insérée dans son texte et reproduite dans la loi du 27 ventôse an IX ; [...] qu'il suit évidemment de là que le législateur a rangé les marchandises parmi les objets mobiliers, puisqu'après avoir fait une énumération dans laquelle il les a nominativement rappelées, il ajoute : et tous autres objets mobiliers, expressions qui, en se référant aux marchandises, leur impriment la qualification d'objet mobiliers ; [...] que les mêmes expression ont nécessairement le même sens, dans l'article 1^{er} de la loi du 27 ventôse an IX ; [...] que les juges, organes de la loi, doivent se borner à l'appliquer, et qu'il ne leur est pas permis de s'arrêter aux conséquences que leur décision peut avoir contre telle ou telle classe d'individus, et notamment, dans l'espèce, au préjudice considérable que les ventes de marchandises neuves à l'encan font éprouver aux marchands domiciliés et sédentaires » (Trib. Lille, 4 juin 1829, *Gazette des tribunaux*, 7 juin 1829, t. IV, n°1194).

¹⁴⁰⁹ Le débat apparaît à la lecture du jugement rendu par le Tribunal de la Seine : « l'expression "marchandises", employée dans l'article précité, n'a rien de limitatif et est prise dans un sens générique, au point de vue du commissionnaire » (Trib. civ. Seine, 4 avril 1857, *Gazette des tribunaux*, 3 mai 1857, t. XXXII, n°9390).

¹⁴¹⁰ V. *Rép. Dalloz*, t. XXVII, v° *Industrie et commerce*, p. 790 et suiv.

en première instance, puis relaxés, au titre de l'article 419, par la Cour royale de Paris. Interrogée, la Cour de cassation rejette le pourvoi des parties civiles et maintient la relaxe des commissionnaires, omettant toutefois de clarifier le débat qui se présentait à elle. En effet, sans se prononcer sur la présence, au regard de l'activité en l'espèce, d'une marchandise, la Cour rejette le pourvoi, faute d'avoir pu constater l'une des conditions essentielles de l'article 419 : à savoir, des manœuvres ayant opéré des hausses ou baisses de prix. Dès lors, la Cour ne se décide, ni clairement ni en principe, sur l'application de l'article 419 aux activités de transport¹⁴¹¹, permettant au débat de se poursuivre devant les juridictions du fond.

Deux années plus tard, une nouvelle espèce portée devant la Cour de cassation lui permet de se prononcer plus efficacement sur cette question. Dans cette affaire dite des Messageries royales – des compagnies desservant l'ensemble du territoire français par diligences –, la Cour royale d'Amiens avait reconnu, au nom de « l'expression générique *marchandise* », l'application de l'article 419 aux activités de transport d'hommes et de marchandises¹⁴¹². Sur le pourvoi formé par les entreprises prévenues, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel, estimant que cet article « s'appliqu[e] évidemment à tout ce qui étant l'objet des spéculations du commerce, a un prix courant habituellement déterminé par la libre et naturelle concurrence du trafic dont il s'agit »¹⁴¹³. Cette solution de principe est reprise par certaines juridictions du fond, qui choisissent, pour justifier l'application de l'article 419 aux entreprises de transport, de s'en référer au vœu du législateur. Un litige porté devant les juridictions parisiennes en témoigne.

Dans le cours de l'année 1839, les Messageries royales et les Messageries générales sont actionnées devant quatre juridictions successives, pour avoir cherché à amener la ruine sur les Messageries françaises, par l'effet d'une entente prohibée. En première instance, si le Tribunal correctionnel de la Seine rappelle l'interdiction faite aux juridictions de juger par analogie – surtout en matière pénale –, ce principe doit néanmoins se concilier avec le devoir de « rechercher quel a été le vœu du législateur, le but qu'il s'est proposé, et non s'attacher exclusivement à la lettre de la loi ». Cette seconde considération justifie alors de « rechercher et de déterminer le sens et l'étendue du mot marchandise employé dans l'article 419 du Code pénal », pour conclure à en faire application aux activités de transport. Le tribunal peut alors condamner les Messageries royales et les Messageries générales pour délit d'entente¹⁴¹⁴. Néanmoins, en appel, la Cour de Paris infirme le jugement, refusant ainsi de reprendre à son

¹⁴¹¹ Cour cass., crim., 1^{er} février 1834, *Durand c/ Gontié*, *Gazette des tribunaux*, 1^{er} février 1834, t. IX, n°2640 ; 2 février 1834, t. IX, n°2641.

¹⁴¹² CR Amiens, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 23 août 1836, t. XI, n°3411.

¹⁴¹³ Cour cass., crim., 9 décembre 1836, *Messageries royales c/ Guérin*, *Gazette des tribunaux*, 10 décembre 1836, t. XII, n°3506 ; 17 décembre 1836, t. XII, n°3513.

¹⁴¹⁴ Trib. corr. Paris, 8 mars 1839, *Gazette des tribunaux*, 9 mars 1839, t. XIV, n°4210.

compte la doctrine la Cour de cassation, par laquelle elle déclare l'article 419 applicable aux entreprises de transport. Après avoir rappelé « qu'en matière pénale les dispositions de la loi ne peuvent recevoir aucune extension, et que les mots qui y sont employés doivent être pris dans leur sens propre et leur acception vulgaire », la cour d'appel juge alors que :

« le rapprochement dans cet article des mots détenteurs, vendre, marchandises et denrées, prouve suffisamment le sens restrictif dans lequel le législateur a entendu le mot marchandises, et son intention de ne l'appliquer qu'à des choses mobilières, corporelles, qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, et sont destinées à être transmises dans le commerce au moyen d'achats et ventes »¹⁴¹⁵.

La cour s'en remet, elle aussi, à la volonté exprimée par le législateur, en lui faisant néanmoins porter un sens différent : une situation contradictoire qui interroge autant l'opportunité de recourir à la pensée du législateur que la légitimité d'une juridiction à se porter en héraut de celle-ci. Ainsi, c'est parce qu'elle refuse de corrompre la volonté du législateur, par elle librement déterminée, que la cour rejette l'intégration de l'activité de transport à la définition de la notion de marchandise. La solution est cependant condamnée par la Cour de cassation, qui maintient sa jurisprudence¹⁴¹⁶. Saisie comme juridiction de renvoi, la Cour de Lyon devrait se soumettre à la jurisprudence de la juridiction de cassation et reconnaître l'application de l'article 419 aux entreprises de transport. Mais pour éviter de donner son plein effet à la solution retenue en cassation, la juridiction lyonnaise joue sur la qualification des faits : si elle reconnaît en droit que le délit de coalition est bien applicable aux entreprises de transport conformément à la volonté du législateur, elle estime en fait que les faits reprochés ne sont pas constitutifs du délit de coalition. Ainsi, après avoir constaté qu'il subsiste deux sens possibles au terme de marchandise – « soit d'après sa définition grammaticale, soit dans son acception légale » –, la cour de renvoi recourt à l'esprit qui a présidé à la création de la loi et dont l'établissement lui semble apparaître avec clarté :

« il est évident que l'intention du législateur a été de produire et de conserver, dans l'article 419, les sages dispositions des lois antérieures, contre les coalitions formées pour empêcher la libre concurrence du commerce ; que cette intention est prouvée par les expressions denrées, marchandises, effets publics, qui, employées à titre d'exemple et non de limitation, embrassaient, dans la pensée du législateur, toutes les branches du commerce »¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁵ CR Paris, 16 mai 1839, *Gazette des tribunaux*, 17 mai 1839, t. XIV n°4269.

¹⁴¹⁶ Cour cass., crim., 9 août 1839, *Messageries françaises c/ Messageries royales & Messageries générales*, *Gazette des tribunaux*, 10 août 1839, t. XIV, n°4344.

¹⁴¹⁷ CR Lyon, 24 décembre 1839, *Gazette des tribunaux*, 28 décembre 1839, t. XV, n°4463.
V. *Rép. Dalloz*, t. VII, v° *Cassation*, p. 498 et suiv.

Néanmoins, en l'espèce, la juridiction de renvoi lyonnaise conclut à ce que les éléments du délit de cotation ne sont pas réunis pour refuser de condamner les Messageries royales et les Messageries générales. Par ce procédé, la cour royale entretient la survivance d'un esprit d'indépendance des juges du fond, tout en désavouant l'autorité de la Cour de cassation pourtant consacrée deux années plus tôt par la loi du 1^{er} avril 1837.

Mais, bien qu'ici les compagnies actionnées sont déchargées de toute condamnation, les principes établis en l'espèce font désormais la règle commune de l'interprétation du délit de coalition. Cette première interprétation, guidée par la recherche du vœu du législateur, a permis d'étendre encore la notion de *marchandise* pour retenir, de la même manière, l'application du délit à une coalition d'assureurs. Cette question nouvelle est portée en 1844 devant le Tribunal de police correctionnel de Bordeaux, qui, appelé à juger d'une réunion de vingt-quatre assureurs – sur vingt-cinq existant à Bordeaux – pour fixer un minimum pour les primes d'assurance, refuse de leur faire application de l'article 419. Le tribunal relève bien une connexité entre entreprises de transport et assurances, qui pourrait emporter une même raison de décider ; mais celle-ci lui paraît insuffisante pour admettre que le législateur eut souhaité, par une analogie de principe, voir appliquer l'article 419 aux assurances. Après avoir souligné combien « il est toujours dangereux de s'écarter de la jurisprudence établie par la Cour régulatrice », le tribunal note cependant que la Cour n'a pas encore eu à régler cette question : ce constat l'autorise alors à se livrer librement à l'appréciation de l'étendue de l'article litigieux. Aussi, à l'issue d'un examen minutieux, décide-t-il :

« [qu'on] détournerait évidemment de son but et de son esprit l'article 419 du Code pénal, en l'appliquant à une réunion formée dans l'intérêt du commerce pour relever les crédits des assureurs, et dans l'intérêt public en lui offrant plus de sécurité pour le paiement des assurances »¹⁴¹⁸.

Sur l'appel du ministère public, la Cour royale de Bordeaux rend un arrêt infirmatif longuement motivé, auquel elle prend soin d'intégrer un préambule dogmatique¹⁴¹⁹, préparant une réponse mêlant des motifs de différentes natures. Le premier raisonnement retient que

¹⁴¹⁸ Trib. pol. corr. Bordeaux, 3 mai 1844, reproduit sous CR Bordeaux, 9 juillet 1844, *Gazette des tribunaux*, 7 novembre 1844, t. XX, n°5472.

¹⁴¹⁹ La cour bordelaise énonce ainsi que « les prévenus posent mal la question en demandant s'il est permis d'étendre les dispositions d'une loi pénale ; que les principes les plus élémentaires répondant d'une manière négative, il n'y a pas lieu même à examen ; qu'ils ont seulement le droit de demander si les termes de l'article 419 du Code pénal, non violentés, non détournés de leur sens naturel, mais sainement entendus et bien compris, s'appliquent aux assurances ; que là se rencontre le problème dont la solution appelle toutes les méditations des magistrats ; qu'il s'agit de savoir si la concurrence naturelle et libre, promise par le législateur du commerce, peut être détruite ou même restreinte par des coalitions, qui viendraient imposer à une branche commerciale fort importante des embarras et des entraves par lesquels son action perdrait une partie de sa liberté ; qu'il est indispensable pour motiver, soit l'intervention de l'article 419 du Code pénal, soit son inapplicabilité, d'en appeler à quelques autres textes qui serviront à le faire mieux comprendre » (CR Bordeaux, 9 juillet 1844, *Gazette des tribunaux*, 7 novembre 1844, t. XX, n°5472).

l'interprétation restrictive de la notion de marchandise conduirait à « se renfermer dans une interprétation trop judaïque et s'écarter trop ouvertement du sens qu'a reçue dans la langue commerciale l'expression marchandises ». La cour conforte, par ailleurs, cette solution par l'approbation, « par deux fois », qui en a été faite par la Cour de cassation, après avoir estimé que si « les décisions de cette Cour ne sauraient sans doute l'emporter sur les prescriptions de la loi, [...] elles doivent inspirer une grande confiance par la haute position judiciaire et les lumières non contestables des magistrats qui les ont rendues ». Enfin, comme pour achever d'emporter la conviction de tous, la juridiction bordelaise conclut son raisonnement par l'affirmation que cette solution s'impose au nom de l'intention du législateur, qui, en visant tant les denrées que les marchandises, « fait assez comprendre qu'après s'être occupé des choses matérielles, [il] a porté sa pensée sur ce qui est incorporel, comme des droits, des espérances, des garanties, en un mot sur toutes les combinaisons qui peuvent, comme les assurances, être désignées par les expressions acte de commerce »¹⁴²⁰. Cette solution, dont la profusion de motivations démontre une volonté aiguë de sanctionner une activité gênant une libre concurrence, est confirmée par la Cour de cassation, qui admet l'application de l'article 419 du Code pénal à une entente entre assureurs¹⁴²¹.

De ces différents raisonnements, un même constat fait jour : une fois mis de côté le débat relatif à la notion de *marchandise*, il apparaît peu compréhensible qu'une activité commerciale échappe à la répression relative à la coalition, alors que toute entreprise peut, par nature et par besoin, être amenée à s'y livrer. En raisonnant ainsi, le juge fait primer le but visé par le législateur – sanctionner les ententes affectant le libre établissement des prix – sur les comportements et les moyens mis en œuvre pour y parvenir. Une attitude régulièrement rencontrée dans le traitement jurisprudentiel de questions juridiques nouvelles : le juge considère alors que les mots retenus dans la loi peuvent être insuffisants pour réaliser complètement l'objectif poursuivi par la disposition légale. Sous ce prisme, le juge estime, en toute autonomie, alors approfondir le vœu du législateur, qui a été de sanctionner toute manœuvre faussant la concurrence et les relations commerciales. De fait, ces récits jurisprudentiels livrent deux enseignements. Sur le fond du droit, ils témoignent du souci des juridictions de veiller à ce que la concurrence ne soit pas viciée par des comportements déloyaux ; en cela, elles s'imposent en régulatrices du commerce. Par ailleurs, ces solutions illustrent un effort de placer sous le patronage du législateur une interprétation jurisprudentielle, du reste libre, pour qu'elle apparaisse comme découlant logiquement de l'esprit dans lequel la loi a été conçue. Une méthode qui doit permettre d'évacuer toute critique en plaçant au-delà de tout soupçon la solution jurisprudentielle prônée.

¹⁴²⁰ *Ibid.*

¹⁴²¹ Cour cass., crim., 16 mai 1845, *Mestre & Adam*, *Bull. crim.*, t. L, n°173, p. 282.

§2. – Prévenir les détentions liberticides

La question de la détention n'échappe pas à l'examen des juges, qui, pétris de leur rôle de gardien des libertés individuelles, cherchent de manière récurrente à manier à leur gré les dispositions légales y afférentes. À cet égard, une modalité aujourd'hui disparue mais alors répandue offre une représentation éloquente de l'autonomie des juges : il s'agit de la contrainte par corps¹⁴²². Au gré des événements politiques du XIX^e, elle est parfois bousculée dans son principe mais demeure une mesure de rétorsion pour qui contracte des dettes et ne parvient pas à désintéresser ses créanciers. L'exercice de ce régime spécial nourrit les débats jurisprudentiels, offrant à voir des décisions audacieuses, souvent émises par les juridictions de première instance. Zélées, ces dernières ont pu, au nom de l'égalité des citoyens devant la loi, chercher à généraliser l'exercice de la contrainte par corps, sans que le débiteur poursuivi puisse exciper d'une quelconque fonction pour y échapper. C'est au moins la conviction du Tribunal de commerce de Paris, qui, jugeant contradictoirement à la Cour de Paris¹⁴²³, affirme :

« [qu'il] n'existe aucune loi qui défende aux tribunaux de prononcer la contrainte par corps contre les pairs de France lorsqu'ils ont souscrit des actes qui entraînent cette contrainte »¹⁴²⁴.

Si cette solution, que les actes constitutionnels, par leur silence, rendent plausible¹⁴²⁵, est débattue en jurisprudence et doctrine¹⁴²⁶, ce jugement rapporte la preuve d'un état d'esprit

¹⁴²² V. CADRES, Émile, *Code manuel de la Contrainte par corps et de l'emprisonnement pour dettes, en matière civile, commerciale, criminelle, correctionnelle et de police, mis en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 2^e éd., Paris, rue Laffitte, 1842 ; COIN-DESLILE, Jean-Baptiste-César, *Livre III, titre XVI, et loi du 17 avril 1832, contrainte par corps : commentaire analytique du Code civil*, 2^e éd., Paris, Le Normant, 1843 ; DUVERDY, Denis-Charles, *Dissertation sur la contrainte par corps, sur son histoire et son application en matière civile, commerciale, administrative, militaire, constitutionnelle, internationale et criminelle*, Paris, A. Guyot & Scribe, 1852 ; FÉLIX, Jean-Jacques-Gaspard, *Commentaire sur la loi du 17 avril 1832 relative à la contrainte par corps*, Paris, G. Pissin, 1832 ; LASSIME, *Traité de la contrainte par corps*, Paris, A. Durand, 1863 ; LEVIEIL DE LA MARSONNIERE, Jules, *Histoire de la contrainte par corps*, Paris, Videcoq père & fils, 1843 ; TROPLONG, Raymond-Théodore, *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce, ou Commentaire du titre XVI, livre III, du Code civil, le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, Paris, Charles Hingray, 1847.

¹⁴²³ CR Paris, 19 juin 1826, *Gazette des tribunaux*, 6 juin 1826, t. I, n°190 ; 13 juin 1826, t. I, n°196 ; 20 juin 1826, t. I, n°202.

¹⁴²⁴ Trib. com. Paris, 27 février 1828, *Gazette des tribunaux*, 28 février 1828, t. III, n°799.

¹⁴²⁵ La Charte constitution du 4 juin 1814 prévoit bien, en son article 51, « [qu']aucune contrainte par corps ne peut être exercée contre un membre de la Chambre, durant la session, et dans les six semaines qui l'auront précédée ou suivie ». Elle est néanmoins muette sur la possibilité d'y soumettre les pairs de France, pour lesquels il est seulement prescrit « [qu']aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la Chambre, et jugé que par elle en matière criminelle » (article 31). Or, la contrainte par corps peut relever de juridictions civiles, entretenant un doute légitime quant à la possibilité de contraindre par corps un pair de France.

¹⁴²⁶ V., sur ce point, MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, *op. cit.*, t. II, v° *Contrainte par corps*, p. 593-607.

des juges propre à manier librement les dispositions relatives à la contrainte par corps : ici, le tribunal ne tremble pas à l'idée de s'affranchir du législateur pour prononcer une solution défavorable aux membres de la Chambre des pairs. À l'inverse, tantôt cléments, ils ont pu chercher à adoucir les conditions de la détention ; tel le Tribunal de commerce d'Agen, qui doit, en 1836, régler un conflit relatif au lieu de détention d'un débiteur emprisonné. Ce dernier sollicite son transfèrement dans un lieu géographiquement plus proche de sa famille ; une considération qui n'émeut pas ses créanciers qui s'y opposent. Mais en mêlant des motifs tant objectifs que subjectifs, le tribunal fait droit à la demande du débiteur : il retient ainsi, d'une part, que les demandes des créanciers sont « évidemment contraires à l'esprit de la loi qui n'a accordé au créancier que la faculté de faire incarcérer le débiteur qui ne le payait pas » ; mais également que l'admission de leur demande « qui rendrait la détention du débiteur plus malheureuse ne pourrait tendre qu'à augmenter les rigueurs de la loi »¹⁴²⁷. Ces deux solutions ne sont pas des épiphénomènes, elles procèdent d'un effort récurrent des juges d'assouplir le régime de la contrainte par corps, dont le caractère liberticide est régulièrement remis en question. Or, cette propension à la libre interprétation demeure dans la suite du siècle, alors que le débat relatif à l'exercice de la contrainte par corps se nourrit d'événements politiques et législatifs ; mais cette fois-ci, le juge prétend pouvoir puiser dans l'intention supposée du législateur, les arguments nécessaires pour résoudre à son gré les litiges.

À cet égard, une remarque préalable s'impose : en cette matière, la liberté du juge semble entretenue par le législateur lui-même, qui reconnaît en la contrainte par corps une modalité grave, parce que liberticide, dont il doit être fait un usage parcimonieux par le juge. Preuve en est, lors des débats relatifs au rétablissement de la contrainte par corps en 1848, du dépôt de plusieurs amendements aux fins de conférer au juge une grande autonomie dans l'exécution de ce dispositif spécial, puisqu'ainsi que le souligne le député Louis Wolowski, « alors qu'il s'agit de la liberté d'un homme, le juge [ne peut] être transformé en machine à condamnation »¹⁴²⁸. De même, l'objectif poursuivi par les législateurs de 1848 semble moins être celui d'obtenir des emprisonnements nombreux mais davantage d'avoir contre un débiteur récalcitrant une mesure incitant à honorer ses dettes, au risque sinon d'être incarcéré. Il ressort en effet des débats que la contrainte par corps doit avoir avant tout un effet dissuasif et ne doit être complètement exécutée que dans des rares cas¹⁴²⁹. Bien que la loi de 1848, dans la mouture adoptée, ne réserve pas une grande part de liberté au juge, ce dernier a pu s'inspirer de cet esprit

¹⁴²⁷ Trib. com. Agen, 27 août 1836, reproduit sous CR Agen, 16 novembre 1836, *Gazette des tribunaux*, 5-6 décembre 1836, t. XII, n°3502.

¹⁴²⁸ DURAND, Hippolyte, *Commentaire de la loi du 13 décembre 1848...*, *op. cit.*, p. 196.

À l'inverse, Pierre-Jules Baroche refuse « qu'on s'abandonne à l'équité des magistrats » : pour ce député, « il faut que les règles générales de la contrainte par corps soient absolues » (*ibid.*, p. 220).

¹⁴²⁹ Le caractère exceptionnel de ce régime est confirmé par les données statistiques relatives à la justice : il n'y a, pour 75 000 jugements de contrainte par corps prononcés, qu'un peu plus de 400 incarcérations (*ibid.*, p. 10).

pour trouver dans le texte des motifs de l'adapter en faveur de celui qui serait contraint par corps.

Au milieu du siècle, dans un esprit libéral, le régime né de la Révolution de Février prend une décision exceptionnelle : le décret du 9 mars 1848 suspend l'exercice de la contrainte par corps. Mais la mesure ne dure que le temps de l'euphorie de la révolution et est emportée avant la fin de l'année, puisque la loi du 13 décembre 1848 rétablit la contrainte par corps, telle que régie par la loi antérieure du 17 avril 1832 – à laquelle la loi de 1848 renvoie, quoiqu'avec quelques modifications. Cette nouvelle législation nourrit néanmoins quelques controverses : vraisemblablement parce qu'elle est votée dans une période troublée et à la demande instante des tribunaux de commerce, cette loi procède davantage par abrogations « moins expresses qu'implicites »¹⁴³⁰. Aussi, le juge est-il contraint d'intervenir pour clarifier les incertitudes nées de la restauration précipitée du régime de la contrainte par corps. À cet égard, deux questions particulières nous intéressent ici : il s'agit, d'une part, de la faculté d'appeler du jugement prononçant la contrainte par corps ; et, d'autre part, du sort du débiteur étranger soumis à la contrainte par corps. Dans l'un comme l'autre cas, c'est dans la volonté du législateur que le juge vient puiser la réponse à apporter.

La première difficulté, relative à l'appel, est en effet aisément résolue en jurisprudence, par l'invocation du souhait du législateur. En matière d'appel, la loi de 1848 prévoit, en son article 7, que :

« Le débiteur contre lequel la contrainte par corps aura été prononcée par jugement des tribunaux civils ou de commerce conservera le droit d'interjeter appel du chef de la contrainte par corps, dans les trois jours qui suivront l'emprisonnement ou la recommandation, lors même qu'il aurait acquiescé au jugement et que les délais ordinaires de l'appel seraient expirés. Le débiteur restera en état. »

Cette prévision interroge quant aux dettes et débiteurs concernés : les modalités de l'appel, prévues par cet article 7, sont-elles applicables aux jugements rendus avant l'entrée en vigueur de la loi de 1848 ? La loi prévoit bien, d'elle-même, quelques dispositions transitoires, aux fins de pallier l'incertitude née de la période intermédiaire pendant laquelle la contrainte par corps a été supprimée ; mais ces dispositions transitoires sont succinctes, ne comprenant

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. VI.

que trois articles impropres à régler toutes les difficultés qui se posent dans l'exécution de la loi nouvelle¹⁴³¹.

À cette interrogation, une réponse unanime semble apportée : l'article 7 relatif à l'appel est applicable aux situations antérieurement constituées. Cette solution, motivée par le souhait de ne pas rendre plus rigoureuse la loi, est justifiée, ici encore, par la pensée du législateur que les juges semblent déduire de l'esprit de la loi. Il en est ainsi de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en 1849, qui prétend, conformément à « l'esprit libéral de la loi, dont le but a été d'adoucir la position du débiteur soumis à la contrainte par corps », extraire dans les silences de la loi, toutes ses implications. Ainsi, « si la loi, dans ses dispositions transitoires, ne dit pas d'une manière expresse que l'article 7 sera applicable aux jugements rendus avant sa promulgation, on peut inférer cette volonté de la disposition de l'article 14, portant que ces jugements ne seront exécutoires que sous les restrictions prononcées par les articles précédents, au nombre desquels se trouve l'article 7 »¹⁴³². Quelques semaines plus tard, la Cour d'appel de Riom, saisie de la même question, ne dit pas autre chose :

« les articles 7 et 14 du décret du 13 décembre 1848 sont généraux et ne permettent pas de refuser, par une distinction contraire à la sainte entente de la loi, le bénéfice du décret à des débiteurs qu'évidemment le législateur a placés sur la même ligne de sa protection »¹⁴³³.

Cette intention libérale prêtée au législateur conduit, par ailleurs, le juge à apporter des extensions à la loi. Ainsi, c'est au nom de la volonté du législateur, déterminée par elle, que la Cour de Paris prétend, en 1853, assimiler l'acquiescement au désistement, pour faire application dudit article 7 au second cas – non prévu par la loi –, après examen de « l'intention du législateur ». L'évidence de ce raisonnement conduit la cour d'appel à conclure son raisonnement, en estimant, non sans panache, « [qu']il faut donc reconnaître que le désistement se trouve *virtuellement* compris dans l'expression générique : acquiescement, dont s'est servi

¹⁴³¹ Loi du 13 décembre 1848 sur la contrainte par corps, article 13 : « Les débiteurs mis en liberté par suite du décret du 9 mars 1848, et à l'égard desquels la contrainte par corps est maintenue pourront être écroués de nouveau, à la requête de leurs créanciers, huit jours après une simple mise en demeure, mais ils profiteront des dispositions de la présente loi. » ; article 14 : « Les dettes antérieures ou postérieures au décret du 9 mars qui, d'après la législation en vigueur avant cette époque, entraînaient la contrainte par corps, continueront à produire cet effet, dans les cas où elle demeure autorisée par la présente loi, et les jugements qui l'auront prononcée recevront leur exécution, sous les restrictions prononcées par les articles précédents. » ; article 15 : « Dans les trois mois qui suivront la promulgation de la présente loi, un arrêté du pouvoir exécutif, rendu dans la forme des règlements d'administration publique, modifiera le tarif des frais en matière de contrainte par corps. »

¹⁴³² CA Paris, 4^e chambre, 25 janvier 1849, *Gazette des tribunaux*, 27 janvier 1849, t. XXIV, n°6727.

¹⁴³³ CA Riom, 19 juin 1849, *Gazette des tribunaux*, 12 juillet 1849, t. XXIV, n°6871.

le législateur »¹⁴³⁴. Au demeurant, cette solution permet de simplifier les modalités de l'appel, en alignant sur un même régime la procédure.

La seconde difficulté ne se résout pas aussi aisément devant les juridictions judiciaires. Elle est relative, dans l'application de la loi de 1848, au traitement des étrangers placés sous le régime de la contrainte par corps. La loi restauratrice de la contrainte par corps ne fait nulle part mention des étrangers ; à l'inverse de la loi du 17 avril 1832, qui leur consacrait un titre et précisait les durées de détention auxquelles ils pouvaient être soumis¹⁴³⁵. De ce silence¹⁴³⁶ naît un questionnement : faut-il en comprendre que les étrangers sont exclus du bénéfice de la loi de 1848 et demeurent soumis à la loi de 1832, qui retrouve une partie de son empire par l'effet de l'abrogation du décret de mars 1848 ? Ou, à l'inverse, les étrangers doivent-ils être admis au bénéfice de la loi nouvelle, jugée plus favorable ? Ces questions emportent un intérêt fondamental, en ce que la loi nouvelle pose, en son article 12, une limite de temps à la contrainte par corps – qui pouvait être bien plus longue sous l'empire de la loi de 1832 –, puisque qu'elle

¹⁴³⁴ L'arrêt est ainsi conçu : « l'article 7 de la loi du 13 décembre 1848 autorise le débiteur à interjeter appel de tout jugement prononçant la contrainte par corps du chef de cette contrainte, lors même qu'il aurait acquiescé au jugement et que les délais ordinaires de l'appel seraient expirés ; [...] l'intention du législateur, en créant au profit du débiteur ce droit exorbitant, a été d'empêcher que la contrainte par corps pût être exercée pour d'autres obligations et dans d'autres circonstances que celles à l'occasion desquelles la loi a autorisé cette voie d'exécution ; [...] il a voulu que la décision des premiers juges au chef de la contrainte par corps pût toujours être soumise au deuxième degré de juridiction, lorsque le débiteur le demanderait ; [...] le désistement de l'appel, comme l'acquiescement, soustrait la décision des premiers juges à cette révision, puisqu'il donne au jugement la force de la chose jugée » (CI Paris, 2^e chambre, 14 décembre 1853, *Gazette des tribunaux*, 16 décembre 1853, t. XXVIII, n°8246).

¹⁴³⁵ Loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps, titre III « Dispositions relatives à la contrainte par corps contre les étrangers », article 17 : « La contrainte par corps exercée contre un étranger vertu de jugement pour dette civile ordinaire, ou pour dette commerciale, cessera de plein droit après deux ans, lorsque le montant de la condamnation principale ne s'élèvera pas à cinq cents francs ; après quatre ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à mille francs ; après six ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à trois mille francs ; après huit ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à cinq mille francs ; après dix ans, lorsqu'il ne sera de cinq mille francs et au-dessus. – S'il s'agit d'une dette civile pour laquelle un Français serait soumis à la contrainte par corps, les dispositions de l'article 7 seront applicables aux étrangers, sans que, toutefois, le *minimum* de la contrainte puisse être au-dessous de deux ans. » ; article 18 : « Le débiteur étranger, condamné pour dette commerciale, jouira du bénéfice des articles 4 et 6 de la présente loi. En conséquence, la contrainte par corps ne sera point prononcée contre lui, ou elle cessera dès qu'il aura commencé sa soixante et dixième année. – Il en sera de même à l'égard de l'étranger condamné pour dette civile, le cas de stellionat excepté. – La contrainte par corps ne sera pas prononcée contre les étrangères pour dettes civiles, sauf aussi le cas de stellionat, conformément au premier paragraphe de l'article 2066 du Code civil, qui leur est déclaré applicable. »

¹⁴³⁶ La question de l'étranger est évoquée lors des débats relatifs à l'adoption de la loi de 1848, à l'occasion d'un amendement déposé par le citoyen représentant Philippe Regnard, farouche opposant à la contrainte par corps qu'il juge « contraire à l'ordre public » (DURAND, Hippolyte, *Commentaire de la loi du 13 décembre 1848...*, op. cit., p. 88). Il propose d'assimiler les étrangers aux nationaux « quant aux causes et à la durée de la contrainte par corps », ce qui aurait pour effet de reconnaître l'abrogation du titre III de la loi de 1832 qui leur est consacré et de faire à l'étranger à un sort plus favorable que celui que lui réservait la loi de 1832 (*ibid.*, p. 52). En conséquence du dépôt de cet amendement et d'autres, le projet de loi est renvoyé au comité de législation, qui imagine un article propre à l'étranger rédigé en ces termes : « L'arrestation provisoire d'un étranger ne sera autorisée qu'après que le créancier aura affirmé sous serment : 1° que le débiteur ne possède pas sur le territoire français un établissement de commerce ou des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement de la dette ; 2° qu'il est le point de prendre la fuite. » Mais cet article n'a finalement pas été intégré à la version finale du projet de loi présenté à la Chambre (*ibid.*, p. 114 et suiv.).

pose en principe que « dans tous les cas où la durée de la contrainte par corps n'est pas déterminée par la loi, elle sera fixée par le jugement de condamnation dans les limites de six mois à cinq ans ». Aussi, pour tous les débiteurs étrangers contraints par corps, cet article 12 doit-il être appliqué, de telle sorte qu'ils puissent demander leur élargissement, après six mois de détention effectués au terme d'un jugement qui ne fixe pas le quantum de leur peine ?

Un élément de réponse est fourni dans le rapport fait au nom du comité de législation, présenté le 23 octobre 1848 dans le cadre des débats relatifs au rétablissement du régime de la contrainte par corps. À défaut de dispositions spéciales pour l'étranger et dans l'abrogation des dispositions les concernant et contenues dans la loi de 1832, ce comité est d'avis de considérer que l'étranger doit être placé sous le régime de l'article 12 de la loi en préparation. Ce choix conduit à opérer, pour l'étranger, une réduction de la durée de son incarcération possible : la contrainte doit être prononcée pour un minimum de six mois – en lieu et place de deux ans – et ne peut excéder 5 ans – contre dix années, antérieurement¹⁴³⁷. Néanmoins, cette solution n'étant pas retranscrite dans la loi, le débat peut s'ouvrir devant les juridictions judiciaires, entre tenants d'une application de l'article 12 de la loi de 1848 et défenseurs d'un recours supplétif à la loi de 1832. Ici, le principe s'avère particulièrement discuté dans le ressort de la juridiction d'appel parisienne, qui n'est elle-même pas à l'abri de contradictions entre ses différentes formations.

En 1850, cette question est résolue en faveur d'un débiteur étranger, par un arrêt de la Cour d'appel de Paris. Après neuf mois de détention, cet étranger, condamné par un jugement qui ne fixe pas la durée de sa détention, sollicite le bénéfice de l'article 12. Dans un premier temps, sa demande est rejetée par le Tribunal de la Seine, qui considère que la loi de 1832 demeure applicable aux étrangers – excluant le bénéfice de la disposition favorable de la loi de 1848. Mais, en appel, la cour infirme et prononce la libération immédiate du demandeur, en concluant à l'abrogation de l'article 17 de la loi de 1832 ; une solution que la cour d'appel estime conforme aux débats tenus à la Chambre lors du vote de la loi de 1848 et dont elle rappelle la teneur¹⁴³⁸. Quelques semaines plus tard, appelée à statuer sur la même question, la cour renouvelle sa position. Dans cette nouvelle espèce, elle postule l'application de l'article 12

¹⁴³⁷ *Ibid.*, p. 127.

¹⁴³⁸ L'arrêt de la cour est ainsi motivé : « il résulte des discussions qui ont eu lieu à l'Assemblée nationale sur la loi du 13 décembre 1848, que l'intention du législateur a été, tout en abrogeant le décret du 9 mars, de modifier en toutes matières la rigueur de la contrainte par corps ; [...] si ladite loi ne contient aucun article spécial dans lequel il soit question expressément des débiteurs étrangers, il suit de l'ensemble des dispositions et des paroles prononcées par le rapporteur dans l'Assemblée sur l'article 12, que les prescriptions dudit article, qui limitent l'emprisonnement à la durée de cinq années, pour dettes de toute nature, quelle que soit son importance, sont applicables aux étrangers ; [...] les explications du rapporteur n'ont reçu aucune observation contraire ; [...] ainsi c'est dans ce sens que la loi doit être entendue et appliquée ; ce qui implique l'abrogation de l'article 17 de la loi de 1832 » (CA Paris, 31 janvier 1850, *Gazette des tribunaux*, 1^{er} février 1850, t. XXV, n°7044).

de la loi de 1848, au nom de la bonne conception de la loi¹⁴³⁹ et prend soin d'enrichir sa motivation : la compréhension de « l'intention du législateur » ne procède pas de la seule imagination de la jurisprudence mais est « manifestée dans ce sens par le rapport fait le 23 octobre 1848 à la Chambre des représentants, sans qu'aucune objection ait été produite dans la discussion »¹⁴⁴⁰. La cour puise alors l'évidence de cette solution dans la volonté du législateur dont le sens transparaît des débats tenus à la Chambre.

Néanmoins, avec le renouveau du régime impérial, la Cour de Paris fait évoluer sa doctrine au point que, dans une nouvelle motivation rédigée en 1853, elle conclut à l'exclusion des étrangers du bénéfice des dispositions favorables de la loi de 1848. Cette solution est rendue à l'encontre d'un débiteur étranger, contraint par corps depuis six mois, pour des dettes de nature commerciale, sans que la durée de sa détention soit quantifiée. Le demandeur sollicite l'application de l'article 12 de la loi de 1848, alors qu'il conteste tant l'application de l'article 17 de la loi de 1832 – relatif aux seuls étrangers – qu'il considère abrogé ; que l'article 4 de la loi de 1848 – fixant la durée de la détention pour les débiteurs ayant contracté des dettes commerciales. En première instance, le Tribunal de la Seine refusait déjà sa demande en élargissement, au motif que l'étranger doit en principe rester soumis à l'article 17 de la loi de 1832, faute pour la loi de 1848 de préciser leur régime spécial. Cette argumentation est reprise par la Cour de Paris, dont la motivation est encore une fois confortée par la nature des discussions tenues à la Chambre lors de la discussion de la loi de 1848 : mais, cette fois-ci, elle fait porter à ces discussions un sens différent de celui qu'elle consacrait l'année précédente¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁹ Une idée que la Cour de Paris formule ainsi : « cela résulte du silence de la loi en ce qui touche l'échelle de la durée de la contrainte par corps appliquée aux étrangers, quoique l'article 17 de la loi du 1832 ait statué à cet égard, et qu'une pareille lacune ne peut s'expliquer qu'autant que l'article 12 serait destiné, dans la pensée du législateur, à statuer à l'égard des étrangers comme à tous les cas où la durée de la contrainte n'est pas déterminée par la loi de 1848 » (CA Paris, 4^e chambre, 12 avril 1850, *Gazette des tribunaux*, 6-7 mai 1850, t. XXV, n°7125).

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴⁴¹ L'arrêt établit ainsi que « la loi du 13 décembre 1848, en abrogeant le décret du 9 mars précédent, a remis en vigueur la législation antérieure sur la contrainte par corps dans toutes les dispositions qu'elle ne modifiait pas ; que si elle a modifié dans des titres distincts et correspondant à ceux de la loi du 17 avril 1832 diverses dispositions contenues dans chacun de ces titres, elle garde cependant un silence absolu sur le titre tracé de cette dernière loi, qui renferme les dispositions relatives à la contrainte par corps contre les étrangers ; que l'abrogation de ce titre ayant même été proposée lors de la discussion de la loi du 13 décembre 1848, par un amendement qui avait pour objet d'assimiler les étrangers au nationaux quant aux causes et à la durée de l'emprisonnement, cet amendement n'a pas même été appuyé ; que l'on ne saurait trouver une modification à l'article 17 de la loi du 17 avril 1832 dans l'article 12 de la loi du 13 décembre 1848, article qui modifie l'article 7 de la loi d'avril 1832 quant à la durée de l'emprisonnement en matière civile, comme l'article 4 modifie cette durée en matière commerciale à l'égard des nationaux ; qu'en effet, on ne peut admettre que le législateur ait entendu que cet article, qui donne aux tribunaux la faculté de fixer la durée de la contrainte par corps dans les cas où elle n'est pas déterminée par la loi, recevrait son application à l'égard des étrangers, même lorsqu'il s'agirait de dettes commerciales par eux contractées, puisqu'il a été reconnu et proclamé, lors de la discussion de cette loi, que, pour des dettes de cette nature et par des considérations qui tiennent au crédit commercial et à la nature de la convention, le principe admis dans la loi de 1832, qui ne laisse rien à l'arbitraire du juge, devait être maintenu » (CI Paris, 3^e chambre, 31 décembre 1853, *Gazette des tribunaux*, 4 janvier 1854, t. XXIX, n°8262).

Aussi, non avare en contradictions, la cour rejette-t-elle l'application de l'article 12 au débiteur étranger, au motif que ce résultat conduirait à le placer dans une situation plus favorable que le débiteur français¹⁴⁴², soumis aux conditions plus strictes de l'article 4 de la loi de 1848¹⁴⁴³. Ce préalable admis permet à la cour d'estimer que la loi de 1848, en abrogeant le décret supprimant la contrainte, a réactivé la loi de 1832, qui doit retrouver son empire à l'égard des débiteurs étrangers. Une solution identique, prise par la même cour en 1856, semble confirmer la vigueur ce nouveau principe¹⁴⁴⁴. Mais cette doctrine ne dure pas, tant la juridiction d'appel semble sujette aux variations jurisprudentielles : sa solution soulève en effet des oppositions, notamment de la part du Tribunal civil de la Seine. Une espèce, jugée en 1858 et appelée à faire jurisprudence, peut en administrer la preuve.

En 1858, un dénommé Mano, incarcéré depuis six mois, demande son élargissement, au motif que le jugement a omis de préciser la durée de sa détention et qu'il peut être appelé au bénéfice de l'article 12 de la loi de 1848. Si le tribunal confirme bien l'abrogation complète de la loi de 1832, il rejette pourtant la demande en élargissement : parce qu'il lui fait application, non de l'article 12, mais de l'article 4 de la loi de 1848, qui régit la durée de détention pour dettes commerciales contractées par des débiteurs français. Or, en application de cet article 4 qui détermine la durée d'incarcération au *pro rata* de la dette due, le tribunal répare l'omission du jugement initial et condamne le débiteur étranger à une peine de deux ans d'incarcération¹⁴⁴⁵. Appel est formé contre ce jugement, que la Cour de Paris infirme. La solution retenue en appel conduit à reconnaître partiellement l'argumentation des premiers juges mais, surtout, à changer, pour la Cour d'appel de Paris, de doctrine jurisprudentielle. De même que la juridiction de première instance, la cour rejette l'application de la loi de 1832, désormais considérée comme

¹⁴⁴² L'arrêt se poursuit ainsi : « cette interprétation est encore repoussée par ce motif qu'elle aurait pour résultat de placer les étrangers poursuivis pour dettes commerciales dans des conditions plus favorables que les nationaux eux-mêmes, puisque ceux-ci resteraient soumis, quant à la durée de l'emprisonnement, à la disposition impérieuse de l'article 4, tandis que l'étranger, quelle que fût l'importance de leur dette, pourraient solliciter et obtenir la fixation d'une durée inférieure à celle que les nationaux devraient subir ; qu'il résulte de ce qui précède que la loi de décembre 1848 n'a pas modifié les dispositions de la législation antérieure relatives aux étrangers en matière de contrainte par corps » (*ibid.*).

¹⁴⁴³ Loi du 13 décembre 1848 sur la contrainte par corps, article 4 : « L'emprisonnement pour dette commerciale cessera de plein droit après trois mois, lorsque le montant de la condamnation en principal ne s'élèvera pas à cinq cents francs ; après six mois, lorsqu'il ne s'élèvera pas à mille francs ; après neuf mois, lorsqu'il ne s'élèvera pas à quinze cents francs ; après un an, lorsqu'il ne s'élèvera pas à deux mille francs. – L'augmentation se fera ainsi successivement de trois mois en trois mois pour chaque somme en sus qui ne dépassera pas cinq cents francs, sans pouvoir excéder trois années pour les sommes de six mille francs et au-dessus. »

¹⁴⁴⁴ À l'extrême fin de l'année 1855, la Cour impériale de Paris juge que « la loi du 13 décembre 1848 ne contient aucune disposition relative à la contrainte par corps à l'égard des étrangers ; qu'il résulte des discussions qui ont précédé la promulgation de cette loi qu'elle a eu pour seul objet, en abrogeant le décret du 9 mars précédant, d'atténuer en quelques points les dispositions de la loi générale du 17 avril 1832, cette loi conservant son effet sur tous ceux qui n'avaient pas été l'objet des dispositions explicites de la loi nouvelle ; considérant, d'ailleurs, que l'article 17 de la loi 1832 ayant déterminé l'époque à laquelle devait prendre fin l'exercice de la contrainte par corps à l'égard de l'étranger, le tribunal n'avait pas à déterminer la durée de cette contrainte » (CI Paris, 4^e chambre, 15 décembre 1855, *Gazette des tribunaux*, 2 janvier 1856, t. XXXI, n°8877).

¹⁴⁴⁵ Trib civ. Seine, 26 novembre 1858, *Gazette des tribunaux*, 16 décembre 1858, t. XXXIII, n°9894.

abrogée. Mais elle rejette également l'application de l'article 4 de la loi de 1848 à l'étranger et préfère faire droit à la demande en élargissement du débiteur étranger, en décidant que, en présence d'une omission initiale de la durée de détention, celle-ci doit être fixée, de droit, au minimum de la durée prévue par ledit article 12. Soit une durée d'incarcération de six mois, que le débiteur étranger a déjà effectuée.

Par cet arrêt, la cour écarte ainsi le principe de la libre fixation de la durée d'emprisonnement par le tribunal saisi en contestation de la contrainte par corps : la durée de l'incarcération n'est pas à trouver dans la décision de ce tribunal intervenant ultérieurement mais dans le jugement prononçant l'incarcération qui doit en prévoir toutes les modalités. Pour aboutir à une telle solution, la Cour de Paris, en sa deuxième chambre, s'en réfère à la pensée du législateur, dont :

« on ne comprendrait pas pourquoi, alors qu'il obéissait à un sentiment d'humanité, il aurait exclu les étrangers du bienfait d'une atténuation qu'il étendait jusqu'à la contrainte en matière civile, dont les causes sont fréquemment odieuses ou honteuses »,

alors qu'il pensait la loi de 1848 dans le but :

« d'adoucir le régime créé par la législation antérieure »¹⁴⁴⁶.

Cette nouvelle jurisprudence, dite *Mano*, a pour effet de conduire de nombreux contraints par corps à solliciter, après six mois de détention, leur élargissement, eu égard à la non-fixation par le jugement de condamnation de leur durée d'emprisonnement. Or, sur cette question, les juridictions, voire les chambres, se déchirent.

Dans sa parution du 10 février 1859, la *Gazette des tribunaux* relate deux jugements rendus par deux formations distinctes du Tribunal civil de la Seine. La première chambre fait application de l'article 4 de la loi de 1848, au débiteur étranger dont la durée d'emprisonnement pour dettes commerciales n'était pas déterminée¹⁴⁴⁷. À l'inverse, le même tribunal, sur la même question, décide, en sa deuxième chambre, de faire application de l'article 12 de la loi de 1848, pour prononcer la remise en liberté du détenu¹⁴⁴⁸. Cette seconde solution reprend alors l'argumentation développée par la Cour de Paris, dans l'arrêt rendu quelques jours plus tôt – et relaté ci-dessus. Or, fait plus surprenant encore, ce second jugement est réformé en appel par la première chambre de la Cour de Paris, qui juge différemment de la deuxième chambre : bien qu'elle écarte elle aussi l'application de la loi de 1832, la première chambre retient toutefois

¹⁴⁴⁶ La Cour ajoute « qu'au surplus, ce silence apparent du législateur, pût il autoriser un doute sur son intention, les paroles du rapporteur de la loi, et la faveur due à la liberté, autoriserait à l'interpréter à l'avantage des étrangers » (CI Paris, 2^e chambre, 11 janvier 1859, *Gazette des tribunaux*, 14 janvier 1859, t. XXXIV, n°9919).

¹⁴⁴⁷ Trib. civ. Seine, 1^{ère} chambre, 5 février 1859, *Gazette des tribunaux*, 10 février 1859, t. XXXIV, n°9937.

¹⁴⁴⁸ Trib. civ. Seine, 2^e chambre, 2 février 1859, *Gazette des tribunaux*, 10 février 1859, t. XXXIV, n°9937.

l'application de l'article 4 de la loi de 1848, au motif d'une identité de solution avec celle des débiteurs français, incarcérés pour dette commerciale¹⁴⁴⁹.

Par-là, la première chambre revient à la jurisprudence initiale de la cour d'appel ; bien plus, elle limite, au nom de la volonté du législateur, l'application de l'article 12 de la loi de 1848 aux seules dettes civiles, estimant que l'article 4 doit régir les dettes commerciales de tout débiteur – étranger comme français. Cette architecture est confirmée par une autre solution rendue par la même chambre en février de la même année 1859. Pour parvenir à cette doctrine, la première chambre puise « dans les circonstances qui ont accompagné [la] promulgation » de la loi, « faite dans une pensée générale d'adoucissement de la législation existante ». Cette conclusion procède également d'un raisonnement plus opportun, puisque la chambre conclut que, dans le silence de la loi, « il y a nécessité d'une application qui ne peut être faite qu'en faveur de la liberté »¹⁴⁵⁰.

De ces décisions, il ressort le sentiment que la pensée du législateur révélée par le juge peut donner cours à des solutions disparates et contradictoires ; interrogeant la fiabilité d'un tel mécanisme. Un doute encore renforcé par la circonstance que la Cour de cassation, également saisie de cette question en 1859, entreprenne une voie différente. En l'espèce, une contrainte par corps pour dettes civiles est prononcée, en 1851, contre un homme, sans que le jugement du Tribunal civil d'Arras, ni l'arrêt confirmatif ultérieur de la Cour de Douai n'en fixent la durée. À l'occasion de l'exercice des voies d'exécution de la peine prononcée, le débiteur condamné dénonce la décision comme ne pouvant produire d'effet en matière de contrainte par corps, en l'absence de fixation de sa durée. Saisi de cette difficulté, le tribunal fixe, sur la demande en interprétation de son jugement, la durée de la détention à six mois – une solution confirmée en appel. Le débiteur se pourvoit alors devant la Cour de cassation, qui rejette ses prétentions. Ainsi, en reconnaissant aux juges du fond le pouvoir de fixer *a posteriori*, par une décision interprétative, la durée de la contrainte par corps, la Cour écarte la possibilité d'un élargissement immédiat, comme résultant de la nullité de la décision de la contrainte par corps, de celui qui serait condamné sans mention de la durée de son incarcération. Par-là, la juridiction de cassation inscrit ainsi en faux les raisonnements tenus par la Cour de Paris et rend une juridiction à même de rectifier sa décision pour rendre les conditions de la détention conformes aux précisions de la loi en vigueur¹⁴⁵¹.

En toute hypothèse, ces débats se tarissent avec la promulgation de la loi du 22 juillet 1867 qui, par son article 1^{er}, supprime la contrainte par corps « en matière commerciale, civile

¹⁴⁴⁹ CI Paris, 1^{ère} chambre, 4 mars 1859, *Gazette des tribunaux*, 5 mars 1859, t. XXXIV, n°9962.

¹⁴⁵⁰ CI Paris, 26 février 1859, *Gazette des tribunaux*, 27 février 1859, t. XXXIV, n°9957 ; 28 février-1^{er} mars 1859, t. XXXIV, n°9958.

¹⁴⁵¹ Cour cass., civ., 29 juin 1859, *Dauchez c/ Veuve Dubois*, D. 1859. I. 301.

et contre les étrangers » ; le régime est néanmoins maintenu, par l'article 2, en matière pénale, dont la durée ne peut jamais excéder deux années, au terme de l'article 9.

Ainsi examiné, le recours à l'intention du législateur apparaît comme un mécanisme peu fiable, dont l'utilisation peut être cacophonique, tant les juridictions peuvent manier cet argument pour le brandir dans l'un ou l'autre sens qui, dans telle espèce, leur agréé. Ce constat interroge la pertinence d'un argument volatile et opaque, qui tend à souligner les tâtonnements et contradictions des juridictions judiciaires, cherchant à fixer la juste application de la loi. Bien que cette entreprise apparaisse, à toute époque, périlleuse et bancal, cette circonstance ne conduit pas les juridictions à y renoncer, tant l'argument paraît utile pour conclure leur raisonnement, après avoir épuisé les autres ressorts motivationnels.

À cet égard, les décisions citées présentent presque toutes une même construction : le recours à l'intention du législateur est un argument employé en complément d'autres raisonnements, aux fins d'achever de convaincre du bien-fondé de la décision. Cette construction, qui fait la preuve de la liberté réflexive des juges, compense les défauts d'un argument souvent peu étayé et au maniement controversé. Il apparaît néanmoins que le recours à l'intention du législateur est à l'aune du caractère de la jurisprudence et illustre alors tant sa fragilité que sa force, à un double titre. Parce qu'elle est justement variable, contestable et contestée, la jurisprudence ne peut concurrencer durablement la loi ; d'elle, s'éloigne le spectre d'un empiétement des prérogatives des pouvoirs constitués. Parce qu'elle est un objet perpétuel de confrontations d'opinions, la jurisprudence n'est pas l'apanage d'une seule juridiction mais est le fruit d'une collaboration, qui garantit que personne n'en ait la possession arbitraire – pas même la Cour de cassation – et qu'elle sera toujours adaptée et adaptable. Ce double caractère rassure alors le lecteur qui voit s'égrener les décisions prétendant, sans autre forme de précision, établir l'intention du législateur pour mieux étoffer la loi. Les mêmes inquiétudes ainsi que les mêmes réponses peuvent être faites dès lors que le juge prétend recourir à sa propre conscience pour extraire de la loi son essence.

Sous-section 2. – Le recours à la conscience du juge

« Que les juges portent toujours le livre de la loi entre leurs mains, et l'esprit de la loi dans leur conscience. »

Francis Bacon¹⁴⁵²

La Cour de cassation, la première, semble avoir fait siens ces propos de Francis Bacon ; comme en témoignent ses formulations retenues dans une décision rendue en 1836 à l'occasion d'une demande en séparation de corps, fondée sur l'adultère de l'époux. Par renvoi de l'article 306 du Code civil, qui règle les demandes en séparation de corps sur celles prévues pour le divorce¹⁴⁵³, cette question est régie par l'article 230 du Code civil, qui exige que la concubine soit établie au domicile conjugal pour que l'adultère reconnu de l'époux ouvre la voie à une séparation de corps¹⁴⁵⁴ ; à défaut, l'adultère dit simple – sans installation de la concubine au domicile conjugal – est un fondement insuffisant pour que l'épouse blessée puisse requérir et obtenir la séparation. Pourtant, la Cour de cassation estime qu'en certaines circonstances, l'adultère simple peut devenir une cause de séparation de corps ; une solution qu'elle formule en termes alambiqués :

« si l'article 230 ne permet pas de refuser la séparation quand l'adultère a été accompagné de l'établissement de la concubine dans le domicile conjugal, il ne s'en suit pas que la séparation ne puisse pas être accordée pour d'autres circonstances qui, sans être définies et prévues, peuvent néanmoins présenter un caractère de gravité que la sagesse et la conscience du magistrat doivent apprécier ».

La Cour conclut, par ailleurs, en affirmant que ce « principe de morale », qui avait déjà conduit la cour d'appel à se prononcer dans le même sens, ne contrarie « ni le texte ni l'esprit d'aucune loi »¹⁴⁵⁵. Le raisonnement est certes présenté de telle sorte qu'il n'offense le sens de la loi : en usant de formules négatives, la Cour montre qu'elle autorise une solution qui n'est pas textuellement prohibée. Néanmoins, il en bouscule le fonctionnement : puisque

¹⁴⁵² Cité par FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, op. cit., p. 123.

¹⁴⁵³ Code civil, article 306 : « Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. »

¹⁴⁵⁴ Code civil, article 230 : « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune. »

¹⁴⁵⁵ Cour cass., req., 14 juin 1836, *Gazette des tribunaux*, 27 juin 1836, t. XI, n°3361.

l'argumentation développée conduit à introduire une part de subjectivité en laissant à la « sagesse » et « conscience » du juge le soin d'apprécier les causes d'admission d'une demande en séparation de corps, alors que la loi en détermine limitativement les cas. La motivation de la Cour de cassation pourrait néanmoins s'analyser autrement : en évoquant « un caractère de gravité », la Cour renverrait implicitement à la prévision de l'article 231, qui permet aux époux de solliciter le divorce – ou la séparation de corps – dans l'hypothèse d'injures graves¹⁴⁵⁶.

En l'espèce, l'épouse bafouée aurait souffert d'une injure grave liée à la notoriété connue par la liaison de son mari, rendant admissible la demande en séparation. Mais un tel procédé blesse le sens littéral de la loi, puisqu'elle substitue une cause à l'autre : la reconnaissance d'une injure grave pallie l'inefficience de l'adultère simple pour obtenir une séparation de corps. Or, cela contrevient au sens de l'article 230 qui ne reconnaît pas l'adultère simple de l'époux comme fondement d'une telle demande ; bien plus, cette réflexion conduirait à reconnaître dans tout fait d'adultère une cause de séparation, par le biais de l'injure grave. L'avocat de l'époux, Me Adolphe Crémieux, s'indigne évidemment contre cette démonstration que le ministère public applaudit, en jugeant la solution conforme « à la morale publique et à la sainteté du mariage » et permettant de censurer « un système qui tendrait à favoriser les désordres du mari et à placer l'épouse vertueuse dans la position la plus flétrissante ».

Au demeurant, ce pouvoir, révélé au juge, apparaît de manière toute aussi transparente à la société. La littérature du XIX^e permet de l'attester. Le juge Popinot, habile magistrat balzacien introduit dans *L'Interdiction*, peut être ici convoqué. Le romancier lui fait tenir les propos suivants dans une conversation de boudoir avec la marquise d'Espard :

« nos jugements sont alors déterminés moins par le texte de la loi que par les inspirations de notre conscience »¹⁴⁵⁷.

Ces mots témoignent, dès 1839¹⁴⁵⁸, d'une conception nouvelle, qui confirme l'idée d'un juge épanoui en marge de la loi.

En toute hypothèse, cet exemple illustre un tropisme chez les juges : une tendance à placer leur intégrité et leur probité comme gages d'une recherche honnête et utile visant à déterminer l'esprit profond de la loi. Ce recours est alors présenté non comme un arbitraire mais comme une nécessité pour enrichir les expressions de la loi, qui, à sa lecture, paraît insuffisante, si ce n'est inique. Aussi, pour renforcer la loi, le juge peut-il recourir à sa conscience, laquelle

¹⁴⁵⁶ Code civil, article 231 : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre. »

¹⁴⁵⁷ BALZAC, Honoré (de), *Œuvres complètes, op. cit.*, 1844, t. X, « L'Interdiction », p. 157.

Plus loin, le même affirme : « Le magistrat appartient à tous : il doit tout connaître, il lui faut tout peser » (p. 165).

¹⁴⁵⁸ L'œuvre paraît pour la première fois en 1836. Elle est revue et corrigée dans une nouvelle, et définitive, version parue en 1839. Elle est rééditée en 1844 au sein d'une collection complète (*ibid.*).

se déploie sous la forme de l'équité, souvent accompagnée d'une invocation de la raison humaine. Néanmoins, le recours à l'équité n'est pas sans difficulté, tant le mot même heurte les fondements du système juridique pensé au sortir de la Révolution française. De fait, comment accommoder l'équité, dont l'usage risque d'entretenir l'arbitraire du juge, avec un système plaçant en son centre la loi, dont l'autorité et la rationalité doivent justement prévenir toute prévarication du juge ?

Pour justifier le truchement de l'équité, le juge peut se réfugier derrière les mots de l'exécutif et du législatif, alors qu'il a pu être qualifié de « ministre d'équité »¹⁴⁵⁹ ou, selon l'expression du tribun Jean-Pierre Chazal, d'« arbitre d'équité »¹⁴⁶⁰. La voie de l'équité est même ouverte par le Code civil, qui la sollicite pour régler « le droit d'accession relativement aux choses mobilières »¹⁴⁶¹. Aussi, l'équité, « compagne inséparable de la loi »¹⁴⁶² et qui depuis toujours irrigue la marche du droit¹⁴⁶³, n'est-elle nulle part interdite. Ce silence permet, par interpolation de matières, le déploiement opportun de l'équité dans d'autres matières pour fonder une décision, jusqu'à s'inscrire au cœur de la fonction de juger. Bien que l'équité n'ait pas connu le même succès en France que dans le système anglais voisin¹⁴⁶⁴, la pratique judiciaire montre que le juge ne veut ni, peut-être, ne peut, en faire l'économie – ce que la

¹⁴⁵⁹ La formule apparaissait dans le livre préliminaire au projet de Code civil, qui a disparu de la rédaction finale du code. Le projet consacrait, au sein du livre préliminaire, un titre V relatif à l'application et l'interprétation des lois, dont l'article 11 disposait que « dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive ».

¹⁴⁶⁰ L'expression est prononcée par le tribun Jean-Pierre Chazal à l'occasion d'un discours par lequel il s'exprime, à la séance du 18 frimaire an X (9 décembre 1801), contre le projet de Code civil (FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. VI, p. 75).

¹⁴⁶¹ Code civil, article 565 : « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle. Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières. »

¹⁴⁶² L'expression est de Henri-François d'Aguesseau, qui trace, à l'occasion d'une mercuriale prononcée en 1706, les traits de la *bonne équité* qui, à l'inverse de l'« équité arbitraire », est toujours conforme à l'esprit de la loi. Voici en quels termes s'exprime le chancelier : « Premier objet du législateur, dépositaire de son esprit, compagne inséparable de la loi, l'équité ne peut jamais être contraire à la loi même. Tout ce qui blesse cette équité, véritable source de toutes les lois, ne résiste pas moins à la justice : le législateur l'aurait condamné, s'il l'avait pu prévoir ; et si le magistrat, qui est la loi vivante, peut suppléer alors au silence de la loi morte, ce n'est pas pour combattre la règle, c'est au contraire pour l'accomplir plus parfaitement. Mais cette espèce d'équité, qui n'est autre chose que l'esprit même de la loi, n'est pas celle dont le magistrat ambitieux se déclare le défenseur : il veut établir sa domination, et c'est pour cela qu'il appelle à son secours cette équité arbitraire dont la commode flexibilité reçoit aisément toutes les impressions de la volonté du magistrat. Dangereux instrument de la puissance du juge, hardie à former tous les jours des règles nouvelles, elle se fait, s'il est permis de parler ainsi, une balance particulière, et un poids propre pour chaque cause » (AGUESSEAU, Henri-François (d'), *Discours*, *op. cit.*, t. I, « Neuvième mercuriale, prononcée à la Saint-Martin 1706. L'autorité du magistrat et sa soumission à l'autorité de la loi », p. 228).

¹⁴⁶³ L'équité irriguait déjà le droit romain : « *in omnibus quidem, maxime tamen in iure æquitas spectanda est* » (« en toute chose certes, mais surtout en droit, il faut considérer l'équité », D. 50, 17, 90).

V. BLOQUET, Sylvain, *La loi et son interprétation...*, *op. cit.*, p. 151 et suiv.

¹⁴⁶⁴ V. MILSOM, Stroud Francis Charles, *Historical foundations of the common law*, Londres, Butterworths, 1969, p. 74 et suiv.

doctrine du XIX^e siècle est loin de condamner¹⁴⁶⁵. Ce recours est néanmoins circonscrit à l'hypothèse où le juge ne trouve pas, dans les règles de droit écrit, les ressorts d'un jugement juste. C'est bien le sens que Jean-Pierre Chazal fait porter à son expression de juge comme « arbitre d'équité » : le juge ne doit y recourir que « dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives, à la charge de n'en user que sur des cas particuliers »¹⁴⁶⁶. Les mots du tribun alertent sur un mécanisme dont le maniement doit être entouré de mille précautions, illustrant le caractère périlleux et arbitraire d'un argument dont le bien-fondé repose sur un raisonnement subjectif et peu scientifique. Cette difficulté explique peut-être l'usage parcimonieux de l'équité, qui se rencontre peu dans la matière criminelle, dont les principes directeurs cohabitent difficilement avec une motivation née de considérations extra-légales, simplement fondées sur la morale : certaines formations répressives s'y essaient¹⁴⁶⁷, sans toutefois rencontrer toujours de succès dans cette démarche¹⁴⁶⁸. À l'inverse, les matières civiles offrent davantage d'exemples d'un juge usant de l'équité pour atténuer la rigueur des lois. Si la notion n'apparaît pas toujours sous la plume du juge, les motivations et formulations choisies pallient aisément une omission volontaire, qui témoigne encore de la difficulté d'employer un procédé non

¹⁴⁶⁵ La doctrine du XIX^e siècle use elle-même régulièrement de la notion d'équité, pour apporter une opportune interprétation des lois : v. JAMIN, Christophe, « L'oubli et la science, regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des xix^e et xx^e siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, n°4, 815-827.

¹⁴⁶⁶ L'expression est retenue par le tribun Jean-Pierre Chazal, qui s'exprime contre le projet de Code civil (FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, op. cit., t. VI, p. 75).

¹⁴⁶⁷ Il en est ainsi de la Cour de Paris, saisie de la question de la réhabilitation d'un membre de la garde nationale. Son arrêt est rédigé en ces termes : « l'article 619 du Code d'instruction criminelle, portant que tout condamné à une peine afflictive et infamante pourra être réhabilité, n'est point limitatif ; qu'au contraire, il peut être étendu au condamné à une peine correctionnelle, qui se trouve dans un cas beaucoup plus favorable ; que, si cet article ne parle que des condamnés à des peines afflictives ou infamantes, c'est que les incapacités qui résultaient de ces condamnations étaient les plus graves et souvent perpétuelles ; mais que depuis est intervenue la loi du 22 mars 1831, qui, par son article 13, exclut de la garde nationale le condamné correctionnellement pour certains délits, et établit ainsi une incapacité grave et perpétuelle que le demandeur a intérêt à faire cesser par le moyen égal de la réhabilitation ; qu'il serait injuste de lui refuser une faveur accordée au condamné à une peine afflictive ou infamante » (CR Paris, 11 mai 1838, *Gazette des tribunaux*, 13 mai 1838, t. XIII, n°3954).

¹⁴⁶⁸ En 1838, la Cour royale de Poitiers relaxe un fermier, poursuivi pour avoir pris, à son service, un conscrit réfractaire, en méconnaissance de la prévention prévue par la loi du 21 mars 1832 (article 40). Après la cassation de ce premier arrêt, la juridiction de renvoi, la Cour royale de Bourges, maintient la relaxe, au motif « qu'ainsi, d'après le texte seul de la loi, et en prenant les termes dans leur sens ordinaire et légal, on est conduit à décider que le fait matériel de la prise à gages d'un jeune soldat n'est pas suffisant pour motiver l'application à son auteur des peines portées par l'article 40 de la loi du 21 mars 1832 ; que si, par une fiction d'ordre public, nul n'est censé ignorer la loi, l'effet de cette fiction ne peut s'étendre à ce qui a pu être dit lors de la confection de cette loi ; que le texte seul en est rendu exécutoire et porté à la connaissance des citoyens par la promulgation ; que ce n'est que là qu'ils ont et le devoir et la possibilité de rechercher la règle de leur conduite et qu'il y aurait arbitraire et injustice à vouloir prendre ailleurs qu'à cette source des motifs de les condamner ; considérant qu'au surplus, loin d'être contraire au système du jugement attaqué, les discussions qui ont eu lieu dans les Chambres sur l'article 40 de la loi du 21 mars 1832 lui sont éminemment favorables ; [...] qu'au contraire, la preuve de la bonne foi, si elle devait être mise à la charge de l'inculpé, serait la plupart du temps impossible à fournir, puisqu'elle aurait presque toujours le caractère de preuve négative ». Si le terme d'équité n'apparaît pas clairement, le concept et l'intention apparaissent en filigrane : être conciliant à l'égard d'un prévenu, qui serait incapable d'administrer la preuve requise de sa bonne foi. Indifférente à cet esprit conciliateur, la Cour de cassation casse ce second arrêt, en considérant, conformément aux termes de la loi, que c'est au prévenu d'administrer la preuve de sa bonne foi – sans prendre en compte la difficulté que pourrait éprouver le prévenu à la rapporter (Cour cass., réunies, 2 février 1839, *Gazette des tribunaux*, 6 février 1839, t. XIV, n°4183).

franchement adoubé. En dépit de ces silences volontaires, ces constats mettent à jour une nouvelle réalité : sous les auspices des cours de justice, le proverbe d'Ancien Régime « Dieu nous garde de l'équité des Parlements » n'a plus lieu d'être.

Cette démarche transparaît particulièrement dans les espèces qui mettent en jeu la protection de l'enfant né hors mariage et dits illégitimes. Or, ces enfants, nés d'un commerce illicite ou interdit, bénéficient, dès le début du siècle, d'une certaine clémence de la part des juridictions judiciaires, qui convoquent régulièrement l'équité pour faire un sort plus favorable à ces enfants que la loi malmène. Cette démarche prend deux voies : le juge protège l'enfant illégitime en favorisant, d'une part, son adoption (§1) et, d'autre part, sa légitimation (§2). Pour y parvenir, il apparaît que le juge entreprend un chemin sinueux : il rend des solutions au mépris du sens littéral de la loi tout en arguant recourir à son esprit, que le juge se fait fort de déterminer dans un sens parfois contraire au vœu exprimé par le législateur.

§1. – Adopter un enfant

Dans un titre VII, relatif à la paternité et à la filiation, le Code civil distingue les « enfants légitimes ou nés dans le mariage » (chapitre 1^{er}), des autres. Ces autres enfants peuvent être naturels comme nés hors mariage de parents qui ne sont pas engagés dans une autre union ; adultérins comme nés hors mariage de parents qui sont engagés dans une autre union ; ou, encore, incestueux comme nés de parents liés par des liens familiaux, de sang ou d'alliance. Avec ces distinctions, le Code civil de 1804 peut leur réserver un sort et traitement différents. À côté de l'enfant légitime, qui forme le cœur du statut familial et, partant, de la société, une forme de gradation apparaît entre les autres enfants nés non légitimes : alors qu'une forme de faveur semble gagner les enfants naturels à l'égard desquels sont faits des rapprochements avec les enfants légitimes, à l'inverse, la rigueur et l'opprobre demeurent à l'inverse la règle à l'encontre des enfants nés d'un commerce illicite – adultérins et incestueux –, auxquels peu de droits sont reconnus.

Cette construction du Code de 1804 résulte d'un effort de synthèse entre la période de l'Ancien Régime, qui, à son déclin, est peu clément à l'endroit des enfants nés hors mariages,

et le droit intermédiaire, qui est plus franchement favorable aux enfants naturels¹⁴⁶⁹. De cette réunion de philosophies, naît, au début du XIX^e siècle, un système qui confère aux enfants naturels des droits proches de ceux des enfants légitimes. Sans réaliser une parfaite assimilation entre les deux catégories, le code autorise la reconnaissance des enfants naturels¹⁴⁷⁰, permettant ainsi de leur octroyer, notamment, des droits dans l'hérédité – bien que dans un quantum moindre de ceux ouverts aux enfants légitimes¹⁴⁷¹, sauf à ce qu'ils soient légitimés par mariage subséquent¹⁴⁷². Un interdit demeure néanmoins : la prohibition de la recherche, par l'enfant, de sa paternité¹⁴⁷³ ; à l'égard du père, il ne peut donc que s'agir d'une reconnaissance volontaire.

Ce dispositif légal paraît, en pratique, néanmoins insuffisant, dès lors que certains parents, ayant reconnu leur enfant naturel, cherchent à leur octroyer les mêmes droits dans l'hérédité que des enfants nés légitimes. À cet égard, c'est le recours à l'adoption, une innovation du droit intermédiaire¹⁴⁷⁴ reprise par le code, qui s'impose. Le Code civil consacre un chapitre et dix-huit articles à cette modalité, ouverte « aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes, et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter »¹⁴⁷⁵. Cette faculté ne s'offre cependant qu'à ceux qui ont « dans [la] minorité [de l'adopté] et pendant six ans au moins, fourni des secours et donnés des soins non

¹⁴⁶⁹ À la fin du XVIII^e siècle, le droit intermédiaire tente d'améliorer le sort fait aux enfants naturels, qui ont subi, tout le siècle durant, un recul de leurs droits. La période révolutionnaire alors tente de modifier cet état de fait et de droit, au moyen du principe de l'égalité des droits, nouvellement consacré par Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (article 1^{er}). Celui-ci trouve une résonance dans la loi du 16 prairial an I (4 juin 1793), par laquelle les enfants nés hors mariage, de personnes qui ne seraient pas engagées dans les liens d'une autre union, sont admis à la succession de leurs parents. La Convention franchit un pas supplémentaire en instaurant l'égalité des droits des enfants légitimes et naturels (décret du 12 brumaire an II – 2 novembre 1793) ; une modalité nouvelle à laquelle est donnée un effet rétroactif aux droits ouverts depuis le 14 juillet 1789.

V. LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Le nom : droit et histoire*, Paris, PUF, 1990 ; LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996.

¹⁴⁷⁰ Code civil, article 334 : « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance. »

¹⁴⁷¹ Code civil, article 338 : « L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfants naturels seront réglés au titre des Successions. »

Ce titre consacre un chapitre et onze articles (articles 756-766) au sort de l'enfant naturel. En substance, celui-ci ne peut être fait héritier que s'il a été reconnu (article 756) et n'a, comme droits, que le tiers de la portion héréditaire due à l'enfant légitime, si le parent défunt laisse des descendants légitimes (article 757).

¹⁴⁷² Code civil, article 333 : « Les enfants légitimés par le mariage subséquent, auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. »

¹⁴⁷³ Code civil, article 340 : « La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant. ». À l'inverse, aux termes de l'article 341 du même Code, la recherche de maternité est autorisée : « La recherche de la maternité est admise. – L'enfant qui réclamera sa mère, sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. – Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. »

¹⁴⁷⁴ Décret du 25 janvier 1793, concernant l'adoption de Michel Lepelletier et un monument à élever à sa mémoire.

¹⁴⁷⁵ Code civil, article 343.

ininterrompu » ou « sauvé la vie de l'adoptant »¹⁴⁷⁶ ; avec pour effet, un droit successoral de l'adopté, proche de celui de l'enfant né en mariage, à l'égard de l'adoptant¹⁴⁷⁷.

Cette conséquence favorable conduit des parents à vouloir adopter leurs enfants naturels reconnus ; une action que le Code civil n'interdit pas expressément mais qui contreviendrait néanmoins à l'esprit des dispositions relatives à la reconnaissance de l'enfant naturel. En effet, adopter l'enfant naturel reconnu, c'est lui permettre de bénéficier de droits desquels il était, par la loi, exclu en tant qu'enfant naturel, et auxquels il pourrait prétendre, par l'effet de l'adoption. Ainsi, si autoriser l'adoption de l'enfant naturel reconnu n'est pas, au regard de la lettre du texte, *contra legem*, cette action semble opposée au vœu du législateur, en ce qu'elle permet, par une voie détournée, de conduire à une quasi-légitimation de l'enfant naturel reconnu. En pratique, si cette solution est controversée en doctrine¹⁴⁷⁸, la réponse jurisprudentielle apparaît vite majoritairement favorable à l'enfant naturel¹⁴⁷⁹, résultant de plusieurs considérations. Elle tient, évidemment, à la clarté des termes de la loi, qui n'a pas formellement prohibé une telle pratique¹⁴⁸⁰, et, bien plus encore, à la circonstance que les rédacteurs du Code civil ont rejeté un article visant à interdire l'adoption de l'enfant naturel reconnu¹⁴⁸¹. Mais elle relève, également, de ce que l'enfant naturel reconnu, auquel l'adoption serait refusée, serait placé dans une situation plus défavorable que l'enfant non reconnu ou celui issu d'un commerce illicite caché, qui pourraient, en raison du silence qui les entoure, bénéficier d'une telle adoption. Ainsi, selon la Cour royale de Riom, « il serait tout à la fois inconséquent et injuste de repousser sur ce point les premiers, parce que leur naissance est reconnue, et d'accueillir les seconds, parce

¹⁴⁷⁶ Code civil, article 345.

¹⁴⁷⁷ Code civil, article 350 : « L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant : mais il aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qui y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption ».

¹⁴⁷⁸ V., en faveur de l'adoption de l'enfant naturel, DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français...*, *op. cit.*, t. III, p. 281 et suiv. ; LOCRE, Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon...*, *op. cit.*, t. IV, p. 309 et suiv. ; PROUDHON, Victor, *Traité sur l'état des personnes...*, *op. cit.*, t. II, p. 217 et suiv.

V., *contra*, MALEVILLE, Jacques (de), *Analyse raisonnée...*, *op. cit.*, t. I, p. 305 et suiv. ; LOISEAU, Jean-Simon, *Traité des enfants naturels...*, *op. cit.*, p. 345 et suiv. ; LOISEAU, Jean-Simon, *Appendice au Traité des enfants naturels*, *op. cit.*, p. 10 et suiv.

¹⁴⁷⁹ Dans son *Traité des enfants naturels*, Émile Cadrès relève ainsi, depuis le début du siècle, vingt-quatre arrêts rendus en faveur d'une telle adoption, contre six décisions se prononçant contre (CADRÈS, Émile, *Traité des enfants naturels...*, *op. cit.*, p. 193 et suiv.).

¹⁴⁸⁰ Comme le rappelle la Cour de cassation : « que ni dans ce chapitre ni dans aucune autre partie du Code civil il n'existe de disposition textuelle et formelle qui prohibe l'adoption par leurs père et mère, des enfants naturels reconnus ; que dans l'absence de disposition expresse, on ne peut prononcer l'incapacité des enfants naturels reconnus qu'autant que cette incapacité résulterait virtuellement et par des conséquences rigoureuses et nécessaires, soit des conditions de l'adoption, soit des limites imposées par la loi aux effets de la reconnaissance des enfants naturels » (Cour cass., civ., 28 avril 1841, *Héritiers Boirot c/ Boirot*, S. 1841. I. 273).

¹⁴⁸¹ Un fait que la Cour royale de Douai se fait fort de rappeler : « que, lors de la discussion du projet de loi par le Conseil d'État, on proposa, dans la séance du 14 frimaire an X, un article qui interdisait l'adoption de l'enfant naturel reconnu, mais que cet article fut supprimé ; et on voit, par la discussion qui eut lieu, que la majorité du Conseil d'État, et notamment le chef du gouvernement, ne trouvèrent aucun inconvénient à ne pas admettre la prohibition » (CR Dijon, 30 mars 1844, *Gazette des tribunaux*, 2 juin 1844, t. XIX, n°5343).

que la leur est ignorée »¹⁴⁸². Cette décision est saluée, quelques années plus tard, par la Cour de cassation, qui, appelée, pour la première fois, à trancher cette question, rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Riom. Après avoir rappelé que, nulle part dans le code, « il n'existe de disposition textuelle et formelle qui prohibe l'adoption, par leurs père et mère, des enfants naturels », la Cour estime que :

« l'incapacité qu'on oppose aux enfants naturels reconnus n'existe ni dans la lettre de la loi, ni dans le sens virtuel de ses prescriptions »¹⁴⁸³.

La motivation de la Cour montre que le juge ne se considère pas tenu par les termes de la loi et, plus encore, par ses lacunes : il ne doit pas s'arrêter aux silences de la loi pour refuser d'apporter des solutions innovantes. Bien au contraire, cette motivation place le juge en capacité d'ajouter à la loi, après avoir considéré son système d'ensemble – comme le sous-entend l'incise « ni dans le sens virtuel de ses prescriptions ». De fait, de l'aveu de la Cour de cassation, le régime de l'adoption et le traitement de l'enfant naturel par le Code civil ne s'opposent nullement à reconnaître le droit aux pères et mères de l'enfant naturel reconnu de l'adopter. Cette solution relève, par ailleurs, de la volonté de laver tant l'adoptant que l'adopté de cette faute originelle¹⁴⁸⁴, qui, au demeurant, ne cause qu'un préjudice mineur à l'ordre public¹⁴⁸⁵. La solution inverse pourrait conduire à préférer éviter de procéder à une préalable reconnaissance de l'enfant naturel, au détriment des enfants qui pourraient en bénéficier, pour rendre possible une adoption ultérieure. Un temps, la Cour de cassation a semblé oublier ce risque et revenir sur le principe admis¹⁴⁸⁶ ; mais, non suivie par les cours d'appel dans cette nouvelle appréciation¹⁴⁸⁷, la Cour est revenue au principe d'admission de l'adoption de l'enfant naturel,

¹⁴⁸² CR Riom, 14 mai 1838, *Gazette des tribunaux*, 30 mai 1838, t. XIII, n°3968.

¹⁴⁸³ Cour cass., civ., 28 avril 1841, *Héritiers Boirot c/ Boirot*, S. 1841. I. 273.

¹⁴⁸⁴ Cette considération est portée par la Cour de Montpellier, qui estime qu'une « vie régulière et exempte de reproches succédant à la faute qui préside à la naissance de ces enfants peut rétablir leurs parents en pleine possession de l'estime publique, et que c'est aux juges devant lesquels est portée la demande en adoption à apprécier si par ses mœurs ou sa réputation l'adoptant est digne d'y être admis » (CR Montpellier, 24 avril 1845, *Gazette des tribunaux*, 17 mai 1845, t. XX, n°5629).

¹⁴⁸⁵ En 1845, la Cour royale de Bordeaux précise que « si des moralistes sévères, en se plaçant à l'origine de l'institution, avaient pu s'effrayer des conséquences de l'adoption des enfants naturels reconnus, l'expérience a pu dissiper leurs craintes, d'une part, parce que ces sortes d'adoptions ont été faites généralement pour des cas qui n'ont pu porter atteinte à la morale publique, et ensuite parce qu'elles sont assez rares » (CR Bordeaux, 30 janvier 1845, *Gazette des tribunaux*, 12 février 1845, t. XX, n°5554). Ce constat est, au demeurant, conforté par les statistiques : les adoptions d'enfant naturel ne forment qu'une part infime – moins de 1% – de l'ensemble des adoptions sur le territoire français (v., en ce sens, les éléments statistiques apportés par André Dupin, alors procureur général dans l'affaire *Héritiers Boirot c/ Boirot* citée ci-dessus et jugée devant la Cour de cassation en avril 1841 : S. 1841. I. 286).

¹⁴⁸⁶ Cour cass., civ., 16 mars 1843, *Thoreau c/ Thoreau*, S. 1843. I. 177. Cet arrêt de rejet est rendu contrairement aux conclusions de l'avocat général.

¹⁴⁸⁷ En atteste un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Angers qui infirme le jugement de première instance par lequel l'adoption de l'enfant naturel reconnu par son père a été annulée. Dans son arrêt, la cour retient notamment qu'une telle adoption n'est pas formellement prohibée par la loi et que, par ailleurs, cette solution est conforme à la jurisprudence établie sur ce point depuis plusieurs décennies (CR Angers, 12 juillet 1844, *Gazette des tribunaux*, 5-6 août 1844, t. XIX, n°5394).

V. CADRÈS, Émile, *Traité des enfants naturels...*, op. cit., p. 196 et suiv.

comme l'illustre un arrêt rendu en 1846. Dans cette espèce, la Cour reconnaît, en principe, la non-exclusion de l'enfant naturel du bénéfice de l'adoption, après avoir admis que « le père naturel [est soumis] aux mêmes conditions que les autres adoptants ». Cette solution semble, cependant, plus étayée par la morale que le droit, puisque la Cour reconnaît en conclusion que :

« si on invalidait l'adoption des enfants naturels, par le motif qu'ils ont été reconnus, ce serait compromettre l'avenir de ces enfants, en encourageant les pères à ne pas les reconnaître dans l'espoir de pouvoir les adopter un jour, subordonnant ainsi leur sort à la chance très incertaine de la vie plus ou moins prolongée de leurs parents »¹⁴⁸⁸.

Aussi, la Cour choisit-elle, pour ces enfants naturels reconnus, le droit à l'adoption par leurs parents naturels, consciente que la solution contraire risquerait de faire perdre à l'enfant naturel le bénéfice d'une reconnaissance – possible dès la naissance – au profit d'une hypothétique adoption ultérieure – soumise à conditions, tel que l'entretien de l'adopté pendant six années au moins. Cette réflexion s'impose et conduit la Cour de Paris à autoriser l'adoption de l'enfant naturel reconnu, considérant que « la loi a été généralement appliquée dans ce sens, et qu'on ne pourrait porter atteinte à des adoptions consommées, sans jeter dans les familles une perturbation inattendue, et tromper en quelque sorte la foi publique »¹⁴⁸⁹. Ici, le juge accompagne la loi, pour éviter que, dans ses interstices, des doutes naissent et se résolvent en défaveur de l'enfant, quand bien même son illégitimité serait constatée.

La même faveur faite à l'enfant naturel avait déjà guidé la Cour de cassation dans son interprétation de l'article 334 du Code civil relatif aux modalités de reconnaissance de l'enfant naturel. Alors que la loi prévoit expressément que la reconnaissance doit être faite par acte authentique¹⁴⁹⁰, la Cour en assouplit le principe, en admettant que l'aveu fait par la mère suffit à faire cette reconnaissance. L'un des motifs de cette raison de décider est ainsi conçu :

« la recherche de la maternité étant admise, la loi ne peut pas être aussi sévère par rapport à la reconnaissance de la mère qu'à l'égard de celle du père contre lequel cette recherche est interdite »¹⁴⁹¹.

Cette circonstance justifie alors l'amendement porté à la loi. Ainsi, de ces jurisprudences ressort un même sentiment : un effort d'ensemble pour assouplir les dispositions relatives à l'enfant naturel, à l'égard duquel les juges œuvrent beaucoup afin qu'il ne pâtisse pas des circonstances de sa conception. Ce raisonnement est, au demeurant, porté par la volonté

¹⁴⁸⁸ Cour cass., civ., 1^{er} avril 1846, *Hélaud et al.*, *Bull. civ.*, t. XLVIII, n°39, p. 91. Le même jour, la Cour rend un second arrêt de rejet similaire (Cour cass., civ., 1^{er} avril 1846, *Tourret c/ Casnave*, *Bull. civ.*, t. XLVIII, n°39, p. 95).

¹⁴⁸⁹ CI Paris, 13 mai 1854, *Gazette des tribunaux*, 14 mai 1854, t. XXIX, n°8374.

¹⁴⁹⁰ Code civil, article 334 : « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance. »

¹⁴⁹¹ Cour cass., civ., 22 juin 1813, *Carton c/ Parmentier*, S. 1813. I. 281.

de respecter une forme de logique dans l'appréciation des dispositions relatives aux enfants : selon le juge, la loi n'a pu vouloir défavoriser outre mesure l'enfant naturel reconnu. Aussi, au nom d'une forme de cohérence de la loi, le juge accepte-t-il d'entendre de manière extensive ses dispositions. Une telle construction réflexive permet de voir dans le recours à la conscience du juge, un argument affiché comme objectif : en conscience, le juge opte pour la voie à la fois la plus rationnelle et la plus conforme au vœu du législateur. En précisant les règles relatives à l'adoption, le législateur n'a pu vouloir exclure les enfants naturels reconnus, lesquels seraient alors placés dans une solution défavorable. Aussi, en plaçant cette solution sous le sceau de l'esprit de la loi, le recours à la conscience du juge peut-il être présenté comme un raisonnement dénué de subjectivité. Un raisonnement similaire accompagne le traitement d'enfants à l'origine plus trouble : les enfants nés d'un commerce incestueux et, plus particulièrement, d'une relation entre un beau-frère et une belle-sœur.

§2. – Légitimer un enfant

Le Code civil réserve un traitement plus sévère aux enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux : par principe, leur reconnaissance est interdite¹⁴⁹² ; de même que, par voie de conséquence, toute recherche en paternité et maternité¹⁴⁹³. Pourtant, une mansuétude, toute particulière, est accordée aux enfants nés de certains incestes. Par l'effet de l'article 331 du Code civil, ceux-ci ne peuvent être ni reconnus ni légitimés par l'effet d'un mariage subséquent entre leurs parents¹⁴⁹⁴. Cet article, conjugué à l'article 335 qui rappelle l'interdiction de la reconnaissance au profit des enfants incestueux ou adultérins¹⁴⁹⁵, fait alors un sort distinct aux enfants naturels et aux enfants nés d'un commerce interdit. Néanmoins, cette prohibition paraît, aux juridictions judiciaires, trop sévère à l'égard des enfants nés d'un inceste ; elles cherchent alors à rendre possible leur légitimation, en méconnaissance des prévisions claires du Code

¹⁴⁹² Code civil, article 336 : « La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. »

¹⁴⁹³ Code civil, article 342 : « Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise. »

¹⁴⁹⁴ Code civil, article 331 : « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront également reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration. »

¹⁴⁹⁵ Code civil, article 335 : « Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. »

civil. Si ces enfants subissent, au même titre que les enfants adultérins¹⁴⁹⁶, les conséquences d'un acte dont ils ne sont pas les auteurs, les juges tendent à opérer une distinction entre ces deux formes d'infortune et à favoriser certains enfants nés d'un commerce incestueux, au nom d'une triple considération.

Cette distinction est fondée, tout d'abord, sur la situation matrimoniale des parents : contrairement aux parents adultères, les parents d'un enfant incestueux ne sont souvent pas déjà engagés dans d'autres liens matrimoniaux. L'opprobre est alors moindre que dans l'hypothèse de l'adultère, puisque les parents n'ont pas créé les conditions de leur situation fautive, dont ils peuvent apparaître, à certains égards, comme les victimes. Ainsi, c'est parce que la faute morale des parents est moins grande que les juridictions acceptent d'assouplir le sort qui leur est fait par la loi. Par ailleurs, la distinction opérée entre enfants nés d'un adultère et d'un inceste semble s'inscrire dans la continuité de la pensée même des auteurs du Code civil, qui stigmatisaient davantage les enfants adultérins que ceux incestueux.

Cette idée est retranscrite dans les travaux préparatoires au Code, qui montrent même que les interdictions portées par l'article 331 – interdisant la légitimation par mariage subséquent – ne devaient viser que les enfants adultérins. La mention des enfants incestueux était en effet absente de la rédaction originelle et n'a fait son apparition qu'à la faveur de la réécriture de l'article 335 et, par voie de conséquence, de l'article 331, sous l'égide de Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu¹⁴⁹⁷. Enfin, cette distinction peut trouver racine dans la circonstance que ceux, qui, unis par une parenté, souhaiteraient contracter mariage, peuvent obtenir une dérogation en ce sens. En effet, il peut être dérogé à l'interdiction de principe du mariage entre parents¹⁴⁹⁸, par l'effet d'une dispense accordée par l'exécutif. En 1804, celle-ci n'existait, par l'article 164 du Code civil, qu'au profit de l'oncle et la nièce et de la tante et du neveu¹⁴⁹⁹ ; mais la loi du 16 avril 1832, modifiant l'article 164, a étendu cette faveur à l'union entre un beau-frère et une belle-sœur¹⁵⁰⁰. Cette nouvelle formulation se rapproche de l'état du

¹⁴⁹⁶ À l'endroit des enfants adultérins, la question est, dès le début du siècle, controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence et ne reçoit pas de réponse unanime. Si la Cour de Nancy s'est prononcée contre l'adoption de l'enfant adultérin comme essentiellement immorale et prohibée (CA Nancy, 18 août 1814, *Héritiers Delisle*, S. 1815. II. 209), celle de Rouen admet une telle adoption (CA Rouen, 17 février 1813, reproduit sous S. 1815. II. 213).

V. les termes du débats présentés sous S. 1815. II. 213.

¹⁴⁹⁷ MORILLOT, Léon, *De la condition des enfants nés hors mariage...*, p. 421 et suiv.

¹⁴⁹⁸ Code civil, article 161 : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne. » ; article 162 : « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré. » ; article 163 : « Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. »

¹⁴⁹⁹ Code civil, article 164 : « Néanmoins le Gouvernement pourra, pour des causes graves, lever les prohibitions portées au précédent article. »

¹⁵⁰⁰ Code civil, article 164 (*nouvelle rédaction*) : « Néanmoins, il est loisible au roi de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 162 aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'article 163 aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. »

droit porté par la loi du 20 septembre 1792, relative au mariage, qui ne prohibait que le mariage entre frère et sœur, naturels ou légitimes¹⁵⁰¹ ; et correspond, au fond, à la pratique, antérieure à la Révolution, de l'autorité ecclésiastique qui accordait des dispenses aux beau-frère et belle-sœur¹⁵⁰². Dès lors, la situation de l'enfant incestueux, particulièrement celui né d'un commerce entre un beau-frère et une belle-sœur, se distingue nettement de celui issu d'un adultère : puisque, à l'inverse, le Code civil interdit à l'époux reconnu d'adultère de se marier avec son amant¹⁵⁰³. Puisque, dans le cas de l'adultère, la faute ne peut être réparée par un mariage postérieur, les conséquences de celle-ci semblent devoir s'exercer, par et au-delà les parents, à l'encontre des enfants nés de ce commerce adultérin.

Une différence de nature semble ainsi exister entre commerces incestueux et adultérins, – bien qu'ils soient évoqués de concert dans un certain nombre d'articles du Code – justifiant un traitement différencié. Pour les enfants incestueux, cela signifierait la possibilité d'un relèvement de leur origine fautive – comme conséquence de la dispense obtenue pour contracter mariage. Pourtant, en dépit de ces considérations, la lettre tant de l'article 331 que de l'article 335 demeure formelle : les enfants nés d'un commerce incestueux ne peuvent être ni reconnus ni légitimés. N'en déplaise au législateur, les juges font progressivement fi de cette impérativité, au nom d'une forme d'équité, qui s'établit en faveur de l'enfant.

Un temps, les juges judiciaires semblent, pourtant, refuser à l'enfant, né alors que le commerce entre ses parents était encore considéré comme incestueux, le bénéfice de la légitimation, comme conséquence du fait de la dispense obtenue par ses parents pour contracter mariage. C'est au nom de cette considération que la Cour royale d'Orléans décide, en 1833, que la dispense ultérieure ne permet ni de légitimer l'enfant né antérieurement ni « d'effacer la tâche que la naissance incestueuse a imprimée sur les enfants nés antérieurement »¹⁵⁰⁴. Néanmoins, la suite du siècle est émaillée de décisions plus favorables aux enfants incestueux, dont les parents, qu'ils soient beau-frère et belle-sœur ou oncle et nièce, bénéficiant d'une dispense. Il en est ainsi d'un arrêt rendu par la Cour royale de Grenoble en 1838, qui, réformant le jugement de première instance, fait droit à une demande en légitimation par mariage subséquent d'un enfant incestueux. Pour juger en ce sens, la cour avance une motivation principale : la continuité du droit. La légitimation subséquente était autorisée sous l'ancien droit ; et le Code civil, n'ayant pas innové à cet égard, est réputé avoir maintenu par son silence cet état du droit. Une

¹⁵⁰¹ Loi du 20 septembre 1792, titre IV « Mariages », section I^{re} « Qualités et conditions requises pour contracter mariage », article 11 : « Le mariage est prohibé entre les parents naturels et légitimes en ligne directe, entre les alliés dans cette ligne, et entre le frère et la sœur. »

¹⁵⁰² DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, op. cit., t. XXXII, p. 149.

¹⁵⁰³ Code civil, article 298 : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. La femme adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années. »

¹⁵⁰⁴ CR Orléans, 25 avril 1833, *Godeay c/ Le maire de Briare*, S. 1833. II. 322.

analyse confirmée, selon la cour, par « la lecture des discours des orateurs du gouvernement chargés de présenter la loi au Corps législatif, et par l'opinion de M. de Malleville (*sic*), qui a puissamment concouru à sa rédaction ». La cour conclut enfin par ces considérations :

« toutes les raisons puisées dans la morale, la paix et l'union des familles concourent à repousser une interprétation différente de la loi ; qu'il répugne à la raison de voir des enfants nés d'un même père et d'une même mère contester à leur frère le bienfait de la légitimation ; qu'il répugne à la morale de voir des enfants issus des mêmes père et mère, élevés sous le même toit, assis à la même table, former deux familles distinctes »¹⁵⁰⁵.

Sous la plume de la Cour de Grenoble, une forme d'équité, dont la logique semble s'imposer ici au juge, apparaît, qui conduit à privilégier l'intérêt de l'enfant et de ne pas le priver d'un sort plus favorable. Au demeurant, comme le révèle le rédacteur de la *Gazette des tribunaux* rapportant cette espèce, des propositions de lois ont été déposées pour clarifier cette question et mettre « un terme aux déplorables variations de la jurisprudence »¹⁵⁰⁶, sans grand succès à l'heure où cet arrêt est rendu.

Quelques décennies plus tard, la Cour impériale d'Amiens, se prévalant de justice et de raison, ne dit pas autre chose : « il serait injuste et illogique de faire retomber sur les enfants les conséquences d'une faute n'ayant d'autre origine qu'une prohibition qui, en cessant par le bienfait des dispenses, fait disparaître la faute elle-même ». Bien plus, elle s'en remet à la volonté du législateur pour achever sa démonstration :

« le législateur ne peut pas avoir voulu que les enfants issus du même père et de la même mère fussent, selon la date de leur naissance, les uns incestueux et flétris par la loi, et les autres jouissant des avantages et de la faveur de la légitimité »¹⁵⁰⁷.

La dérogation à la loi paraît impérieuse et fondée sur la logique : dès lors que le mariage entre alliés est possible, la légitimation des enfants nés antérieurement à cette union doit l'être également. Cela s'impose pour deux raisons. Il s'agit, d'une part, de ne pas rendre plus défavorable la situation de l'enfant né de l'inceste que celle des auteurs de la faute – les parents – qui pourraient être relevés de l'interdiction et contracter mariage grâce à une dispense. Il s'agit, d'autre part, de ne pas créer une différence de traitement, nécessairement préjudiciable, entre les enfants nés avant l'obtention de la dispense pour mariage que ceux nés après celle-ci. C'est la somme de ces considérations qui ont prévalu pour conduire la Cour de cassation à atténuer, *in fine*, la portée de l'article 331 du Code civil. Cette lecture est rappelée avec vigueur

¹⁵⁰⁵ CR Grenoble, 8 mars 1838, *Gazette des tribunaux*, 6 avril 1838, t. XIII, n°3922.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*

¹⁵⁰⁷ CI Amiens, 14 janvier 1864, *Gazette des tribunaux*, 20 janvier 1864, t. XXXIX, n°11469.

par la Cour : par trois arrêts identiques, elle casse des décisions d'appel ayant statué défavorablement à l'endroit de ces enfants. L'un de ces arrêts est rendu sur un pourvoi dirigé contre une décision de la Cour de Douai : elle doit déterminer le sort d'enfants nés d'un commerce entre un beau-frère et une belle-sœur, qui ont obtenu une dispense et ont des enfants nés postérieurement à ce mariage. Une différence de situation s'établit entre les uns, qui, nés antérieurement, ne seraient pas admis à la légitimation par mariage subséquent, et les autres, qui, nés postérieurement au mariage, sont légitimes. Cassant l'arrêt d'appel, la Cour reconnaît en préambule le « principe de haute moralité », posé par l'article 331, dont, toutefois, « il ne faut pas exagérer les conséquences ». Cette considération ouvre la voie à un traitement différencié pour les enfants adultérins et incestueux, fondée sur la seule morale :

« qu'on objecte encore que cette interprétation est contraire à l'article 331, qui a pour but de conserver intacte la pureté des relations de famille ; mais que cet intérêt est protégé bien mieux par la sévérité que le gouvernement apporte dans l'octroi des dispenses, que par le refus qu'on ferait d'appliquer à un mariage qu'il a permis l'un de ses effets les plus salutaires »¹⁵⁰⁸.

En faisant prévaloir l'intérêt des premiers enfants nés, la Cour espère, dans la lignée du « le législateur[, qui avait] voulu réhabiliter les auteurs de la honte », « effacer la tâche qui en est résultée pour ceux qui lui doivent l'existence » et ainsi faire cesser « des causes incessantes de division ». À la rigueur des textes, la Cour de cassation choisit ainsi l'intérêt de l'enfant et renvoie, au fond, la responsabilité de l'honneur familial et de l'ordre social, à la charge de l'exécutif et du législatif. Désignée juridiction de renvoi, la Cour de Paris se conforme à cette interprétation de la loi, en rappelant combien :

« cette interprétation du texte est conforme à l'esprit de la loi ».

La juridiction de renvoi prend également soin de compléter cette solution, par une réflexion superfétatoire, relevant là aussi de l'équité : « cette distinction, qui permet d'effacer la faute des parents et de leur faire une situation légale et honorée, arriverait à une véritable iniquité si elle n'était pas étendue aux enfants ; qu'il se ferait ainsi que l'application de la loi pourrait être plus sévère pour eux, qui sont innocents de la faute, que pour ceux qui l'ont commise »¹⁵⁰⁹.

Cette lecture de la loi ne pouvait rester sans réponse du législateur, qui ne pouvait que condamner cette jurisprudence et en réitérant formellement l'interdiction ; ou renoncer à la qualification de relation incestueuse à l'égard du commerce entre un beau-frère et une belle-sœur. C'est la seconde voie qui a été choisie, puisque cette relation n'est, aujourd'hui, plus mentionnée par le Code. Par ailleurs, de ces décisions, émerge l'idée d'un intérêt de

¹⁵⁰⁸ Cour cass., civ., 22 janvier 1867, *Gazette des tribunaux*, 31 janvier 1867, t. XLII, n°12410.

¹⁵⁰⁹ CI Paris, 20 juillet 1867, *Gazette des tribunaux*, 27 juillet 1867, t. XLII, n°12561.

l'enfant, qui doit conclure, parfois, à la torsion des textes de la loi. C'est ce souci, qui, plus tard, permettra à la Cour de cassation d'élaborer une théorie nouvelle relative à la légitimité de l'enfant. Alors que l'article 312, portant que « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari », conduisait à retenir la théorie de la conception de l'enfant pendant le mariage, pour en déduire la légitimité, la Cour décide, « dans l'intérêt de l'enfant », que « l'enfant né pendant le mariage est légitime »¹⁵¹⁰, inaugurant une jurisprudence nouvelle, qui aura pour résonance la réécriture de l'article 312, qui porte, de nos jours, que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». L'impérativité de la loi cède ici le pas derrière l'exigence de trouver une solution, juste et, au fond, équitable.

La question difficile du statut des enfants illégitimes, qui n'est pas nouvelle, montre que leur traitement évolue avec la société elle-même. Quand le juge se saisit de cette question, il réalise une adaptation *subjective* de la loi : il tempère le droit positif pour lui permettre de mieux concorder avec les mœurs. Ici, la modulation de la loi découle, non du constat d'un vide juridique, mais de la volonté du juge d'adapter un système de législation complet mais estimé désuet. Par-là, le juge témoigne d'une grande indépendance à l'égard des textes, en jugeant au gré de sa conscience et au-delà des expressions littérales de la loi ; une approche qui s'inscrit dans une démarche plus globale. Loin d'être un épiphénomène, le traitement jurisprudentiel des enfants illégitimes illustre un juge à la recherche d'un objectif commun à de nombreuses autres matières : protéger celle qui serait une *partie faible*. Pour cela, le juge n'hésite pas à recourir à des arguments extra-légaux, voire extra-juridiques, pour équilibrer la loi dans un sens favorable à cette *partie faible*, tout en présentant l'assouplissement opéré comme conforme au sens profond de la disposition légale. Cette quête met en lumière un juge enclin à mêler les procédés rhétoriques pour renforcer l'autorité de sa motivation et convaincre du bien-fondé d'une décision pouvant entrer dans une contradiction ontologique avec la loi.

¹⁵¹⁰ Cour cass., réunies, 8 mars 1939, *Veuve Héranval c/ Charles et la Cie d'assurances La Flandre*, D. 1941. II. 25.

Conclusion

L'étude de la pratique judiciaire permet de mettre à jour une palette de mécanismes, mêlant rhétorique et réflexion juridique, créés par le juge pour ajuster la loi aux besoins des espèces portées devant lui. Qu'il s'agisse de l'argument de la généralité de la loi ou de la recherche de l'intention du législateur, ces techniques sont sollicitées, au fil du siècle, par les juridictions de tous degrés et dans tous les domaines du droit – élections, jeux d'argent, propriété artistique, violences. Ce constat confirme l'idée d'un interventionnisme protéiforme et diffus du juge, qui cherche au-delà du verbe de la loi à déterminer sa *ratio legis*. À cet égard, il convient de rappeler que les exemples pourraient être encore multipliés, tant ces techniques se retrouvent dans tous les secteurs du droit. À ce titre, le droit pénal ne fait exception, tant s'en faut : en dépit du principe de légalité, le juge tente régulièrement d'aménager la loi pénale, souvent avec succès. Il s'est agi ici de mettre en lumière – au terme d'une sélection guidée par l'analyse de la *Gazette des tribunaux* – des contentieux emblématiques du XIX^e siècle, dont la profusion, le traitement législatif et la réception doctrinale ont paru suffisamment intéressants pour justifier leur présentation. C'est le même constat qui a guidé le choix des techniques présentées, puisque l'objectif n'était pas ici de faire le récit exhaustif des mécanismes innovants à disposition du juge, tant ses ressources rhétoriques pour accommoder la loi semblent nombreuses. Au demeurant, multiplier les démonstrations aboutirait à une même conclusion : celui de l'enrichissement, continu et inévitable, de la loi par le juge, dont le langage audacieux est la meilleure preuve de l'indépendance conquise.

La recherche de l'esprit de la loi semblait, à première vue, renvoyer à un examen non clairement borné, par lequel le juge pourrait fixer à loisir la teneur de cet *esprit* – une notion abstraite – en suivant une logique qui lui est propre. Les exemples rapportés ci-dessus ont néanmoins montré qu'il n'en était rien : quand le juge étend la faculté d'adoption d'un parent naturel, il veille à couler son analyse sous les auspices tant de la loi que de ce qui est juste. Une formulation opportune pour éloigner le spectre d'un arbitraire dans son raisonnement. Ainsi, si les espèces rapportées ont montré un argument malléable, dont l'usage peut entretenir de graves conflits jurisprudentiels, au péril de l'intelligibilité du droit, elles montrent aussi un effort des juges de placer leurs solutions sous le respect d'un certain sens commun, en prenant garde de retenir l'explication la plus plausible et logique. Une attitude qui, sans diminuer le pouvoir créateur du juge, témoigne d'une volonté de placer les décisions rendues sous le signe de la rationalité. Aussi, en débusquant l'*esprit* de la loi, le juge n'offre-t-il pas toujours la preuve d'un raisonnement placé sans bornage possible. À l'inverse, l'examen des *termes* de la loi

charrierait l'idée d'une mission mieux encadrée, parce que guidée par la définition légale des mots employés par la loi, qui briderait la réflexion du juge et empêcherait la consécration d'interprétations originales. Mais ce sentiment est contredit par la jurisprudence elle-même : tant s'en faut, dans l'explication des *termes* de la loi, le juge manifeste souvent son audace, en acceptant d'altérer les termes de la loi, en dépit et au-delà de leur sens littéral. L'adaptation du régime de la séparation de corps en est un exemple saisissant.

Par ailleurs, les techniques rapportées ci-dessus ont cela de commun qu'elles prennent pour appui un même fondement : la loi. Si, parfois, la solution jurisprudentielle retenue s'éloigne quelque peu du sens littéral premier de la loi, celle-ci demeure la guide du raisonnement du juge qui cherche, tant que faire se peut, à remplir l'objectif par elle poursuivie. Aussi, en usant de ces techniques, le juge ne fait-il qu'accompagner la loi, sans réellement la concurrencer, ni chercher à élaborer sa réflexion à partir d'autres sources. De ce point de vue, le juge paraît intervenir ici d'une manière simplement *præter legem*, dans une sorte de rôle minimal qu'il exerce au gré des espaces de liberté ou d'incertitude laissés par la loi. Cette modération explique, peut-être, que les innovations jurisprudentielles ici rapportées sont si souvent reprises dans la loi ; de même, cette modération permet d'ancrer la solution jurisprudentielle dans un scrupuleux respect du légicentrisme, qui tend alors à la rendre plus acceptable.

Ces constats illustrent l'ambivalence de l'office du juge, que le chancelier Henri-François d'Aguesseau exprimait déjà en son temps : les juges doivent parvenir à n'être ni des « esclaves de la lettre qui tue, [qui] sont sévères jusqu'à la rigueur », ni des « amateurs de cet esprit de liberté qui donne la mort à la loi même, [qui] portent l'indulgence jusqu'au relâchement »¹⁵¹¹, puisqu'il ne faut pas « perdre de vue qu'en recherchant l'esprit de la loi, on ne doit se proposer que d'en éclaircir le texte, et non pas d'en préparer l'inexécution »¹⁵¹². Le juge doit alors se livrer à une sorte de « prestidigitation »¹⁵¹³ pour présenter comme naturelles, les conséquences nouvelles qu'il apporte à des lois figées. Néanmoins, en d'autres circonstances, cette mission conduit le juge, dans une forme de volontarisme législatif, à dépasser la loi et exprimer une indépendance fonctionnelle, plus audacieuse et explicite, pour aller jusqu'à concourir à la façon du droit. C'est l'objet du second chapitre.

¹⁵¹¹ AGUESSEAU, Henri-François (d'), *Discours*, *op. cit.*, t. I, « Septième mercuriale, prononcée à la Saint-Martin 1704. De l'Esprit et de la science », p. 217.

¹⁵¹² KRYNEN, Jacques, *L'état de justice...*, *op. cit.*, t. II, p. 139.

¹⁵¹³ Le terme est attribué au Professeur Édouard Lambert (CRUET, Jean, *La vie du droit...*, *op. cit.*, p. 55).

– CHAPITRE 2 –

UNE INDEPENDANCE FONCTIONNELLE DECOMPLEXEE : LA FAÇON DU DROIT

« Messieurs, une ère nouvelle se prépare pour la jurisprudence ! [...] Vous pouvez beaucoup sur les esprits, en portant vous-mêmes, surtout dans ces arrêts solennels qui deviennent *la loi de la cause*, des décisions si justes et si habilement conçues, qu’elles soient acceptées partout comme *la raison écrite* du droit, et le complément le plus certain de la législation. »

André Dupin, *Discours de rentrée de 1839*¹⁵¹⁴

Le procureur général André Dupin lance, par ces mots tenus devant la Cour de cassation en 1839, un appel à ses pairs : une fois le constat de l’inflation des contentieux dressé, il invite le juge à sortir de la réserve que commande naturellement son office, pour rendre au droit, par la force de sa jurisprudence, toute son autorité. Selon André Dupin, le juge peut désormais endosser un rôle pivot dans l’arsenal normatif en façonnant la pensée juridique collective, par l’exercice d’un pouvoir créateur, supplétif, dans la motivation de ses décisions.

Force est de constater, au XIX^e siècle, que cet appel a été entendu de toutes les juridictions judiciaires : que cette faculté leur ait été révélée avant ce discours ou qu’elles en prennent seulement conscience, les juridictions s’accoutument à ce pouvoir exorbitant en l’exerçant, habituellement, continuellement. Ce rôle trouve son explication dans deux facteurs. Le premier tient à l’injonction portée en l’article 4 du Code civil, qui interdit au juge de refuser l’exercice de son office sous prétexte de l’obscurité ou l’insuffisance des lois. Le second facteur n’est pas lié à une carence positive des lois mais découle d’une forme de fatalité : l’impossibilité pour la loi écrite de consigner tout le droit. Les codes n’y font pas exception. Leur désuétude est vraisemblablement accentuée par le respect dont ils sont entourés, alimentant le refus de les

¹⁵¹⁴ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, *op. cit.*, t. I, 1815-1851, « Procès-verbal de rentrée de la Cour de cassation, du 4 novembre 1839. Discours de Dupin Aîné », p. 44.

suppléer en dépit de lacunes avérées. Étonnamment, la filiation napoléonienne des codes ne les empêche pas de perdurer et d'être, tout au long du siècle, considérés avec révérence par les régimes successifs. La Restauration et la Monarchie de Juillet n'y font pas exception et recueillent cet héritage ambigu : la monarchie retrouvée ne peut ni ne veut se défaire de l'œuvre impériale. À l'image du Code civil, qui, à l'exception notable de l'amputation du chapitre relatif au divorce dès 1817, se maintient en l'état tout le siècle durant¹⁵¹⁵. Il apparaît cependant que cet idéal se heurte à deux réalités : l'usure naturelle des codes et le zèle infatigable du juge. Ces deux éléments conduisent à la remise en cause permanente des codifications, et plus généralement des lois, pour assurer leur adaptation.

Il convient de reconnaître que si le législateur se montre révérencieux à l'égard des codes, le juge n'est pas toujours empreint de la même posture et manifeste une grande liberté dans le maniement des dispositions légales. Or, sa hardiesse rejaillit sur tous les domaines du droit, dès lors qu'il veille à ce que l'esprit des lois coïncide avec les temps et ne cesse d'être à l'image des conditions de naissance des codes – un compromis¹⁵¹⁶. Au demeurant, cette vocation du juge n'est pas toujours condamnée, tant elle permet d'entretenir la vitalité du droit¹⁵¹⁷.

Mais ce rôle innovant impose une nouvelle donne : la loi, pourtant placée à l'épicentre de l'architecture juridique, doit cohabiter avec la conscience du juge de pouvoir la moduler et lui apporter un supplément qui fait corps avec elle. Dans cette perspective, la façon de la loi et, plus largement, du droit sous l'action du juge apparaît réductible à une alternative : le juge peut façonner le droit tantôt en le complétant, tantôt en l'abrégeant. La première hypothèse renvoie à la création de jurisprudences comme sources nouvelles du droit et supplétives des lois. Le développement de principes jurisprudentiels permet de résoudre des conflits inédits, conduisant à imposer la jurisprudence comme une œuvre créatrice apte à panser la loi, jusqu'à chercher à en égaliser les effets pour préserver tant la cohérence que la pertinence du droit (*Section 1*). La seconde hypothèse renvoie à la déclaration d'abrogation des lois par l'autorité judiciaire. Par cette faculté, le juge s'érige en arbitre des lois, chargé d'accorder l'ensemble du droit (*Section 2*).

À l'aune de ces constats, ce chapitre doit inviter à réévaluer tant la place de la loi – prétendument hégémonique – que l'autorité de la jurisprudence – jugée tantôt impossible, tantôt capricieuse – au XIX^e siècle. En suppléant ou en abrogeant la loi, le juge manifeste un pouvoir

¹⁵¹⁵ V. CARBONNIER, Jean, « En l'année 1817 », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, *op. cit.*

¹⁵¹⁶ V. CARBONNIER, Jean, « Le Code civil des Français dans la mémoire collective », *loc. cit.*, p. 1048 et suiv.

¹⁵¹⁷ C'est au moins la conviction de Georges Ripert. Dans les propos introductifs de sa thèse consacrée au droit de propriété, il rappelle le rôle de « miroir vivant » de la jurisprudence qui « peut nous fournir la solution du problème [des cas infiniment variés qui peuvent se présenter], et le plus souvent la solution vraie, parce qu'elle répond aux besoins de l'époque » (RIPERT, Georges, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, Arthur Rousseau, 1902, p. 3).

certes variable et faillible mais indéniablement correctif, voire créateur. Il s'agit, alors, d'interroger le rapport du juge à sa propre jurisprudence, indépendamment de ce que la doctrine a pu envisager, pour comprendre comme le juge se perçoit et, s'il exerce consciemment ce nouveau rôle, dans quel dessein il s'y livre.

– Section 1 –

Pallier la loi

« Un bon arrêt dispense d’une réforme »

Gérard Cornu, « La jurisprudence aujourd’hui, libres propos sur une institution controversée »¹⁵¹⁸

À la lecture des décisions de justice au XIX^e siècle, une tendance récurrente fait jour : le juge ne se contente plus de motiver ses solutions sur le fondement de la seule loi mais il pallie régulièrement les carences, réelles ou supposées, de la loi par le recours à sa propre jurisprudence. Il ne s’agit plus de recourir à des mécanismes utiles à la découverte du sens des termes ou de l’esprit de la loi mais plutôt d’invoquer un principe prétorien, soit le recours par le juge à une jurisprudence certaine et constante dont l’invocation vaut fondement suffisant pour emporter son raisonnement. À telle enseigne que cette motivation concurrence progressivement la loi : le juge convoque la jurisprudence aux côtés de la loi – voir parfois en lieu et place de la loi –, jusqu’à prétendre faire jeu égal avec elle en emportant des conséquences similaires à elle. En ce sens, la mission juridictionnelle n’apparaît plus seulement comme une activité subordonnée à la loi : délié, le juge porte si haut son indépendance fonctionnelle qu’il en est conduit à développer des principes prétoriens aptes à panser la loi.

Cette section ne vise pas à déclarer la jurisprudence omnipotente : celle-ci ne peut être mobilisée en toutes circonstances pour adapter la loi ou en contrarier le vœu. Cependant, son usage illustre une tentative du juge de trouver, ailleurs que dans la base légale, le fondement de ses solutions. Il s’agit alors, dans un premier temps, de partir à la recherche des circonstances qui ont permis la création et le développement de principes jurisprudentiels (*Sous-section 1*) ; pour apprécier, dans un second temps, l’autorité de l’argument jurisprudentiel (*Sous-section 2*). À la lumière d’une étude sémantique concrète, cette section propose alors d’analyser le langage du juge, pour comprendre l’émergence de cet ersatz normatif, perçu au XIX^e siècle comme une « hérésie »¹⁵¹⁹ et pourtant développé par et pour le juge. Au-delà de la variabilité, avérée, de la

¹⁵¹⁸ CORNU, Gérard, « La jurisprudence aujourd’hui, libres propos sur une institution controversée », *loc. cit.*, p. 343.

¹⁵¹⁹ ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 3.

jurisprudence, il s'agit alors d'interroger non seulement l'autorité des décisions jurisprudentielles – la solution adoptée – mais encore l'autorité de l'interprétation rendue par le juge – la motivation qui l'a conduit à trancher en ce sens –, alors que la conception du droit au XIX^e siècle s'oppose à y attacher la valeur d'un précédent.

Sous-section 1. – De la création de la jurisprudence

L'acte juridictionnel est essentiellement un acte de déclaration de droit : il s'agit de résoudre un contentieux par l'extinction des contestations portées par les parties, en attribuant à chacun son dû¹⁵²⁰. En raison de la portée limitée de l'autorité de chose jugée, les décisions de justice ne sont pas conçues comme des actes de création de droit. Pourtant, tant la réflexion que le langage du juge témoignent d'une réalité différente : régulièrement, le juge recourt à des principes d'origine prétorienne, présentés comme le fondement de sa motivation. Un procédé qui indique assez que dans le raisonnement syllogistique du juge, la jurisprudence concurrence la loi. Sous ce prisme, le juge se découvre un pouvoir normatif : celui de créer non des règles individuelles mais des normes à la vocation plus générale et dépassant la seule résolution d'une espèce. Pour cela, encore faut-il que la jurisprudence puisse se former.

La jurisprudence naît d'un agrégat de plusieurs décisions, concordantes, rendues habituellement pendant une certaine période. En ce sens, une solution isolée est peu susceptible de former jurisprudence, quand bien même elle serait échue par la Cour de cassation. Il faut alors un faisceau de solutions, qui, sur un temps plus ou moins long, permet de faire fleurir une jurisprudence certaine¹⁵²¹. Pour parvenir à ce phénomène d'imitation des juridictions entre elles, premier jalon d'un esprit de corps et d'une jurisprudence concertée, il faut cependant que les cours de justice disposent concrètement des moyens d'accéder aux décisions rendues par leurs pairs, pour pouvoir en reproduire le substrat. C'est alors l'accessibilité des décisions de justice qui conditionne tant l'essor de la jurisprudence et sa consécration comme fondement motivationnel, que le développement d'un ordre judiciaire coordonné et véritable source de droits. Cet obstacle a pu être franchi grâce au concours de la loi elle-même, qui a posé, à l'égard des décisions de justice, une obligation fondamentale : l'exigence de motivation des décisions de justice (§I). Concomitamment, l'étude des décisions de justice sur plusieurs décennies fait

¹⁵²⁰ Selon la maxime d'Ulpien : « *suum cuique tribuere* » (D. 1, 1, 10).

¹⁵²¹ V. CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° *Jurisprudence*, p. 593-594.

apparaître une tendance : les juridictions de tous ordres œuvrent à s'approprier la loi (§2) ; une démarche préalable nécessaire pour permettre de sceller la complétion de la loi par la jurisprudence (§3).

§1. – La motivation des décisions

L'exigence de motivation, qui a pour corolaire le principe de publicité des décisions de justice, trouve son origine dans les débats tenus lors de la Révolution française. Ces deux principes sont d'abord pensés comme des garanties contre des décisions *contra legem* usurpatrices de la fonction législative, en obligeant le juge à présenter les ressorts ayant guidé son dispositif. Plus particulièrement, l'exigence de motivation, inscrite dans la loi des 16-24 août 1790¹⁵²² et reprise par certaines constitutions ultérieures consacrant suffisamment d'articles au pouvoir judiciaire¹⁵²³ s'explique par un mimétisme de la règle légale. La loi doit toujours être accompagnée d'un exposé des motifs, conçu dans un « double objectif : l'allégeance de la loi à des principes supérieurs et un désir d'effective application »¹⁵²⁴. Or, les décisions de justice, par reproduction de ces mêmes objectifs, doivent se conformer à l'exigence de motivation pour mieux « soumettre la justice aux entités gouvernantes »¹⁵²⁵ et confirmer que la solution rendue résulte de considérations respectant effectivement le vœu de la loi. Dans cette optique, la motivation est moins pensée comme un instrument de correction des carences de la loi qu'un moyen de renforcer la subordination de la justice, en contrôlant sa réflexion dans l'application de la loi. Cette obligation, d'abord pensée pour les juridictions d'appel, a été

¹⁵²² Loi des 16-24 août 1790 relative l'organisation judiciaire, titre V « Des juges d'appel », article 15 : « La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes. – Dans la première, les noms et les qualités des parties seront énoncés. – Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision. – Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés. – La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement. »

¹⁵²³ Ainsi, la Constitution du 24 juin 1793 oblige, en son article 94, les juges à motiver leurs décisions en matière civile. La même injonction est rappelée par la constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), dont l'article 208 exige également que les jugements « énonce[nt] les termes de la loi appliquée ».

¹⁵²⁴ GUILLERMET, Camille-Julia, *La motivation des décisions de justice : La vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 17.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, p. 29.

étendue à la Cour de cassation et pérennisée par la loi du 20 avril 1810, qui rappelle le principe à peine de nullité, au nom de la bonne administration de la justice¹⁵²⁶.

Ce principe appliqué à la Cour de cassation ne ressort pourtant pas de l'évidence, alors que l'exigence de motivation conduit à mettre à jour la mécanique intellectuelle qui explique le dispositif. Pourquoi soumettre à une telle obligation une juridiction qui ne doit pas être régulatrice du droit¹⁵²⁷ ? Pourquoi prendre le risque que ses arrêts, dont la mécanique est dévoilée, inspirent les juridictions inférieures dans le prononcé de leurs décisions ? En débat, cette question a finalement été tranchée en faveur de l'application du principe à la Cour, au nom de l'uniformité des décisions de justice. Or, ce choix a favorisé la formation d'une jurisprudence de la Cour : à mesure que celle-ci s'affirme, en dépit des espoirs du législateur¹⁵²⁸, comme organe régulateur des conflits jurisprudentiels, la motivation de ses arrêts devient un fondement auquel les juridictions inférieures peuvent se référer pour juger et conforter leurs propres décisions. De fait, appliquée aux juridictions inférieures, l'obligation de motivation présente un risque certain pour le pouvoir législatif : voir confirmée explicitement l'application de la loi, dans un sens distinct, si ce n'est opposé, à celui auquel le législateur pensait ; voir le juge développer une réflexion affranchie du simple raisonnement syllogistique. Appliqué à l'organe de cassation, le même impératif représente un danger bien plus grave : son prestige ajoute à l'autorité de ses arrêts, relayés sur l'ensemble du territoire, pour contribuer à l'émergence d'une jurisprudence autonome.

Au fond, la formation d'une jurisprudence est rendue possible par la motivation des décisions : sans cette obligation, comment interpréter le sens de l'application d'une loi à une espèce ? Comment confirmer, ou infirmer, le respect de l'esprit du texte dans son application

¹⁵²⁶ Le décret des 16-24 août 1790 enjoint à toutes les juridictions de motiver leurs décisions (article 15). Le principe est confirmé, par le décret des 16-29 septembre 1791 concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés, à l'égard des arrêts de cassation rendus en matière criminelle (article 20, titre VIII « Du jugement et de l'exécution »). La même obligation est élargie aux décisions de rejet rendues tant en matière civile (décret des 4-15 germinal an II – 24 mars-4 avril 1794) qu'en matière criminelle (décret du 9 messidor an II – 27 juin 1794). Enfin, la loi du 20 avril 1810 dispose, au nom de la bonne administration de la justice, que l'obligation de motivation vaut pour l'ensemble de l'ordre judiciaire et que « les arrêts [...] qui ne contiennent pas les motifs, sont déclarés nuls » (article 7). Le principe est aujourd'hui rapporté dans les articles 195 du Code d'instruction criminelle et 455, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile. Dans une décision du 18 janvier 1985 (DC. 84-182), le Conseil constitutionnel a rattaché cette obligation aux droits de la défense.

V. HALPERIN, Jean-Louis, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », dans *Le Tribunal et la Cour de cassation...*, op. cit., p. 48 et suiv.

¹⁵²⁷ Selon le souhait du député Isaac Le Chapelier, « le Tribunal de cassation, pas plus que les tribunaux de district, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait la détruire » (*Arch. parl.*, 1^{ère} série, t. XX, p. 517).

¹⁵²⁸ Selon Jean-Louis Halpérin, les constituants ne pensaient pas que le Tribunal de cassation, contraint à citer le texte de loi sur lequel il s'appuie et ne pouvant casser des décisions que sur des motifs restreints (la contravention expresse au texte de la loi et la violation des formes de procédure), puisse rencontrer un réel succès. En pratique, le Tribunal rend plusieurs centaines de décisions par an et plus de 20 000 en dix années d'existence, loin des dix demandes par an imaginées par les constituants (HALPERIN, Jean-Louis, « Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », dans BADINTER, Robert (dir.), *Une autre justice : contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution*, Paris, Fayard, 1989, p. 228-229).

in concreto par le juge ? L'absence de motivation entretient seulement un doute, maîtrisable, quant au respect, par les organes judiciaires, de la volonté du législateur exprimée dans la loi ; un doute d'autant mieux canalisé qu'existe, en théorie au moins dans la première partie du siècle, le référé législatif, qui permet au législateur d'intervenir, en ultime recours, pour préciser le sens à donner à une disposition¹⁵²⁹. À l'inverse, l'obligation de motivation rend ostensible l'éclosion d'une interprétation de la loi au-delà de ses prévisions littérales ou le recours par le juge à des éléments exogènes à la loi pour résoudre un litige. Au XX^e siècle, le doyen Jean Carbonnier résume le mieux cet enjeu :

« C'est la motivation qui fait la jurisprudence : supprimez-la, il n'y aura plus de jurisprudence »¹⁵³⁰.

Aussi, les garanties érigées, pour contrôler le respect de la loi par les juges et son cantonnement au syllogisme judiciaire, se révèlent-elles être en pratique une force et un instrument d'influence¹⁵³¹ entre les mains des juges judiciaires, en permettant la reproduction de réflexions jurisprudentielles et l'affirmation en certaines matières d'une *jurisprudence constante*. Cette force gagne encore en importance, à mesure que le juge prend conscience que, par-là, il peut occuper une fonction qui dépasse ses carcans institutionnels et le cadre de la simple application de la loi à une espèce particulière. Aussi, la loi ne constitue-t-elle pas la seule source de la justice, qui peut s'abreuver ailleurs, et surtout dans la jurisprudence. Ce réajustement ne doit pas faire perdre de vue certaines réalités ni inverser les rapports : la loi reste un socle stable, majoritaire et dominant au XIX^e siècle. Ce d'autant que toute loi ne requiert pas une interprétation créative du juge pour se voir appliquée ; tant s'en faut. À l'inverse, toute décision de justice n'est pas vouée à l'éternité ; les nombreux revirements invitent à la prudence quand il s'agit, justement, de jurisprudence¹⁵³². Mais son existence même, passagère ou non, oblige à repenser le rôle de juge, dont l'œuvre trouve, peut-être, sa juste place, non en-dessous mais, à côté de la loi. C'est alors cette conscience nouvelle qui irrigue, non seulement le juge à l'œuvre en audience, mais encore les discours de rentrée. En 1878, le premier avocat général près la Cour de cassation, Charrins, confirme cette vision :

« La législation produit la jurisprudence, comme la cause appelle l'effet. L'action que la loi avait commencé à exercer sur la langue, la jurisprudence la soutient et l'étend. La loi n'a parlé qu'une fois pour gouverner toujours, comme

¹⁵²⁹ V. *supra*, B. – Le handicap du référé législatif.

¹⁵³⁰ CARBONNIER, Jean, *Droit civil : Introduction*, 27^e éd., Paris, 2002, p. 291.

¹⁵³¹ Jean-Louis Halpérin note à cet égard que cette influence, *via* la motivation des décisions, joue en faveur du Tribunal de cassation dès les premiers temps de son installation, en dépit même de la création du référé législatif (HALPERIN, Jean-Louis, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », dans *Le Tribunal et la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 31 et suiv.).

¹⁵³² Deux auteurs du XIX^e siècle mettent cela particulièrement en lumière : RIVIERE, Hippolyte-Ferréol, *Revue doctrinale des variations...*, *op. cit.* ; WAHL, Albert, « Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage », dans *Le Code civil, 1804-1904...*, *op. cit.*, p. 442-514.

le dit magnifiquement Sénèque de la Providence ; la jurisprudence, elle, parle tous les jours. Ces prescriptions brèves du législateur, que l'on comprend d'abord, mais sans toujours en saisir toute la portée, elle les reprend, elle les développe, elle les éclaire, elle en révèle les principes, en elle en montre le sens profond et l'utilité applicable ; elle vulgarise la loi, si j'ose le dire, en la rendant accessible à tous les esprits, comme en y pliant tous les intérêts. Cette action de la jurisprudence se produit à la fois par l'enseignement, par les débats publics, enfin par les décisions de la justice »¹⁵³³.

Or, les magistrats de la Cour de cassation ne sont pas seuls à porter cette conscience. Ces pensées, exprimées en termes souvent plus fermes et tranchants, sont partagées par les juridictions du fond ; tel Albert Célice, qui esquisse un équilibre entre jurisprudence et loi. Dans ce discours portant, audacieusement, sur « le pouvoir législatif de la Cour de cassation », le magistrat affirme que la Cour est « investie d'une sorte de pouvoir législatif immanent [... ; un] pouvoir latent, inhérent à toutes les décisions de justice, mais dont les diverses manifestations chez nous se trouvent en quelque sorte épurées et condensées dans les arrêts de la Cour régulatrice ». Pour lui, l'« évidence des faits » oblige à réattribuer les rôles : et parce « [qu']aujourd'hui, comme à Rome et sous les Parlements, il existe une véritable législation née de la coutume judiciaire », alors il faut reconnaître que « le législateur [...] est plutôt un témoin qui constate le progrès qu'un ouvrier qui le réalise »¹⁵³⁴.

Ces discours exhortent le juge à prendre la mesure de sa vocation particulière : celle d'être un « législateur de complément »¹⁵³⁵. Or, cette conscience, une fois éveillée, ne peut jamais être ébranlée. Elle n'est, d'ailleurs, jusqu'à aujourd'hui, pas démentie ; la période récente en offre un exemple saisissant quand la Cour de cassation choisit en 2018 pour thème de son étude annuelle, « Le rôle normatif de la Cour de cassation »¹⁵³⁶. Ce rôle que les révolutionnaires ont voulu éteindre, prend sa source dans la jurisprudence judiciaire du XIX^e siècle. Si le pouvoir créateur du juge prend plusieurs formes et apparaît tantôt discrètement, tantôt de manière éclatante, une certitude demeure néanmoins à l'orée du XX^e siècle : celle d'une libération à l'égard de la loi, au point que le juge s'offre en « serviteur de la loi, oui, mais

¹⁵³³ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. IV, 1873-1884, « Audience de rentrée de la Cour de cassation, du 4 novembre 1878. Discours de M. Charrins, premier avocat général », p. 16.

¹⁵³⁴ CELICE, Albert, *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation ou de la permanence du droit honoraire*, 16 octobre 1888, Aix, B. Pust, 1888 (cité par FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, op. cit., p. 135).

¹⁵³⁵ L'expression est employée par Jean-Claude Farcy dans le contexte suivant : « indispensable complément à la loi, la jurisprudence a l'avantage de suivre le progrès de la civilisation, alors que le législateur est prisonnier de la fixité des lois. [...] Dans cette conception, la magistrature peut être plus qu'un législateur de complément. La jurisprudence ne la met-elle pas à la source du droit, alors que le pouvoir législatif se contente de codifier, à l'occasion, un mouvement qui lui échappe ? » (*ibid.*, p. 134-135).

¹⁵³⁶ COUR DE CASSATION, *Le rôle normatif de la Cour de cassation...*, op. cit.

sans en subir la servitude »¹⁵³⁷. Aussi, grâce à l'exigence de motivation, une jurisprudence peut-elle s'établir comme une force créatrice ; la preuve de cette mue peut être administrée aisément par le récit d'espèces montrant un juge à l'ouvrage pour moduler la loi par la seule force de sa jurisprudence.

§2. – L'appropriation de la loi

Dans l'esprit des révolutionnaires, dont la pensée fixe les bases de l'office juridictionnel pour le XIX^e siècle et les siècles suivants, le juge est une ombre subordonnée à la loi, derrière laquelle il doit s'effacer. Il doit être l'instrument muet qui met en application la loi¹⁵³⁸. Dans cette perspective, il apparaît alors incongru d'évoquer une appropriation de la loi par le juge, la formule semblant oxymorique tant la loi semble placée en surplomb du juge. C'est pourtant le sentiment qui ressort de l'analyse des décisions de justice rapportées au XIX^e siècle, lesquelles relatent une histoire bien différente de la relation juge-loi. La première preuve de l'insubordination du juge en est les efforts entrepris pour maîtriser le sens des termes et de l'esprit de la loi, au point que, dans cette exégèse des textes, le juge prétend pouvoir saisir le « but de la loi »¹⁵³⁹. Par cette formule, le juge s'impose comme l'artisan de la révélation des objectifs de la loi et, partant, en contrôle l'interprétation.

Ce premier pas franchi affermit l'éveil du juge : conscient d'apporter un « complément naturel à la loi » qui sans lui ne pourrait pleinement s'exécuter, le juge exprime, par son langage, une mue nouvelle. L'analyse des décisions de justice donne à voir un juge certain de créer une œuvre accompagnant si bien la loi qu'elle lui emprunte ses attributs et son autorité. Au point de présenter la jurisprudence comme hissée sur un pied d'égalité avec la loi. La preuve peut en être administrée simplement ; à l'image d'un arrêt qui montrerait que le juge prêterait le

¹⁵³⁷ L'expression est de Caroline Gau-Cabée, « paraphrasant », selon ses termes, une formule du Professeur Bernard Beignier (GAU-CABÉE, Caroline, « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, 2008, n°47, p. 21).

¹⁵³⁸ V. *supra*, Sous-section 1. – La soumission.

¹⁵³⁹ Conf. : CR Aix, 29 décembre 1826, *Gazette des tribunaux*, 20 janvier 1827, t. II, n°409 ; Cour cass., civ., 4 janvier 1832, *Gazette des tribunaux*, 26 janvier 1832, t. VII, n°2013 ; Trib. com. Paris, 30 janvier 1832, *Gazette des tribunaux*, 1^{er} mars 1832, t. VII, n°2043 ; CR Douai, 31 décembre 1840, *Gazette des tribunaux*, 27 janvier 1841, t. XVI, n°4802 ; CR Douai, 11 juillet 1846, *Gazette des tribunaux*, 15 octobre 1846, t. XXI, n°6014 ; Trib. Brioude, 7 juin 1852, reproduit sous CI Riom, 8 février 1854, *Gazette des tribunaux*, 26 avril 1854, t. XXIX, n°8358 ; Trib. civ. Seine, 6 juillet 1854, *Gazette des tribunaux*, 7 juillet 1854, t. XXIX, n°8419 ; CI Aix, 8 février 1860, *Gazette des tribunaux*, 30 mai 1860, t. XXXV, n°10347 ; CI Paris, 16 juillet 1864, *Gazette des tribunaux*, 17 juillet 1864, t. XXXIX, n°11624.

La même idée est portée par d'autres formulations proches telle que, par exemple, « le but évident du législateur » (Trib. Lyon, 19 juillet 1827, *Gazette des tribunaux*, 28 août 1827, t. II, n°625) ou, encore, « le but évident de cette disposition » (Cour cass., req., 2 avril 1839, *Gazette des tribunaux*, 5 avril 1839, t. XIV, n°4234).

concours de sa jurisprudence à la loi pour assurer son exécution et, ce faisant, ferait jeu égal avec le législateur. En atteste une décision rendue par la Cour royale d'Amiens, en 1829, sur un conflit élevé en matière électorale. Dans cette espèce, la cour achève son argumentation par la considération que :

« l'esprit de notre législation et de la jurisprudence est de favoriser l'exercice du droit électoral, et de permettre en cette matière tout ce qui n'est pas défendu par la loi »¹⁵⁴⁰.

Par ces mots, la cour exprime une confiance étonnante : la jurisprudence est placée au même rang que la loi, dont tant l'autorité que les seules prévisions sont impuissantes à circonscrire l'exercice du droit électoral. Si la dernière incise – « de permettre en cette matière tout ce qui n'est pas défendu par la loi » – ménage encore un peu la supériorité fonctionnelle de la loi, cette certitude ne fait qu'être battue en brèche au fil du siècle tant loi et jurisprudence semblent, dans le langage du juge, avoir progressivement une vocation et une autorité similaires.

Dans cette perspective, le juge du XIX^e siècle affirme, souvent sans fard, la capacité de son œuvre à compléter la loi dont la création prétorienne serait l'égale en se conjuguant avec elle. Cette idée ressort d'un arrêt rendu en 1827 par la Cour de Toulouse qui retient que « ces principes sont consignés dans le Code civil et par la jurisprudence de la Cour de cassation »¹⁵⁴¹. De même, en 1852 la Cour de Paris affirme faire application d'une « jurisprudence constante en harmonie avec la législation »¹⁵⁴². Plus terrible encore est, pour le législateur, un jugement rendu par le Tribunal de Doullens, en 1841, qui doit se prononcer sur des poursuites exercées contre un fermier, pris glanant un champ moins de deux jours après sa moisson¹⁵⁴³. Si le tribunal renvoie le prévenu de la plainte, il juge surtout que :

« [le fait poursuivi] ne présente, au contraire, dans toutes ses circonstances que l'exercice d'un droit proclamé par le législateur lui-même et auquel il ne doit être apporté d'autres limitations que celles qui nous sont signalées soit par les arrêts de la Cour de cassation, soit par la loi dans ses dispositions restrictives »¹⁵⁴⁴.

De l'aveu du tribunal, la juridiction de cassation a un pouvoir répressif similaire à celui du législateur, laissant accroire que la jurisprudence occupe la même fonctionnalité que la loi :

¹⁵⁴⁰ CR Amiens, 20 novembre 1829, *Gazette des tribunaux*, 23-24 novembre 1829, t. V, n°1339.

¹⁵⁴¹ CR Toulouse, 10 février 1827, *Trinquescostes c/ Vieules*, S. *refondu* 1. VIII. II. 331.

¹⁵⁴² CA Paris, 21 octobre 1852, *Gazette des tribunaux*, 22 octobre 1852, t. XXVII, n°7890.

¹⁵⁴³ Code pénal, article 471 : « Seront punis d'amende, depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement : [...] 10° Ceux qui, sans autre circonstance, auront glané, râtelé ou grappillé dans les champs non encore entièrement dépouillés et vidés de leurs récoltes, ou avant le moment du lever ou après celui du coucher du soleil. »

¹⁵⁴⁴ Trib. pol. Doullens, [s.d.], reproduit sous Cour cass., crim., 20 octobre 1841, *Gazette des tribunaux*, 1^{er}-2 novembre 1841, t. XVII, n°4543.

le pouvoir exorbitant de créer des sanctions. Le Tribunal de Doullens formule ici un étonnant sens des priorités : puisqu'il évoque d'abord les éventuelles limitations apportées par la Cour, avant de présenter celles qui seraient édictées par la loi, indiquant assez l'autorité dont est revêtue la jurisprudence de la Cour. Le langage des juges montre ainsi que la jurisprudence, notamment échue par la Cour, devient un guide utile pour les juges du fond, qui la convoquent, seule ou de concert avec la loi, pour résoudre des litiges. À cet égard, les juges du fond ne sont pas seuls à procéder ainsi : la Cour de cassation elle-même recourt régulièrement à l'idée d'une *jurisprudence constante* placée à un rôle équivalent à celui de la loi. En 1827, dans un litige relatif à la donation de biens présents et à venir, la chambre des requêtes place loi et jurisprudence à un niveau analogue, en regrettant que les moyens du pourvoi « ne citent aucune autre loi, aucun monument de jurisprudence »¹⁵⁴⁵. Quelques mois plus tard, elle se fait plus déterminée encore, dans une affaire relative à la discipline des notaires, en rappelant que :

« cette interprétation de la loi est consacrée par une jurisprudence constante, invariable, appuyée sur une foule d'arrêts univoques en cette matière » ;

et de conclure :

« que l'arrêt conforme à cette jurisprudence est inattaquable en point de droit »¹⁵⁴⁶.

Par ces termes, qui interrogent l'effet de la violation d'une jurisprudence¹⁵⁴⁷, la chambre des requêtes reconnaît qu'une jurisprudence tenue pour constante fait corps avec la loi et que la décision qui s'y conformera sera irréprochable. Bien plus, sous sa plume, il n'est plus l'heure de douter : l'application de la loi doit être faite en conformité avec la jurisprudence. En 1861, la Cour de Nîmes confirme avec force cette idée. Régplant une dispute entre huissiers et avoués, elle énonce que :

« ce droit, écrit dans la loi, a été plusieurs fois reconnu et appliqué par la jurisprudence et notamment par la Cour de cassation, [...], qui en n'admettant qu'une seule exception au principe posé par elle, celle relative aux exploits introductifs d'instance, exception qui se justifie d'elle-même et par des motifs tout spéciaux, a par cela même donné une nouvelle force à la règle, et rendu impossible désormais le doute sur cette question »¹⁵⁴⁸.

La cour rend une décision audacieuse à plusieurs titres : elle subordonne, d'abord, la vigueur de la loi à son application continue par le juge ; elle admet, ensuite, la création *ex nihilo* d'exceptions jurisprudentielles. Enfin, elle donne un indice de l'autorité croissante de la Cour de cassation. La jurisprudence, tenue pour obligatoire et souvent qualifiée de constante, est

¹⁵⁴⁵ Cour cass., réunies, 3 juillet 1827, *Mion-Bouchard c/ Ardaillon*, S. *refondu* 1. VIII. I. 630.

¹⁵⁴⁶ Cour cass., req., 24 juin 1828, *Dejarnac*, S. *refondu* 1. IX. I. 118.

¹⁵⁴⁷ V. *infra*, Sous-section 2. – De l'autorité de la jurisprudence.

¹⁵⁴⁸ CI Nîmes, 17 juin 1861, *Gazette des tribunaux*, 5 juillet 1861, t. XXXVI, n°10694.

alors, par préférence, celle qui est échue par la Cour – plus rarement, les juridictions s’en réfèrent à la jurisprudence constante de cours du second degré, voire à leur propre jurisprudence¹⁵⁴⁹. Cette réalité se confirme plus encore après la loi de 1837, qui consacre la pleine autorité de la Cour¹⁵⁵⁰ : alors que l’organe de cassation est érigé en interprète privilégié de la loi, le recours à sa propre jurisprudence, citée de pair avec la loi, se trouve légitimé. En pratique, cette nouvelle réalité est exprimée tout entière par la fortune de l’expression : jurisprudence constante. La formule, usitée dans un grand nombre d’arrêt, connaît un véritable succès qu’une recherche algorithmique permet de confirmer¹⁵⁵¹.

À la lecture de ces solutions, une vérité fait jour : dans le langage du juge, la jurisprudence est source de principes qui offrent une base motivationnelle suffisante dans la rhétorique judiciaire. Par-là, le juge rapproche son œuvre d’un acte créateur de droit, en imposant l’idée qu’une suite concordante de décisions se voit conférer l’autorité de la chose toujours jugée et dispense d’un recours à la loi. La jurisprudence est alors présentée comme partageant des traits communs avec la loi, jusqu’à la concurrencer. Une limite demeure bien à cet égard : seule la loi peut apparaître dans le visa d’une décision. Mais la place prise par la jurisprudence dans l’argumentation du juge montre que celle-ci est souvent employée comme fondement autonome de sa solution, écartant le prisme d’un jugement rendu par le seul recours à la loi. La synchronie entre jurisprudence et loi, mise en avant par le juge, appelle

¹⁵⁴⁹ Un arrêt rendu par la Cour impériale de Montpellier, appelée à résoudre un litige entre héritiers, permet d’en administrer la preuve. En cette matière, la cour s’en réfère à un « principe certain, en effet, et d’ailleurs conforme à la jurisprudence de la cour » (CI Montpellier, 13 juillet 1853, *Charrié c/ Vitrac*, S. 1853. II. 478). En 1873, la Cour d’appel de Nîmes déploie la même assurance, alors qu’elle est saisie d’une demande d’ouverture d’un ordre judiciaire pour le règlement de créances, faute d’entente amiable entre le débiteur et ses créanciers. La cour confirme le jugement de première instance au motif premier qu’il est conforme à sa propre jurisprudence : « le jugement attaqué a fait application de la jurisprudence adoptée par la cour dans son arrêt » (CA Nîmes, 10 janvier 1873, *Lauriol c/ Créanciers Aymard*, S. 1873. II. 228).

¹⁵⁵⁰ Des formules aussi nombreuses que variées en témoignent. Les juges s’en réfèrent ainsi souvent au « dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation » (CR Toulouse, 1^{er} août 1823, *Dafau c/ Claverie*, S. *refondu* 1. VII. II. 251) ou à la « foule d’arrêts qui l’ont ainsi décidé et [à] la jurisprudence [qui] est maintenant fixée sur ce point » (CR Caen, 19 février 1825, *Jean Lasserre*, S. 1826. II. 65). Jusqu’à, parfois, citer expressément des décisions : ainsi du Tribunal de police correctionnelle de Bressuire dans une décision, *in fine* confirmée devant la juridiction de cassation, qui énonce, pour trancher une question relative à la prescription dès lors que le prévenu est mineur, que « ces principes sont consacrés textuellement par deux arrêts de la Cour de cassation en date des 27 juin 1828 et 9 février 1832 » (Trib. pol. corr. Bressuire, 19 janvier 1841, reproduit sous Cour cass., crim., 22 mai 1841, *Gazette des tribunaux*, 23 septembre 1841, t. XVI, n°4509).

¹⁵⁵¹ Dans cette enquête, où l’exhaustivité n’est ni possible ni recherchée, les répertoires de jurisprudence ont permis de recenser une soixante de décisions, issues tant de la Cour de cassation que des juridictions du fond, s’en remettant à une « jurisprudence constante ». L’expression apparaît parfois sous une forme enrichie : comme « d’après une jurisprudence constante et uniforme » ; ou avec des variables plus notables : « une jurisprudence notoire et constante » (Cour cass., civ., 11 prairial an X (31 mai 1802), S. an X (1801-1802). I. 316) ou « une jurisprudence invariablement observée » (Cour cass., civ., 26 août 1818, *Les héritiers de Rohan-Rochefort*, S. *refondu* 1. V. I. 527). Il subsiste également d’autres formulations analogues, bien que moins courantes : tels les « monuments de la jurisprudence » (Cour cass., civ., 9 avril 1810, *Boulade*, S. *refondu* 1. III. I. 172) ; ou, encore, la « maxime de jurisprudence » (CR Nancy, 2 février 1828, *Gazette des tribunaux*, 10 février 1828, t. III, n°784).

progressivement à une libération du juge à l'égard de la loi, dont témoigne le mieux l'évocation de deux exemples prétoriens.

Le premier exemple est relatif à l'application de la loi du 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795), portant sur la police intérieure des communes. Cette loi investit les communes de pouvoirs exorbitants et institue un régime exceptionnel de responsabilité en cas de troubles. Cette loi, née pendant les heures mouvementées de la Convention, survit à l'époque qui l'a vue naître et n'est, au fil des régimes se succédant, pas formellement abrogée. La vigueur de cette loi est alors interrogée sous la Monarchie de Juillet et, encore, sous le Second Empire. Les décisions rendues à son égard conduisent, en général, à une même conclusion : cette loi n'est pas considérée comme abrogée, ni explicitement ni implicitement. Les raisonnements, aboutissant à cette conclusion, témoignent cependant d'une intrication entre la volonté explicitement formulée par le législateur et la souveraine appréciation du juge. Ici, les juridictions de première instance s'illustrent par leur liberté de langage, à côté de la Cour de cassation, qui, sur ce sujet, semble chercher à en dire le moins possible. Une décision produite par le Tribunal de Bourbon-Vendée témoigne, dès 1833, de cet aspect. Cette juridiction accepte de se livrer à l'appréciation de cette loi, en estimant pouvoir examiner « si cette loi est encore en vigueur, et si elle doit recevoir application aux faits articulés par le demandeur, dans le cas où ils seraient prouvés ». Cette recherche – au reste exorbitante, puisque le juge se reconnaît le pouvoir de contrôler l'existence d'une loi – se conclut par la reconnaissance de la validité de celle-ci, au nom de deux constats. Le premier est attendu : la loi n'a pas fait l'objet d'une abrogation expresse de son auteur. Le second est plus étonnant : la vigueur de la loi tient à son respect constant par les juges judiciaires :

« [la loi] a été fréquemment appliquée, notamment dans les seize dernières années, ainsi que l'attestent des monuments tout récents de jurisprudence »¹⁵⁵².

Cette solution est reprise, quelques mois plus tard, par le Tribunal civil de Bordeaux, qui reprend à son compte le second argument développé par la juridiction de Bourbon-Vendée. Aussi, le tribunal décide-t-il que la loi de vendémiaire an IV été « appliquée ou invoquée dans une foule de circonstances »¹⁵⁵³. Les Tribunaux de Nogent-sur-Seine¹⁵⁵⁴ et de Lyon empruntent encore la même voie¹⁵⁵⁵. De ces solutions fait jour une idée : la non-abrogation expresse de la loi est insuffisante à prouver la survivance d'une loi. Preuve en est : après avoir écarté l'hypothèse d'une abrogation expresse, les tribunaux cités prennent toujours soin de constater

¹⁵⁵² Trib. Bourbon-Vendée, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 4 avril 1833, t. VIII, n°2383.

¹⁵⁵³ Trib. civ. Bordeaux, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 2 août 1833, t. VIII, n°2485.

¹⁵⁵⁴ Trib. civ. Nogent-sur-Seine, 25 août 1849, *Gazette des tribunaux*, 13 septembre 1849, t. XXIV, n°6924.

¹⁵⁵⁵ Trib. civ. Lyon, 17 août 1849, *Gazette des tribunaux*, 24-25 septembre 1849, t. XXIV, n°6943 ; Trib. civ. Lyon, 30 août 1849, *Gazette des tribunaux*, 10-11 septembre 1849, t. XXIV, n°6922.

ensuite l'application continue de la loi par les juridictions judiciaires. Le juge estime alors autant pouvoir que devoir contrôler la vigueur de la loi, à l'aune de son application jurisprudentielle continue. Le raisonnement est paradoxal puisqu'il conduit, en pratique, le juge à entretenir lui-même la vigueur de la loi, jusqu'à sembler indiquer par un tel langage que la loi n'a d'autorité que par son concours. Au demeurant, sur le fond du droit, ces décisions sont en accord avec la position de la Cour de cassation, qui reconnaît le maintien de cette loi dans l'architecture normative¹⁵⁵⁶.

Dans une tout autre matière, un arrêt de la Cour royale de Besançon peut être interprété dans le même sens, alors qu'elle est saisie d'un litige entre fromagers. La juridiction interroge la validité d'une loi et conclut certes que l'abrogation de la loi ne peut qu'être expresse, mais surtout que :

« [les dispositions litigieuses] ont toujours été scrupuleusement observées ; que la jurisprudence s'y est toujours conformée ; qu'elles restent ainsi obligatoires pour les tribunaux comme pour les particuliers »¹⁵⁵⁷.

Si le tribunal fait mine, dans un premier temps, de ne faire porter effet qu'aux abrogations explicites de la loi, le raisonnement tenu montre qu'il n'en est rien : la loi demeure du fait de la bonne volonté du juge de l'appliquer. Aussi, ces illustrations produisent-elles un même constat : la survivance de la loi est affichée comme étant intimement liée à la discrétion du juge. Que ce pouvoir soit feint ou avéré, le juge s'affirme comme l'intermédiaire indispensable qui garantit l'existence de la loi. Dans cette perspective, il n'est alors guère étonnant de voir fleurir des décisions, témoignant de la consubstantialité de la jurisprudence et de la loi. Une idée dont le langage du juge ne manque jamais de témoigner. Sous la plume de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, il est loisible d'apprendre que

« l'article 2241 du Code civil [...] n'est que l'expression des principes consacrés par la jurisprudence »¹⁵⁵⁸.

Cette construction syntaxique est fort opportune tant elle permet à la fois de réduire le caractère original des dispositions du Code et, surtout, de légitimer l'œuvre du juge : si la loi n'est qu'une répétition de la jurisprudence, le principe qu'elle énonce n'est pas d'origine légale mais puise au contraire sa source dans l'œuvre du juge qui devient alors légitime à en fournir les clefs de compréhension. Sous la plume de la Cour impériale d'Angers, se confirme l'idée d'une interprétation jurisprudentielle faisant désormais corps avec la loi. En l'espèce, la juridiction doit régler un litige élevé sur le règlement d'une succession à la tête d'un office

¹⁵⁵⁶ Cour cass., civ., 17 novembre 1834, *Gazette des tribunaux*, 20 novembre 1834, t. X, n°2888 ; Cour cass., civ., 5 mars 1839, *La ville de Lyon c/ Flacheron et al.*, S. 1839. I. 342 ; Cour cass., réunies, 15 mai 1841, *Gazette des tribunaux*, 4 juin 1841, t. XVI, n°4912.

¹⁵⁵⁷ CR Besançon, 23 avril 1845, *Gazette des tribunaux*, 19-20 mai 1845, t. XX, n°5631.

¹⁵⁵⁸ Cour cass., req., 14 mai 1834, *Mollerat c/ Saclier*, S. 1834. I. 809.

ministériel. La décision de la cour est alors emportée au motif de « l'interprétation ainsi donnée à l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, consacrée par de nombreux monuments de jurisprudence et notamment par plusieurs arrêts de la Cour de cassation »¹⁵⁵⁹.

En présentant désormais explicitement son œuvre comme faisant corps avec la loi, le juge entretient une fiction : celle d'imposer sa jurisprudence comme un palliatif de la loi, voire son ersatz. Si cette conviction doit être nuancée tant le législateur peut intervenir pour défaire une jurisprudence qu'il jugerait *contra legem*, le juge prend assise sur cette conviction pour assumer un rôle nouveau : achever l'édifice légal, en comblant, par la jurisprudence, les insuffisances de la loi qu'il dénonce de lui-même.

§3. – La complétion de la loi

L'appropriation de la loi par le juge lui permet de moduler les textes dont il s'impose comme le libre interprète. Certaines décisions portent à un acmé cette liberté revendiquée. À l'image du Tribunal civil de Narbonne, qui est saisi en 1835 d'une demande de pension d'aliments formée par une mère à l'encontre de sa fille. Après avoir procédé à l'examen circonstancié des relations entretenues par les deux parties, le tribunal pose en principe que :

« si l'article 205 du Code civil impose aux enfants l'obligation de donner des aliments à leurs père et mère qui sont dans le besoin, ces dispositions de la loi ne sont pas tellement obligatoires qu'elles excluent le droit d'apprécier les actes de ceux qui forment une pareille réclamation »¹⁵⁶⁰.

Un tel langage est à la mesure du grand rôle que ce tribunal prétend jouer dans la façon du droit : apprécier l'opportunité des lois et les amender au besoin ; un rôle qui le placerait à l'épicentre de la formation du droit. Mais ce jugement, au verbe fort, semble peu représentatif des solutions rendues par l'ordre judiciaire tout au long du siècle et il est permis de douter de la pérennité d'un tel raisonnement – en dépit des recherches effectuées, il n'a pas été permis de retracer la fortune de ce jugement. À l'inverse, dans l'exercice de son office, le juge semble se placer dans une voie moyenne, visant plutôt une collaboration avec la loi : il fait le plus souvent la preuve d'une volonté d'en favoriser l'exécution, même lorsqu'il semble s'émanciper du strict respect des textes – en y apportant, par exemple, des exceptions. Par-là, l'étude sémantique des décisions de justice illustre un juge soucieux de ne pas abuser de son nouveau pouvoir.

¹⁵⁵⁹ CI Angers, 18 juillet 1855, *Garnier et consorts c/ Sellos*, S. 1855. II. 615.

¹⁵⁶⁰ Trib. civ. Narbonne, 9 décembre 1835, *Gazette des tribunaux*, 21-22 décembre 1835, t. XI, n°3226.

Cette idée de la nécessité de panser la loi, pour en assurer la bonne exécution, est illustrée par une jurisprudence relative à l'application de l'article 46 du Code civil. En 1851, le Tribunal civil de Riom est saisi à l'occasion de l'introduction d'une demande en séparation de corps. Pour qu'une telle requête soit valide, encore faut-il que le demandeur démontre sa qualité d'époux, en présentant l'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil, aux termes de l'article 194 du Code civil¹⁵⁶¹. À défaut de cette preuve, la disposition précitée réserve l'hypothèse de la perte ou de l'inexistence *ab initio* desdits registres, inscrite à l'article 46 du même code qui admet alors la preuve par témoins¹⁵⁶². En l'espèce, la qualité de l'épouse demanderesse est contestée, conduisant le tribunal à préciser le sens de l'article 46 : ses prévisions sont-elles limitatives ou simplement énonciatives ?

Alors que les formules retenues par la loi invitent à la penser limitative, le tribunal opte pour la seconde hypothèse, en considérant « [qu']il est de principe et de jurisprudence aujourd'hui constante que ledit article 46 n'est pas limitatif », autorisant alors son application « aux cas d'irrégularités ou d'omissions des actes dans les registres existants »¹⁵⁶³. Cette solution, toutefois discutée en doctrine¹⁵⁶⁴, est effectivement retenue de longue date par les différentes cours de justice¹⁵⁶⁵, en dépit d'une certaine prudence exprimée par la Cour de cassation dans l'accueil de cette solution qui conduit à admettre un mode de preuve non textuellement prévu par la loi¹⁵⁶⁶. Devant les prétoires, la solution apparaît motivée par la

¹⁵⁶¹ Code civil, article 194 : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 46 au titre des *Actes de l'état civil*. »

¹⁵⁶² Code civil, article 46 : « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins et dans ces cas, les mariages, naissances et décès, pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins. »

¹⁵⁶³ Trib. civ. Riom, 19 février 1851, *Gazette des tribunaux*, 26 mars 1851, t. XXVI, n°7397.

¹⁵⁶⁴ V., dans ce sens, ALLEMAND, Charles-Louis-Antoine, *Traité du mariage et de ses effets*, Riom, E. Leboyer, 1846, t. I, p. 457 et suiv. ; LOCRE, Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon...*, *op. cit.*, t. I, p. 378 et suiv. ; VAZEILLES, François-Antoine, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, Paris, A. Bavoux, 1825, t. I, p. 273 et suiv.

V., *contra*, DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français...*, *op. cit.*, t. XI, p. 215 ; MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Répertoire universel...*, *op. cit.*, t. X, v° *Mariage*, p. 620 et suiv. ; TOULLIER, Charles, *Le Droit civil français...*, t. I, p. 347 et suiv.

¹⁵⁶⁵ Cette solution est retenue par la Cour de cassation dès 1807, dans un arrêt qui relève notamment que « les circonstances très extraordinaires que présentait la cause, ont placé les juges dans les cas non prévus par la loi et abandonnés à la prudence des tribunaux » (Cour cass., civ., 12 mars 1807, *Dame Desmée*, S. 1807. I. 261).

Conf. : Cour cass., req., 5 février 1809, *Héritiers Nanteau c/ Bolleret*, S. 1809. I. 221 ; CI Bordeaux, 29 août 1811, *Sienzac c/ Massieu*, S. 1812. II. 39 ; CI Bordeaux, 9 mars 1812, *Veuve Laurent*, S. 1812. II. 421 ; Cour cass., civ., 22 décembre 1819, *Enfants Rivayran c/ Mariés Montsarrat*, S. 1820. I. 281.

¹⁵⁶⁶ En 1830, si la Cour de cassation retient une interprétation extensive de l'article 46, pour faciliter le mode de preuve, elle le fait en usant de formulations alambiquées. Sur les conclusions conformes de son avocat général, la Cour rend un court arrêt de rejet : elle admet que l'article litigieux doit être entendu de telle sorte qu'il « peut sans doute être considéré comme n'ayant pas exclu la preuve, tant par titres que par témoins, dans le cas où il s'agit d'une simple omission sur des registres qui ne sont pas perdus, cet article n'est ni exclusif, ni prohibitif ». Ici, le raisonnement porté par des tournures négatives démontre l'effort de la Cour de faire procéder sa solution du sens logique de la loi et témoigne d'une certaine réticence à ajouter à la loi (Cour cass., req., 1^{er} juin 1830, *Delacour c/ D'Auteroche*, S. 1830. I. 213).

nécessité : celle de ne pas laisser les plaideurs de bonne foi dans une situation impossible où ils ne pourraient prouver leur qualité, en raison de la formulation restrictive de la loi. La formulation retenue par le Tribunal de Riom fait la preuve ici d'une interprétation jurisprudentielle extensive de la loi, censée prévenir sa désuétude ou la nécessité de la repenser.

C'est dans le même esprit que le juge admet pouvoir apporter de flagrantes exceptions à la loi. En matière civile, la question de la saisissabilité de salaires en offre un exemple idoine alors que cette question met en exergue la remise en cause de l'autorité tant de la Cour de cassation que de la loi positive par les juges du fond. Cette idée est mise en lumière par un jugement rendu par le Tribunal civil de Marseille en 1854. Celui-ci doit se prononcer sur le sort de salaires d'un employé attrait devant la justice par ses créanciers. En droit, cette matière n'est régie que par des dispositions éparses et manque d'une réglementation d'ensemble. Le droit commun offre bien quelques principes directeurs, qui résident dans les articles 2092 et 2093 : ils font des biens présents et à venir d'un débiteur « le gage commun de ses créanciers »¹⁵⁶⁷ ; un principe auquel le Code de procédure civile apporte quelques exceptions dans un titre consacré aux saisies-arrêts¹⁵⁶⁸. Mais de la combinaison des articles codifiés, il apparaît qu'un créancier pourrait saisir l'intégralité des salaires d'un employé pour se rembourser, au risque de priver son débiteur de ses moyens de subsistance. Or, la juridiction marseillaise refuse de se résoudre à cette solution et conclut à l'insaisissabilité partielle du salaire pour la partie nécessaire à l'alimentation de l'employé et de sa famille. Pour établir ce principe, le tribunal puise dans un droit immanent, évident et humain, qui doit repousser toute tentative de priver un homme des moyens de sa survie. Voici en quels termes le tribunal établit ce principe, dont il prône l'intangibilité :

« si l'on remonte même à l'ancien droit romain, le créancier qui réduisait son débiteur en esclavage devait lui assurer sa subsistance, parce que la nourriture de l'homme est inhérente à son existence sur la terre, et qu'on ne saurait, sous aucune législation, déroger à cette nécessité »¹⁵⁶⁹.

De « cette nécessité », le tribunal conclut que la loi, muette sur ce point de droit, n'avait pas besoin de prononcer expressément l'insaisissabilité partielle des salaires, puisque celle-ci

¹⁵⁶⁷ Code civil, article 2092 : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » ; article 2093 : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

¹⁵⁶⁸ Code civil, article 580 : « Les traitements et pensions dus par l'État ne pourront être saisis que pour la portion déterminée par les lois ou par arrêtés du Gouvernement. » ; article 581 : « Seront insaisissables, 1° les choses déclarées insaisissables par la loi ; 2° les provisions alimentaires adjudgées par justice ; 3° les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou donateur ; 4° les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables. » ; article 582 : « Les provisions alimentaires ne pourront être saisies par des créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ; et ce, en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il déterminera. »

¹⁵⁶⁹ Trib. civ. Marseille, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 8 juin 1854, t. XXIX, n°8394.

relève des « principes généraux » découverts en l'espèce par le tribunal. Le dispositif confirme alors l'existence d'une exception aux articles 2092 et 2093 du Code civil, fondée sur un droit naturel immanent – subvenir à ses besoins –, dont la juridiction marseillaise détermine elle-même l'étendue, en reconnaissant en même temps à tout tribunal le droit de fixer lui-même la quotité résiduelle de salaire laissée au débiteur. Cette solution, adoubée de la doctrine et confirmée en jurisprudence¹⁵⁷⁰, est d'abord rendue *a contrario* de la jurisprudence récente de la chambre des requêtes, s'exprimant sur ce sujet seulement quelques mois plus tôt¹⁵⁷¹. Mais sur ce point de droit, à l'inverse d'autres controverses juridiques, la Cour de cassation se range vite à cette doctrine. Opérant un revirement de jurisprudence en 1860, elle décide, par la voix de sa chambre civile, que :

« si les salaires des ouvriers ne sont pas déclarés insaisissables par la loi, il appartient néanmoins au juge, en usant de ce pouvoir avec une réserve, d'apprécier si ces salaires en raison de leur nature et de la position du débiteur, peuvent être considérés comme alimentaires et, à ce titre, être affranchis, soit pour partie, soit même pour le tout, suivant les circonstances, des effets de la saisie »¹⁵⁷².

La rédaction de cet arrêt de rejet illustre toute la circonspection dont le juge de cassation peut faire preuve. Bien conscient de l'innovation ici réalisée, il ne se résout à la consacrer qu'avec prudence : l'exception apportée à la loi est conditionnée, n'intervenant que si la nécessité – « suivant les circonstances » – l'exige. Si le juge judiciaire ne fait pas, de tout temps, sienne cette « réserve », elle éloigne, en l'espèce, le spectre d'un juge trop volontaire dans la création de solutions originales. Au demeurant, l'opportunité de cette solution est confirmée, à l'extrême fin de ce siècle, par le législateur lui-même : cette solution venue d'en bas est consacrée par une loi du 12 janvier 1895 relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers et employés. Cet exemple témoigne alors de la prétention de juge, particulièrement sous la férule des juridictions du fond, à apporter des modulations la loi pour en maintenir l'actualité et, partant, l'applicabilité. Avec toujours une même construction du raisonnement : la solution jurisprudentielle est commandée par la nécessité et la morale, comme pour diminuer le pouvoir créateur du juge pourtant bien à l'œuvre. C'est parce que le législateur n'a pu ni vouloir ni prévoir une telle conséquence que l'interprétation que fait le juge de la loi se justifie.

¹⁵⁷⁰ Conf. : CI Rouen, 25 mars 1859, S. 1860. II. 135.

V. *Suppl. Rép. Dalloz*, t. XV, v° *Saisie-arrêt*, p. 700 et suiv.

¹⁵⁷¹ Cour cass., req., 22 novembre 1853, *Gazette des tribunaux*, 23 novembre 1853, t. XXVIII, n°8226.

¹⁵⁷² Cour cass., civ., 10 avril 1860, *Beurnier c/ de Vatry*, S. 1860. I. 502.

Enfin, certaines solutions jurisprudentielles visent à apporter à la loi la sanction qui lui ferait défaut et la priverait, en pratique d'efficacité si elle devait être violée. La possibilité ouverte au juge de pallier la sanction légale est à juste titre débattue, tant elle conduit à reconnaître aux juges un pouvoir exorbitant. Néanmoins, certaines décisions font fi de ces difficultés et, à l'image du contentieux relatif à la réintégration de la femme dans le domicile conjugal, trahissent la liberté et la faculté d'innovation conquises par les juges.

Cette hypothèse est retranscrite tout entière dans le contentieux né de l'application de l'article 214 du Code civil, qui fait obligation aux époux de vivre sous le même toit. Mais le texte ne prévoit pas la manière de contraindre l'époux, qui refuserait de regagner le domicile conjugal, à s'exécuter¹⁵⁷³. Cette question est agitée devant la Cour royale d'Aix, en 1831, alors qu'un mari veut obtenir la réintégration *manu militari* de sa femme dans le domicile conjugal. Aussi, par quel moyen les tribunaux peuvent-ils obtenir de l'épouse le respect des dispositions de l'article 214 ?

Déjà, lors des discussions au Conseil d'État, les rédacteurs du code s'interrogeaient sur les moyens dont il pouvait être fait usage pour contraindre une femme à suivre son mari et retourner au domicile conjugal : si Napoléon Ier propose simplement que « le mari cessera de donner des aliments à sa femme », le choix de la voie d'exécution est repoussé et finalement « abandonn[é] aux mœurs et aux circonstances »¹⁵⁷⁴. Mais la doctrine ultérieure s'est déchirée, notamment dès lors qu'une coercition financière est impuissante à faire revenir l'épouse au domicile. Aussi, s'interroge-t-elle sur la possibilité d'employer une contrainte physique, au besoin avec l'aide de la force publique, contre la femme réticente à regagner le domicile conjugal. Mais cette voie de force est fortement discutée¹⁵⁷⁵, notamment en ce qu'elle méconnaît le respect de la liberté individuelle garantie par les actes constitutionnels du premier XIX^e siècle¹⁵⁷⁶ et contrevient aux dispositions du Code civil qui prévoient restrictivement l'exercice d'une contrainte par corps¹⁵⁷⁷. De la même manière, la solution de la réintégration

¹⁵⁷³ Code civil, article 214 : « La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. »

¹⁵⁷⁴ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. IX, p. 72-74.

¹⁵⁷⁵ V., pour un état des oscillations doctrinales et jurisprudentielles, *Rép. Dalloz*, t. XXXI, v° *Mariage*, p. 380-383.

¹⁵⁷⁶ Les Chartes constitutionnelles du 4 juin 1814 et du 14 août 1830 formulent identiquement le principe : « [la] liberté individuelle [des Français] est également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit » (article 4). Une garantie maintenue par la Constitution du 4 novembre 1848, laquelle énonce que « nul ne peut être arrêté ou détenu que suivant les prescriptions de la loi » (article 2).

¹⁵⁷⁷ Code civil, article 2063 : « Hors les cas déterminés par les articles précédents, ou qui pourraient l'être à l'avenir par une loi formelle, il est défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps, à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, et à tous Français de consentir pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étranger ; le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts. »

manu militari – expression préférée à la contrainte par corps, dont elle se distingue en pratique par l’absence d’emprisonnement – divise au sein de la Cour de cassation¹⁵⁷⁸.

La juridiction aixoise choisit, quant à elle, la voie de la contrainte physique ; une solution placée sous le sceau de la nécessité mais qui dissimule mal le rôle actif du magistrat dans l’adaptation de la loi. Pour faire droit à la demande en réintégration *manu militari* du mari, la cour juge en effet que :

« [qu’]à la vérité la loi n’établit aucun moyen coercitif pour l’y contraindre ; mais le jugement qui enjoint à la femme de remplir ce devoir n’en doit pas moins être exécuté, et les magistrats sont, dès lors, nécessairement autorisés à faire usage, dans cet objet, de tous les moyens qui ne sont point défendus par la loi ; [...] que la contrainte personnelle n’est point contraire à la loi, et que les magistrats peuvent et doivent l’autoriser dans l’intérêt de la morale publique et dans celui bien entendu de la femme elle-même, chaque fois que les circonstances l’exigent »¹⁵⁷⁹.

En 1855, le Tribunal civil d’Auxerre reproduit, dans une solution confirmée en appel, un raisonnement similaire en veillant à trouver dans les prescriptions du législateur la sanction apportée :

« la sanction qui lui manque est virtuellement renfermée dans le principe essentiel aux lois positives, que tout droit proclamé par elles a force et vertu pour l’exécution ; que dénier ce principe serait méconnaître la portée des vues du législateur qui n’a pu vouloir que ce fût en vain qu’il ait ou ordonné ou défendu »¹⁵⁸⁰.

Si certaines juridictions se sont opposées à cette solution¹⁵⁸¹, l’ordre judiciaire s’est finalement majoritairement prononcé en faveur de l’exercice d’une telle contrainte jusqu’à former jurisprudence constante sur ce point¹⁵⁸². Plus « [qu’]aux mœurs et aux circonstances », la résolution de cette difficulté est abandonnée à la souveraine appréciation des tribunaux, qui, s’ils ne parviennent toujours à s’entendre sur une jurisprudence univoque, formulent des

¹⁵⁷⁸ Dans un arrêt en 1826, la chambre des requêtes autorise le mari à procéder à la réintégration *manu militari* de sa femme, qui a préalablement été déboutée de sa demande en séparation de corps (Cour cass., req., 9 août 1826, *Liegey*, *Bull. civ.*, t. XXVIII, n°79, p. 297). Une voie coercitive que la formation repousse en 1829, dans une hypothèse néanmoins différente : puisqu’en l’espèce les époux sont séparés de corps (Cour cass., req., 6 janvier 1829, *Mabru*, D. 1829. I. 93).

¹⁵⁷⁹ CR Aix, 29 mars 1831, *Abbadie*, S. 1833. II. 92.

¹⁵⁸⁰ Trib. civ. Auxerre, [s.d.], reproduit sous CI Paris, 31 mars 1855, *Gazette des tribunaux*, 19 avril 1855, t. XXX, n°8662.

¹⁵⁸¹ Conf. : CI Bourges, 15 juillet 1811, *Courault*, S. *refondu* 1. III. II. 524 ; CR Toulouse, 24 août 1818, S. 1821. II. 249 ; CR Colmar, 10 juillet 1833, S. 1834. II. 127.

¹⁵⁸² Conf. : CA Paris, 29 mai 1808, *Ampère*, S. 1808. II. 199 ; CA Pau, 12 avril 1810, *Latrille d’Abère*, S. 1810. II. 241 ; CI Turin, 17 juillet 1810, *Vinardi*, S. *refondu* 1. III. II. 308 ; CR Colmar, 4 janvier 1817, *Boissard*, S. 1818. II. 123 ; CR Nancy, 11 avril 1826, *Liegey*, S. 1826. II. 200.

hypothèses jurisprudentielles pour pallier les silences de la loi. Au demeurant et à l'image des autres décisions rapportées, la juridiction auxerroise veille à ne pas faire procéder cette solution de sa seule puissance. Cela témoigne encore d'une prudence dans l'action de réparation des carences de la loi. Par cette solution, le juge illustre par la loi sa capacité à prévenir la désuétude de la loi et, conséquemment, à dispenser le législateur d'une réforme, qui, faute d'intervention prétorienne, serait urgente.

Mais le juge n'emploie pas toujours un langage si précautionneux et relève, de manière bien plus explicite, la carence de la loi qui commande un apport prétorien pour que la loi recouvre son efficience. Ce constat naît de l'étude d'un arrêt rendu par la Cour impériale de Paris, appelée à examiner une succession attaquée par l'un des héritiers qui se plaint d'une donation déguisée antérieure amoindissant son patrimoine. En l'espèce, la cour conclut à l'annulation de la donation litigieuse. Au demeurant, c'est le langage tenu par la cour relativement au don manuel qui est remarquable. La cour se détermine en effet :

« d'après la jurisprudence qui a suppléé au silence de la loi pour les dons manuels »¹⁵⁸³.

Le langage est puissant, mettant en exergue un important travail créateur du juge, qui pallie le silence de la loi sur ce mode de transmission. La même impression naît de la lecture d'un jugement rendu dans la même matière, en 1863 par le Tribunal civil de Paris :

« si la jurisprudence a admis la validité des dons manuels, ce n'est qu'autant qu'ils portent sur des objets mobiliers ou des valeurs mobilières de peu d'importance »¹⁵⁸⁴.

Il ne s'agit pas ici de contester l'apport des juges quant aux contours de cette donation. Néanmoins, les formules choisies laissent à penser qu'il subsiste en la matière un vide législatif absolu. Il n'en est rien : en droit français, le don manuel est reconnu au moins depuis une ordonnance de 1731, largement commentée par la doctrine¹⁵⁸⁵, et, dans le droit nouveau, l'article 931 du Code civil prend bien soin de viser « toutes donations », en ce compris, nécessairement, les dons manuels – dont il est difficilement imaginable qu'ils n'y soient pas compris. La force du langage ici tenu semble sans corrélation avec la réalité du droit : ces formules montrent, au demeurant, un juge soucieux de mettre en avant son apport au droit, quand bien même cela ne serait pas un reflet sincère de l'état du droit. En toute hypothèse, ces formules témoignent du souci du juge de paraître participer à la construction du droit et de placer la jurisprudence comme un élément clef de l'architecture juridique, à l'image de la loi. Une certitude corroborée par la multitude d'exemples jurisprudentiels attestant du concours du

¹⁵⁸³ CI Paris, 8 mars 1860, *Gazette des tribunaux*, 12 avril 1860, t. XXXV, n°10307.

¹⁵⁸⁴ Trib. civ. Paris, 19 février 1862, reproduit sous CI Paris, 16 mai 1863, *Gazette des tribunaux*, 18-19 mai 1863, t. XXXVIII, n°11259.

¹⁵⁸⁵ V. *Rép. Dalloz*, t. XVI, v° *Dispositions entre vifs et testamentaires*, p. 501 et suiv.

juge : qu'il s'agisse de la réglementation des assurances contre les incendies ; de la régulation du courtage clandestin ; ou encore de la sanction des dissimulations de prix de vente par des contre-lettres en matière de cession d'office¹⁵⁸⁶. Les apports de la jurisprudence sont, à cet égard, innombrables, confirmant le rôle créateur que l'ordre judiciaire s'est octroyé, bien que l'apport de la jurisprudence au droit se révèle parfois difficile à débusquer, ainsi que le souligne Jean Boulanger :

« il est, à la vérité, assez difficile de tracer la limite à partir de laquelle commencent les créations de la jurisprudence, parce qu'il y a, chez les tribunaux, une tendance très nette à rattacher la solution qu'ils donnent, soit à une *règle légale*, soit, s'il y a contrat, à la *volonté des parties*. Si donc on s'en tient à la lettre des arrêts, et surtout à la lettre des arrêts de la Cour de cassation qui a reçu mission de sanctionner les violations de la loi, on risque d'être victime d'un faux semblant »¹⁵⁸⁷.

Par ces mots, Jean Boulanger esquisse l'habileté du juge qui déploie des principes nouveaux, tout en prétendant, grâce à un langage soigneusement pesé, de ne pas atteindre à la loi ou de ne pas déployer plus que ce qu'elle énonce évidemment, naturellement. Cela s'explique, le plus souvent, par le fait que le juge doit composer avec un exercice périlleux : compléter la loi, pour répondre aux besoins de la cause, sans trahir les objectifs par elle poursuivis. Ce constat explique que les apports de l'œuvre du juge ne soient pas toujours perceptibles ; cela est même nécessaire, ainsi que Raymond Saleilles le résume :

« lorsqu'une situation nouvelle se présent[e] que le législateur n'avait pas prévue, [de] faire comme s'il l'avait prévue »¹⁵⁸⁸.

Aussi, à l'image des mécanismes étudiés dans le chapitre précédent, le juge ne dit-il pas toujours clairement ce qu'il fait et maquille souvent les apports de la jurisprudence derrière des apparences de légalité. Au demeurant, la conclusion reste identique : le juge participe à l'édifice normatif, dans les interstices de la loi, tant pour assurer sa complète réalisation que garantir la cohérence du droit.

Au fil du XIX^e siècle, le juge applique ainsi des solutions jurisprudentielles innovantes, pour trouver, au-delà du cadre légal, les moyens d'assurer autant l'ordre public que la résolution de conflits nouveaux, en prêtant son concours à une loi qu'il estime insuffisante. De fait, le juge s'affirme avec la conscience d'agir tel un « législateur de complément »¹⁵⁸⁹, venant pallier les

¹⁵⁸⁶ V. *supra*, §1. – Inspirer les lois.

¹⁵⁸⁷ BOULANGER, Jean, « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », dans *Études sur le rôle du juge...*, *op. cit.*, t. V, p. 64.

¹⁵⁸⁸ SALEILLES, Raymond, « Le Code civil et la Méthode historique », dans *Le Code civil, 1804-1904...*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁵⁸⁹ FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, *op. cit.*, p. 135.

défauts, réels ou supposés, des textes afin d'en garantir la pleine exécution. Il reste à déterminer l'autorité de la jurisprudence dès lors qu'elle est invoquée devant les juridictions judiciaires – et notamment devant le juge de cassation.

Sous-section 2. – De l'autorité de la jurisprudence

Le recours à la jurisprudence comme fondement motivationnel interroge nécessairement l'autorité d'un tel raisonnement ; d'autant que l'argument se construit de manière nébuleuse : à l'inverse d'une loi dont il est possible de connaître et décrypter le processus d'élaboration, les principes admis et répliqués par les juges ne sont souvent reconnus comme jurisprudence, souvent, que longtemps après leur édicition, une fois qu'un consensus s'est fait autour d'eux. Aussi, est-il impossible d'identifier un auteur unique d'une jurisprudence ; quand bien même cette traçabilité serait possible, la qualité du juge – un acteur non élu – pêcherait à conférer à son œuvre – la jurisprudence – une légitimité suffisante pour la consacrer reine à la mesure de la loi. Pourtant, l'absence de légitimité ne doit pas conduire à mettre *de facto* la jurisprudence de côté et à lui dénier toute valeur. Aussi, faut-il interroger l'autorité des principes jurisprudentiels : le manquement à une jurisprudence constante ouvre-t-il la voie à cassation ? Avec quel succès peut-elle être convoquée devant un juge, dont il est attendu qu'il juge au visa de la loi¹⁵⁹⁰ ?

En droit, la réponse, négative, ne laisse pas de doute. À l'aube du XIX^e siècle, Philippe-Antoine Merlin de Douai rappelle alors fondamentalement le rôle de la cassation :

« mal juger et juger contre une loi expresse, sont deux choses totalement différentes ; et si vous pouvez, si vous devez casser tous les arrêts qui jugent contre la loi, vous ne devez, vous ne pouvez jamais casser un arrêt qui ne juge que contre la raison, qui n'offense que des principes universellement reçus, il est vrai, mais auxquels le législateur n'a pas imprimé le sceau de sa puissance »¹⁵⁹¹.

¹⁵⁹⁰ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 17 : « L'intitulé du jugement de cassation portera toujours, avec les noms des parties, l'objet de leurs demandes, et le dispositif contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée. »

¹⁵⁹¹ MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, *op. cit.*, t. II, v^o Cassation, p. 194-195.

A fortiori, la jurisprudence est exclue des cas d'ouverture à cassation. Au mitan de ce siècle, le Professeur Louis Cabantous, interrogé sur la force obligatoire de la jurisprudence, peut encore répondre par la négative¹⁵⁹². Ce refus s'explique à l'aune de la genèse de la Cour de cassation : la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 créant le Tribunal de cassation prévoit un nombre réduit des cas d'ouverture à cassation, desquels la violation de la jurisprudence ne peut faire partie. Cette solution se comprend aisément à l'aune de la philosophie qui a guidé l'institution de cette juridiction : il n'est pas attendu de l'organe de cassation, dont le recours procédural doit être exceptionnel, de former une jurisprudence, encore moins d'en sanctionner la violation¹⁵⁹³. Pourtant, au XIX^e siècle, certaines formules, retenues notamment par la Cour de cassation, entretiennent un doute quant à la possibilité de voir la violation d'une jurisprudence constante sanctionnée : à l'image d'un arrêt rendu par la chambre des requêtes, en matière d'expropriation en 1864. Pour rejeter le pourvoi, la Cour affirme que :

« loin d'avoir violé les articles invoqués, l'arrêt attaqué a fait une exacte et juste application des principes consacrés par la jurisprudence de la Cour »¹⁵⁹⁴.

Certes, la question de la violation est rattachée à des dispositions législatives – « loin d'avoir violé les articles invoqués » – mais la seconde incise montre bien qu'il s'agit de la loi telle qu'elle est reconnue et interprétée par la Cour de cassation, confirmant la place de la jurisprudence comme un instrument faisant bien corps avec la loi. Il est alors permis d'interroger la possibilité d'une censure de l'arrêt déféré devant la Cour, s'il avait fait application de la loi dans un sens distinct de la jurisprudence constante sur ce point ? Aussi existe-t-il une ouverture à cassation pour violation d'une jurisprudence ?

Pour envisager ces questions dans toute leur portée, il faut, à cet égard, distinguer deux cas, auxquels la Cour a apporté des solutions diversifiées : la jurisprudence ancienne, émanée des anciens parlements d'Ancien Régime, fait l'objet, au moins dans un premier temps, d'un traitement différencié de la jurisprudence moderne échue depuis la Révolution par les juridictions contemporaines.

Le juge accepte ainsi de sanctionner le manquement à la jurisprudence ancienne, au motif que, dans l'absence de règles positives édictées d'en haut, la jurisprudence a pu faire son lit et continue à régir les situations constituées sous son empire. D'application obligatoire devant les tribunaux, la jurisprudence ancienne doit voir sa violation sanctionnée. Cette

V., également sur ce point, CREPON, Théophile, *Cour de cassation, origines...*, *op. cit.*, t. II, p. 532 et suiv. ; PERREAU, Ernest-Hyppolyte, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, M. Rivière, 1923, t. I, p. 47 et suiv. ; *Rép. Dalloz*, t. VII, v^o *Cassation*, p. 319 et suiv. ; TARBE DES SABLONS, Adolphe-Pierre, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation...*, *op. cit.*, p. 55 et suiv. ; ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 118 et suiv.

¹⁵⁹² MORNET, Marcel, *Du rôle et des droits de la jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁹³ V. *supra*, §2. – L'asservissement originel du Tribunal de cassation.

¹⁵⁹⁴ Cour cass., req., 9 août 1864, *Petit c/ Krauh*, S. 1864. I. 465.

situation se comprend aisément alors que les parlements participaient de fait – si ce n’est de droit – à la législation. Ainsi, la jurisprudence constamment tenue devant les parlements d’Ancien Régime voit son autorité confirmée dès les premières heures du nouveau siècle¹⁵⁹⁵. Cette attitude s’explique aisément : il s’agit de reconnaître à la jurisprudence une valeur qu’elle pouvait avoir dans l’ancien ordre mais qui lui est, au XIX^e siècle, déniée en raison de l’ordre positif nouvellement instauré.

Il apparaît néanmoins que la Cour de cassation module rapidement ce principe. Dès 1808, elle rend une solution étonnante par laquelle elle reconnaît de manière alambiquée la jurisprudence tenue devant le parlement de Paris. En l’espèce, elle casse un arrêt au motif qu’il a « contrevenu au droit constamment observé dans le ressort du ci-devant parlement de Paris, où le contrat dont il s’agit a été passé, et aux articles 2022 et 2023 du Code civil »¹⁵⁹⁶. La seconde incise relative aux articles du Code civil surprend alors que la Cour doit déterminer le sort d’un contrat passé antérieurement à la promulgation du code. Le procédé démontre une volonté de donner à la solution une base légale positive dont la violation peut être sanctionnée. Cet arrêt est à l’aune de la position tenue pendant le reste du siècle : restrictive dans l’admission de la violation de la jurisprudence. De fait, cette décision appelait des modulations et explications que la Cour apporte dès 1817. À raison d’une affaire rendue sur le sort de frais de justice, elle opère une distinction entre deux types de jurisprudences anciennes :

« il n’est point exact de dire que tous les règlements des anciennes cours ont été regardés comme ne faisant pas loi ; que si cela peut être vrai pour des règlements faits du propre mouvement des cours et en l’absence d’une loi, cela ne l’est point ni pour ceux qui ont reçu l’autorisation souveraine, ni pour ceux qui ont pour objet d’assurer le maintien des lois promulguées »¹⁵⁹⁷.

Ce mouvement la conduit progressivement à chercher alors à rapprocher la jurisprudence ancienne d’une loi positive, pour accepter de prononcer une cassation. Encore en 1834, la Cour de cassation en offre la preuve, alors qu’elle est saisie de la question de la péremption de jugements définitifs pour discontinuation de poursuites pendant trois ans. Ici, la Cour casse l’arrêt rendu par la Cour royale de Nîmes au motif qu’elle « a fait une fausse application de la jurisprudence de cet ancien parlement », ajoutant également qu’elle a « essentiellement violé les lois précitées »¹⁵⁹⁸.

De telles décisions ne pouvaient que conduire à une forme de défaveur entourant la jurisprudence moderne. Dès le début du siècle, la Cour de cassation rappelle l’obligation d’une

¹⁵⁹⁵ Cour cass., req., 14 mai 1807, *Rolland c/ Sarrus & Fajon*, S. refondu 1. II. I. 388.

¹⁵⁹⁶ Cour cass., civ., 12 janvier 1808, *Taschereau*, Bull. civ., t. X, n°1, p. 1.

¹⁵⁹⁷ Cour cass., civ., 29 janvier 1817, *Debrosse c/ Desjobert*, S. 1817. I. 112.

¹⁵⁹⁸ Cour cass., civ., 2 juin 1834, *Bessière c/ Balez et consorts*, S. 1834. I. 635. Conf. : Cour cass., civ., 2 mai 1836, *Dubuisson c/ Dalmas & Duperrier*, D. 1836. I. 366.

violation d'un texte formel de la loi pour refuser de voir dans la jurisprudence une cause d'ouverture à cassation, dès lors que des lois positives existent en la matière¹⁵⁹⁹, et, par-là, conférer aux décisions de justice plus de poids que la force de chose jugée. La Cour l'exprime avec une grande clarté en 1825 :

« la violation d'un usage, ou même d'une jurisprudence constante, ne constitue point un moyen de cassation »¹⁶⁰⁰.

Aussi, tel un usage¹⁶⁰¹, la jurisprudence contemporaine, en ce compris celle qui serait émise par la haute juridiction, est-elle disqualifiée de la voie de la cassation. Néanmoins, il faut compter, à côté de la rigueur des principes, avec des raisonnements retenus par la Cour de cassation elle-même, lesquels témoignent d'une réalité plus complexe. Si elle ne censure pas une décision au motif de la violation de la jurisprudence, la Cour recourt à une extension de la violation de la loi qui donne assez à comprendre que le texte positif et son interprétation passée en jurisprudence font corps – par « son incorporation à la loi »¹⁶⁰². Aussi, derrière la cassation pour fausse application de la loi, peut-il s'agir d'une cassation fondée, au fond, sur la violation de l'interprétation de la loi telle que passée en jurisprudence¹⁶⁰³. Ici, la Cour de cassation entretient souverainement une vision extensive de la notion de cassation pour fausse interprétation de la loi, permettant, en dépit de la non-reconnaissance de la violation de la jurisprudence pour elle-même, d'officialiser l'interprétation jurisprudentielle accompagnant une disposition légale.

Dès 1826, la Cour de cassation donne à voir la solution qu'elle maintiendra durablement. Dans cette affaire relative à la confiscation de biens pour cause d'émigration, la Cour rejette le pourvoi formé par des demandeurs réclamant l'extinction de leurs obligations passées, au motif que :

¹⁵⁹⁹ Conf. : Cour cass., civ., 1^{er} fructidor an IX (19 août 1801), *Tranchant c/ Decurtil* ; Cour cass., civ., 18 ventôse an XI (9 mars 1803), *Meynard* ; Cour cass., req., 25 thermidor an XII (13 août 1804), *Montaugé* ; Cour cass., req., 25 août 1812, *Martigny c/ Schwartz* ; Cour cass., req., 13 juillet 1830, *Dasque c/ Page* ; Cour cass., req., 29 juin 1836, *Vasquès c/ Arnaud* (cités par *Rép. Dalloz*, t. VII, v° *Cassation*, p. 337-338).

¹⁶⁰⁰ Cour cass., req., 11 juin 1825, *Rollande*, S. 1825. I. 245.

¹⁶⁰¹ La violation de l'usage, qui n'est consacré par aucune loi, ne saurait ouvrir la voie de la cassation.

Conf. : Cour cass., req., 14 août 1814, *Gazay c/ Vidal*, S. 1819. I. 29 ; Cour cass., req., 3 juillet 1844, *Filhon c/ Barrouil*, S. 1844. I. 667.

V. DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français...*, op. cit., p. 60.

¹⁶⁰² HEBRAUD, Pierre, « Le juge et la jurisprudence », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Espic, 1974, p. 365.

V., également sur ce point, RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 385 et suiv. ; WALINE, Marcel, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », dans *La technique et les principes du droit public...*, op. cit. ; ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, op. cit., p. 72 et suiv.

¹⁶⁰³ V. *supra*, A. – Contrôler.

« l'arrêt attaqué n'a fait que se conformer aux dispositions textuelles et à l'esprit de ces lois développés par la jurisprudence constante et invariable de la Cour de cassation »¹⁶⁰⁴.

Aussi, dans cette décision, la Cour ne vise-t-elle pas isolément sa jurisprudence : elle veille à la rattacher expressément à la loi avec laquelle elle forme un ensemble indissociable. Ce système se comprend aisément tant à la lumière de la proscription des arrêts de règlement, posée par l'article 5 du Code civil¹⁶⁰⁵, à laquelle contreviendrait une cassation fondée sur la violation d'une jurisprudence constante ; qu'à l'aune de la mission pour laquelle la Cour de cassation a été instituée – veiller au respect de la seule loi.

Ce raisonnement est pour longtemps celui de la Cour de cassation : encore en 1968, elle censure un arrêt d'appel rendu sur le seul fondement de sa jurisprudence constante¹⁶⁰⁶. De fait, le système prôné dès le début du XIX^e siècle semble persister au XX^e. Mais cette doctrine reflète mal l'autorité de la jurisprudence, tant elle est, en pratique, tenue pour obligatoire.

Le langage des juges témoigne combien la jurisprudence s'impose à eux, parfois même dans un renversement du primat de la loi. La Cour de cassation, la première, en fait la preuve par des arrêts démontrant combien le juge ne peut s'exempter du respect de la jurisprudence. Un arrêt rendu en 1863 l'illustre bien. En l'espèce, la Cour est saisie d'une contestation élevée par le syndic de créanciers d'un failli qui conteste la vérification et l'admission de créances présentées par la femme du failli, dont elle s'est séparée de corps peu de temps avant la déclaration de cessation des paiements. Si l'hypothèse d'une fraude de la part des époux, lors de la liquidation des reprises de la femme, est accueillie et sanctionnée en première instance, la Cour d'appel de Limoges infirme, au motif que la vérification des créances de l'épouse séparée de corps a été régulièrement exécutée et est devenue en droit inattaquable. La Cour de cassation fait droit à cette solution au terme d'un arrêt à la formulation audacieuse :

« la cause ne présente aucune circonstance particulière qui puisse empêcher ou modifier l'application des principes consacrés par la jurisprudence »¹⁶⁰⁷.

Sous la plume de la juridiction, un caractère s'esquisse : celui d'une jurisprudence qui s'impose au juge, alors contraint de résoudre l'espèce à l'aune de celle-ci ; à l'image de la loi qui est d'application obligatoire. L'impérativité reconnue aux principes est certes

¹⁶⁰⁴ Cour cass., req., 14 novembre 1826, *Ferrette c/ Leu*, S. *refondu* 1. VIII. I. 452.

¹⁶⁰⁵ Code civil, article 5 : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

¹⁶⁰⁶ À l'image de cet arrêt rendu par la chambre criminelle en 1968 et publié au bulletin, par lequel la formation retient cette formule : « la simple référence énoncée d'ailleurs en termes vagues et imprécis à la jurisprudence de la Cour de cassation, ne saurait constituer un motif de nature à donner une base légale à une telle décision ; d'où il suit que l'arrêt attaqué a violé les textes visés au moyen » (Cour cass., crim., 30 octobre 1968, n°67-93.726).

¹⁶⁰⁷ Cour cass., req., 15 décembre 1863, *Syndicat Chabaudie c/ Chabaudie*, S. 1864. I. 86.

immédiatement relativisée par la Cour mais la formulation de cette réserve en confirme simultanément la portée : pour s'en écarter, le juge doit motiver spécialement les circonstances de l'espèce qui justifient la dérogation aux principes jurisprudentiels, sous le contrôle du juge de cassation, cerbère de leur interprétation. De la part de la Cour de cassation, un tel raisonnement n'est pas dénué d'opportunité : le respect de la jurisprudence, dont elle est l'auteure principale, conditionne sa propre autorité.

Les juridictions du fond expriment la même inféodation à la jurisprudence constante. En 1861, la Cour impériale de Paris est saisie d'une affaire relative à la rectification d'actes d'état civil, régie par l'article 46 de la loi du 20 avril 1810¹⁶⁰⁸. La juridiction écarte une interprétation plausible de la loi au motif :

« [qu']il faut admettre que la jurisprudence ne l'a pas décidé ainsi »¹⁶⁰⁹.

Une telle formulation souligne combien la cour reconnaît devoir s'inscrire dans une lignée jurisprudentielle, qui commande la solution à apporter. Bien plus, la critique semble même timide ; force est de constater que la réforme de 1837 a fait son lit et que la jurisprudence consacrée par la Cour de cassation est peu discutée.

La jurisprudence constante s'impose donc au juge, jusqu'à parfois apparaître comme une norme indépendante et étrangère au juge qui en est pourtant l'auteur. Un glissement qui en appelait un autre : en d'autres hypothèses, les décisions de justice usent, à l'égard de la jurisprudence, d'un vocabulaire pourtant assigné à la loi. Un jugement venu du Tribunal de Châlons-sur-Marne, en 1863, en fait la preuve. Ici, le tribunal rend une décision sur une « question longtemps controversée » de l'aveu du rédacteur de la *Gazette des tribunaux* rapportant cette décision : l'essence du jugement par défaut faute de plaider – également dit faute de conclure. Dans cette espèce, un débiteur est attiré devant les tribunaux par son créancier pour le règlement de dommages-intérêts importants ; condamné, le défendeur souhaite contester cette solution qui ne le satisfait pas. Ayant été rendu par défaut, en raison du refus du mandataire du défendeur de plaider, le jugement est exclusivement attaquable par la voie de l'opposition – qu'en l'espèce le défendeur forme, plusieurs mois après sa signification.

Or, l'opposition est enserrée dans des délais, différents selon le type de jugement par défaut. De là, une alternative : l'opposition aux jugements faute de comparaître peut être formée jusqu'à l'exécution du jugement¹⁶¹⁰, à l'inverse des jugements faute de plaider, à l'égard

¹⁶⁰⁸ Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, article 46 : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. – Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements ; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

¹⁶⁰⁹ CI Paris, 22 février 1861, *Gazette des tribunaux*, 23 février 1861, t. XXXVI, n°10581.

¹⁶¹⁰ Code de procédure civile, article 158 : « S'il est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement ».

desquels l'opposition doit être formée sous huitaine¹⁶¹¹. Entre ces deux types, une nuance : la constitution d'avoué. Si, à première vue, la différence entre les deux espèces de jugement par défaut apparaît nettement, la dichotomie est, en pratique, peu aisée tant la constitution d'avoué peut être débattue et ainsi influencer la nature du jugement rendu par défaut. La constitution est parfois reconnue comme forcée et, partant, ne requérant pas une acceptation expresse de l'avoué ; ou, à l'inverse, il peut être exigé une acceptation expresse de l'avoué, pour admettre sa constitution. Eu égard à son incidence sur les délais d'opposition, la qualification du jugement par défaut a naturellement nourri de vives oppositions, aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine¹⁶¹².

En l'espèce, le débiteur condamné était bien représenté à l'audience par un mandataire ordinaire, qui ne s'est cependant pas exprimé. Aussi, le tribunal juge-t-il qu'il s'agit bien ici d'un jugement rendu faute de plaider et conclut tant à l'irrecevabilité de l'opposition — jugée tardive — qu'à l'exécution du jugement contesté. Dans un dernier attendu, le tribunal retient que :

« la jurisprudence a souverainement décidé que le pouvoir donné par une partie à un mandataire ordinaire ou à un agréé de la représenter devant le tribunal de commerce, devait être assimilé à une constitution d'avoué, en ce sens que si le mandataire comparaît, le jugement qui intervient est alors rendu par défaut, non par faute de comparaître, mais par faute de plaider »¹⁶¹³.

Outre que le tribunal de commerce donne ici à croire que la solution est définitivement tranchée en ce sens alors qu'elle demeure l'objet d'un débat jurisprudentiel, les termes employés se veulent à l'aune de l'autorité de l'ordre judiciaire : la force du juge et de son œuvre ne pouvait être mieux rappelée que par l'emploi de cet adverbe « souverainement ». Cette décision témoigne d'un déplacement sémantique de ce terme, opéré au cours du XIX^e siècle : d'une notion d'indépendance du juge du fond dans l'appréciation souveraine des faits, il renvoie désormais à une souveraineté normative de la jurisprudence, et en particulier de celle émanant de la Cour de cassation, dont les principes acquièrent une portée générale. Le juge judiciaire décide ainsi seul du sens de la loi laquelle entretient des zones d'ombre. La certitude ici manifestée est au demeurant confortée par la circonstance que, en appel, le jugement est confirmé. Rappeler sa souveraineté, pour illustrer son indépendance, n'est pas un fait isolé. Les

¹⁶¹¹ Code de procédure civile, article 157 : « Si le jugement est rendu contre une partie ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable que pendant huitaine, à compter du jour de la signification à avoué. »

¹⁶¹² V. *Rép. Dalloz*, t. XXIX, v^o *Jugement par défaut*, p. 624-626.

¹⁶¹³ Trib. com. Châlons-sur-Marne, 25 mai 1864, reproduit sous CI Paris, 24 novembre 1864, *Gazette des tribunaux*, 14 décembre 1864, t. XXXIX, n^o 11750.

cas sont légion¹⁶¹⁴. Cette attitude trahit la mue du juge judiciaire hors du giron du légicentrisme, bien qu'il témoigne en permanence, en arrière-plan, le souci d'assurer l'efficacité de la loi et, plus largement, du droit.

Plus étonnant encore, le pouvoir exécutif a pu lui-même laisser entendre que la violation de la jurisprudence devait être sanctionnée. Il a en effet participé à consacrer l'autorité de la Cour de cassation, en incitant tant le juge à persister dans cette voie qu'à renvoyer directement à la jurisprudence dans la motivation de l'arrêt. Cette idée est illustrée par le traitement de la notion de matières politiques – une question qui a soulevé de nombreuses controverses jurisprudentielles. Par la loi du 18 juillet 1828, il est fait obligation aux publications traitant de matières politiques, de se soumettre à une formalité préalable de parution *via* l'exigence d'un cautionnement ; sont exceptées néanmoins de cette démarche préalable les feuilles consacrées aux sciences et belles lettres¹⁶¹⁵. La difficulté tient ici en ce que la loi ne prend pas soin de définir ce que recouvre exactement cette notion ; une carence qui conduit, d'une part, les juridictions à chercher à encadrer par elles-mêmes la notion et, surtout, d'autre part, à vouloir lui donner une acceptation extensive qui correspond au fond au vœu du législateur.

Pour y parvenir, les juridictions développent des outils *ad hoc* permettant de faire tomber sous le coup de la loi des actions non explicitement visées par elles. Dès 1851, par deux décisions semblables, la Cour de Paris souligne la carence du législateur pour justifier sa propre intervention et rappelle, dans une formule idoine :

« si la loi n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par matières politiques, le sens naturel de ce mot comprend, non seulement les nouvelles et les discussions politiques, mais aussi tout ce qui concerne la politique, sous quelque forme que

¹⁶¹⁴ Un autre exemple est fourni par le Tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand. La juridiction est appelée, en 1868, à se prononcer sur le sens des manœuvres, évoquées par la loi du 27 février 1858 au sujet du délit d'excitation à la haine et au mépris du gouvernement. Après avoir évoqué les discussions tenues lors de l'élaboration de la loi, le tribunal retient que les manœuvres sont caractérisées par « l'habitude et le but coupable » et ajoute que l'expression a été « interprété[e] souverainement » par la jurisprudence, notamment, de la Cour de cassation (Trib. corr. Clermont-Ferrand, 21 novembre 1868, *Gazette des tribunaux*, 26 novembre 1868, t. XLIII, n°12974).

¹⁶¹⁵ Loi du 18 juillet 1828 sur les journaux et écrits périodiques, article 3 : « Seront exempts de tout cautionnement, 1° Les journaux ou écrits périodiques qui ne paraissent qu'une fois par mois ou plus rarement ; 2° Les journaux ou écrits périodiques exclusivement consacrés, soit aux sciences mathématiques, physiques et naturelles, soit aux travaux et recherches d'érudition, soit aux arts mécaniques et libéraux, c'est-à-dire aux sciences et aux arts dont s'occupent les trois académies des sciences, des inscriptions et des beaux-arts de l'Institut royal ; 3° Les journaux ou écrits périodiques étrangers aux matières politiques, et exclusivement consacrés aux lettres ou à d'autres branches de connaissances non spécifiées précédemment, pourvu qu'ils ne paraissent au plus que deux fois par semaine ; 4° Tous les écrits périodiques étrangers aux matières politiques et qui seront publiés dans une autre langue que la langue française ; 5° Les feuilles périodiques exclusivement consacrées aux avis, annonces, fiches judiciaires, arrivages maritimes, mercuriales et prix courants. – Toute contravention aux dispositions du présent article et du précédent sera punie conformément à l'article 6 de la loi du 9 juin 1819. »

ce soit, et notamment la polémique qui peut s'engager sur tous les actes de l'autorité publique »¹⁶¹⁶.

Cette solution, rédigée sans ambages, autorise une vision extensive de la notion de matières politiques. Or, cet effort de définition d'un élément légal par les juridictions est reconnu par le ministre de la justice lui-même. Dans une circulaire émise le 16 août 1849, le ministre reconnaît que :

« la loi n'a pas défini les matières politiques ; mais, d'après son esprit et conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (arrêts criminels des 29 décembre 1831¹⁶¹⁷, 3 juillet 1840¹⁶¹⁸ et 21 septembre 1844¹⁶¹⁹), ces expressions renferment toute polémique, toute discussion sur la marche générale du Gouvernement et sur les divers actes de l'autorité publique »¹⁶²⁰.

Une telle reconnaissance de l'œuvre de la jurisprudence ne pouvait que conduire les juridictions à continuer d'encadrer les termes du débat, tout le siècle durant. Sous le Second Empire, le débat est renouvelé à l'occasion de l'entrée en vigueur du décret du 17 février 1852, modifiant les règles régissant les activités de presse. Le décret reprend la loi de 1828 dont il maintient les mêmes incertitudes langagières. En 1867, la controverse est portée devant de la Cour impériale de Montpellier, qui use de l'argument de la généralité de la loi, pour réprimer les journaux traitant de *matières politiques*, sans s'être conformés à l'obligation de requérir une autorisation préalable de publication. Pour réformer la relaxe d'un rédacteur-gérant de journal, la Cour retient, sous couvert de « l'interprétation donnée à ce décret par la Cour de cassation », que :

« [les] termes [de la loi], à raison même de leur généralité, doivent être compris dans le sens la plus large et le plus absolu, en y faisant entrer tout ce qui, sous quelque forme que ce soit, touche aux théories gouvernementales, administratives ou économiques, ainsi qu'aux faits et documents qui y sont relatifs »¹⁶²¹.

La rédaction choisie témoigne ainsi de la volonté de faire primer l'application et l'efficacité de la loi sur sa formulation littérale. Cette volonté justifiait, en 1859, que le Tribunal correctionnel de la Seine conclut un jugement, à la solution analogue et confirmée en appel, par

¹⁶¹⁶ CA Paris, 10 avril 1851, *Gazette des tribunaux*, 11 avril 1851, t. XXVI, n°7411 ; CA Paris, 17 septembre 1851, *Gazette des tribunaux*, 9 octobre 1851, t. XXVI, n°7567.

¹⁶¹⁷ Cour cass., crim., 29 décembre 1831, *Barthélemy*, *Bull. crim.*, t. XXXVI, n°333, p. 568.

¹⁶¹⁸ Cour cass., crim., 3 juillet 1840, *Guérin*, *Bull. crim.*, t. XLV, n°194, p. 270.

¹⁶¹⁹ Cour cass., crim., 21 septembre 1844, *Soullier*, *Bull. crim.*, t. XLIX, n°328, p. 471.

¹⁶²⁰ *Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la justice...*, *op. cit.*, 1880, t. II, p. 118.

¹⁶²¹ CI Montpellier, 24 décembre 1867, *Gazette des tribunaux*, 2-3 janvier 1867, t. XLII, n°12386.

le rappel que « l'infraction ne saurait être justifiée par la tolérance dont auraient été l'objet d'autres faits analogues »¹⁶²².

Ainsi, si le juge semble conscient du rôle déterminant de sa jurisprudence dans l'arsenal normatif – ainsi que l'illustre son langage –, l'exemple de l'application de la loi de 1828 montre que ses contemporains n'ignorent pas cette mue mais partagent, au contraire, cette perception : la jurisprudence a acquis une telle autorité que le pouvoir exécutif en vient à reconnaître et respecter le pouvoir interprétatif du juge.

La circonstance que le non-respect de la seule jurisprudence ne saurait être un cas d'ouverture de cassation, ne doit en rien en diminuer la valeur. Bien au contraire, le juge s'estime bien tenu par la jurisprudence qu'il cherche le plus souvent à reproduire, alors que la loi ne l'y contraint pas. Le juge acte volontairement l'autorité des principes jurisprudentiels qu'il tient pour obligatoires devant lui – à condition néanmoins qu'ils soient bien constants¹⁶²³. De fait, la reconnaissance – ou non – de la sanction de la fausse application de la jurisprudence paraît indifférente, tant la jurisprudence s'est, pour et par le juge, imposée comme fondement en droit suffisant pour juger. Cela présage d'une autorité bien plus grande encore de la jurisprudence : nonobstant sa reconnaissance par la loi, elle est considérée comme d'application obligatoire par le juge. En cela, elle est empreinte d'une autorité d'autant plus certaine qu'elle ne vient pas d'en haut, comme imposée par la loi. C'est ce caractère qui a permis de conférer à la jurisprudence au moins la forme de coutume moderne¹⁶²⁴, à laquelle elle emprunte des caractères : une règle fréquente constante et non équivoque, considérée comme obligatoire tant par ses auteurs que les parties prenantes à un litige. C'est, au demeurant, par le truchement d'une assimilation à la coutume que la jurisprudence gagnera sa légitimité et ses lettres de noblesse dans la doctrine du XX^e siècle¹⁶²⁵.

En érigeant l'argument jurisprudentiel comme fondement de sa décision, le juge rappelle l'essence de son rôle et la cause de sa saisine : résoudre un litige. C'est le sens de l'article 4 du Code civil, qui fait obligation au juge de trouver, au-delà du silence, de l'obscurité

¹⁶²² Trib. corr. Seine, [s.d.], reproduit sous CI Paris, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 30 janvier 1859, t. XXXIV, n°9933.

¹⁶²³ Dès 1826, la Cour royale de Toulouse fournit une clef de lecture de l'argument jurisprudentiel, permettant d'en préciser la conception. Dans ce contentieux élevé sur la plantation d'arbres, la cour refuse de faire application d'une solution proposée au motif qu'elle fait l'objet de débats jurisprudentiels non encore tranchés et, partant, qu'elle est dépourvue de l'autorité d'une jurisprudence obligatoire. Voici les termes retenus par l'arrêt : « si quelques arrêts l'ont jugé dans des cas particuliers, ils n'ont pu former une jurisprudence constante et obligatoire ; d'autres arrêts et une jurisprudence opposée ont décidé le contraire » (CR Toulouse, 9 décembre 1826, *D'Hers c/ Delpy*, S. *refondu* 1. VIII. II. 297).

¹⁶²⁴ GENY, François, *Méthode d'interprétation en droit privé positif. Essai critique*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1919, t. II, p. 49 et suiv.

¹⁶²⁵ V., sur ce point, l'analyse rétrospective de ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 141 et suiv.

ou de l'insuffisance éventuels des lois, les moyens de régler le différend porté devant lui. Ce postulat explique, dès lors, que le juge « peut sanctionner une règle qu'il découvre pour les besoins de la cause »¹⁶²⁶ et dont les ressorts se déploieraient dans la création jurisprudentielle – et non pas sur le fondement de la seule loi. Sans trahir le devoir de privilégier le recours à la base légale, le juge peut innover par sa jurisprudence.

*
* *

Force est de constater que l'étude de la pratique judiciaire offre à voir l'édiction d'une jurisprudence, qui s'efforce de s'offrir comme un fondement homogène et constant dont le juge veille à puiser la rationalité dans le vœu de la loi. Une réalité qu'Alexandre Duranton met en mot dès 1825 pour conclure que « ce caractère de fixité [...] lui donne, en quelque sorte, la force de loi écrite »¹⁶²⁷. Par ailleurs, c'est vraisemblablement l'effort fait pour présenter les préceptes jurisprudentiels telle une suite logique de la loi qui conduit, parfois, à ce que l'apport de la jurisprudence ne soit pas manifeste. Néanmoins, qu'il œuvre de manière implicite comme explicite, le juge concourt bien à la marche du droit et, bien plus, confère à ses idées une valeur proche, si ce n'est égale, à celle de la loi. Un pouvoir créateur encore renforcé par la circonstance que la jurisprudence tient sa vigueur de la seule volonté du juge, qui consent de lui-même à s'y soumettre.

Mais le juge n'omet pas, dans cette démarche, de se soumettre aussi à la loi. Sous ce prisme, la jurisprudence, qui se présente certes parfois comme un ersatz de loi, apparaît souvent au chevet de la loi : pour en favoriser l'exécution, la sanction ou encore l'actualité. Cette idée est tout entière retranscrite dans un arrêt rendu en 1870 par la Cour de Nancy :

« [qu']à une époque où la violence et la force tendent de plus en plus à substituer leurs procédés arbitraires à l'empire légitime du droit, la magistrature a l'impérieux devoir d'affirmer sa puissance, en montrant que notre législation lui fournit le moyen de réprimer, n'importe d'où ils viennent, tous les écarts, tous les abus et tous les excès »¹⁶²⁸.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, p. 140.

¹⁶²⁷ DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français...*, op. cit., t. I, p. VIII.

¹⁶²⁸ CI Nancy, 3 février 1870, *Chambre des notaires de Nancy*, S. 1870. II. 51.

Par ces mots, la juridiction rappelle l'essence de la mission du juge : puiser, d'abord, dans la loi les remèdes pour résoudre les litiges et la compléter, au besoin, de principes jurisprudentiels qui doivent apparaître comme son complément naturel.

En toute hypothèse, ce rôle débordant de la jurisprudence ne s'épuise pas au XIX^e et, bien au contraire, se confirme encore au XX^e siècle ; ce dont le développement de l'*obiter dictum* – littéralement, ce qui est dit en passant – fait la preuve. Or, une pratique semble constituer l'acmé des pouvoirs du juge. La notion, formalisée par un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1969¹⁶²⁹, conduit le juge à suggérer, pour l'avenir, la résolution en pur droit d'un litige et, partant, à méconnaître la portée de l'article 5 du Code civil.

Critiqué en ce qu'il conduit à voir dans l'affaire donnant lieu à l'*obiter dictum* un « procès pilote », le concept permet cependant d'offrir une sécurité juridique nouvelle : tant aux parties prenantes de l'espèce, dont la résolution n'est pas affectée par l'établissement de ces principes nouveaux, qu'aux autres justiciables, ainsi prévenus de la manière dont le droit sera désormais entendu. L'*obiter dictum* trahit un pouvoir exorbitant dont le juge s'est emparé et s'offre comme la preuve qu'il s'est affranchi des dernières barrières posées à l'exercice de son office : l'interdiction des arrêts de règlement. Si le principe était déjà largement remis en question par l'application d'une jurisprudence constante à laquelle le juge s'estime, sans contrainte, tenu, la consécration de l'*obiter dictum* achève de confirmer le rôle créateur et constant de la jurisprudence. Une faculté inédite, à l'aune d'autres pouvoirs originaux préemptés par le juge – le même constat pourrait être fait du *pourvoi dans l'intérêt de la loi*¹⁶³⁰ – et dont il s'enorgueillit. À l'image du premier président de la Cour de cassation Pierre Bellet, qui, dans une conférence devant l'Assemblée générale de la Société de législation comparée, tenue en décembre 1979, explique que :

« le juge de cassation est source de droit ; il est avec l'assentiment tacite, ou même exprès, du Parlement, para-législateur. On passe de la séparation des pouvoirs à leur coopération »¹⁶³¹.

Ensemble, ces considérations appelaient un changement de prisme dont la traduction dans la loi se révélait nécessaire. C'est chose faite par l'introduction du nouveau Code de procédure civile en 1975. Celui-ci dispose désormais dans son article 12 que :

¹⁶²⁹ Cour cass., 1^{ère} civ., 20 mai 1969, *Bull. civ.*, n°193.

V. CAPITANT, Henri, TERRE, François, & LEQUETTE, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., t. I, n°49 ; TOURNAUX, Sébastien, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, n°1, p. 45-66.

Néanmoins un exemple antérieur est relevé en matière pénale en 1958 par les Professeurs Philippe Malaurie et Patrick Morvan : v. MALAURIE, Philippe, & MORVAN, Patrick, *Introduction générale*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 2005, p. 280.

¹⁶³⁰ V. KRYNEN, Jacques, *L'état de justice...*, op. cit., t. II, p. 201.

¹⁶³¹ BELLET, Pierre, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », loc. cit., p. 297.

« le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

L'article ne vise plus la seule loi comme base de la motivation du juge mais l'ensemble des « règles de droit [...] applicables ». Cette rédaction ouvre la voie à des décisions fondées tant sur la jurisprudence que sur des grands principes généraux du droit, dont l'autorité ne pourrait être contestée¹⁶³². Cette nouvelle formulation revêt une importance considérable, tant elle inscrit en faux les principes directeurs qui ont présidé à l'institution du juge contemporain. L'époque de la rédaction de la loi relative à l'institution du Tribunal de cassation, qui lui commandait de trancher les litiges au visa de la loi¹⁶³³, semble bien révolue. Or, ces innovations juridiques, qui n'apparaissent que dans la seconde moitié du XX^e siècle, s'inscrivent, au fond, dans le sillon tracé par le juge dès le XIX^e siècle.

¹⁶³² V. ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, op. cit., p. 120 et suiv.

¹⁶³³ Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, article 17 : « L'intitulé du jugement de cassation portera toujours, avec les noms des parties, l'objet de leurs demandes, et le dispositif contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée. »

– Section 2 –

Abroger la loi

« Tant que la loi vit elle fait plus que vivre, elle règne mais comme elle est bornée et stationnaire, il vient un jour où le seul progrès qu'il lui soit donné d'accomplir, c'est de n'être plus »

Joseph Massot, « Du droit et de la loi »¹⁶³⁴

Joseph Massot, alors procureur du roi à Perpignan, met ici en mot l'inévitable désuétude de la loi et en tire toutes les conséquences : dès lors qu'elle ne peut évoluer sans altérer sa nature, la loi ne connaît d'autre forme de progrès que sa disparition. Ce constat soulève chez le magistrat une interrogation : qui dispose de la légitimité nécessaire pour déclarer la loi dépassée ? Selon toute vraisemblance, ce rôle ne pourrait être dévolu qu'à celui qui en est l'auteur : au législateur seul serait reconnu un pouvoir d'abrogation de la loi. Une autre solution pourrait également se concevoir : l'institution d'un organe *ad hoc* désigné aux fins de consacrer la fin de « règne » de la loi – en raison, tantôt de sa contrariété avec l'acte constitutionnel supérieur, tantôt de sa désuétude. Si d'autres hypothèses peuvent encore être imaginées sans pour autant renier le légicentrisme, nulle part le juge judiciaire ne paraît appelé à s'y insérer. L'analyse des décisions de justice rendues tout au long du XIX^e siècle oblige toutefois à interroger cette certitude.

Il n'est pas question ici de traiter des lois constitutionnelles, dont l'autorité cesse par l'entrée en vigueur d'une nouvelle constitution : la coexistence entre les deux ordres normatifs étant impossible, le juge n'intervient pas en principe à cet égard¹⁶³⁵. Il s'agit d'interroger le sort des normes infra-constitutionnelles : les lois ordinaires. Aux prémices du siècle, une évidence faisait pourtant jour : la conséquence première du jeu de la séparation des pouvoirs est d'interdire à la juridiction judiciaire d'empiéter sur les prérogatives du législateur, en annihilant les effets des règles qu'il édicte. L'interdiction faite aux juges d'abroger la loi semble relever de l'évidence que le livre préliminaire, finalement écarté de la rédaction finale du Code civil,

¹⁶³⁴ MASSOT, Joseph, « Du droit et de la loi », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, t. IX, p. 193.

¹⁶³⁵ L'application résiduelle, au XIX^e siècle, de l'article 75 de l'acte constitutionnel de l'an VIII par les juridictions judiciaires montre néanmoins que ce principe souffre d'exceptions.
V. *supra*, B. – L'attitude des institutions.

permettait de rappeler¹⁶³⁶ et dont les tribunaux ont conscience, puisque, les premiers, ils en défendent le principe¹⁶³⁷. Néanmoins, cette évidence rencontre vite une limite, exprimée dès l'an IX (1801) par Jean-Marie-Étienne Portalis. Dans son *Discours préliminaire*, il esquisse une autre voie en considérant, devant le Corps législatif, que :

« les lois conservent leur effet, tant qu'elles ne sont point abrogées par d'autres lois ou qu'elles ne sont point tombées en désuétude ».

En réduisant à une alternative la disparition de la loi, l'orateur introduit la possibilité d'une caducité de la loi qui ne soit pas prononcée par le législateur – une hypothèse jugée nécessaire pour faire « justice des mauvaises lois [et] protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même »¹⁶³⁸. Or, une telle obsolescence ne pourrait être reconnue que par celui qui, quotidiennement, exécute la loi et en constate, de fait, son inapplicabilité aux différends dont le saisissent les justiciables : le juge. Une pratique qui se développe dans le silence des actes constitutionnels du XIX^e siècle.

Pour conclure à la disparition de la loi, le juge peut être amené à conduire deux natures de contrôle. Le premier consiste en un examen de constitutionnalité de la loi, qui cache encore son nom au XIX^e siècle. De fait, si la démarche n'apparaît pas alors en ces termes au XIX^e siècle, les décisions relevées au fil du siècle témoignent néanmoins d'un effort fait pour s'assurer de l'adéquation des lois aux actes constitutionnels. Le juge œuvre ainsi dans le sens d'une harmonisation de l'ordre juridique ; un rôle qui lui confère une réelle autonomie et qui est rendu d'autant plus urgent par la circonstance que ce siècle connaît une succession rapide de régimes, qui oblige régulièrement à interroger le sort de lois antérieures. C'est l'hypothèse évoquée en première partie¹⁶³⁹. Le second contrôle consiste en un examen plus diffus et, par-là, peut-être plus exorbitant : apprécier la vigueur des lois ordinaires pour réguler les dispositions encore applicables, indépendamment de l'entrée en vigueur d'un nouvel ordre constitutionnel. Cette section vise à étudier les efforts entrepris par le juge pour mettre en cohérence la loi ancienne avec la loi nouvelle.

¹⁶³⁶ Le projet de Code civil, présenté le 24 thermidor an VIII (12 août 1800), offrait, dans un livre préliminaire, un titre VI relatif à l'abrogation des lois. L'article 1^{er} énonçait que « l'abrogation des lois ne se présume pas ». Si cette énonciation devait présenter encore un doute, l'article 2 se chargeait d'en affiner l'idée, en ajoutant que « les lois sont abrogées, en tout ou en partie, par d'autres lois ». Un troisième et dernier article précisait, à cet effet, que « l'abrogation est expresse ou tacite » (FENET, Pierre-Antoine, *Recueil...*, *op. cit.*, t. II, p. 8).

¹⁶³⁷ Les observations présentées par les tribunaux lors de l'élaboration du Code civil en fournissent une bonne illustration. Proposant sa proposant version du livre préliminaire, le Tribunal de Paris conçoit un article 15, au sein du titre III relatif à l'application des lois, dont la rédaction est dénuée d'ambiguïté quant au rôle nul du juge en matière d'abrogation : « L'abrogation des lois ne doit pas se présumer ; elles ne peuvent être abrogées que de deux manières, ou par une loi qui déclare positivement l'abrogation, ou par des dispositions directement contraires aux dispositions de lois antérieures » (*ibid.*, t. V, p. 97-98).

¹⁶³⁸ *Ibid.*, t. I, p. 479.

¹⁶³⁹ V., pour les développements relatifs à l'examen constitutionnalité des lois, *supra*, §3. – Amender les lois.

En cette matière, deux principes bien connus guident la réflexion ayant trait à l'abrogation. Le premier relève de l'évidence : la loi nouvelle prime la loi antérieure, dont l'abrogation s'impose comme conséquence nécessaire. Le second principe amende le premier : à l'aune de l'adage *legi speciali per generalem non derogatur*¹⁶⁴⁰, les lois spéciales ne peuvent pas être abrogées par l'effet de lois générales postérieures, sauf à ce que la loi nouvelle en prononce expressément l'abrogation¹⁶⁴¹. Au-delà, comprendre les ressorts de l'abrogation de la loi nécessite de se plonger dans l'étude des décisions de justice, desquelles une alternative fait vite jour : l'abrogation peut procéder d'une volonté *expresse* du législateur ou résulter d'un raisonnement extrapolant la volonté *tacite* du législateur d'abroger une règle. La dualité est régulièrement évoquée dans les décisions de justice ; en atteste un arrêt rendu par la Cour royale de Toulouse, qui rappelle cette alternative. En l'espèce, la cour consacre la vigueur de dispositions litigieuses, au motif :

« [qu'elles] n'ont été ni *virtuellement* ni *explicitement* abrogées par des lois postérieures »¹⁶⁴².

Comme l'illustre la cour occitane, le juge a ainsi développé, au mépris apparent de la séparation des pouvoirs, deux natures d'abrogation, témoignant de son élargissement à l'égard de la loi. Aussi, s'agit-il d'étudier le juge en action dans la mise en œuvre, d'une part, de l'abrogation expresse de la loi (*Sous-section 1*) et, d'autre part, de l'abrogation implicite de la loi (*Sous-section 2*). À cet égard, deux remarques s'imposent. L'exercice de ces prérogatives, qui conduisent le juge à s'ériger en censeur des dispositions légales, ne se déroule ni linéairement ni progressivement au fil du XIX^e siècle : l'étude de l'abrogation de la loi doit mettre en avant des moments de flux et reflux dans la liberté exprimée par le juge à l'égard de la loi. Par ailleurs, l'examen de ces mécanismes nécessite de convoquer différentes thématiques permettant d'illustrer un contrôle qui embrasse de vastes pans du droit¹⁶⁴³. En s'emparant de cette mission d'abrogation de la loi, le juge du XIX^e siècle exerce un rôle parfois confus mais dont l'influence ne saurait être minorée.

¹⁶⁴⁰ « Il n'est pas dérogé à une loi spéciale par une loi générale ».

¹⁶⁴¹ Conf. : Cour cass., crim., 19 février 1813, *Réquisitoire c/ Brulain*, S. 1813. I. 250 ; Cour cass., civ., 26 août 1816, *Douanes c/ Broutin*, S. *refondu* V. I. 236 ; Cour cass., crim., 8 août 1822, *Contributions indirectes c/ Perigeat*, S. *refondu* VII. I. 123. Ces solutions sont conformes à l'avis rendu en 1807 par le Conseil d'État, relatif à l'effet – ici déclaré non-abrogatif – du Code de procédure civile quant aux procédures dans les contentieux de la régie (avis du Conseil d'État des 12 mai-1^{er} juin 1807 sur la forme de procéder dans les affaires concernant la régie de l'enregistrement et des domaines).

¹⁶⁴² CR Toulouse, 17 juillet 1835, *Veuve Maire-Nyon c/ Douladoure et al.*, S. 1836. II. 41.

¹⁶⁴³ La profusion de décisions disponibles contraint à opérer un choix dans les thématiques étudiées ; mais d'autres voies auraient pu être explorées, tel que le traitement prétorien du bail emphytéotique. À cet égard, Eva Becquet a montré, dans sa thèse, que la survivance des dispositions relatives au bail emphytéotique ne s'opère, après l'entrée en vigueur des codifications, que grâce à une « jurisprudence active », qui se fait fort de trouver dans la non-abrogation expresse de la loi sa survivance (BECQUET, Eva, *Le bail emphytéotique : de la rédaction des coutumes à la loi du 25 juin 1902*, [th. droit, Paris], 2023, p. 317 et suiv.).

Sous-section 1. – Formaliser l’abrogation

Par son terme même, le mécanisme d’abrogation expresse – également dite formelle ou explicite – semble aussi simple qu’évident : *via* une loi nouvelle, le législateur prononce l’abrogation d’une norme antérieure, qu’il vise expressément. En pratique, la mise en œuvre de ce principe connaît de nombreux écueils, non sans lien avec les turbulences politiques qui émaillent le XIX^e siècle. Ce dernier est en effet marqué par une succession de régimes et partis antagonistes, qui, à leur avènement, cherchent à nettoyer le système légal des normes antérieures jugées contraires au nouvel ordre. Pour y parvenir, les régimes procèdent souvent par une voie facile, consistant à recourir à une formule volontairement vague et générique, visant *l’abrogation générale des lois antérieures contraires à la loi nouvelle*. Une telle clause apparaît dès la promulgation du Code civil, par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), dont l’article 7 abroge les règles antérieures aux codifications contraires aux dispositions nouvelles¹⁶⁴⁴. Toutes les déclarations d’abrogation par le législateur ne sont pas aussi généralisantes mais de semblables clauses parsèment les codes parus ultérieurement¹⁶⁴⁵, de même que certaines lois *ad hoc* légiférant sur l’ensemble d’une matière. Or, elles entretiennent une part de doute quant au périmètre des lois abrogées, invitant le juge à expliciter l’abrogation en précisant les règles antérieures incompatibles avec la loi nouvelle. Pour y parvenir, la Cour de cassation fournit elle-même, dès 1813, un guide utile aux juridictions. Dans cet arrêt de cassation, elle retient que :

« les cours et tribunaux sont tenus d’observer les lois anciennes, dans les matières non réglées par le Code pénal ; et que les matières réputées non réglées par ce code, sont celles sur lesquelles il ne renferme que quelques dispositions détachées, qui ne forment pas un système complet de législation ».

Après avoir ainsi établi une dichotomie entre les lois éparses et les « systèmes complets de législation », la Cour peut conclure, en l’espèce, au maintien de la loi du 28 septembre 1791 relatif à la police rurale, au motif que le Code pénal « n’ayant point établi un nouveau corps de

¹⁶⁴⁴ Loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de *Code civil des Français*, article 7 : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d’avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l’objet desdites lois composant le présent code. »

¹⁶⁴⁵ La clause apparaît à l’article 484 du Code pénal et à l’article 1041 du Code de procédure civile. À l’égard du Code de commerce, cela ressort de l’article 2 du décret du 15 septembre 1807 fixant l’époque à laquelle ce code sera exécutoire.

législation » sur cette matière, la loi « est nécessairement maintenue pour tous les délits qu'elle a prévus, et sur lesquels le Code pénal ne contient pas de dispositions particulières »¹⁶⁴⁶. Par cet arrêt, reprenant en substance les considérants d'un avis du Conseil d'État rendu l'année précédente à la suite d'une demande en interprétation des sections réunies¹⁶⁴⁷, la Cour offre un raisonnement transposable aux autres matières pourvues d'un code et aisément reproductible des juridictions du fond. Par-là, elle confirme également le rôle régulateur du juge qui opère un tri entre les dispositions législatives, que le législateur n'est pas parvenu à concrétiser¹⁶⁴⁸. Or, la mise en œuvre de cette prérogative n'est pas exempte d'une part de subjectivité — ainsi que l'enseignait déjà la mission confiée à la chambre des requêtes¹⁶⁴⁹ — tant il est vrai que tout tri, toute sélection, si anodins qu'ils paraissent, participent à l'édifice jurisprudentiel. Aussi, le juge décide-t-il, souverainement, d'écarter les dispositions dont le contenu et l'esprit apparaissent inconciliables avec la législation nouvelle.

Cette mission prend certes racine dans une déclaration d'abrogation du législateur — le juge ne constatant pas de lui-même la caducité d'une disposition — ; elle manifeste néanmoins, dans son application, l'étendue du contrôle que le juge exerce sur la validité et la vigueur des textes, qu'il peut tenir pour incompatibles avec des lois nouvelles et, partant, écarter de l'arsenal normatif. De cette abrogation générale censément explicite mais insuffisamment précise, naît alors un double mouvement : le juge module l'étendue de l'abrogation décrétée par la loi, en lui faisant porter tantôt un effet minimal (§1), tantôt un effet maximal qui conduit à reconnaître des abrogations en chaîne (§2). Le rôle ici opéré par le juge interroge, par ailleurs, les frontières entre abrogation explicite et abrogation implicite, dont il apparaît vite qu'elles sont poreuses tant les ressorts d'une abrogation plus tacite peuvent se mêler à une abrogation présentée comme expresse.

¹⁶⁴⁶ Cour cass., crim., 19 février 1813, *Réquisitoire c/ Brulain*, S. 1813. I. 250.

¹⁶⁴⁷ Le Conseil d'État formule cette dichotomie dans un avis rendu le 8 février 1812, relatif à l'autorité de la loi du 22 floréal an II (11 mai 1794). Il énonce que « l'article 484 du Code pénal de 1810, en ne chargeant les cours et tribunaux de continuer d'observer les lois et règlements particuliers non renouvelés par ce code que dans les matières qui n'ont pas été réglées par ce code même, fait clairement entendre que l'on doit tenir pour abrogées toutes les anciennes lois, tous les anciens règlements, qui portent sur des matières que le code a réglées, quand même ces lois ou règlements prévoiraient des cas qui se rattachent à ces matières, mais sur lesquels ce code est resté muet » ; et il ajoute « qu'à la vérité, on ne peut pas regarder comme réglées par le Code pénal de 1810, dans le sens attaché à ce mot réglées, par l'article 484, les matières relativement auxquelles ce code ne renferme que quelques dispositions éparses, détachées, et ne formant pas un système complet de législation ». En l'espèce, la loi du 22 floréal an II est déclarée abrogée par l'effet de l'article 484.

V. DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, *op. cit.*, t. XVIII, p. 198-199.

¹⁶⁴⁸ V., sur l'échec de la commission Pastoret, *supra*, B. — Un rejet diffus venu d'en bas.

¹⁶⁴⁹ V. *supra*, Sous-section 2. — L'essor d'un auxiliaire libre.

§1. – L’abrogation explicite *a minima*

L’abrogation explicite *a minima* vise l’hypothèse par laquelle le juge considère que l’abrogation explicite n’atteint qu’une ou plusieurs dispositions d’un même texte, circonscrivant l’effet de la clause d’abrogation aux règles manifestement inconciliables. Par-là, le juge s’efforce d’entretenir au mieux la vigueur de l’ensemble d’un texte, en faisant conservant toute sa force aux dispositions dont l’exécution n’entre pas en contradiction avec la loi nouvelle. Cette idée s’illustre particulièrement dans l’ajustement des textes antérieurs aux codifications, dont les juridictions judiciaires ne semblent pas condamner *ab initio* l’existence par l’effet de l’entrée en vigueur des codes. Le juge module ainsi les effets de l’abrogation expresse parfois pour assurer la survie de dispositions isolées (A). À telle enseigne qu’il cherche parfois à détacher la sanction de la disposition à laquelle elle se rattache pour favoriser l’exécution de la loi (B).

A. – La survie reconnue d’une disposition autonome

Une première illustration est fournie, en 1847, par la Cour de cassation, alors qu’elle doit déterminer l’interaction entre certaines dispositions du Code pénal et la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, connue comme Code rural. En l’espèce, la Cour doit déterminer la peine applicable à celui qui a infligé, volontairement, des blessures à des animaux, sans toutefois conduire à leur mort. En accord avec les juridictions du fond, elle retient l’inapplicabilité de l’article 453 du Code pénal à la cause, parce qu’il ne sanctionne que l’action conduisant à la mort de l’animal¹⁶⁵⁰ ; de même qu’elle rejette l’application de l’article 479 du même code, qui, ne régissant que les hypothèses de blessures involontaires, n’est pas applicable à la cause¹⁶⁵¹. L’une et l’autre disposition laissent donc non réglée l’hypothèse de blessures

¹⁶⁵⁰ Code pénal, article 453 : « Ceux qui, sans nécessité, auront tué l’un des animaux mentionnés au précédent article, seront punis ainsi qu’il suit : si le délit a été commis dans les bâtiments, enclos et dépendances, ou sur les terres dont le maître de l’animal tué était propriétaire, locataire, colon ou fermier, la peine sera un emprisonnement de deux mois à six mois ; s’il a été commis dans les lieux dont le coupable était propriétaire, locataire, colon ou fermier, l’emprisonnement sera de six jours à un mois ; s’il a été commis dans tout autre lieu, l’emprisonnement sera de quinze jours à six semaines. Le maximum de la peine sera toujours prononcé en cas de violation de clôture. »

¹⁶⁵¹ Code pénal, article 479 : « Seront punis d’une amende de onze à quinze francs inclusivement, [...] 2° Ceux qui auront occasionné la mort ou la blessure des animaux ou bestiaux appartenant à autrui, par l’effet de la divagation des fous ou furieux, ou d’animaux malfaisants ou féroces, ou par la rapidité ou la mauvaise direction ou le chargement excessif des voitures, chevaux, bêtes de trait, de charge ou de mouture [...] »

volontaires causées à un animal sans engendrer la mort. Dans le silence du code, la Cour peut encore exhumer l'article 30, titre II, de l'ancien Code rural, qui sanctionne tant celui qui a provoqué la mort d'un animal que celui qui lui a causé des blessures volontaires¹⁶⁵². Or, à rebours de la position des juridictions du fond qui préfèrent conclure à l'absolution du prévenu, la Cour reconnaît que cet article doit continuer à recevoir application en dépit de la clause contenue à l'article 484 du Code pénal, déclarant abrogées les lois antérieures contraires au nouveau code¹⁶⁵³. Ainsi, dans un jeu d'équilibriste, la Cour choisit une voie médiane : elle reconnaît une abrogation partielle de l'article 30 – ou, à l'inverse, sa survie partielle – dans la partie de cette disposition qui a trait aux faits ayant causé la mort d'un animal. Elle retient ainsi que :

« ledit article 30 n'a pas été abrogé quant aux blessures faites de dessein prémédité et méchamment à l'égard des bestiaux et chiens de gardes, puisque l'article 453 ne parle que des cas de mort ; et que le cas de blessure était réprimé par une peine moins forte dans la législation antérieure »¹⁶⁵⁴.

Dans une conclusion non dénuée de pragmatisme, la Cour achève ses considérations en droit, en ajoutant :

« qu'ainsi ce délit resterait aujourd'hui impuni, si l'article 30 était abrogé »¹⁶⁵⁵.

Cette conclusion permet à la Cour d'assurer une répression, sans conduire à dénaturer les faits de l'espèce. Elle y parvient néanmoins au terme d'un jeu subtil qui conduit à reconnaître qu'un même article, loin de former un tout unitaire, est sécable et peut être amputé d'une partie de ses prévisions pour garder sa vigueur sur d'autres points. Pour y parvenir, la Cour recourt alors à un examen très circonscrit d'une abrogation pourtant expressément déclarée par la clause expresse contenue dans le nouveau Code pénal.

D'autres dispositions du Code rural ancien survivent au même examen, ainsi que l'illustre un arrêt de la Cour impériale de Besançon. Opérant un raisonnement similaire à celui prôné par la Cour de cassation, la juridiction d'appel limite l'effet abrogatif du Code pénal en concluant au maintien de l'article 14 du Code rural sanctionnant ceux qui mutilent ou dégradent

¹⁶⁵² Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, concernant les biens et usages ruraux et la police rurale, titre II, « De la police rurale », article 30 : « Toute personne convaincue d'avoir de dessein prémédité, méchamment, sur le territoire d'autrui, blessé ou tué des bestiaux ou chiens de garde, sera condamné à une amende double de la somme du dédommagement. Le délinquant pourra être détenu un mois, si l'animal n'a été que blessé, et six mois si l'animal est mort de sa blessure ou est resté estropié : la détention pourra être du double si le délit a été commis la nuit, ou dans une étable, ou dans un enclos rural. »

¹⁶⁵³ Code pénal, article 484 : « Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code, et qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les cours et les tribunaux continueront de les observer. »

¹⁶⁵⁴ Cour cass., crim., 7 octobre 1847, *Gazette des tribunaux*, 3 novembre 1847, t. XXVIII, n°6344.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*

des arbres sur pied¹⁶⁵⁶. Le législateur de 1810 traite bien en général de cette matière mais pose à cet égard des principes proches mais non identiques : puisque les articles 445 et 446 du Code pénal autorisent la poursuite de ceux qui procèdent à la destruction totale de tels arbres¹⁶⁵⁷. De ce constat, la cour conclut à l'inapplicabilité en l'espèce des dispositions du Code pénal, au profit de celle du Code rural :

« le Code pénal de 1810 ne s'est occupé, dans ses articles 445 et 446, que de la destruction totale des arbres, et pour en augmenter notablement la pénalité ; qu'il garde un silence complet sur les mutilations qui ne sont pas de nature à les faire périr, mais qu'on ne saurait conclure de ce silence qu'il ait entendu abroger dans son intégrité l'article 14 du Code rural et laisser sans autre moyen de répression qu'une action civile en dommages-intérêts un genre de délits fréquent dans les campagnes, toujours grave par le caractère de méchanceté qui les accompagne, quelquefois presque aussi dommageable dans ses effets que si les arbres eussent été entièrement abattus, et réprimés d'ailleurs par le Code forestier lorsqu'il s'attaque aux arbres des bois et forêts »¹⁶⁵⁸.

Il est remarquable, au demeurant, que la cour est ici sensible à la sanction encourue par l'auteur de l'infraction : la précision relative à la pénalité prévue par le Code pénal – « pour en augmenter notablement la pénalité » – témoigne de ce que la cour privilégie dans son raisonnement une solution qui pourrait conduire à éviter cette extrémité, très défavorable au prévenu. Ce constat laisse alors penser que les contours de l'abrogation dépendent certes des interstices laissés par la loi nouvelle mais s'enrichissent également de réflexions moins scientifiques et non dénuées d'humanité. Dans ce cheminement, la Cour de Besançon a pour elle l'accord implicite de la Cour de cassation, qui a, en 1847, rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt jugeant identiquement¹⁶⁵⁹ ; de même que l'accord de la doctrine¹⁶⁶⁰.

De ces deux exemples jurisprudentiels apparaît une ligne de crête : le principe est bien celui d'une abrogation générale de l'ancien système, le nouveau Code pénal couvrant des matières analogues à l'ancien Code rural. Le pragmatisme des juridictions judiciaires conduit

¹⁶⁵⁶ Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, concernant les biens et usages ruraux et la police rurale, titre II, « De la police rurale », article 14 : « Ceux qui détruiront les greffes des arbres fruitiers ou autres, et ceux qui écorceront ou couperont en tout ou en partie des arbres sur pied, qui ne leur appartiendront pas, seront condamnés à une amende double du dédommagement dû au propriétaire, et à une détention de police correctionnelle qui ne pourra excéder six mois. »

¹⁶⁵⁷ Code pénal, article 445 : « Quiconque aura abattu un ou plusieurs arbres qu'il savait appartenir à autrui, sera puni d'un emprisonnement qui ne sera pas au-dessous de six jours, ni au-dessus de six mois, à raison de chaque arbre, sans que la totalité puisse excéder cinq ans. » ; article 446 : « Les peines seront les mêmes à raison de chaque arbre mutilé, coupé ou écorcé de manière à le faire périr. »

¹⁶⁵⁸ CI Besançon, 24 janvier 1857, *Gazette des tribunaux*, 11 mars 1857, t. XXXII, n°9344.

¹⁶⁵⁹ Cour cass., crim., 24 avril 1847, *Lépinay c/ Ministère public*, D. 1854. V. 243.

¹⁶⁶⁰ V. CARNOT, Joseph-François-Claude, *Commentaire sur le Code pénal...*, op. cit., t. II, p. 480 et suiv. ; CHAUVEAU, Adolphe, & HELIE, Faustin, *Théorie du Code pénal*, op. cit., t. VI, p. 165 et suiv.

toutefois à en tempérer la portée, en ménageant quelques survivances d'îlots de dispositions de la loi ancienne, en particulier pour ne pas laisser impunis des actes immoraux que le législateur n'a pu vouloir absoudre.

B. – La survie débattue d'une sanction isolée

L'analyse de la jurisprudence montre un juge enclin à détacher, au sein d'un même texte ou d'une même disposition, le principe de la sanction, pour ne considérer abrogé que l'un ou autre. La difficulté apparaît fréquemment à l'examen des ordonnances d'Ancien Régime, dont les effets sont régulièrement interrogés devant les juridictions judiciaires. Par-là, le juge est conduit à adapter, en l'actualisant, la pénalité prévue par ces règlements anciens. Cette difficulté a ainsi opposé la Cour de cassation aux juridictions du fond – parisiennes notamment –, dans l'examen minutieux de la survivance d'ordonnances de police. Il en est ainsi du sort d'une ordonnance prise en 1778 par le lieutenant général de police, qui réglemente, à Paris, la prostitution et défend aux propriétaires de garnis de loger les « femmes et filles de débauche », sous peine d'une amende de 200 francs¹⁶⁶¹. Ce dispositif n'est pas repris par le Code pénal de 1810 – non plus que dans ses versions ultérieures – ; aussi, l'effet de l'article 484 du Code pénal sur ladite ordonnance est-il interrogé devant le juge.

En cette matière, la Cour de cassation adopte, dès le début du siècle, une jurisprudence invariable, le maintien des anciennes ordonnances, avec toutefois un aménagement : si l'ordonnance peut survivre, elle prononce l'inapplicabilité de la pénalité initialement prévue¹⁶⁶². La suite du raisonnement se réalise ensuite en deux temps. L'ordonnance est, dans un premier temps, requalifiée en simple règlement de police, en admettant, préalablement, que l'objet de l'ordonnance entre dans les attributions de l'autorité municipale, conformément à

¹⁶⁶¹ Ordonnance de police du 6 novembre 1778, concernant les femmes et filles de débauche, article 5 : « Enjoignons à toutes personnes tenant hôtels, maisons et chambres garnies, au mois, à la quinzaine, à la huitaine, à la journée, etc., d'écrire de suite, jour par jour et sans aucun blanc, les personnes logées chez eux, par noms, surnoms, pays de naissance et lieux de domicile ordinaire, sur les registres de police, qu'ils doivent tenir à cet effet coté et paraphés par les commissaires des quartiers, et de ne souffrir dans leurs hôtels, maisons et chambres, aucuns gens sans aveu, ni femmes ni filles de débauche, se livrant à la prostitution ; de mettre les hommes, et les femmes dans les chambres séparées, et de ne souffrir dans des chambres particulières des hommes et des femmes prétendus mariés, qu'en représentant par eux des actes en forme de leur mariage, ou s'en faisant certifier par écrit par des gens notables et dignes de foi ; le tout à peine de 200 livres d'amende. »

¹⁶⁶² Conf. : Cour cass., crim., 10 avril 1819, *Bull. crim.*, t. XXIV, n°46, p. 148 ; Cour cass., crim., 17 décembre 1841, *Pèlerin*, *Bull. crim.*, t. XLVI, n°360, p. 566 ; Cour cass., crim., 11 octobre 1851, *Chiffre et al.*, *Bull. crim.*, t. LVI, n°453, p. 676 ; Cour cass., crim., 17 décembre 1852, *Dilais*, *Bull. crim.*, t. LVII, n°408, p. 680.

l'article 46 de la loi des 19-22 juillet 1791¹⁶⁶³. De ce constat, découle, dans un second temps, le nécessaire changement de pénalité, puisque que conformément à l'article 5 de la loi des 16-24 août 1790¹⁶⁶⁴ conjugué à l'article 471 du Code pénal, ces règlements anciens ne peuvent qu'être assortis de peines de simple police – soit, par le renvoi à l'article 471 du Code pénal, à une peine réduite à une amende de 1 à 5 francs¹⁶⁶⁵. Or, cette substitution revêt une grande importance, puisque la pénalité conditionne la compétence juridictionnelle, qui, des tribunaux correctionnels, devient celle des tribunaux de police.

Certaines juridictions parisiennes s'opposent néanmoins à cette doctrine, en refusant d'opérer cette substitution de pénalité ; ce qu'illustre une affaire jugée en 1866, mettant à l'épreuve l'ordonnance de 1778. En ce début d'année, un homme est prévenu d'avoir logé en garni des filles publiques. Poursuivi devant le Tribunal correctionnel de la Seine, au titre de l'ordonnance de 1778, il excipe l'incompétence de la juridiction, au profit d'un tribunal de simple police. Un raisonnement que le tribunal correctionnel rejette en retenant sa compétence ; il conclut, par ailleurs, à la condamnation du prévenu¹⁶⁶⁶. Puisqu'en appel, la même solution est adoptée par la Cour impériale de Paris¹⁶⁶⁷, le logeur condamné décide de se pourvoir en cassation. Maintenant sa jurisprudence, la Cour casse l'arrêt d'appel. Devant elle, le débat sur le sort des règlements d'Ancien Régime est réactivé et l'alternative s'ouvre ainsi : l'ordonnance litigieuse a-t-elle pu se maintenir dépouillée de sa sanction ? Ou bien, faut-il continuer à lui faire porter effet dans sa version originale – soit une peine d'amende aggravée de 200 francs, bien supérieure aux 5 francs encourus aux termes de l'article de 471 du Code pénal ?

Sans trembler, la Cour déduit que le résultat de la combinaison de la loi de 1791 relative à l'autorité municipale et l'article 471 du Code pénal a été d'avoir « formellement abrogé toutes les pénalités diverses des lois et règlements anciens pour les remplacer uniformément par des peines de simple police ».

Le principe ainsi réaffirmé permet de censurer les solutions du juge du fond, en rappelant que l'article 484 du Code pénal, abrogeant les lois antérieures sauf dans les matières

¹⁶⁶³ Décret des 19-22 juillet 1791, relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, titre I^{er} « Police municipale », article 46 : « Aucun tribunal de police municipal, ni aucun corps municipal, ne pourra faire de règlements : le corps municipal, néanmoins, pourra, sous le nom et l'intitulé de délibération, et sauf la réformation, s'il y a lieu, par l'administration du département, sur l'avis de celle du district, faire des arrêtés sur les objets qui suivent : 1^o Lorsqu'il s'agira d'ordonner les précautions locales sur les objets confiés à sa vigilance et à son autorité, par les articles 3 et 4 du titre XI du décret du 16 août sur l'organisation judiciaire ; 2^o De publier de nouveau les lois et règlements de police, ou de rappeler les citoyens à leur observation. »

¹⁶⁶⁴ Loi des 16-24 août 1790, titre XI « Des juges en matière de police », article 5 : « Les contraventions à la police ne pourront être punies que de l'une de ces deux peines, ou de la condamnation à une amende pécuniaire, ou de l'emprisonnement par forme de correction, pour un temps qui ne pourra excéder trois jours dans les campagnes et huit jours dans les villes, dans les cas les plus graves. »

¹⁶⁶⁵ En cela, la Cour de cassation adopte l'opinion portée par Philippe-Antoine Merlin de Douai (MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, op. cit., t. VIII, v^o *Tribunal de police*, §4, p. 606 et suiv.).

¹⁶⁶⁶ Trib. corr. Seine, 22 février 1866, *Saint-Blancat*, *Gazette des tribunaux*, 23 février 1866, t. LXI, n^o12120.

¹⁶⁶⁷ CI Paris, 21 avril 1866, *Saint-Blancat*, *Gazette des tribunaux*, 22 avril 1866, t. LXI, n^o12170.

où le Code n'aurait pas disposé, n'a pas eu pour effet de faire revivre des pénalités abrogées par la législation du droit intermédiaire¹⁶⁶⁸. La Cour déclare ainsi abrogée la seule pénalité prévue par l'ordonnance mais non son principe, qui autorise, dans le silence des lois positives, le maintien d'une répression spéciale des activités de prostitution. La Cour aménage ainsi l'autorité de l'ordonnance de 1778, sous les auspices des articles 471 et 484 du Code pénal. Saisi de la même question, quelques jours après cet arrêt de cassation, le Tribunal correctionnel de la Seine abandonne sa doctrine, au profit de celle de la Cour de cassation : il se déclare incompétent et en renvoie l'affaire devant le tribunal de simple police¹⁶⁶⁹.

La question de la pénalité attachée à ce règlement trahit, au fond, un débat plus complexe et houleux, relatif au devenir des ordonnances prises sous l'Ancien Régime et dont aucune loi positive ultérieure ne vient pallier les dispositions. Aussi, ces pénalités peuvent-elles, au XIX^e siècle, trouver une utilité et, partant, interroger incidemment la réactivation d'ordonnances pourtant abrogées. Cette hypothèse est tout entière illustrée par la controverse juridictionnelle relative à l'application du règlement du 28 février 1723 sur la librairie et l'imprimerie à Paris¹⁶⁷⁰. Par ce règlement, il est fait interdiction à quiconque, « autres que les libraires et imprimeurs, de faire le commerce de livres, en vendre et débiter aucuns, [...] à peine de cinq cents livres d'amende, de confiscation et de punition exemplaire »¹⁶⁷¹.

Or, cette disposition est opportunément mobilisée sous la Restauration, pour favoriser l'application de la loi du 21 octobre 1814 relative à la liberté de la presse. Cette loi interdit, par son article 11, à quiconque de devenir imprimeur ou librairie, « s'il n'est breveté par le Roi, et assermenté »¹⁶⁷². Mais dans la rédaction de cette disposition, le législateur a manqué de

¹⁶⁶⁸ L'arrêt est ainsi motivé : « aucune disposition de loi n'a rendu depuis, à ces lois et règlements, la sanction dont ils ont été ainsi dépouillés ; que notamment, l'article 484 du Code pénal n'a modifié en rien cet état légal, et que, en prescrivant aux Cours et Tribunaux de continuer d'observer les lois et règlements qui régissent des matières non réglées par ledit Code, il n'a entendu maintenir ces lois et règlements, en ce qui concerne les matières de police, que quant à leurs prescriptions et prohibitions, sans vouloir nullement faire revivre leurs pénalités abrogées par l'article 5 précité de la loi de 1790 » (Cour cass., crim., 1^{er} décembre 1866, *Saint-Blancat*, *Gazette des tribunaux*, 2 décembre 1866, t. XVI, n°12359 ; 16 décembre 1866, t. XLI, n°12372).

¹⁶⁶⁹ Trib. corr. Paris, 19 décembre 1866, *Gazette des tribunaux*, 26 décembre 1866, t. XLI, n°12380.

¹⁶⁷⁰ Ce règlement, à l'origine applicable à la seule ville de Paris, a vu son exécution étendue à l'ensemble du Royaume par arrêt du Conseil d'État du 24 mars 1744.

¹⁶⁷¹ Règlement du 28 février 1723, pour la librairie et imprimerie, titre II « Des Imprimeurs & Libraires en général », article 4 : « Défenses sont faites à toutes personnes de quelque qualité & condition qu'elles soient, autres que les librairies et imprimeurs, de faire le commerce de livres, en vendre & débiter aucuns, les faire afficher pour les vendre en leur nom, soit qu'ils s'en disent les auteurs ou autrement ; tenir boutique ou magasin de livres, acheter pour revendre en gros & en détail, en chambre & autres lieux, même sous prétexte de les vendre à l'encan, aucuns livres en blanc ou reliés, gros ou petits, neufs ou frippés, même de vieux papiers qu'on appelle à la rame, & vieux parchemins ; à peine de cinq cents livres d'amende, de confiscation & de punition exemplaire. Défend aussi Sa Majesté aux imprimeurs & aux afficheurs, d'imprimer & de poser aucune affiches portant indication de la vente des livres, ailleurs que chez les librairies & les imprimeurs, sous pareilles peines ; comme aussi aux auteurs & à toutes personnes, autres que lesdits imprimeurs, d'avoir & tenir en quelque lieu que ce soit, & sous quelque titre & prétexte que ce puisse être, aucunes presses, caractères & ustensiles d'imprimerie, à peine de punition exemplaire, de confiscation des presses & caractères, & de trois mille livres d'amende. »

¹⁶⁷² Loi du 21 octobre 1814, relative à la liberté de la presse, titre II « De la police de la presse », article 11 : « Nul ne sera imprimeur ni librairie s'il n'est breveté par le Roi, et assermenté. »

prévoyance : il n'a assorti aucune peine à la violation de cette injonction. Aussi, pour combler cette lacune, le juge peut-il – ou doit-il – recourir au règlement de 1723 et faire application de la pénalité prévue en son article 4 ? La réponse est, ici, compliquée par la circonstance que la loi du 17 mars 1791, relative au libre exercice de toute profession, a mécaniquement abrogé le règlement de 1723, qui faisait obstacle au libre exercice du métier d'imprimeur. De fait, la difficulté se pose en ces termes : le retour d'une autorisation administrative préalable, par l'exigence de se munir d'un brevet depuis la loi de 1814, conduit-il à reconnaître l'inapplicabilité, sur ce point, de la loi 1791, permettant au règlement de 1723 de retrouver son empire ? Cette réponse revêt une importance capitale, en ce qu'elle conduirait à remettre en vigueur des dispositions écartées un temps – ici le règlement de 1723 –, par le fait de l'abrogation par la loi nouvelle – la loi de 1814 – de la loi qui l'a abrogé – la loi de 1791. Cette question place le juge, dans le silence du législateur, dans la situation de déterminer tous les effets d'abrogations successives.

Ici, la Cour de cassation exprime vite sa *doxa* : la pénalité prévue par le règlement de 1723 a retrouvé son empire par l'effet de l'abrogation de la loi de 1791 par la loi de 1814¹⁶⁷³. Néanmoins, cette solution ne semble pas évidente, tant pour la doctrine¹⁶⁷⁴ que pour les juridictions du fond, qui, particulièrement durant l'année 1827, expriment leur opposition. En février de cette année-là, le Tribunal correctionnel de Vervins refuse de faire application de la peine d'amende de 500 francs¹⁶⁷⁵ ; une solution confirmée dans une espèce analogue par la Cour royale de Rouen, quelques semaines plus tard¹⁶⁷⁶. À l'inverse, la Cour royale de Paris, désignée cour de renvoi dans une autre espèce, revient à sa première jurisprudence : elle inscrit en faux le premier arrêt d'appel, rendu par la Cour royale d'Orléans qui refusait de faire

¹⁶⁷³ Cour cass., crim., 4 octobre 1822, *Ministère public c/ Nadau*, S. 1823. I. 154 ; Cour cass., crim., 21 janvier 1824, *Vegezzi*, S. 1824. I. 237 ; Cour cass., crim., 4 mai 1823, *Vernot*, S. 1823. I. 233 ; Cour cass., crim., 26 juin 1824, *M. le procureur général de Metz c/ Michel-Martin Prat*, S. 1825. I. 9.

¹⁶⁷⁴ Certains auteurs voient, dans l'inapplication conjoncturelle du règlement, une simple mise en sommeil faute d'abrogation expresse : CHASSAN, Joseph-Pierre, *Traité des délits et contraventions de la parole...*, *op. cit.*, t. I, p. 448-455 ; GRATTIER, Adolphe (de), *Commentaire sur les lois de la presse...*, *op. cit.*, t. I, p. 48-57.

D'autres auteurs concluent à l'abrogation du règlement et regrettent son exhumation : LE GRAVEREND, Jean-Marie-Emmanuel, *Des lacunes et des besoins de la législation française en matière politique et en matière criminelle ou Du défaut de sanction dans les lois d'ordre public*, Paris, Béchét aîné, 1824, t. I, p. 180-184 ; PARANT, Narcisse, *Lois de la presse en 1834 ou Législation actuelle sur l'imprimerie et la librairie et sur les délits et contraventions commis par toutes les voies de publication*, Paris, Firmin-Didot frères, 1834, p. 37-42 ; RAUTER, Jacques-Frédéric, *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou Cours de législation criminelle*, Paris, Charles Hingray, 1836, t. I, p. 555.

¹⁶⁷⁵ Ce tribunal pose en principe que « la volonté du législateur d'abroger une loi, quand elle est clairement démontrée, doit avoir le même effet, soit qu'il l'ait manifestée d'une manière tacite, soit qu'il l'ait exprimée d'une manière formelle ; qu'on ne trouve en effet ni dans la raison, ni dans les principes généraux du droit, aucun motif d'établir une différence entre les résultats que doivent produire ces deux sortes d'abrogations » ; il ajoute, par ailleurs, « qu'une loi abrogée, tant que le législateur n'en a pas ordonné de nouveau l'exécution, doit être considérée comme n'existant pas, pour les faits postérieurs à son abrogation » (Trib. corr. Vervins, 7 février 1827, *Gazette des tribunaux*, 17 février 1827, t. II, n°436).

¹⁶⁷⁶ CR Rouen, 11 mai 1827, *Gazette des tribunaux*, 14 mai 1827, t. II, n°521.

application de la pénalité litigieuse, et prononce la lourde peine d'amende¹⁶⁷⁷. Mais cette dernière solution semble isolée au sein des juridictions du fond ; si bien que la controverse se propage jusqu'à commander l'intervention du pouvoir exécutif.

Ce dernier intervient à l'occasion de l'affaire *Teste* dont la résolution divise les juges. Ce litige, né en 1823 devant une juridiction toulonnaise, est d'abord résolu dans le sens de l'abrogation de la pénalité de 1723 et de son non-rétablissement par l'effet de la loi de 1814. Une solution confirmée en appel, par le Tribunal correctionnel de Draguignan : il ne peut être fait l'application d'aucune pénalité à l'imprimeur poursuivi. Sur le pourvoi du ministère public, la Cour de cassation prononce une première censure : sans effet, puisque la Cour royale de Nîmes, désignée cour de renvoi, confirme la solution adoptée par les premiers juges du fond. Une seconde cassation ne dissuade pas la Cour d'Orléans de juger autrement, obligeant la Cour de cassation, intervenant pour la troisième fois, à exercer la procédure du référé législatif¹⁶⁷⁸. L'ordonnance rendue en exécuté du référé, datée du 1^{er} septembre 1827, porte alors que :

« la peine de la contravention à la disposition de l'article 11 de la loi du 21 octobre 1814, en ce qui concerne le commerce de la librairie, est celle de l'amende de cinq-cents francs portée en l'article 4 du titre II du règlement du 28 février 1723 ».

Pour parvenir à cette solution, l'ordonnance retient, au premier chef, l'absence d'abrogation formelle du règlement de 1723, qui est, par ailleurs, déclaré compatible tant avec le décret du 5 février 1810 – rétablissant, le premier, la double condition du brevet et du serment – et avec l'article 484 du Code pénal. Cette certitude est, par ailleurs, confortée par une circonstance étrangement mise en avant : l'inaction de l'exécutif des années 1810. En effet, le décret de février 1810 annonçait des règlements d'application, qui devaient remplacer les dispositions du règlement de 1723 ; mais ceux-ci n'ont jamais vu le jour. De ce silence prolongé, l'exécutif de 1827 peut opportunément conclure, dans son ordonnance, que le règlement de 1723 n'a effectivement jamais été remplacé par une disposition pénale ultérieure. Aussi, le règlement et, plus particulièrement, la pénalité prévue par son article 4 ont-ils gardé leur juste place dans le système légal de 1810, par ailleurs conçu dans la même lignée que celui de 1723. Ces considérations expliquent que l'ordonnance conclut à ce « [qu'en] n'attachant point une pénalité nouvelle à cette contravention, la loi du 21 octobre 1814 a implicitement maintenu la pénalité existante »¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁷ CR Paris, 14 mai 1827, *Gazette des tribunaux*, 15 mai 1827, t. II, n°522.

¹⁶⁷⁸ Les soubresauts de cette affaire sont reproduits sous l'ordonnance du 1^{er} septembre 1827 (DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, op. cit., t. XXVII, p. 422-425).

V. *supra*, B. – Le handicap du référé législatif.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

Aux termes de l'ordonnance, il ne serait pas même question d'une abrogation expresse du règlement de 1723 par l'effet de la loi de 1791 libéralisant le commerce et l'industrie ; bien au contraire, il y a là le rejet d'une quelconque abrogation implicite dudit règlement. Mais cette ordonnance n'a pas l'effet escompté : en septembre, revenant sur sa jurisprudence antérieure, le Tribunal correctionnel de Reims rejoint la fronde¹⁶⁸⁰, imité dans cette voie, en décembre, par les Tribunaux de Nancy¹⁶⁸¹, Nevers¹⁶⁸², Abbeville¹⁶⁸³ et Alençon¹⁶⁸⁴. Le même mois, la Cour de Paris porte la même position, quoique dans un langage moins franc que ses consœurs : par quatre arrêts, dont deux rendus sur renvoi de la Cour de cassation, elle émet l'hypothèse de la survie du règlement de 1723 – « qu'en supposant le règlement de 1723 encore en vigueur » –, tout en refusant, néanmoins, de faire application de son article 4¹⁶⁸⁵. Les dissensions entre juridictions se poursuivent au tournant de l'année 1828 : quand la Cour royale d'Angers, censurant le jugement issu par le Tribunal correctionnel de Tours, refuse de faire application du règlement, lui préférant une autre pénalité¹⁶⁸⁶ ; la Cour de Caen réforme le jugement du Tribunal d'Alençon et condamne le prévenu au nom du règlement de 1723. Cette dernière juridiction solde par ailleurs son arrêt par la remarque que l'ordonnance interprétative de 1827 « fait cesser toute controverse entre les Tribunaux »¹⁶⁸⁷. Les décisions, concluant à l'abrogation du règlement de 1723, se succèdent néanmoins : à Niort¹⁶⁸⁸, Vouziers¹⁶⁸⁹ – confirmé en appel par la juridiction de Charleville¹⁶⁹⁰ –, Rennes¹⁶⁹¹ – cette cour réformant sa jurisprudence –, Bressure¹⁶⁹² ou encore Montargis¹⁶⁹³.

Cette résistance oblige la Cour de cassation à un examen de conscience. Elle maintient, encore un temps, sa doctrine en considérant qu'en l'absence d'abrogation formelle, la pénalité prévue par le règlement doit être appliquée¹⁶⁹⁴. Cette solution donne à comprendre que, pour la

¹⁶⁸⁰ Trib. corr. Reims, 15 septembre 1827, *Gazette des tribunaux*, 19 septembre 1827, t. II, n°647.

¹⁶⁸¹ Trib. corr. Nancy, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 23 décembre 1827, t. III, n°741.

¹⁶⁸² Trib. corr. Nevers, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 24 décembre 1827, t. III, n°742.

À l'occasion du report de ce jugement, le rédacteur de la *Gazette des tribunaux* évoque, sans les citer – empêchant ainsi leur identification –, les jugements rendus par les tribunaux de Nantes et Lille, qui ont prononcé des solutions similaires aux autres juridictions de première instance ici évoquées.

¹⁶⁸³ Trib. corr. Abbeville, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 31 décembre 1827, t. III, n°748.

¹⁶⁸⁴ Trib. corr. Alençon, [s.d.], reproduit sous CR Caen, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 28 février 1828, t. III, n°799.

¹⁶⁸⁵ CR Paris, 26 décembre 1827, *Gazette des tribunaux*, 27 décembre 1827, t. III, n°744 ; CR Paris, 28 décembre 1827, *Gazette des tribunaux*, 29 décembre 1827, t. III, n°746.

¹⁶⁸⁶ CR Angers, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 4 janvier 1828, t. III, n°752.

¹⁶⁸⁷ CR Caen, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 28 février 1828, t. III, n°799.

¹⁶⁸⁸ Trib. corr. Niort, 15 février 1828, *Gazette des tribunaux*, 10-11 mars 1828, t. III, n°809.

¹⁶⁸⁹ Trib. corr. Vouziers, 23 avril 1828, *Gazette des tribunaux*, 28-29 avril 1828, t. III, n°851.

¹⁶⁹⁰ Trib. corr. Charleville, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 26 juin 1828, t. III, n°900.

¹⁶⁹¹ CR Rennes, 11 juillet 1828, *Gazette des tribunaux*, 14-15 juillet 1828, t. III, n°916.

¹⁶⁹² Trib. corr. Bressure, 1^{er} septembre 1828, *Gazette des tribunaux*, 13 septembre 1828, t. III, n°967.

¹⁶⁹³ Ce jugement est confirmé en appel (Trib. corr. Montargis, 7 janvier 1829, reproduit sous CR Orléans, 12 février 1829, *Gazette des tribunaux*, 15 février 1829, t. IV, n°1098).

¹⁶⁹⁴ Cour cass., crim., 17 mai 1828, *Loudet*, S. 1828. I. 332 ; Cour cass., réunies, 22 novembre 1828, *Ministère public c/ Poulton*, S. 1828. I. 407.

Cour, la loi de 1791 n'a eu que l'effet de suspendre, en la rendant impossible, l'exécution du règlement de 1723. La loi nouvelle de 1814, rendant à son tour impraticable la loi de 1791 en cette matière, réactive, mécaniquement, le règlement de 1723. Mais cette politique jurisprudentielle ne pouvait prospérer face à la résistance désormais concertée des juridictions du fond. Aussi, en 1836, sous l'influence de son procureur général André Dupin, la Cour rend-elle les armes et confirme-t-elle le renvoi de la plainte d'un prévenu faute de pénalité applicable. La décision de sa chambre criminelle est ainsi conçue :

« ce règlement, virtuellement abrogé par l'article 2 de la loi des 2 et 17 mars 1791, n'a été remis en vigueur ni par le décret du 5 février 1810, ni par la loi du 21 octobre 1814 »¹⁶⁹⁵.

Cette décision est confirmée, la même année, par deux arrêts rendus dans la même affaire : la chambre criminelle puis les chambres réunies refusent de faire application de la pénalité prévue par le règlement de 1723 à des individus tenant des cabinets de lecture et assimilés à des libraires pour avoir loué des livres¹⁶⁹⁶. Quelque temps après ces deux décisions, la Cour royale de Douai reprend à son compte cet élément de langage, reconnaissant ledit règlement « virtuellement abrogé »¹⁶⁹⁷. Cette situation place, par ailleurs, dans une délicate position le parquet, poussé par le ministère à exercer en nombre les poursuites. Il peut bien continuer à poursuivre ceux qui se livreraient à l'activité de libraire sans autorisation ; mais il ne pourra obtenir, en l'absence de pénalité applicable, qu'une condamnation aux dépens des prévenus¹⁶⁹⁸. Le secours du législateur n'interviendra, en cette matière, que tardivement, puisqu'il faut attendre le décret organique sur la presse de 1852, pour qu'une pénalité soit établie. Devant se résoudre à l'abrogation du règlement de 1723 et admettant l'inefficience de l'ordonnance interprétative de 1827, le pouvoir prend soin, par le décret organique du 17 février 1852, d'établir une nouvelle pénalité¹⁶⁹⁹.

Ironie de l'histoire, au cœur de leur résistance, les juridictions frondeuses prétendent, au soutien de leur motivation, faire application de principes consacrés par la Cour de cassation elle-même. Elles s'inspirent en effet d'un arrêt rendu en 1809, en matière forestière, par le juge de cassation. Dans cette affaire, la Cour renvoyait au législateur le soin de pallier les carences nées de lois, abrogeant un système antérieur mais omettant de prescrire une pénalité nouvelle, en rappelant que :

¹⁶⁹⁵ Cour cass., crim., 13 février 1836, *Allo-Poiré*, *Bull. crim.*, t. XLI, n°45, p. 51.

¹⁶⁹⁶ Conf. : Cour cass., crim., 25 février 1836, *Souliard*, *Bull. crim.*, t. XLI, n°56, p. 61 ; Cour cass., réunies, 7 novembre 1836, *Souliard*, *Gazette des tribunaux*, 9 novembre 1836, t. XII, n°3479.

¹⁶⁹⁷ CR Douai, 30 août 1838, *Gazette des tribunaux*, 3-4 septembre 1838, t. XIII, n°4051.

¹⁶⁹⁸ Conf. : CR Rouen, 6 mai 1841, *Ministère public c/ Houdaille*, D. 1841. I. 211.

V. *Rép. Dalloz*, t. XXXVI, v° *Presse, outrage et publication*, p. 442.

¹⁶⁹⁹ Décret organique sur la presse du 17 février 1852, article 24 : « Tout individu qui exerce le commerce de la librairie sans avoir obtenu le brevet exigé par l'article 11 de la loi du 21 octobre 1814 sera puni d'une peine d'un mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende de cent à deux milles francs. L'établissement sera fermé. »

« les tribunaux ne peuvent prononcer des peines par induction ou présomption, ni même sur des motifs d'intérêt public »¹⁷⁰⁰.

De ce récit jurisprudentiel se dessine alors une idée : la disposition abrogée ne peut renaître par l'effet d'une abrogation ultérieure. L'intervention expresse du législateur est sur ce point requise. D'autant qu'en d'autres hypothèses, le juge a moins de scrupules à exploiter les expressions du législateur pour en déduire des abrogations explicites étendues. Aussi, quelques soient les motivations sous-jacentes, le refus des juges du fond de suppléer la tâche du législateur témoigne-t-il encore d'un maniement parfois opportun de la loi par le juge. Ici, cela s'exprime dans un sens clair : limiter l'effet des lois relatives à la presse, qui entravent l'exercice d'une liberté. Tant s'en faut, les débats jurisprudentiels révèlent la complexité de la mise en œuvre d'une déclaration d'abrogation et combien l'intermédiation du juge est nécessaire pour en livrer toute la substance, qu'elle vise une loi isolée ou un ensemble de texte connexes – c'est là l'hypothèse de l'abrogation expresse subséquente.

§2. – L'abrogation explicite subséquente

L'abrogation explicite subséquente vise l'hypothèse selon laquelle la suppression d'une disposition entraîne, par ricochet, la disparition d'une autre à laquelle elle était liée. Cette réaction en chaîne naît du constat de l'impossible survie d'une disposition, alors qu'une autre, dont elle dépend intrinsèquement, est expressément abrogée. En extrapolant l'effet d'une abrogation expresse, le juge tend alors à reconnaître une abrogation, que le législateur ne décrète pas formellement mais qui est portée en germe par sa déclaration initiale d'abolition d'une autre norme. À cet égard, ce mécanisme innovant se distingue d'une abrogation implicite découlant de la seule expression du juge¹⁷⁰¹, en ce qu'il fait ici d'abord le constat d'une première abrogation expresse.

Un tel raisonnement est illustré par un arrêt rendu en 1847 par la Cour de cassation, alors saisie d'un litige ayant trait à l'exécution de la loi du 28 juillet 1824, régissant notamment l'hypothèse des usurpations de marques dont elle modifie la pénalité. Jusqu'alors cette pénalité

¹⁷⁰⁰ La Cour énonce par ailleurs dans son arrêt que « si l'article 9 de la loi du 9 floréal an XI a renouvelé les dispositions prohibitives de ces lois, il n'en a pas renouvelé la disposition pénale ; que, du rapprochement de cet article avec l'article 3 de la même loi, il résulte que ce renouvellement n'a pas été plus dans son esprit qu'il est dans sa lettre ; que si la disposition prohibitive de l'article 9 de la loi du 9 floréal an XI, demeure sans moyen co-actif ou de répression, c'est au législateur à y pourvoir par une nouvelle mesure législative » (Cour cass., crim., 8 septembre 1809, *Brivady*, *Bull. crim.*, t. XIV, n°152, p. 321).

¹⁷⁰¹ V. *infra*, Sous-section 2. – Révéler l'abrogation.

était dictée par les articles 142 et 143 du Code pénal¹⁷⁰², applicables aux usurpations de marques par le truchement de l'article 17 de la loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803)¹⁷⁰³ ; l'infraction était alors passible de la réclusion. Mais la loi de 1824 diminue sensiblement la peine encourue puisque l'infraction est désormais sanctionnée de peines simplement correctionnelles¹⁷⁰⁴, par renvoi à l'article 423 du Code pénal¹⁷⁰⁵. Dans le corps de la loi de 1824, le législateur prend soin de préciser que les articles 142 et 143 du Code pénal cesseront d'avoir effet en la matière ; de même, que l'article 17 de la loi de l'an XI. Or, si la déclaration d'abrogation était bien opportune, le législateur fait œuvre d'une trop grande précision et omet de prendre en compte l'article 16 de la loi de l'an XI, qui fonctionne de pair avec l'article 17¹⁷⁰⁶. À défaut d'application de l'article 17 aux marques, l'article 16 perd toute actualité et pertinence. Cette situation oblige alors la Cour de cassation à octroyer à l'abrogation expresse portée par la loi de 1824, une interprétation extensive qui confine à la reconnaissance d'une abrogation implicite. Voici en quelques termes la Cour conclut son raisonnement :

« si l'article 2 de la loi de 1824 ne mentionne expressément que l'abrogation de l'article 17 de la loi du 22 germinal an XI, l'abrogation implicite de l'article 16

¹⁷⁰² Code pénal, article 142 : « Ceux qui auront contrefait les marques destinées à être apposées au nom du Gouvernement sur les diverses espèces de denrées ou marchandises, ou qui auront fait usage de ces fausses marques ; Ceux qui auront contrefait le sceau, timbre ou marque d'une autorité quelconque, ou d'un établissement particulier de banque ou de commerce, ou qui auront fait usage des sceaux, timbres ou marques contrefaits, seront punis de la réclusion. » ; article 143 : « Sera puni du carcan, quiconque s'étant indûment procuré les vrais sceaux, timbres ou marques ayant l'une des destinations exprimées en l'article 142, en aura fait une application ou usage préjudiciable aux droits ou intérêts de l'État, d'une autorité quelconque, ou même d'un établissement particulier. »

¹⁷⁰³ Loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803) relative aux manufactures, fabriques et ateliers, article 17 : « La marque sera considérée comme contrefaite, quand on y aura inséré ces mots : *façon de...* et à la suite le nom d'un autre fabricant ou d'une autre ville. »

¹⁷⁰⁴ Loi du 24 juillet 1828 relative aux altérations ou suppositions de noms sur les produits fabriqués, article 1^{er} : « Quiconque aura, soit apposé, soit fait apparaître, par addition, retranchement, ou par une altération quelconque, sur des objets fabriqués, le nom d'un fabricant autre que celui qui en est l'auteur, ou la raison commerciale d'une fabrique autre que celle où lesdits objets auront été fabriqués, ou enfin le nom d'un lieu autre que celui de la fabrication, sera puni des peines portées en l'article 423 du Code pénal, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. – Tout marchand, commissionnaire ou débitant quelconque sera passible des effets de la poursuite, lorsqu'il aura sciemment exposé en vente ou mis en circulation les objets marqués de noms supposés ou altérés. » ; article 2 : « L'infraction ci-dessus mentionnée cessera, en conséquence, et nonobstant l'article 17 de la loi du 12 avril 1803 [22 germinal an XI], d'être assimilée à la contrefaçon des marques particulières prévue par les articles 142 et 143 du Code pénal. »

¹⁷⁰⁵ Code pénal, article 423 : « Quiconque aura trompé l'acheteur sur le titre des matières d'or ou d'argent, sur la qualité d'une pierre fausse vendue pour fine, sur la nature de toutes marchandises ; quiconque, par usage de faux poids ou de fausses mesures, aura trompé sur la quantité des choses vendues, sera puni de l'emprisonnement pendant trois mois au moins, un an au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts, ni être au-dessous de cinquante francs. – Les objets du délit, ou leur valeur, s'ils appartiennent encore au vendeur, seront confisqués : les faux poids et les fausses mesures seront aussi confisqués, et de plus seront brisés. »

¹⁷⁰⁶ Loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803) relative aux manufactures, fabriques et ateliers, article 16 : « La contrefaçon des marques particulières que tout manufacturier ou artisan a le droit d'appliquer sur les objets de sa fabrication donnera lieu, 1° à des dommages-intérêts envers celui dont la marque aura été contrefaite ; 2° à l'application des peines prononcées contre le faux en écritures privées. »

résulte nécessairement de l'incompatibilité de ses dispositions avec celles par lesquelles la loi de 1824 a formellement statué »¹⁷⁰⁷.

La bonne intelligence des textes contraint la Cour à reconnaître cette abrogation subséquente et à placer cette solution innovante sous les auspices tant de la nécessité que de la volonté du législateur. Ainsi, l'abrogation subséquente ne procède pas de son propre mouvement mais s'impose à la Cour comme conséquence de la volonté exprimée partielle par le législateur.

Le même raisonnement peut conduire à l'abrogation subséquente d'un entier système de législation par l'effet de l'abrogation formelle d'une disposition, dont la disparition provoque la désuétude du système auquel elle appartient. Le traitement jurisprudentiel de la situation du militaire absent en fournit un exemple.

Avec la Restauration, une loi est prise, en 1817, relativement « aux moyens de constater le sort des militaires absents » et se conclut par un article précisant que les articles du Code civil, non contraires à cette loi, demeureront applicables¹⁷⁰⁸. Devant les juridictions judiciaires, se pose alors la question de la conciliation de cette loi aux lois antérieures, prises notamment pendant la période révolutionnaire. À cet égard, c'est la survie de la loi du 11 ventôse an II (1^{er} mars 1794) qui est interrogée, alors que cette loi aménage un régime exceptionnel favorable aux militaires absents, en affermissant la protection de leur patrimoine. La loi de l'an II prévoit notamment l'hypothèse où le militaire absent ne peut venir recueillir une succession dont il est l'héritier : elle organise alors un système de curatelle qui permet, dans l'attente du retour du militaire, d'administrer ses biens sur lesquels des scellés sont, par ailleurs, apposés¹⁷⁰⁹. Il s'agit, par cette loi, en organisant une présomption légale de survivance du militaire absent, d'éviter la dissipation du patrimoine du militaire, alors qu'il ne peut, en son absence, faire prévaloir ses intérêts. La loi de l'an II entérine, par ailleurs, un régime exorbitant, distinct de celui mis en place par le Code civil¹⁷¹⁰, qui est promulgué ultérieurement mais qui est réputé laisser subsister la loi de l'an II. Mais ce schéma normatif évolue sous l'effet de la promulgation de la loi du 13 janvier 1817 : en remplaçant les militaires absents sous le régime du droit commun du Code civil, la loi de 1817 se veut incompatible avec le régime exceptionnel posé par la loi de l'an II et semble, par-là, avoir emporté son abrogation. En l'absence de claire précision du législateur, les juges interviennent pour préciser l'effet de l'une sur l'autre loi.

¹⁷⁰⁷ Cour cass., réunies, 29 novembre 1847, *Gazette des tribunaux*, 4 décembre 1847, t. XXIII, n°6371.

¹⁷⁰⁸ Loi du 13 janvier 1817, relative aux moyens de constater le sort des militaires absents, article 13.

¹⁷⁰⁹ Loi du 11 ventôse an II (1^{er} mars 1794), relative aux scellés apposés après le décès des citoyens dont les défenseurs de la patrie sont héritiers.

¹⁷¹⁰ Les principes généraux réglant le sort de l'absent présumé sont inscrits aux articles 112 et suivants du Code civil.

En 1823, la Cour royale de Nîmes est interrogée sur la vigueur de la loi de l'an II. Pour conclure à sa complète abrogation, la juridiction nîmoise, d'accord en cela avec des juridictions consœurs¹⁷¹¹, procède en deux temps. Elle constate, tout d'abord, l'abrogation de la présomption légale de survivance du militaire absent posée par la loi de l'an II par l'effet de la loi de 1817. L'abrogation est reconnue comme telle par la Cour de cassation, qui décide que la présomption ne régit plus que les situations constituées sous l'empire de la loi de l'an II – soit antérieurement à la loi de 1817¹⁷¹². Ce premier pas autorise alors la cour royale à considérer que l'abrogation d'une partie de la loi conduit, nécessairement, à celle de l'ensemble de la loi :

« ces diverses considérations repoussent suffisamment la distinction qu'on a cherché à établir entre les dispositions de la loi du 11 ventôse an II purement conservatrices des biens et droits des absents, et celles qui sont attributives de droits en leur faveur ; que la conséquence qu'on veut tirer de cette distinction est d'autant moins admissible, qu'elle supposerait nécessairement qu'une partie de la loi est encore en vigueur, tandis que l'autre partie se trouverait abrogée, système évidemment inconciliable avec l'état actuel de la législation en cette matière »¹⁷¹³.

Un double motif apparaît en l'espèce : tant l'impossibilité de voir survivre des dispositions isolées de la loi litigieuse que leur incompatibilité avec le régime mis en œuvre par le Code civil. Cette motivation appelle plusieurs remarques. D'abord, l'emploi, à nouveau, de la nécessité permet de souligner combien la logique de cette solution s'impose au juge. Un raisonnement qui permet de justifier la mise en œuvre d'une abrogation par voie de prétérition. Par ailleurs, ce raisonnement conduit, en l'espèce, à prendre la loi pour un ensemble indissociable et dont l'économie tout entière ne présente plus de sens si l'une de ses dispositions devait être abrogée. Une solution logique tant les dispositions de cette loi se répondent entre elles. Il semble à l'inverse plausible que la solution inverse l'emporte à l'égard d'autres systèmes de législation abrogés – c'était l'hypothèse du Code rural, dont certaines dispositions ont pu survivre indépendamment de leur support. Mais cela illustre encore la liberté avec laquelle le juge manipule les dispositions législatives dont il apprécie seul la possible survivance isolée. En ce sens, les abrogations en chaîne manifestent hautement le pouvoir d'appréciation du juge sur les textes et son emprise sur un contrôle compliqué à mettre en œuvre. La Cour de cassation joue, à cet égard, régulièrement le rôle d'interprète des silences du législateur. Un exemple jurisprudentiel en témoigne.

¹⁷¹¹ Conf. : CR Rouen, 30 mai 1818, *Cornu c/ Ratet*, S. 1818. II. 313 ; CR Nancy, 24 janvier 1820, *Lionville c/ Dame veuve Bourguignon*, S. 1820. II. 138.

¹⁷¹² Cour cass., civ., 9 mars 1819, *Adar*, *Bull. civ.*, t. XXIV, n°20, p. 85.

¹⁷¹³ CR Nîmes, 28 janvier 1823, *Cronzet c/ Rédarés*, S. 1825. II. 81.

Une clause d'abrogation générale est insérée, dans un pénultième article, au décret organique du 17 février 1852. Cet article dispose que « sont abrogées les dispositions des lois antérieures contraires à la présente loi, et notamment les articles 14 et 18 de la loi du 16 juillet 1850 »¹⁷¹⁴. La Cour de cassation a dû intervenir à plusieurs reprises pour préciser l'étendue de l'abrogation portée par ce décret. Or, sa jurisprudence montre qu'elle doit naviguer entre les différentes dispositions, dont elle décide tantôt que leur abrogation s'impose, tantôt qu'elle n'a pas lieu d'être. En 1854, elle juge, contrairement à l'arrêt d'appel, que le décret de 1852 n'a pas eu pour effet d'abroger l'article 8 du décret du 11 août 1848, qui rend applicable aux délits de la presse l'article 463 du Code pénal relatif aux circonstances atténuantes, au motif que :

« le silence du décret du 17 février 1852 ne peut équivaloir à une pensée implicite d'abrogation et doit, au contraire, être interprété comme une confirmation manifeste, en cette partie, de la législation antérieure »¹⁷¹⁵.

À l'inverse, dans une espèce également relative à la publication et reproduction de fausses nouvelles, la Cour de cassation a pu reconnaître l'effet abrogatif des lois antérieures par l'article 3. Ainsi, elle énonce, cette fois dans un arrêt de rejet, clairement et sobrement, que :

« cette abrogation atteint nécessairement l'article 12 de la loi du 26 mai 1819, qui, formant une dérogation aux règles tracées par le Code d'instruction criminelle, était inconciliable avec le rétablissement du droit commun, consacré par le décret »¹⁷¹⁶.

Ces illustrations révèlent combien la mise en œuvre de la position exprimée par le législateur ne relève en rien de l'évidence. Bien plus, il ressort de ces divers exemples prétoriens que l'abrogation expresse, quoique d'un maniement aisé en apparence, présente nombre de nuances et subtilités, qui requièrent des éclaircissements que seul le juge peut apporter. Or, dans l'exercice de cette prérogative, il ne recule pas à mêler l'abrogation expresse, qu'il ne doit *a priori* que constater, à un contrôle plus audacieux : celui de scruter l'arsenal législatif pour déceler si certaines dispositions n'ont pas « nécessairement » fait l'objet d'une abrogation implicite, présentée comme la conséquence de la première. Le pont entre les deux modes d'abrogation de la loi est explicitement réalisé par la Cour impériale d'Amiens, dans un arrêt rendu en 1863. Saisie d'un litige relatif à l'application de la réglementation en matière d'affichages électoraux, la cour doit déterminer les effets abrogatifs de la loi du 16 juillet

¹⁷¹⁴ Décret organique du 17 février 1852 sur la presse, article 36, alinéa 2.

¹⁷¹⁵ Cour cass., crim., 28 avril 1854, *Marquet*, *Bull. crim.*, t. LXIX, n°126, p. 214.

¹⁷¹⁶ Cour cass., crim., 30 janvier 1858, *Dumont et al.*, *Bull. crim.*, t. LXIII, n°27, p. 47.

1850¹⁷¹⁷, qui crée un régime nouveau quant aux publications de professions de foi de candidat à des élections. Jusqu'alors soumises à une déclaration préalable – par l'effet tant de la loi du 10 décembre 1830¹⁷¹⁸ que celle du 21 avril 1849¹⁷¹⁹ – les publications et affichages de profession de foi sont dispensées de cette formalité préalable par la loi de 1850. Ce nouveau régime de liberté inscrit évidemment en faux le système déclaratif antérieur. Si le législateur semble avoir pris la mesure de ce changement de philosophie, il n'apparaît pas en avoir tiré toutes les conséquences : il prend soin, dans la loi de 1850, d'insérer une clause abrogeant la loi de 1849 mais omet de préciser le sort de la loi de 1830 encore en vigueur. Si la solution s'annonce d'elle-même – la loi de 1830 ne peut prospérer dans ce nouveau système –, elle requiert l'intermédiation du juge pour déclarer la loi de 1830 abrogée. Aussi, la cour pallie-t-elle cette lacune, en déclarant que :

« dans son article 11 et dernier, pour affranchir les candidats de toute obligation de ce genre, [la loi de 1850] a formellement abrogé la loi du 21 avril 1849, et virtuellement aussi l'article 2 de la loi du 10 décembre 1830, inconciliable avec la liberté de distribution et d'affichage qu'elle entendait rétablir ; et a ainsi achevé d'enlever toute entrave aux manifestations régulières des professions de foi électorales dans les vingt jours qui précèdent le scrutin »¹⁷²⁰.

Le juge picard l'exprime ainsi sans détour : une abrogation formelle peut porter en germe une abrogation subséquente, qualifiée alors de « virtuelle ». Une solution qui s'impose au nom tant de la nécessité que de l'évidence, des dispositions inconciliables ne pouvant continuer de prospérer dans l'architecture normative. Par-là, le juge fait la preuve d'un grand

¹⁷¹⁷ Loi du 16 juillet 1850, sur le cautionnement des journaux et le timbre des écrits périodiques et non périodiques, article 10 : « Pendant les vingt jours qui précéderont les élections, les circulaires et professions de foi signées des candidats pourront, après dépôt au parquet du procureur de la République, être affichées et distribuées sans autorisation de l'autorité municipale. » ; article 11, alinéa 2 : « La loi du 9 août 1848 et celle du 21 avril 1849 sont abrogées. »

¹⁷¹⁸ Loi du 10 décembre 1830, sur les afficheurs et les crieurs publics, article 2 : « Quiconque voudra exercer, même temporairement, la profession d'afficheur ou crieur, de vendeur ou distributeur, sur la voie publique, d'écrits imprimés, lithographies, gravés ou à la main, sera tenu d'en faire préalablement la déclaration devant l'autorité municipale et d'indiquer son domicile. – Le crieur ou afficheur devra renouveler cette déclaration chaque fois qu'il changera de domicile. »

¹⁷¹⁹ Loi du 21 avril 1849, portant prorogation de l'article 1^{er} du décret du 9 août 1848, relatif au cautionnement des journaux et écrits périodiques, article 2, : « Pendant les quarante-cinq jours précédant les élections générales, tout citoyen pourra, sans avoir besoin d'aucune autorisation municipale, afficher, crier, distribuer et vendre tous journaux, feuilles quotidiennes ou périodiques, et tous autres écrits ou imprimés relatifs aux élections. Ces écrits ou imprimés, autres que les journaux, doivent être signés de leurs auteurs. – Ces écrits ou imprimés, autres que les journaux, devront être déposés, dans chaque arrondissement, au parquet du procureur de la République, avant qu'on puisse les afficher, crier, vendre ou distribuer. – Les afficheurs, crieurs, vendeurs et distributeurs feront connaître leurs noms, professions et domiciles aux maires des communes où la publication aura lieu. – L'infraction aux dispositions des deux précédents paragraphes sera punie d'une amende de seize à deux cents francs, et d'un emprisonnement de dix jours à un an. – Dans tous les cas, il pourra être fait application de l'article 463 du Code pénal. »

¹⁷²⁰ CI Amiens, 2 juillet 1863, *Léveillé*, S. 1863. II. 148.

pouvoir de contrôle sur la loi, tant il accompagne et précise l'effet d'une abrogation pourtant expresse – qu'elle soit formulée en termes très généraux ou, à l'inverse, de manière très précise.

Si le législateur exprime parfois clairement son intention en adoptant une loi visant l'abrogation de certaines dispositions, la mise en musique de cette déclaration se révèle en pratique complexe. Le juge, loin de s'en tenir à la simple application textuelle d'une abrogation, se mue alors en véritable chef d'orchestre, s'estimant en charge de rétablir l'harmonie dans l'arsenal législatif. Il s'empare ainsi de la faculté de débusquer les dispositions nécessairement devenues caduques en raison de l'abrogation d'un autre texte, à partir d'une intention tacite qu'il prête au législateur qui n'a pas pu vouloir conserver ces autres dispositions qu'il a, de fait, « virtuellement » abrogées.

Toutefois, même lorsqu'il paraît s'écarter de la mission de la stricte application de la loi, au mépris apparent de la séparation des pouvoirs, l'examen des décisions montre que le juge s'efforce toujours d'agir dans le respect des limites que lui impose la loi. En prolongeant les effets d'une abrogation formelle, le juge ne revendique pas une indépendance en opposition au législateur mais manifeste plutôt une liberté encadrée par une constante déférence à la loi. Il n'agit pas pour servir un dessein personnel mais parce qu'il l'estime « nécessaire » pour faire triompher la cohérence du droit ou, parfois, la morale. En ce sens, il n'est pas anodin à cet égard de noter que les décisions rendues sur le fondement de l'ancien Code rural font référence à la « méchanceté » dont ont fait preuve les prévenus : le législateur n'a pu chercher à absoudre un tel acte immoral. À l'inverse, le juge exerce parfois sa créativité en tenant compte de la peine encourue, estimant que le législateur n'avait pas l'intention d'imposer une telle sévérité à l'acte réprimé.

Aussi, le juge veille-t-il toujours à rattacher ses décisions à la déclaration initiale d'abrogation du législateur. Sa prudence, parfois traduite par l'hésitation à nommer expressément l'abrogation, témoigne de sa conscience des limites de son pouvoir : le juge tâtonne – considérant parfois qu'une disposition isolée d'une loi abrogée peu survivre, parfois non – mais semble avant tout rechercher l'équilibre et la cohérence générale du droit. Cette hésitation reflète le soin avec lequel le juge s'interdit de poser des principes intangibles. Cependant, l'étude concrète du juge à l'œuvre au XIX^e siècle oblige à constater qu'il ne s'est pas toujours contenté de ce rôle et a cherché, dans certaines hypothèses, à s'emparer d'une mission plus ambitieuse en révélant des abrogations implicites *ad hoc*.

Sous-section 2. – Révéler l'abrogation

Au cours d'une espèce, le juge reconnaît, parfois, une abrogation implicite de la loi qui conduit à exclure l'application de ladite disposition, désormais regardée comme abrogée, en dehors de toute déclaration expresse du législateur en ce sens. À l'inverse de l'abrogation explicite, l'abrogation implicite apparaît comme un mécanisme peu prévisible : sans annonce en amont du législateur, il revient au juge, en aval, de révéler l'abrogation, parfois de manière divergente d'une juridiction à l'autre. Aussi, le mécanisme est-il éminemment faillible. L'exercice interroge d'autant plus qu'il démontre un pouvoir exorbitant du juge : il se place à la mesure du législateur en s'arrogeant un pouvoir similaire au sien – prononcer la fin de règne de la loi. Parce qu'elle s'exerce par le truchement du juge, l'abrogation implicite de la loi demeure, avant tout, un mode d'abrogation exceptionnel : l'abrogation naturelle de la loi demeure explicitement déclarée par le législateur. L'abrogation implicite, qui conduit le juge à déclarer la survivance ou la disparition d'une loi, est à cet égard une anomalie. Ce faisant, l'exercice de cette modalité relevant du seul bon vouloir du juge est vivement débattu.

La critique de l'abrogation implicite de la loi est duale : à la fois en ce qu'elle conduit à concurrencer le législateur, seul dépositaire des lois ; et en ce qu'elle conduirait à reconnaître une grande liberté au juge, dont il est craint qu'elle devienne arbitraire. Tout est fait alors pour circonscrire l'exercice de cette modalité. Les termes du débat diffèrent néanmoins selon la nature de l'abrogation implicite. L'abrogation implicite peut résulter, d'abord, de l'inconciliabilité de dispositions légales. En révélant une telle abrogation, le juge agit tel un intermédiaire chargé de mettre à jour une évidence : une loi n'est plus en adéquation avec l'architecture normative et doit alors être écartée. Par-là, le juge paraît faire la preuve moins de son indépendance quant à la loi que de sa faculté à tirer toutes les conséquences des contradictions du législateur, préservant ainsi la cohérence d'ensemble du droit. Dans cette perspective, la nécessité d'une telle déclaration d'abrogation est souvent reconnue (§1). En d'autres hypothèses cependant, le juge exerce un rôle plus actif : le juge fonde dans des éléments exogènes à la loi son abrogation, en dehors de toute contrariété avec un texte légal. Cette induction est, de toute évidence, très controversée, tant en jurisprudence qu'en doctrine (§2).

§1. – De l'abrogation implicite nécessaire

La succession des lois, *a fortiori* dans un XIX^e siècle sujet à de grands sursauts politiques et institutionnels, conduit nécessairement à faire coexister dans un même système juridique des lois contradictoires. Faute d'indication du législateur, le juge doit alors proposer une clef de lecture de l'agencement desdites dispositions, jusqu'à, parfois, reconnaître l'abrogation implicite de l'une des deux. La Cour de cassation, la première, invite l'ensemble de l'ordre judiciaire à n'y recourir qu'avec mesure. Dès 1812, elle insiste sur la nécessité de s'efforcer de combiner deux lois successives : le premier devoir du juge doit être de trouver des motifs de concilier les lois, plutôt que de chercher à déclarer une abrogation que le législateur lui-même n'aurait pas reconnue¹⁷²¹. En 1821, la Cour se fait plus précise encore. Si elle reconnaît bien la distinction entre abrogations expresse et implicite, elle insiste sur le caractère exceptionnel de cette dernière : l'abrogation implicite ne doit intervenir que lorsque des dispositions sont « absolument inconciliable[s] »¹⁷²² faisant échec à toute « fusion » possible¹⁷²³. Aussi, de l'aveu de la Cour, l'abrogation implicite doit-elle relever d'un mécanisme exceptionnel, parce qu'il est du devoir du juge d'appliquer la loi non formellement abrogée. Mais, à l'inverse, elle ne peut nier l'hypothèse de dispositions inconciliables à l'égard desquelles le législateur n'a pas laissé d'instruction, ce qui la contraint à reconnaître l'existence la possibilité d'une abrogation implicite.

Ces réticences n'empêchent cependant pas le mécanisme de vivre devant les prétoires. Elles en influencent cependant l'usage : l'analyse de certains jugements témoigne de la difficulté de recourir à ce mécanisme contesté. Aussi, certaines juridictions usent-elles de circonvolutions pour conclure, sans l'énoncer explicitement, à la reconnaissance d'une faculté d'abrogation implicite du juge. Une illustration en est fournie par un jugement du Tribunal de police correctionnelle de Paris, rendu en 1830 en matière de presse. La juridiction admet que l'abrogation peut se rencontrer en deux hypothèses :

« quand l'abrogation en a été formellement prononcée par une loi subséquente, ou quand les termes et l'esprit de la loi ancienne sont en contradiction avec l'esprit et les termes de la nouvelle disposition législative »¹⁷²⁴.

L'abrogation implicite n'est pas nommée et, de même, la formulation retenue ne suggère aucun rôle actif du juge dans la déclaration d'inconciliabilité. En ce sens, l'abrogation

¹⁷²¹ Cour cass., crim., 20 mars 1812, *La régie des droits réunies*, S. 1812. I. 382.

¹⁷²² Cour cass., crim., 26 avril 1821, *Giacobbi c/ Colonna d'Istria*, S. refondu I. VI. I. 424.

¹⁷²³ RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du Code civil », *loc. cit.*, p. 30-31.

¹⁷²⁴ Trib. pol. corr. Paris, 16 octobre 1830, *Patriote, Gazette des tribunaux*, 17 octobre 1830, t. V, n°1612.

implicite s'impose au juge. La même prudence ressort d'un arrêt rendu par la Cour royale de Bordeaux, en matière de vente aux enchères, qui ne reconnaît que deux abrogations :

« ou par une disposition formelle, ou par la contrariété qui se trouve entre elle et une loi postérieure »¹⁷²⁵.

Ces deux décisions témoignent d'un mécanisme qui s'ignore encore en début de siècle mais dont les juridictions pressentent la nécessaire reconnaissance, puisqu'il ne peut être attendu de la prévoyance du législateur qu'il énonce formellement toutes les abrogations. Mais ces hypothèses ne sont pas nécessairement la règle commune, tant le mécanisme de l'abrogation implicite a pu être plus franchement adopté. À l'image d'un arrêt rendu par la Cour de royale de Paris, sur un litige élevé en matière d'octroi. Elle écarte nettement l'application d'une disposition du droit intermédiaire – l'article 11 de la loi du 27 frimaire an VIII – au motif :

« [qu'il] a été virtuellement abrogé par l'article 8 de la loi du 29 mars 1832 »¹⁷²⁶.

À l'image des réflexions tenues pour l'abrogation expresse, l'abrogation implicite peut atteindre tant l'ensemble d'un régime antérieur¹⁷²⁷ qu'une disposition isolée. À cet égard, les dispositions codifiées ne sont pas à l'abri d'une abrogation implicite, ainsi qu'en atteste un arrêt de la Cour de cassation, rendu en 1854. Il est question, dans cette espèce, de la compétence d'un juge de paix outragé : le magistrat peut-il retenir sa propre compétence et juger immédiatement l'affront, conformément à l'article 505 du Code d'instruction criminelle¹⁷²⁸ ? Ou doit-il s'en remettre aux dispositions du Code de procédure civile, qui ne lui offre pas la possibilité de juger séance tenante de l'outrage¹⁷²⁹ ? Pour trancher dans le sens de l'application des dispositions du

¹⁷²⁵ CR Bordeaux, 6 août 1835, *Huissiers de Lesparre c/ Daria*, S. 1836. II. 60.

Ce principe est martelé, dès le début du siècle, par la Cour de cassation. Conf. : Cour cass., req., 3 nivôse an X (24 décembre 1801), *Lelièvre c/ Lagrange*, S. 1802. I. 190 ; Cour cass., crim., 20 octobre 1809, *Ministère public c/ Berth*, S. 1810. I. 303 ; Cour cass., crim., 20 mars 1812, *L'administration forestière*, S. 1812. I. 392.

¹⁷²⁶ CR Paris, 17 janvier 1839, *Gazette des tribunaux*, 30 janvier 1839, t. XIV, n°4177.

¹⁷²⁷ Il en est ainsi dans une espèce jugée en 1831 par la Cour royale d'Amiens, ayant au changement de domicile électoral. La Cour relève alors « que le mot arrondissement, employé seul dans la première disposition de l'article 76, ne peut s'entendre que de l'arrondissement administratif ; que [...] la loi du 19 avril 1831 abroge virtuellement toute la législation électorale antérieure ; qu'elle crée un droit nouveau et une circonstance nouvelle ». Par ailleurs, le pourvoi dirigé contre cet arrêt est rejeté par la Cour de cassation (CR Amiens, [s.d.], reproduit sous Cour cass., req., 22 juin 1831, *Gazette des tribunaux*, 24 juin 1831, t. VI, n°1829).

¹⁷²⁸ Code d'instruction criminelle, article 505 : « Lorsque le tumulte aura été accompagné d'injures ou voies de fait donnant lieu à l'application ultérieure des peines correctionnelles ou de police, ces peines pourront être, séance tenante et immédiatement après que les faits auront été constatés, prononcées, savoir : celles de simple police, sans appel, de quelque tribunal ou juge qu'elles émanent ; et celles de police correctionnelle, à la charge de l'appel, si la condamnation a été portée par un tribunal sujet à appel, ou par un seul juge. »

¹⁷²⁹ Code de procédure civile, article 91 : « Ceux qui outrageraient ou menaceraient les juges, ou les officiers de justice, dans l'exercice de leurs fonctions, seront, de l'ordonnance du président, juge-commissaire ou du procureur impérial, chacun dans le lieu dont la police lui appartient, saisis et déposés à l'instant dans la maison d'arrêt, interrogés dans les vingt-quatre heures, et condamnés par le tribunal, sur le vu du procès-verbal qui constatera le délit, à une détention qui ne pourra excéder le mois, et à une amende qui ne pourra être moindre de vingt-cinq francs, ni excéder trois cents francs. – Si le délinquant ne peut être saisi à l'instant, le tribunal prononcera contre lui, dans les vingt-quatre heures, les peines ci-dessus, sauf l'opposition que le condamné pourra former dans les dix jours du jugement, en se mettant en état de détention. »

Code d'instruction criminelle – par ailleurs paru une année après celui de procédure civile –, la Cour juge sans ambages que :

« les articles 504 et 505, en accordant aux magistrats des pouvoirs plus étendus que les articles 11, 89, 90 et 91 du Code de procédure civile, et en précisant le mode de procédure, selon la gravité du trouble et de l'offense, ont virtuellement abrogé lesdits articles du Code de procédure civile »¹⁷³⁰.

Le langage du juge invite à penser ces natures d'abrogation comme évidentes et, en cela, se rapprochant d'une abrogation expresse : ici, le législateur a manifesté, certes implicitement, sa volonté d'écarter des dispositions en créant des règles nouvelles manifestement contraires. Il n'a simplement pas exprimé toutes les conséquences de la mise en œuvre des nouvelles règles. En somme, l'abrogation implicite, née de l'inconciliabilité de lois, serait une abrogation expresse qui s'ignore. Ceci explique vraisemblablement que cette abrogation est accueillie en jurisprudence.

De même, un indice de la réception favorable de l'abrogation implicite apparaît à l'étude de certaines décisions de justice qui présentent la faculté d'abrogation comme un mode dual : elle est soit expresse, soit implicite. L'alternative, déjà présentée en 1835 par la Cour royale de Bordeaux, est reprise par la Cour de cassation, 10 ans plus tard. La Haute Cour doit trancher la question de la poursuite d'un prévenu, à raison du même fait, pour délit d'outrage mais également de diffamation à l'encontre d'un fonctionnaire. Pour conclure par la positive, la Cour de cassation énonce que :

« l'article 6 de la loi du 22 mars 1822 a laissé subsister l'article 16 de la loi du 17 mai 1819, puisqu'il ne l'a abrogé ni d'une manière expresse, ni virtuellement et par suite de l'inconciliabilité absolue des deux dispositions »¹⁷³¹.

Cette formulation invite à deux remarques.

D'une part, dans cet arrêt, le juge de cassation contrôle la vigueur d'une disposition à un double égard : d'abord si une abrogation formelle n'a pas eu lieu ; ensuite, si une disposition postérieure contraire ne doit pas conduire à déclarer ladite loi abrogée. En 1845, la Cour suggère ainsi que ce double examen est à la charge du juge.

Mais, d'autre part, le choix des termes retenus indique assez la prudence avec laquelle le juge use de l'outil abrogatif : en évoquant une abrogation virtuelle, il fait le choix de présenter l'abrogation comme contenue en germe dans la loi et simplement révélée par le juge, qui admet la nécessité de son intervention. En précisant que l'inconciliabilité doit être « absolue », il souligne le caractère exceptionnel que cette seconde branche de l'alternative doit conserver.

¹⁷³⁰ Cour cass., crim., 3 août 1854, *Collonnier*, S. 1854. I. 745.

¹⁷³¹ Cour cass., crim., 17 juillet 1845, *Le journal l'Espérance*, S. 1845. I. 782.

Aussi, l'abrogation doit-elle s'inscrire dans un sillon tracé par le législateur et, autant que faire se peut, ne pas apparaître comme une invention intervention *ex nihilo* du juge.

Or, il semble bien que ce soit davantage cette circonspection qui marque la pratique de l'abrogation implicite, un mécanisme dont le juge modère l'usage. Dans cet esprit, le juge accompagne régulièrement la déclaration d'abrogation d'autres mécanismes, dont le recours doit permettre d'ancrer plus solidement la solution proposée. En ce sens, les arguments tant de la nécessité¹⁷³², de la généralité¹⁷³³ que de l'évidence¹⁷³⁴ apparaissent aux côtés de l'abrogation implicite. Tout en témoignant de la difficile reconnaissance de l'abrogation implicite, ces motivations enrichies, presque surabondantes, doivent renforcer la pertinence de la décision rendue et achever de convaincre que l'abrogation décidée en l'espèce s'impose en droit au juge.

À l'image de ces difficultés à nommer et, bien plus encore, à employer ce mécanisme, certains récits jurisprudentiels montrent que l'abrogation implicite n'a qu'une valeur restreinte et précaire. Deux hypothèses peuvent le démontrer.

La première hypothèse est la suivante. L'effet de l'abrogation implicite semble, d'abord, atténué en ce qu'il est parfois précisé que cette caducité a bien été confirmée par une seconde abrogation, expresse ou implicite. Cette idée transparaît à la lecture de décisions qui ont pu déclarer une abrogation implicite au nom de deux textes. En 1839, un arrêt de la Cour de cassation, amenée à préciser l'autorité des procès-verbaux délivrés par des agents de police, se

¹⁷³² L'argument de la nécessité de la loi apparaît sous la plume de la Cour de cassation, saisie d'une question relative à l'embauchage de rebelles à la conscription. Dans cette espèce, elle reconnaît « [qu']il y a donc coexistence de deux crimes, dont l'un appartient à la juridiction militaire et l'autre à la juridiction commune ; que, d'après le principe général des articles 6 et 7 de la loi du 30 septembre 1791, la connaissance de ces deux crimes serait dévolue à la juridiction ordinaire ; mais que ce principe a été implicitement et nécessairement abrogé à l'égard de l'embauchage pour les rebelles, par l'attribution conférée d'une manière générale et absolue aux tribunaux militaires, par l'article 9 de la loi du 13 brumaire an 5 » (Cour cass., crim., 2 août 1822, *Caron & Roger*, S. *refondu* 1. VII. I. 121).

¹⁷³³ L'argument de la généralité de la loi apparaît sous la plume de la Cour de cassation, saisie d'une contestation formulée par des négociants de la ville de Marseille. Ils s'insurgent de l'instauration par le conseil municipal de droits d'octroi sur les farines, pourtant abolis par une loi de 1791. Or, pour conclure à la légalité de la recette fiscale, la Cour estime que la ville tient ce droit des articles 147 et 148 de la loi du 28 avril 1816, qui l'autorisent à imposer les objets destinés à la consommation locale. Elle conclut surtout que « ces articles illimités et absolus n'admettent aucune exception, que leur généralité est une abrogation implicite des exceptions écrites dans les lois antérieures » (Cour cass., crim., 18 juillet 1834, *Gazette des tribunaux*, 19 juillet 1834, t. IX, n°2783).

¹⁷³⁴ La Cour royale de Rouen fait usage de l'évidence dans une décision relative aux actes passés devant notaire : « la loi du 15 ventôse an XI contient, sur la forme des actes passés devant notaire, des dispositions générales qui doivent être suivies dans toutes les matières à l'égard desquelles il n'a point été apporté de dérogations expresses ou tacites par la législation subséquente ; [...] le Code civil, livre III, titre II, chapitre V, contient diverses règles spéciales sur les testaments par actes publics ; que notamment l'article 980, combiné avec l'article 975, a réuni dans un seul cadre toutes les conditions constitutives de l'identité des témoins appelés au testament ; que les mots sujets du Roi, que cet article renferme, et qui sont représentatifs du mot républicains existant dans l'édition originale du Code civil, sont évidemment exclusifs de toute idée de circonscription de domicile des témoins dans une portion quelconque du territoire, et par conséquent abrogent implicitement en cette partie la disposition de l'article 9 de la loi du 25 ventôse, qui exige que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement » (CR Rouen, 16 novembre 1818, *Sauvage*, S. *refondu* 1. V. II. 422).

conclut de telle sorte que la disposition litigieuse – l'article 12 du titre 1er de la loi du 19-22 juillet 1791 – est déclarée « virtuellement abrogé, d'abord par le Code du 3 brumaire an 4 et ensuite par le Code d'instruction criminelle »¹⁷³⁵. Or ce raisonnement en double abrogation soulève des interrogations : comment une disposition, déjà réputée abrogée du fait de sa contradiction avec un premier texte, pourrait l'être à nouveau au regard d'un second ? Peut-on admettre qu'une disposition s'efface à la faveur d'une seule dissonance textuelle, révélée par l'interprétation du juge ? Ou faut-il considérer à l'inverse qu'une abrogation implicite ne peut être révélée que de la contradiction d'une disposition avec une multitude de textes ?

La même difficulté apparaît sous la plume du Tribunal de la Seine. Dans une affaire jugée en 1847 et relative à l'étendue du privilège sur les loyers échus, le tribunal doit se prononcer sur la possibilité pour un propriétaire de saisir la pension de retraite, servie par l'État, de son locataire. Pour s'opposer à la saisie et faire droit à la demande en mainlevée du débiteur, le tribunal admet que l'article 4 du décret du 22 août 1791, interprétant le décret du 3 août 1790 sur les pensions et autorisant la saisie des pensions, « a été abrog[é] implicitement et explicitement » : implicitement, d'abord, par le décret du 30 avril-16 mai 1792¹⁷³⁶ ; explicitement, ensuite, par la loi du 22 floréal an VII (11 mars 1799)¹⁷³⁷, et la loi des 11 et 18 avril 1831¹⁷³⁸. Le tribunal voit alors dans le texte de 1791 « un texte oublié, complètement tombé en désuétude et abrogé par des lois postérieures ». Cette accumulation de motivations montre que le juge est conscient que l'abrogation implicite est un instrument contestable, tant elle heurte, au fond, le principe de la séparation des pouvoirs. De fait, la précision de l'abrogation expresse ultérieure doit confirmer le raisonnement d'un juge soucieux de ne pas apparaître comme le seul auteur de l'abrogation de la loi. Mais cette circonstance ne doit pas minorer une réalité : le juge aurait pu se dispenser de présenter la première abrogation implicite ; s'il le fait, c'est alors qu'il croit à l'existence du mécanisme et ose le montrer. Au demeurant, la décision est confirmée en appel, sur les conclusions conformes de l'avocat général¹⁷³⁹.

Ainsi, s'il n'est pas exclu que cette présentation permette aux juridictions judiciaires de conférer à l'abrogation un fondement légitime – la déclaration du législateur –, ce raisonnement fait naître une alternative. Soit l'abrogation implicite a le même effet que l'abrogation expresse et rend superfétatoire l'abrogation formelle ultérieure ; soit cette abrogation formelle ultérieure

¹⁷³⁵ Cour cass., crim., 30 mars 1839, *Rieux et al.*, S. 1839. I. 448.

¹⁷³⁶ Décret du 30 avril-16 mai 1792, relatif à la conservation de l'Hôtel-des-Invalides, à son organisation et administration.

¹⁷³⁷ Loi du 22 floréal an VII (11 mai 1799), contenant des mesures pour assurer et faciliter le paiement des rentes et pensions.

¹⁷³⁸ Loi du 11 avril 1831, sur les pensions de l'armée de terre ; Loi du 18 avril 1831, sur les pensions de l'armée de mer.

¹⁷³⁹ Trib. civ. Seine, 14 avril 1847, reproduit sous CR Paris, 26 juillet 1847, *Gazette des tribunaux*, 28 juillet 1847, t. XXII, n°6260.

est bien nécessaire pour conforter l'abrogation implicite, suggérant qu'elle n'est qu'un mécanisme précaire et opérant jusqu'à la prochaine jurisprudence contraire.

La seconde hypothèse s'appuie sur un autre principe, relatif à l'effet de l'abrogation implicite, invite à conclure en faveur de la seconde branche : une disposition implicitement abrogée peut être réactivée. Ainsi, à l'inverse de l'abrogation expresse jugée définitive¹⁷⁴⁰, l'abrogation implicite n'a qu'un effet temporaire, demeurant suspendue à la prise de position ultérieure du législateur, appelé à la confirmer ou l'inscrire en faux. Un arrêt rendu par la Cour de cassation, en 1849, met à jour cette différence de nature entre les deux abrogations.

Il s'agit dans cette espèce, d'établir les conditions de validité d'une opposition à un jugement rendu par défaut. Plusieurs lois successives ont régi cette question : d'abord l'article 19 de la loi du 26 mai 1819¹⁷⁴¹ ; puis l'article 25 de la loi du 9 septembre 1835¹⁷⁴² ; et, enfin, le décret des 6-8 mars 1848¹⁷⁴³. Or, ces textes successifs emportent, par leur esprit, des conséquences contradictoires et inconciliables. Dans ce brouillard législatif, la Cour de cassation a pu considérer que la disposition de 1848 abrogeait expressément la disposition de 1835, au nom tant de son titre que de la clause d'abrogation générale qu'il contient¹⁷⁴⁴. À l'inverse, elle a considéré que la disposition de 1835 n'abrogeait que tacitement la disposition de 1819. Or, le troisième texte ayant abrogé le deuxième – la loi de 1835 –, le premier – la loi de 1819 –, objet d'une abrogation simplement implicite, peut-il retrouver son empire ? À cela, la Cour de cassation répond par la positive, en reconnaissant que la disposition de 1819 a été « remis[e] en vigueur et [a] repri[s] tout son empire » par l'effet du décret des 6-8 mars 1848¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴⁰ V. *supra*, §1. – L'abrogation explicite a minima.

¹⁷⁴¹ Loi du 26 mai 1819, relative à la poursuite et au jugement des crimes et délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publication, article 19 : « Dans les cinq jours de la notification de l'opposition, le prévenu devra déposer au greffe une requête tendant à obtenir du président de la cour d'assises d'une ordonnance fixant le jour du jugement d'opposition : cette ordonnance fixera le jour aux plus prochaines assises ; elle sera signifiée, à la requête du ministère public, tant au prévenu qu'au plaignant, avec assignation au jour fixé dix jours au moins avant l'échéance. Faute par le prévenu de remplir les formalités mises à sa charge par le présent article, ou de comparaître par lui-même ou par un fondé de pouvoir au jour fixé par l'ordonnance, l'opposition sera réputée non avenue, et l'arrêt par défaut sera définitif. »

¹⁷⁴² Loi du 9 septembre 1835, sur les crimes, délits et contraventions de la presse et des autres moyens de publication, article 25 : « Si, au jour fixé par la citation, le prévenu ne se présente pas, il sera statué par défaut. – L'opposition à cet arrêt devra être formée dans les cinq jours à partir de la signification, à peine de nullité. – L'opposition emportera, de plein droit, citation à la première audience. – Toute demande en renvoi devra être présentée à la cour avant l'appel et le tirage au sort des jurés. – Lorsque cette dernière opération aura commencé en présence du prévenu, l'arrêt à intervenir sur le fond sera définitif et non susceptible d'opposition, quand même il se retirerait de l'audience après le tirage du jury ou durant le cours des débats. »

¹⁷⁴³ Décret des 6-8 mars 1848, qui abroge les lois de septembre 1835 sur la presse et divers articles du Code d'instruction criminelle.

¹⁷⁴⁴ Le décret de 1848, « qui abroge les lois de septembre 1835 sur la presse et divers articles du Code d'instruction criminelle », porte ainsi, dans son article 2, que « jusqu'à ce qu'il ait été statué par l'Assemblée nationale constituante, les lois antérieures relatives aux délits et contraventions en matière de presse sont exécutées dans les dispositions auxquelles il n'a pas été dérogé par le décret du gouvernement provisoire ».

¹⁷⁴⁵ Cour cass., crim., 21 septembre 1849, *Gazette des tribunaux*, 22 septembre 1849, t. XXIV, n°6932.

Les termes, dans lesquels cet arrêt est rédigé, conduit même à minimiser la force de l'abrogation implicite, que la Cour énonce ici dans une formule négative :

« son abrogation tacite ne résultait que de son incompatibilité »¹⁷⁴⁶.

Pour la Cour, il ne fait ainsi pas de doute que l'abrogation implicite revêt un caractère temporaire, la distinguant définitivement de l'abrogation expresse. Cette présentation semble découler de la conscience du juge, de ce que l'abrogation implicite n'est que le fruit de son raisonnement, faillible et contestable, et, partant, ne peut jouir des mêmes effets reconnus à l'abrogation expresse du législateur. Une solution au demeurant logique tant la primauté de la loi exige que son abrogation définitive ne puisse découler que d'une déclaration positive du législateur.

Aussi, probablement parce qu'elles consistent en une libre interprétation, les solutions abrogatives donnent-elles lieu à des conflits juridictionnels. À cet égard, certaines juridictions du fond se montrent peut-être plus téméraires que la Cour de cassation ; ce qu'illustre le contentieux relatif à l'inscription sur les listes électorales et du jury, au soir des années 1820. Ce contentieux tient à la contrariété entre deux lois électorales : celle du 2 mai 1827 relative à l'organisation du jury et celle du 2 juillet 1828 sur la révision annuelle des listes électorales et du jury, qui prévoient des conditions différentes de réclamation aux fins d'une inscription sur les listes électorales. Ce contentieux est, au demeurant, alimenté par le contexte politique : la seconde loi est votée après la dissolution manquée de 1827, qui voit advenir une chambre plus libérale que celle antérieurement constituée¹⁷⁴⁷.

La difficulté a trait au délai dans lequel est enserré la demande en réclamation pour être inscrit sur les listes électorales. Si l'article 6 de la loi de 1827 n'admettait que les réclamations, portées avant le 30 septembre, de ceux qui « auraient acquis les droits électoraux antérieurement à sa publication »¹⁷⁴⁸, l'article 11 de la loi du 2 juillet 1828 semble désormais octroyer davantage de souplesse aux réclamants en ne visant que la date butoir du 30 septembre pour présenter la réclamation, sans préciser à quel moment le demandeur aurait dû remplir les conditions d'inscription sur les listes électorales¹⁷⁴⁹. Aussi, le débat naît-il en jurisprudence, ouvrant la voie à une alternative. Si ces articles entrent dans une contradiction ontologique,

¹⁷⁴⁶ Cour cass., crim., 21 septembre 1849, *Lecamp*, *Bull. crim.*, t. XLIV, n°258, p. 368 ; *Gazette des tribunaux*, 22 septembre 1849, t. XXIV, n°6932.

¹⁷⁴⁷ V. *supra*, A. – La dissolution de 1827.

¹⁷⁴⁸ Loi du 2 mai 1827 relative à l'organisation du jury, article 6, 3^e alinéa : « Les réclamations de ceux qui auraient été omis dans la première de la liste arrêtée et close le 30 septembre, et qui auraient acquis les droits électoraux antérieurement à sa publication, en seront admises qu'autant qu'elles auront été formées avant le 1^{er} octobre. »

¹⁷⁴⁹ Loi du 2 juillet 1828 sur la révision annuelle des listes électorales et du jury, article 11 : « Tout individu qui croirait devoir se plaindre, soit d'avoir été indûment inscrit, omis ou rayé, soit de toute autre erreur commise à son égard dans la rédaction des listes, pourra, jusqu'au 30 septembre inclusivement présenter une réclamation, qui devra être accompagnée de pièces justificatives. »

l'article 6 doit être considéré comme abrogé et les réclamations faites par des demandeurs qui ne remplissaient pas les conditions d'inscription sur les listes électorales, avant leur établissement par le préfet mais avant le 30 septembre, doivent être accueillis. À l'inverse, si l'un et l'autre articles peuvent être conciliés, le juge doit refuser les réclamations de ceux qui n'auraient satisfait aux conditions requises pour être électeur qu'après l'établissement des premières listes par le préfet. La Cour royale d'Angers choisit, sans ambages, la première voie et décide, dans une affaire instruite en juin 1830, d'accueillir une demande en réclamation d'un citoyen au motif que :

« ledit article 11 [de la loi du 2 juillet 1828] ne distingue point les individus qui réunissaient les conditions exigées pour être électeur lors de la formation de la liste générale, et ceux qui n'ont réuni ces conditions que postérieurement, mais qu'il admet indistinctement les réclamations des uns et des autres ; d'où il suit nécessairement que, par la combinaison des articles 22 et 11 de la loi du 2 juillet 1828¹⁷⁵⁰, l'exception prononcée par le §3 de l'article 6 de la loi du 2 mai 1827 a été virtuellement abrogée »¹⁷⁵¹.

Une solution, placée sous le signe de la nécessité, que les Cours de Paris et de Nîmes imitent : si la juridiction parisienne se prononce explicitement en faveur de l'abrogation de la disposition légale, la cour nîmoise aboutit néanmoins à une conclusion similaire sans reconnaître *stricto sensu* une abrogation¹⁷⁵². Néanmoins, la position contraire est adoptée, le même mois, par un grand nombre de Cours royales¹⁷⁵³ ; à l'instar de la Cour de Poitiers qui décide, à l'égard de l'article 6 de la loi de 1827, que :

« l'article 22 de la loi de 1828, loin d'y déroger ou même de le modifier, le confirme au contraire d'une manière explicite »¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵⁰ Loi du 2 juillet 1828 sur la révision annuelle des listes électorales et du jury : article 12 : « Dans le même délai, tout individu inscrit sur la liste d'un département pourra réclamer l'inscription de tout citoyen qui n'y serait pas porté, quoique réunissant toutes les conditions nécessaires, la radiation de tout individu qu'il prétendrait y être indûment inscrit, ou la rectification de toute autre erreur commise dans la rédaction des listes. – Il devra motiver sa demande et l'appuyer de pièces justificatives. » ; article 22 : « Si la réunion a lieu à une époque plus éloignée, l'intervalle sera de trente jours au moins. – Dans ce dernier cas, le préfet fera afficher immédiatement l'ordonnance de convocation. Le registre prescrit à l'article 10 ci-dessus sera ouvert : les réclamations prévues par les articles 11 et 12 seront admises ; mais elles devront être faites dans le délai de huit jours sous peine de déchéance. – Le préfet en conseil de préfecture dressera le tableau de rectification prescrit par l'article 6 de la loi du 2 mai 1827. Il le fera publier et afficher le onzième jour au plus tard après la publication de l'ordonnance, et les notifications prescrites par l'article 15 seront faites aux parties intéressées dans le délai de cinq jours. »

¹⁷⁵¹ CR Angers, 2 juin 1830, *Gazette des tribunaux*, 7-8 juin 1830, t. V, n°1505.

¹⁷⁵² CR Paris, 29 mai 1830, *Gazette des tribunaux*, 30 mai 1830, t. V, n°1498 ; CR Paris, 10 juin 1830, *Gazette des tribunaux*, 11 juin 1830, t. V, n°1508 ; CR Nîmes, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 1^{er} juillet 1830, t. V, n°1525.

¹⁷⁵³ CR Rouen, 3 juin 1830, *Gazette des tribunaux*, 7-8 juin 1830, t. V, n°1505 ; CR Douai, 8 juin 1830, *Gazette des tribunaux*, 11 juin 1830, t. V, n°1508 ; CR Nancy, 7 juin 1830, *Gazette des tribunaux*, 11 juin 1830, t. V, n°1508 ; CR Dijon, 1830, *Gazette des tribunaux*, 28-29 juin 1830, t. V, n°1523 ; CR Bordeaux, 11 juin 1830, *Gazette des tribunaux*, 1^{er} juillet 1830, t. V, n°1525 ; CR Poitiers, 10 juin 1830, *Gazette des tribunaux*, 9 juillet 1830, t. V, n°1532.

¹⁷⁵⁴ CR Poitiers, 10 juin 1830, *Gazette des tribunaux*, 9 juillet 1830, t. V, n°1532.

Or c'est cette seconde interprétation qui retient les faveurs de la Cour de cassation. Cassant un arrêt de la Cour de Paris rendu en mai 1830, elle affirme, en préambule d'une longue explication, que « cet article 6, loin d'avoir été abrogé, a été au contraire maintenu par plusieurs dispositions de la loi du 2 juillet 1828 »¹⁷⁵⁵. La longue glose à laquelle elle se livre témoigne néanmoins des fortes discussions ayant trait au mécanisme d'abrogation qui agitent les juridictions judiciaires. Or, chose étonnante : la Cour ne fustige pas le procédé d'abrogation implicite mais discute l'interprétation des dispositions litigieuses. Si la Cour assure par-là le maintien de sa jurisprudence – en privilégiant la conciliation des lois plutôt qu'une reconnaissance d'abrogation –, elle reconnaît dans le même temps l'existence et le bien-fondé de ce mécanisme. Ainsi, si le juge cherche à ne pas y recourir et veille à accompagner la reconnaissance d'une abrogation implicite d'arguments complémentaires venant étayer son constat, il démontre aussi qu'il se saisit de la question de la vigueur des lois, quand bien même le législateur ne l'y aurait pas invité. Les débats jurisprudentiels portent ainsi moins sur l'existence ontologique du procédé que sur son application en pratique.

§2. – Des abrogations implicites controversées

L'hypothèse de l'abrogation d'une loi, en dehors du constat de son inconciliabilité avec une loi positive, ne relève pas de l'évidence. Mais le juge ne semble pouvoir se départir parfois de la mise en œuvre d'une abrogation implicite plus captieuse, tant ce mécanisme semble nécessaire pour conserver la cohérence de l'ordre juridique. Il apparaît ainsi à l'étude de la jurisprudence que l'abrogation implicite peut également découler du constat de sa désuétude, consacrant par-là une forme de « mort naturelle des lois »¹⁷⁵⁶. Si cette conclusion est parfois inévitable, elle n'en interroge pas moins le dogme de l'infailibilité de la loi en reconnaissant que de simples faits, et non pas des normes, puissent attenter à sa force obligatoire. Cette hypothèse place le juge en situation de déterminer si, par exemple, l'établissement de nouvelles pratiques sociales peut conduire à déclarer abrogée une loi, jugée désuète et, de fait, délaissée. Admettre cette possibilité conduirait cependant à reconnaître au juge un rôle d'autant plus central dans la consécration du droit en vigueur que cela le mènerait, inversement, à réfuter une conception trop étroite de la légalité, en estimant que le droit doit correspondre aux pratiques sociales majoritaires. Dans cette perspective, le raisonnement en abrogation porté par le juge peut recouvrir deux situations. Il peut y avoir, d'une part, un *changement de circonstances*, telle

¹⁷⁵⁵ Cour cass., 1^{er} juillet 1830, *Gazette des tribunaux*, 1^{er} juillet 1830, t. V, n°1525 ; 2 juillet 1830, t. V, n°1526.

¹⁷⁵⁶ CRUET, Jean, *La vie du droit...*, op. cit., p. 252.

que les causes à l'origine de la loi ayant disparu, elles rendent alors la loi sans objet (A). Il peut s'agir, d'autre part, du développement d'un usage *contra legem*, qui conduit à l'effacement de la loi dont les prescriptions sont méconnues (B). L'un et l'autre mode procèdent de mouvements différents : l'usage contraire postule le développement de comportements humains en marge de la loi, alors qu'aucun élément objectif n'empêche son application. À l'inverse, le changement de circonstances suggère une difficulté d'application de la loi dont la cause est la loi elle-même, devenue inadaptée à l'objet qu'elle prétendait régir. Ces éléments expliquent alors un traitement différencié.

A. – La loi face au changement de circonstances

L'écart entre une loi et les mœurs est souvent mis en exergue par le juge, qui y puise l'indice d'une carence de la loi pour en reconnaître l'abrogation implicite. Ce raisonnement découle d'une idée alors simple : la loi perd sa force obligatoire, dès lors que les circonstances à l'origine de sa création ont disparu, justifiant et légitimant des comportements opposés au vœu de la loi¹⁷⁵⁷. Tombée en désuétude, elle peut – et même, doit – alors être écartée par les juges judiciaires. L'argument semble gagner à lui la majorité des juridictions et de la doctrine¹⁷⁵⁸. Cette solution peut aisément s'expliquer : au fond, c'est la loi elle-même qui annonçait les conditions de son abrogation, en précisant les motifs à l'aune desquels elle était prise. Il n'y a donc, alors, rien d'exorbitant à voir le juge tirer les conséquences des prévisions mêmes de la loi, qui conditionnait son application à la survenance d'évènements. La disparition de ceux-ci ne pouvait qu'entraîner son abrogation.

Le cas se présente souvent ; à l'image du jugement rendu en 1847 par la juridiction commerciale de Versailles, à l'occasion d'un litige relatif aux achats et ventes d'immeubles. Dans cette décision confirmée en appel, le tribunal admet, après avoir reconnu que « la jurisprudence s'est refusée pendant longtemps » à amender la législation y relative, que « les nécessités des temps doivent évidemment amener dans l'application de la loi des modifications qui sont les conséquences des faits nouveaux »¹⁷⁵⁹. Le juge se trouve dans la nécessité d'adapter la loi qui ne serait plus en adéquation avec son temps.

¹⁷⁵⁷ L'idée est exprimée par un adage latin : « *cessante ratione legis, cessat lex ipsa* » (« la raison de la loi disparaissant, la loi cesse elle-même »).

¹⁷⁵⁸ V., dans ce sens, MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, *op. cit.*, t. VIII, v° *Tribunal d'appel*, p. 547 et suiv. ; TOULLIER, Charles, *Le Droit civil français...*, *op. cit.*, t. I, p. 116 et suiv.

¹⁷⁵⁹ Trib. com. Versailles, 7 avril 1847, rapporté sous CR Paris, 5 août 1847, *Gazette des tribunaux*, 2 octobre 1847, t. XX, n°6317.

Un temps, les formations de la Cour de cassation se sont opposées sur cette question, alors que la chambre civile refusait de conférer aux *circonstances* un effet déterminant¹⁷⁶⁰, à l'inverse de la chambre des requêtes¹⁷⁶¹. C'est finalement l'avis de cette dernière chambre qui semble prospérer ; ce qui est illustré par le développement du vocable des circonstances au fil des espèces, employé même par la chambre civile. Cette hypothèse se rencontre notamment dans une affaire de vente de domaines nationaux¹⁷⁶². En 1825, la Cour de cassation est saisie d'une action en revendication d'un homme exproprié, avant la Restauration, de ses immeubles sur décision de l'État. Sur le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Rouen, faisant application de la Charte pour déroger aux lois antérieures, la Cour de cassation adopte un raisonnement similaire, en considérant que les exceptions relatives aux principes d'expropriation, établies avant la Restauration, sont des « lois de circonstances [qui] sont non seulement virtuellement abrogées, par cela seul qu'elles sont inconciliables avec les articles 9 et 10 de la charte, mais qu'elles se trouvent de plus révoquées par l'article 68, qui ne maintient que les lois existantes qui ne sont pas contraires à la charte »¹⁷⁶³. Si la Cour estime nécessaire de conforter l'abrogation reconnue à l'aune des dispositions de la Charte, elle n'en reconnaît pas moins l'existence de « lois de circonstances », appelées à une évidente disparition même en l'absence de déclaration expresse du législateur.

¹⁷⁶⁰ Conf. : Cour cass., civ., 1^{er} messidor an IX (20 juin 1801) ; Cour cass., civ., 1^{er} nivôse an X (22 décembre 1801). Ces deux arrêts sont reproduits par Philippe-Antoine Merlin de Douai qui en minore néanmoins la portée de principe (MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, op. cit., t. VIII, v^o *Tribunal d'appel*, §3, p. 549-550).

¹⁷⁶¹ À l'orée du XIX^e siècle, deux arrêts rendus par la chambre des requêtes de la Cour de cassation rejettent l'application de lois en raison de leur inadéquation avec le système juridique alors en vigueur. Le premier retient que « la loi du 18 février 1791, concernant les requêtes civiles, a été faite pour un ordre judiciaire dans lequel les tribunaux d'appel et ceux qui étaient appelés à connaître des requêtes civiles, devaient être déterminés par la volonté des parties et choisis parmi plusieurs tribunaux égaux entre eux ; ce qui est inconciliable avec l'organisation actuelle des tribunaux d'appel fixes et indépendants de l'intention des parties ; d'où il résulte que la loi dudit jour 18 février. 1791 est inapplicable » (Cour cass., req., 18 prairial an X (7 juin 1802), *Esperet c/ Olivier*, S. *refondu* I. I. I. 651). Le second retient que « dans l'ordre judiciaire actuel, il n'est plus nécessaire que des parties, qui compromettent sur leur différend, et qui, par leur compromis, se réservent la faculté d'appeler de la décision arbitrale, désignent le tribunal qui devra connaître dudit appel ; que cette disposition de la loi d'août 1790 n'est plus exécutable depuis la loi de ventôse an VIII » (Cour cass., req., 19 vendémiaire an XII (12 octobre 1803), *Yvonet c/ Yvonet*, S. *refondu* I. I. I. 868). Ces deux décisions, sans employer la notion d'abrogation, concluent identiquement à l'ineffectivité de lois non formellement abrogées.

¹⁷⁶² Aux fins d'honorer la dette publique et de faire baisser le déficit, le décret des 19-20 décembre 1789, concernant la caisse d'escompte et portant établissement d'une caisse de l'extraordinaire, ordonne la mise en vente des domaines de la couronne (article 10), dont les modalités d'exécution sont notamment précisées par deux décrets ultérieurs (décret du 17-24 mars 1790 concernant l'aliénation aux municipalités de quatre cents millions de bien domaniaux et ecclésiastiques ; décret des 14-17 mai 1790 concernant la vente de quatre cents millions de domaines nationaux).

V. BODINIER, Bernard, & TEYSSIER, Éric, *L'Événement le plus important de la Révolution : la vente des biens nationaux, 1789-1867, en France et dans les territoires annexés*, Paris, Société des études robespierristes-CTHS, 2000.

¹⁷⁶³ Cour cass., civ., 26 décembre 1825, *Martin*, S. 1826. I. 270.

V., en ce sens, les conclusions conformes du procureur général André Dupin sous Cour cass., civ., 6 avril 1836, *Le préfet de la Seine c/ Périer et al.*, S. 1836. I. 257.

À l'aube de la Monarchie de Juillet, le Tribunal de police correctionnelle de Paris use d'un vocable plus franc encore pour écarter une loi dans une matière voisine. Est appelée devant lui une logeuse, poursuivie pour avoir hébergé une famille écossaise chez elle, sans l'avoir déclaré, contrevenant ainsi à la loi du 27 ventôse an IV (17 mars 1796)¹⁷⁶⁴. Le tribunal écarte la loi, en estimant que celle-ci, « faite pour les circonstances qui l'ont vu naître [...] doit cesser avec elles ». Pour justifier cette solution, le tribunal ajoute par ailleurs que cette conclusion naît de la lecture « de plusieurs énonciations qu'elle contient, et des termes même dans lesquels elle a été rendue »¹⁷⁶⁵. Si le terme même d'abrogation n'apparaît pas au sein du jugement, cette circonstance n'en diminue pas moins la portée du raisonnement : de l'aveu du tribunal, la disposition litigieuse peut disparaître à raison de simples « circonstances ».

B. – La loi face à l'usage contraire

La même tolérance ne prévaut cependant pas en doctrine, à l'égard de l'abrogation implicite de la loi par le développement d'un usage contraire : nombreux sont les auteurs qui, au XIX^e siècle, rejettent l'idée que la loi perde son autorité à raison d'éléments simplement factuels, sans respect d'un mécanisme institutionnel¹⁷⁶⁶. Les hésitations du rédacteur du *Répertoire Dalloz* à admettre la réception d'un tel mécanisme témoignent de cette réception doctrinale contrastée :

« il nous semble qu'il est des lois qui cessent d'exister, bien qu'aucune loi postérieure ne les ait expressément rapportées. C'est là certainement une désuétude ou plutôt une abrogation de la loi par un usage contraire. C'est ce qui est déjà arrivé, même à l'époque où nous écrivons, pour plusieurs dispositions des lois révolutionnaires. Une telle abrogation doit être admise plus difficilement dans l'ordre constitutionnel qu'elle ne l'était sous l'ancien droit ; mais néanmoins, on ne saurait nier qu'elle ne puisse encore avoir lieu »¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶⁴ Loi du 27 ventôse an IV (17 mars 1796), concernant les personnes arrivées à Paris depuis le 1^{er} fructidor an III, et celles qui arriveront par la suite.

¹⁷⁶⁵ Trib. pol. corr. Paris, 1^{er} décembre 1832, *Gazette des tribunaux*, 3-4 décembre 1832, t. VIII, n°2280.

¹⁷⁶⁶ V., contre la force abrogative de l'usage, AUBRY, Charles, & RAU, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français*..., *op. cit.*, t. I, p. 50 ; DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code civil, op. cit.*, t. I, « Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général », p. 35-37 ; PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, t. I, p. 85-88 ; TARBE DES SABLONS, Adolphe-Pierre, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*..., *op. cit.*, p. 55 et suiv.

V., en faveur de la force abrogative de l'usage, BEUDANT, Charles, *Cours de droit civil français*, Paris, Arthur Rousseau, 1896, p. 110-112 ; DEMANTE, Antoine-Marie, *Cours analytique de Code civil, op. cit.*, t. I, p. 11.

¹⁷⁶⁷ *Rép. Dalloz*, t. VII, v° *Cassation*, p. 336.

La prudence du commentateur est alors à l'image de la controverse qui agite, tout au long du siècle, les juridictions judiciaires sur cette question.

Très tôt, la Cour de cassation opère une nette distinction entre les règles édictées sous l'Ancien Régime et celles édictées postérieurement. À l'égard des règles formulées sous l'ancienne monarchie, la Cour déclare, dès l'an IX (1801), que l'usage a force abrogative¹⁷⁶⁸ ; une doctrine confirmée en 1814, à l'occasion d'un litige élevé sur l'endossement d'un effet. La Cour juge, en l'espèce, que :

« sous l'empire de l'ordonnance de 1673, l'endossement en blanc était translatif de la propriété de la lettre de change en faveur du porteur, par l'effet de l'usage généralement reçu dans le commerce, et qu'en jugeant ainsi, l'arrêt attaqué ne s'est mis en contravention avec aucune loi ».

De cet arrêt, le commentateur du *Recueil Sirey* tire alors la conclusion que « l'usage abroge la loi, en ce sens que la contravention à un texte de loi n'est pas un moyen de cassation, si la loi violée est en opposition avec un usage généralement adopté »¹⁷⁶⁹. Avec cette réserve que l'usage local est reconnu insuffisant pour conclure à une telle abrogation¹⁷⁷⁰.

La Cour de cassation opère néanmoins un traitement à l'égard des lois rendues depuis la période du droit intermédiaire. En cela, elle adopte une position plus respectueuse des lois que les cours royales, qui se justifie à la lumière de sa mission – instituée pour être gardienne des lois. Aussi, la Cour accepte-t-elle, restrictivement, le principe de l'abrogation par l'usage contraire : elle estime que l'usage contraire, même immémorial, ne peut prévaloir sur la loi positive¹⁷⁷¹. Dans un arrêt de cassation rendu en 1848, elle rappelle ainsi que :

« lorsqu'il existe une loi formelle, on ne peut pas invoquer l'usage pour abroger ses dispositions »¹⁷⁷².

Mais par cette doctrine la Cour s'oppose à bon nombre de juridictions du fond qui croient voir dans l'usage, s'il est « établi par des actes publics, fréquents, uniformes et répétés pendant un espace de temps assez long, pour que le législateur pût être présumé avoir tacitement consenti à l'obligation qu'on prétend établir et que l'usage qu'on allègue ne présente point ces caractères »¹⁷⁷³, la faculté d'abroger une loi formelle. La force de l'usage nourrit ainsi les

¹⁷⁶⁸ Cour cass., civ., 22 messidor an IX (11 juillet 1801), *Veuve Normand c/ Peros*, S. 1802. I. 11.

¹⁷⁶⁹ Cour cass., req., 10 août 1814, *Debonnes Desomes c/ Damiens & Gorlier*, S. 1815. I. 5.

¹⁷⁷⁰ Cour cass., civ., 25 brumaire an XI (16 novembre 1802), S. 1803. I. 79.

¹⁷⁷¹ Conf. : Cour cass., civ., 11 août 1824, *Perdonnet c/ Forbin Janson*, S. *refondu* 1. VII. I. 513 ; Cour cass., civ., 30 juin 1827, *Monnier*, S. *refondu* 1. VIII. I. 629 ; Cour cass., crim., 3 octobre 1828, *L'administration forestière c/ Donditz et al.*, S. *refondu* 1. IX. I. 175 ; Cour cass., crim., 5 mars 1829, *L'administration des eaux et forêts c/ Alphard*, S. *refondu* 1. IX. I. 245 ; Cour cass., crim., 24 septembre 1830, *L'administration des forêts c/ Lamarque*, S. *refondu* 1. IX. I. 585.

¹⁷⁷² Cour cass., civ., 20 juin 1848, *Héritiers Fusier c/ Faillite Giroud*, S. 1848. I. 433.

¹⁷⁷³ CR Toulouse, 22 juillet 1825, *Olive c/ Palancade*, S. 1825. II. 292.

divergences jurisprudentielles, souvent sur le temps long. Un exemple relatif au maintien d'usages devant les notaires en administre la preuve. Il s'agit d'une question grave puisque, devant eux, peut s'ouvrir un contentieux fleuve relatif à la contestation de donations et autres testaments, favorisant les divisions intra-familiales.

Une partie du siècle est agitée par la question des personnes dont la présence est requise, à peine de nullité, lors de la rédaction d'actes notariés. Cette difficulté naît de la prévision de la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), réglant la question du notariat, dont l'article 9 exige que les actes publics passés devant notaire soient reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins instrumentaires¹⁷⁷⁴. Cet article est prescrit à peine de nullité¹⁷⁷⁵. En dépit de la clarté et de l'impérativité de cet article, une pratique contraire s'est maintenue, conduisant le notaire à recevoir seul des actes publics, qui sont, ultérieurement, contresignés par le second notaire absent lors de l'établissement de l'acte¹⁷⁷⁶. La licéité de cette pratique, qui conduirait, si elle devait être reconnue, à reconnaître l'abrogation par usage contraire de l'article 9 de la loi de l'an XI, est abordée devant de multiples juridictions : or, celles-ci rendent des décisions contradictoires. À cet égard, la controverse est surtout jurisprudentielle : en doctrine, cette difficulté est rapidement tranchée en faveur de la nullité des actes notariés passés en présence d'un seul notaire, quand deux sont exigés¹⁷⁷⁷.

En pratique, la survivance de l'usage est entretenue par un premier arrêt de la Cour de cassation, favorable à cette pratique *contra legem*. En 1824, la Cour de Rennes, saisie de cette question, juge que « l'on a toujours jugé suffisamment régulier de faire signer l'acte ultérieurement par un second notaire »¹⁷⁷⁸. De manière surprenante, le pourvoi dirigé contre cet arrêt est rejeté par la Cour de cassation. En l'espèce, c'est moins la solution que le raisonnement tenu par la Cour qui stupéfait. Elle reconnaît l'impossibilité de censurer l'arrêt d'appel au motif que :

¹⁷⁷⁴ Loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), contenant organisation du notariat, article 9 : « Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins citoyens français sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé. »

¹⁷⁷⁵ Loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), contenant organisation du notariat, article 68 : « Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67, est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties ; et lorsque l'acte sera revêtu de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée, sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. »

¹⁷⁷⁶ Une autre pratique s'est également développée visant à se passer de la présence des deux témoins instrumentaires. Cette problématique connaissant un destin similaire à celle du notaire en second, c'est uniquement ce second prisme qui est ici présenté.

V. Cour cass., req., 3 août 1841, *Héritiers Lecteurs c/ Delondel*, S. 1841. I. 865.

¹⁷⁷⁷ V. DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français...*, op. cit., t. XIII, p. 28 ; FAVARD DE LANGLADE, Guillaume-Jean, *Répertoire de la législation du notariat*, 2^e éd., Paris, F. Didot, 1829-1830, t. I, v° *Acte notarié*, p. 56 et suiv. ; MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, op. cit., t. V, v° *Notaire*, p. 645 et suiv.

¹⁷⁷⁸ CR Rennes, 29 juin 1824, reproduit sous Cour cass., req., 14 juillet 1825, *Cordon*, S. 1826. I. 77.

V. MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique...*, op. cit., t. V, v° *Notaire*, p. 647-648.

« la Cour de Rennes s'était conformée à une jurisprudence reçue dans tous les tribunaux du royaume longtemps avant les lois nouvelles sur le notariat, jurisprudence qui, depuis la publication de ces lois, s'est constamment maintenue avec le même caractère de généralité et de publicité »¹⁷⁷⁹.

Sous l'empire de cette doctrine, l'usage peut alors prospérer. Il est à cet égard notable que la Cour de cassation s'emploie à ne pas recourir à la notion d'abrogation. La Cour renouvelle ce raisonnement, quand, en 1828¹⁷⁸⁰ et, encore, en 1833, elle est de nouveau appelée à juger cette question. Dans cette espèce jugée en 1833, elle estime alors que :

« le vœu du législateur avait été suffisamment rempli, lorsque l'acte était revêtu des signatures des deux notaires, bien que l'un d'eux n'eût pas été présent à la rédaction ».

Dans cette décision, la Cour se réfère explicitement à « l'usage et la jurisprudence reçue dans la généralité des cours et des tribunaux du royaume »¹⁷⁸¹, leur reconnaissant conjointement un effet modificatif de la loi. Cet argument apparaît néanmoins opportunément formulé, en ce qu'il ne conduit pas à reconnaître à l'usage et à la jurisprudence contraires un effet abrogatif mais, simplement, de manière plus minimale, à voir en eux une faculté d'adapter la loi : celle-ci demeure appliquée, à condition, semble-t-il alors, qu'il s'agisse de pratiques généralement reçues, de manière constante et sur l'ensemble du territoire. Aussi, cette solution permet-elle à la Cour de maintenir sa position de principe : le non-effet abrogatif de l'usage contraire, puisque nulle part la Cour de cassation ne reconnaît clairement l'abrogation implicite de cet article de loi. Néanmoins, ses solutions jurisprudentielles en sont un implicite aveu.

La Cour de cassation n'est pas seule à osciller et à refuser de trancher entre franche reconnaissance de l'effet abrogatif de l'usage contraire et volonté de ne pas rendre caduque des actes passés en vertu d'un usage constat. Cette circonspection est partagée par de nombreuses juridictions, qui, tout en mettant de côté l'article litigieux, n'évoquent nullement son abrogation¹⁷⁸². C'est vraisemblablement cette hésitation à nommer une pratique à laquelle elle donne pourtant effet, qui a eu raison de la doctrine de la Cour : en 1841, elle opère un revirement de jurisprudence et revient à une application plus stricte de la loi de l'an XI. Elle décide alors que l'acte reçu en l'absence du second notaire est nul, conformément aux prescriptions de la loi de l'an XI, dans un arrêt qui se conclut en ces termes :

¹⁷⁷⁹ Cour cass., req., 14 juillet 1825, *Cordon*, S. 1826. I. 77.

¹⁷⁸⁰ Cour cass., req., 24 avril 1828, *Le Courrier des Tribunaux*, 27 avril 1828, n°374.

¹⁷⁸¹ Cour cass., civ., 6 août 1833, *Moustardier c/ héritiers Moustardier*, D. 1833. I. 272.

¹⁷⁸² Conf. : CR Bordeaux, 17 juin 1826, *Veuve Laurens c/ Langlade*, D. 1826. II. 221 ; Trib. civ. Nantes, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 29 janvier 1834, t. IX, n°2637 ; CR Amiens, 16 juin 1837, *Gazette des tribunaux*, 26-27 juin 1837, t. XII, n°3680 ; Trib. civ. Seine, 25 avril 1839, *Gazette des tribunaux*, 27 avril 1839, t. XIV, n°4253.

« la Cour de cassation dont le devoir est de veiller à l'exacte application de la loi et de la maintenir, ne peut sanctionner un abus qui la viole ouvertement »¹⁷⁸³.

Ainsi que le souligne le rédacteur du *Recueil Sirey*, cette décision « est de nature à faire sensation, et doit avoir pour effet ou de changer les usages du notariat, ou de déterminer le gouvernement à présenter une loi modificative »¹⁷⁸⁴. Cet arrêt est remarquable à deux titres. D'une part, en ce qu'il n'émane pas des chambres réunies, devant lesquelles la question ne semble pas avoir été posée. D'autre part, en ce que cette solution réfute à l'adage *error communis facit jus*¹⁷⁸⁵ une quelconque application en l'espèce, alors même que cette maxime, conjuguée à l'absence de condamnation venue du législateur, est justement invoquée par certaines juridictions comme cause exonératrice de ceux qui, au nom de l'usage, se seraient mis en marge de la loi¹⁷⁸⁶.

Cette fermeté nouvelle venue d'en-haut invite alors certaines juridictions à ajuster leur propre doctrine ; à l'image du Tribunal civil de Marseille, dont la doctrine est tout entière révélée par un jugement rendu en 1841. Dans un jeu d'équilibriste, le tribunal condamne par principe cet usage, qui conduit à méconnaître la loi, bien qu'il admette, par une forme d'équité, ne pas considérer l'acte litigieux comme vicié à raison de l'absence du notaire en second. Aussi, sous l'influence de la Cour de cassation, il prévient, sous la forme précurseuse d'un *obiter dictum*, que désormais la responsabilité du notaire sera engagée, dans une volonté d'en revenir à l'application rigoureuse de la loi. Après avoir fustigé cet usage comme « un abus déplorable et monstrueux » qui « ne peut abroger une loi existante », le tribunal rappelle hautement le devoir du magistrat « de proscrire l'abus et de le stigmatiser ». Néanmoins, le juge phocéen admet que, pour l'heure, il faut « procéder par voie d'admonition avant d'adopter la voie de rigueur ». Aussi, à compter de l'arrêt précité de la juridiction de cassation qui a définitivement condamné l'usage, n'est-il plus possible de méconnaître la loi : les notaires sont invités à se montrer « plus avisés, de telle sorte que s'ils persistaient dans un abus déplorable ils devraient encourir l'anathème de la justice et le châtimement dû à une funeste opiniâtreté »¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸³ Voici par ailleurs une partie de la motivation de la Cour : « les contraventions à une disposition législative ne peuvent être légitimées par leur nombre même ; attendu qu'en supposant l'existence d'un usage presque général de passer les actes notariés hors la présence des témoins et de se contenter des signatures desdits témoins (ce qui serait une vaine formalité sans cause et sans utilité), un pareil usage, en opposition avec une loi portée dans un intérêt d'ordre public, serait un abus qui ne doit pas être consacré ; [...] si sous un régime où la coutume était loi, l'usage pouvait abroger une loi, il n'en saurait être ainsi dans un temps où la loi toujours écrite, est rendue également notoire à tous [...] » (Cour cass., civ., 25 janvier 1841, *Papin*, *Bull. crim.*, t. XLIII, n°19, p. 54).

¹⁷⁸⁴ S. 1841. I. 105, note 1.

¹⁷⁸⁵ « L'erreur commune fait le droit ».

¹⁷⁸⁶ Conf. : CR Bourges, 23 mai 1840, *Gazette des tribunaux*, 26 août 1840, t. XV, n°4668.

¹⁷⁸⁷ Trib. civ. Marseille, [s.d.], *Gazette des tribunaux*, 13 octobre 1841, t. XVI, n°4526.

La solution jurisprudentielle a ici cela d'étonnant que l'usage préexistait à la loi et que, manifestement, celle-ci a échoué à l'amender¹⁷⁸⁸. Aussi, la volonté nouvelle de la Cour de cassation de refuser toute force à l'usage paraît-elle étonnante puisque cette solution conduit à condamner devant les prétoires l'exercice d'une pratique majoritaire, adoptée en fait. Mais l'explication de la rigueur nouvelle de la Cour est peut-être à trouver dans la volonté de contraindre le législateur à intervenir, puisque la solution rendue en 1841 fait porter un risque considérable sur les actes passés en méconnaissance de la loi. La crainte de voir déclarés nuls une multitude d'actes passés devant notaire a certainement pressé le législateur d'intervenir. Or, ici, le législateur n'est effectivement pas resté sourd face à ce problème. Conscient des dangers que cette dernière décision pourrait faire naître dans les relations contractuelles, si tous les actes notariés réalisés conformément à l'usage et non à la loi devaient être annulés, celui-ci est intervenu modestement. De l'aveu du garde des sceaux exposant les motifs de la loi :

« l'immense responsabilité que cette jurisprudence [de 1841 de la Cour de cassation] faisait peser sur le notariat, a dû éveiller la sollicitude du gouvernement. Cette responsabilité est telle qu'on ne doit pas se dissimuler qu'en amenant la ruine des officiers publics, elle ne couvrirait pas les intérêts des justiciables, et que la nullité des actes reçus conformément à un usage constant, amènerait des désastres dont les suites seraient incalculables »¹⁷⁸⁹.

Pour y remédier, la loi du 24 juin 1843, relative à la forme des actes notariés, dispose dans un article 1^{er} que :

« Les actes notariés passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception desdits actes. »

Pour le passé, les actes sont donc saufs. Cette mansuétude a, toutefois, une portée limitée puisque cette loi rappelle et confirme, pour l'avenir, dans les deux articles suivants, la nullité des actes passés en méconnaissance de la procédure formulée dès la loi de l'an XI¹⁷⁹⁰. La loi nouvelle veille toutefois à mieux préciser les contours de cette obligation que ne le faisait la loi de l'an XI : elle prescrit désormais que les actes seront « reçus conjointement par deux

¹⁷⁸⁸ V. le rapport fait, au nom de la commission de la Chambre des députés, par M. Philippe Dupin, député de l'Yonne, le 3 mars 1843, rapporté sous la loi du 24 juin 1843 sur la forme des actes notariés (DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, *op. cit.*, t. XLIII, p. 224-231).

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 223.

¹⁷⁹⁰ La loi du 24 juin 1843, relative à la forme des actes notariés, article 2 : « À l'avenir, les actes notariés, contenant donation entre-vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels, et les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins. – La présence du notaire en second ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties : elle sera mentionnée, à peine de nullité. » ; article 3 : « Les autres actes continueront à être régis par l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, tel qu'il est expliqué dans l'article 1^{er} de la présente loi. »

notaires ». Cette dernière formulation retenue revient à reprendre une proposition faite dès la tenue des débats relatifs à la loi de l'an XI : ceux-ci signalaient déjà le risque de méprise et méconnaissance de la loi, si l'adverbe *conjointement* ne devait pas être inséré dans l'article 9 litigieux – mais l'amendement fut cependant rejeté en l'an XI¹⁷⁹¹. Au crédit du législateur de 1843, cette nouvelle loi procède d'un effort de préciser la loi et d'assurer la sécurité des relations contractuelles.

Pour l'heure, les apparences de la légalité sont sauvées puisque la Cour de cassation n'a jamais eu à reconnaître expressément la force abrogative de l'usage, dont elle peut, encore à l'extrême fin du siècle, souligner l'innocuité à l'égard de la loi :

« les usages [...] ne [peuvent] prévaloir contre une disposition formelle de la loi »¹⁷⁹².

Ces réflexions, quant à l'abrogation de la loi par désuétude, illustrent le difficile équilibre auquel les juges judiciaires sont voués : refuser de reconnaître une telle abrogation, au risque de faire naître, pour les citoyens, des situations imprévisibles et iniques, à défaut d'être illicites ; y procéder et encourir le spectre d'être l'artisan arbitraire d'une remise en cause de la séparation des pouvoirs. Mais, au fond, cette situation n'est que le fruit des comportements et omissions du législateur : à lui seul, revient le droit – et plus encore, le « devoir » selon Émile-Victor Foucart¹⁷⁹³ – de procéder à des abrogations. Or, au XIX^e siècle justement, ce pouvoir a souvent fait montre d'une fabuleuse inertie et a régulièrement témoigné de son incapacité à abroger clairement des dispositions datées en clarifiant, plus généralement, l'état du système juridique. Alors, selon le juge, l'abrogation implicite de la loi se fait plus impérieuse.

¹⁷⁹¹ DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois...*, op. cit., t. XLIII, p. 229.

¹⁷⁹² Cour cass., civ., 13 avril 1897, *Jammes c/ John Taylor*, S. 1897. I. 401.

¹⁷⁹³ À l'endroit de l'effet abrogatif de l'usage contraire, la pensée d'Émile-Victor Foucart se conclut en ces termes : « Une des conséquences du principe que nous venons de développer, c'est que, dans un gouvernement tel que le nôtre, le pouvoir exécutif ne devrait jamais souffrir qu'une loi fut placée, par suite de la négligence de ses agents, dans cette position douteuse qui n'est ni la vie ni la mort ; quand une loi n'est pas observée depuis longtemps, elle s'efface du souvenir des justiciables, qui d'ailleurs, en la voyant violer chaque jour à la face de l'autorité qui ne réclame pas, peuvent croire qu'elle a réellement cessé d'exister. Et cependant nous avons vu souvent le pouvoir réveiller des dispositions qui dormaient depuis longues années dans le vaste dépôt du *Bulletin des Lois*, et en demander l'application contre les particuliers. Selon nous, il en a le droit ; mais alors le devoir que nous lui imposons de faire abroger formellement celles qu'il considère comme n'étant plus en harmonie avec l'état de la société, n'en devient que plus rigoureux, car il doit éviter tout ce qui peut entraîner les citoyens dans l'erreur ou devenir pour eux une source de procès » (FOUCART, Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., t. I, p. 75-76).

L'abrogation implicite, qui ne découle pas d'une contradiction législative, fait l'objet d'une réception contrastée, tant en jurisprudence qu'en doctrine. L'idée est au demeurant simple : dénouer des abrogations implicites nées de la contradiction de deux lois est acceptée, en ce que le juge ne fait que prolonger la volonté du législateur qui n'a pas expressément tiré toutes les conséquences de ses dernières interventions législatives – en ce sens néanmoins, l'abrogation, certes, implicite, est bien en germe dans la loi. En revanche, déduire l'abrogation d'une loi par désuétude pose une difficulté d'une nature bien différente : parce que cela conduit à renoncer à l'application d'une loi que le législateur n'a jamais désavouée, sur un point de droit où rien ne donne à croire à un renoncement d'appliquer sa législation. Dans cette seconde hypothèse, l'abrogation implicite reconnue ne paraît plus alors être contenue en germe dans la loi ; elle apparaît alors moins virtuelle qu'une création *ex nihilo*. C'est ce constat qui explique les réticences à admettre cette nature d'abrogation.

Au demeurant, l'analyse des termes accolés à la reconnaissance d'une abrogation montre que le vocable se systématise, permettant de dresser une typologie de l'abrogation. Celle-ci semble pouvoir être de trois natures. Elle peut, évidemment, être explicite, comme formulée expressément par le législateur. Elle peut, encore, être virtuelle. Cette seconde nature revêt deux branches : il peut s'agir d'une abrogation virtuelle découlant tant d'une abrogation explicite – c'est l'hypothèse de l'abrogation explicite subséquente – que de l'inconciliabilité de deux dispositions – c'est l'hypothèse de l'abrogation implicite nécessaire. L'une et l'autre reposent sur un même postulat : si c'est le juge qui met à jour l'abrogation, celle-ci était bien en germe dans la loi. En cela, le juge ne fait que déployer tous les effets de la pensée du législateur ; une circonstance qui explique vraisemblablement l'admission d'un tel mécanisme. Il y a enfin une dernière catégorie d'abrogation, à l'égard de laquelle le vocable est encore hésitant, témoignant d'une certaine répugnance à recourir à ce mécanisme mettant à mal la séparation des pouvoirs. C'est alors l'abrogation implicite par défaut, non toujours nommée parce que mal acceptée, qui illustre un ordre judiciaire partagé entre pragmatisme face à la désuétude de la loi et déférence à l'égard de celle-ci.

Si le juge de cassation tend dans l'ensemble à restreindre ce pouvoir, l'ensemble de l'ordre judiciaire ne s'est pas toujours prévalu de la même réserve. Le législateur a beau jeu de

tenter de restreindre ce pouvoir¹⁷⁹⁴, la pratique judiciaire, sans recourir toujours à la notion d'abrogation, dépasse vite les carcans théoriques, pour instaurer, au fil du siècle, une nouvelle évidence : le juge influence la vie de la loi.

¹⁷⁹⁴ Le rapport fait au roi sur l'état actuel des travaux de la commission chargée de la révision des lois, présidée par le marquis de Pastoret, rappelle bien que « la désuétude est une abrogation vivante de la loi, suivant les jurisconsultes romains. Il est difficile d'adopter cette opinion comme une maxime générale, et il est plus sûr d'établir la maxime tutélaire, que les lois subsistent tant qu'elles ne sont pas révoquées, et qu'elles ne peuvent l'être que par un acte des pouvoirs institués pour les faire » (*Moniteur universel*, 25 décembre 1825, p. 1693).
V. *supra*, B. – Un rejet diffus venu d'en bas.

Conclusion

Les récits jurisprudentiels du XIX^e siècle livrent plusieurs enseignements, lesquels convergent : le rapprochement inévitable de la jurisprudence avec la loi.

Tout d’abord, ces récits jurisprudentiels ne font pas la preuve d’un juge agissant arbitrairement, ainsi que beaucoup ont pu le craindre. Bien au contraire, les juges ont montré toute l’importance de leurs dialogues, détours et réflexions, pour accoucher d’une jurisprudence dans l’ensemble modérée. Ce fait n’est pas exempt d’une part d’opportunisme du juge : pour éviter une censure du législateur, qui a toujours la faculté d’anéantir sur une jurisprudence par une loi nouvelle, le juge modère évidemment la jurisprudence. Il le fait à l’aune de considérations variables – par exemple la nécessité ou un intérêt humain ou économique supérieur –, qui témoigne alors de la rationalité dont sont emprises ses décisions. En cela, la jurisprudence partage une qualité de la loi : à l’aube du XIX^e siècle, Jean-Étienne-Marie Portalis rappelait que « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison »¹⁷⁹⁵. Force est de constater que le juge, par son langage, veille à montrer que sa jurisprudence partage ces critères.

Par ailleurs, aucune juridiction judiciaire ne s’exempte de l’exercice d’une telle liberté fonctionnelle. Les formations tant du fond que de cassation, issues de juridictions civiles, commerciales ou répressives, établies au cœur ou aux confins de la France, expriment toutes, à raison d’une question litigieuse ancienne ou nouvelle et par des mécanismes qui peuvent leur être propres, une liberté d’appréciation dans l’application de la loi. L’étude d’un quotidien de jurisprudences, en donnant un éclairage diffus de l’office des juges, tantôt prompts à se soumettre à la loi, tantôt enclins à l’interroger, permet en cela de confirmer l’idée d’une indépendance manifestée par les juges de tout horizon.

À la mesure de cette attitude, il ne s’est pas agi pas de présenter un mouvement qui serait linéaire ou uniforme ; ni de réaliser une enquête à sens unique, pour témoigner absolument de la volonté des juges de marquer une autonomie ou une différence, qui n’aurait pas lieu d’être. À l’inverse, l’étude du juge en action a permis de mettre en lumière une forme de mesure dans ses interventions ; un juge qui choisit ostensiblement ses combats et intervient quand il estime devoir protéger une personne, un droit, une tradition – au terme d’une motivation parfois critiquable mais qu’il prend soin d’enrichir tant il semble alors avoir conscience de l’audace de sa décision. À la lumière de ces considérations, l’idée d’une

¹⁷⁹⁵ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 16.

jurisprudence oscillante, faite de revirements, d'échecs et de détours, se fait plus compréhensible et justifiée. C'est alors cette variabilité qui permet de faire d'elle « le meilleur commentaire et souvent l'indispensable complément de la loi »¹⁷⁹⁶. Dans cette perspective, le XIX^e siècle ne semble être ni celui d'un légicentrisme étroit ni celui de l'avènement d'un juge autocrate. Il est, plutôt, le spectacle d'une voie moyenne où il n'est pas question d'un positivisme légaliste absolu mais où il est plutôt l'heure d'une coexistence rénovée entre positivisme et une forme de jusnaturalisme portée par les juges. En cela, l'étude de la jurisprudence au XIX^e siècle permet de mettre en lumière un mouvement pragmatique des juridictions judiciaires, dont le fer de lance est une Cour de cassation, astreinte à deux impératifs : combler les carences de la loi, tout en conservant une cohérence institutionnelle.

De même, si la jurisprudence n'a pas caché ses carences, ses écarts et autant de variations, souvent avancés comme la cause de son impossible consécration comme source du droit, elle présente des caractères communs avec la loi. Le juge crée, de manière plus intense et régulière à compter de la consécration de la Cour de cassation par la loi de 1837, des règles durables auxquelles il confère une autorité proche de celle de la loi. La meilleure preuve en est encore que la jurisprudence prend le relais de la loi, quand celle-ci est silencieuse, avec l'assentiment des pouvoirs politiques.

Enfin, les récits jurisprudentiels ci-dessus rapportés conduisent à nuancer la démarche légaliste enclenchée à la Révolution française, qui associe la vigueur de la règle de droit à son auteur – le législateur –, et permet d'en revenir à une conception plus large du droit, qui correspond, peu ou prou, à ce que percevait l'Ancien Régime, et que les modèles économiques et sociologiques du premier XX^e siècle se feront un devoir d'investiguer, en refusant d'assimiler tout le droit à la loi¹⁷⁹⁷. À l'inverse, prenant une distance avec le monisme juridique, qui réduirait à la volonté du souverain toute règle de droit, le XIX^e siècle fait plutôt la preuve d'un nouveau prisme : celui d'un pluralisme juridique, où la jurisprudence aurait une place légitime, en qualité d'« intermédiaire privilégié de l'application du droit »¹⁷⁹⁸, comme autrice de droits.

Ce changement de prisme explique peut-être une reconnaissance sans fard de l'apport de la jurisprudence, témoignée par Eugène Gaudemet à l'aube du nouveau siècle :

« Vous le voyez assigner nettement aux juges le rôle d'adapter progressivement, par une interprétation évolutive, les textes anciens aux besoins nouveaux que n'ont pu prévoir leurs auteurs. Que conclure de cette triple expérience, de cette première vue, encore si sommaire et superficielle ? Qu'en franchissant un siècle

¹⁷⁹⁶ RAYNAL, Louis-Hector Chaudru (de), *Les Olim du Parlement de Paris*, 3 novembre 1858, Paris, Cosse & Marchal, 1858 (cité par FARCY, Jean-Claude, *Magistrats en majesté...*, *op. cit.*, p. 134).

¹⁷⁹⁷ V. FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 431 et suiv.

¹⁷⁹⁸ HEBRAUD, Pierre, « Le juge et la jurisprudence », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, *op. cit.*, p. 334.

de science française du droit civil, on passe d'un monde dans un autre : de la glose littérale à la libre recherche scientifique, qui fait presque du droit une science d'observation ; de la sèche exégèse à la mise en œuvre de toute une philosophie de l'interprétation, appelant à son aide tous les auxiliaires que peuvent fournir l'observation, l'histoire, la jurisprudence, le droit comparé, la philosophie générale »¹⁷⁹⁹.

De là à assigner à l'œuvre du juge un rôle primordial dans la confection du droit, il n'y a qu'un pas que les tenants de la théorie réaliste – essentiellement d'origine américaine – franchissent à l'aube du XX^e siècle. Emmenés par Ronald Dworkin, qui développe l'idée d'un droit comme d'un roman à la chaîne¹⁸⁰⁰, ceux-ci reconnaissent un pouvoir de création au juge, qui participe à la création de droits tout autant que le législateur puisqu'un droit cesse de s'écrire au moment où un litige est soldé – et non au moment de la publication d'une loi. Sous ce prisme, l'interprétation portée par le juge, qui accompagne l'application de la loi, apparaît tout aussi cruciale que l'élaboration et l'édiction de la loi : ce qui conduit les tenants de la théorie réaliste à reconnaître au juge un rôle créateur fondamental. Ils voient dans le juge le moteur principal de la règle ; une idée résumée dans une formulée appelée à une grande postérité :

« all the Law is judge-made Law »¹⁸⁰¹.

Par ces mots, il faut comprendre une idée : « c'est l'interprète qui est le véritable auteur de la loi »¹⁸⁰². Bien plus, affirmer que « c'est celui qui applique une règle qui la crée et non celui qui l'édicte », conduit à reconnaître dans le juge un pouvoir souverain¹⁸⁰³. Si le juge ne met pas en mots aussi francs ce pouvoir créateur, il l'exerce pourtant continuellement. Un tel cheminement oblige à renouveler la conception de la séparation française des pouvoirs française, en voyant dans le juge, moins un être servile, qu'un collaborateur, aux côtés des autres pouvoirs, à la marche du droit.

¹⁷⁹⁹ GAUDEMET, Eugène, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, op. cit., p. 50.

¹⁸⁰⁰ V. DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard university Press, 1985, p. 146 et suiv. (« *How Law Is Like Literature* ») ; DWORKIN, Ronald, « La Chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, n°1, p. 51-79.

V., également sur ce point, FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois...*, op. cit., p. 657 et suiv.

¹⁸⁰¹ « Tout le droit est du droit jurisprudentiel ».

¹⁸⁰² TROPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 82.

¹⁸⁰³ PFERSMANN, Otto, « À quoi bon un « pouvoir judiciaire » ? », dans *L'office du juge...*, op. cit., p. 183.

CONCLUSION GENERALE

« - La question, dit Alice, est de savoir si vous avez le pouvoir de faire que les mots signifient autre chose que ce qu'ils veulent dire.

- La question, riposta Humpty Dumpty, est de savoir qui sera le maître ... un point, c'est tout. »

Lewis Carroll, *De l'autre côté du miroir et ce qu'Alice y trouva*¹⁸⁰⁴

Ce dialogue entre l'ingénue Alice et le retors Humpty Dumpty met en mots la complexité du langage, qui ne peut jamais être absous d'équivoque. Cette confession est le reflet d'une conviction – dont l'impérativité doit, sans doute, être nuancée – : à celui qui fixe en dernière instance le sens des mots, le pouvoir. Appliquée au droit, cette lecture inviterait à reconnaître au juge un rôle exorbitant dans la marche de la justice : investi de la mission d'appliquer les lois, il en aurait alors la maîtrise du sens. C'est peut-être, en partie, à l'aune de la conviction de la porosité du langage que les législateurs de la fin du XVIII^e et du premier XIX^e siècles ont cherché à cadénasser le juge : à lui, nulle jurisprudence, ni autorité reconnues ; uniquement l'application *in concreto* de la loi. Cette réflexion peut, à la lumière des présents travaux, recevoir quelques éclaircissements, qui convergent à résoudre une interrogation : au-delà de ce que les textes disent de lui, quel rôle le juge du XIX^e siècle préempte-t-il ?

À cet égard, ces travaux ont cherché à brosser le portrait de la magistrature contemporaine, dans une démarche impressionniste reposant sur la lecture d'un quotidien de jurisprudences, sur plus de cinquante années, dont l'analyse a été enrichie par la création *ad hoc* d'un algorithme utile à éclairer le passé.

¹⁸⁰⁴ CARROLL, Lewis, *De l'autre côté du miroir et ce qu'Alice y trouva*, rééd., traduction de l'anglais par Henri Parisot, Paris, Gallimard, 1990, p. 316.

Les récits jurisprudentiels ci-dessus rapportés donnent à voir un juge qui s'est émancipé progressivement des carcans dans lesquels les textes de la fin du XVIII^e siècle prétendaient l'enfermer. Une émancipation, certes chahutée mais bien réalisée, tant à l'égard de l'exécutif que du législatif. Cette mue n'est pas sans lien avec l'interstice de liberté offert par l'article 4 du Code civil. Mais l'interdiction posée par cette disposition, si elle a servi de base à l'éclosion du juge, n'explique pas à elle seule sa libération : le juge s'est emparé de lui-même de ses nouveaux pouvoirs en développant des mécanismes de réflexion ambitieux que le juriste connaît bien – argument de la généralité, évidence, équité, analogie, etc. L'étude de jurisprudences sur le temps long permet alors d'esquisser une tendance dans leur recours : le juge fait un usage le plus souvent pondéré de tels mécanismes, tout en trahissant, en creux, une mission plus large d'adaptation de la loi – bien éloignée de la posture de l'exécutant réduit à un simple raisonnement syllogistique. Cette liberté réflexive a même confiné à entreprendre une voie pourtant proscrite par les Révolutionnaires : le développement d'une jurisprudence, qui, si elle n'est pas reconnue comme telle par la loi, n'empêche pas le juge de la tenir pour obligatoire. Cet essor est consubstantiel à un autre avènement : celui d'une Cour de cassation régulatrice du droit, qui triomphe, au soir de la décennie 1830, de la dépendance dans laquelle elle était placée par les Constituant – *via* le référé législatif.

Cet avènement n'a pas été sans heurt, tant s'en faut. Les débats jurisprudentiels ont fait la preuve de controverses durables, desquelles la Cour de cassation ne sort pas toujours victorieuse – à l'instar du contentieux relatif à la séparation de corps. Bien au contraire, les juges du fond, entretenant une résistance souvent fondée sur la survivance d'un esprit local, manifestent régulièrement – bien au-delà de la loi de 1837 consacrant la Cour de cassation reine – leur refus de se plier à des injonctions venues d'en haut. Mais ce constat confirme bien plus encore la liberté qui inhébe l'ensemble de l'ordre judiciaire, tant chaque juge prétend pouvoir manifester sa propre indépendance fonctionnelle, au mépris d'un certain esprit de corps.

La libération du juge interroge au demeurant son dessein. Bien plus, la circonstance qu'il s'absout de la loi, dont il admet pouvoir reconnaître, en certaines hypothèses, l'abrogation, fait craindre cette dérive arbitraire, qui justifiait à l'aube du XIX^e siècle d'enserrer son office dans de rigides bornes. Ces travaux donnent à voir qu'il n'en est pourtant rien : sans prétendre à la parfaite absence de malignité du juge, il apparaît néanmoins qu'il s'est livré, tout au long du siècle, à une mission rationnelle dont la clef de lecture est aisément trouvée : la loi.

Les décisions de justice sont nombreuses à faire la preuve d'un juge, qui veille à replacer en permanence son interprétation sous les auspices de la loi. Cet effort, qui n'est pas simplement un effet de langage, témoigne d'un sacerdoce : le juge, même lorsqu'il se place en surplomb de la loi pour en déterminer le sens ou l'esprit, demeure guidé par elle, soucieux de l'appliquer en conformité avec le vœu du législateur.

Certes, le juge dépasse parfois l'expression littérale de la loi. Mais il veille, dans cette démarche, à toujours trouver une explication, qui éloigne le spectre d'un juge arbitraire cherchant à assouvir un dessein ou un destin personnels : la nécessité d'assurer l'effectivité des lois, la cohérence du droit ou, encore, de protéger un certain ordre moral – à l'instar du traitement de l'enfant illégitime. En cela, l'étude sur le long cours de la jurisprudence donne à voir l'exercice d'un rôle profondément conscient et rationnel : celui de résoudre un litige, autant que faire se peut au moyen de la loi et, parfois, si les circonstances l'exigent, au-delà d'elle. Un scrupule qui le pousse, dans ces dernières hypothèses, résiduelles, à enrichir une motivation censée compenser la transgression opérée. Sous ce prisme, le juge apparaît davantage au chevet de la loi, marchant à ses côtés, plutôt qu'entrant dans une contradiction systémique et systématique avec elle. Ensemble, ces observations obligent à constater la mue du juge.

La figure rénovée du juge

Dans son *Dictionnaire des idées reçues*, ouvrage satirique paru posthument, Gustave Flaubert se fait l'écho du désintérêt profond marqué par les bourgeois à l'égard du corps judiciaire. Si la critique atteint tous les acteurs du palais¹⁸⁰⁵, la défiance est particulièrement marquée à l'égard de la magistrature, dont la définition est sans lien avec son office : « belle carrière pour un jeune homme »¹⁸⁰⁶ – sous-entendu, pour se marier. Au soir du XIX^e siècle¹⁸⁰⁷, Gustave Flaubert ne porte pas un regard très aimable sur cette profession, réduite à l'image de

¹⁸⁰⁵ « Avocat : trop d'avocats à la Chambre. Ont le jugement faussé. Dire d'un avocat qui parle mal : "Oui, mais il est fort en droit !" » (FLAUBERT, Gustave, *Dictionnaire des idées reçues*, Paris, Ed. Conard, 1913, p. 43).

¹⁸⁰⁶ *Ibid*, p. 81. À l'entrée « justice », le romancier note dans le même esprit : « ne jamais s'en inquiéter » (*ibid.*, p. 78). De même, à l'entrée « intégrité » : « appartient surtout à la magistrature » (*ibid.*, p. 77).

¹⁸⁰⁷ Gustave Flaubert (1821-1880) débute la rédaction de cette accumulation de clichés sur la société française dès les années 1850 mais l'ensemble reste inachevé à sa mort. La publication posthume a lieu en 1913.

l'intrigant qui épouse la robe moins par goût du juste que par soif d'honneurs. Pourtant, les récits jurisprudentiels rapportés ci-dessus obligent à désavouer ce portrait sans nuance.

Un portrait plus réaliste du juge est peut-être à trouver dans les discours de rentrée de la magistrature. S'ils sont évidemment empreints de subjectivité, ils concourent néanmoins à confirmer un sentiment : la conscience du juge d'être parvenu à revendiquer son indépendance, tant à l'égard de l'exécutif que du législatif. En 1887, l'avocat général Bertrand affirme sans fard que le juge « participe »¹⁸⁰⁸ à l'action normative et engage les acteurs du droit à s'en accommoder. Deux décennies plus tard, les expressions laudatives du procureur général Louis Sarrut se veulent plus franches. En 1911, sous sa plume, il n'est plus l'heure d'exprimer avec pudeur les apports de la Cour :

« Ce rôle d'arbitre souverain du droit et de régulateur de la jurisprudence, la Cour de cassation l'a rempli depuis son origine sans défaillance aucune, avec une inébranlable fermeté, une compétence universellement reconnue, une inflexible impartialité. Vainement les révolutions ou les réactions ont brisé nos institutions une à une ; vainement république, empire, monarchie se sont succédés ; la Cour de cassation est demeurée immuable, telle que nos ancêtres de la grande Constituante l'ont établie. [...] [S'opposant frontalement à la volonté de l'exécutif dans une espèce] la Cour de cassation a pu, grave et silencieuse au milieu d'une horrible tourmente, entreprendre et achever son œuvre de justice et de réparation. Les jugements ont été mis à néant ; l'innocent condamné a été restitué dans son honneur et dans ses droits ; les clameurs se sont tues ; l'ordre s'est rétabli ; force est restée à la loi, et la Cour de cassation a vu s'étendre sa compétence, grandir son prestige et son autorité. Exemple à retenir de l'utilité, de la grandeur du rôle du pouvoir judiciaire, quand il est exercé par une juridiction fortement organisée, entourée de respect pour ses longs et loyaux services dans l'application de la loi, et demeurée un grand corps de l'État »¹⁸⁰⁹.

Si ce discours manque de nuance et sans doute d'objectivité, il est néanmoins remarquable : la liberté ici exprimée par un magistrat relevant du parquet, dont il ne fait pas de doute que les propos seront retranscrits, diffusés et commentés, illustre une libération plus complète de cet ordre. L'indépendance semble avoir gagné tous les rangs d'une magistrature qui l'exprime sans ambages.

¹⁸⁰⁸ Discours de M. l'avocat général Bertrand, à l'audience de rentrée de la Cour de cassation, décembre 1887 (cité par BARTIN, Étienne, *Études sur le régime dotal. Première étude : des actions dirigées par le mari contre les tiers et par les tiers contre le mari à l'occasion de la dot*, Lille, au siège des Facultés, 1892, p. V).

¹⁸⁰⁹ COUR DE CASSATION, *Discours de rentrée*, op. cit., t. VII, 1901-1920, « Discours de M. Sarrut, procureur général, du 4 décembre 1911 », p. 26-27.

Au-delà des prétoires, cette mue se confirme dans la réception de la jurisprudence par la doctrine. L'indifférence, si ce n'est le dédain avec lequel était considérée l'activité jurisprudentielle dans les premières décennies du XIX^e, marque le pas, à compter de 1830¹⁸¹⁰, pour aboutir à une véritable reconnaissance de celle-ci à compter des années 1880¹⁸¹¹. Cette évolution, intervenue par à-coups et concomitante de la montée en puissance de la Cour de cassation, permet à la jurisprudence de voir son effectivité reconnue et respectée, grâce à une doctrine qui agit comme son « miroir déformant »¹⁸¹². À l'orée du XX^e siècle, la collaboration entre doctrine et jurisprudence semble même décisive pour la survie de la première et l'autorité de la seconde. La vitalité de la jurisprudence a alors permis au droit de ne pas s'enfermer dans l'« immobilisme » auquel le promettaient les codifications et l'École de l'exégèse¹⁸¹³. À la fin du XIX^e siècle, le constat est clair : une école du code a cédé la place à une école de la jurisprudence¹⁸¹⁴.

À cet égard, les arrêtiéristes ont les premiers tiré les conclusions de cette nouvelle réalité : dès 1848, Antoine-Auguste Carette note, sous un arrêt rapporté dans le *Recueil Sirey*, que la Cour de cassation est « l'expression vivante du droit »¹⁸¹⁵. Alors que le chancelier Henri-François d'Aguesseau évoquait le magistrat comme « la loi vivante », interdit de

¹⁸¹⁰ Dans un article rétrospectif consacré à la réception des créations jurisprudentielles par la doctrine, le Professeur Philippe Malaurie peut alors dire que, « au moins depuis Labbé, la doctrine reconnaît à la jurisprudence une place identique à celle des autres sources de droit. [...] [L]es règles législatives et jurisprudentielles sont sur le même plan. [...] À l'appui d'une opinion doctrinale, la référence à un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation a le même poids que la référence à un texte » (MALAURIE, Philippe, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », *loc. cit.*, p. 867-868).

¹⁸¹¹ Ce mouvement est relaté par Edmond Meynial (MEYNIAL, Edmond, « Les Recueils d'arrêts et les Arrêtiéristes », dans *Le Code civil, 1804-1904...*, *op. cit.*, p. 173-204).

V. JAMIN, Christophe, & JESTAZ, Philippe, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 95-120 ; REMY, Philippe, « La part faite au juge », *loc. cit.*

¹⁸¹² JESTAZ, Philippe, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *Dalloz-Sirey*, 1989, Chronique XXIV, p. 151.

¹⁸¹³ C'est tout le sens de la critique portée par le Professeur Édouard Lambert : « Ils ont érigé en dogme la rigidité et l'immobilité de la loi, son aptitude à tout prévoir et à tout régler, considéré toutes les autres sources du droit comme taries et proclamé, malgré les démentis quotidiens de l'expérience, que désormais l'adaptation du système juridique en vigueur aux transformations du milieu social et économique ne pouvait plus se réaliser que quand et dans la mesure où le législateur l'autorisait. Impuissants à empêcher les phénomènes inéluctables d'élaboration spontanée et extra-législative du droit, ils se sont imposé la règle de n'en tenir aucun compte. Ils ont donné comme base essentielle à leur méthode un postulat qui constitue la négation de l'une des lois les plus certaines du développement des sociétés, la loi de perpétuelle mobilité du droit. On ne saurait s'étonner que, prenant un pareil point de départ, la méthode inaugurée au lendemain de la rédaction du code civil n'ait pas abouti à d'heureux résultats. Son principal effet a été de provoquer une scission chaque jour plus profonde entre la doctrine et la jurisprudence. La doctrine n'a pas pu impunément se mettre en travers de la marche naturelle du droit, et se refuser à laisser son réseau de principes et de déductions s'assouplir, ses catégories juridiques s'élargir et se multiplier à mesure que l'exigeait la complication croissante des rapports sociaux et économiques. En immobilisant son système juridique, la doctrine l'a condamné à sortir peu à peu de la réalité ; elle a nécessité son remplacement progressif dans l'usage par un système juridique nouveau, lentement formé par la répétition des précédents judiciaires, accommodé aux besoins actuels de la société : la jurisprudence » (LAMBERT, Édouard, *La fonction du droit civil comparé*, *op. cit.*, p. 16-17).

¹⁸¹⁴ V. la présentation liminaire de Jestaz et Jamin dans GAUDEMET, Eugène, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, *op. cit.*, p. 9-36.

¹⁸¹⁵ S. 1848. I. 417.

« combattre la règle » et astreint à « l’accomplir plus parfaitement »¹⁸¹⁶, une substitution intéressante s’opère : la focale n’est plus portée sur la *loi* mais le *droit*, que le juge fait évoluer en toute autonomie. À lire Antoine-Auguste Carette, la Cour de cassation, à l’aune de son ordre, bat en brèche l’idée d’un juge pris comme être inanimé et servile soumis à la loi. Il est un acteur puissant du droit, dont les créations obligent à nuancer l’hégémonie de la loi, puisqu’à côté d’elle, s’exprime désormais une jurisprudence source de droits. Qu’elle la complète ou l’amende, la jurisprudence oblige par ses innovations à constater son indéniable pouvoir normatif¹⁸¹⁷ – habituel dans l’enrichissement de la loi, ponctuel dans son abrogation. Cette mue se perçoit, au demeurant, par les termes utilisés : il ne s’agit plus de la *jurisprudence des arrêts*, selon l’expression consacrée au soir du XVIII^e siècle¹⁸¹⁸, mais désormais de la *jurisprudence*, symbolisant tant sa rénovation que son autonomisation¹⁸¹⁹. Une évolution qui passe aussi à la société civile, dont la littérature se fait le reflet :

« cela fait jurisprudence en votre faveur ; et la jurisprudence a force de loi : c’est un axiome »¹⁸²⁰.

La même certitude conduit le procureur général André Dupin, dans des conclusions prononcées le 14 décembre 1830, à révéler que la magistrature « ne dépend de personne, et que tout le monde dépend d’elle »¹⁸²¹, invitant à la penser résolument souveraine¹⁸²². Certes, cette pensée est inscrite en faux par d’autres auteurs qui refusent à voir l’indépendance d’un ordre, non élu et illégitime à créer du droit autant qu’à se placer sur un plan d’égalité avec l’exécutif et le législatif¹⁸²³. Mais ces rebuffades sont impuissantes à évacuer un fait : le juge, exécutant parfois, mal-nommé certainement, est source de droit. Ce que les auteurs du XX^e siècle se feront fort de souligner, tel le Professeur Jean Boulanger :

¹⁸¹⁶ AGUESSEAU, Henri-François (d’), *Discours*, op. cit., t. I, « Neuvième mercuriale, prononcée à la Saint-Martin 1706. L’autorité du magistrat et sa soumission à l’autorité de la loi », p. 228.

¹⁸¹⁷ Dès 1939, ce constat conduit le Professeur Marcel Waline à concéder qu’« 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 ; elle s’arroge ce pouvoir » (WALINE, Marcel, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », dans *La technique et les principes du droit public...*, op. cit., p. 622).

¹⁸¹⁸ V. la définition portée par Joseph-Nicolas Guyot : GUYOT, Joseph-Nicolas, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, 2^e éd., Paris, Visse, 1784, t. IX, p. 667-668.

¹⁸¹⁹ JAMIN, Christophe, & JESTAZ, Philippe, *La doctrine*, op. cit., p. 95 et suiv.

¹⁸²⁰ PICARD, Louis-Benoît, *Les tracasseries ou M. et Mme Tatillon*, Paris, Masson, 1804, acte III, scène 7.

¹⁸²¹ DUPIN, André, *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée...*, op. cit., t. I, p. 437-438.

¹⁸²² BRAMI, Frank Joseph, *Dupin aîné...*, op. cit., p. 357.

¹⁸²³ Il en est ainsi d’Antoine Saint-Girons, lauréat de l’Académie des Sciences morales et politiques en 1879, qui refuse à la magistrature ce rôle et présente un mémoire dont l’intitulé du livre premier ne laisse pas de doute quant au peu de cas qu’il fait de la magistrature : « Les deux Pouvoirs ». Dans cet ouvrage, nulle autonomie reconnue à l’« Autorité judiciaire », qui est évoquée dans un livre second consacré aux « deux autorités exécutives » – comprenant également l’« Autorité gouvernementale et administrative » (SAINT-GIRONS, Antoine, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l’ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881).

Ces dissensions sont à la mesure des débats qui entourent le rôle du juge à l’aube de la III^e République et qui se prolongeront pendant plus d’une dizaine d’année (V. CHAUVAUD, Frédéric, PETIT, Jacques-Guy, & YVOREL, Jean-Jacques, *Histoire de la Justice de la Révolution à nos jours*, Rennes, PUR, 2007, p. 72-75).

« [en] l'état actuel des choses, il faut reconnaître à beaucoup de solutions données par la jurisprudence la même solidité, la même certitude que si elles étaient formellement inscrites dans le texte de la loi. [...] [L]e droit positif est davantage dans la jurisprudence que dans la loi »¹⁸²⁴.

De telles vues invitent le législateur à s'accoutumer à la création jurisprudentielle, ce « miroir fidèle et mobile des mœurs »¹⁸²⁵ dont il ne peut se passer faute de pouvoir de tout prévoir, et à apaiser ses craintes par la certitude qu'il pourra toujours redresser une jurisprudence fautive par l'édiction d'une loi nouvelle. Aussi cette relation de nécessité appelle-t-elle, selon certains, une équivalence loi-jurisprudence, dont le Professeur Marcel Planiol se fait le héraut pour consacrer la pleine égalité des rôles entre le législateur et le juge¹⁸²⁶. Les législateurs du premier XIX^e siècle s'étaient offusqués de cette possibilité, qu'ils avaient tenté de contenir : c'est l'hypothèse du référé législatif dont l'histoire a montré qu'il était impraticable et donc illusoire.

La reconnaissance de l'action du juge sur le droit emporte alors un changement de prisme. Il n'est plus l'heure des débats relatifs à la sujétion de l'ordre judiciaire, tantôt à l'exécutif tantôt au législatif, mais plutôt à la consécration d'un pouvoir résolument indépendant, égal des deux autres. L'absence de parfaite consécration de cette réalité dans les constitutions du XX^e siècle¹⁸²⁷ n'interdit pas de voir dans le pouvoir judiciaire une troisième puissance, fonctionnellement libre¹⁸²⁸, quand bien même elle ne serait pas organiquement autonome, et tenue en pratique éloignée du spectre du soupçon de collusion¹⁸²⁹. Aussi, le pouvoir judiciaire n'a-t-il pas besoin d'être nommé comme tel pour s'affranchir des carcans constitutionnels – ou, plutôt, des silences constitutionnels – : il se joue des mécanismes institutionnels pour s'extraire de la condition à laquelle les constituants prétendent toujours pouvoir l'astreindre, quand la réalité de sa fonction le porte vers d'autres horizons. Ce combat continu naît vraisemblablement de la conviction de participer à une mission essentielle,

¹⁸²⁴ BOULANGER, Jean, *Répertoire de droit civil* Dalloz, 1953, t. III, v° *Jurisprudence*, p. 18.

¹⁸²⁵ LEDRU-ROLLIN, Alexandre-Auguste, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêstistes et la jurisprudence », *loc. cit.*, p. IX.

¹⁸²⁶ Dans son *Traité élémentaire*, Marcel Planiol écrit sans aucune ambiguïté que : « Comparé au rôle du législateur, le rôle du juge semble modeste ; en réalité il est presque égal. En effet, la loi n'a de valeur que *si on l'applique, et par la façon dont on l'applique*. Or, il y a un fait universel et inévitable : l'interprétation des lois par l'autorité judiciaire fournit mille occasions de modifier la règle légale, et parfois même le juge en arrive à paralyser les volontés du législateur » (PLANIO, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, *op. cit.*, t. I, p. 38).

¹⁸²⁷ Un Conseil supérieur de la magistrature, régulant cet ordre, est certes institué tant par la Constitution de la IV^e République du 27 octobre 1946 (titre IX) que par la Constitution de la V^e République du 4 octobre 1958 (article 65) ; mais la première ne consacre pas un titre en tant que tel à l'ordre judiciaire, qui n'est pas nommé, et la seconde n'évoque qu'une *autorité judiciaire*, dont l'indépendance est certes proclamée mais placée sous la garantie du président de la République (article 61).

¹⁸²⁸ CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État...*, *op. cit.*, t. I, p. 811.

¹⁸²⁹ KRYNEN, Jacques, *L'état de justice...*, *op. cit.*, t. II, p. 350 et suiv.

puisque'elle constitue la première dette d'un État. Le zèle du juge nous rappelle alors qu'en dépit de la loi, il y a la *Thémis* et qu'avant l'idolâtrie des textes, il y a le service de la justice.

ANNEXES

Annexe 1

GRANDVILLE, Julien, « Le bouquet de Persil », [lithographie], *La Caricature morale, religieuse, littéraire et scénique*, 6 septembre 1832, planche n°197.



Annexe 2

DAUMIER, Honoré, « La Cour rend des services, et non pas des arrêts (Le nouveau Séguier) », [lithographie], *Charivari*, 14 juin 1835.



SOURCES

Nota bene : certaines références peuvent apparaître sans mention du prénom de l'auteur, faute d'avoir pu corroborer cette information.

1. – Recueils, répertoires, revues & pièces intéressant la jurisprudence

▪ Éditions officielles

CONSEIL D'ÉTAT, *Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux et des décisions du Tribunal des conflits, dit Recueil Lebon*, Paris, au bureau d'administration du Recueil, 1821-1847, Paris, Delhomme, 1848-1954, 106 vol.

COUR DE CASSATION, *Registres des délibérations intérieures*, Paris, [s.n.], 1792-1906, 3 vol. ;

- *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile*, Paris, Imprimerie de la République, an XII [1804-1942], 144 vol. ;

- *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, Paris, Imprimerie impériale, an XIII [1805-1953], 149 vol. ;

- *Discours de rentrée*, Paris, [s.n.], 1815-1903, 7 vol. ;

- *Le Tribunal et la Cour de cassation. Notices sur le personnel (1791-1879)*, Paris, Imprimerie Nationale, 1879.

▪ Éditions privées

CAPITANT, Henri, **TERRE**, François, & **LEQUETTE**, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 14^e éd. refondue, Paris, Lefebvre Dalloz, 2024, 2 vol.

Code pénal, édition originale du Bulletin des lois, précédé de l'exposé des motifs par les orateurs du Conseil d'État, sur chacune des lois qui composent ce code, Paris, A. Belin, 1812.

DALLOZ, Désiré, **DALLOZ**, Armand, & **CAMPIOT**, Amédée, *Dalloz Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle, ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, Paris, au bureau de la Jurisprudence générale, 1825-1902, 220 vol.

DALLOZ, Désiré, & **DALLOZ**, Armand, *Jurisprudence générale du royaume, ou Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public : jurisprudence générale, avec la collaboration de plusieurs jurisconsultes*, Paris, au bureau de la Jurisprudence générale, 1845-1870, 47 vol.

DALLOZ, Édouard, & **DALLOZ**, Charles-Henri, *Les codes annotés : Code pénal annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine*, Paris, au bureau de la Jurisprudence générale, 1881.

DENISART, Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles, et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 7^e éd. corrigée et augmentée, Paris, Veuve Desaint, 1771, 4 vol.

- DEVILLENEUVE**, Lemoine, & **CARETTE**, Antoine-Auguste, *Recueil général des lois et des arrêts, avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs*, Paris, M. Pouleur, 1840-1843, 9 vol.
- FENET**, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, 15 vol.
- Gazette des tribunaux : journal de jurisprudence et de débats judiciaires*, Paris, Anthelme Boucher, 1825-1944.
- GRIOLET**, Gaston, & **VERGE**, Charles, *Jurisprudence générale. Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, de MM. Dalloz*, Paris, au bureau de la *Jurisprudence générale*, 1887-1897, 19 vol.
- GUYOT**, Joseph-Nicolas, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, 2^e éd., Paris, Visse, 1784-1785, 17 vol.
- Journal de l'Empire*, Paris, Imprimerie de Lenormant, [1805-1814].
- Journal des audiences de la Cour de cassation ou Recueil des arrêts de cette cour, publié par Géraud-Timothée Denevers*, Paris, Porthman, 1809-1824, 11 vol.
- Journal du Palais, recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence*, 3^e éd., Paris, au bureau du journal, [1838]-1923.
- Le Courrier des tribunaux : journal de jurisprudence et des débats judiciaires*, Paris, au bureau du journal, 1827-1830.
- MACAREL**, Louis-Antoine, *Recueil des arrêts du Conseil, ou ordonnances royales, rendues en Conseil d'État sur toutes les matières du contentieux de l'administration*, Paris, A. Bavoux, 1821-1847, 29 vol.
- MERLIN DE DOUAI**, Philippe-Antoine, *Annotations sur chaque article des cinq codes, de toutes les questions de droit traitées dans le nouveau répertoire et les 15^e, 16^e et 17^e volumes de supplément*, Paris & Lille, Martin-Muiron, 1826 ;
- *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Paris, Garnery, 1827-1828, 17 vol. ;
 - *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, 4^e éd., Paris, Garnery, 1827-1830, 8 vol.
- MORIN**, Achille, *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, Paris, A. Durand, 1850-1851, 2 vol.
- Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, Cotillon, 1853-1939.
- ROLLAND DE VILLARGUES**, Jean-Joseph-François, *Les Codes criminels interprétés par la jurisprudence et la doctrine, suivi du formulaire de la chambre des mises en accusation et de la Cour d'assises, du code des lois sur la presse et des lois sur la police de la médecine et de la pharmacie*, 3^e éd., Paris, Maresq, 1869 ;
- *Lois pénales spéciales classées suivant l'ordre alphabétique des matières et annotées de toutes les décisions de la Cour de cassation comprenant le Code de la presse interprété par la jurisprudence et la doctrine. Code de l'organisation judiciaire comprenant les lois décrets, ordonnances, règlements, suivi des tarifs des frais en matière civile et criminelle également annotés*, Paris, A. Marescq aîné, 1877.
- SIREY**, Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Cosse et Laguiolle, 1800-1950, 236 vol. ;
- *Code civil annoté des dispositions et décisions de la législation et de la jurisprudence*, Paris, au bureau d'administration du *Recueil général des lois et des arrêts*, 1817 ;

- *Jurisprudence du Conseil d'État, ou Recueil des décisions, arrêts et actes du Conseil d'État, sur le contentieux de l'administration, les conflits et les autres matières administratives, avec des tables à chaque volume, classant le tout par ordre des matières*, Paris, Administration des Recueils de jurisprudence, [s. d.] ;
- *Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1808 jusqu'à la fin septembre 1816*, Paris, 17, place Dauphine, 1818-1825, 4 vol.

2. – Lois, décrets, travaux préparatoires, circulaires & discours

- Analyse des observations de la Cour de cassation et des cours royales sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire*, Paris, Imprimerie royale, 1836.
- Archives parlementaires de 1787 à 1860*, recueil fondé par Jérôme Mavidal et Émile Laurent, 1^{ère} série, Paris, Dupont, 1867-1888 ; 2^e série, Paris, Dupont, 1862-1912.
- Bulletin des lois de la République française*, Paris, Imprimerie nationale des lois, [1794]-1931.
- Bulletin officiel du ministère de l'intérieur*, Paris, Dupont, 1838-1979, 103 vol.
- CELLIEZ**, Henri, *Code annoté de la presse en 1835, recueil complet : lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État, sur la presse périodique, la librairie et l'imprimerie, la propriété littéraire, les gravures et dessins, la liberté théâtrale, la procédure sur toutes ces matières, de 1789 à septembre 1835 inclusivement*, Paris, Henriot, 1835.
- Chambre des pairs, constituée en cour de justice. Séance du mardi 31 janvier 1818, présidée par M. le Chancelier : Affaire Saint-Morys. Procès-verbal unique*, [s.l., s.n., 1818].
- DUVERGIER**, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du conseil d'État : publiée sur les éditions officielles du Louvre, de l'Imprimerie nationale, par Baudouin ; et du Bulletin des lois, de 1788 à 1824 inclusivement, par ordre chronologique ; suivie d'une table alphabétique et raisonnée des matières*, Paris, Guyot & Scribe, 1824-1949, 148 vol. ;
- *Code pénal annoté : édition de 1832, contenant l'indication des lois analogues, des arrêts et décisions judiciaires*, Paris, Guyot & Scribe, 1833.
- Gazette nationale ou Moniteur universel*, Paris, [s.n.], 1789-1901.
- GAMBETTA**, Léon, *Discours prononcé à Romans le 18 septembre 1878*, [s.l., s.n.], 1878.
- ISAMBERT**, François-André, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Plon, 1821-1833, 29 vol.
- Journal officiel ou Journal officiel de la République française. Lois et décrets*, Paris, [s.n.], 1870-1880 ; Paris, Journaux officiels, 1881-2015.
- Journal officiel de la République française. Documents parlementaires. Chambre des députés : annexes aux procès-verbaux des séances*, Paris, Imprimerie du Journal officiel, 1881-1940.
- MONSEIGNAT DU CLUZEL**, Hippolyte (de), *Rapport fait au nom de la commission de législation civile et criminelle par M. de Monseignat, sur le V^e projet de loi du code pénal, livre III, titre II, chapitre I^{er}, des crimes et délits contre des personnes. Séance du 17 février 1810*, Paris, Hacquart, 1810.
- Observations des tribunaux et cours d'appel sur le projet de code civil*, Paris, Imprimerie de la République, an IX-an X [1801-1802], 4 vol.

Observations des tribunaux criminels sur le projet de Code criminel, Paris, Imprimerie impériale, an XIII [1803-1804], 6 vol.

Observations des tribunaux d'appel sur le projet de code criminel, Paris, Imprimerie impériale, an XIII [1803-1804], 2 vol.

Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la justice : 1790-1875, publié par les ordres du garde des sceaux, ministre de la justice, Paris, Imprimerie nationale, 1879-1883, 3 vol.

3. – Littérature doctrinale à caractère de source

ACOLLAS, Émile, *L'enfant né hors mariage : recherche de la paternité*, 2^e éd., Paris, Sausset, 1870 ;

• *Les délits et les peines*, Paris, Ch. Delagrave, 1887.

AGUESSEAU, Henri-François (d'), *Discours*, nouvelle édition, augmentée de ses instructions à son fils et divers fragments très intéressants, Besançon, Charles Deis, 1846, 2 vol.

ALARD, Paul, *De la condition et des droits des enfants naturels : étude de la proposition de loi votée par le Sénat, le 27 juin 1895*, Paris, A. Fontemoing, 1896.

ALLÈGRE, Gustave, *Le Mariage des prêtres en droit civil*, Paris, Société générale de librairie catholique, 1889.

ALLEMAND, Charles-Louis-Antoine, *Traité du mariage et de ses effets*, Riom, E. Leboyer, 1846-1847, 2 vol.

ANCELOT, Adolphe, « Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, t. VII, p. 191-198.

AUBRY, Charles, & RAU, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Strasbourg, F. Lagier, 1839-1846, 5 vol.

AUCOC, Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'École des Ponts et Chaussées*, 2^e éd., Paris, Dunod, 1878-1882, 3 vol.

AUGAN, J.-B., *Cours de notariat*, 3^e éd., Paris, Videcoq, 1841.

BADON-PASCAL, Édouard, *Des marchés à terme, historique et législation, commentaire de la loi du 28 mars 1885*, Paris, Administration du Droit financier, 1895 ;

• *Des marchés à terme. Étude pratique au point de vue légal et financier*, 3^e éd., Paris, Marchal & Billard, 1877.

BARCILLON, Gustave, *La magistrature et les décrets du 29 mars 1880*, Avignon, Séguin frères, 1881, 2 vol.

BALLOT, « Du droit des tiers sur l'indemnité imposée au successeur en cas de destitution du titulaire d'office », *Revue pratique de droit français*, 1857, t. III, p. 563-567.

BARESTE, Eugène, *Du droit de réponse dans les journaux*, Paris, Lavigne, 1841.

BARET, Paul, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger*, Paris, A. Marescq, 1872.

BARTIN, Étienne, *Études sur le régime dotal. Première étude : des actions dirigées par le mari contre les tiers et par les tiers contre le mari à l'occasion de la dot*, Lille, au siège des Facultés, 1892.

BASCLE DE LAGREZE, Gustave, *Observations sur les lacunes du Code pénal*, Paris, Éditions Cotillon, 1856.

- BATBIE**, Anselme, « Révision du Code Napoléon », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1866, t. XXVIII, p. 125-162.
- BAUDET**, Fernand, *Labbé Arrêtiste, aperçu général de ses doctrines en droit civil*, Lyon, Robbe, 1908.
- BAUDOIN**, Alexandre, *Code spécial de la justice de paix*, Paris, F. Locquin et C^{ie} Videcoq, 1838.
- BAUDRY-LACANTINIERE**, Gabriel, *Précis de droit civil : contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième partie les questions de détail et les controverses*, Paris, L. Larose & Forcel, 1882, 3 vol.
- BAVOUX**, François-Nicolas, *De la Cour de cassation et du ministère public*, Paris, Antoine, 1814.
- BECCARIA**, Cesare, *Traité des délits et des peines*, traduit de l'italien, Paris, Martin & Veuve Gauthier, an III [1794].
- BECK**, Auguste (de), *Célibat et mariage des prêtres*, Paris, Librairie générale, 1872.
- BEDEL**, A., *Nouveau Traité de l'adultère et des enfants adultérins selon les lois civiles et pénales*, Paris, Warée fils aîné, 1826.
- BENECH**, Raymond Osmin, *De l'illégalité de l'adoption des enfants naturels*, 2^e ed., Paris, Cotillon, 1845.
- BERENGER**, Alphonse, *De la justice criminelle en France d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, Paris, Patris & L'Huillier, 1818.
- BERNARD**, *Manuel des pourvois et des formes de procéder devant la Cour de cassation en matière civile et criminelle*, 2^e éd., Paris, Cosse, Marchal & Cie, 1867-1868, 2 vol.
- BERRIAT-SAINT-PRIX**, Félix, *Exposé des principes généraux du mariage et de la séparation de corps, suivi de la résolution des principales difficultés que présente cette matière*, Paris, P. Renouard, 1839 ;
- *Analyse du Code pénal, table synoptique et raisonnée des délits et des peines*, Paris, Cotillon, 1855 ;
 - *Notes théoriques sur le Code civil : explication de tous les termes juridiques*, Paris, Videcoq, 1856, 3 vol.
- BERTIN**, « Du droit d'action du ministère public en matière civile », *Le Droit : journal des tribunaux*, 4 janvier 1861.
- BERTIN**, Jean-Louis-Henri, *De la diffamation envers les morts*, Paris, Durand, 1867.
- BEUDANT**, Charles, *Cours de droit civil français*, Paris, Arthur Rousseau, 1896.
- BLANCHARD**, Jules-Auguste, *De la puissance paternelle à Rome. De la condition des enfants naturels simples, incestueux et adultérins en droit français*, Aix, Pardigon, 1856.
- BLANCHE**, Antoine-Georges, *Études pratiques sur le Code pénal*, Paris, Cosse & Marchal, 1861-1872, 7 vol.
- BONNET**, Paul, *Traité sur la vénalité et propriété des offices*, Toulouse, Delboy, 1848.
- BONNETON**, Joseph, *Considérations historiques sur l'inamovibilité de la magistrature en France*, Paris, Dentu, 1878.
- BOUIS**, Paul, *Essai sur les délits de chasse*, Châteauroux, A. Melottée, 1901.
- BOULAGE**, Thomas-Pascal, *Principes de jurisprudence française, pour servir à l'intelligence du Code civil*, Paris, Delestre-Boulage, 1819-1820, 2 vol.
- BOURGUIGNON-DUMOLARD**, Claude-Sébastien, *Manuel d'instruction criminelle, contenant le Code d'instruction criminelle, le Code pénal, les lois et règlements sur l'organisation judiciaire*, 3^e éd., Paris, Garnery, 1811, 2 vol.

- BOUSQUET**, André-Romain, *Explication du code civil, d'après les motifs exprimés dans les discours prononcés par les orateurs du gouvernement et du Tribunat*, Avignon, J.-J. Niel, 1804-1806, 5 vol.
- BOUSQUET**, Joseph, *Nouveau dictionnaire du droit : résumé général de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Charles Hingray, 1843-1844, 2 vol.
- BOYE**, Ernest, *Du droit de propriété et de transmission des offices ministériels, avec toutes les lois et décisions judiciaires consacrant le droit de propriété au profit de leur titulaire*, Toulouse, J. Baylac, 1908.
- BRILLAT DE SAVARIN**, Jean-Anthelme, *Essai historique et critique sur le duel d'après notre législation et nos mœurs*, rééd., Paris, Caille & Ravier, 1926.
- BROGLIE**, Victor (de), *Vues sur le gouvernement de la France*, 2^e éd., Paris, Michel Lévy frères, 1872.
- BURLAMAQUI**, Jean-Jacques, *Principes du droit de la nature et des gens*, nouv. éd., Paris, B. Warée, 1820-1821, 5 vol.
- CADRES**, Émile, *Code manuel de la contrainte par corps et de l'emprisonnement pour dettes, en matière civile, commerciale, criminelle, correctionnelle et de police, mis en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 2^e éd., Paris, rue Laffitte, 1842 ;
- *Traité des enfants naturels mis en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, Paris, Videcoq père & fils, 1846.
- CAMUS**, Armand-Gaston, *Bibliothèque choisie des livres de droit qu'il est le plus utile d'acquérir et de connaître*, 5^e éd. revue et augmentée par André Dupin, Paris, Alex Gobelet, B. Warée Aîné, 1832.
- CARNOT**, Joseph-François-Claude, *De la discipline judiciaire considérée dans ses rapports avec les juges, les officiers du ministère public, les avocats, les notaires, les avoués, les huissiers et autres officiers ministériels*, Paris, Baudouin frères, 1825 ;
- *Commentaire sur le Code pénal : contenant la manière d'en faire une juste application, des dissertations sur les questions les plus importantes*, 2^e éd., Paris, Nève, 1836, 2 vol.
- CARRE**, Guillaume-Louis-Justin, *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles, expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines*, Paris, Warée oncle, 1825-1826, 2 vol. ;
- *Traité des lois, de l'organisation judiciaire et de la compétence des juridictions civiles*, nouvelle édition, revue, annotée et mise en harmonie avec les nouvelles institutions et les progrès de la jurisprudence par Victor Foucher, Paris, P. Dupont & Cailleux, 1833-1834, 8 vol.
- CAUCHY**, Eugène, *Du duel considéré dans ses origines et dans l'état actuel des mœurs*, Paris, Charles Hingray, 1846.
- CHALLETON**, Félix, *Cent ans d'élections : Histoire électorale et parlementaire de la France de 1789 à 1890*, Paris, L. Sauvaire, 1891, 3 vol.
- CHARTIER**, Alexis, « Du privilège du vendeur en matière de cession d'office », *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1874, t. XV, p. 321-327 ; t. XV, p. 481-488.
- CHASSAN**, Joseph-Pierre, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2^e éd., Paris, Videcoq père & fils, 1846, 2 vol. ;
- « L'organisation judiciaire », *Gazette des tribunaux*, 13 mai 1848, t. XXIII, n°6510 ;
 - *Lois sur la presse depuis le 24 février 1848*, Paris, Videcoq fils aîné, 1851.
- CHATEAUVILLARD** (de), *Essai sur le duel*, Paris, Bohaire, 1836.

- CHAUVEAU**, Adolphe, & **HELIE**, Faustin, *Théorie du Code pénal*, 6^e éd. annotée par Edmond Villey, Paris, Marchal & Billard, 1887-1908, 7 vol.
- CHAUVEAU**, Adolphe, *Code pénal progressif : commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Paris, au bureau de la *Jurisprudence criminelle*, 1832.
- CHEDOT**, Henri-Emile, *De la séparation de corps*, Caen, C. Hommais, 1871.
- CHENON**, Émile, *Origines, effets et conditions de la cassation*, Paris, L. Larose & Forcel, 1882.
- CHRESTIEN DE POLY**, Jean-Prosper, *Du divorce et de la séparation considérés dans leurs rapports avec la Charte, l'essence du mariage, l'intérêt des familles, la morale et la politique*, Paris, Le Normant, 1815.
- COFFINIERES**, Antoine, *Le Code Napoléon, expliqué par les décisions suprêmes de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, Paris, Garnery, 1809 ;
- *De la bourse et des spéculations sur les effets publics, ouvrage dans lequel les marchés à terme sont considérés d'après les lois, la jurisprudence, la morale et le crédit public*, Paris, Belin-Le Prieur, 1824.
- COIN-DESLILE**, Jean-Baptiste-César, *Livre III, titre XVI, et loi du 17 avril 1832, contrainte par corps : commentaire analytique du Code civil*, 2^e éd., Paris, Le Normant, 1843 ;
- *Cautions des contraignables par corps en matière civile et commerciale et donneurs d'aval, étude sur l'application de la contrainte par corps, suivie d'un appendice sur les avals de garantie*, Paris, Cotillon, 1861.
- COIN-DESLISLE**, Jean-Baptiste-César, & **ROYER**, Ernest (de), *Actes de l'état civil, commentaire analytique du Code civil, livre Ier, titre II*, 2^e éd., Paris, Le Normant, 1846.
- CONSTANT**, Benjamin, *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, A. Eymery, Hocquet, 1815 ;
- *Cours de politique constitutionnelle*, 2^e éd., avec une introduction et des notes d'Édouard Laboulaye, Paris, Librairie de Guillaumin & Cie, 1872 ;
 - *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, rééd., Paris, Aubier, 1991.
- CORMENIN**, Louis-Marie de Lahaye (de), *De la responsabilité des agents du gouvernement et des garanties des citoyens contre les décisions des ministres et du Conseil d'État*, 2^e éd., Paris, Baudouin frères, 1828 ;
- *Questions de droit administratif*, 3^e éd., Paris, A. Goblet, 1826, 2 vol. ;
 - *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, Pagnerre & G. Thorel, 1840 ;
 - *De l'Adoption par les prêtres*, Paris, H. Fournier & Cie, 1844.
- COULON**, Henri, *Le divorce et la séparation de corps*, Paris, Marchal & Billard, 1890-1893, 5 vol.
- CREPON**, Théophile, *Le ministère public a-t-il qualité pour provoquer dans l'intérêt général la rectification des actes de l'état civil ?*, Angers, Cosnier & Lachèse, 1860 ;
- *Cour de cassation, origines, organisation, attributions du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, L. Larose & Forcel, 1892, 3 vol.
- CURET**, Albin, *Code du divorce et de la séparation*, Paris, A Durand & Pédone-Lauriel, 1887.
- DALESME**, André, *Du vagabondage*, Limoges, Veuve H. Ducourtieux, 1900.
- DEBACQ**, Gabriel, *De l'action du ministère public en matière civile : d'après l'ancienne législation, le droit intermédiaire et la loi moderne*, Paris, Cotillon, 1867.
- DEBROU**, *De l'Action en désaveu de paternité, dans le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel*, Paris, Parent, 1871.

- « De la législation et de la jurisprudence », *Gazette des tribunaux*, 1^{er} janvier 1843, t. XVIII, n°4910.
- « De l'avancement dans la magistrature », *Gazette des tribunaux*, 23-24 mars 1840, t. XV, n°4537 ; 1^{er} juillet 1840, t. XV, n°4621.
- DELEPIERRE**, Paul, *De la puissance du chef de famille : droit romain ; de la légitimation des enfants naturels : droit français*, Paris, H. Jouve, 1888.
- DELISLE**, Georges, *Traité de l'interprétation juridique, en d'autres termes : des questions auxquelles donne naissance l'application des lois. Examen critique de la jurisprudence moderne*, Paris, L. Delamotte, 1847-1849, 2 vol.
- DEMANTE**, Antoine-Marie, *Cours analytique de Code civil*, Paris, G. Thorel, 1849-1884, 9 vol.
- DEMANTE**, Gabriel, « Avancement d'hoirie. Calcul de la quotité disponible », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle*, 1852, t. II, p. 148-167.
- DEMOLOMBE**, Charles, « Examen doctrinal », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle*, 1851, t. I, p. 321-339 ;
- *Cours de Code civil*, 4^e éd., Paris, A. Durand, 1867-1870, 8 vol.
- « Des magistrats députés », *Gazette des tribunaux*, 14 mai 1840, t. XV, n°4581.
- DESPORTES**, Fernand, *Essai historique sur les enfants naturels*, Auguste Durand, 1857.
- DOMAT**, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^e éd., Paris, P. Aubouin, P. Emery & C. Clouzier, 1697, 3 vol.
- DRAMARD**, Eugène, *Bibliographie raisonnée du droit civil : comprenant les matières du code civil et des lois postérieures qui en forment le complément, accompagnée d'une table alphabétique des noms d'auteurs*, Paris, Firmin-Didot, A. Cotillon, 1879.
- DUFOUR**, Gabriel-Michel, *Traité du droit administratif*, 2^e éd., Paris, Cotillon, 1854-1857.
- DUFOUR DE SAINT-PATHUS**, Julien-Michel, *Code civil des Français, avec les sources où toutes les dispositions ont été puisées ; ouvrage où sont établis les différences et les rapports des nouvelles lois civiles avec les anciennes*, Paris, [s.n.], 1806, 3 vol.
- DUFRENOY**, Pierre, *Histoire du droit de chasse et du droit de pêche dans l'ancien droit français*, Paris, Arthur Rousseau, 1896.
- DUPIN**, André, *Des magistrats d'autrefois, des magistrats de la Révolution, des magistrats à venir*, Paris, Veuve Jeunehomme, 1814 ;
- *De la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui les font, et de ceux qui les citent*, Paris, Baudouin fils, 1822 ;
 - *Notions élémentaires sur la justice, le droit et les lois*, Paris, Baudouin frères, 1827 ;
 - *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats, recueil d'opuscules de jurisprudence*, rééd., Paris, Joubert, 1835 ;
 - *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée, prononcés par M. Dupin, procureur-général à la Cour de cassation, avec le texte des arrêts depuis le mois d'août 1830 jusqu'à ce jour*, Paris, Joubert, 1836-1852, 11 vol. ;
 - *Manuel du droit public ecclésiastique français*, 2^e éd., Paris, Videcoq père & fils, 1844 ;
 - *Opuscules de jurisprudence*, Paris, A. Durand, 1851 ;
 - *Mémoires de M. Dupin. Souvenirs du barreau*, Paris, Plon, 1855 ;
 - *Réquisitoires, plaidoyers et discours de rentrée prononcés par M. Dupin, procureur général à la Cour de cassation, avec le texte des arrêts, depuis le mois de*

- novembre 1857 jusqu'à son décès (10 novembre 1865), publiés par son frère, le baron Charles Dupin, Paris, H. Plon, 1873-1874, 3 vol.
- DUPONT-WHITE**, Charles, *La liberté politique considérée dans ses rapports avec l'administration locale*, Paris, Guillaumin, 1864.
- DURAND**, Hippolyte, *Commentaire de la loi du 13 décembre 1848 sur la contrainte par corps et du tarif du 24 mars 1849*, Paris, Videcoq fils aîné, 1850.
- DURANTON**, Alexandre, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Nève, 1825-1842, 21 vol.
- DUTARD**, **SASSERRE**, *Dictionnaire de jurisprudence usuelle*, 4^e éd., Paris, Baudot & Moine, 1847.
- DUTRUC**, Gustave, *Le code pénal modifié par la loi du 18 avril 1863*, Paris, Cosse & Marchal, 1863.
- DUVERDY**, Denis-Charles, *Dissertation sur la contrainte par corps, sur son histoire et son application en matière civile, commerciale, administrative, militaire, constitutionnelle, internationale et criminelle*, Paris, A. Guyot & Scribe, 1852.
- DUVERGER DE SAINT-THOMAS**, Charles, *Nouveau code du duel, histoire, législation, droit contemporain*, 2^e éd., Paris, Dentu, 1887.
- DUVERGIER**, Jean-Baptiste, « Le traité secret par lequel le titulaire d'un office s'oblige à payer à son prédécesseur un supplément du prix porté au traité ostensible, est-il nul même entre les parties contractantes ? », *Revue étrangère et française de législation*, 1840, t. VII, p. 321-342 ; t. VII, p. 568-584 ;
- *Code de la chasse, ou Commentaire de la loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse*, Paris, Pommeret & Guénot, 1844.
- DUVERGIER DE HAURANNE**, Jean-Marie, *De l'ordre légal en France et des abus d'autorité*, Paris, Baudoin Frères, 1826-1828, 2 vol.
- EYRAUD** (d'), *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France*, 2^e éd., Paris, Fanjat aîné, 1825, 3 vol.
- FABRE**, Jules, *Le barreau de Paris 1810-1870*, Paris, J. Delamotte, 1895.
- FABREGUETTES**, Polydore, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, Paris, Librairie A. Maresq, 1884, 2 vol.
- FAURE**, L.-G., *Répertoire administratif des parquets à l'usage des premiers présidents, procureurs généraux, présidents de première instance et de commerce*, Clermont-Ferrand, Pérol, 1843-1844, 2 vol.
- FAVARD DE LANGLADE**, Guillaume-Jean, *Supplément au Code civil, ou Collection raisonnée des lois et décrets rendus depuis 1789 et qui se rattachent au Code civil, avec des notes explicatives*, Paris, F. Didot, 1818, 2 vol. ;
- *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative, ou Analyse raisonnée des principes consacrés par le Code civil, le Code de commerce et le Code de procédure*, Paris, F. Didot, 1823-1824, 5 vol. ;
 - *Législation électorale, avec l'analyse des principes et de la jurisprudence sur cette matière*, Paris, Firmin Didot frères, 1830 ;
 - *Répertoire de la législation du notariat*, 2^e éd., Paris, F. Didot, 1829-1830, 2 vol.
- FAYE**, Ernest, *La Cour de cassation : traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile ; suivi du Code des lois, décrets, ordonnances et règlements*, Paris, A. Marescq-Chevalier, 1903.
- FEITU**, Émile, *Traité du compte courant*, Paris, A. Marescq aîné, 1873.

- FENET, Constant, *Question de légitimité d'enfant*, Paris, E. Thorin, 1869.
- FERLET, Jules, *Étude sur l'action civile résultant d'un fait punissable*, Paris, Cotillon, 1865.
- FÉLIX, Jean-Jacques-Gaspard, *Commentaire sur la loi du 17 avril 1832 relative à la contrainte par corps*, Paris, G. Pissin, 1832.
- FOUCART, Émile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, 2^e éd., Paris, Videcoq, 1839, 3 vol.
- FUZIER-HERMAN, Édouard, *La séparation des pouvoirs, d'après le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marescq aîné, 1880 ;
 • *Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, Paris, L. Larose & Forcel, 1886-1906, 37 vol.
- GACHES, Paul, *Essai sur le duel, considéré au point de vue historique, religieux et moral*, Strasbourg, Veuve Berger-Levrault, 1851.
- GARNIER-DESCHENES, Edme-Hilaire, *Traité élémentaire du notariat*, Paris, Compagnie des notaires, 1807.
- GAUCHER, Paul, *Réglementation du droit de chasse et spécialement du permis de chasse*, Paris, L. Larose, 1903.
- GENREAU, Georges, « Offices. Privilèges. Destitution. Indemnité », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, t. III, p. 724-743.
- GERARD, Paul, *L'Exercice du droit de chasse*, Paris, L. Larose, 1900.
- GILLET, Nicolas-Antoine-Pascal-Modeste, *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la justice, 12 janvier 1791-23 juillet 1875*, 3^e éd. refondue et augmentée par M. Demoly, Paris, Marchal, Billard & Cie, 1876, 2 vol.
- GIRARDIN, Émile (de), *Les droits de la pensée. Questions de presse. 1830-1864*, Paris, Michel Lévy Frères, 1864.
- GIRAULT, Charles, *De la prohibition du mariage entre beau-frère et belle-sœur, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, observations sur la proposition de loi tendant à modifier la rédaction des articles 331 et 335 du Code civil sur la légitimation des enfants nés hors mariage*, Paris, A. Marescq aîné, 1874.
- GODART DE SAPONAY, *Manuel de la Cour de cassation, ou Des attributions de cette Cour en matière civile et criminelle*, Paris, Goblet & Nève, 1832.
- GRATTIER, Adolphe (de), *Commentaire sur les lois de la presse et des autres moyens de publication*, Paris, Videcoq & Charles Hingray, 1839-1845, 2 vol.
- GREGOIRE, Henri, *Histoire du mariage des prêtres en France particulièrement depuis 1789*, Paris, Baudouin frères, 1826.
- GRELLET-DUMAZEAU, Théodore, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, Riom-Paris, Leboyer-Joubert, 1847-1848, 2 vol.
- GRIVEL, Félicien, *Interprétation de la règle : nul ne peut chasser sans permis*, Paris, A. Durand & Pedone-Lauriel, 1877.
- GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit du latin par Jean Barbeyrac, Amsterdam, P. de Coup, 1724, 2 vol.
- GUICHARD, Auguste-Charles, *Code et mémorial du Tribunal de cassation*, Paris, Rousseau, an VI [1797].
- HANIN, J., *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes*, Paris, Joubert, 1848.

- HATIN** Eugène, *Manuel théorique et pratique de la liberté de la presse : histoire, législation, doctrine et jurisprudence, bibliographie, 1500-1868 : guide-mémento de l'écrivain et de l'homme politique des propriétaires, gérants et rédacteurs de journaux, etc.*, Paris, Pagnerre, 1868, 2 vol.
- HELIE**, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, 2^e éd., Paris, Plon, 1866-1867, 8 vol. ;
- *Pratique criminelle des cours et tribunaux, résumé de la jurisprudence sur les codes d'instruction criminelle et pénal*, Paris, Marchal, Billard & Cie, 1877, 2 vol.
- HELLO**, Charles-Guillaume, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, 3^e éd., Bruxelles, Meline, 1849, 2 vol.
- HEPP**, Albert, *De la séparation de corps*, Strasbourg, G. Silbermann, 1856.
- HENNEQUIN**, Antoine-Louis-Marie, *Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du Code civil : deuxième livre*, Paris, Videcoq, 1838-1841, 2 vol.
- HENRION DE PANSEY**, Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Barrois, 1818 ;
- *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, 4^e éd., Paris, B. Duprat, 1840.
- HENRY**, Léon, *Du privilège sur le prix de cession des offices, examen doctrinal de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, Marescq aîné, 1877.
- HOROY**, César-Auguste, *Du mariage civil du prêtre catholique en France, légalité canonique et civile, doctrine et jurisprudence, la question dans le passé et dans le présent, véritable point de vue à l'heure actuelle*, Paris, Chevalier-Marescq, 1890.
- HOUEL**, Charles-Juste, *Code de la chasse, ou Précis des lois et décisions judiciaires et administratives actuellement en vigueur sur la chasse et le port d'armes*, Rouen, Renault, 1823.
- HUMBERT**, Gustave, *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en droit français*, Paris, Durand, 1855.
- JACQUIER**, Charles, *Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle : étude sur l'article 340 du code Napoléon*, Grenoble, Baratier frères & Dardelet, 1874.
- JANOT**, Louis, *Étude sur le privilège du cédant d'un office ministériel*, Toulouse, Saint-Cyprien, 1898.
- JEANNOTTE-BOZERIAN**, Jules-François, *La bourse, ses opérateurs, ses opérations, appréciés au point de vue de la loi, de la jurisprudence et de l'économie politique et sociale, suivie d'une indication des réformes les plus urgentes*, Paris, E. Dentu, A. Marescq, aîné, 1859, 2 vol.
- JEANVROT**, Victor, *La magistrature*, Paris, A. Cotillon, 1882-1883, 2 vol.
- JOUARRE**, Léon, *Les tribunaux de cassation en législation comparée. Discours prononcé à l'ouverture de la conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le 14 décembre 1901*, Paris, Maréchal, 1901.
- JOUSSERANDOT**, Louis, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, Paris, Marescq aîné, 1878.
- « Jurisprudence sur le mariage des prêtres et l'arrêt de la chambre des requêtes », *Gazette des tribunaux*, 19 juillet 1833, t. VIII, n°2473.
- KLIMRATH**, Henri, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, Strasbourg, F.-G. Levrault, 1833.

- LABBE**, Joseph-Émile, « Examen doctrinal », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, 32^e année, t. XII, p. 449-497.
- LABOULAYE**, Édouard, *Considérations sur la constitution*, Paris, Durand, 1848 ;
- *Histoire politique des États-Unis : depuis les premiers essais de colonisation jusqu'à l'adoption de la Constitution fédérale (1620-1789)*, Paris, A. Durand, 1855-1866, 3 vol. ;
 - *Le parti libéral : son programme et son avenir*, 8^e éd., Paris, Charpentier, 1871 ;
 - *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir*, rééd., présentation par Jean-Louis Halpérin, Paris, Dalloz, 2013.
- LAFERRIERE**, Édouard, *De la censure et du régime correctionnel*, 2^e éd., Paris, Armand Le Chevalier, 1868 ;
- *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Paris, Berger-Levrault & Cie, 1896.
- LAFONTAINE**, « D'une tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1860, t. XVI, p. 164-177 ;
- « Du droit d'action du ministère public en matière civile. Examen doctrinal de la jurisprudence », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1862, t. XX, vol. I, p. 385-412.
- Le Code civil, 1804-1904. Le livre du centenaire*, rééd., avec une présentation de Jean-Louis Halpérin, Paris, Dalloz, 2004.
- LALOU**, Jules, *De l'emprisonnement pour dettes en matière civile, commerciale, de faillite, d'extranéité, criminelle, correctionnelle, de police, etc.*, Paris, Cotillon, 1856.
- LAMBERT**, Édouard, « Une réforme nécessaire des études de droit civil », *Revue internationale de l'enseignement*, 1900, n°4, p. 216-243 ;
- *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Veuve Giard & E. Brière, 1903.
- LANJUINAIS**, Jean-Denis, *Constitutions de la Nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la charte*, Paris, Baudouin frères, 1819.
- LAS CASAS**, Emmanuel (de), *Le Mémorial de Sainte-Hélène*, rééd., Paris, La Pléiade, 1956-1957, 2 vol.
- LASSIME**, *Traité de la contrainte par corps*, Paris, A. Durand, 1863.
- LATOUCHE**, Georges (de), *Des droits de l'enfant naturel sur les successions de ses père et mère*, Strasbourg, E. Huder, 1868.
- LAURENT**, François, *Principes de droit civil français*, Paris, A. Durand & Pedone-Lauriel, 1869-1878, 33 vol.
- LAVAUX**, Christophe, *Manuel du Tribunal de cassation, ou Règles de la justice civile, criminelle, correctionnelle et de police dans ses rapports avec l'institution du Tribunal de cassation*, Paris, Fauvelle & Sagnier, an VI [1797].
- LEDRU-ROLLIN**, Alexandre-Auguste, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêstistes et la jurisprudence », *Journal du Palais*, 3^e éd., 1838, p. I-XIX.
- LE GRAVEREND**, Jean-Marie-Emmanuel, *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, Imprimerie royale, 1816 ;
- *Des lacunes et des besoins de la législation française, en matière politique et en matière criminelle ou Du défaut de sanction dans les lois d'ordre public*, Paris, Béchét, 1824, 2 vol.
- « Le pouvoir législatif et le pouvoir constituant », *Gazette des tribunaux*, 17 décembre 1842, t. XVIII, n°4897 ; 18 décembre 1842, t. XVIII, n°4898

- LE SELLYER**, Achille-François, *Traité du droit criminel appliqué aux actions publique et privée qui naissent des contraventions, des délits et des crimes*, Paris, G. Thorel, 1844.
- LETAINTURIER**, Gabriel, *Le duel à travers les âges, histoire et législation, duels célèbres, code du duel*, Paris, Flammarion, 1892.
- LEVEILLE**, Jules, *Le régime de la bourse : légalité des opérations à terme, responsabilité solidaire des agents de change*, Paris, A. Marescq aîné, 1868.
- LEVIEIL DE LA MARSONNIERE**, Jules, *Histoire de la contrainte par corps*, Paris, Videcoq père & fils, 1843.
- LEYRET**, Henri, *Les jugements du président Magnaud*, Paris, P.-V. Stock, 1900 ;
- *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, Paris, Schleicher frères, 1903.
- LIEGEOIS**, Jules, *Essai sur l'histoire et la législation de l'usure*, Paris, Durand, 1863.
- LOCRE**, Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion, ou Conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'État, des observations du Tribunat, des exposés de motifs, des rapports et discours, etc.*, Paris, Imprimerie impériale, an XIII [1805-1807], 5 vol. ;
- *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Paris, Treuttel & Würtz, 1827-1832, 31 vol.
- LODS**, Armand, *Le mariage des prêtres devant la loi civile*, Paris, E. Thorin, 1888.
- LOISEAU**, Jean-Simon, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris, J. Antoine, 1811 ;
- *Appendice au Traité des enfants naturels*, Paris, A. Bavoux, 1819.
- MACHAVOINE**, M., *Des contre-lettres en matière de cessions d'offices*, Paris, Maretheux, 1902.
- MAILHER DE CHASSAT**, Antoine, *Traité de l'interprétation des lois*, nouv. éd., Paris, A. Durand, 1845.
- MAJETTI**, Raffaele, « Le phénomène Magnaud », *La revue socialiste*, 1903, t. XXXVII, p. 651-662.
- MALEVILLE**, Jacques (de), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, 3^e éd., Paris, Nève, 1822, 4 vol.
- MANDET DES LAMIS**, *De la légitimation des enfants naturels par l'adoption, ou que c'est un devoir pour le magistrat de refuser au père ou à la mère de l'enfant né hors mariage le pouvoir de l'adopter*, Lyon, F. Leboyer, 1847.
- MANGIN**, Claude, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 3^e éd., Paris, Nève, 1876, 2 vol.
- MARCADE**, Victor-Napoléon, *Éléments du droit civil français ou Explication méthodique et raisonnée du Code civil*, 2^e éd., Paris, Cotillon, 1844, 3 vol. ;
- « Examen doctrinal », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle*, 1851, t. I, p. 449-476.
- MARCADE**, Victor-Napoléon, & **PONT**, Paul, *Explication théorique et pratique du Code civil : contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 8^e éd., Paris, Delamotte & fils, 1884-1894, 6 vol.
- MARTIN-SARZEAUD**, Georges, *Recherches historiques sur l'inamovibilité de la magistrature*, 2^e éd., Paris, E. Duchemin, 1883.
- MASSABIAU**, Joseph-François-Louis, *Manuel du ministère public près les cours d'appel, les cours d'assises et les tribunaux civils, correctionnels et de police*, Paris, Marchal, Billard & Cie, 1876, 3 vol.

- MASSE**, Antoine-Jacques, *Le notaire parfait ou La science des notaires*, 6^e éd., Paris, Garnery, J.-P. Roret, 1827.
- MASSOL**, Henri, *De la séparation de corps et de ses effets quant aux personnes et quant aux biens*, Paris, Joubert, 1841.
- MASSOT**, Joseph, « Du droit et de la loi », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, t. IX, p. 184-200.
- MATHIEU DE DOMBASLE**, Christophe-Joseph-Alexandre, *Du droit de chasse et du projet de loi sur cette matière*, Paris, Veuve Bouchard-Huzard, 1843.
- MATHIEU DE VIENNE**, Aimé-René, *De la légitimation des enfants naturels en droit romain et en droit français*, Paris, Arnous de Rivière, 1876.
- MAYET**, Maurice, *La recherche de la paternité, état de la question d'après les derniers travaux parlementaires en France et les législations étrangères*, Paris, Arthur Rousseau, 1899.
- MEAUME**, Georges, *Du divorce en droit romain. Historique de la séparation de corps ; des causes et des effets de la séparation de corps en droit français*, Pau, E. Vignancour, 1863.
- MENDEZ**, Théodore-Auguste, *Essai sur le duel*, Paris, Appert & Vavas seur, 1854.
- MERSIER**, Émile, *Traité théorique et pratique des actes de l'état civil*, 2^e éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1892.
- MEYNIAL**, Edmond, « Nécrologie : M. Labbé », *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1895, 19^e année, p. 780-796.
- MILL**, John-Stuart, *De la liberté*, traduit de l'anglais par Charles Dupont-White, Paris, Guillaumin, 1860.
- MONTESQUIEU**, Charles-Louis de Secondat (de), *De l'Esprit des lois*, rééd., Paris, Veuve Dabo, 1824, 4 vol.
- MOREAU**, Émile, « Des conflits de jurisprudence », *Gazette des tribunaux*, 4 février 1864, t. XXXIX, n°11482.
- MORILLOT**, Léon, *De la condition des enfants nés hors mariage en Europe et spécialement en France, dans l'antiquité, au moyen âge et de nos jours*, Paris, A. Durand, 1865.
- MORNET**, Marcel, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile, 1804-1904*, Paris, Rousseau, 1904.
- MOUNIER**, Jean-Joseph, *Nouvelles observations sur les États généraux de France*, [s.l., s.n.], 1789.
- MOUREAU**, *Essai sur l'esprit des lois françaises relatives à l'adoption des enfants naturels*, Paris, Delaunay-Royole, 1817.
- NACHET**, Jules, *De la liberté religieuse en France, ou Essai sur la législation relative à l'exercice de cette liberté*, 2^e éd., Paris, Landois, 1833 ;
- « Liberté du mariage, des prêtres ; mémoire produit à la cour de cassation pour M. Dumonteil fils », *Gazette des tribunaux*, 23 février 1833, t. VIII, n°2348.
- NADAULT DE BUFFON**, Henri, *Une question d'ordre public. La surveillance de la haute police*, Paris, A. Marescq aîné, 1871.
- NEYREMAND**, Ernest (de), *Questions sur la chasse. Jurisprudence de la cour de Colmar en cette matière*, Colmar, E. Barth, 1866.
- ORTOLAN**, Joseph-Louis-Elzéar, & **LEDEAU**, L., *Le Ministère public en France : traité et code de son organisation, de sa compétence et de ses fonctions dans l'ordre politique, judiciaire et administratif*, Paris, Fanjat aîné, 1831, 2 vol.

- OSMOND**, Rainulphe-Eustache (d'), *Loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse, projet d'amendements précédé d'un exposé des motifs*, Paris, Baitout, Questoy & Cie, 1866.
- OUDINOT**, Marcel, *Des droits du ministre de la justice sur l'exercice de l'action publique*, Paris, Arthur Rousseau, 1910.
- PAILLIET**, Jean-Baptiste-Joseph, *Manuel de droit français*, Paris, Veuve Le Normant, 1837, 3 vol.
- PARANT**, Narcisse, *Lois de la presse en 1834, ou Législation actuelle sur l'imprimerie et la librairie et sur les délits et contraventions commis par toutes les voies de publication*, Paris, Firmin-Didot frères, 1834 ;
- *Lois de la presse en 1836, ou Législation actuelle sur l'imprimerie et la librairie et sur les délits et contraventions commis par toutes les voies de publication*, Paris, Firmin-Didot frères, 1836.
- PARDESSUS**, Jean-Marie, *Cours de droit commercial*, 6^e éd., Paris, H. Plon, 1856-1857, 4 vol.
- PERIER**, Casimir, *L'article 75 de la Constitution de l'an VIII sous le régime de la Constitution de 1852*, Paris, A. Le Chevalier, 1867.
- PERRIQUET**, Eugène, *Traité théorique et pratique de la propriété et de la transmission des offices ministériels énumérés par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 et autres assimilés par la jurisprudence*, Paris, Cosse, Marchal & Billard, 1874.
- PETIT**, Pierre-Victor-Alphonse, *Traité de l'usure, contenant le commentaire de la loi du 3 septembre 1807, toute la législation, la doctrine et la jurisprudence qui s'y rapportent avec l'indication des ordonnances et arrêtés anciens et modernes*, Douai, A. Obez, 1840 ;
- *Traité complet du droit de chasse*, 2^e éd., Douai, Veuve Ceret-Carpentier, 1853, 2 vol.
- PINARD**, Oscar, *Le barreau au XIX^e siècle*, Paris, Pagnerre, 1864-1865, 2 vol.
- PINET**, Fortuné, *Le duel en jurisprudence et en législation*, Paris, B. Warée, 1829.
- PION**, Lucien, *De l'action en désaveu de paternité, en droit romain et en droit français*, Paris, J.-B. Gros, 1854.
- PLANIOL**, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, F. Pichon, 1900-1901, 3 vol.
- PLOCQUE**, Auguste, *De la condition juridique du prêtre catholique*, Paris, L. Larose & Forcel, 1887.
- POISSON**, Siméon-Denis, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile : précédées des règles générales du calcul des probabilités*, Paris, Bachelier, 1837.
- PONT**, Paul, « Enfants incestueux. Légitimation par mariage subséquent », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1838, t. VIII, p. 150-158 ;
- « Questions notables sur les divers régimes d'association conjugale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1854, t. IV, p. 522- 566.
- PORTALIS**, Jean-Étienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 (26 messidor an IX), les articles organiques publiés en même temps que ce Concordat (loi du 15 germinal an X, 8 avril 1802) et sur diverses questions de droit public, concernant la liberté des cultes, la protection qui leur est due, leur établissement dans l'état et leur police extérieure, les associations religieuses, l'instruction et les écoles publiques*, Paris, Joubert, 1845 ;
- *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, rééd., Bordeaux, Éd. Confluences, 1999.

- PORTALIS**, Joseph-Marie, *Observations de la Cour de cassation sur un projet de loi relatif à l'organisation judiciaire*, Paris, Crapelet, 1848.
- POTHIER**, Robert-Joseph, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux*, nouv. éd., Paris, Debure, 1780.
- PRIER**, Georges, *Les enfants naturels devant la loi française*, Rouen, E. Cagniard, 1871.
- « Prospectus », *Gazette des tribunaux*, 1^{er} novembre 1825, t. I, n°1.
- PROUDHON**, Victor, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, 3^e éd. augmentée par Auguste Valette, Paris, Joubert, 1842-1843, 2 vol.
- PUFENDORF**, Samuel (von), *Le droit de la nature et des gens*, traduit du latin par Jean Barbeyrac, Londres, J. Nours, 1740, 3 vol.
- RAUTER**, Jacques-Frédéric, *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou Cours de législation criminelle*, Paris, Charles Hingray, 1836, 2 vol.
- RENOUARD**, Augustin-Charles, *Tableaux de la composition personnelle du Tribunal de cassation depuis son origine jusqu'à la constitution de l'an VIII*, Paris, A. Durand, 1861.
- REVERCHON**, Émile, « De la chambre des requêtes de la Cour de cassation », *Revue pratique de droit français*, 1861, t. XI, p. 305-314 ;
- *De l'indépendance du ministère public dans l'exercice de ses fonctions*, Paris, Balitout, Questroy & Cie, 1869 ;
 - *Question nouvelle sur l'article 75 de la Constitution de l'an VIII*, Paris, Marescq aîné, 1863.
- RICHEFORT**, A.-B., *Traité de l'état des familles légitimes et naturelles et des successions irrégulières*, Limoges, Blondel, 1842.
- RIVIERE**, Hippolyte-Ferréol, *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile et dans l'ordre du Code Napoléon*, Paris, Cosse & Maréchal, 1862.
- ROBERT**, Charles, *L'œuvre de la jurisprudence dans le domaine des questions sociales*, Paris, Maréchal & Montarier, 1900.
- RODIÈRE**, Aimé, & **PONT**, Paul, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relativement à leurs biens*, Paris, Delamotte, 1865-1869.
- RODIÈRE**, Aimé, *Les grands jurisconsultes*, Toulouse, E. Privat, 1874.
- ROLLAND DE VILLARGUES**, Jean-Joseph-François, *Traité des enfants naturels, d'après les principes du code Napoléon et ceux de l'ancienne et de la nouvelle jurisprudence*, Paris, Rippert jeune, 1811 ;
- *Code du notariat et des droits de timbre, d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe*, Paris, au bureau de la *Jurisprudence du notariat*, 1836 ;
 - *Code des lois de la presse interprétées par la jurisprudence et la doctrine*, 3^e éd., Paris, Marescq aîné, 1876.
- ROSSI**, Pellegrino, *Traité de droit pénal*, Paris, A. Sautet & Cie, 1829, 3 vol. ;
- « Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1840, t. XI, p. 5-24 ;
 - *Cours de droit constitutionnel*, recueilli par A. Porée, Paris, Librairie de Guillaumin & Cie, 1866-1867, 4 vol.
- SACASE**, François, « Jurisprudence du XIX^e siècle, ou Table générale du *Recueil général des lois et des arrêts* (1791 à 1850) par MM. Devilleneuve et Gilbert », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, t. VI, p. 83-88.

- SAINT-GIRONS**, Antoine, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881.
- SAINTE-BEUVE**, Pierre-Henri, *Conférence d'Orsay. Mémoire sur l'abrogation de l'article 75 de la constitution de l'an VIII*, Paris, H. Fournier, 1844 ;
- *Conférence d'Orsay. Mémoire supplémentaire sur l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII*, Paris, H. Fournier, 1844.
- SALAVILLE**, *Essai sur le duel, sur la nécessité et sur le moyen d'en abolir l'usage*, Paris, A. Comte, 1819.
- SALEILLES**, Raymond, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement*, 1880, t. XIX, p. 482-503 ;
- « Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *Revue internationale de l'enseignement*, 1902, t. XLIV, p. 313-329.
- SECKENDORFF** (de), *Essai sur le duel et sur les lois qui le concernent, dédié à la Chambre des Pairs et à celle des Députés de France*, Strasbourg, G. L. Schuler, 1831.
- SERRIGNY**, Denis, *Supplément au Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Joubert, 1846 ;
- *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, 2^e éd., Paris, A. Durand, 1865.
- SIREY**, Jean-Baptiste, « Jeu. Marchés à terme. Quelles sont les règles législatives ou réglementaires sur la bourse, les jeux de bourse et les marchés à terme réputés agiotages ? », S. 1824. II. 325-336.
- TARBE DES SABLONS**, Adolphe-Pierre, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation recueillis et annotés*, Paris, Roret, 1840.
- TARDE**, Gabriel, *Les lois de l'imitation, étude sociologique*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1895.
- TEULET, D'AUVILLIERS, SULPICY**, *Les Codes français annotés*, Paris, Patris, 1856-1857, 2 vol.
- THORIN**, Ernest, *Répertoire des ouvrages de législation de droit et de jurisprudence en matières civile, administrative, commerciale et criminelle, publiés spécialement en France depuis 1789 jusqu'à la fin de novembre 1865*, Paris, Cotillon, 1866.
- TISSOT**, Joseph, *Le mariage, la séparation et le divorce considérés aux points de vue du droit naturel, du droit civil, du droit ecclésiastique et de la morale, suivis d'une étude sur le mariage civil des prêtres*, Paris, Marescq aîné, 1868.
- TOCQUEVILLE**, Alexis (de), *De la démocratie en Amérique*, 13^e éd., Paris, Pagnerre, 1850, 2 vol.
- TOULLIER**, Charles, *Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 6^e éd., continué et complété par Jean-Baptiste Duvergier, Paris, F. Cotillon, 1845-1847, 14 vol.
- TROPLONG**, Raymond-Théodore, *De la prescription, ou Commentaire du titre XX du livre III du Code civil*, Paris, Charles. Hingray, 1835, 2 vol. ;
- *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce, ou Commentaire du titre XVI, livre III, du Code civil, le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, Paris, Charles Hingray, 1847 ;
 - *Des donations entre-vifs et des testaments, ou Commentaire du titre II du livre III du Code Napoléon*, 3^e éd., Paris, H. Plon, 1872, 4 vol. ;
 - *Du principe d'autorité depuis 1789, suivi de nouvelles considérations sur le même sujet*, 3^e éd., Paris, Plan frères, 1853.

- VALETTE**, Auguste, « Enfants incestueux. Légitimation par mariage subséquent », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1838, t. VIII, p. 37-52 ;
- *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, 2 vol.
- VALLEE**, Oscar (de), *La magistrature française et le pouvoir ministériel*, Paris, Lachaud, 1871.
- VAZEILLE**, François-Antoine, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, Paris, A. Bavoux, 1825, 2 vol.
- WALKER**, « Sur la législation antérieure à 1789 et restée en vigueur », *Gazette des tribunaux*, 28 janvier 1836, t. XI, n°3257 ; 27 février 1836, t. XI, n°3286 ; 12 mai 1836, t. XI, n°3322 ; 5 juillet 1836, t. XI, n°3369 ; 5 octobre 1836, t. XI, n°3449.
- WEIL**, Georges-Denis, *La magistrature inamovible et la révolution de 1830*, Paris, Marchal & Billard, 1889.
- WOLOWSKI**, Louis, « Statistique de la justice civile et commerciale pour 1842 », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1844, t. III, p. 557-598.

4. – Œuvres littéraires et artistiques

- BALZAC**, Honoré (de), *Œuvres complètes*, Paris, Furne, 1842-1848, 17 vol.
- BRIEUX**, Eugène, *La Robe rouge*, 2^e éd., Paris, Stock, 1900.
- CARROLL**, Lewis, *De l'autre côté du miroir et ce qu'Alice y trouva*, rééd., traduction de l'anglais par Henri Parisot, Paris, Gallimard, 1990.
- DAUMIER**, Honoré, « Les Gens de justice », [lithographies], rééd., Paris, M. Trinckvel, 1993 ;
- « La Cour rend des services, et non pas des arrêts (Le nouveau Séguier) », [lithographie], *Charivari*, 14 juin 1835.
- FLAUBERT**, Gustave, *Dictionnaire des idées reçues*, Paris, Éd. Conard, 1913.
- GRANDVILLE**, Julien, « Le bouquet de Persil », [lithographie], *La Caricature morale, religieuse, littéraire et scénique*, 6 septembre 1832, planche n°197.
- HUGO**, Victor, *Les Misérables*, Paris, Pagnerre, 1862, 5 vol.
- LA FONTAINE**, Jean (de), *Fables. Les Animaux malades de la Peste*, [1668], rééd., Paris, Aubert, 1846.
- PICARD**, Louis-Benoît, *Les tracasseries ou M. et Mme Tatillon*, Paris, Masson, 1804.
- VERLAINE**, Paul, *Sagesse*, Paris, Société générale de librairie catholique, 1881.

BIBLIOGRAPHIE

1. – Travaux relatifs au pouvoir judiciaire

- ANDRIEUX, Jean-Paul, *Histoire de la jurisprudence : les avatars du droit prétorien*, Paris, Vuilbert, 2012.
- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, « La Jurisprudence », 1985, n°30, p. 7-242.
- ASSOCIATION DES MAGISTRATS ET ANCIENS MAGISTRATS DE LA COUR DE CASSATION (dir.), *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990, volume jubilaire*, Paris, Litec, 1990
- ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Paris, Éd. Loysel, 1994.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Études sur le rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, Paris, Dalloz, 1950 ;
- *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Paris, Economica, 1982.
- AUBERT, Jean-Louis, BANDRAC, Monique, BRETON, André, & *et al.*, « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, n°2, p. 337-361.
- AUBERT, Jean-Louis, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Paul Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 7-14.
- BADINTER, Robert (dir.), *Une autre justice : contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution*, Paris, Fayard, 1989.
- BANCAUD, Alain, « Considérations sur une pieuse hypocrisie : la forme des arrêts de la Cour de cassation », *Droit et Société*, 1987, n°7, p. 373-386.
- BARRAUD, Boris, *La jurisprudence et la doctrine*, Paris, L'Harmattan, 2017.
- BARTHELEMY, Jean, BORE, Louis, GALANOPOULOS, Philippe, & PRETOT, Xavier (dir.), *La cassation : genèse, évolution, méthode et diffusion d'une technique singulière*, Paris, Dalloz, 2023.
- BARTHELEMY, Jean, GALANOPOULOS, Philippe, & PRETOT, Xavier (dir.), *Deux siècles de jurisprudence. La Cour de cassation au service du droit et du justiciable : 1790-2020*, Paris, Dalloz, 2022.
- BATTIFOL, Henri, « Note sur les revirements de jurisprudence », *Archives de philosophie du droit*, 1967, n°12, p. 335-338.
- BELAÏD, Sadok, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974.
- BEL, Jean, « Le bicentenaire de la Révolution, retour aux sources pour la Cour de cassation », *Dalloz-Sirey*, 1989, chronique XIII, p. 105-106.
- BELLET, Pierre, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », *Revue internationale de droit comparée*, 1980, n°2, p. 293-301.
- BERNARDINIS, Christophe (de), « Le retour en force du "juge" et l'avènement du nouvel équilibre des pouvoirs préservant les droits et libertés », *Revue générale du droit online*, 2021, n°55122 [en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2021/01/07/le-retour-en-

force-du-juge-et-l'avenement-du-nouvel-equilibre-des-pouvoirs-preservant-les-droits-et-libertes/. Consulté le 28 octobre 2025].

- BIGOT**, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDI, 1999.
- BLOT-MACCAGNAN**, Stéphanie, **CALLEMEIN**, Gwenaëlle, & **CARBASSE**, Jean-Marie, *Du lieutenant criminel au juge d'instruction : évolutions historiques et défis contemporains*, Rennes, PUR, 2018.
- BORE**, Jacques, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *Recueil Dalloz*, 1995, Chronique, p. 133-142.
- BORE**, Jacques, & **BORE**, Louis, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015.
- BOUGLE**, Claire, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810. Le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence (1811-1863)*, Paris, LGDJ, 2005 ;
- « Au cœur "des traditions mystérieuses de la Cour de cassation" », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1991-2010 ;
 - « "Par le code, au-delà du code" : du Code pénal de 1810 à son interprétation par les magistrats de la Cour de cassation au XIX^e siècle », dans Garnot (dir.), *Normes juridiques et pratiques judiciaires du Moyen-Âge à l'époque contemporaine*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2007, p. 225-234 ;
 - « L'hermine et le pourpre. La Cour souveraine de Rennes et la Cour de cassation », dans QUAGHEBEUR, Joëlle, & SOLEIL, Sylvain (dir.), *Le pouvoir et la foi au Moyen Âge : en Bretagne et dans l'Europe de l'Ouest. Mélanges en l'honneur du Professeur Hubert Guillotel*, Rennes, PUR, 2010, p. 417-433.
- BOULANGER**, Jean, *Répertoire de droit civil Dalloz*, 1953, t. III, v^o *Jurisprudence*, p. 17-23.
- BRAMI**, Frank Joseph, *Dupin aîné (1783-1865), procureur général près la Cour de cassation et jurisconsulte*, Paris, Dalloz, 2013.
- BRONDEL**, Séverine, **FOULQUIER**, Norbert, & **HEUSCHLING**, Luc (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.
- CANIVET**, Guy, & **MOLFESSIS**, Nicolas, « La politique jurisprudentielle », dans *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, n^o 4, p. 80-96.
- CARBASSE**, Jean-Marie, & **DEPAMBOUR-TARRIDE**, Laurence, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999.
- CAYLA**, Olivier, & **RENOUX-ZAGAME**, Marie-France (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2002.
- CENTRE D'HISTOIRE JUDICIAIRE**, *Figures de justice. Études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004.
- CHARAGEAT**, Martine, **SOULA**, Mathieu, & **VIVAS**, Mathieu (dir.), *Faire justice*, Villeneuve-d'Ascq, PUS, 2024.
- CHENE**, Christian, « L'arrestographie, science fort douteuse », *Recueils des mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, fascicule XIII, 1985, p. 179-187.
- CHRETIEN**, Maxime, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle : leur formation, leurs caractères*, Lille, L. Danel, 1936.
- CORNU**, Gérard, « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, n^o 2 avril-juin, p. 342-344.

- CORNU-THENARD**, Nicolas, *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, [th., droit, Paris], 2011 ;
- « Fait et droit dans la définition des pouvoirs du juge de cassation : une critique de droit romain », *Tribonien. Revue critique de législation et de jurisprudence, Société de législation comparée*, 2019, n°3, p. 8-28.
- CORRECH**, A., *La cour d'appel de Pau. Son origine, son histoire, son personnel*, Tarbes, J. Lesbordes, 1920.
- COUR DE CASSATION**, *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 1991 ;
- *L'image doctrinale de la Cour de cassation. Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, Paris, La Documentation française, 1994 ;
 - *Le rôle normatif de la Cour de cassation. Étude annuelle*, Paris, La Documentation Française, 2019.
- DAUVERGNE**, Chantal, *La cour d'appel de Dijon (an VIII-1852)*, [th. droit, Dijon], 1990.
- DEBRE**, Jean-Louis, *La justice au XIX^e siècle. Les magistrats*, Paris, Perrin, 1980.
- DROUOT**, Guillaume, *La rétroactivité de la jurisprudence : recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, Paris, Lextenso, 2016.
- DUBIE**, Charles, *Essai sur la technique des conflits de jurisprudence en droit civil*, Pau, G. Lescher-Moutoué, 1932.
- DUCHESNE**, Denise, *Le personnel de la Cour de cassation. 1800-1830*, Paris, Bibliothèque de la Cour de cassation, 1976.
- DUPEYROUX**, Olivier, « La jurisprudence, source abusive du droit », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, t. II, p. 349-377.
- EISENMANN**, Charles, « La justice dans l'État », dans *Charles Eisenmann. Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, Paris, Presses de l'Université Panthéon-Assas, 2002, p. 147-181.
- ESMEIN**, Adhémar, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n°1, p. 5-19.
- ESMEIN**, Paul, « La jurisprudence et la loi », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1952, n°1, p. 17-23.
- FABREGUETTES**, Polydore, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, F. Pichon & Durand-Auzias, 1914.
- FARCY**, Jean-Claude, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, CNRS, 1998 ;
- *Les rapports des procureurs généraux de la Cour d'appel de Dijon (décembre 1849-juillet 1870)*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2003 ;
 - *Les sources judiciaires de l'époque contemporaine : XIX^e-XX^e siècles*, Rosny-sous-Bois, Éditions Bréal, 2007 ;
 - *Les carrières des magistrats (XIX^e-XX^e siècles) : annuaire rétrospectif de la magistrature*, avec la participation de Rosine Fry, Dijon, Centre Georges Chevrier, 2009.
- FAVOREU**, Louis, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1965.
- FILLON**, Catherine, **BONINCHI**, Marc, & **LECOMPTE**, Arnaud, *Devenir juge : modes de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, Paris, PUF, 2008.
- FORIERS**, Paul, & **PERELMAN**, Chaïm, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978.

- FOYER, Jean, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n°16, p. 17-29.
- GARAPON, Antoine (dir.), *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?*, Paris, Editions Nicolas Philippe, 2003.
- GAU-CABEE, Caroline, « *Arbitrium judicis*. Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », dans MASCALA, Corinne (dir.), *À propos de la sanction*, Toulouse, PUT, 2007, p. 39-61 ;
- « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, 2008, n°47, p. 3-21 ;
 - « Autonomie et pouvoir des juges avant 1850. Enjeux et divisions de la jurisprudence sur une question controversée », dans *Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, Paris, La Mémoire du Droit, 2008, p. 353-365 ;
 - *La cassation française à l'épreuve du nombre. Chronique d'une émancipation inachevée*, Paris, IRIS Éditions, 2021.
- GAVEN, Jean-Christophe, & KRYNEN, Jacques (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIX^e-XX^e siècles)*, Toulouse, PUT, 2012.
- GUILLERMET, Camille-Julia, *La motivation des décisions de justice : La vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, 2006.
- HAINES, Charles Grove, *The American doctrine of judicial supremacy*, New York, Macmillan, 1914.
- HALPERIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution, 1790-1799*, [th. droit, Paris], 1985, 2 vol. ;
- *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987 ;
 - « Haro sur les hommes de lois », *Droits*, 1993, n°17, p. 55-65 ;
 - « La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux », dans *1791. La première Constitution française : actes du colloque de Dijon, 26 et 27 septembre 1991*, Paris, Economica, 1993, p. 369-381 ;
 - « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices*, 1996, n°3, p. 13-23 ;
 - « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique de droit français et étranger*, 1997, n°3, p. 415-433 ;
 - « L'histoire de la fabrication du code. Le code : Napoléon ? », *Pouvoirs*, 2003, n°107, p. 11-21 ;
 - « La place de la jurisprudence dans les revues juridiques en France au XIX^e siècle », dans STOLLEIS, Michael, & SIMON, Thomas (dir.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 2006, p. 369-383 ;
 - « Perspectives historiques sur les diverses dimensions de la distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation », *Tribonien. Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2019, n°3, p. 30-45.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 ;
- *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- HAURIOU, Maurice « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, « Continu et discontinu », 1929, n°15, p. 109-115.
- HEBRAUD, Pierre, « Le juge et la jurisprudence », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Espic, 1974, p. 329-372.

- HILAIRE**, Jean, « Jugement et jurisprudence », *Archives de philosophie du droit*, 1995, n°39, p. 181-190.
- HOUYVET**, Henri, *La chambre des requêtes de la Cour de cassation*, Paris, Rousseau, 1906.
- HUFTEAU**, Yves-Louis, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965.
- JESTAZ**, Philippe, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *Dalloz-Sirey*, 1987, Chronique III, p. 11-17 ;
- « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *Dalloz-Sirey*, 1989, Chronique XXIV, p. 149-153.
- JEULAND**, Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Revue française d'administration publique*, 2008, vol. CXXV, n°1, p. 33-42.
- JEZE**, Gaston, « De l'utilité pratique des études de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1914, t. XXXI, n°1, p. 311-321.
- JULIOT DE LA MORANDIERE**, Léon, « François Géný et la jurisprudence française », dans *Le centenaire du doyen François Géný. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1862*, Paris, Dalloz, 1963, p. 67-83.
- KRYNEN**, Jacques, & **RAIBAUT**, Jacques (dir.), *La légitimité des juges*, Toulouse, PUT, 2004.
- KRYNEN**, Jacques, *L'état de justice : France, XIII^e-XX^e siècles*, Paris, Gallimard, 2009-2012, 2 vol.
- LABORATOIRE D'EPISTEMOLOGIE JURIDIQUE**, *La cour d'appel d'Aix-en-Provence. Colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Aix-en-Provence/Marseille, PUAM, 1994.
- LAMBERT**, Édouard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, M. Giard, 1921.
- LE BARS**, Thierry, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 1997.
- LEBIGRE**, A., « Pour les cas résultant du procès, le problème de la motivation des arrêts », *Revue d'Histoire de la Justice*, 1994, n°7, p. 23-37.
- LEYTE**, Guillaume, « Des arrêts aux arrêtistes : généalogie de quelques arrêts de principe du Parlement de Paris », *Histoire et archives*, n°12, juillet-décembre 2002, p. 115-138.
- LIBMANN**, Jean, « La "politisation" des juges : une vieille histoire ? », *Pouvoirs*, 1981, n°16, p. 43-53.
- MARTY**, Gabriel, *La distinction du fait et du droit : essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929 ;
- « Étude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le Tribunal Suprême », dans *Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Sirey, 1938, t. II, p. 728-750.
- MAURY**, Jacques, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. I, p. 28-50.
- MOLFESSIS**, Nicolas (dir.), *La Cour de cassation dans l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2005.
- MONTAZEL**, Laurence, *Entre fait et droit : histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIX^e siècle*, Frankfurt-am-Main, Klostermann, 1998.

- NGUYEN THANH NHA, Jacqueline, *Les chambres réunies de la Cour de cassation, essai d'un bilan de 130 ans de jurisprudence civile*, [th. droit, Paris], 1968.
- PAGE, Henri (de), *À propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit*, Paris, Sirey, 1931.
- PERREAU, Ernest-Hyppolyte, « Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, t. XI, p. 609-665 ;
 • *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, M. Rivière, 1923, 2 vol. ;
- PERROT, Michelle, & ROBERT, Philippe, *Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1880 et rapport relatif aux années 1826 à 1880*, Genève-Paris, Slatkine, 1989.
- PICARDI, Nicola, « Le juge naturel. Principe fondamental en Europe », *Revue internationale de droit comparé*, 2010, vol. LXII, n°1, p. 27-73.
- PONCIER, Anthony, *Les procureurs généraux du Second Empire*, [th. droit, Paris], 2002.
- RAYNAUD, Philippe, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la Révolution française », *Archives de philosophie du droit*, 1985, n°30, p. 61-72.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap press of Harvard university press, 1971.
- REMY, Philippe, « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, 1985, n°1, p. 115-123 ;
 • « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 2003, n°107, p. 22-36.
- RENARD-PAYEN, Olivier, « Le juge répressif, interprète de la Constitution », dans *Études de droit public*, Cujas, Paris, 1964, p. 7-79.
- ROUSSELET, Marcel, *La magistrature sous la Monarchie de juillet*, Paris, Recueil Sirey, 1937 ;
 • *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, 2 vol.
- ROUX, Marie (de), « La magistrature et la Troisième République », *Revue des Deux Mondes*, 1943, vol. LXXV, n°2, p. 136-45.
- ROYER, Jean-Pierre, *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1979 ;
 • *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1982 ;
 • « Au-delà de la chronique judiciaire, la presse pendant la Révolution (de 1789 à l'an II) », dans *Histoire de la Justice*, 2010, vol. XX, n°1, 2010, p. 57-67.
- ROYER, Jean-Pierre, ALLINNE, Jean-Pierre, DERASSE, Nicolas, DURAND, Bernard, JEAN, Jean-Paul, *Histoire de la justice en France*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016.
- SAPHORE, Céline, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, [th. droit, Bordeaux], 2003 ;
 • « La Constitution dans la jurisprudence criminelle de la Cour de cassation (1791-1810) », *Politeia*, n°5, 2004, p. 199-229.
- SALVY, Daniel, *La cour d'appel de Riom*, Paris, Michalon, 1907.
- SAUVEL, Tony, « Histoire du jugement motivé », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1955, p. 5-53.
- SAUZAY, Maurice, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employé par la jurisprudence française en droit civil*, Paris, Arthur Rousseau, 1904.
- SEE, Pierre, *Histoire de la cour d'appel de Chambéry*, Paris, Pédone, 1914.
- SERVERIN, Évelyne, *De la jurisprudence en droit privé : théorie d'une pratique*, Lyon, PUL, 1985.
- SOULA, Laurence, *La robe, la terre et le Code. La cour d'appel d'Agen (an VIII-1851)*, [th. droit, Toulouse], 1996 ;

- (dir.), *Les cours d'appel : origines, histoire et enjeux contemporains*, Rennes, PUR, 2016.
- THIEBAULT, Edmond-Lucien, *La juridiction d'appel à Nancy de 1800 à 1810*, [th. droit, Nancy], 1999.
- THOLOZAN, Olivier, « La « chaîne des temps » dans le contentieux de cassation de l'Empire à la Monarchie de Juillet », dans *Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, Paris, La Mémoire du Droit, 2008, p. 791-801.
- TOURNAUX, Sébastien, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, n°1, p. 45-66.
- VARAINE, Barbara, *Le procureur général de Lyon, correspondant et agent du ministère de la justice entre 1814 et 1870 : l'œil du gouvernement*, [th. droit, Dijon], 2002.
- VEILLON, Didier, *Les magistrats dans le ressort de la cour d'appel de Poitiers au XIX^e siècle*, [th. droit, Poitiers], 1996.
- VLACHOS, Georges, « Le pouvoir judiciaire dans l'*Esprit des Lois* », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 363-376.
- WALINE, Marcel, « Défense du positivisme juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1939, p. 83-96 ;
 - « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », dans *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, t. II, p. 613-632.
- WEYL, Roland, & PICART WEYL, Monique, « Socialisme et justice dans la France de 1895 : le bon juge Magnaud », dans *Quaderni Fiorentini : per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974-1975, t. I, n°34, p. 367-382.
- ZENATI-CASTAING, Frédéric, *La Jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.
- ZOLLER, Élisabeth, « La Cour suprême des États-Unis. Présentation générale », dans *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°5, 1998, p. 34-43.

2. – Travaux relatifs à l'interprétation

- ATIAS, Christian, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985.
- BERGEL, Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012 ;
 - *Analogie et méthodologie juridique*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996.
- BOISTEL, Alphonse, *Cours de philosophie du droit*, Paris, A. Fontemoing, 1899, 2 vol.
- BLOQUET, Sylvain, *La loi et son interprétation à travers le Code civil*, Paris, LGDJ, 2017.
- BURDEAU, Georges, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, 1939, n°1-2, p. 7-55 ;
 - *Les libertés publiques*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1961.
- CAPITANT, Henri, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, t. II, p. 204-216.
- CESARO, Jean-François, *Le doute en droit privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas-LGDJ, 2003.
- CHARMONT, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, 2^e éd., Paris, L. Chauny & L. Quinsac, 1927.

- CORNU, Gérard, « Le règne discret de l'analogie », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 129-142.
- CRUET, Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, E. Flammarion, 1908.
- DAVID, Marcel, *La souveraineté du peuple*, Paris, PUF, 1996.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 ;
- *A matter of principle*, Cambridge, Harvard university Press, 1985 ;
 - « La Chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, n°1, p. 51-79 ;
 - *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Paris, Bruylant, 2011.
- GAUDEMET, Jean, *Les naissances du droit : le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 4^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016.
- GENY, François, *Méthode d'interprétation en droit privé positif. Essai critique*, 1^{ère} éd., Paris, A. Chevalier-Marescq, 1899 ;
- *Méthode d'interprétation en droit privé positif. Essai critique*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1919, 2 vol.
- GRZEGORCZYK, Christophe, MICHAUT, Françoise, & TROPER, Michel, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1993.
- HAIN, Jordan, *Interpréter la loi. 1789-1804*, [th. droit, Paris], 2021.
- HAMELIN, O., « Du raisonnement par analogie », *Année philosophique*, 1902, 13^e année, p. 19-27.
- JAMIN, Christophe, « L'oubli et la science, regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, n°4, p. 815-827 ;
- « La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées », dans *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, t. I, p. 69-83 ;
 - « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », dans *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 501-517.
- JAMIN, Christophe, & JESTAZ, Philippe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.
- JESTAZ, Philippe, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2022.
- JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1939.
- KALINOWSKI, Georges, « L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques », *Archives de Philosophie du Droit*, 1985, p. 171-180.
- KELSEN, Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, rééd., traduit de l'anglais par Béatrice Laroche, Paris, LGDJ, 1997.
- *Théorie pure du droit*, rééd., traduit de l'allemand par Charles Eisenmann, Paris, LGDJ, 2010.
- Le discours et le code : Portalis, deux siècles après le code Napoléon*, Paris, Litec, 2004.
- LENOBLE, Jacques (dir.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996.
- MALAUURIE, Philippe, « La jurisprudence combattue par la loi », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 603-620 ;
- « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », *Répertoires du notariat Defrénois*, 1980, p. 861-876.

- MARTIN**, Xavier, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, D. M. Morin, 2003.
- MAYER**, Pierre, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973.
- MILSOM**, Stroud Francis Charles, *Historical foundations of the common law*, Londres, Butterworths, 1969.
- OST**, François, & **VAN DE KERCHOVE**, Michel, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- PETIT**, Bruno, « L'évidence », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1986, n°3, p. 485-503.
- PAGE**, Henri (de), *De l'interprétation des lois, contribution à la recherche d'une méthode positive, et théories en présence*, Paris, Sirey, 1925, 2 vol.
- PREVOST**, Xavier, « La notion de norme ayant force de loi dans l'œuvre de Jacques Cujas », dans *Normes et normativité, Études d'histoire du droit rassemblées en l'honneur d'Albert Rigaudière*, Paris, Economica, 2009, p. 213-232.
- RIPERT**, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1948 ;
 • *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.
- ROUBIER**, Paul, *Le droit transitoire, conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 1960 ;
 • *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, rééd. avec une préface de David Deroussin, Paris, Dalloz, 2005.
- SCHNAPPER**, Bernard, « Pour une géographie des mentalités, la litigiosité en France au XIX^e siècle », *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, 34^e année, n°2, 1979, p. 399-419.
- TROPER**, Michel, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133-151 ;
 • « L'interprétation de la Déclaration des Droits : l'exemple de l'article 16 », *Droits*, 1988, n°8, p. 111-122 ;
 • « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », dans *1791, la première constitution française. Actes du colloque de Dijon*, Paris, Economica, 1993, p. 355-367 ;
 • *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ;
 • *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2015.
- VAN DE KERCHOVE**, Michel, *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978.
- VANDER EYCKEN**, Paul, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Falk, 1906.
- VILLEY**, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., Paris, Montchrétien, 1975 ;
 • *Philosophie du droit*, rééd., Paris, Dalloz, 2019, 2 vol.

3. – Travaux de droit constitutionnel

- AMSELEK, Paul, « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, 1980, n°25, p. 89-107.
- ANSELME, Isabelle, *L'invocation de la Déclaration des droits de l'homme et de la constitution dans les débats de l'Assemblée législative (1791-1792)*, Paris, LGDJ, 2013.
- ASHWORTH, Antoinette, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1994, t. CX, n°1, p. 45-102.
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Aix-en-Provence, PUAM, 1990.
- BARTHELEMY, Joseph, & DUEZ, Paul, *Traité de droit constitutionnel*, nouv. éd., Paris, Dalloz, 1933.
- BERGER, Jean, *Étude de la législation électorale de 1820*, Paris, Arthur Rousseau, 1903.
- BERTHELEMY, Henri, « Les limites du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1925, t. CXXV, p. 355-369 ;
- « Les lois inconstitutionnelles devant les juges », *Revue politique et parlementaire*, 1927, t. CXXXIII, p. 183-188.
- BLONDEL, André, *Le contrôle juridictionnel de la constitution des lois en France*, Aix-en-Provence, Paul Roubaud, 1928.
- BONNET, Julien, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris, Dalloz, 2009.
- BOURDON, Jean, *La Constitution de l'an VIII*, Rodez, P. Carrère, 1941 ;
- *Napoléon au Conseil d'État. Notes et procès-verbaux inédits de Jean-Guillaume Locré, secrétaire général du Conseil d'État*, Paris, Berger-Levrault, 1963.
- CARRE DE MALBERG, Raymond, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, t. CXXXII, p. 339-354 ;
- *La loi, expression de la volonté générale, étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931 ;
 - *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933 ;
 - *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920, 2 vol.
- CATTOIRE-JONVILLE, Vincent, « Tocqueville et le contrôle de la constitutionnalité des lois », dans CARIUS, Manuel, COUTEL, Charles, & LE MARC'HADOUR, Tanguy (dir.), *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Arras, Artois Presses Universitaires, 2005, p. 51-62.
- CHAGNOLLAUD, Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^e-XX^e siècles. Actes du colloque de Paris, 22-23 juin 2000*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003.
- CHARNAY, Jean-Paul, *Théorie et pratique du suffrage politique en France : élections parlementaires, élection présidentielle, référendums*, Paris, [s.n.], 1965.
- CLEMENT, Jean-Paul, JAUME, Lucien, & VERPEAUX, Michel (dir.), *Liberté, libéraux et Constitutions*, Paris-Aix, Economica-PUAM, 1997.

- DESAULNAY**, Olivier, *L'application de la constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009.
- DESFOUGERES**, Henri, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Rousseau, 1913.
- DRAGO**, Guillaume (dir.), *L'application de la constitution par les Cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2007 ;
• *Contentieux constitutionnel français*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2020.
- DUBRULLE**, Jean-Baptiste, « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité ? », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2007, n°3, p. 127-132.
- DUEZ**, Paul, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », dans *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 213-249.
- DUGUIT**, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1924, 5 vol.
- DURAND**, Charles, « Les décrets-lois napoléoniens devant la jurisprudence de la Restauration », dans *Études offertes à Jean Masqueron*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et des sciences économiques, 1970, p. 269-277.
- EISENMANN**, Charles, « L'"Esprit des lois" et la séparation des pouvoirs », dans *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 163-192.
- ESMEIN**, Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 4^e éd., Paris, Sirey, 1906.
- FATIN-ROUGE STEFANINI**, Marthe, & **SEVERINO**, Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ? Actes du colloque des 23 et 24 juin 2016*, Aix-en-Provence, Dice Éditions, 2017.
- FAVOREU**, Louis (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009.
- FERRARI**, Sébastien, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. LXXXIII, n°3, 2010, p. 497-521.
- HAURIU**, André, « La technique française du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois », dans *Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Sirey, 1938, t. II, p. 336-338.
- JAUME**, Lucien, & **TROPER**, Michel, (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, Bruylant, LGDJ, 1994.
- JEZE**, Gaston, « Le contrôle juridictionnel des lois », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1924, t. XLI, n°1, p. 399-430.
- KELSEN**, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, t. XLV, n°1, p. 197-257.
- LAFERRIÈRE**, Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, éd. Domat-Montchrestien, 1947.
- LARNAUDE**, Ferdinand, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », *Revue politique et parlementaire*, 1926, t. CXXVI, p. 181-199.
- LAROQUE**, Pierre, « Les juges français et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1926, t. LXIII, n°1, p. 722-736.
- LEBLANC**, Jacques, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier, en France, la constitutionnalité des lois*, Paris, PUF, 1924.

- LESAGE**, Michel, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice, contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, LGDJ, 1960.
- LINAIS**, René, *Le pouvoir judiciaire considéré dans ses rapports avec les autres pouvoirs*, Paris, Jouve, 1917.
- MAUS**, Didier, « La naissance du contrôle de constitutionnalité en France », dans *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 713-746.
- MELIN-SOUCRAMANIEN**, Ferdinand, & **PARIENTE**, Alain (dir.), *La séparation des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2006.
- MESTRE**, Jean-Louis, « Les juridictions judiciaires françaises et la garantie des fonctionnaires », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1990, n°42, p. 77-92 ;
- « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, n°15, p. 451-461 ;
 - « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République. Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, organisé par la Cour de cassation et le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille*, Paris, la Documentation française, 1995, p. 35-67 ;
 - « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851 », dans *Administration et droit. Actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit, tenues à Rennes, les 26, 27, 28 mai 1994*, Paris, LGDJ, 1996, p. 123-133 ;
 - « Administration, justice et droit administratif », *Annales historiques de la Révolution française*, avril/juin 2002, n°328, p. 61-75 ;
 - « À propos de l'application de la constitution de 1791 par le Tribunal de cassation », dans *Études sur l'ancienne France offertes en hommage à Michel Antoine*, Paris, École des chartes, 2003, p. 243-252 ;
 - « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la Seconde République », dans *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 291-310 ;
 - « La prétendue inconstitutionnalité d'une ordonnance de Louis-Philippe en 1844 », dans *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1037-1046 ;
 - « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », dans *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°28, 2010, p. 27-30 ;
 - « Le Tribunal de cassation et l'inconstitutionnalité des actes administratifs », *Revue française de droit administratif*, 2011, n°1, p.117-123 ;
 - « Une suite judiciaire d'un conflit politique : l'affaire Drouet d'Erlon (1832-1836) », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Ganzin*, Paris, La Mémoire du Droit, 2016, p. 719-740.
- PICHOT-BRAVARD**, Philippe, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e-XIX^e siècles). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, 2011.
- SAINT-BONNET**, François, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001.
- SALEILLES**, Raymond, *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, 1902, t. XXXI, n°4-5, p. 240-246.

- SIGNOREL**, « Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1904, t. XL, n°118, p. 77-104 ;
- « Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1904, t. XL, n°120, p. 519-541.
- TERRACOL**, Louis, *Le gouvernement de fait de la Révolution à la Libération : un expédient saisi par le droit*, Paris-La Défense, LGDJ, 2024.
- THAYER**, James Bradley, « The origin and the scope of the American doctrine of constitutional Law », *Harvard Law Review*, 1893, vol. VII, n°3, p. 129-156.
- TREMEAU**, Jérôme, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1990, n°6, p. 219-316.
- VEDEL**, Georges, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », dans *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, t. II, p. 777-793.
- VERJUS**, Anne, *Les femmes, épouses et mères de citoyens. De la famille comme catégorie politique dans la construction de la citoyenneté (1789-1848)*, Paris, EHESS, 1997 ;
- « La veuve et son gendre dans la stratégie électoraliste libérale sous la Monarchie censitaire », dans *Suffrage, citoyenneté et révolution, 1789-1848 : journée d'études du 10 mars 2011 au lycée Henri-IV*, Paris, Société des études robespierristes, 2002, p. 89-99.
- ZACHARIE-THERET**, Clémence, *Le Sénat conservateur de l'an VIII, constituant secondaire*, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2006.

4. – Travaux de droit administratif

- BARTHELEMY**, Joseph, *Précis de droit public*, Paris, Dalloz, 1937
- BASDEVANT-GAUDEMET**, Brigitte, *Le jeu concordataire dans la France du XIX^e siècle : le clergé devant le Conseil d'État*, Paris, PUF, 1988 ;
- « Le Conseil d'État et les questions religieuses au XIX^e siècle », *La Revue administrative*, 1999, n°2, p. 16-30 ;
 - « Le statut des ministres du culte en France au XIX^e siècle », *Revue du droit des religions*, 2019, n°8, p. 19-41.
- BODINIER**, Bernard, & **TEYSSIER**, Éric, *L'Événement le plus important de la Révolution : la vente des biens nationaux, 1789-1867, en France et dans les territoires annexés*, Paris, Société des études robespierristes-CTHS, 2000.
- BOUDOU**, Guillaume, *L'émergence de la liberté d'association en droit français, 1810-1848*, Bayonne, Institution francophone pour la justice et la démocratie, 2020.
- CAMGUILHEM**, Benoît, « La garantie des fonctionnaires. La séparation des autorités administratives et judiciaires selon Gérando », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2013, n°33, p.467-477.
- COHENDY**, Georges, *La méthode d'un arrêtiériste au XIX^e siècle. Labbé. Son application aux questions de responsabilité*, Paris, Arthur Rousseau, 1910.
- COT**, Pierre, *La responsabilité civile des fonctionnaires publics*, Grenoble, Saint-Bruno, 1922.

- DEGUERGUE**, Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994.
- ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES ETUDES**, *Les épurations administratives : XIX^e et XX^e siècles*, Genève, Droz, 1977.
- GUERIN-BARGUES**, Cécile, « De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire : essai de généalogie », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2009, p. 975-994.
- HACHEMI**, Anissa, « Le Conseil d'État et la survie de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII (1814-1852) », *Jus politicum*, n°32 [en ligne : [www.juspoliticum.com/articles/le-conseil-d-etat-et-la-survie-de-l'article-75-de-la-constitution-de-l'an-viii-\(1814-1852\)-1945](http://www.juspoliticum.com/articles/le-conseil-d-etat-et-la-survie-de-l'article-75-de-la-constitution-de-l'an-viii-(1814-1852)-1945). Consulté le 28 octobre 2025].
- JULIEN-LAFERRIÈRE**, François, *Les députés fonctionnaires sous la Monarchie de Juillet*, Paris, PUF, 1970.
- LA CROIX DE CASTRIES**, René (de), *La Terreur Blanche. L'Épuration de 1815*, Paris, Perrin, 1981.
- MAESTRE**, Jean-Claude, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, Paris, LGDJ, 1962.
- MARECHAUX**, Xavier, *Noces révolutionnaires : le mariage des prêtres en France (1789-1815)*, Paris, Vendémiaire, 2017.
- PLANTE**, Paul, *Les mises en jugement de fonctionnaires (article 75 de la Constitution de l'an VIII)*, Toulouse, Imprimerie Toulousaine, 1911.
- REJET**, Thierry, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et Patrimoine* [en ligne], mars 2004, n°124.
- RIPERT**, Georges, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, Arthur Rousseau, 1902.

5. – Travaux de droit privé

- ARNAUD**, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil*, Paris, LGDJ, 1969 ;
- *Les juristes face à la société : du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.
- ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE**, *Les penseurs du Code civil*, Paris, la Documentation française, 2009.
- BECQUET**, Eva, *Le bail emphytéotique : de la rédaction des coutumes à la loi du 25 juin 1902*, [th. droit, Paris], 2023.
- BONNECASE**, Julien, *La Thémis, (1819-1831) : son fondateur, Athanase Jourdan*, 2^e éd., Paris, L. Tenin, 1914 ;
- *L'École de l'exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1924.
- CARBONNIER**, Jean, « En l'année 1817 », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 81-95 ;
- *Droit civil : Introduction*, 27^e éd., Paris, PUF, 2002.
- DEMOGUE**, René, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1911.

- FOYER, Jean, « La propriété foncière et la liberté contractuelle selon le Code civil », dans KOEHN, Barbara (dir.), *La crise de la modernité européenne*, Rennes, PUR, 2001, p. 75-95.
- GAUDEMET, Eugène, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, rééd. avec une présentation de Philippe Jeztaz et Christophe Jamin, Paris, Éd. la Mémoire du droit, 2002.
- GAUTIER, Pierre-Yves, « Pour le rétablissement du Livre préliminaire du Code civil », *Droits*, 2005, n°41, p. 37-52.
- HAKIM, Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.
- HILAIRE, Jean, « Le comparatisme en matière commerciale », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 1991, t. II, p. 127-142.
- JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1938-1939, 2 vol.
- LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Le nom : droit et histoire*, Paris, PUF, 1990 ;
- « Naissance du droit français : l'apport de la jurisprudence », *Droits*, 2003, n°38, p. 69-82.
- LEQUETTE, Yves, & LEVENEUR, Laurent (dir.), *Le Code civil. 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004.
- MORVAN, Patrick, *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999.
- PFISTER, Laurent, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, [th. droit, Strasbourg], 1999.
- RANOUIL, Marine, « L'élégance dans le langage du Code civil », dans BOUDOT, Michel, & LAUBA, Adrien (dir.), *Langue, langage et droit*, Poitiers, PUP, 2024, p. 297-317.
- RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de la mise en œuvre du Code civil », *Droits*, 2005, n°41, p.19-36.
- SCHNAPPER, Bernard, « La séparation de corps de 1837 à 1914. Essai de sociologie juridique », *Revue Historique*, 1978, vol. CCLIX, n°2, p. 453-466.
- SOLMINIHAC, Arnaud (de), *La vie privée. Les racines d'un concept juridique protéiforme, XVI^e-XIX^e siècles*, Paris, Dalloz, 2024.
- SOULA, Laurence, « L'application du Code Napoléon en pays de droit écrit », *Revue historique de droit français et étranger*, n°2, 2009, p. 237-270.
- WOLODKIEWICZ, Witold, « "Livre préliminaire", "Titre préliminaire" dans le projet et dans le texte définitif du Code Napoléon », *Revue historique de droit français et étranger*, 2005, p. 441-455.

6. – Travaux de droit pénal

- ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT PENAL, *Liberté de la presse et droit pénal : 12^e journée de l'association française de droit pénal en hommage au doyen Fernand Boulan*, Aix-en-Provence, PUAM, 1994.
- CHAMAGNE, Catherine, « Les diffamations et injures envers la mémoire des morts : perspectives d'évolution de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 », *Legicom*, 2002, n°28, p. 35-45.
- DELERUE, Henri, *La Réforme du régime de la chasse en France*, Rennes, Edoneur, 1925.

- ESTEVE, Christian, « Les tentatives de limitation et de régulation de la chasse en France dans la première moitié du XIX^e siècle », *Revue Historique*, 1997, p. 125-164 ;
- « Le droit de chasse en France de 1789 à 1914. Conflits d'usage et impasses juridiques », *Histoire & Sociétés Rurales*, 2004, vol. XXI, n°1, p. 73-114.
- GUILLET, François, *La mort en face : histoire du duel de la révolution à nos jours*, Paris, Aubier, 2008.
- HABERT, Benoît, *La garantie des libertés : 1852-1870*, Paris, La Mémoire du droit, 2022.
- HAROUËL, Jean-Louis, « De François Ier au pari en ligne, histoire du jeu en France », *Pouvoirs*, 2011, n° 139, p. 5-14.
- JEANNENEY, Jean-Noël, *Le duel, une passion française (1789-1914)*, Paris, Seuil, 2004.
- MICHALAK, Thomas, *Les Assemblées parlementaires, juge pénal*, Paris, Dalloz, 2022.
- PRUDHOMME, André, *De la compétence du jury et des tribunaux correctionnels en matière de délits de presse*, Paris, Arthur Rousseau, 1912.
- REBUT, Didier, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2005, p. 563-572.
- RENOUX-ZAGAME, Marie-France, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », dans OPHELE, Claude, & REMY, Philippe (dir.), *Traditions savantes et codifications*, Paris, LGDJ, 2007, p. 3-22.
- ROFFE, Morgane, *Le droit et la police des jeux de hasard dans les Alpes-Maritimes aux XIX^e et XX^e siècles (1800-1954)*, [th. droit, Nice], 2017.
- SCHNAPPER, Bernard, *Le Remplacement militaire en France, quelques aspects politiques, économiques et sociaux du recrutement au XIX^e siècle*, Paris, S.E.V.P.E.N., 1968.
- WAGNIART, Jean-François, *Le vagabond à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Belin, 1999.

7. – Travaux relatifs à la diffusion du droit

- BARENOT, Pierre-Nicolas, « Plagiat ou science ? L'affaire du répertoire de Guyot », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2017, n°37, p. 387-414 ;
- « Entre littérature et droit, la *Gazette des tribunaux* vue par les juristes du XIX^e siècle », *Cahiers Jean Moulin*, 2019, n°5, [en ligne : <http://journals.openedition.org/cjm/780>. Consulté le 24 octobre 2025] ;
 - *Les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914). Entre théorie et pratique*, Paris, LGDJ, 2022.
- CARVAIS, Robert, & HALPERIN, Jean-Louis, *L'histoire de l'édition juridique (XVI^e-XXI^e siècles). Un état des lieux*, Paris, LGDJ, 2021.
- DAUCHY, Serge, & DEMARS-SION, Véronique, (dir.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Centre d'histoire judiciaire CNRS-Lille II, Paris, La mémoire du droit, 2005.
- MOLLIER, Jean-Yves, « Éditer le droit après la Révolution française », dans *Histoire et civilisation du livre. Revue internationale*, Genève, Droz, 2005, vol. I, p. 137-147.
- RAVEL D'ESCALPON, Thibault (de), *Désiré Dalloz*, Paris, Dalloz, 2019.

- ROMAN, Myriam, *Le droit du Poète : la justice dans l'œuvre de Victor Hugo*, Saint-Étienne, PUSE, 2023.
- SAINT-BONNET, « Le public lettré et le droit. L'écriture des juristes dans les revues savantes sous le Second Empire », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2012, n°32, p. 37-47.
- SAINT-GERMES, Madeleine, *Balzac considéré comme historien du droit*, Paris, A. Nizet & M. Bastard, 1936.
- SORBARA, Jean-Gabriel, « Les chroniques de jurisprudence dans les revues juridiques du XIX^e siècle », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2012, n°32, p. 49-61.
- SOULA, Laurence, « Les recueils d'arrêts et de jurisprudence des cours d'appel, miroirs de la formation et de l'évolution de la jurisprudence au XIX^e siècle », dans *Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Pessac, PUB, 2010, p. 989-1015.

8. – Dictionnaires & manuels

- ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., Paris, Imprimerie nationale, Fayard, 2005-2011, 4 vol.
- ALLAND, Denis, & RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- ARABEYRE, Patrick, HALPERIN, Jean-Louis, & KRYNEN, Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècles)*, 2^e éd. revue et augmentée de 60 entrées, Paris, PUF, 2015.
- ANTONETTI, Guy, *Histoire contemporaine politique et sociale*, Paris, PUF, 1999.
- AUDREN, Frédéric, & HALPERIN, Jean-Louis, *La culture juridique française : entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS éditions, 2022.
- BARJOT, Dominique, CHALINE, Jean-Pierre, & ENCREVE, André, *La France au XIX^e siècle. 1814-1914*, 2^e éd., Paris, PUF, 2008.
- BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, & GAUDEMET, Jean, *Introduction historique au droit (XIII^e-XX^e siècles)*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2016.
- BASTID, Paul, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française (1814-1848)*, Paris, Recueil Sirey, 1954.
- BIGOT, Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002.
- BROUSSY, Charlotte, *Histoire du contrat d'assurance (XVI^e-XX^e siècles)*, Paris, LGDJ, 2023.
- BRUSCHI, Christian (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2002.
- BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif : de la Révolution au début des années 1970*, Paris, PUF, 1995.
- CARBASSE, Jean-Marie (dir.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000 ;
- *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, PUF, 2014 ;
 - *Manuel d'introduction historique au droit*, 8^e éd., Paris, PUF, 2019.
- CHAMBOST, Anne-Sophie (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire : actes du colloque organisé les 28 et 29 mars 2013, Faculté de droit de l'Université Paris Descartes*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, 2014.

- CHAUVAUD**, Frédéric, & **PETIT**, Jacques-Guy (dir.), *L'histoire contemporaine et les usages des archives judiciaires (1800-1839)*, Paris, H. Champion, 1998.
- CHAUVAUD**, Frédéric, **PETIT**, Jacques-Guy, & **YVOREL**, Jean-Jacques, *Histoire de la Justice de la Révolution à nos jours*, Rennes, PUR, 2007.
- CHEVALLIER**, Jean-Jacques, *Les grandes œuvres politiques : de Machiavel à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2001.
- CORNU**, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., Paris, PUF, 2024.
- DREYER**, Emmanuel, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2024.
- FARCY**, Jean-Claude, *Guide des archives judiciaires et pénitentiaires (1800-1858)*, Lonrai, Normandie Roto, 1992.
- GARNOT**, Benoît, *Histoire de la justice. France, XVI^e-XXI^e siècles*, Paris, Gallimard, 2009.
- HALPERIN**, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2012.
- HAROUËL**, Jean-Louis, & **SAUTEL**, Gérard, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz, 1997.
- HAURIU**, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929.
- LEFEBVRE-TEILLARD**, Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996.
- MALAUURIE**, Philippe, & **MORVAN**, Patrick, *Introduction générale*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 2005.
- PATAULT**, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989.
- ROBERT**, Adolphe, **BOURLOTON**, Edgar, & **COUGNY**, Gaston (dir.), *Dictionnaire des parlementaires français : depuis le 1^{er} mai 1789 jusqu'au 1^{er} mai 1889*, Paris, Bourloton, 1889-1891, 5 vol.
- SAINT-BONNET**, François, & **SASSIER**, Yves, *Histoire des institutions avant 1789*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2019.
- TULARD**, Jean, *Dictionnaire Napoléon*, Paris, Fayard, 1987.
- WEIDENFELD**, Katia, *Histoire du droit administratif, du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010.

INDEX NOMINUM

Nota bene : Les numéros renvoient aux pages dans la thèse.

A

Aubry (Charles), 25, 28, 174, 306

B

Ballot-Beaupré (Alexis), 310, 317
Balzac (Honoré, de), 21, 44, 54, 111, 172, 317
Barnave (Antoine), 40, 164
Blondeau (Hyacinthe), 28, 144

C

Cambacérès (Jean-Jacques Régis, de), 247
Charles X, 81, 104, 115, 119, 129, 130, 135
Constant (Benjamin), 72, 309
Crémieux (Adolphe), 73, 74, 77, 201, 407

D

Dalloz (Armand), 34, 300
Dalloz (Désiré), 35, 554
Demante (Gabriel), 28, 266
Demolombe (Charles), 28, 37, 180, 298
Dupin (André), 43, 54, 81, 82, 83, 84, 115, 117, 119, 120, 125, 131, 209, 221, 236, 242, 244, 271, 275, 280, 293, 297, 298, 299, 301, 369, 370, 371, 376, 413, 423, 475, 494, 514, 526
Duport (Adrien), 47, 59
Duranton (Alexandre), 37, 209, 457
Duvergier (Jean-Baptiste), 88, 221, 256, 537

G

Gambetta (Léon), 74, 75, 90
Godart de Saponay, 254, 291, 294, 530
Guiot (Florent), 46

H

Henrion de Pansey (Pierre-Paul-Nicolas), 85, 158, 183, 218, 220, 261
Hippolyte de Monseignat du Cluzel, 279, 363

L

Labbé (Joseph-Émile), 28, 36, 267
Laboulaye (Édouard), 40, 72, 208, 241, 527
Ledru-Rollin (Alexandre-Auguste), 26, 36, 69, 145, 306
Locré (Jean-Guillaume), 230, 231, 247, 356, 384, 548
Louis XVIII, 68, 84, 103, 115, 123, 127, 129
Louis-Philippe Ier, 80, 81, 82

M

Marcadé (Victor-Napoléon), 25, 247, 253, 254, 298, 360, 375
Merlin de Douai (Philippe-Antoine), 156, 217, 236, 280, 283, 362, 374, 447, 470, 494
Meynial (Edmond), 47, 145, 513
Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, de), 211
Mourre (Grégoire), 125, 222

N

Napoléon Ier, 26, 64, 70, 85, 92, 98, 103, 114, 123, 125, 156, 220, 443
Napoléon III, 221

P

Persil (Jean-Charles), 80, 81, 248, 249, 251, 252
Planiol (Marcel), 314, 515
Portalès (Auguste), 82, 299
Portalès (Jean-Étienne-Marie), 47, 64, 298, 307, 309, 332, 381, 505
Portalès (Joseph-Marie), 64, 82, 83, 85, 91, 381, 382

R

Rau (Charles-Frédéric), 25, 28, 174, 306
Robespierre (Maximilien), 30, 31, 68, 90, 157

S

Sèze (Raymond, de), 85, 139, 223
Sirey (Jean-Baptiste), 35, 88

T

- Tarbé des Sablons (Adolphe-Pierre), 254, 268, 295
Thouret (Jacques-Guillaume), 65
Toullier (Charles), 25, 28, 88, 176, 360
Treilhard (Jean-Baptiste), 78, 98, 219, 373
Tronchet (François-Denis), 24, 176, 223
Troplong (Raymond-Théodore), 25, 28, 29

INDEX RERUM

Nota bene : Les numéros renvoient aux pages dans la thèse.

A

Abrogation, 86, 88, 89, 90, 91, 95, 109, 113, 116, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 128, 169, 170, 171, 172, 177, 188, 196, 197, 199, 200, 201, 202, 225, 266, 374, 399, 400, 401, 402, 424, 437, 438, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 501, 502, 503, 510, 514, 537, 549
Adultère, 189, 191, 373, 374, 406, 407, 416, 417, 525
Attentats aux mœurs, 366, 370

B

Bourse, 333, 338, 339, 340, 341, 527, 531, 533, 537

C

Chasse, 117, 119, 121, 124, 180, 224, 239, 240, 525, 528, 529, 530, 531, 534, 535, 553, 554
Circonstances atténuantes, 186, 265, 280, 480
Coalition, 389, 390, 392, 393, 394
Colportage, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 386
Constitutionnalité, 87, 103, 108, 111, 112, 113, 114, 115, 118, 125, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 147, 148, 192, 193, 194, 195, 197, 199, 200, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 225, 286, 297, 462, 543, 548, 549, 550, 568
Contrainte par corps, 53, 173, 191, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 443, 444, 526, 527, 529, 530, 532, 533, 537
Contrefaçon, 320, 321, 322, 323, 324, 379, 477
Cultes, 192, 200, 205, 298, 299, 301, 535

D

Délégation de contributions (élections), 229, 327, 328, 329
Délibéré indéfini, 125, 126, 129
Diffamation, 94, 150, 314, 349, 350, 351, 352, 486, 525, 530
Divorce, 184, 189, 229, 301, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 406, 407, 417, 424, 527, 534, 537
Droit de réponse, 347, 524

Duel, 170, 257, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 526, 530, 533, 534, 535, 537, 554

E

Enfant incestueux, 416, 417
Enfant naturel, 209, 235, 236, 264, 266, 297, 411, 412, 413, 414, 415, 532
Épuration, 30, 43, 56, 65, 67, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 137, 144, 539
Escroquerie, 339, 358, 359, 360, 361, 362

G

Garantie des fonctionnaires, 86, 88, 89, 90, 550, 551

I

Inamovibilité, 43, 57, 67, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 100, 101, 192, 205, 254, 525, 533

L

Listes électorales, 126, 229, 327, 330, 490, 491
Loterie, 333, 334, 335, 336, 338, 340

M

Matières politiques (journaux), 454, 455
Mendicité, 190, 230, 271
Militaire, 70, 160, 202, 280, 383, 395, 478, 479, 487, 529, 554

N

Navire, 228, 236, 237
Notaire, 35, 258, 350, 487, 497, 498, 499, 500, 534
Nouvelles fausses (délit de fausses nouvelles), 353, 354, 355

O

Obiter dictum, 458, 499, 545

P

Port d'armes,117, 119, 121, 122, 124, 224, 239, 240, 241, 531
Prêtre,79, 145, 162, 297, 298, 300, 301, 367, 531, 535
Prostitution,275, 363, 364, 365, 369, 370, 469, 471

R

Référé législatif,29, 41, 42, 43, 47, 155, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 173, 215, 216, 218, 220, 243, 247, 249, 254, 261, 268, 431, 473, 510, 515, 543

S

Séparation de corps,233, 266, 278, 298, 357, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 406, 407, 422, 440, 444, 510, 525, 527, 531, 534, 553
Suppression d'enfant,82, 186, 187

T

Témoins instrumentaires,497, 500

V

Vagabondage,230, 527
Vente à l'encan,109, 149, 226, 390
Viol,237, 363, 364, 365, 370

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT	5
REMERCIEMENTS	13
SOMMAIRE	15
TABLE DES ABREVIATIONS	17
INTRODUCTION.....	23
À la recherche d'un silence	32
Une autorité malmenée par les textes	37
L'inéluctable jurisprudence	45
Sources	49
Approche	55
– PARTIE I – LES FONDEMENTS DE L'INDEPENDANCE	59
– CHAPITRE 1 – L'EMANCIPATION DU JUGE AUX DEPENS DE L'EXECUTIF ET DU LEGISLATIF	61
– <i>Section 1 – Exister en dépit de la dépendance organique</i>	63
Sous-section 1. – L'enchaînement	64
§1. – Une tutelle de droit	65
A. – La nomination et la surveillance	65
B. – L'épuration	72
§2. – Une collusion en fait	80
A. – Le comportement des magistrats	80
B. – L'attitude des institutions	84
Sous-section 2. – L'élargissement	92
§1. – Une désobéissance politique	93
A. – Les contestations du siège	93
B. – Les désaveux du parquet	96
§2. – Une autonomisation juridictionnelle	101
A. – Le principe légal	102
B. – Les exceptions prétoriennes	105
Sous-section 3. – L'affrontement	111
§1. – Les décrets impériaux	114
A. – Une réception mitigée venue d'en haut	115
B. – Un rejet diffus venu d'en bas	121
§2. – Les ordonnances royales	125
A. – La dissolution de 1827	126
B. – La dissolution de 1830	129
§3. – Épilogue	136
– <i>Section 2 – Exister en dépit du légicentrisme</i>	139
Sous-section 1. – La soumission	140
§1. – Le culte révolutionnaire de la loi	142
A. – L'obéissance à la loi	143
B. – La défense de la loi	149
§2. – L'asservissement originel du Tribunal de cassation	154
A. – La sujétion institutionnelle	155
B. – Le handicap du référé législatif	161
Sous-section 2. – La libération	164
§1. – L'échec du référé législatif	165
§2. – L'impasse de l'omnipotence législative	171

Sous-section 3. – L’affirmation	181
§1. – Inspirer les lois	183
§2. – Compléter les lois.....	188
§3. – Amender les lois.....	191
A. – L’examen des lois dans le silence des actes constitutionnels	192
B. – L’examen de constitutionnalité des lois en débat	197
C. – Épilogue	204
<i>Conclusion</i>	209
– CHAPITRE 2 – L’EMANCIPATION DES JUGES AU PERIL DE LA COHERENCE DU DROIT	211
– <i>Section 1 – L’unité du droit à l’épreuve de la pugnacité des juridictions du fond</i>	215
Sous-section 1. – Les dissensions avant 1837	216
§1. – L’ouvrage chahuté de la Cour de cassation	216
A. – Une impuissance structurelle	217
B. – Une impuissance fonctionnelle.....	222
§2. – L’autorité confortée des juridictions du fond	231
A. – La souveraineté sur le fond des affaires	232
B. – Le reflet des particularismes locaux	238
Sous-section 2. – La régulation après 1837	246
§1. – L’affranchissement de l’autorité judiciaire.....	248
§2. – L’affirmation jurisprudentielle mesurée de la Cour de cassation	255
A. – Contrôler	256
B. – Fléchir	263
C. – Tempérer	268
§3. – Le double jeu des juridictions du fond	276
– <i>Section 2 – L’unité du droit à l’épreuve de la dissidence de la chambre des requêtes</i>	288
Sous-section 1. – La création d’un instrument comptable	289
Sous-section 2. – L’essor d’un auxiliaire libre	293
<i>Conclusion</i>	304
– PARTIE II – LES MANIFESTATIONS DE L’INDEPENDANCE	308
– CHAPITRE 1 – UNE INDEPENDANCE FONCTIONNELLE RESTREINTE : L’ENRICHISSEMENT DE LA LOI.....	312
– <i>Section 1 – Saisir les termes de la loi</i>	316
Sous-section 1. – La motivation par l’évidence.....	318
§1. – Favoriser la propriété artistique.....	319
§2. – Favoriser la capacité censitaire.....	324
A. – Le contributeur fiscal	325
B. – La contribution fiscale.....	328
Sous-section 2. – La dialectique de la généralité	331
§1. – Réguler le jeu	332
A. – La loterie	332
B. – La bourse	337
§2. – Réguler le langage.....	340
A. – Le colportage.....	340
B. – La réparation de l’honneur	346
Sous-section 3. – La tentation de l’analogie	354
§1. – Restreindre les violences	356
A. – Le vol	356
B. – Les attentats aux mœurs	362
§2. – Adapter la séparation de corps	372
– <i>Section 2 – Saisir l’esprit de la loi</i>	380
Sous-section 1. – L’établissement de l’intention du législateur.....	383
§1. – Prévenir les atteintes à la concurrence.....	388
§2. – Prévenir les détentions liberticides	394
Sous-section 2. – Le recours à la conscience du juge	405
§1. – Adopter un enfant.....	409

§2. – Légitimer un enfant	414
<i>Conclusion</i>	420
– CHAPITRE 2 – UNE INDEPENDANCE FONCTIONNELLE DECOMPLEXEE : LA FAÇON DU DROIT	422
– <i>Section 1 – Pallier la loi</i>	426
Sous-section 1. – De la création de la jurisprudence	427
§1. – La motivation des décisions	428
§2. – L’appropriation de la loi.....	432
§3. – La complétion de la loi.....	438
Sous-section 2. – De l’autorité de la jurisprudence	446
– <i>Section 2 – Abroger la loi</i>	460
Sous-section 1. – Formaliser l’abrogation	463
§1. – L’abrogation explicite <i>a minima</i>	465
A. – La survie reconnue d’une disposition autonome	465
B. – La survie débattue d’une sanction isolée	468
§2. – L’abrogation explicite subséquente	475
Sous-section 2. – Révéler l’abrogation	482
§1. – De l’abrogation implicite nécessaire	483
§2. – Des abrogations implicites controversées.....	491
A. – La loi face au changement de circonstances.....	492
B. – La loi face à l’usage contraire.....	494
<i>Conclusion</i>	504
CONCLUSION GENERALE	508
ANNEXES	516
Annexe 1	516
Annexe 2	518
SOURCES	520
1. – Recueils, répertoires, revues & pièces intéressant la jurisprudence.....	520
2. – Lois, décrets, travaux préparatoires, circulaires & discours.....	522
3. – Littérature doctrinale à caractère de source	523
4. – Œuvres littéraires et artistiques.....	537
BIBLIOGRAPHIE.....	538
1. – Travaux relatifs au pouvoir judiciaire.....	538
2. – Travaux relatifs à l’interprétation	544
3. – Travaux de droit constitutionnel.....	547
4. – Travaux de droit administratif	550
5. – Travaux de droit privé	551
6. – Travaux de droit pénal.....	552
7. – Travaux relatifs à la diffusion du droit	553
8. – Dictionnaires & manuels	554
INDEX NOMINUM.....	556
INDEX RERUM	558
TABLE DES MATIERES	560

L'indépendance fonctionnelle de la magistrature au XIX^e siècle

L'épanouissement d'un corps, l'avènement d'un droit prétorien

Résumé

« Le juge, simple bouche de la loi », est-ce si sûr ? La présente recherche se propose d'interroger le postulat originel, tel que les constituants l'ont compris chez Montesquieu et Beccaria, du nécessaire effacement du juge en retournant aux racines de la magistrature dans sa forme contemporaine, à savoir au XIX^e siècle. Cette étude vise à évaluer la réalité de l'indépendance de la magistrature, non en termes de statut ou de garanties d'évolution de carrière ; mais dans la manière de juger concrètement, notamment en s'affranchissant de la mission de pâle et terne exécutant. Il s'agit, d'une part, de mettre en évidence le rôle créateur du juge à l'aune de l'évaluation exacte des pratiques jurisprudentielles, pour ré-interroger l'histoire française de la séparation des pouvoirs. Quelle place prend l'autorité judiciaire, de façon non dite mais pour autant redoutablement efficace, aux côtés des pouvoirs législatif et exécutif ? Il s'agit, d'autre part, de mieux appréhender la partition jouée par la Cour de cassation pour assurer l'unité tant du corps judiciaire que de l'application du droit. Quelle autorité peut être raisonnablement attendue de cet organe parisien, dénué de passé et longtemps privé de moyens coercitifs, sur des cours de justice qui se prévalent d'un héritage local pour faire triompher leur interprétation du droit ? Ensemble, ces considérations obligent à repenser le dogme du légicentrisme et la place de la jurisprudence dans l'architecture normative.

Descripteurs : pouvoir judiciaire ; juge ; justice ; jurisprudence ; indépendance ; séparation des pouvoirs ; exécutif ; législatif ; constitutionnalité.

The functional independence of the judiciary in the 19th century

The rise of a body, the advent of a judge-made law

Abstract

"The judge, mere mouthpiece of the law" – is it really true? This research aims to question the original postulate, as understood by the framers of the constitution in Montesquieu and Beccaria, of the necessary withdrawal of the judge by returning to the roots of the judiciary in its contemporary form, namely in the 19th century. This study attempts to assess the reality of the independence of the judiciary, not in terms of status or career advancement guarantees, but in their actual decision-making, in particular by freeing themselves from a role of mere executor. On the one hand, it seeks to highlight the creative role of judges in the light of an accurate assessment of case law practices, to re-examine the French history of the separation of powers. What place does the judicial authority occupy, in an unspoken but nonetheless formidably efficient manner, alongside the legislative and executive powers? On the other hand, it seeks to attain a better understanding of the role played by the Court of Cassation in ensuring a unity both within the judiciary and in the application of the law. What authority can reasonably be expected from this Parisian body, which has no history and has long been deprived of coercive powers, over courts of law that rely on local heritage to assert their interpretation of the law? Taken together, these considerations force us to rethink the dogma of legal centralism and the place of case law in the normative architecture.

Keywords : judiciary ; judge ; justice ; case law ; independence ; separation of powers ; executive ; legislative ; constitutionality.