

**EQUIPE PEDAGOGIQUE**

**Chargée du Cours** : Professeur Mohamed Bachir NIANG

**Coordonnatrice** : Dr Ndèye Sophie DIAGNE NDIR

**Chargé(e)s des Travaux dirigés**

M. Yacente Diène Dione/ M. Christian Ousmane DIOUF/ Mme Sokhna Mariama SEYE FALL/ Mme Oumy GUEYE/ M. El Hadj Iba Barry KAMARA / M. Male KITAL/ M. Abdou Yade SARR/ M. Serigne Ndiagna SOW/ M. Serigne THIAM.

**Séance 3** :

**Thème** : La règle de droit

**Sous-thème** : Les sources de la règle de droit

**Exercice de Dissertation** : le juge et la règle de droit

**Document** : François Terré, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II),  
’’Jurisimprudence ? ’’ Revue trimestrielle de droit civil 1992, Chroniques p. 354

\*

\* \*

Est-ce pur hasard si le mot jurisprudence, qui désigne en anglais la philosophie et la théorie générale du droit, signifie pour nous l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période ? L'on peut supposer une parenté, non déclarée mais naturelle, entre deux points de vue, l'un théorique, l'autre pratique. Les réflexions qu'inspirent présentement les mouvements jurisprudentiels le donnent à penser. Car au-delà d'une comparaison habituelle des vertus et des vices de la jurisprudence et de la loi, c'est, à travers le concept flottant de source, d'une relation au droit qu'il s'agit.

Les relations de la jurisprudence avec d'autres sources - ou d'autres autorités, peu importe ici - ont souvent été empreintes d'ambiguïtés, favorisées par la réciprocité des influences. Au point d'encourager des analyses en termes d'absorption : de la jurisprudence par la coutume ;

de la coutume par la jurisprudence. Ailleurs, c'est sur l'idée d'exclusion que le débat s'est développé : à l'heure du triomphe du légalisme révolutionnaire sur les Parlements et leur arbitraire en exaltant la loi, on proscrivit la jurisprudence.

A telle enseigne que, les métaphores inspirées par l'eau se révélant si séduisantes, il s'est, jusqu'à une époque toute récente, accrédité dans l'esprit des juristes cette idée qu'il y aurait dans l'expression des règles et des solutions un phénomène de vases communicants : en légiférant, mieux encore en codifiant, on réduirait le rôle de la jurisprudence ; en rabaissant, au contraire, la superbe des auteurs de lois, on amplifierait celle des faiseurs de jugements, donc des fabricants de jurisprudence.

Cette présentation des choses s'explique aisément. Elle a été pleinement justifiée aussi longtemps que la jurisprudence est apparue, à travers l'application et l'interprétation des lois, comme le complément et le prolongement de celles-ci. A mesure qu'au siècle dernier les codes napoléoniens vieillirent, il était naturel que l'adaptation des règles aux exigences de la société contemporaine s'opérât dans les prétoires et non pas dans les bureaux. Là où la puissance législative n'était guère intervenue, le terrain laissé libre par la loi fut naturellement couvert par la jurisprudence. Ceci confirmait cela. Par exemple en droit administratif ou en droit international.

Le goût des parallèles, chers à l'histoire et à la littérature, s'est donc développé en droit. Les avantages et les inconvénients respectifs de la loi et de la jurisprudence ont été analysés. De l'ordre civil, la démarche est passée à l'ordre administratif. A tel point que, suivant un processus observé en droit comparé, mais latent en droit interne, il est arrivé que les juristes aient, comme pour perpétuer des différences, inversé des positions. Lassés de trop d'espèces, des publicistes en appellent au législateur. Recouverts par un flot ininterrompu de textes, des privatistes espèrent un moratoire législatif, faisant valoir que les tribunaux n'ont pas, jusqu'à nouvel ordre bureaucratique, été privés du pouvoir de juger en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi. Les réflexions suscitées par le développement du rôle du Conseil constitutionnel ont illustré encore un débat en forme d'alternative : volonté nationale ou vérité judiciaire ?

A l'ombre de cette alternative, s'est longtemps perpétué un débat des plus classiques, agrémenté de formules exactes, séduisantes, inspirées de considérations temporelles en termes d'antagonismes et de mouvements d'amplitude variable, dialectique aidant : modification de la loi par la jurisprudence, combat de la loi contre la jurisprudence, synthèse de l'une et de l'autre, l'une et l'autre offrant leurs services au droit, évolution ou révolution aidant. Débat des

plus classiques, mais aussi des plus ambigus : la jurisprudence est-elle ou n'est-elle pas une source du droit ? La réponse n'est pas indifférente aux opinions développées par la doctrine face à ce que l'on appelle, à tort et à travers aujourd'hui, les grandes questions de société. Face aussi aux incertitudes engendrées par l'activité grandissante de la Cour de cassation, juridiction paradoxale par excellence : ces contradictions qu'elle a pour mission d'éliminer, elle en arrive à les reproduire : d'une chambre à l'autre, d'une année à l'autre. A vouloir trop s'approcher du but, elle s'en éloigne. A moins que ce ne soit, le temps passant, une manifestation de presbytie judiciaire. Jurisprudence ou jurisimprudence ?

Pourquoi le débat évoqué est-il ambigu ? Parce que, lorsque l'on se demande si la jurisprudence est une source du droit, c'est par rapport à la loi, considérée comme telle, que la réflexion prospère, d'utile et abondante manière si l'on en juge par la littérature juridique. Reste que l'on tient souvent pour acquis la qualité de source reconnue à la loi.

Là gît probablement l'ambiguïté fondamentale, liée à l'usage d'une vieille métaphore. Que l'eau entretienne des rapports avec les manifestations du juridique, on en trouve des traces lointaines dans l'espace et dans le temps. Servant dans la Chine traditionnelle à désigner la loi, le mot *fa* relève d'une étymologie curieuse : dans sa graphie archaïque, il se compose « de l'élément de l'eau, qui connote l'idée de justice par l'image de la surface de l'eau parfaitement plane » (L. Vandermeersch, *La formation du légisme*, Paris, 1965, p. 185). Eau plate ou eau courante, la relation peut varier. On a parlé de fontaines de justice. Et, dans notre tradition, l'histoire voudrait que Cicéron ait été l'inventeur de l'expression « source du droit ».

Métaphore séduisante, mais dangereuse si l'on s'en tient à la surface. Qui dit source dit lieu ou point d'émergence d'une eau qui est nourrie par bien des cours ou filets souterrains sans lesquels la source serait vite asséchée. L'en couper, c'est la tarir. De même isoler la loi, dans sa manifestation extérieure, à la seule surface du réel, de tout ce qui la nourrit, c'est faire d'elle une réalité en soi et oublier que, si nécessaire que puisse être son expression formelle, celle-ci n'en est pas moins expression d'une volonté générale, ce qui interdit de confondre la loi avec le droit, la source avec la source de la source.

Le culte effréné de la loi a favorisé au siècle dernier cette confusion regrettable. Kant n'y est pas étranger : « Le *juriste* érudit recherche les lois qui garantissent le *mien* et le *tien* (s'il procède, comme il le doit, en fonctionnaire de l'Etat) non dans sa raison, mais dans le code officiellement promulgué, sanctionné par l'autorité suprême ». On ne peut légitimement lui demander de prouver leur vérité et leur bien-fondé, ni de les défendre contre les objections de la raison. Car ce sont d'abord les ordonnances qui font qu'une chose est juste ; quant à

rechercher si ces ordonnances elles-mêmes sont justes, c'est là une question que les juristes doivent carrément refuser d'entamer, comme contraire au bon sens. Ce serait ridicule de vouloir se soustraire à l'obéissance d'une volonté extérieure et suprême, sous prétexte que celle-ci ne s'accorde pas avec la raison. Car le respect dû au gouvernement consiste précisément en ceci que celui-ci ne laisse pas aux sujets la liberté de juger de ce qui est juste ou injuste, suivant leurs propres conceptions, mais suivant la prescription du pouvoir législatif (*Le conflit des facultés en trois sections*, 1798, traduction française, Vrin, 1988, p. 23). Telle n'était pas, il est vrai ; la philosophie de Portalis. La suite a pourtant bien montré à quel point la force de l'idéalisme allemand a favorisé l'essor du positivisme juridique.

Si l'on s'emploie à rétablir une distinction du droit et de la loi rendue d'autant plus nécessaire par la prolifération du galimatias législatif et réglementaire, la réflexion qu'inspirent les manifestations actuelles de la jurisprudence se développe autrement que de coutume. Car il ne s'agit plus seulement d'analyser la jurisprudence par rapport à la loi, mais de les replacer l'une et l'autre par rapport au droit pour savoir si elles sont ou n'en sont pas des sources et apprécier leur légitimité.

Evitant une vision binaire, cette attitude porte à abandonner un débat en forme d'alternative : loi ou jurisprudence ? Aujourd'hui, il ne faut plus raisonner en termes de vases communicants et croire que ce que l'une gagne, l'autre le perd. Bien au contraire, on observe présentement un accroissement des règles et des solutions, des textes et des jugements, de la loi et de la jurisprudence, s'appelant voire se provoquant l'une l'autre. Toutes deux - fût-ce en relation de hiérarchie inspirée par la démocratie et rebelle à l'oligarchie - modes d'expression, donc sources du juridique. Toutes deux assujetties aux tâtonnements, aux contradictions et aux revirements que suscite une société en quête de valeurs. Au demeurant, qu'il puisse y avoir, qu'il y ait même dans notre société trop de droit, c'est bien possible. Mais c'est là une autre histoire.

## **Séance 4 : Thème : La loi**

**Sous-thème** : Les conflits de lois dans le temps

### **Exercice de cas pratique**

Jean Marie fait face à deux difficultés. D'une part, il vient d'apprendre qu'une mesure a été prise par l'assemblée nationale : il est désormais fait obligation à tous les parents de scolariser leurs enfants âgés de 6 ans. En effet, il a deux enfants âgés respectivement de 5 ans et 8 ans qu'il n'a jamais voulu scolariser. Sa peur est d'autant plus grande que les sanctions prévues par la loi en cas de manquement sont très sévères, en l'occurrence une amende de cinq cent mille francs.

D'autre part, il est lié par un contrat de travail de gardiennage pour une durée indéterminée à un grand magasin de vente d'électroménagers à raison d'une rémunération de soixante-dix mille francs le mois. Mais une loi est venue porter le minimum de tous les salaires à quatre-vingt mille francs. Lorsqu'il est allé voir son employeur pour une augmentation et pour le remboursement du différentiel de dix mille francs durant les deux années écoulées, ce dernier lui a opposé un nîet catégorique.

Analysez ces différentes situations.

### **Méthodologie du cas pratique**

Le cas pratique est un exercice juridique qui met à l'épreuve l'aptitude de l'étudiant à transposer dans la pratique ses connaissances théoriques. Pour ce faire, un litige, très souvent fictif, soulevant des questions de droit, lui est soumis, à charge pour lui de les résoudre en prenant appui sur ses connaissances juridiques. L'étudiant est mis dans la position d'un magistrat, appelé à se prononcer sur un contentieux. Aussi, ne doit-il pas être tenté, face à une question bien précise qui l'interpelle, de réciter tout son cours, allant au-delà de ce qui lui est demandé. Mais aussi, de même que le juge est obligé de motiver ses décisions, il est lui aussi obligé de passer par un raisonnement juridique rigoureux et surtout cohérent avant de donner sa réponse. Par conséquent, pas de solution sans raisonnement et pas de raisonnement sans solution. Cette dernière doit tirer sa force d'arguments juridiques rigoureux (LOI, jurisprudence, doctrine...) et non de développements aériens.

Le cas pratique n'est pas construit autour d'un plan, à l'image de la dissertation, il n'en obéit pas moins à certaines exigences formelles. Aussi, un certain nombre d'étapes doit être observé. Il s'agit de :

**1** La formule introductive, **2** Le résumé des faits, **3** La qualification juridique des faits, **4** Le problème juridique, **5** Les règles applicables, **6** La mise en relation des faits avec les règles juridiques, **7** La réponse finale.

**La formule introductive** : elle intègre à travers une ou deux phrases le thème général dans lequel se situe le cas à traiter (exemple : le conflit de lois, la preuve, le mariage...).

**Le résumé des faits** : si les faits sont courts, il faudra juste en reprendre l'énoncé en utilisant ses propres termes ; s'ils sont longs, il faut les résumer en évitant d'écarter des éléments importants. Quelle soit la formule retenue, il faut éviter de les commenter et surtout d'utiliser les noms propres (à la place des noms propres, il faut utiliser les qualités conférées à chaque protagoniste : un vendeur et un acheteur, un avocat et son client, un époux et une épouse...).

**La qualification juridique des faits** : il s'agit de traduire les faits en termes juridiques en les rangeant dans une catégorie juridique (exemple : l'application de la loi en matière contractuelle, la preuve des faits juridiques, la formation du mariage...).

**La question de droit** : c'est la préoccupation juridique au cœur du litige opposant les protagonistes. Elle est parfois formulée explicitement dans le cas pratique ; il suffit alors de la reformuler avec ses propres mots. Mais parfois, c'est une question non juridique qui est posée (par exemple, « qu'en pensez-vous ? », « arbitrez ce litige », « ...a-t-il raison ? » etc.) ; dans ce cas, il appartient à l'étudiant de traduire la question littéraire en question juridique en s'appuyant sur les faits et la qualification juridique. Il peut également arriver qu'une question unique soit posée alors qu'elle en sous-entend plusieurs, il faudra alors toutes les découvrir.

**NB** : il faut éviter de personnaliser le problème juridique.

**Les règles applicables** : c'est la solution du droit positif à la question juridique qui doit être dégagée à travers les textes légaux, la jurisprudence, la doctrine... La solution peut comprendre un principe assorti de ses exceptions ; il faut alors exposer le principe et uniquement l'exception qui est susceptible de s'appliquer au cas d'espèce.

**La mise en relation des faits avec les règles applicables** : il est ici question ici de confronter les faits de l'espèce à la règle de droit dégagée ; en effet, ce sont des principes aériens que

l'étudiant a dégagés. Il s'agit de voir si les faits sont concernés, pris en compte par les principes.

**La réponse finale** : c'est la conséquence du raisonnement tenu ci-haut. Il faut résoudre la question posée comme le ferait le juge face à un litige pour lequel il doit rendre un verdict (par exemple : par conséquent, le créancier, tenu d'apporter une preuve écrite mais qui n'y a pas satisfait, est débouté de sa demande de remboursement).