

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

41

(2012)



GIUFFRÈ EDITORE

PIERRE-NICOLAS BARENOT, NADER HAKIM

LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE:
RETOUR SUR UNE RELATION CLEF
DE LA PENSÉE JURIDIQUE FRANÇAISE CONTEMPORAINE

I. L'exclusion du tiers praticien. — II. Une liaison léonine.

L'historiographie classique de la pensée juridique française contemporaine, essentiellement élaborée dans la première moitié du XX^e siècle, nous présente un schéma chronologique clair et simple. Le système juridique transformé par la révolution codificatrice, soumis au règne incontesté de la loi et n'accordant qu'une place minimale à la coutume, connaîtrait deux acteurs problématiques qui seraient, si ce n'est opposés, du moins situés l'un en face de l'autre ou, si l'on préfère une autre métaphore, deux faces d'un juriste regardant dans des directions opposées tel un Janus incarnant une pensée juridique quelque peu schizophrène. D'un côté donc la jurisprudence, de l'autre la doctrine, d'un côté le Palais et de l'autre l'École. Ces deux protagonistes seraient aujourd'hui relativement unis après avoir connu un long divorce qui correspond globalement au XIX^e siècle. La science juridique serait ainsi passée par deux phases historiques opposées.

La première séquence historique débute en 1804 avec un triple événement: la création des écoles de droit par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), la promulgation du Code civil le 22 ventôse an XII (21 mars 1804) et la promotion des juridictions supérieures au rang de cours donnant des arrêts et non plus de simples décisions par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804). L'École aurait pratiqué une exégèse des codes, spécialement du Code civil, tout enfermée qu'elle aurait été dans une pensée codiciste souvent

obsessionnelle et parfois assez pauvre. La jurisprudence serait devenue le fait d'un juge à la fois soumis aux dogmes légalistes révolutionnaires et libéré par les transformations du rôle de la Cour de cassation, le rapide déclin du référé législatif ⁽¹⁾, la motivation et la publicité des arrêts ⁽²⁾.

Tout change ensuite dans la seconde séquence historique ayant pour point de départ les années 1880 pour ne s'achever qu'avec la Première Guerre mondiale, voire au-delà. Doctrine et jurisprudence se réconcilient alors, car l'École prend conscience de l'inéluctable mouvement historique faisant du juge l'acteur privilégié d'un système juridique devant reprendre sa marche en avant, et non plus rester figé dans un passé politique, social et économique révolu. La réconciliation de la doctrine et de la jurisprudence devient alors le signe d'une mutation essentielle d'une pensée juridique enfin apte à se parer des atours et des symboles de la science et des faits sociaux ⁽³⁾.

Cette présentation, quoique sommaire, nous semble bien exprimer l'historiographie dominante et l'opinion majoritaire des juristes contemporains. En témoigne notamment le jugement très autorisé d'un acteur essentiel de cette histoire: Adhémar Esmein ⁽⁴⁾.

(1) Sur cette question, V° Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965 et, plus récemment, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005.

(2) V° notamment J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne, in Une autre Justice, sous la direction de Robert Badinter*, Paris, Fayard, 1989, pp. 225-241 et récemment J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle, II, L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012.

(3) Sur cette question, V° J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadriga, 2001, pp. 54 ss.; R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002; Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 128 et ss.; F. AUDREN, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France. Deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX^e siècle et au tournant du XX^e siècle*, thèse droit, Dijon, dactyl., 2005; et, en dernier lieu, F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique: la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, thèse droit, Bordeaux, dactyl., 2010.

(4) Sur Esmein, V° notamment J.-L. HALPERIN, *Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, « Revue historique du droit français et étranger », 1997, n° 3, pp.

Dans un célèbre article publié dans le premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil*, étude intitulée « La jurisprudence et la doctrine » ⁽⁵⁾, il analyse ainsi les rapports de la jurisprudence et de la doctrine: une fois le Code civil promulgué, une doctrine nouvelle s'est formée. Son premier travail a été naturellement de fixer le sens exact et la portée précise des dispositions du Code. Ce faisant, une « tradition du nouveau droit civil » a été fixée grâce à l'utile travail réalisé par cette doctrine. Toutefois, en marge de celle-ci, la pratique, hors de l'École, a évolué en prenant « pour régulateur les sentences des tribunaux », car le magistrat n'occupe pas la « chaire paisible du Professeur », il n'est pas face à un cas d'école mais devant deux hommes, des intérêts pécuniaires ou moraux et doit répondre aux demandes formulées par les avocats. Au plus près de la vie et de la réalité, le juge concilie, tranche et adapte le droit. Ainsi, « s'est formée la jurisprudence à côté de la doctrine » ⁽⁶⁾. La terminologie d'Esmein est essentielle: « à côté », « en marge », les expressions sont révélatrices. Continuons cependant à suivre Esmein: il souligne ensuite que la jurisprudence est la véritable interprétation du Code civil. Non seulement le premier rôle lui revient en la matière, mais « la jurisprudence dans son ensemble [...] forme un véritable système, harmonique et consistant ». Il poursuit: « Pendant bien des années, durant toute la première moitié du XIX^e siècle, la doctrine et la jurisprudence ont été séparées. C'étaient presque deux sœurs rivales, jalouses l'une de l'autre. La doctrine en particulier, surtout dans les chaires de l'École, faisait un peu la fière et ne se compromettait pas volontiers dans le commerce de la jurisprudence » ⁽⁷⁾. Aux yeux d'Esmein, s'il fallait accabler un acteur, la faute reviendrait à la doctrine enfermée dans une tour d'ivoire depuis laquelle elle croyait dominer le système juridique. Détentrice de la vérité, de la pureté des principes et de la rigueur de

415-433; S. PINON et P.-H. PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009; et J. BOUDON, *La méthode juridique selon Adhémar Esmein, in Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Etudes réunies par Nader Hakim et Fabrice Melleray, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, pp. 263-279.

⁽⁵⁾ 1902, pp. 5-19.

⁽⁶⁾ *Ibid.*, p. 8.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 9.

la méthode, la doctrine était toute tournée vers la Loi incarnée dans un code renfermant tout le Droit. Certes, de son côté, le monde du Palais respectait l'École, mais il était de mise de penser que la doctrine était formée de rêveurs, voire de pédants, en somme d'ignorants de la pratique et donc de la réalité (8).

Bien heureusement, pour Esmein, la seconde moitié du XIX^e siècle connaît un progrès en la matière. La cause de la jurisprudence gagne inéluctablement l'École à la fin du Second Empire. C'est ici qu'il nous indique un tournant essentiel de la pensée juridique. Grâce aux notes d'arrêts la « littérature de notre droit civil français » (9) a été renouvelée, notamment par l'action décisive d'auteurs alliant la théorie et la pratique, tel Labbé (10). Se produit ainsi un rapprochement salvateur de l'École et du Palais. Dans un sursaut scientifique et dans une clairvoyance tardive mais réelle, la doctrine parvient à se défaire du carcan d'une exégèse appauvrissante.

Dans la dernière partie de son article, Esmein livre enfin son sentiment personnel en estimant que s'il faut louer ce « rapprochement », il ne faut pas considérer celui-ci comme suffisant. Il écrit notamment: « Il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude », car « 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 » (11). La principale tâche de la doctrine est donc la critique et l'amélioration de la jurisprudence (12). « Pur produit historique », qu'il faut donc étudier par la méthode historique, la jurisprudence « est une œuvre collective et progressive qui [...] s'est faite par un apport continu de décisions fragmentaires ». Changeant d'objet de prédilection, passant de la loi à la jurisprudence, la doctrine trouve son rôle et parvient à restaurer son utilité et son autorité. Ce n'est d'ailleurs qu'à défaut de jurisprudence qu'elle « reprend alors le premier rang » (13) et peut mener le mouvement d'adaptation du système juridique.

(8) *Ibid.*, p. 10.

(9) *Ibid.*, p. 11.

(10) Sur Labbé, V^o notamment Chr. JAMIN, *Relire Labbé et ses lecteurs*, « Archives de Philosophie du Droit », tome 37, Droit et économie, 1992, pp. 247-267.

(11) *Ibid.*, p. 12.

(12) *Ibid.*, p. 14.

(13) *Ibid.*, p. 16.

L'analyse que nous offre Esmein nous éclaire sur les rapports qu'entretiennent « la doctrine et la jurisprudence » et assigne à leurs places ces « deux sœurs rivales ». Indéniablement et globalement vrai, le propos d'Esmein n'en demeure pas moins sujet à interrogations. Ne nous dit-il pas avec un sens historique remarquable que la pensée juridique contemporaine ne peut faire l'erreur de négliger le phénomène incontournable qu'est la jurisprudence? Ne pointe-t-il pas l'opposition fondamentale devant être nécessairement dépassée entre ces deux autorités que sont doctrine et jurisprudence?

S'il fallait résumer l'essence de sa démonstration, quatre propositions pourraient être retenues: tout d'abord la jurisprudence n'est pas la doctrine; ensuite la jurisprudence détient seule une légitimité pleine et entière; de plus et logiquement, la doctrine doit alors prendre comme objet premier de ses travaux la jurisprudence; enfin, la doctrine n'a donc qu'un rôle second dans ce couple.

Cette présentation repose donc entièrement sur un point qui semble acquis, une sorte d'évidence sémantique. Or, si l'on veut faire la part de la construction intellectuelle sur laquelle repose cette analyse d'Esmein et ce que nous révèlent les sources du XIX^e siècle, cette proposition liminaire mérite un examen plus attentif, ne serait-ce que parce qu'elle détermine toute la démonstration qui en découle.

Assurément, jurisprudence et doctrine forment un couple historiquement déterminant. Si l'on retient notre vocabulaire actuel, les juges ou l'activité juridictionnelle ou encore le résultat de cette activité d'un côté, et les auteurs ayant une réflexion sur le droit, de l'autre côté, sont parfaitement identifiables. Il y a l'École d'un côté et le Palais de l'autre, le professeur et le juge si l'on préfère.

Est-ce pourtant si simple que cela? Cela suppose que l'on tienne pour acquise une distribution des rôles claire et stable. Cela suppose également que rien ne vienne perturber ce face à face dans lequel chacun peut admirer son reflet dans un jeu de miroirs qui est parfois aussi un jeu de dupes.

Esmein, mais il ne s'agit bien sûr que de prendre son exemple parmi d'autres, utilise en réalité un vocabulaire historiquement déterminé et répartit les rôles avec un parti pris évident. Tout à son analyse, il simplifie les relations qu'il décrit car là n'est pas l'essentiel de son propos. Son objectif est de convaincre ses contemporains de

prendre hardiment la voie de l'étude de la jurisprudence. L'historien, pour sa part, peut alors poser la question de la nature de ces notions totémiques que sont « doctrine » et « jurisprudence ». Autrement dit, ce dernier peut s'interroger sur des notions qui n'ont bien évidemment pas toujours été définies ni comme synonyme d'école ou de production académique ni comme le pur produit de l'activité juridictionnelle. Au-delà de la question sémantique apparaît ainsi la question des enjeux sous-jacents et donc la problématique des rapports de pouvoir révélés par la sémantique.

Si l'on veut examiner ces deux notions en commençant par la jurisprudence, est-il besoin de rappeler qu'Esmein utilise le terme dans une acception contemporaine fort éloignée du sens classique de la notion?

Au III^e siècle de notre ère, Ulpien définit en effet la jurisprudence comme la science du juste et de l'injuste: « *Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia* ». Puissante et évocatrice, cette formule sera inlassablement reprise à travers les siècles. Aux yeux de tous, au moins depuis le Moyen-Âge, la jurisprudence incarne la science du droit et sa matrice romaine en renforce le prestige et la légitimité. Toutefois, dans son sens originel la *prudencia iuris* est avant tout la vertu de prudence appliquée au droit, une « disposition à déterminer ce qui est bon et utile » (14). Méthode judiciaire mais aussi législative et politique qui se situe directement au stade de l'élaboration du *ius*, la jurisprudence est pragmatique, contingente, tournée vers l'action; elle ne saurait donc au sens strict être qualifiée de science. Mise en œuvre par les *jurisconsultes*, la jurisprudence va toutefois changer de sens lorsque les empereurs s'approprièrent le monopole de l'élaboration et de la production du droit. A l'œuvre *créative* des *prudents* se substituera alors une jurisprudence *cognitive*, scientifique, principalement centrée sur la connaissance et la maîtrise d'un *ius* désormais façonné par le pouvoir. Le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien reprendra à son compte cette définition de « jurisprudence-science » que récupérera par la suite la littérature juridique, des glossateurs aux « exégètes » du XIX^e siècle. Bien entendu, le rôle

(14) Chez Cicéron, la *prudencia* est une qualité intellectuelle permettant de distinguer le bien du mal (*Inv.*, II, 160; *N. D.*, III, 38).

créateur des juriconsultes ne disparaît pas avec la Rome impériale, mais ce premier glissement sémantique ne saurait toutefois être ignoré, car il modifie sensiblement la place et le rôle du juriste dans la société ⁽¹⁵⁾.

Pourtant, au-delà de cette continuité millénaire, la fin de l'époque moderne et surtout l'époque contemporaine, sont le théâtre d'une nouvelle mutation sémantique déterminante. Au XVIII^e siècle, le mot *jurisprudence* change ainsi une nouvelle fois de sens chez une classe particulière de juristes, celle des juriconsultes praticiens. En 1757, Denisart écrit : « La Jurisprudence est la science ou l'art du Droit. C'est la définition qu'en donne le *Dictionnaire Civil & Canonique*; mais nous appelons plus particulièrement *Jurisprudence*, les jugements constamment rendus, les maximes et les usages reçus dans un tribunal sur l'interprétation de la loi et sur ses différentes applications » ⁽¹⁶⁾. Denisart ne fait alors qu'entériner une mutation terminologique déjà largement répandue : au Palais, la jurisprudence désigne à présent le « phénomène judiciaire », c'est-à-dire l'action, voire l'œuvre des magistrats. Pour les hommes du barreau, la seule « science du droit » qui leur soit directement utile est en effet secrétée par les tribunaux : les arrêts, compilés et analysés dans les *recueils et répertoires*, constituent la substantifique moelle d'une *prudentia iuris* essentiellement judiciaire. Par un phénomène de « définition persuasive », opération rhétorique qui « déplace la charge émotive des termes à définir sur le contenu des termes définissants », le prestige du terme romain de jurisprudence est ainsi transporté sur les arrêts des Cours ⁽¹⁷⁾. Contribuant à la diffusion de cette définition, les recueils d'arrêts et les répertoires de jurisprudence connaissent à l'époque un large succès, tant auprès des praticiens que des étudiants. Florissante, cette prose fait l'objet de

⁽¹⁵⁾ Au sein de l'ample bibliographie sur cette question, V^o notamment Chr. GRZEGORCZYK, *Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode?*, « Archives de Philosophie du Droit », t. 30, 1985, pp. 35 et ss.; J.-P. CORIAT, V^o *Juriconsultes romains, in Dictionnaire de la Culture juridique*, sous la dir. de S. Rials & D. Alland, Paris, Lamy-PUF, 2003, pp. 880 et ss.; M. DEGUERGUE, V^o *Jurisprudence, ibid.*, pp. 883 et ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008.

⁽¹⁶⁾ J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 2, Paris, chez Desaint, 1766.

⁽¹⁷⁾ Chr. GRZEGORCZYK, op. cit., p. 41.

multiples rééditions et occupe une place de choix dans la littérature juridique ⁽¹⁸⁾.

La jurisprudence demeure toutefois un terme confusément polysémique car elle continue à être définie comme science ou art, même s'il ne s'agit souvent que d'un simple rappel historique ou formel, comme chez Guyot ou de Ferrières ⁽¹⁹⁾, pour lesquels la jurisprudence est « la science du droit », mais aussi, et surtout, les « principes » dégagés par les tribunaux, « l'habitude où l'on est de juger de telle ou telle manière une question ». Parfois définie séparément, la « jurisprudence des arrêts » s'apparente de la même manière à « un usage formé par une suite d'arrêts uniformes, intervenus sur une même question ». Dans le contexte de la nomophilie des Lumières, du primat d'une philosophie rationaliste hostile aux juristes et éminemment méfiante envers leur science et leur justice ⁽²⁰⁾, la priorité est en réalité donnée à une jurisprudence devenue le produit de l'activité contentieuse.

⁽¹⁸⁾ V° sur le sujet S. DAUCHY & V. DEMARS-SION (dir.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de Jurisprudence, XVI^e-XVIII^e siècles*, Paris, Editions la Mémoire du Droit, 2005 et S. DAUCHY, *L'arrestographie, un genre littéraire?*, « Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique », n° 31, 2011, pp. 41-53.

⁽¹⁹⁾ GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs Jurisconsultes*, t. 33, Paris, chez Panckoucke & chez Dupuis, 1780; C.-J. de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes & de Pratique avec les juridictions de France*, troisième édition revue, corrigée et augmentée, t. 2, Paris, chez Brunet, 1749.

⁽²⁰⁾ Un pamphlet paru en 1785 dans le *Mercure de France* illustre la perte de prestige d'une jurisprudence dépossédée de ses anciennes prétentions: « Les Stoïciens définissaient la philosophie générale, la connaissance des choses humaines et divines. Les Jurisconsultes appliquèrent cette définition à la Jurisprudence; et la Jurisprudence fut définie la connaissance des choses humaines & divines: définition bien étrange pour la connaissance des lois civiles & positives d'un Peuple, & qu'on trouve cependant encore au premier titre des Institutes de Justinien. » *Mercure de France*, Variétés — Réponse de M. Garat à la lettre du Docteur de Province à un Docteur de Paris, sur un Article du *Mercure*, 1785, p. 172-173. V° également l'exemple célèbre de Robespierre: « Ce mot jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie rien dans le nouveau, il doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation — la jurisprudence n'est autre chose que la loi, alors il y a identité de jurisprudence ». Il faut noter que Robespierre parlait ici de la « jurisprudence des tribunaux », production qui pouvait varier d'une juridiction à l'autre, et non de la

Quant au terme « doctrine », la difficulté rencontrée par l'historien est assez similaire puisque rien ne semble acquis avant le milieu du XIX^e siècle (21). En effet, si le sens actuel du mot renvoie, par une double métonymie, à la fois aux opinions et aux auteurs de ces opinions, ce vocable n'est pas d'usage courant dans la littérature juridique. Aux frontières floues et au sens mal défini, le terme « doctrine » ayant pour équivalent l'expression « doctrine des auteurs » n'entre véritablement en usage que dans le second tiers du siècle pour désigner les opinions émises dans les ouvrages de droit, leurs auteurs et les ouvrages eux-mêmes (22). Ce n'est qu'avec la fin du siècle que l'emploi par les juristes du terme doctrine devient fréquent. Les auteurs peuvent alors en proposer des définitions qui ne cesseront d'être reprises jusqu'à aujourd'hui. Marcel Planiol, notamment, écrit ainsi dans son *Traité élémentaire de droit civil*: « On appelle doctrine les opinions et les idées émises par les jurisconsultes dans leurs ouvrages » (23).

En réalité, le terme doctrine, souvent confondu avec « doctrinaire », renvoie non pas à toute littérature, à toute opinion juridique, mais bien plus précisément aux ouvrages et aux opinions de ceux qui prétendent faire œuvre de science ou, du moins, se distinguent

jurisprudence dans son sens postrévolutionnaire, subordonnée à la législation positive et unifiée par le pouvoir législatif et la Cour suprême. Sur ce point, V^o Chr. GRZEGORCZYK, op. cit., pp. 41 et J.-L. HALPERIN, *Haro sur les hommes de loi*, « Droits. Revue française de théorie juridique », n^o 17, *La Révolution française et le droit*, 1993, p. 55-65.

(21) Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.

(22) V^o par exemple Ch. AUBRY et F.-Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} éd. revue et complétée, Paris, 1869, tome 1, p. VIII et §15, p. 24; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 2^{ème} éd., 1860, tome 1, pp. I, III-IV, V ou XII; Fr. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs, et la solution des questions théoriques*, 5^{ème} éd. revue et corrigée, Paris, 1858, tome 1, p. 63; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 6^{ème} éd., Paris, 1868, tome 1, p. VI; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *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, 1882, tome 1, n^o 99, p. 56. V^o également E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1878, tome 2, p. 1205.

(23) *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1900, t. 1, n^o 42, p. 14.

de la pratique du Palais. La doctrine est alors principalement le fait de l'École ou de ceux qui souhaitent proposer une analyse distanciée, et nul hasard donc si l'une des formes principales de cette littérature est le manuel ou le traité, œuvres par essence didactiques. Homme de son temps, Esmein use ainsi naturellement du vocabulaire de son époque puisqu'effectivement, au début du XX^e siècle, il est possible de distinguer d'un côté la jurisprudence, fait du Palais, et de l'autre la doctrine, fait de l'École ou du moins de ceux qui adoptent le point de vue de l'École.

Est-il toutefois possible de faire l'histoire de la pensée juridique contemporaine en utilisant une sémantique postérieure? S'il est sans doute impossible de s'abstraire de sa propre culture, n'est-il pas nécessaire de reconsidérer cette histoire à l'aide du vocabulaire mouvant des protagonistes eux-mêmes?

L'analyse de l'abondante littérature juridique du XIX^e siècle permet dès l'abord de constater que jurisprudence et doctrine ne renvoient pas réellement au couple formé par le professeur et le juge. La belle image est aussitôt écornée par l'apparition d'un tiers fort gênant: le praticien, ou plus précisément le praticien publiant: l'arrêtiste. Or, chose plus gênante encore, le couple devenu trio, se dispute un seul et même emblème, un seul et même étendard, un seul et même mot: la jurisprudence. Tous prétendent être d'abord juristes, acteurs principaux d'une *iuris prudentia* qui demeure, pour quelque temps encore, le modèle dominant de la pensée juridique malgré les transformations révolutionnaires et malgré la codification.

Pour que le schéma décrit par Esmein devienne réalité, il faut donc d'abord que se réalise une double mutation sémantique, fixant avec certitude le sens du terme jurisprudence et faisant de la doctrine une œuvre essentiellement professorale, c'est-à-dire que soit exclu du jeu l'intrus praticien, qu'il soit auteur d'une publication isolée ou arrêtiste. Autrement dit, pour que les relations entre doctrine et jurisprudence puissent être pensées comme un rapport de concurrence ou de complicité, encore faut-il que l'identité des deux entités soit fixée et tenue pour évidente.

Or, il n'en est rien puisque parler de doctrine comme de jurisprudence oblige l'historien à préciser chacun de ces termes. L'objet de la présente étude sera de tenter de montrer que le XIX^e

siècle français est le théâtre d'une évolution de la pensée juridique qui n'est pas simplement le fait de la codification, mais bien d'un changement substantiel non seulement de son vocabulaire, mais également et surtout de ses acteurs et de leurs rôles respectifs (24). Articulée autour de la notion de jurisprudence, c'est-à-dire dans un rapport à la fonction juridictionnelle, et de sa place dans la réflexion sur le droit et dans la vie du droit, cette évolution, pour être comprise, doit d'abord être décrite comme une exclusion progressive du tiers praticien, mouvement par lequel la doctrine se forme dans sa physionomie actuelle. Cette première étape pendant laquelle la doctrine se constitue permet alors de comprendre les enjeux du vocable jurisprudence dont l'appauvrissement conceptuel exprime avant tout la victoire d'un juge qui devient son seul acteur, et dont l'emploi révèle une querelle de pouvoir ne laissant finalement qu'une problématique légitimité à la doctrine.

I. *L'exclusion du tiers praticien.*

En 1789, le passage de l'Ancien au Nouveau Régime modifie radicalement les contours et la physionomie de la science juridique. Le culte de la loi, qui dans ses excès révolutionnaires a pu conduire à rejeter l'idée même de jurisprudence, aboutit en 1804 à la mise en place d'un droit unifié et codifié. Le légalisme napoléonien et l'éminence des « masses de granit » n'auront toutefois pas raison de la jurisprudence, qu'elle soit d'origine judiciaire ou doctrinale (25). Dans son fameux *Titre préliminaire*, c'est en effet aux juges que Portalis confie explicitement l'interprétation « par voie de doctrine » des dispositions du Code. Corollaire de l'article 4 du Code (26),

(24) Pour une comparaison avec l'Italie, cf. spécialement P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998; *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000; *La cultura del civilista italiano*, Milano, Giuffrè, 2002; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 2^e éd., 1999; P. CAPPELLINI et B. SORDI (dir.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002.

(25) Et ce, malgré l'attitude réservée, voire hostile, de l'empereur envers les commentateurs, accusés de « gâter » le Code.

(26) « 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 ».

exercée dans les limites de l'article 5 ⁽²⁷⁾, cette interprétation est le cœur de la « science du magistrat », indispensable complément de l'imparfaite « science du législateur » ⁽²⁸⁾: « Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence: il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger; mais il faut qu'il y en ait une », puisque « on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que des lois » ⁽²⁹⁾. De façon très claire, et sans doute à contrepied de l'idéologie impériale ⁽³⁰⁾, Portalis associe la jurisprudence du juge à l'œuvre du législateur. Bien que le terme de jurisprudence demeure parfois ambigu dans son discours ⁽³¹⁾, il renvoie principalement au *Palais*. Présents en filigrane, les auteurs et jurisconsultes sont appelés à œuvrer sur le droit en doctrine ⁽³²⁾; mais leur fonction purement cognitive est désormais subordonnée au couple moteur, formé par le législateur et le magistrat.

Un autre changement de paradigme issu de la Révolution vient considérablement renforcer le poids de la jurisprudence, entendue dans son sens judiciaire: il s'agit du Tribunal de cassation. Créé en 1790, ce dernier va très tôt assurer le rôle de « Cour suprême » ⁽³³⁾,

⁽²⁷⁾ « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

⁽²⁸⁾ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux (rééd.), éditions Confluences, collection Voix de la cité, 1999, pp. 23 et ss.: « 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 à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude ».

⁽²⁹⁾ J.-E.-M. PORTALIS, *ibid.*

⁽³⁰⁾ V° notamment sur ce point P. REMY, *La part faite au juge*, « Pouvoirs », n° 107, 2003/4, pp. 22-36.

⁽³¹⁾ L'auteur l'utilise parfois au sens de « science du droit » ou de production doctrinale: « On fait à ceux qui professent la jurisprudence le reproche d'avoir multiplié les subtilités, les compilations et les commentaires... Si l'on peut pardonner à l'intempérance de commenter, de discuter et d'écrire, c'est surtout en jurisprudence ».

⁽³²⁾ « Tout cela suppose des compilations, des recueils, des traités, de nombreux volumes de recherches et de dissertations ».

⁽³³⁾ Et ce, bien avant la loi de 1837. V° notamment J. HILAIRE, *Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIXe siècle*, in *Le Code Civil 1804-2004, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 157 et ss.

tant dans les faits que dans l'esprit de ses contemporains ⁽³⁴⁾, malgré les réticences du pouvoir à abandonner *en droit* le système du référé législatif. De l'aveu même de certains arrêtistes jusqu'au début du XIX^e siècle, c'est à la Cour de cassation que revient de former la nouvelle jurisprudence ⁽³⁵⁾. Enfin, la motivation des décisions de justice constitue un autre élément qui va directement affecter le rapport des juristes, mais aussi de la société civile et politique à l'égard de la justice. Rompant avec les pratiques de l'Ancien Régime, cette motivation rend les sentences directement intelligibles, ce qui va radicalement transformer la manière de les diffuser. Toute une littérature périodique *politico juridique* fleurit alors pendant la période révolutionnaire ⁽³⁶⁾, au sein de laquelle se distinguent trois publications privées qui annoncent par leur objet, leur physionomie et leur périodicité les recueils de jurisprudence à venir: il s'agit de la *Gazette des Nouveaux Tribunaux* de Drouet et Jauffret; du *Journal des Tribunaux et du Tribunal de cassation réunis* et du *Journal de la justice civile, criminelle, commerciale et militaire* de l'avocat criminaliste Scipion Bexon. Cependant, c'est le *Journal du Palais* qui inaugure en l'An IX une littérature nouvelle, celle des recueils périodiques d'arrêts. Il s'agit d'ouvrages à publication rapprochée diffusant une sélection chronologique et choisie de la jurisprudence nationale et internationale, en réservant une place particulière aux arrêts de la Cour de cassation. Les décisions y sont, le plus souvent, scrupuleusement détaillées en fait et en droit, et font parfois l'objet d'annotations analytiques et critiques.

Pour les praticiens qui les rédigent, la jurisprudence désigne clairement l'activité juridictionnelle et constitue le point d'ancrage de l'étude du droit nouveau. Les arrêtistes modernes vont alors s'approprier le contrôle de sa diffusion, mais également contribuer à la modeler avec leurs notes et leurs travaux critiques. Bien plus que

⁽³⁴⁾ A quelques voix discordantes près, et non des moindres, notamment celle de François-Nicolas Bavoux. V° F.-N. BAVOUX, *De la Cour de cassation et du Ministère public, avec quelques considérations générales*, Paris, Chez Antoine, 1814.

⁽³⁵⁾ J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, cit., pp. 237-238.

⁽³⁶⁾ E. SERVERIN en a dressé un tableau indicatif, V° *De la jurisprudence en droit privé — théorie d'une pratique*, Lyon, collection Critique du droit, publié avec le concours du CNRS, Presses Universitaires de Lyon, 1985, pp. 97-101.

la décision textuelle de la Cour, la jurisprudence devient cet ensemble indissoluble composé de l'arrêt et de son commentaire publié dans les recueils. Elle nourrit une réflexion qui s'inscrit au-delà du Code, dans la vie judiciaire, mettant au grand jour les insuffisances du droit et traduisant les aspirations sociales du temps. Consciente de son retard, la doctrine va alors intervenir pour en récupérer l'étude. Pour les *théoriciens* en effet, la jurisprudence ne saurait être appréhendée sans le concours de la *science*. Il revient donc aux spécialistes de la « haute jurisprudence »⁽³⁷⁾ d'étudier avec de meilleurs outils intellectuels que les arrêlistes la basse jurisprudence du prétoire. Ce projet s'exprimera au sein des revues scientifiques qui tenteront de concurrencer les recueils d'arrêts sur leur terrain. À travers cette lutte méthodologique et éditoriale, ce sont en définitive deux conceptions de la jurisprudence qui s'affrontent: celle d'une *prudentia iuris* pragmatique, élaborée par les arrêlistes de concert avec les juges; et celle d'une jurisprudence scientifique, détachée du monde judiciaire et constituée d'études théoriques sur les arrêts.

A) *Les arrêlistes, maîtres de la jurisprudence.*

Alors que Dupin⁽³⁸⁾ signalait déjà dix recueils de jurisprudence pour Paris en 1812, Meynial, dans sa célèbre étude de 1904, précise qu'un phénomène semblable se développe aussi en Province, où les principales Cours d'appel voient leurs arrêts rapportés dans des recueils locaux⁽³⁹⁾. Entre 1800 et 1814, nous pouvons considé-

(37) La formule se retrouve notamment chez Eugène Lerminier: elle désigne la science du droit qui transcende la simple exégèse, ou la seule technique juridique.

(38) LOISEAU, DUPIN & LAPORTE, *Dictionnaire des arrêts modernes en matière civile et criminelle, de procédure et de commerce, ou Recueil des arrêts rendus par la Cour de cassation et les Cours impériales sur les principales Questions de Droit Civil et Criminel, de Procédure, de Commerce etc.,..., avec l'indication des diverses compilations où ces arrêts se trouvent rapportés avec plus d'étendue*, Paris, Chez Nève — Libraire de la Cour de cassation, 1814, p. XVIII.

(39) Ed. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts et les arrêlistes*, in *Le Code Civil — le livre du centenaire*, Dalloz (rééd.), Paris, 2004, p. 12. Dans la *Bibliothèque choisie des livres de droit* (5e édition, 1832), Dupin en mentionne 21. À comparer avec la liste donnée par L. Leclerc, qui n'en mentionne plus que 16 en 1858 (L. LECLERC, *De la Jurisprudence — Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 3 novembre 1858 à la Cour*

rer qu'il existe déjà cinq grands recueils généraux ⁽⁴⁰⁾: il s'agit (dans l'ordre de leur création) du *Journal du Palais*, fondé en l'An IX par Lebret de Saint-Martin; du *Journal des Audiences de la Cour de cassation* de Denevers et du *Recueil Général des Lois et arrêts* de Sirey; de la *Jurisprudence du Code Napoléon* de François Nicolas Bavoux et Jean Simon Loiseau en 1803, et enfin de la *Bibliothèque (ou Journal) du Barreau*, revue créée en 1808 et principalement animée par Mauguin et Dumoulin ⁽⁴¹⁾. Les recueils *Sirey*, *Dalloz*, et le *Journal du Palais* furent les trois collections les plus importantes du XIX^e siècle: fondées quelques années avant le Premier Empire ⁽⁴²⁾, elles connurent un indiscutable succès. Leurs remarquables longévité et stabilité en firent de véritables institutions, des « Maisons », qui inventèrent et perfectionnèrent tout au long du siècle ce genre littéraire nouveau. Si les grands recueils sont les médias privilégiés de la jurisprudence générale, nombre de périodiques portant sur la jurisprudence spécialisée paraissent à la même période. Certains d'entre eux connaîtront une exceptionnelle longévité, tel le *Journal des Avoués* (1810-1902) centré sur les questions procédurales, ou encore le *Journal de l'Enregistrement et des Domaines* (1806-1940).

Impériale de Metz, Metz, Typographie et Lithographie de Nouvian, rue Neuve-St-Louis, 1858, p. 21). V° aussi sur le sujet L. SOULA, *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, in Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Etudes réunies par E. Burgaud, Y. Delbrel et N. Hakim, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2010, pp. 989-1015.

⁽⁴⁰⁾ Tous ces recueils sont d'ailleurs recensés comme des « ouvrages scientifiques » dans le *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae* d'Aubry et Rau (op. cit., pp. 173 et ss.). En plaçant le *Sirey* ou le *Dalloz* dans la même catégorie que la *Thémis* et la *Revue Critique de Jurisprudence*, les professeurs strasbourgeois prennent à contre-pied un discours diffusé par certains périodiques concurrents, qui tendent à considérer les recueils d'arrêts comme de sèches compilations antiscientifiques, et les arrêtistes comme des « annotateurs plutôt que [des] jurisconsultes ». V° J.-L. HALPERIN, *La place de la jurisprudence... cit.*, pp. 376-377.

⁽⁴¹⁾ Elle fusionne au 1er juillet 1812 avec la *Jurisprudence du Code Napoléon* et sera rédigée « par les rédacteurs des deux recueils ». L'aventure éditoriale s'arrête toutefois en 1814.

⁽⁴²⁾ Le *Dalloz* s'inscrit en effet dans la continuité du *Journal des Audiences* de Denevers.

Rédigés en même temps que les premiers commentaires du Code, ces périodiques sont l'œuvre de juristes dont le profil n'est pas sensiblement différent des Toullier, Delvincourt et autres Proudhon. Praticiens et provinciaux fraîchement installés à Paris ⁽⁴³⁾, les arrêtistes sont avant tout des *Jurisconsultes* formés à l'Ancien droit, des juristes éclairés dont la culture encyclopédique ne peut se satisfaire d'un légalisme étroit ou d'une conception purement utilitaire de la jurisprudence. Leurs activités au Palais ne les éloignent pas de l'étude théorique qu'ils affectionnent, et à laquelle ils contribuent par leurs publications. Jean-Baptiste Sirey, proche de Jacques de Maleville et ancien secrétaire de Merlin de Douai, sera à l'origine des *Codes annotés* et des premières études de fond sur le Conseil d'Etat ⁽⁴⁴⁾; le professeur François Nicolas Bavoux rédigera quant à lui un recueil au contenu théorique particulièrement riche avant de collaborer au *Journal du Palais* puis de rejoindre la Faculté de droit de Paris; que dire encore de Désiré Dalloz, parrainé par Loiseau, Bavoux et Proudhon, qui reprendra à son compte le *Journal des Audiences*, rédigera des articles à la *Thémis* et élaborera le *Répertoire*, œuvre majeure et synthèse colossale de la science du droit? Sociologiquement et intellectuellement très proches des premiers commentateurs du Code, ces auteurs entrèrent très rapidement en rivalité avec ceux qu'ils appelleront les « doctrinaires », et revendiqueront une identité propre de juristes *de terrain*, à l'avant-garde de la vie juridique.

Les recueils sont le fruit d'un travail collectif. Généralement anonymes durant la première moitié du siècle, les collaborateurs du Sirey ou du Dalloz sont toutefois nombreux. Il s'agit la plupart du temps de jeunes et talentueux avocats qui perfectionnent leur art au sein des cabinets des maîtres parisiens: ce sera notamment le cas chez Sirey de Charles de Perrot, futur professeur et Conseiller d'Etat

⁽⁴³⁾ À l'exception notable du professeur suppléant François Nicolas Bavoux et du parisien Denevers, la grande majorité des fondateurs de recueils sont des avocats (à la Cour de cassation ou à la Cour de Paris), ou des hommes du Palais comme Denevers, Greffier de la section civile de la Cour de cassation.

⁽⁴⁴⁾ Pour une bibliographie complète, V° A. de ROUMEJOUX, P. de BOSREDON & F. VILLEPELET, *Bibliographie générale du Périgord*, Genève, Slatkine Reprints, 1971, pp. 113-115.

à Neuchâtel, ou encore de Jean-Baptiste Duvergier. L'expérience acquise dans ces recueils ouvrira à certains d'entre eux les portes du monde de l'édition. Ainsi, les anciens collaborateurs de Sirey, Charles Comte et Duvergier, lanceront leurs propres entreprises éditoriales ⁽⁴⁵⁾, tandis que Grün chez Dalloz deviendra le rédacteur en chef du *Moniteur Universel*. A partir des années 1830, et dès la seconde moitié du siècle, les recueils deviennent de véritables entreprises: le cabinet d'avocat cède progressivement la place au comité de rédaction organisé et aux géants de l'édition juridique ⁽⁴⁶⁾.

Reste alors à déterminer ce qu'est un arrêtiiste. De l'Ancien Régime au XIX^e siècle et dans la plupart des dictionnaires, il est défini comme un « compilateur » ou un « commentateur d'arrêt » ⁽⁴⁷⁾. En 1833, une classification des auteurs de littérature juridique publiée dans *l'Encyclopédie des gens du monde* ⁽⁴⁸⁾ définit de façon assez restrictive les arrêtiistes: « Un arrêtiiste est l'auteur d'un recueil d'arrêts ou jugements. Comme il faut que l'exposé précis et néanmoins complet du fait et des moyens de droit précède ordinairement chaque arrêt, le talent de l'arrêtiiste peut encore s'exercer en de certaines limites; mais ce talent n'est plutôt qu'une habitude routinière. Pour le posséder dans toute sa perfection, il faut y asservir son esprit ou son génie; le mieux et le plus ordinaire en

⁽⁴⁵⁾ Le *Censeur*, qui deviendra le *Censeur Européen* en 1817 pour le libéral Charles Comte; la *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat* pour Duvergier.

⁽⁴⁶⁾ V^o notamment J.-Y. MOLLIER, *Éditer le droit après la Révolution française, in Histoire et civilisation du livre (revue internationale) — Production et usages de l'écrit juridique en France du Moyen Age à nos jours*, sous la dir. de J.-D. MELLOTT & M.-H. TESNIERE, Genève, Droz, vol. I, 2005, pp. 137 et ss.; R. CHARTIER & H.-J. MARTIN (dir.), *Histoire de l'édition française — Le temps des éditeurs, du romantisme à la Belle époque*, Paris, Fayard, t. 3, 1990.

⁽⁴⁷⁾ V^o par exemple *Dictionnaire Universel François et Latin etc.*, nouvelle édition corrigée et considérablement augmentée, t.1, Paris, 1743, p. 702; *Dictionnaire de l'Académie Française*, 6^{ème} éd., t. 1, Paris, Firmin Didot père & fils — imprimeurs de l'Institut de France, 1835, p. 107.

⁽⁴⁸⁾ *Encyclopédie des Gens du Monde, Répertoire universel des sciences, des lettres et des arts; avec des notices sur les principales familles historiques et sur les personnages célèbres, morts et vivants*, par une société de savants, de littérateurs et d'artistes, français et étrangers, Paris, Librairie de Treuttel et Würtz, t. 2, 1833, pp. 567-568.

même temps est de ne se trouver heureusement embarrassé ni par l'un ni par l'autre. Aussi MM. Sirey et Dalloz, nos premiers arrêtiistes modernes, sont-ils utilement aidés dans la confection de leurs recueils, qu'ils se contentent de diriger et auxquels ils impriment cependant le cachet de leur habile conception ». La mauvaise réputation des arrestographes et des recueils d'Ancien Régime continue ainsi de déteindre sur l'aura des arrêtiistes modernes. Ces derniers sont relégués au rang de compilateurs d'arrêts au talent limité, dont le travail est certes utile, mais peu intellectuel. Dans l'ombre de la *doctrine* incarnée par le prestigieux *commentateur* ⁽⁴⁹⁾, l'arrêtiiste est pourtant au cœur des rapports entre la théorie et la pratique. Plus que tout autre acteur du droit, il tente au XIX^e siècle de se construire une identité que sa position ambiguë semble lui interdire. Tantôt défenseur servile de la jurisprudence, tantôt annotateur critique, l'arrêtiiste est continuellement tiraillé entre les deux « sœurs rivales » décrites par Esmein.

Dans un premier temps sous le poids du régime impérial, les arrêtiistes semblent faire preuve d'une certaine prudence dans leurs ouvrages et recueillent pieusement les « *oracles* » de la Cour de cassation ⁽⁵⁰⁾ sans oser en faire ouvertement la critique ⁽⁵¹⁾. En effet, en matière de cassation l'arrêtiiste s'interdit de ruiner l'œuvre unificatrice de la Cour en alimentant la controverse. De plus, l'idée très légaliste de l'arrêt formant le « commentaire officiel » de la loi tient le jurisconsulte à l'écart de la critique jurisprudentielle. Pendant les premières années de l'Empire, la mission de l'arrêtiiste semble se résumer à mettre les arrêts en ordre, les expliquer, ou au mieux à les systématiser. Ce travail distingue toutefois les recueils privés d'un Denevers ou d'un Sirey du *Bulletin officiel de la Cour de cassation*,

⁽⁴⁹⁾ « Un commentateur est celui qui, *ex professo*, explique et développe le texte des lois. Cujas, Pothier, Toullier, Loqué *etc.* sont des commentateurs », *ibid.*

⁽⁵⁰⁾ L'arrêt de la Cour est d'ailleurs souvent accompagné de rapports ou réquisitoires, qui constituent des documents de première main et de haute volée scientifique (ceux de Merlin en particulier). Ces éléments forment déjà un commentaire officiel et approfondi du cas d'espèce, auquel l'arrêtiiste se contente d'ajouter généralement en pleine page le résumé des faits, des plaidoiries et des motifs du jugement.

⁽⁵¹⁾ En revanche, les arrêts des Cours d'appel font très tôt l'objet d'analyses critiques, et les controverses entre arrêtiistes, praticiens ou auteurs qu'ils peuvent susciter s'étendent parfois sur plusieurs pages.

plus exhaustif mais par nature moins analytique. Les arrêtiſtes s'impoſent ainſi rapidement comme les principaux animateurs de la *jurisprudence* nationale ⁽⁵²⁾. La première étape pour ces praticiens entreprenants a donc été de s'approprier le texte des arrêts. Source perméable à la controverse et aux débats, source abondante et contradictoire, droit vivant, la jurisprudence du prétoire constitue le matériau le plus pertinent pour comprendre et analyſer le droit nouveau, étudier son application et en dévoiler les forces et les faiblesses. Quelques années plus tard, comme de nombreux autres commentateurs, Troplong s'inquiétera de l'influence des arrêtiſtes et de leurs recueils, interprètes et médias autoproclamés de la jurisprudence ⁽⁵³⁾.

Ayant rapidement monopolisé la diffusion nationale des décisions de justice, les arrêtiſtes se lancent alors à la fin de l'Empire dans des études analytiques et critiques d'envergure. Conſciens de

⁽⁵²⁾ V^o entre autres *Journal de l'Empire* du 4 décembre 1809 à l'occasion de la présentation de l'ouvrage de Coffinières: « 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. [...] Les arrêtiſtes [...] nous apprennent à appliquer la loi, et nous fournissent des lumières dans les questions incertaines, et qui pourraient fournir matière à discussion. [...] (Ils) se bornent à être les interprètes fidèles des oracles de la justice à mesure qu'ils sont rendus *etc.* ».

⁽⁵³⁾ *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre du Code — De la Vente, Préface*, 5^{ème} édition, t. 1, Paris, Charles Hingray — libraire-éditeur, 1856, pp. XXIII-XXIV: « Si ceux qui concourent à la collection des arrêts étaient bien convaincus de la haute importance que les praticiens et même certains juges attachent à une décision, par cela seul qu'elle est imprimée, ils sentiraient que leur mission est très grave, et que, malgré le peu d'attrait qu'elle offre dans l'exécution, on ne saurait y apporter trop d'attention, de zèle et de scrupule. » Sur Troplong, V^o Ph. RÉMY, *Préface aux préfaces de Troplong*, « Revue d'histoire des Facultés de droit », n^o 18, 1997, pp. 161-188 et pp. 189-354; A. GIUDICELLI, *Biographie expliquée de Raymond-Théodore Troplong*, « Revue d'histoire des Facultés de droit », n^o 20, 1999, pp. 93-120; E. DE MARI, *Les querelles de Monsieur Troplong*, « Cahiers des Écoles Doctorales. Faculté de Droit de Montpellier », n^o 1, *Les controverses doctrinales*, 2000, pp. 151-185; M. XIFARAS, *L'École de l'Exégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny, in Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, sous la dir. de J-F. Kervégan et H. Mohnhaupt, Ius commune n^o 144, Frankfurt am Main, 2001, pp. 177-209; D. HOUTCIEFF, *Sic transit gloria mundi. Regards jubilaires sur l'œuvre de Raymond-Théodore Troplong*, « Revue de la recherche juridique. Droit prospectif », 2003-4, pp. 2277-2309.

leurs qualités et de la portée de leurs travaux, ils vont prendre les rennes de la jurisprudence, renouant ainsi, ne serait-ce que partiellement, avec la tradition romaine.

Pour ce faire, ils créent et perfectionnent un genre doctrinal nouveau, la note d'arrêt. Dès la fin de l'Empire en effet, la tonalité critique et analytique des observations se fait de plus en plus prégnante. Les notes d'arrêts se multiplient et prennent peu à peu leur physionomie contemporaine. Exercice emblématique des recueils de jurisprudence, elles constituent le « commentaire libre et détaillé mais néanmoins construit »⁽⁵⁴⁾ d'une ou de plusieurs décisions de justice. Outil de reconfiguration du droit prenant pour point de départ l'observation empirique de son application par les tribunaux, la note d'arrêt confronte en permanence pratique et théorie. A travers elle, l'arrêtiste joue un rôle à part dans la politique scientifique de son époque. Il livre en permanence la théorie aux praticiens, et la pratique aux théoriciens. Cet exercice aux finalités multiples demeure toutefois difficile à systématiser: comme chez les auteurs de traités ou de commentaires, chaque arrêtiste a son style, sa méthode, ses objectifs et ses conceptions du droit. Pour Edmond Meynial, les rares notes d'arrêts dans les recueils antérieurs à 1830 transpirent toujours l'Ancien Régime et ne tirent encore que trop peu d'arguments du Code civil. Une lecture approfondie des premiers recueils de jurisprudence nous amène toutefois à nuancer ce propos. En effet, les notes d'arrêts sont déjà nombreuses avant cette décennie⁽⁵⁵⁾. La présence d'arguments issus du droit romain ou de l'Ancien droit s'explique surtout par un contentieux transitoire important sur le premier tiers du siècle, et par le contexte favorable de la Restauration. L'étude détaillée de ces notes montre également que le Code et la doctrine contemporaine n'étaient pas ignorés; ces éléments étaient souvent intégrés dans une analyse holiste, comprenant la généalogie (voire l'histoire) des règles de droit en présence, et l'examen de leur interprétation par les tribunaux (nationaux et parfois étrangers) ainsi que par la doctrine. Il est intéressant de constater qu'à l'occasion de ces analyses, les arrêtistes mettent

⁽⁵⁴⁾ Chr. JAMIN et Ph. JESTAZ, *La Doctrine*, cit., p. 185.

⁽⁵⁵⁾ En voici quelques exemples pour le *Sirey* jusqu'à la Restauration: S.6.1.75; S.7.2.9; S.8.1.181; S.13.2.282; S.14.2.381; S.15.1.20, etc.

empiriquement en œuvre des mécanismes ultérieurement théorisés par l'École. Partageant parfois certains thèmes de l'école historique, ils annoncent également les travaux comparatistes de la fin du XIX^e siècle.

Quoi qu'il en soit, dès avant les années 1820 nous pouvons constater la présence de notes modernes dans le *Recueil Général des Lois et Arrêts*, présentées sous la forme de commentaires infrapaginaux joints à la décision et signés par leurs auteurs (56). La forme de la note d'arrêt tend à se fixer définitivement dès les années 1830, époque où les recueils se modernisent considérablement et entament des refontes d'envergure. Devilleneuve, continuateur de Sirey, est souvent présenté comme le premier arrêtiiste moderne (57). Il a en tout cas largement contribué à généraliser l'usage de la note d'arrêt et à en fixer la physionomie, à travers 630 commentaires d'importance inégale signés entre 1834 et 1858. A la même époque, la présence de consultations, de mémoires et de dissertations libres tend à se réduire dans les recueils au profit de la note d'arrêt, qui devient peu à peu le mode d'expression privilégié de la pensée juridique en matière de jurisprudence.

La transformation du terme de jurisprudence est donc pleinement consommée avec les arrêtiistes. Désignant clairement l'activité juridictionnelle, elle n'est plus la *science du droit*, attribut traditionnel de la *doctrine*. Les arrestographes deviennent les nouveaux *prudents*, les nouveaux experts de la jurisprudence, adossant leurs annotations et leurs analyses aux décisions du Palais. Dans le texte de l'arrêt, ils trouvent en effet l'*alpha* et l'*oméga* d'un droit en construction. Dupin (aîné), en 1822, est très clair sur ce point: « En un mot, un arrêtiiste moderne trouve dans l'Arrêt même dont il rend compte, tous les éléments nécessaires pour faire un article qui donne une idée parfaitement juste des circonstances du fait, des moyens de Droit, et des motifs de la décision » (58). Très liés par le fait

(56) V° N. HAKIM, *Les genres doctrinaux*, in *La doctrine en droit administratif, Actes du colloque de l'AFDA des 11 et 12 juin 2009 à la Faculté de droit de Montpellier*, Paris, Litec, 2010, p. 163.

(57) V° Ed. MEYNIAL, op. cit., pp. 198 et ss.; E. SERVERIN, op. cit., p. 111.

(58) DUPIN, *De la Jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui les font et de ceux qui les citent*, Paris, Beaudouin-Frères — imprimeurs libraires, 1822, p. 69.

judiciaire, les arrêtiſtes ſont également en raiſon de leur profeſſion ⁽⁵⁹⁾ des *acteurs* à part entière de la jurisprudence. Ils connaiffent en effet les rouages du Palais et n'héſitent pas à prodiguer dans leurs obſervations des remarques et des conſeils à l'adreſſe de leurs confrères et même aux magiſtrats. Rédigeant parfois de véritables plaidoiries à l'occaſion de notes, ils ne reſſemblent guère à leurs ſucceſſeurs de l'École, commentateurs ſe voulant neutres et techniciens, œuvrant le plus ſouvent loin du Palais et de ſes agitations ⁽⁶⁰⁾.

Durant la première moitié du XIX^e ſiècle, les arrêtiſtes offrent donc une conception dynamique et pragmatique de la jurisprudence: le droit ſe fait avant tout au Palais. Il n'eſt ni immuable, ni véritablement révélé par les commentaires du Code, fuſſent-ils ſavants et laborieux. Si les travaux théoriques de l'« autre jurisprudence » ſont utiles, et même indiſpenſables, ils ne forment pas le « vrai droit »: ſtatiques, abstraits, les ouvrages de doctrine ne peuvent rendre compte du droit réel tel qu'il vit et ſe transforme au Palais. Forts de ce conſtat, les arrêtiſtes ſe donnent donc pour miſſion de dévoiler la jurisprudence, mais également de participer à ſon élaboration par leurs annotations et leurs activités praticiennes.

Conſcient de l'importance et de la portée de ſes travaux, Sirey ſera l'un des premiers à propoſer un idéal de la méthode jurisprudentielle, publié à l'occaſion des grandes ſynthèſes de jurisprudence qui paraiffent entre 1810 et 1830. Le maître ſarladais y expoſe une réflexion originale ſur la *ſcience des arrêts*, qu'il conſidère comme étant la voie la plus parfaite du *jurisconsulte*. Pour lui, l'étude de la jurisprudence eſt en effet utile: elle permet de faire le lien entre théorie et pratique, et de remonter à l'origine des principes du droit afin d'en ſaiſir toute la portée ⁽⁶¹⁾. Surtout, elle permet de ſe

⁽⁵⁹⁾ Ils ſont très ſouvent avocats consultants ou plaidants, et ſ'entourent de collaborateurs qui fréquentent aſſidûment le Barreau ou le Palais.

⁽⁶⁰⁾ De façon plus générale ſur ce point, V^o notamment E. SERVERIN, *Jurisprudence*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de ſociologie du droit*, ſous la dir. d'A.-J. ARNAUD, 2^{ème} édition entièrement refondue, corrigée et augmentée, publiée avec le concours du C.N.R.S, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 325-327.

⁽⁶¹⁾ J.-B. SIREY, *Table alphabétique et raiſonnée du Recueil Général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle et commerciale ou Notices décennales de légiſlation et de jurisprudence depuis l'avènement de Napoléon (1800-1810)*, Paris, Nacquart, imprimeur du Corps légiſlatif, rue Gît-le-Cœur, 1811, p. 7: « Nous répondrions, enfin, qu'il

confronter au problème essentiel de l'application de la loi, et de renouer ainsi avec l'activité des *prudents* romains. En effet, la *prudentia* étant vertu et méthode, le juriste doit œuvrer à la bonne application du droit. Dans sa Table de 1821, Sirey formulera l'espoir de voir naître une nouvelle discipline, la « philosophie de la jurisprudence », qui viendra parfaire la formation lacunaire des jurisconsultes issus de l'École: « Peut-être faut-il ajouter que c'est aux Recueils d'arrêts que sera due, un jour, et bientôt, la possibilité de combiner une théorie-pratique de l'application des lois, pour le maintien du droit, branche essentielle de la science, et cependant branche qui manque à l'enseignement scholastique[...]. Certainement il arrivera, un peu plutôt (*sic*), un peu plus tard, que toutes ces notions usuelles soient co-ordonnées, forment un corps de doctrine, et constituent une théorie pratique de l'application des lois pour le maintien du droit. De loin, nous saluons cette théorie, du beau nom de philosophie de la jurisprudence; et nous nous réjouissons de la voir composée, pour ainsi dire, avec de la quintessence d'arrêts » (62). L'arrêtiste joue ainsi un rôle fondamental dans l'art d'appliquer la loi. Par sa connaissance de la pratique et son immense travail de synthèse au sein des recueils, il est le seul à pouvoir construire une théorie de la *prudentia*, intuitivement mise en œuvre par les praticiens mais encore ignorée de l'École. Toujours au courant de la dernière actualité juridique, à l'avant garde du droit et de ses soubresauts, l'arrêtiste est en mesure de confronter les laborieuses théories patiemment élaborées par les commentateurs à la réalité pragmatique du Palais. Les grandes déclarations de prin-

n'est pas impossible d'étudier, à la fois, et d'apprécier les arrêts (depuis qu'ils sont motivés); de saisir, dans chaque espèce jugée, le mot qui la décide; de rapprocher toutes les décisions analogues; de remonter au principe primordial qui leur sert de lien, ou qui en est la source; et de finir par se faire, à soi-même, la généalogie exacte de toutes les règles judiciaires: ce qui serait, à notre avis, la perfection de la science du jurisconsulte ». [...]. « N'exigeons pas que chacun aperçoive, comme nous, un rapport plus ou moins intime entre le positif de la jurisprudence et la félicité publique; entre les analyses d'arrêts et la métaphysique du droit, ou la législation générale des matières judiciaires ».

(62) J.-B. SIREY, J.-B. DUVERGIER & L.-M. De VILLENEUVE, *Jurisprudence du XIX^e siècle*, Paris, Bureau de l'Administration Cour de Harlay, t. 1, 1821.

cipes se succéderont ainsi sur ce modèle ⁽⁶³⁾, les arrêtiſtes défendant l'étude de la *jurisprudence* et la qualité de leurs travaux. Car dès les années 1820, l'enjeu est de taille: la doctrine entre en concurrence directe avec les arrêtiſtes pour la maîtrise de l'étude jurisprudenſielle.

B) *L'intervention de la doctrine.*

Au XIXe siècle, la doctrine n'a jamais délaissé les arrêtiſtes; l'historiographie récente l'a maintes fois prouvé ⁽⁶⁴⁾. Toutefois, dès l'époque napoléonienne apparaissent des tensions entre arrêtiſtes et commentateurs. Ce qui ſemble fondamentalement les séparer est le point de départ de leurs travaux: les uns partent de la jurisprudence, les autres du Code ou du moins du système juridique codifié. Le pic de tension entre les deux corps aura toutefois lieu entre les années 1820 et 1850, lorsqu'après un temps indispensable d'exégèſe du texte nouvellement promulgué, l'École et les commentateurs ſe trouveront forcés de constater les réalités de la vie judiciaire. Dès les années 1820, les théoriciens tentent ainsi de s'extraire du carcan du Code en investissant le champ de la jurisprudence. Or, ce domaine est depuis des décennies la chasse gardée des arrêtiſtes qui y ont imposé leur ſtyle, leurs méthodes, et qui en maîtrisent parfaitement les canaux d'information et de diffusion. La doctrine, entendue ici dans un ſens large encore synonyme de jurisconsultes, va alors engager une véritable offensive contre les praticiens. Par un schéma tout à fait classique, elle discrédite ſes concurrents du Palais en critiquant la qualité de leurs travaux, et en reléguant les arrêtiſtes au rang de techniciens-compileurs ſans envergure scientifique. Puisque la jurisprudence conſtitue désormais le pan le plus dynamique du droit, ſeuls les scientifiques diſposant des compétences et des outils intellectuels adaptés ſont aptes à en mener l'étude.

⁽⁶³⁾ V° notamment la célèbre *Préface* de Ledru-Rollin en 1837, mais aſſiſi celle de Devilleneuve et Gilbert en 1851, *etc.*

⁽⁶⁴⁾ V°, entre autres, l'article fondateur de P. REMY, *Éloge de l'exégèſe*, « Droits. Revue française de théorie juridique », n° 1, 1985, pp. 115-123; Chr. JAMIN, *La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées*, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, pp. 69 et ſſ.; N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, cit., pp. 199 et ſſ.

Insuffisamment formés, n'ayant pas assez de recul sur l'objet de leurs travaux, spéculateurs de librairie favorisant les routines de la pratique, les arrêtistes sont sommés d'abandonner l'étude jurisprudentielle aux bons soins de la *doctrine* ⁽⁶⁵⁾.

Un court article publié dans la *Thémis* ⁽⁶⁶⁾ en 1826 illustre parfaitement cette lutte méthodologique et éditoriale qui oppose les revues dites *scientifiques* aux recueils d'arrêts. Au moment où Dalloz et Sirey se lancent dans une rétrospective analytique de vingt ans de jurisprudence à travers la publication de tables et de répertoires, un auteur de la revue profite de l'occasion pour mettre en cause la qualité de leurs œuvres, ainsi que celle de leurs méthodes. Selon l'auteur anonyme du pamphlet, les nouvelles compilations de Dalloz et de Sirey ⁽⁶⁷⁾ pèchent par leur ordre alphabétique. Ce choix semble illustrer pour l'auteur l'incompétence caractérisée des arrêtistes et leur compréhension lacunaire de l'institution jurisprudentielle. En effet, l'ordre alphabétique impose dans les affaires complexes un fractionnement excessif des arrêts, qui peut en dénaturer le sens originel. En prenant un « point de vue plus élevé », l'auteur explique, dans une perspective proche de l'École historique, que l'ordre alphabétique met à mal la « marche » de l'histoire: « Déplacer un arrêt du rang que lui assigne sa date, n'est-ce pas défigurer, par la confusion des époques, l'histoire de la jurisprudence? [...] Il est incontestable aujourd'hui que, pour bien connaître l'histoire d'un peuple, il faut l'apprendre juridiquement [...]. Et puisque les tribunaux constatent les usages, les opinions, les préjugés du moment, pourquoi ne pas conserver à chaque arrêt sa physionomie chronologique? Pourquoi le confondre avec d'autres arrêts que l'on doit à une législation, à des mœurs et à des connaissances diffé-

⁽⁶⁵⁾ En cela, la doctrine du XIX^e siècle emprunte les poncifs d'un discours hostile à l'arrestographie particulièrement répandu sous l'Ancien régime. Sur cette question, V^e Chr. CHENE, *L'arrestographie, science fort douteuse*, « Recueil des mémoires et travaux publiés par la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit », fasc. XIII, Montpellier, 1985, pp. 179-187.

⁽⁶⁶⁾ A.-S., « *Thémis* », vol. 8, 1826, pp. 140-147.

⁽⁶⁷⁾ Il s'agit de la *Jurisprudence générale du Royaume de Dalloz*, regroupant les arrêts antérieurs à 1825 publiés dans l'ancien *Journal des Audiences*, et de la *Jurisprudence du XIX^e siècle* de Sirey, qui est une évolution de la première table alphabétique du recueil publiée en 1811.

rentes »⁽⁶⁸⁾? Après un bref exposé des qualités et défauts respectifs des collections alphabétiques de Sirey et Dalloz⁽⁶⁹⁾, l'auteur continue sur sa lancée et donne une leçon aux arrêtistes en exposant sa conception de l'arrêtographie. Un recueil de jurisprudence « ne doit être qu'une compilation d'arrêts précédés d'une analyse succincte des faits et des moyens plaidés ». Le principal devoir de l'arrêtiste consiste à « signaler les variations de la jurisprudence et la disparité des espèces ». Toutefois, l'auteur précise avec condescendance « qu'on ne doit pas non plus lui refuser le droit de présenter, à l'occasion d'un arrêt, et par une courte démonstration, le résultat de ses propres réflexions ». S'il demeure bref et raisonnable, c'est-à-dire dans les limites de ses compétences juridiques, l'arrêtiste peut appliquer la « théorie à la pratique ». L'auteur fustige cependant les arrêtistes qui, à l'image de Sirey, usent et abusent de doctrine dans leurs ouvrages: « Je saisis cette occasion pour constater qu'un arrêtiste peut introduire dans sa compilation des doctrines élevées, très élevées, et même beaucoup trop élevées ».

En somme, les arrêtistes ne sont pas compétents pour analyser comme il se doit la jurisprudence. En bons techniciens, ils doivent se contenter de rapporter les arrêts avec soin. En aucun cas ils ne doivent faire œuvre de science, bien qu'ils puissent occasionnellement proposer de brèves analyses et réflexions. Si les recueils d'arrêts demeurent d'utiles médias qui diffusent en masse les décisions du Palais, l'étude sérieuse de la jurisprudence doit désormais se faire dans les revues scientifiques.

Dans la première moitié du siècle, la *Thémis*, la *Revue de Droit Français et Étranger*, la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, la *Revue Critique* ou encore la *Revue Pratique* tentent ainsi d'en

(68) A.-S., « *Thémis* », cit., pp. 142-143.

(69) Sirey étant plus complet que son concurrent, mais aussi plus confus et moins ordonné. La critique de Sirey est d'ailleurs particulièrement sévère, l'auteur conseillant au jurisconsulte sarladais de « sacrifier son petit amour propre d'auteur » dans l'intérêt de ses lecteurs, en simplifiant ses notices et sommaires, et en prenant exemple sur la précision de Dalloz. Si les arrêtistes en général ne sont point épargnés par la verve de l'auteur, Dalloz semble toutefois moins attaqué que Sirey. Il est possible que le statut d'ancien collaborateur de Dalloz à cette revue lui ait épargné les critiques les plus dures.

rénover l'analyse à travers des chroniques plus ou moins suivies ⁽⁷⁰⁾. Dans un contexte très concurrentiel, leurs rédacteurs rappellent qu'ils sont les seuls interprètes légitimes et compétents pour dévoiler l'état de la jurisprudence. Les arrêtiéristes seraient en effet incapables de séparer le bon grain de l'ivraie parmi les décisions ⁽⁷¹⁾, et offrirait à leurs lecteurs des études bâclées. A la note d'arrêt trop casuistique, la doctrine privilégie alors les vastes études synthétiques ⁽⁷²⁾. Pour Faustin Hélie notamment, les faits et le texte des arrêts importent peu. La jurisprudence est un point de départ qui doit ouvrir plus largement au débat juridique ⁽⁷³⁾. Cette conception est caractéristique d'un détachement complet avec le Palais, l'annotateur ne participant plus à l'activité judiciaire; un processus d'abstraction s'accomplit ainsi entre le « fait judiciaire » et le « fait

⁽⁷⁰⁾ Sur ce point, lire J.-L. HALPERIN, *La place de la jurisprudence dans les revues juridiques en France au XIX^e siècle, Juristische Zeitschriften in Europa*, sous la dir. de M. Stolleis, T. Simon, Frankfurt am Main, 2006, pp. 374-380. V^o également Fr. AUDREN et N. HAKIM (dir.), *Les revues juridiques au XIX^e siècle*, Paris, La mémoire du droit, à paraître.

⁽⁷¹⁾ « Encombrés qu'ils sont par les immenses matériaux qui se pressent dans leurs recueils, ayant hâte de les publier, peuvent-ils avoir le temps, quelque soit d'ailleurs leur savoir, d'éclairer chaque arrêt d'une discussion, de constater l'esprit qui l'anime, la règle dont il dérive et qu'il consacre, le lien qui l'unit aux décisions antérieures? », F. HELIE, *Revue critique de la législation criminelle*, « Revue de Législation et de Jurisprudence », n^o 17, 1843, p. 355.

⁽⁷²⁾ V^o par exemple l'étude sur la jurisprudence des enfants naturels de Dalloz dans la *Thémis*, ou encore celle consacrée aux actions de propriété dirigées contre l'Etat de Cormenin. V^o également Chr. JAMIN, *La rupture de l'École et du Palais...*, cit., p. 75 et ss.

⁽⁷³⁾ « Cette mission scientifique est le partage naturel d'une revue dégagée des textes des arrêts; placée à plus de distance des faits, elle peut plus facilement en observer la tendance générale; libre de toutes conditions de temps et de cadre, elle peut porter à loisir le flambeau de la discussion sur toutes les matières; enfin, vouée au culte des principes, à la théorie du droit, il lui appartient de rattacher la pratique à cette théorie, d'analyser les rapports qui unissent chaque point spécial aux règles générales, de creuser les questions les plus contestées, et de défendre ces maximes du droit qui sont l'esprit de toutes les lois et que la justice ne peut reconnaître sans abdiquer sa puissance », F. HELIE, « Revue critique de la législation criminelle », cit., pp. 356 et ss. Cependant, Hélie reconnaît dans une note en bas de page la qualité des observations de certains arrêtiéristes: « Il faut toutefois mentionner les excellents travaux de MM. Devilleneuve et Carette, dans le *Recueil des lois et des arrêts*, et les savantes critiques de M. Championnière, dans le *Contrôleur de l'Enregistrement, Journal du notariat* ».

juridique », qui désormais sera la matière première de la jurisprudence (74). L'« Examen doctrinal de jurisprudence » se veut également plus théorique que la note d'arrêt, le projet des revues scientifiques étant en résumé de « mieux sélectionner les arrêts et de mieux les rattacher à la doctrine que ne le font les recueils Sirey et Dalloz » (75).

Toutefois, malgré les espérances et les efforts d'auteurs prestigieux et de diverses origines comme Rodière, Championnière, Dufour, Faustin Hélie ou Paul Pont, les arrêtistes et leurs recueils demeurent indétrônables. Conscients de la situation, les fondateurs de la *Revue critique* se donneront plus modestement pour mission de « marcher » avec les recueils d'arrêts, leur périodique constituant le « complément doctrinal des recueils de jurisprudence ». Surtout, la méthode mise en place par la doctrine n'est pas fondamentalement différente de celle suivie dans les recueils : à la même époque, les notes d'arrêts sont de plus en plus développées et riches en analyses de type doctrinal. La recherche des principes, la généalogie des normes et les synthèses juridiques existaient déjà au *Sirey* comme au *Dalloz* avant que les revues n'interviennent sur le sujet. De plus, une grande partie du lectorat praticien souhaitait disposer de la dernière actualité juridique et d'un maximum d'arrêts, quitte à ce que les annotations y soient plus courtes et moins « doctrinales ». Ne pouvant traiter autant d'informations que les recueils (76), réduites à un lectorat par nature limité, les revues scientifiques délaisseront rapidement l'étude de la jurisprudence.

Cette incursion de la doctrine dans la jurisprudence à partir des années 1820 a toutefois plusieurs conséquences. En premier lieu, elle oblige les arrêtistes à réagir : pour rester crédibles, les praticiens vont à leur tour défendre la dignité de leur magistère et la qualité de leurs travaux, tout en stigmatisant l'étroitesse d'esprit de la doctrine. L'exemple le plus célèbre demeure la « Préface » à la 3^{ème} édition du

(74) V° E. SERVERIN, *Jurisprudence*, cit., pp. 325-327.

(75) J.-L. HALPERIN, *La place de la jurisprudence ...*, cit., pp. 374-380.

(76) Aux lecteurs qui auraient souhaité un plus grand nombre d'arrêts, Ballot répond que la tâche est impossible pour une revue « militante » en « état d'infériorité manifeste avec les publications si parfaites » qui recueillaient la jurisprudence; V° J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, p. 379.

Journal du Palais, rédigée par Ledru-Rollin en 1837. Sirey, quant à lui, pointe les lacunes de l'enseignement « exégétique » des facultés (77), et observe avec regret que les étudiants ne savent pas appliquer le droit au sortir de l'école (78). « Théoriciens », « légistes », « doctrinaires », les *commentateurs* ne sont pas des *prudents*. Leurs méthodes, dogmatiques à l'excès, sont trop éloignées des contingences et des nécessités du droit. Toutefois, l'esprit du temps incite de plus en plus les arrêttistes à s'adapter au dynamisme d'une doctrine en expansion, aiguillonnée par les travaux de l'École historique allemande et déjà fort éloignée de l'exégèse des premiers jours. Dans leurs recueils, les praticiens s'attacheront alors à exposer leurs méthodes, dont les exigences seront aussi élevées que celles des théoriciens des revues. Or, en se plaçant sous le patronage de la *science*, les arrêttistes cessent d'être des *prudents*, et se font à leur tour *théoriciens*.

C'est dans cette perspective *scientifique* que les arrêttistes, en second lieu, multiplient les grands travaux de synthèse juridique au sein de *Dictionnaires* et *Répertoires* (79) qui fonctionnent en étroite relation avec les *Recueils périodiques*. Si le phénomène prend surtout

(77) J.-B. SIREY (*et alii*), *Jurisprudence du XIXe siècle...*, cit., p. 2: « L'école, en effet, apprend bien, aux jeunes légistes, à recueillir et combiner toutes les dispositions législatives, ou la science des textes [...]. L'école enseigne aussi, ou peut enseigner, quelle fut, à chaque époque, l'intention législative (*mens legis*), positivement consignée dans les monuments historiques [...]. Elle peut aller plus loin: s'élevant jusqu'à des idées générales de législation, l'école peut, d'après l'ensemble des lois préexistantes, et des positions survenues à l'époque de l'émission d'une loi, éclairer les obscurités, ou suppléer au silence de la loi nouvelle, déterminer l'intention présumée du législateur. Mais c'est le *nec plus ultra* de l'enseignement scholastique: et jusque là, on ne trouve que des règles pour l'interprétation usuelle de la loi: il n'y a point d'enseignement précis pour son application ».

(78) J.-B. SIREY, *op. cit.*: « Leurs professeurs ont bien dû leur remplir la tête de notions élémentaires, plutôt que d'espèces jugées [...] quand on rentre au barreau, il ne faut plus se cultiver comme sur les bancs; il ne suffit plus de savoir par cœur des cahiers. [...] Celui-là ne serait pas écouté, et aurait l'air très mal habile, qui viendrait faire de grands raisonnements sur un point déjà fixé par une longue série de raisonnements judiciaires ».

(79) Il serait toutefois réducteur de ne voir dans ces répertoires qu'une œuvre d'arrêttistes. Dès l'origine, ils accueillent la collaboration des membres de l'École: le professeur Demante rédigera par exemple de nombreux articles dans *l'Encyclopédie du Droit* de Sebire et Carteret, publiée en 1836.

de l'ampleur à partir des années 1830, les premiers travaux de synthèse jurisprudentielle datent du début du XIX^e siècle. Ainsi, le *Dictionnaire de jurisprudence de la Cour de cassation* de Montainville (1805) ou le *Dictionnaire des arrêts modernes* de Loiseau⁽⁸⁰⁾ (1809) avaient déjà tenté de systématiser la jurisprudence naissante sur le droit unifié, en y joignant des renvois à la doctrine et des analyses critiques. Alors que Sirey commençait en 1817 la publication de sa série des *Codes annotés*, Favard de Langlade achevait en 1823 son *Répertoire de la Nouvelle Législation civile, commerciale et administrative*⁽⁸¹⁾. Ce projet débuté en 1811 et reporté en raison du développement encore insuffisant « de la jurisprudence sur nos Codes » à cette époque, avait pour ambition de « faire ressortir les principes généraux des lois qui nous régissent, et le mode de leur application par les différentes autorités judiciaires et administratives ». Le succès indiscutable du *Répertoire* de Merlin, réédité jusque dans les années 1830, prouve que ce genre littéraire n'a pas disparu avec la Révolution.

Le phénomène se poursuit et se perfectionne dans les années 1820. Après avoir entièrement refondu son recueil, Sirey (assisté par Duvergier et Devilleneuve) entreprend en 1821 la publication de sa *Jurisprudence du XIX^e siècle*. Cet ouvrage, dans lequel il ne faut chercher « ni théories abstraites, ni principes absolus », mais « le sommaire des décisions judiciaires qui ont été recueillies, avec tous leurs détails, pendant l'espace de vingt années », se situe à mi-chemin entre un répertoire doctrinal et une table de jurisprudence⁽⁸²⁾. En 1826, Désiré Dalloz commence la publication de son répertoire alphabétique intitulé *Jurisprudence Générale du*

⁽⁸⁰⁾ LOISEAU, *Dictionnaire des arrêts modernes, ou Répertoire analytique, sommaire et critique de la nouvelle jurisprudence française, civile et commerciale; contenant la Notice des Arrêts les plus importants de la Cour de cassation depuis 1790 jusqu'en 1809, et ceux des Cours d'Appel depuis la promulgation du Code Napoléon, etc.*, Paris, Chez Clament frères, Libraires éditeurs, Archives du droit français, t. 1, 1809.

⁽⁸¹⁾ FAVARD DE LANGLADE (et d'autres magistrats et juriconsultes), *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; par les lois qui s'y rattachent; par la législation sur le contentieux de l'administration et par la jurisprudence*, Paris, Firmin Didot-Imprimeur du Roi, t. 1, 1823.

⁽⁸²⁾ J.-B. SIREY, *etc.*, *op. cit.*, p. 2.

Royaume ⁽⁸³⁾: l'arrêteste y réunit ainsi tous les arrêts antérieurs à 1825 (appartenant à l'ancienne collection du *Journal des Audiences*), classés de façon alphabétique par ordre de matières.

Toutefois, c'est surtout le *Dictionnaire général et raisonné de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence* d'Armand Dalloz ⁽⁸⁴⁾, publié en 1835, qui inaugure la véritable « manie du répertoire » ⁽⁸⁵⁾ s'emparant des arrêtestes entre les années 1830 et 1850. Ces collections, véritables compléments « statiques » des recueils périodiques, constituent alors la « vitrine scientifique » des recueils d'arrêts, et seront la meilleure arme des arrestographes pour conserver leur primauté sur la jurisprudence, terrain de plus en plus disputé par la doctrine. Dans la foulée, le *Journal du Palais* se dotera également son propre *Répertoire Général* comme le fera plus tard le *Sirey* sous la direction de Fuzier-Herman ⁽⁸⁶⁾. La jurisprudence, la législation et la doctrine sont évidemment les sources principales de ces ouvrages. Cependant, les répertoires renvoient également dans leurs titres à l'histoire du droit ⁽⁸⁷⁾, à la philosophie, au droit comparé ou au droit international privé en gage de leur scientificité et de leur exhaustivité. Le tandem recueil-répertoire recevra très nettement les faveurs des praticiens, qui pourront y puiser dans les uns l'actualité la plus récente, et dans les autres des articles de synthèse sur les thématiques les plus courues au Palais. L'École et les théoriciens peineront une fois encore à concurrencer les arrêtestes dans ces travaux holistes.

Avec les répertoires, les praticiens ne parlent cependant plus de la même jurisprudence: des arrêts, ils passent à la science du

⁽⁸³⁾ L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Le centenaire du Dalloz, D.*, 26e cahier, chronique XXIV, Paris, Dalloz, 1950, p. 105. Edmond Meynial indique quant à lui que le projet est initié dès 1825 (*Les recueils d'arrêts et les arrêtestes*, cit., p. 188).

⁽⁸⁴⁾ A. DALLOZ (et plusieurs avocats et juristes), *Dictionnaire général et raisonné de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, etc.*, Paris, Bureau de la Jurisprudence Générale, 1835.

⁽⁸⁵⁾ Ed. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts et les arrêtestes*, cit., p. 190.

⁽⁸⁶⁾ Ed. FUZIER-HERMAN, *Répertoire Général Alfabétique du Droit Français, etc.*, Paris, Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, à partir de 1886.

⁽⁸⁷⁾ C'est notamment le cas dans les répertoires du *Dalloz* et du *Journal du Palais*.

droit. L'étude théorique prend ainsi le pas sur la *prudentia* du Palais. De plus, ces travaux plébiscités et exigeants poussent les arrêtiistes dans leurs derniers retranchements: la professionnalisation des corps juridiques dans la seconde moitié du siècle ne leur laisse plus le loisir de se consacrer pleinement à l'étude de la jurisprudence. En effet, la patente des avocats, instaurée par la loi du 15 mai 1850, mais aussi la création du concours national de l'agrégation de droit en 1855 contribuent à segmenter la figure ancienne du *jurisconsulte* pour redéfinir la place et les rôles respectifs des professionnels du droit. Alors que le *juriste* supplante le *jurisconsulte*, les praticiens ne sont plus en mesure de concurrencer les *théoriciens* d'une École en pleine construction de son identité. La dernière décennie du XIX^e siècle marque la fin de leur règne sur la jurisprudence: seule en lice, l'École investit alors massivement les recueils.

A partir des années 1870 le comité de rédaction du *Sirey* subit en effet de nombreux remaniements et s'agrandit considérablement. Le corps professoral s'y fait de plus en plus présent. En 1881, il y a six professeurs (Bufnoir, Demante, Labbé, Laurent, Lyon Caen et Renault) pour huit « praticiens » (Fuzier-Herman, C.-L. Jessionesse, O. Demangeat, Lacointa, Paul Pont, Rivière, Ruben de Couder et Louis Puech). En 1914, on compte vingt-et-un membres de l'École pour seulement sept membres du Palais ⁽⁸⁸⁾.

Au *Dalloz*, la situation est comparable. C'est surtout à partir des années 1860 que le corps professoral investit véritablement le périodique, avec des signatures de renom comme celles de Meaume, Murlon, Bertauld, et surtout Charles Beudant. Certains d'entre eux, à l'instar de Boistel (106 notes de 1873 à 1908) ou de Camille Levillain (106 notes de 1878 à 1914) seront très prolifiques et fourniront un travail considérable et régulier pendant plusieurs décennies. Parmi les professeurs-arrêtiistes les plus actifs, on retrouve beaucoup de provinciaux comme Levillain, de Loynes, Paul

⁽⁸⁸⁾ Parmi les professeurs ou Doyens, nous pouvons compter Audinet, Blondel, Bourcart, Charmont, Chavegrin, Demogue, Gaudemet, Hauriou, Hémard, Huguency, Le Courtois, Lehr, Lyon-Caen, Mestre, Meynial, Pillet, Renault, Roux, Tissier, Villey et Wahl; le corps des praticiens ou juristes non professeurs est représenté par de Gourmont, Chardenet, Dalmbert, Dourache, Naquet, Ruben de Couder, Dechezelle et Lassaigne.

Pic, Jean Appleton, Jules Valéry ou encore César-Bru, secondés par de nombreux contributeurs plus occasionnels issus des facultés régionales. Toutefois, les professeurs parisiens ne sont pas en reste, à l'image d'Alphonse Boistel, d'Edmond Thaller, d'Henri Berthélemy et surtout de Marcel Planiol (172 notes d'arrêts entre 1890 et 1914) qui participent activement à la vie du recueil. A ces contributeurs de l'École, il faut aussi associer les enseignants qui n'exercent pas dans les facultés de droit, comme Meaume, professeur à l'École des Eaux et Forêts de Nancy ou encore Charles Dupuis, secrétaire et maître de conférences à l'École des Sciences Politiques.

Bien sûr, les praticiens n'ont jamais déserté les recueils; Louis Sarrut au *Dalloz*, ou encore Naquet et Adrien Sachet au *Sirey* sont d'ailleurs des collaborateurs très actifs⁽⁸⁹⁾. Les hommes du Palais n'en sont toutefois plus les maîtres. C'est l'École qui impose à présent son modèle intellectuel: le face à face avec les juges peut désormais avoir lieu.

II. *Une liaison léonine.*

Avec l'arrétiste praticien, ce tiers gênant qui s'était approprié la diffusion et la critique des arrêts, disparaît une vision pragmatique de la jurisprudence, phénomène complexe ne se résumant pas à la seule activité du juge mais au sein duquel l'arrétiste — le *prudent* — jouait également un rôle actif.

Le nouveau duo décrit par Esmein, composé d'une part de la doctrine forte de sa science, et d'autre part de la pratique productrice de la jurisprudence, semble ainsi succéder dans un équilibre parfait à une longue période de tâtonnements scientifiques et parfois d'ignorances réciproques. Cependant, la jurisprudence telle que la conçoit Esmein, c'est-à-dire comme la seule activité du juge, ne constitue que l'aboutissement d'un processus continu d'appauvrissement du terme qui s'étend sur le siècle. Une fois toute acquise aux magistrats, cette nouvelle jurisprudence dépossédée de ses atours scientifiques se retrouve alors au cœur d'une lutte de pouvoir et d'autorité entre doctrine

(89) Louis Sarrut par exemple signera 377 notes au *Dalloz* entre 1884 et 1914.

et juges, et reflète les enjeux symboliques et systémiques qui animent ce couple décisif de la pensée juridique.

A) *De la jurisprudence-science à la jurisprudence faite par le juge.*

Alors que l'acception judiciaire du mot *jurisprudence* est très tôt acquise chez les juristes du Palais, les théoriciens demeurent majoritairement attachés à son sens traditionnel. La doctrine se considère en effet comme la véritable et légitime héritière de la jurisprudence romaine, c'est-à-dire de la « science du droit » au sens du *Corpus Iuris Civilis*. De Delvincourt à Gény, le sens classique du terme est alors sans cesse affirmé et rappelé. Toutefois, si certains auteurs comme Bernardi s'en tiennent encore au début du siècle à définir la jurisprudence sous l'angle unique de la « connaissance du droit », sans même mentionner l'existence d'une jurisprudence issue du prétoire ⁽⁹⁰⁾, ce cas est minoritaire. Dans un système de droit codifié, la légitimité des décisions juridictionnelles motivées et massivement publiées est en effet plus grande que jamais: les controverses de l'Ancien Régime sur l'autorité, voire l'utilité, de la science des arrêts ⁽⁹¹⁾ sont désormais révolues, ou ne subsistent plus qu'indirectement à travers les reproches adressés aux arrêttistes et à leurs méthodes. Devenue incontournable, la jurisprudence du Palais ne saurait être ignorée des théoriciens, ni d'un point de vue concret, ni d'un point de vue terminologique. Distinguant la jurisprudence-*science* de la jurisprudence-*art*, Toullier rappelle incidemment que la seconde définition est issue d'une déformation sémantique ⁽⁹²⁾ de la première: « La jurisprudence est la science des lois [...]. On entend

⁽⁹⁰⁾ J.-E. D. BERNARDI, *Cours de droit civil français*, tome premier, Paris Chez Garnery, 1803, p. 4: « La jurisprudence diffère cependant du droit, en ce qu'elle ne comprend que les connaissances théoriques et les principes généraux, sans aucune application particulière, tandis que le droit semble exiger cette application. La jurisprudence donne la doctrine et fournit la théorie; le droit en fait l'application aux divers cas qui se présentent ».

⁽⁹¹⁾ V^o notamment sur ce point la controverse agitée en 1763 lors d'une Conférence de l'Ordre des Avocats du Parlement de Metz, reproduite par DUPIN (aîné), *De la jurisprudence des arrêts...*, cit., pp. 19 et ss.

⁽⁹²⁾ Nous l'avons vu, Dupin rappellera la même chose en 1814: si l'activité du juge est qualifiée de jurisprudence, ce n'est qu'en raison d'un regrettable abus de langage venu du Palais!

par science un enchaînement de vérités fondées sur des principes évidents par eux-mêmes ou sur des démonstrations, une collection de vérités d'une même espèce, rangées dans un ordre méthodique. L'art est l'habitude d'appliquer les connaissances à la pratique. De là, quelques jurisconsultes ont défini la jurisprudence comme l'habitude d'interpréter les lois et de les appliquer aux espèces qui se présentent »⁽⁹³⁾. Quelques années plus tard, le professeur et arrêti- tiste Edouard Meaume évoque également la dualité de définition du terme, tout en précisant bien que l'acception « judiciaire » de la jurisprudence a supplanté dans l'usage son acception « scienti- fique »: « La connaissance du droit est l'objet de la jurisprudence. Ce mot désigne quelquefois l'ensemble des principes de droit qu'on suit dans chaque pays ou dans chaque matière. Plus souvent encore on entend par jurisprudence, la manière dont l'autorité judiciaire décide ordinairement telle ou telle question. L'uniformité de plu- sieurs décisions, dans des espèces identiques, établit la jurisprudence dans tel ou tel sens »⁽⁹⁴⁾. En 1869, dans la quatrième édition de leur *Cours de droit civil français*, Aubry et Rau semblent ne plus se référer qu'à la définition judiciaire du terme: « L'ensemble des solutions plus ou moins concordantes, données par les cours et tribunaux aux questions de droit que soulèvent les affaires qui leur sont soumises, constitue ce que l'on appelle *hoc sensu*, la jurisprudence (*interpretatio usualis nisus fori*). La jurisprudence, qui a si puissamment contribué aux progrès de la science du Droit, et qui est appelée, par la nature même de la mission confiée aux tribunaux en général, et plus particulièrement à la Cour de cassation, à suppléer aux lacunes de la législation, et à diriger le développement des principes qui y sont posés, a toujours joui en France d'une considération justement méritée »⁽⁹⁵⁾.

Il faut dire qu'entre-temps la doctrine, pourtant de moins en

⁽⁹³⁾ C.B.M. TOULLIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Paris, 4ème éd., 1824, t. 1, p. 2.

⁽⁹⁴⁾ E. MEAUME, *Introduction à l'étude de la Législation et de la Jurisprudence forestières*, Nancy, Raybois et Comp., 1857, pp. 2-3.

⁽⁹⁵⁾ C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, cit., pp. 128-129.

moins praticienne ⁽⁹⁶⁾, finit par s'appropriier le vocabulaire des arrêtiéristes dont elle reprend le flambeau. L'exemple de Demolombe est révélateur: pour lui, la *jurisprudence* n'est autre que la « *viva vox iuris civilis* » c'est-à-dire la pratique, la vie du droit. Le pas est inéluctablement franchi lorsque la doctrine dominante ne définit plus la jurisprudence que sous sa seule acception judiciaire: ce sera notamment le cas de Belime ⁽⁹⁷⁾, mais encore de Saleilles ou bien sûr d'Esmein. Le vocable tardif de *doctrine* remplace alors celui, très vieilli, de *jurisprudence*; au même moment, la jurisprudence perd définitivement son syntagme « des arrêts », car la confusion n'est guère plus possible.

Déplorant le divorce entre *l'École* et *le Palais*, désireux surtout de sauver leur magistère menacé par les nouvelles sciences politiques et sociales, les professeurs prennent, pour la majorité d'entre eux, la jurisprudence comme principal objet d'étude ⁽⁹⁸⁾. Expression la plus « vraie » et la plus vivante du droit, elle ouvre de nouvelles perspectives scientifiques qui doivent permettre aux juristes de renouer avec leur rôle traditionnel de spécialistes du fait social et politique.

⁽⁹⁶⁾ Le paradoxe est bien connu: alors que la doctrine s'intéresse de plus en plus à l'œuvre des tribunaux, elle s'éloigne dans le même temps du Palais. Certes, nombre d'enseignants sont encore avocats (ou ont provisoirement exercé cette profession), quelques-uns terminant même leur carrière dans la Haute magistrature (Josserand, Tissier, Colin). Cependant, la nouvelle doctrine qui prend progressivement les rennes de la science juridique est principalement issue d'un corps professoral, désormais solidement organisé (agrégation de 1855 et ses réformes en 1874 et 1895). Elle prend donc ses distances avec la culture praticienne et construit son autorité sur le seul magistère scientifique. V° notamment Chr. ATIAS, *Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)*, « Revue de la Recherche Juridique — Droit prospectif », 1981, p. 189 et ss.; Chr. JAMIN, *La rupture de l'École et du Palais...*, cit., p. 73. Quant aux membres de la doctrine devenus magistrats ou également magistrats, outre le cas précité de Troplong, v° J.-L. HALPERIN, *Quelques Janus au XIXe siècle entre magistrature et doctrine*, in *Figures de Justice. Etudes en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, pp. 79-88; J. HILAIRE, *Pratique et doctrine au début du XIXe siècle. L'œuvre de Jean-Marie Pardessus (1772-1853)*, *ibid.*, pp. 287-294.

⁽⁹⁷⁾ W. BELIME, *Philosophie du droit ou cours d'introduction à la science du droit*, Paris, Joubert — Libraire de la Cour de cassation, 1844, t. 1, pp. 512 et ss.: « J'entends ici par jurisprudence, non pas l'ensemble de la science du droit, mais la doctrine consacrée par les arrêts des tribunaux ». L'auteur précise toutefois que les sentences des tribunaux ne peuvent pas être considérées « comme une des sources du droit positif ».

⁽⁹⁸⁾ A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, cit., p. 11.

En appelant ainsi à œuvrer principalement sur la jurisprudence, à l'analyser avec les outils scientifiques adaptés et à quitter le giron d'un Code vieilli et critiqué, Esmein accorde au juge une place prééminente. Dans son système, ce sont bien en effet les décisions des magistrats qui prennent en compte les réalités de la vie juridique et qui transforment en profondeur le droit codifié. Bien conscients de leur rôle premier au sein du commerce juridique, certains magistrats à l'image de Julien Sacase aspirent d'ailleurs à prendre la tête de la science du droit, contestant à l'université son autorité en la matière. En 1855, ce dernier écrit : « Il me semble même qu'envisagée comme instrument de certitude et comme élément de fécondité pour la science du Droit en général, [la jurisprudence des arrêts] l'emporte sur toutes les branches rivales de l'interprétation juridique, et que nulle, parmi elles, ne lui apporte un meilleur et plus large tribut »⁽⁹⁹⁾ car elle entre « en communauté avec le législateur lui-même » et partage, « dans une certaine limite, sa puissance créatrice »⁽¹⁰⁰⁾. Les discours de rentrée des Cours d'appel et de la Cour de cassation, qui sont autant de moments forts dans l'affirmation du corps judiciaire, sont également l'occasion de s'emparer de la question⁽¹⁰¹⁾. En un peu plus d'un siècle, quatorze interventions traiteront ainsi directement de la jurisprudence⁽¹⁰²⁾. Certains inti-

⁽⁹⁹⁾ J. SACASE, *Jurisprudence du XIX^e siècle ou Table générale du Recueil général des lois et arrêts (1797 à 1850)*, par MM. DEVILLENEUVE et GILBERT, « Revue critique de législation et de jurisprudence », t. VI, 1855, pp. 83 et ss.; V^o aussi N. HAKIM, *La contribution de l'université à l'élaboration de la doctrine civiliste au XIX^e siècle*, in *Les Facultés de droit inspiratrices du droit?, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques n° 3, actes du colloque des 28 & 29 octobre 2004 — sous la direction de M. Hecquard-Théron*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, pp. 15-33.

⁽¹⁰⁰⁾ J. SACASE, *Id.*, p. 84.

⁽¹⁰¹⁾ Sur ce point, V^o notamment J.-Cl. FARCY, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, 1998, p. 133 et 199-200; J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle, II, L'emprise contemporaine des juges*, cit.

⁽¹⁰²⁾ Durand (Edmond), avocat général à la Cour de cassation, *La loi et la jurisprudence*, 16 octobre 1931 [*La Gazette des Tribunaux*, 16-17 octobre 1931]; Merveilleux Duvignaux (Pierre-Emile), avocat général, *De l'influence des tribunaux sur le progrès de la législation*, 4 novembre 1867, Angers, Laîné frères, 1867, 72 p.; Celice (Albert), substitut, *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation ou de la permanence du*

tulés sont d'ailleurs révélateurs du rôle fondamental joué par les magistrats dans la transformation du droit: *L'importance de la jurisprudence des arrêts* en 1827, *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation ou de la permanence du droit honoraire* en 1888, mais aussi *La loi et le juge* ou encore *La loi et la jurisprudence* dans les années 1930.

De façon évidente, l'exclusion du tiers praticien à la fin du XIX^e siècle accentue et clarifie le rôle des protagonistes restés en lice: au juge revient la *prudentia* et le prestige de former la jurisprudence; à la doctrine, la théorie et l'étude du droit. La doctrine s'éloigne alors très clairement du modèle romain classique du *jurisconsulte* comme principal acteur de l'élaboration du *ius*, en s'interdisant de se mêler de la création du droit⁽¹⁰³⁾. Se plaçant délibérément en périphérie, elle n'en est plus que la distante orchestratrice. Les universitaires de l'École développent ainsi des artefacts leur permettant d'ordonner le « social » à travers le prisme du droit. Dans les recueils, ils élaborent des notes savantes ou de longues chroniques de jurisprudence; dans les traités et manuels, ils édifient des théories générales et des constructions juridiques de grande

droit honoraire, 16 octobre 1888, Aix, B. Pust., 1888, 40 p.; Gaultier (Alexandre-Félix René), procureur général, *L'étude de la jurisprudence*, 14 novembre 1837, Angers, impr. de Victor Pavie, 1837, 19 p.; Préfeln (Charles de), avocat général, *L'importance de la jurisprudence des arrêts*, 3 novembre 1827, [Journal politique, affiches, annonces et avis divers du département du Calvados, novembre 1828]; Bornet (Charles), substitut, *La technique jurisprudentielle en droit privé, son rôle, son domaine*, 2 octobre 1937, Douai, Libr. Lauverjat, 43 p.; Gautier (Louis), substitut, *La jurisprudence*, 3 novembre 1854, Grenoble, C-P Baratier, 1854, 23 p.; Chaslus, substitut, *De la jurisprudence*, 3 novembre 1859, Limoges, J-B. Chatras, 1859, 32 p.; Valantin, avocat général, *De l'idée philosophique dans la jurisprudence au XVIII^e siècle*, 3 novembre 1854, Lyon, Louis Perrin, 1854, 54 p.; Reutenauer (Paul), conseiller, *La loi et le juge*, 2 octobre 1934, Lyon, Impr. Noirclerc et Fénétrier, 1934, 13 p.; Leclerc (Laurent), avocat général, *De la jurisprudence*, 3 novembre 1858, Metz, Impr. De Nouvian, 1858, 52 p.; Lambert (Jean), avocat général, *La coopération du législateur et du magistrat, hier et aujourd'hui*, 16 septembre 1961, Melun, Impr. Administrative, 1963, 31 p.; Baudouin, substitut, *La jurisprudence*, 4 novembre 1879, Rennes, A. Leroy fils, 1879, 59 p.; Jallon, avocat général, *De l'érudition en jurisprudence*, 3 novembre 1832, Riom, Impr. de Salles fils, 16 p. (J.-Cl. FARCY, *id.*).

⁽¹⁰³⁾ Sur ce point, V^o Chr. JAMIN, *Larupturedel'Écoleetdu Palais...*, cit., p. 74.

envergure ⁽¹⁰⁴⁾. Ouvertes au droit *extra codex* et à ses sources formelles, profitant partiellement de l'apport des sciences sociales, ces œuvres font la part belle à une étude de la jurisprudence intégrée dans une perspective systématique. Si le juge est l'auteur de la jurisprudence, c'est à la doctrine qu'il revient de diriger cette dernière, de l'harmoniser avec l'ensemble du droit. Partagé par la génération montante des civilistes au tournant du XX^e siècle, ce projet est toutefois rejeté par René Demogue qui considère que la tâche est impossible ⁽¹⁰⁵⁾. Dans son ouvrage consacré aux *Notions fondamentales du droit privé* ⁽¹⁰⁶⁾ publié en 1911, le professeur lillois, tout en s'inscrivant dans la continuité des idées de Gény, aboutit toutefois à la conclusion que les antinomies du droit et du commerce juridique sont irréductibles. Les constructions doctrinales en droit privé comme en droit public ne forment alors que des « artifices », qui n'apportent au mieux que des équilibres instables et imparfaits à la matière. Le livre de Demogue suscite ainsi une grave controverse, car il remet en cause la vision que la doctrine se fait d'elle-même ⁽¹⁰⁷⁾. Si la puissance cognitive et le pouvoir de systématisation, d'abstraction et d'harmonisation de cette dernière se révèlent en définitive vains et stériles, alors la doctrine est complètement dépossédée de ses derniers attributs. L'ouverture à la jurisprudence et aux forces vives des faits sociaux, qui devait permettre à l'École de rénover ses fonctions et de promouvoir son autorité, pourrait en définitive la piéger dans un projet illusoire car impossible.

En ce qui concerne spécifiquement la jurisprudence, Demogue la considère d'ailleurs comme une « source du droit » ⁽¹⁰⁸⁾. La jurisprudence comme la coutume, le contrat ou « l'opinion commune » sont en effet mis au même niveau que la loi, conduisant à une désacralisation peu orthodoxe de la norme législative que lui

⁽¹⁰⁴⁾ Chr. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », n° 56, Bruxelles, 2006, p. 10.

⁽¹⁰⁵⁾ Sur ce point, V° entre autres le numéro spécial de *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, cit., pp. 1-211; Chr. JAMIN et P. JESTAZ, *op. cit.*, pp. 147 et ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Paris, Rousseau, 1911.

⁽¹⁰⁷⁾ V° Chr. JAMIN, *Demogue et son temps...*, cit., p. 12.

⁽¹⁰⁸⁾ V° notamment R. DEMOGUE, *H. Capitant (1856-1937)*, « Revue trimestrielle de droit civil », 1938, p. 745.

reprocheront ses pairs de l'École scientifique ⁽¹⁰⁹⁾. En tout cas, le flux jurisprudentiel et le courant des faits sociaux ne sauraient, d'après l'auteur, être canalisés ou dirigés par une doctrine productrice de chimères et de systèmes aussi perfectibles qu'inutiles.

L'historiographie a montré que l'univers juridique de Demogue, dépourvu de transcendance et de cohérence, trop « réaliste », n'a guère connu de succès auprès de la pensée dominante. Si la crise initiée par les *Notions fondamentales* se dissipe ⁽¹¹⁰⁾ dès les années 1920, elle a eu le mérite de mettre en exergue un problème central, qui résulte également de la mutation sémantique du terme de jurisprudence et de son transfert. Depuis que la jurisprudence est exclusive au Palais, il est fort légitime de s'interroger sur la valeur et l'autorité d'un magistère scientifique qui en est dépourvu. Que peuvent faire les *docteurs*, sinon des « systèmes » et des « théories générales », poursuivant le réel dans une perspective plus dogmatique, plus « métaphysique » que véritablement scientifique? Si la doctrine a pu un temps, suivant les mots de Jean Rivero, « opposer avec quelque hauteur sa vérité à la vérité du juge » ⁽¹¹¹⁾, la situation semble s'inverser à partir du moment où la jurisprudence devient une source à la fois externe et centrale de sa réflexion; l'École ne peut alors plus s'absoudre de la contingence, doit composer avec les faits, et même partir de la « vérité des juges » pour établir des théories viables et recevables.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que l'autorité et l'utilité des « faiseurs de systèmes » fait également débat en droit administratif, alors que le rapport de la doctrine à la jurisprudence y est sensiblement différent. A défaut d'un « Code administratif » attendu un temps mais qui ne vint jamais, la doctrine publiciste du XIX^e siècle façonna le droit administratif de concert avec les juges,

⁽¹⁰⁹⁾ « La loi n'est au fond qu'un acte juridique comme un autre » (R. DEMOGUE, *Notions...*, cit., p. 96). Sur ce point, V^o A. DHONTE, *Les sources du droit chez René Demogue*, « Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques », 2006. 56, pp. 89 et ss.

⁽¹¹⁰⁾ V^o Chr. JAMIN et P. JESTAZ, *La doctrine*, cit., p. 154.

⁽¹¹¹⁾ J. RIVERO, *Apologie des faiseurs de systèmes*, D., *Chronique XXIII*, 1951, pp. 99 et ss.

et en particulier avec le Conseil d'Etat ⁽¹¹²⁾. Or, en 1951, une célèbre controverse oppose le professeur Rivero au conseiller Bernard Chenot, qui avait contesté la pertinence des constructions juridiques de la doctrine aux yeux des magistrats. Ayant raillé en 1950 les propos des « faiseurs de systèmes », ce dernier opposait à « l'élaboration des *'notions'* qui assurent *'la tranquillité des professeurs'*, une méthode soucieuse des seules *'réalités concrètes'*, renonçant à toute recherche sur *'l'essence des institutions'* pour s'attacher seulement aux actes qui manifestent *'leur existence sociale'* » ⁽¹¹³⁾. Bien conscient que le Conseil d'Etat, plus encore que la Cour de cassation en matière de droit privé, tenait une place capitale dans l'élaboration et la régulation du droit administratif, Rivero défendit le magistère d'une doctrine n'ayant pas pour simple mission d'enregistrer les faits, mais de les discipliner, d'élaborer des constructions de l'esprit que le juge, gardien de la sécurité et de la stabilité juridique, ne saurait contrarier que dans le cadre « d'un jugement équitable », et sans « gaîté de cœur » ⁽¹¹⁴⁾. Moins impressionnable par les « faits », le *docteur* a ainsi pour tâche d'élaborer des *systèmes* au service du magistrat, des justiciables et de la science. Pour Rivero, comme avant lui pour François Gény, « s'il existe un lien entre la *'tranquillité des professeurs'* et la *'stabilité des catégories juridiques'*, la tranquillité des professeurs devient l'un des biens les plus précieux de la vie en société; car la stabilité des catégories juridiques, c'est la possibilité

⁽¹¹²⁾ Sur la part respective de la doctrine et du Conseil d'Etat dans « l'invention » du droit administratif, V° notamment J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, coll. Domat — droit public, 1997, p. 255; B. PACTEAU, *La doctrine, auteurs, acteurs du droit administratif...*, in *Les facultés de droit inspiratrices du droit?*, cit., pp. 83 et ss.; J. KRYNEN, *Conclusions*, *id.*, pp. 227 et ss.; J. RIVERO, *id.*, p. 99: « En droit administratif, dès le moment où elle conçoit sa tâche sous un angle plus large que le simple commentaire des lois et règlements, la Doctrine s'est mise à l'école du juge; le juge, ici, c'était le Conseil d'Etat; la Doctrine a subi son prestige; il n'est pas injuste de dire qu'elle y a ajouté, et qu'il y eut peu d'épines mêlées aux fleurs des couronnes qu'elle lui tressa. Mais, en sens inverse, le Conseil n'a point ignoré la Doctrine [...]. De part et d'autre, on s'accordait sur les bases d'une collaboration jugée nécessaire: au juge de dire le Droit à travers les cas d'espèce; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible ».

⁽¹¹³⁾ J. RIVERO, *Apologie...*, cit., p. 99.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 102.

pour l'homme de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes, donc d'entreprendre dans l'ordre, et d'exercer une liberté qui n'existe plus dès que celui qui prétend en user ignore les conséquences du geste qu'il pose » ⁽¹¹⁵⁾.

Indispensable orchestratrice du droit, la doctrine ne serait ainsi ni à la remorque de la jurisprudence, ni à la merci des seules perspectives praticiennes. Pourtant, en redéfinissant ses rapports avec la pratique, l'École contribue à faire du juge le premier acteur de la vie juridique. Devenue un phénomène extérieur et objectif, la jurisprudence renvoie désormais au seul magistère du juge. Cette conception conduit à un véritable appauvrissement de la notion, et à un déclasserement de la doctrine qui ne joue alors plus qu'un rôle subsidiaire dans l'élaboration du droit. François GénY aura beau jeu de distinguer dans son ambitieuse théorie des sources du droit ⁽¹¹⁶⁾ les sources contraignantes des simples autorités, parmi lesquelles il fait cohabiter doctrine et jurisprudence, car la bataille est déjà perdue: science en action, science de l'action, la jurisprudence est véritablement productrice de droit. Elle disqualifie ainsi une doctrine contrainte de mobiliser les textes, les images et les emblèmes d'un droit qui lui est désormais entièrement extérieur. Surtout, cette répartition des rôles entraîne une querelle de pouvoir autour d'une notion de jurisprudence plus problématique que jamais.

B) *Une querelle de pouvoir.*

Pour Portalis déjà, le magistrat et sa jurisprudence étaient indissolublement associés à la législation. Lieu commun de la pratique, cette liaison est acceptée de fait par la doctrine, malgré les protestations de principe de GénY, Ripert ou Carbonnier. En effet, dans le système issu du Code, les juges sont les seuls titulaires de la *iuris dictio*. En 1858, le magistrat Laurent Leclerc insiste sur ce point dans son discours de rentrée à la Cour impériale de Metz: « La

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 101.

⁽¹¹⁶⁾ L'ensemble de son œuvre tend à poser cette théorie et à la compléter par une méthode. V° F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, A. Chevalier-Marescq et C^{ie}, 1899 (2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1919, 2 tomes); *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la science juridique*, Paris, Sirey, 1913, 4 tomes.

jurisprudence qui ne vit pas des subtilités de l'École, mais de la vie réelle, de la vie extérieure, de ses intérêts, de ses passions, de ses misères, est riche d'espèces, et bien rarement on n'y découvre pas, ou celle qu'on cherche, ou quelqu'autre ayant avec elle une analogie assez directe pour autoriser les inductions logiques et probantes [...]. Le jugement ou l'arrêt n'est pas, en effet, un « pur » acte doctrinal; c'est un acte d'autorité, un acte de puissance, emportant obligation et produisant lien [...]. Il ne s'applique qu'aux parties entre lesquelles il a été rendu, mais cette application nécessaire et restreinte suffit pour lui donner une valeur juridique plus considérable qu'à l'opinion d'un jurisconsulte »⁽¹¹⁷⁾. Revêtu du « masque totémique » de la souveraineté, le juge actualise le droit, il « lit les entrailles du peuple » et incarne la « loi parlante ». Dès lors, depuis la codification, le glissement sémantique de la jurisprudence est ainsi significatif du passage de la *prudence* du *jurisconsulte* au Palais.

Tenue et se tenant à l'écart du couple formé par le juge et le législateur, la doctrine est vouée désormais à la seule étude des textes, qu'ils soient législatifs ou jurisprudentiels. Elle bascule alors définitivement vers une science purement textuelle, qui trouve ses origines dans la Rome du Bas Empire, et qu'elle conduit dans ses plus extrêmes sophistications. L'autorité de cette science semble être d'autant plus forte qu'elle se fonde sur des postulats et des méthodes à la pointe de la recherche, que seule l'École est en mesure de maîtriser. En outre, l'indépendance politique et intellectuelle de la doctrine universitaire serait un gage supplémentaire de sa scientificité garantie par une méthode positiviste plus ou moins bien assimilée.

Les rôles semblent alors clairement distribués. Pourtant, le modèle promu entre autres par Esmein est porteur de nouvelles luttes de pouvoir, autour d'une notion de jurisprudence particulièrement discutable et problématique. L'École conserverait bien sûr un lien étroit avec la jurisprudence; nous l'avons vu, dans ses notes, chroniques, articles et commentaires d'arrêts, elle formule des analyses, des espoirs, des projets et des critiques qui s'adressent tant aux magistrats qu'au législateur. Pour Edmond Meynial notamment, les

(117) L. LECLERC, *De la jurisprudence*, op. cit., pp. 24 et ss.

hommes de doctrine « redressent discrètement » les écarts de la jurisprudence « quand ils ne peuvent les justifier »; ils « construisent son système », et l'organisent comme ils organisaient jadis la loi ⁽¹¹⁸⁾. Même si elle n'intervient qu'*a posteriori*, la doctrine demeurerait donc la conseillère informelle, le guide autorisé d'un juge qui ne saurait se passer de ses lumières et de ses constructions savantes. Selon Jean Boulanger, « le juge lui-même peut ainsi puiser dans une note bien faite des enseignements précieux. Quand on loue l'œuvre accomplie par la jurisprudence dans tel ou tel domaine, on oublie trop facilement de faire leur juste part aux études doctrinales qui ont guidé cette jurisprudence au fur et à mesure qu'elle s'élaborait » ⁽¹¹⁹⁾. Ce rôle est alors bien difficile à apprécier et à quantifier. De plus, que les juges profitent ou non du travail préparatoire et des observations avisées de la doctrine ne change rien à la nature *in fine* juridictionnelle des transformations du droit. Ainsi, la fonction cognitive de la doctrine universitaire en matière de jurisprudence apparaît comme étant relativement subsidiaire. Un juge peut tout à fait dégager lui-même les solutions de sa pratique, et revêtir les attributs du *docteur* lorsque la systématisation du droit est nécessaire ⁽¹²⁰⁾, sans pour autant suivre les préconisations de l'École.

Les magistrats disposent en effet aussi bien de l'autorité déontique que de l'autorité épistémique ⁽¹²¹⁾. Or, à la différence du juge, la doctrine est dépourvue de la première, l'interprétation du *docteur* ne pouvant lier les tribunaux. Incapable de formuler des règles juridiques impératives, s'excluant d'elle-même des sources du droit, la doctrine n'a qu'une autorité épistémique, l'expression d'un savoir, d'une connaissance du droit. Elle est dès lors contrainte de s'appuyer sur l'autorité d'autrui pour valoriser son propre magistère. Sommée de démontrer que ses opinions sont fondées sur les modes légitimes de formation du droit, « l'autorité seconde » de la doctrine passe ainsi au XIX^e siècle de la promotion du Code à la mise en

⁽¹¹⁸⁾ Ed. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*, cit., p. 177.

⁽¹¹⁹⁾ J. BOULANGER, V^o *Jurisprudence*, in *Encyclopédie Juridique — Répertoire de Droit Civil* Dalloz, Paris, Dalloz, 1953.

⁽¹²⁰⁾ V^o F. ZENATI, *La Jurisprudence*, Paris, Dalloz, Collection méthodes du droit, 1991, pp. 251 et ss.

⁽¹²¹⁾ V^o sur ce point N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine...*, cit., p. 356.

avant de la jurisprudence. Cependant, en captant l'œuvre du juge, plus utile et parfois plus légitime que les lois civiles et leurs systèmes usés par le temps, l'École annonce une fois de plus la victoire des praticiens. En effet, selon Stéphane Rials, « tous les juristes, d'une façon ou d'une autre, sont appelés à '*se régler*' sur la '*pratique*' comprise comme '*forme et voie*' [...]; quelle que soit son éminente dignité sociale, la *communis opinio doctorum* — qui est d'ailleurs l'opinion commune la plus difficile à discerner qui soit —, cette opinion dont se gargarisent volontiers certains, ne saurait être utilement placée [...] au-dessus de ce qu'on pourrait appeler la *communis opinio pragmaticorum* [...] » (122).

Si les juristes praticiens « ont toujours raison » (123), c'est également parce qu'ils sont, avec les étudiants, les principaux destinataires de la prose universitaire. La domination de leurs opinions et de leurs impératifs a donc une incidence directe sur la doctrine, qui doit adapter son argumentation à son auditoire (124). Ainsi, pour se faire entendre des praticiens, l'École reprend à son compte leurs idées et leur vocabulaire. Puisqu'au Palais c'est la jurisprudence qui fait autorité, et puisque chez les praticiens la jurisprudence c'est « le juge », la doctrine ne peut qu'entériner un discours, des croyances et des pratiques qui transcendent sa propre autorité.

Toujours plus abondante et spécialisée, c'est donc véritablement la jurisprudence qui précède la science; poussé dans ses excès, le système présenté par Esmein peut même entraîner la doctrine dans un véritable « suivisme jurisprudentiel » qui ne grandit ni son autorité, ni sa légitimité. Si un certain nombre d'auteurs du XIX^e siècle (125) exprimaient en effet une forme de méfiance vis-à-vis des arrêts, ce n'était pas par pur légalisme, mais parce que la doctrine se devait de conserver le premier rang dans l'analyse et les transformations du droit. Nous l'avons vu, les revues juridiques s'inscrivaient

(122) S. RIALS, *Veritas Iuris — La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme*, « Droits. Revue française de théorie juridique », n° 26, *La codification* /2, 1997, pp. 153-154.

(123) S. RIALS, *id.*, p. 153.

(124) N. HAKIM, *id.*, pp. 366 et ss.

(125) Parmi lesquels nous pouvons citer, entre autres, Dupin, Troplong ou Gény.

dans une logique similaire; ouverture au « droit vivant », l'étude de la jurisprudence n'était qu'un prétexte pour amener à la controverse, à la discussion savante, et pour élargir *extra codex* le champ trop limité de la science. Au final, l'œuvre du juge demeurait en elle-même très secondaire. À partir des années 1880, pour l'École scientifique, c'est au contraire l'œuvre du magistrat qui constitue l'aliment principal de la doctrine: reflet du social, « écho de la conscience populaire » ⁽¹²⁶⁾, elle doit être analysée au même titre que la loi avec la plus stricte fidélité. La décision devient ainsi une source précieuse, et la logique du juge y est décortiquée dans une exégèse qui peut parfois virer au « positivisme jurisprudentiel » ⁽¹²⁷⁾ le plus abrupt.

La querelle de pouvoir entre l'École et le Palais se manifeste aussi sur un plan terminologique, à travers la question de la détermination de la jurisprudence. Au XVIII^e siècle, la jurisprudence définie comme « science du droit » était généralement distinguée de la jurisprudence des tribunaux, entendue comme le corps des décisions judiciaires, et de la « jurisprudence des arrêts », comprise comme le contenu doctrinal et usuel de ce corps de décisions, nécessitant l'intervention cognitive de la doctrine. A cette polysémie succède, nous l'avons vu, une définition unique, particulièrement pauvre et imprécise. En effet, confier la jurisprudence au seul juge ne délivre pas moins la notion de ses contradictions, car cette dernière est bien plus qu'un ensemble de décisions de justice: elle ne saurait se résumer aussi simplement à « ce que font les juges et les tribunaux ». Dès lors, comment sont concrètement déterminées les solutions de droit qui se dégagent de la masse des arrêts? Il semble impossible de démêler les contributions et les rôles respectifs des périodiques juridiques ⁽¹²⁸⁾, du corps judiciaire, notamment la Cour de cassation, ou du Conseil d'Etat, et bien entendu de la doctrine dans l'élaboration de la jurisprudence, sans engager une réflexion de fond sur cette notion ⁽¹²⁹⁾. La question, qui dépasse ici le cadre de

⁽¹²⁶⁾ Ed. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts...*, cit., p. 177.

⁽¹²⁷⁾ V^o notamment O. DUPEYROUX, *La jurisprudence, source abusive de droit*, in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, Paris, Librairie Dalloz & Sirey, t. 2, 1960, p. 349 et ss.

⁽¹²⁸⁾ V^o notamment F. ZENATI, *La jurisprudence*, op. cit., pp. 169 et ss.

⁽¹²⁹⁾ V^o Chr. GRZEGORCZYK, op. cit., pp. 42 et ss.

notre étude, est toutefois la conséquence directe de l'abandon par la doctrine de la jurisprudence au juge. Elle ne se pose d'ailleurs pas dans les mêmes termes en droit comparé, où la jurisprudence n'a pas connu la même mutation sémantique et institutionnelle.

Ce n'est qu'à la fin du XIX^e siècle que les concepts, les rôles et les pouvoirs sont ainsi définis et distribués. L'appauvrissement progressif de la notion de jurisprudence, processus entamé au XVIII^e siècle mais achevé à l'aube du XX^e siècle, est étroitement lié à une certaine perte de légitimité de la doctrine. Cette dernière se défait en effet inéluctablement de son magistère traditionnel à partir du moment où elle cède sa *jurisprudence* à une autre institution. Alors que pour les praticiens la jurisprudence se fait au Palais, la doctrine lutte un temps pour conserver le prestige d'un terme qui lui a si longtemps appartenu. Cet effort fut toutefois vain. Dans l'écosystème défavorable du droit codifié, la jurisprudence du *docteur*, qui n'est plus que science ou dogmatique du droit, ne saurait en effet concurrencer la jurisprudence du juge, plébiscitée par la pratique et disposant de l'autorité déontique.

Plus qu'un simple glissement sémantique, le passage de la jurisprudence de l'École au Palais procède de la transmission d'un symbole, d'une autorité, d'un pouvoir. Si dans le dernier tiers du siècle la doctrine parvient à récupérer *l'étude jurisprudentielle* dans les recueils, revues et répertoires, cette étude demeure limitée. La jurisprudence, sur laquelle l'École ne peut plus qu'agir indirectement, renvoie désormais à un avatar appauvri issu du seul contentieux.

Plus que toute autre notion, la jurisprudence est l'incarnation des relations ambiguës et complexes de la doctrine et de la pratique. Ce terme polysémique, malléable, porteur d'autorité et de prestige qui se fixe à la Belle Époque entre les mains du juge, est au cœur des rapports de force et met en lumière, sous le dogme codiciste et légaliste, la problématique faiblesse de la doctrine. L'histoire de la jurisprudence au XIX^e siècle est, en définitive, celle de la fin d'un univers juridique au sein duquel le *jurisconsulte*, homme de système comme de pratique, était un *iuris prudens*.