

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

La place et le rôle de la jurisprudence de l'ancien droit au premier XIXe siècle

Ludovic Azéma

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA PLACE ET LE RÔLE DE LA JURISPRUDENCE DE L'ANCIEN DROIT AU PREMIER XIX^E SIECLE

Ludovic AZEMA,

Maître de conférences en Histoire du droit, CTHDIP

Voilà un sujet polémique dans notre histoire. Il l'est à plus d'un titre si l'on doit envisager la place de cette jurisprudence : c'est une question relative aux sources du droit, par conséquent aux acteurs émetteurs des normes juridiques, à leur légitimité. Significative des tensions autour de la jurisprudence, cette citation de Robespierre :

« Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'Ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau : il doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi »¹. Beaucoup de choses sont soulevées dans cette citation : la rupture juridique de la Révolution française, le légicentrisme et la question de la place des autres sources du droit, la crainte désormais récurrente d'un gouvernement des juges...

Avant d'entrer dans le coeur de ce sujet, il faut clarifier un certain nombre de définitions. Celle de jurisprudence, dont il faut rappeler l'évolution de la notion, puis celle de source du droit.

Nous savons qu'à Rome, les prudents sont ceux qui connaissaient le droit (*jurisprudentes*). Cette connaissance est qualifiée de *jurisprudentia* qui sera définie de manière un peu grandiloquente par Ulpien comme « la connaissance des choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste ». Connaissance en vue d'une mise en œuvre, le terme de *prudentia* est assimilable à celui de sagesse. Mais le jurisconsulte ne peut, au départ en tous cas, imposer les principes qu'il découvre par manque d'autorité. Là encore, cela évoluera, les jurisconsultes obtenant un droit de réponse publique contrôlé par le pouvoir politique. Un rappel par conséquent : la jurisprudence ne renvoie pas aux décisions de justice, ni à la question du moment où celles-ci feront jurisprudence.

Et si on devait faire référence aux décisions de justice, nous pouvons conclure que Rome a quasiment ignoré le phénomène de la jurisprudence. Son droit a surtout évolué sous l'action du préteur qui n'est pas juge et de la doctrine. Les décisions du juge étaient quant à elles orales.

Si l'on prend la jurisprudence comme les décisions des tribunaux, nous pouvons dire que jusqu'au XII^e siècle, celle-ci a existé mais était relativement faible, en raison de la place

¹ Archives parlementaires de 1787 à 1860 : Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises, Paris, Dupont, 1787-1799, 1^{ière} série, Tome XX, 18 novembre 1790.

prise par les coutumes parmi les sources du droit. Faible et peu considérée, elle jouera un **rôle** plus important à partir du XIII^e- XIII^e siècles, période qui commencera notre propos.

Mais si l'on voit que la jurisprudence joue un rôle dans la production de règles de droit, nous pouvons nous interroger sur sa place parmi les autres sources du droit. Les deux questions sont liées et dépendent de la définition que l'on donne à « source du droit ». Le problème se pose d'autant que notre système hérité de la Révolution est un système légicentré. Si nous considérons la source de droit dans un sens matériel, il n'y a pas de difficulté : nous verrons qu'elle crée du droit, ne serait-ce que comme source indirecte ou auxiliaire. Mais si la question est abordée dans un sens formel, il n'y a pas de solution, en tout cas au XIX^e siècle. La jurisprudence crée-t-elle alors réellement du droit, comme source autonome ? N'applique-t-elle pas simplement le droit légiféré ? Est-elle une source du droit ou une simple autorité ? A ce sujet, la doctrine a pu se diviser en deux courants² :

. un courant formaliste classique pour lequel la jurisprudence n'est pas une source formelle du droit positif, en raison du principe de séparation des pouvoirs (la jurisprudence entreprendrait alors sur le pouvoir législatif) mais n'est qu'un fait sociologique (le juge n'est jamais lié par la jurisprudence, il n'y a qu'une autorité relative de la chose jugée).

. un courant dit réaliste qui évoque l'existence d'un droit jurisprudentiel : ainsi la jurisprudence crée le droit en interprétant la loi et parfois par des décisions *contra legem*.

Cette jurisprudence se limite-t-elle aux définitions contemporaines qui la font commencer au XIX^e siècle en raison de la fin du référé législatif qui a permis aux juges d'interpréter les lois, de la motivation obligatoire des décisions de justice qui força le juge à dévoiler son raisonnement et à la publication des arrêts qui assura la diffusion des décisions jurisprudentielles³. Selon cette conception, la jurisprudence de l'ancien droit ne peut exister. Il faudra apporter bien des nuances.

Voilà l'état des problèmes autour de cette notion que nous allons aborder sous le regard historique depuis l'ancien droit jusqu'au premier XIX^e siècle, marqué par la date importante de 1837 qui donne une réelle autorité à la Cour de cassation. Quelle est la place et quel est le rôle de cette jurisprudence ?

² Olivier DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, p.463-475.

³ Maryse DEGUERGUE, « Jurisprudence », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003.

I- La jurisprudence dans l'ancien droit

Certains auteurs font débiter la jurisprudence au XIX^e siècle par la distinction jugement / jurisprudence. C'est ainsi que la jurisprudence est finalement créée par la doctrine. Cependant, nous pouvons considérer après tout que la doctrine existe aussi dans l'ancien droit et un dialogue a pu également s'opérer entre celle-ci et les juges.

L'existence d'une jurisprudence dans l'ancien droit

La différence fondamentale entre l'ancien droit et celui post-révolutionnaire est celle de la répartition des pouvoirs. Dans la conception post-révolutionnaire, pour qu'une jurisprudence « fasse jurisprudence », il faut qu'elle dépasse le cadre concret, ponctuel de l'espèce pour établir des règles générales et abstraites. Bien sûr l'ancien droit connaît cette configuration en raison même du régime de confusion des pouvoirs qui le caractérise. Les cours souveraines, pensons aux parlements, sont des juridictions royales déléguées qui représentent le roi, qui jugent en son nom et qui le conseillent. C'est le meilleur argument pour donner force de loi aux arrêts. Dans ce cadre-là, lesdites cours peuvent être amenées à prendre des arrêts de règlement. Ces arrêts sont des quasi-lois : de forme abstraite et générale, ils imposent une réglementation pour l'ensemble du ressort et donc une uniformité aux juridictions inférieures. Ces arrêts de règlement sont encadrés : limités au ressort de la cour émettrice, condition d'absence d'ordonnances royales. Elles comblent donc un vide juridique⁴. Clairement, ils remplissent les critères posés au XIX^e siècle pour faire jurisprudence. Nous pourrions en dire autant des arrêts de principe qui sont des décisions destinées à orienter durablement l'interprétation d'une règle de droit ou résolvant une difficulté longtemps débattue.

La différence supposée avec la jurisprudence du XIX^e siècle pourrait reposer sur l'absence de publicité et l'absence d'échange avec la doctrine qui, en élevant des arrêts particuliers à quelques principes généraux et abstraits, ferait des jugements une jurisprudence. Pourtant, la doctrine proprement dite, dont les docteurs médiévaux, a servi de « soubassement doctrinal très favorable à l'autorité des décisions des grands juges »⁵. Le lien entre la doctrine et les juges s'est fait très tôt même si nous pouvons constater que les décisions de justice rencontrent un certain nombre de handicaps :

⁴ Sur ces questions, voir Philippe PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle, Dimension et doctrine*, Paris, 1997 et Virginie Lemonnier-Lesage, *Les arrêts de règlement du Parlement de Rouen, fin XVI^e-XVII^e siècles*, Paris, 1999.

⁵ Jacques KRYNEN, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, 2018, p.277.

D'abord, les décisions de justice de l'ancienne France ne font en principe l'objet d'aucune diffusion sans l'accord des cours qui les ont rendues, non pour jeter un voile sur des arrêts au demeurant consultables dans les greffes, mais pour protéger les parties, pour protéger l'exploitation d'une jurisprudence non motivée (autre caractéristique), pour éviter la confusion entre arrêts ordinaires et arrêts de principe⁶. Il était fait interdiction au greffe de délivrer à des tiers non partie au procès l'arrêt rendu, à l'exception des arrêts de « robe rouge ». Quelques exceptions pouvaient cependant exister comme les actes de notoriété délivrés exclusivement aux plaideurs devant un autre parlement ou en cas d'évocation devant le Conseil du roi⁷.

Ensuite, notre second handicap nuit à l'échange avec la doctrine : l'absence de motivation des décisions justifiée par le fait que les cours sont souveraines, que leur pouvoir est une délégation du Roi, et par conséquent qu'elles n'ont pas à justifier leur décision.

Tout laisse à penser que des conditions manquent pour faire une jurisprudence : pas de réelle publicité, pas de motivation permettant cet échange avec la doctrine. Autre élément de faiblesse : l'extrême diversité de cette jurisprudence puisqu'il existe autant de jurisprudences que de cours souveraines. On sait qu'à l'intérieur d'une même cour, les contradictions entre les chambres ne sont pas rares. Pourtant, pour chacune de ces difficultés, il y aura une solution. Tout cela est rendu possible par l'action de magistrats, plus souvent d'avocats que l'on qualifiera d'« arrêlistes ».

Bien sûr, ceux-ci jouissent d'une mauvaise réputation. On a pu parler à propos de l'arrestographie d'une science fort douteuse en raison du manque de fiabilité⁸. Mais il ne faut pas y voir seulement de simples recueils de jurisprudence. Ces recueils sont autant des ouvrages de doctrine que des ouvrages de jurisprudence. Le premier recueil d'arrêts apparaît au XIV^e siècle : c'est celui de Jean Le Coq (*Questiones Johannis Galli*, entre 1383 et 1398). Il est rapidement suivi par celui de Gui Pape⁹. Peu à peu, la diffusion de ces recueils allait permettre à l'ensemble du monde judiciaire de prendre petit à petit conscience du rôle grandissant de la

⁶ Guillaume LEYTE, « “Le droit commun de la France”. Observations sur l'apport des arrêlistes », *Droits* n°38 (2003/2), p.53-68.

⁷ Jacques POUMAREDE, « Les arrêlistes toulousains », dans *Les Parlements de province*, Toulouse, 1996, p.369-391.

⁸ L'affirmation d'une science douteuse, de juristes médiocres auteurs de ces recueils est cependant à discuter. Sur ces questions, voir Christian Chêne qui dénonce les inexactitudes et erreurs de la majorité des recueils d'arrêts d'Ancien régime. Christian Chêne, « L'arrestographie, science fort douteuse », dans *Mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, Montpellier, 1985, pp.179-187. Véronique Demars-Sion a une position plus nuancée en évoquant des recueils majoritairement fiables. Véronique Demars-Sion, « Les recueils d'arrêts et dictionnaires ou répertoires de jurisprudence à l'épreuve de la pratique : l'exemple des mariages à la Gaulmine », dans Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION (dir.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Paris, 2005, p.283-451.

⁹ Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « Naissance du droit français : l'apport de la jurisprudence », *Droits* n°38 (2003/2), p.69-82.

jurisprudence dans la création du droit. On sait que ces recueils deviendront même très nombreux au cours des deux derniers siècles de l'ancien régime : environ 118 à la veille de la révolution. Ne pouvant donner les motifs qui ont déterminé les juges, ils fournissent les arguments juridiques qui peuvent être invoqués. Parfois, ils connaissent les motifs qui n'ont pas été divulgués en raison de leurs réseaux. Ils dégagent des principes qui finissent par apparaître comme obligatoires. On sait que les avocats utilisent les précédents pour défendre leurs clients, attestant ainsi de l'existence d'une jurisprudence¹⁰.

Pour aller encore plus loin sur l'apport de l'arrestographie et sur les liens à faire avec la doctrine aujourd'hui, nous pouvons une nouvelle méthode qui servira à rapprocher les décisions, à constituer un faisceau d'arrêts qui après tout pourrait bien faire jurisprudence autour de principes communs : le comparatisme¹¹. En effet, les arrêtistes ne restent pas à l'écart du mouvement de comparatisme doctrinal et coutumier qui apparaît au XVI^e siècle. Il s'agit surtout de juxtaposition mais il témoigne d'une volonté de ne pas se limiter à la jurisprudence d'une seule cour souveraine. On pourrait commencer ce mouvement avec le recueil des *Arrêts notables des cours souveraines de France* de Jean Papon en 1566. Nous pourrions encore citer en exemple Jean Catellan qui, dans ses *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, recueil publié en 1705, cite encore les arrêtistes des autres parlements.

Nous le voyons par conséquent, la jurisprudence semble bien exister dans l'ancien droit. Les conditions de l'abstraction, la publicité, le dialogue avec une doctrine (les arrêtistes) sont en grande partie réunies. Et cette jurisprudence a une force particulière. Non seulement, elle comblera les vides législatifs mais elle s'opposera à l'occasion aux ordonnances royales. Il n'y a qu'à voir les ordonnances et déclarations royales qui rappellent sans cesse certaines règles, témoignant ainsi de leur non application ; un exemple est la déclaration de 1724 concernant les religionnaires, déclaration très rigoureuse, peu appliquée, y compris au parlement de Toulouse¹². De manière plus positive, la jurisprudence va contribuer, et c'est là son rôle essentiel dans l'ancien droit, à un mouvement d'unification du droit qui demeurera bien sûr inabouti mais permettra la codification de 1804.

¹⁰ Jacques KRYNEN, *Le théâtre juridique ...*, op. cit., p.276.

¹¹ Guillaume LEYTE, op. cit.

¹² Nous renvoyons à notre thèse. Ludovic Azéma, *La politique religieuse du parlement de Toulouse sous le règne de Louis XV*, Aix-Marseille, 2010.

L'apport du droit jurisprudentiel dans l'ancien droit : la recherche d'un droit français

La jurisprudence est intervenue tout d'abord pour prouver la coutume puis pour combler d'éventuelles lacunes. Ainsi, la preuve de la coutume par le précédent judiciaire, même si elle ne lie pas le juge, va devenir pour le juge le principal mode de preuve de la coutume. Par cette consécration judiciaire, la jurisprudence contribue à la connaissance de la coutume, mais également à en préciser le contenu. Elle peut être même créatrice de droit de manière positive ou négative ; de manière négative, par la suppression des mauvaises coutumes, c'est à dire les coutumes déraisonnables ou contraires au commun profit. De manière positive, par une tendance à la modeler sous l'influence des droits savants. On voit ainsi une jurisprudence créatrice de droit d'autant que les lacunes des coutumes sont nombreuses. C'est tout l'apport de la jurisprudence : sa participation à la formation d'un droit français. Au début du XVIII^e siècle, Jean Catellan lutte contre les particularités du droit toulousain, souhaite limiter encore le champ d'application de la coutume au profit d'un « droit commun françois universellement observé »¹³. Quant à sa place, elle tend à devenir l'égal de la coutume dans une période de pluralisme juridique. Cette jurisprudence, nous la retrouverons évidemment chez les arrêtiistes dont les recueils vont se multiplier.

Cette tendance en la réformation des coutumes amène à une étape suivante : la recherche d'une unité. Bien sûr, ce n'est pas l'opinion de tous les arrêtiistes dont certains défendent un particularisme juridique. On pourrait citer bien des exemples dont celui de Salviat, conseiller au présidial de Brive, qui publie en 1787, *La jurisprudence du parlement de Bordeaux*. Il remercie un de ses prédécesseurs, dont Lapeyrière, qui a fait connaître la jurisprudence bordelaise. Mais il lui reproche d'avoir « entremêlé nos principes avec d'autres qui n'ont rien de commun avec eux »¹⁴. Nous retrouvons plusieurs exemples de résistance au droit commun. Cependant, la très grande majorité des arrêtiistes se tournent vers le comparatisme. Ils reproduisent les décisions, les intègrent dans un but de synthèse de la jurisprudence et plus généralement du droit français. Ils procèdent à l'amalgame de toutes les sources du droit relatives à une difficulté donnée (coutumes comparées, ordonnances, droit romain, droit canonique, doctrine), le tout éclairé par les décisions des cours souveraines. Et ils dégagent alors des principes généraux. Si bien que l'on peut dire que la jurisprudence contribue à dégager un droit commun, par l'intermédiaire des arrêtiistes.

¹³ Jean CATELLAN, *Arrêts remarquables du parlement de Toulouse*, Toulouse, 1705. Cité par Jacques Poumarède, *op. cit.*

¹⁴ Guillaume LEYTE, *op. cit.*

L'unification n'aura pas lieu dans l'ancien droit ; Mais la jurisprudence utilisée par les arrêtières a permis un mouvement vers celle-ci, a préparé les ordonnances à venir.

Cependant, si l'on voit un rôle et une place importants sous l'ancien droit, ceux-ci sont légitimés par ce régime de confusion des pouvoirs. On le sait, les oppositions des parlements entraîneront la crainte d'un gouvernement des juges sans que l'importance de la jurisprudence ne parvienne pour autant à être durablement endiguée.

II- L'invariable existence d'un droit jurisprudentiel

La Révolution a engendré un nouveau système ayant pour vocation de restreindre les sources du droit autre que législative. Ce ne sera qu'une parenthèse éphémère, les juges ne pouvant se résoudre à n'être que les bouches de la loi.

La parenthèse révolutionnaire

Le changement de paradigme révolutionnaire exclut *a priori* la *prudentia* du juge par la conjonction de trois facteurs : l'impératif de certitude du droit, l'égalité des justiciables devant la loi et le principe politique de la nation¹⁵. L'art des juristes se révèle par conséquent contraire à la sûreté individuelle et à l'esprit légaliste qui imposent une obéissance des citoyens aux nouvelles dispositions légales, ainsi que l'application littérale de la loi. Dans le même sens, la codification sera vue comme une incarnation de la souveraineté législative et comme une manifestation du principe d'autorité de l'État. Dès lors *quid* de la jurisprudence ? Il faut ici distinguer selon qu'il s'agisse de droit criminel ou de droit civil. Dans son Livre préliminaire au Code civil, Portalis opérait la distinction. Le Tribunal de cassation la confirmera. La loi pénale ne se prête pas à interprétation. Il en va différemment de la loi civile.

Et bien le Code civil proscrit toute possibilité pour le juge d'être à la source d'une jurisprudence, considérée comme potentiellement rivale de la loi publique. C'est le sens du célèbre article 5 du Code civil selon lequel « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». La disposition est bien connue. C'est une interdiction pure et simple des arrêts de règlement que l'on a évoqué à propos de l'ancien droit.

Ce dogmatisme légaliste s'exprime également à travers le référé législatif qui interdit toute interprétation du juge, toute *prudentia*. Pourtant, rapidement celui-ci va poser plus de

¹⁵ Sylvain BLOQUET, « Faire jurisprudence dans un ordre juridique codifié : d'un *supplément des lois* à une loi pratique », dans *Devenir une Cour suprême*, Dikè (revue électronique), Toulouse, CTHDIP, 2017, p. 43-67.

problèmes qu'il n'en résout. Il compromet l'application immédiate de la loi et encore prolonge la procédure et les conflits en instance.

L'application d'un dogmatisme légaliste rigoureux semble immédiatement intenable. Le Code civil énonce dans son article 4 que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence du code ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». C'était tout simplement une réhabilitation immédiate de la prudence du juge qui allait lui octroyer à terme la faculté de faire jurisprudence en complément.

Quant au référé législatif, il a été immédiatement contesté, notamment par le Tribunal de cassation, en justifiant son opposition par l'argument pris *a contrario* de la séparation des pouvoirs. Deux périodes sont à distinguer. D'abord, jusqu'en septembre 1793 le référé apparaît comme un moyen de limiter les dangers du pouvoir judiciaire. Puis, en l'an IV, c'est l'inverse qui est soulevé. On craint que le législateur menace l'indépendance des décisions judiciaires¹⁶. C'est pourquoi, le Tribunal de cassation sanctionne ainsi les juges du fond qui ont provoqué un référé au législateur sur le fondement du déni de justice. C'est ainsi que le Tribunal de cassation annulait dès 1793 les jugements des tribunaux criminels qui, en raison d'un référé législatif, maintenaient les accusés en prison en attendant une loi nouvelle¹⁷.

Le renouveau du droit jurisprudentiel

Ce renouveau jurisprudentiel va s'opérer dans un premier temps dans le cadre légaliste, avec cette forme de liberté retrouvée par les juges. Le pouvoir d'interprétation du juge est la condition *sine qua none* de l'affirmation d'un droit jurisprudentiel. Pour que la jurisprudence acquiert quasiment la force d'une loi (restons modéré à ce stade), il faudra aller plus loin que l'accumulation des cas d'espèce. Souvenons-nous qu'une jurisprudence implique la découverte ou proposition de principes généraux et abstraits qui dépassent les simples cas d'espèce. Cela implique une certaine unité issue des faisceaux d'arrêts. En réalité, l'unité du droit aurait bien eu du mal à être assurée tant que la Cour de cassation souffrait d'un défaut de pouvoir souverain. Ce n'est que lorsque ce dépassement casuistique sera réalisé que l'on pourra alors présenter la jurisprudence comme véritable loi pratique et non plus simplement comme un supplément des lois. Par la loi du 1^{ier} avril 1837, la Cour de cassation se dégage de la concurrence des juges du fond en acquérant une souveraineté interprétative incontestable. Désormais, la seconde cour

¹⁶ Sur cette question, voir Sylvain BLOQUET, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Issy-les-Moulineaux, 2017, p.302-309.

¹⁷ Jean-Louis HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987, p.257.

d'appel de renvoi a l'obligation d'adopter la solution de droit émise par les chambres réunies. Cette loi change la nature de la jurisprudence de la Cour de cassation en conférant à celle-ci, jusque-là pensée comme simplement régulatrice, une autorité normative comparable à celle du législateur.

Dès lors, la réforme du 1^{ier} avril 1837 apparaît bien comme une rupture. « Faire jurisprudence » ne relève plus seulement d'une collection d'arrêts convergents pour combler un vide légal, non pas d'un asservissement à la lettre du code mais de l'exercice d'un pouvoir normatif de la Cour de cassation anticipant les évolutions futures, telle une loi.

Cette transformation est fondamentale. Désormais, la jurisprudence ne résulte plus d'un faisceau d'arrêts. La cour affirme de plus en plus la portée impérative de ses arrêts. Si bien qu' a pu être évoquée l'idée d'une « jurisprudence législative »¹⁸ ou encore d'une « interprétation publique et officielle », selon la formule d'Aubry et Rau¹⁹.

Et ces arrêts rappellent la pratique de l'ancien droit malgré le régime de séparation des pouvoirs. L'action de la jurisprudence vise désormais à anticiper les besoins sociétaux autant qu'à affranchir du carcan legaliste non conforme à la réalité de la société du XIX^e siècle. Elle a ainsi complété certaines lacunes légales en ce qui concerne la nomenclature des actes de commerce, à l'égard des droits et des devoirs des associés entre eux et par rapport aux tiers. L'action normative de la jurisprudence s'est alors accompagnée de la prise en compte des questions industrielles et des échanges commerciaux.

Surtout, la jurisprudence s'est posée en concurrente de la loi. Elle a conféré, en contravention à la loi, le statut d'héritiers des enfants naturels. Elle a encore conféré à la mère naturelle le droit d'émanciper ses enfants. Ledru-Rollin parlera même d'un rôle civilisateur de la jurisprudence. Un exemple de cette dernière mission est à trouver dans l'émancipation de l'épouse de l'autorité de son époux pour les obligations contractées de bonne foi dans l'intérêt de la communauté.

Les arrêts développent dans ce cadre-là des principes nouveaux en contradiction avec les solutions légales pourtant formelles. Ainsi, le droit de l'épouse d'assister au conseil de famille malgré l'interdiction du mari (article 442 du Code civil de 1804). C'est ainsi que l'on voit des arrêts *contra legem*. D'autres peuvent prêter à un texte du Code civil un sens et une portée qu'ils étaient loin d'avoir à l'origine, arrêts *trans legem*. D'autres enfin créent *praeter*

¹⁸ Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, 1991.

¹⁹ Sylvain BLOQUET, *La loi et son interprétation ...*, *op. cit.*, p.669.

legem une règle comparable à la loi, sans support d'un texte. C'est pourquoi on a pu évoquer la résurgence des arrêts de règlement²⁰.

Ainsi, un droit jurisprudentiel n'a quasiment jamais cessé d'exister. La jurisprudence n'a cessé d'anticiper sur l'avenir, que ce soit sous l'ancien droit avec un mouvement vers l'unification du droit, même s'il ne se réalisera que plus tard, et une adaptation du droit et de la loi aux besoins sociétaux. Se pose alors la question de la jurisprudence comme source du droit à titre principal ou auxiliaire. Le silence du législateur face aux débordements jurisprudentiels peut être interprété de deux façons : soit une légitimation tacite qui ferait de la loi la source originaire, soit une légitimité pleinement acquise par la jurisprudence. Il est vrai que le législateur peut s'opposer par une nouvelle loi. C'est assez rare et surtout une nouvelle loi pourrait également s'opposer à une autre loi. Il semblerait que malgré le régime de séparation des pouvoirs, la jurisprudence ait acquis la même valeur juridique que sous le régime de confusion de l'ancien droit. Encore, la jurisprudence ancienne ne manquera pas de trouver une seconde vie, une légitimation *a posteriori*, à travers l'usage de la double motivation qui prévaudra au XIX^e siècle. Les articles des codes seront analysés au regard de la loi, de la jurisprudence contemporaine mais encore des coutumes et jurisprudences anciennes.

Résumé - Pour qu'une jurisprudence « fasse jurisprudence », il faut un dépassement du simple cadre concret de l'affaire. C'est ce que nous indique la doctrine contemporaine, semblant ainsi exclure *a priori* cette donnée de l'ancien droit. Or, nous constatons que très tôt la jurisprudence a pris place parmi les sources du droit. L'existence même d'une doctrine, à travers notamment les arrêtistes, a permis à la jurisprudence ce dépassement casuistique et même une anticipation sur l'avenir. Elle a directement participé au mouvement vers l'unification du droit sous notre ancien droit et à une adaptation aux besoins sociétaux contemporains malgré l'omnipotence de la loi souhaitée à la Révolution.

²⁰ Sur ces questions, nous renvoyons à Jacques KRYNEN, *L'état de justice*, Tome II, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, 2012, p.199-200.