



HAL
open science

Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ?

Alain Desrayaud

► To cite this version:

Alain Desrayaud. Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ?. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2008, I (121), pp.41-72. hal-04542194

HAL Id: hal-04542194

<https://hal.u-pec.fr/hal-04542194v1>

Submitted on 11 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ?

par Alain Desrayaud,
Professeur à la Faculté de droit de Paris-Est

« Voulez-vous retomber dans le chaos de l'incertitude ? Permettez à l'usage de faire, à la désuétude de défaire la loi »¹. La sentence rendue par Hello au milieu du XIX^e siècle contre l'abrogation de la loi par désuétude était sans appel. Pourtant, quelques années plus tard, Courcy opposait au spectre de l'anarchie l'ombre de l'iniquité : « Ce qui ébranle l'autorité morale des lois, je vais le dire et je m'étonne que ce côté de la question, qui est pour moi la question principale, ne soit même pas indiqué : c'est que les lois aboutissent à des décisions contre lesquelles se révolte la conscience, et puissent forcer le juge à rendre l'injustice »².

De nos jours, la condamnation de l'abrogation de la loi par désuétude est un sentiment assez couramment partagé. Exprimé avec moins de virulence que par le publiciste du XIX^e siècle, il participe du courant doctrinal dominant en droit français qui répugne à faire de la coutume une source du droit égale à la loi. Or la désuétude des lois par usage contraire (*consuetudo abrogatoria*) ou par non-usage (*desuetudo* au sens strict) est un fait patent relevé entre autres par Cruet³, Carbonnier⁴, MM. Roland et Boyer⁵. Mais, comme le soulignent ces derniers, « il y a crime de lèse-majesté »⁶ à soutenir l'idée « qu'un usage imprécis puisse venir heurter la norme législative qui est précision par hypothèse, qui n'a plus même à jalouser la souplesse de la coutume, puisque le législateur vigilant siège en permanence, s'adapte continuellement »⁷. Ainsi l'abrogation de la loi par désuétude paraît ressortir de la sociologie juridique plutôt que constituer une question de droit positif. L'historien du droit est amené à s'intéresser au point de savoir quand, comment et pourquoi ce sentiment a prévalu.

A priori il lui serait loisible de conjecturer que le développement de l'absolutisme législatif dans la France d'Ancien régime, l'avènement du culte de la loi depuis la Révolution et l'exclusivisme de la loi comme source du droit consacré par l'échec du Livre préliminaire du Code civil⁸ se seraient conjugués pour consommer la disparition définitive de l'abrogation de la loi par désuétude. Dans la même perspective, il serait encore à relever que plus récemment, à la fin du XIX^e siècle, la publication du livre de Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif* (Paris, 1899), avait relancé en France la discussion sur l'autorité de

¹ C.G. Hello, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, tome 2, Paris, 1848, p. 64.

² *Questions de droit maritime*, tome 1, Paris, 1877, p. 18.

³ *La vie du droit et l'impuissance de la loi*, Paris, 1908, pp. 252-259.

⁴ *Flexible de droit*, Paris, 1969, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, pp. 91 et s., spécialement pp. 91, 95-97, 99.

⁵ *Locutions latines et adages du droit français contemporains, II, Adages*, tome 1, Lyon, 1978, v^{is} Coutume passe droit, pp. 167-171, v^{is} *Cujus est condere*, pp. 177-180.

⁶ *Ibid.*, p. 170.

⁷ *Ibid.*

⁸ Voir sur ce point en particulier : J. Moreau-David, La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière dans *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1997, XVIII, pp. 146-153.

la coutume sans admettre l'abrogation de la loi par désuétude⁹ et que le rapport d'Esmein à la Première sous-commission de révision du Code civil (1905) l'avait aussitôt rejetée dans les termes les plus formels¹⁰.

Cependant, en sens inverse, les articles Désuétude et Loi du *Grand dictionnaire universel* de Pierre Larousse (Paris, 1866-1876, 15 vol. et deux suppléments, 1878-1890) attirent l'attention. Ils donnent à penser que la question de l'abrogation de la loi par désuétude n'était pas absolument résolue et que la controverse n'était pas encore éteinte ou que, tout au moins, elle l'était depuis peu. En effet ils portent d'une part : « les jurisconsultes ont *trop longtemps* agité la question [...] »¹¹ et d'autre part : « Disons tout de suite que la plupart de nos jurisconsultes enseignent que la coutume, quelque générale et persistante qu'on la suppose, est impuissante à abroger la loi [...] »¹². Selon toute apparence, l'abrogation de la loi par désuétude comptait encore des partisans au XIX^e siècle. Pour sa part, dans sa thèse *La coutume. Ses sources. Son autorité en droit privé*, Lebrun a lancé l'hypothèse que jusque vers 1841, le droit français admettait ce mode d'abrogation de la loi¹³. Sa démonstration assez sommaire justifie de reprendre la question non seulement à partir de la doctrine mais encore de la jurisprudence¹⁴.

Il ressort de ces sources qu'en la matière, la génération des rédacteurs du Code civil et de ses premiers commentateurs empruntait par brassées à l'ancien droit. De prime abord, il apparaît que professeurs de droit et praticiens d'une part, tribunaux et cours d'autre part, s'accordaient à estimer qu'une loi jamais observée ou tombée en désuétude s'anéantissait d'elle-même et autorisait la réception d'un usage contraire¹⁵. Comme à l'accoutumée, ils ne regardaient pas à se référer aux opinions des quelques juristes d'Ancien régime qui avaient écrit sur le sujet ; ils ne dédaignaient pas non plus de citer les arrêts des parlements. Est-ce à dire que la Révolution n'aurait provoqué aucune solution de continuité et que la rupture avec l'ancien droit serait survenue ultérieurement, dans le cours du XIX^e siècle, sous la Monarchie de Juillet ? En réalité, la matière touchait trop à l'ordre constitutionnel, spécialement à la souveraineté du Législateur, pour ne pas avoir été affectée par l'instauration du nouveau régime politique. L'héritage de l'ancien droit n'avait pas fait l'objet d'une acceptation pure et simple. Doctrine et jurisprudence distinguaient et sous-distinguaient : s'agissait-il de statuer sur la désuétude d'une loi ancienne (ordonnance, édit, déclaration, voire coutume) ou bien d'une loi nouvelle ? S'agissait-il d'une loi civile, commerciale ou pénale ? Par delà cette casuistique, le sens général de l'évolution du droit français au XIX^e siècle ne fait aucun doute. Dans une première époque, l'opinion commune, héritière des doctrines jusnaturalistes, a tendu à considérer la désuétude comme une loi de la nature, plus précisément comme un "effet de la loi du temps" (I). Dans une seconde époque, l'emprise grandissante du positivisme juridique et l'affermissement progressif du nouvel ordre politique ont conduit à dénoncer l'abrogation de la loi par désuétude comme un "attentat contre la loi des hommes" (II).

⁹ Voir notamment les développements qu'il consacre à l'abrogation de la loi par désuétude, *op. cit.*, tome 1, Paris, 1954 (2^{ème} édition), n° 125-128, pp. 390-411.

¹⁰ *Bulletin de la Société des études législatives*, Paris, 1905, pp. 3-14.

¹¹ Tome 6 (publié en 1871), v° Désuétude, p. 610, col. 4. C'est nous qui soulignons.

¹² Tome 10 (publié en 1873), v° Loi, p. 632, col. 4.

¹³ Thèse droit, Caen, 1932, n°316, p. 337.

¹⁴ Voir notamment ses développements, *ibid.*, n° 315-316, pp. 335-337 et n° 330-331, pp. 349-352

¹⁵ Sur cette fonction de l'usage dans la doctrine d'Ancien régime : J. Moreau-David, *op. cit.*, pp. 141-143.

I. LA DESUETUDE, "EFFET DE LA LOI DU TEMPS"

Dans son compte-rendu sur les *Questions de droit maritime* (Paris, 1877) de Courcy, Boistel relevait qu'en droit moderne, la question de la désuétude de la loi se ramenait à deux ordres d'arguments principaux, les uns tirés de considérations d'utilité, les autres de l'organisation des pouvoirs publics. Ceux-là, marqués du sceau du pragmatisme, auraient tendu à reconnaître la désuétude, ceux-ci, empreints des abstractions juridiques des publicistes du XVIII^e siècle, auraient conduit à nier à la coutume le pouvoir d'abroger la loi¹⁶. Toutefois il n'est pas possible de diviser schématiquement les juristes français du XIX^e siècle en deux courants qui, pour l'essentiel, auraient recoupé un clivage politique inavoué entre sectateurs de l'ordre ancien et zélés du nouvel ordre. Car, s'il est vrai que nombre d'auteurs du début du XIX^e siècle s'inscrivaient dans la continuité historique et qu'à l'instar des juristes d'Ancien régime, ils développaient l'idée que la désuétude des lois était une vérité d'évidence qu'il était vain de méconnaître, il est non moins sûr que quelques-uns tentaient de concilier cette forme d'abrogation de la loi avec les nouveaux principes constitutionnels.

Pour des générations de juristes, la désuétude était apparue comme un fait social. La Commission de révision des lois instituée par l'ordonnance du 20 août 1824 l'avait qualifiée d'"abrogation vivante de la loi" par référence aux jurisconsultes romains¹⁷ (A). Les hommes formés à l'école de l'ancien droit n'avaient pas perdu ni abandonné leurs habitudes de penser et leurs modes de raisonner par le fait de la Révolution. Pour leur part, ils avaient continué à soutenir que la loi d'une manière générale, la législation d'Ancien régime en particulier, pouvait tomber en désuétude. Cependant, comme un large courant politique et juridique était éminemment défavorable à la coutume depuis 1789¹⁸, il était *a priori* difficile pour le Tribunal de cassation, puis la Cour de cassation instituée en vue de défendre l'oeuvre du législateur et l'unité de législation¹⁹, de prendre parti pour la désuétude en sanctionnant des coutumes contraires ou le non-usage. Grâce à un artifice du Procureur général Merlin, il fut admis -provisoirement- que la désuétude pouvait passer pour l'expression de la volonté générale. C'était ouvrir une première brèche dans les anciennes conceptions (B).

A. L'"ABROGATION VIVANTE DE LA LOI"

Très probablement, dans l'esprit de la commission de révision des lois de 1824, l'expression "abrogation vivante" visait à suggérer que cette abrogation résultant de la vie et de l'évolution du droit était à

¹⁶ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1879, pp. 161 et s., spécialement pp. 164-166.

¹⁷ *Moniteur Universel*, n° 359 (25 décembre 1825), Rapport de la commission, p. 1693. Son but était le suivant : dans la législation de 1789 à 1814, « séparer ce qui existe encore de ce qui n'existe plus, réduire le volume des actes obligatoires à ce qu'on doit lire et consulter comme tel et bannir de la nouvelle collection tout ce que des lois postérieures ou les changements politiques ont nécessairement retranché, soit de la partie législative, soit de la partie réglementaire de nos codes », *Moniteur universel*, *ibid*.

¹⁸ Voir notamment G. Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1939, I-II, pp. 7 et s., J. Ray, *La Révolution française et la pensée juridique : l'idée du règne de la loi*, *Revue philosophique*, 1939 et plus largement sur la loi au XVIII^e siècle : S. Goyard-Fabre, *Philosophie politique (XVI^e-XX^e siècle)*, Paris, 1987, pp. 247 et s. ou encore J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, 1998, n° 169 et s., pp. 281 et s. (et les références).

¹⁹ Voir notamment T. Sauvel, *Le Tribunal de cassation de 1791 à 1795*, Conseil d'Etat, *Etudes et documents*, fasc. 12, Paris, 1958, pp. 179 et s. ; J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation, et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987, pp. 38, 45-46, 47, 53-56 et 73 et du même, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) dans Le Tribunal de cassation, 1790-1990, Volume jubilaire*, Paris, 1990, pp. 27.

opposer à une abrogation purement abstraite, juridique, opérée tantôt par voie d'autorité (abrogation expresse d'un ancien texte par un nouveau), tantôt par voie de logique (abrogation tacite par incompatibilité de textes). Aussi n'est-il pas trop hasardeux d'y voir une influence de l'ambiance intellectuelle de l'époque, spécialement des doctrines de Burke, Bonald et Maistre, voire de l'Ecole historique allemande²⁰. Pour la plupart d'entre eux, les juristes du début du XIX^e siècle suivaient leurs devanciers, quand ils ne les citaient pas comme autorités. Dans ces conditions, en règle générale, les développements qu'ils consacraient à la matière de l'abrogation de la loi par désuétude étaient assez intemporels. Il en était ainsi, lorsqu'ils en exposaient le régime juridique (2^o). En revanche, la Révolution leur semblait parfois lui avoir apporté une nouvelle justification et renforcé sa légitimité (1^o).

1^o) Une justification empirique et politique

Pour l'ancienne école, la désuétude se justifiait par son caractère inéluctable : elle paraissait procéder de l'ordre naturel des choses et de cette loi universelle que tout naît, vit et meurt. Déjà, au début du XVII^e siècle, Charondas le Caron écrivait : « [...] il advient souvent aux loix comme aux autres sciences que de jour en jour l'expérience et le temps les réforme, polit et change en mieux, d'autant que la capacité et dextérité de l'esprit humain n'est telle qu'elle puisse incontinent concevoir et comprendre tout ce qui vient en la pensée ; et, de plus en plus, les esprits s'affilent et esclaireissent, aussi, ès affaires publiques, les occasions et circonstances apportent souvent de grandes varietez et mutations. Et toutes choses sont subjectes à vicissitude et changement »²¹. Dans des termes assez voisins, Claude de Ferrière²², Dunod²³, Daguesseau²⁴ ou encore Dareau²⁵ exprimaient la même philosophie. Plus tard, un Toullier²⁶, un Klimrath²⁷, un Mailher de Chassat²⁸, un Rolland de Villargues²⁹ ou un Trolley³⁰ firent chorus. Sans être aussi diserts, Challine³¹, Domat³² et Claude-Joseph de Ferrières³³ avaient admis également le principe que les lois s'abrogent par désuétude.

Au reste, le roi lui-même n'en disconvenait pas. Le Code Michaud (1629) admettait expressément l'abrogation des lois par désuétude³⁴. Se défiant plus des parlements, l'Ordonnance de Moulins (1566) et

²⁰ Sur ce point, voir J. Poumarède, Défense et illustration de la coutume au Temps de l'Exégèse (Les débuts de l'Ecole française du droit historique) dans *La coutume et la loi (Etudes d'un conflit)* sous la direction de C. Journès, Lyon, 1986, pp. 97-100.

²¹ *Oeuvres*, tome 2, Paris, 1637, *Pandectes ou digestes du droict françois*, liv. 1, ch. 2, p. 6.

²² *Nouvelle institution coutumière*, tome 1, Paris, 1692, liv. 1, tit. 1, art. 7, p. 4 ; rapp., *ibid.*, art. 11 *in princ.*, p. 6.

²³ *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Eglise et des dixmes*, Paris, 1753, liv. 1, ch. 13, p. 103.

²⁴ *Oeuvres*, tome 9, Paris, 1776, Lettre du 29 octobre 1736, p. 446.

²⁵ Article *Autorités* dans Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, tome 1, Paris, 1784, pp. 862-863.

²⁶ *Le droit civil suivant l'ordre du Code*, tome 1, Paris, 1811, n° 154, pp. 103-104.

²⁷ J. Poumarède, *op. cit.*, p. 102.

²⁸ *De l'interprétation des lois*, Paris, 1825, § 152, p. 252.

²⁹ *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, tome 3, Paris, 1841, v° Désuétude, p. 611.

³⁰ *Cours de droit administratif*, tome 1, Paris, 1844, n° 14, pp. 20-21.

³¹ *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, règle 5, p. 49.

³² *Traité des loix dans Les loix civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, Paris, 1702, ch. 12, n° 5, p. XXV et *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, *ibid.*, liv. prélim., tit. 1, sect. 1, n°17, p. 4.

³³ *Dictionnaire de droit et de pratique*, tome 1, Paris, 1769, v° Coutume, n° I, p. 393.

³⁴ Jourdan, Decrusy et Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Paris, 1824-1830, 28 vol. (désigné dans la suite des développements par Isambert), tome 16, Ordonnance de 1629, art. 1, p. 225 : « Que toutes les ordonnances faites tant par les rois nos prédécesseurs que par nous, [...] autres qui ne sont spécialement révoquées par aucunes

l'Ordonnance de 1667 invitaient seulement les cours souveraines à adresser des remontrances dans l'hypothèse où telle ordonnance ou tel édit n'aurait plus été adapté aux circonstances³⁵. Dans la même perspective, les articles de Dareau au *Répertoire* de Guyot³⁶ (repris *in extenso* par son continuateur Merlin³⁷ et empruntés par Favard de Langlade³⁸) insistaient sur l'idée que malgré sa vocation à la pérennité³⁹, la loi subit irrésistiblement le poids des ans par le changement des temps, des mœurs et des circonstances⁴⁰ et par l'effet des progrès de l'entendement humain⁴¹. En bref, par la loi du temps, serait détruite "l'équation entre le droit et les mœurs" pour reprendre une formule de Courcy⁴². Pour tous ces auteurs, il était clair que le droit était un produit social⁴³.

Outre cette traditionnelle justification qui paraissait consacrée par le Digeste⁴⁴, quelques jurisconsultes trouvaient à la désuétude un intérêt politique. Pour eux, elle jouait comme un antidote contre certaines prétentions ou initiatives du législateur souverain.

La première vertu politique de la désuétude aurait été de rendre vaines les tentatives qu'aurait un législateur de prétendre enchaîner l'avenir en prohibant par avance les usages contraires à la loi. Le roi avait parfois manifesté quelques velléités de régir les temps futurs. Les textes royaux ordonnant la rédaction des coutumes avaient démarqué la "clause de loi perpétuelle" en disposant que les coutumes rédigées devaient être tenues et gardées "comme loy et edict perpétuel irrévocable"⁴⁵. L'absolutisme législatif de doctrine ne

subséquentes ou par ces présentes, et non abrogées par usage contraire, [...] seront gardées et observées par toutes nos cours de parlement [...] ».

³⁵ Isambert, tome 14, Ordonnance de Moulins (1566), art. 1 *in fine*, p. 190 : « Pourront néanmoins les gens de nosdits parlemens et cours souveraines (si par succez de temps, usage et expérience, aucunes desdites ordonnances se trouvoient contre l'utilité et commodité publique [...]) nous en faire telles remontrances qu'il appartiendra pour y estre pourvu » et tome 18, Ordonnance de 1667, tit. 1, art. 3, p. 105 : « N'entendons toutefois empêcher que si par la suite du temps, usage et expérience, aucuns articles de la présente ordonnance se trouvoient contre l'utilité publique ou commodité publique [...], nos cours ne puissent en tout temps nous représenter ce qu'elles jugeront à propos, sans que sous ce prétexte l'exécution en puisse être sursise ».

³⁶ *Op. cit.*, tome 1, v° Autorités précité et tome 5, v° Désuétude, p. 558.

³⁷ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 2, Bruxelles, 1826, v° Autorités, n° I, pp. 246-247 et tome 8, v° Désuétude, pp. 4-5.

³⁸ *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, tome 2, Paris, 1823, v° Désuétude, p. 90 et dans le même sens, tome 3, v° Loi, sect. VI, n° 4, p. 362.

³⁹ Dareau, *ibid.*, tome 1, v° Autorité, p. 862 : « Quand le souverain l'établit, son intention est certainement qu'elle subsiste jusqu'à ce qu'il lui plaise de la révoquer [...] » et tome 5, v° Désuétude, p. 558 : « Lorsque le souverain porte la loi, son intention est bien qu'elle soit exécutée à perpétuité [...] ».

⁴⁰ *Ibid.*, tome 1, v° Autorité ; rapp. A. Trolley, *op. cit.*, tome 1, n° 14, p. 21.

⁴¹ *Ibid.*, tome 1, v° Autorité : « Les différentes connaissances que l'on acquiert, changent en même temps et la façon de penser et la façon d'agir [...]. Jamais les mœurs d'un siècle n'ont été celles du siècle qui l'a précédé, ni de celui qui a succédé : cette révolution, qui est dans l'ordre des choses, s'est remarquée dans tous les temps et chez toutes les nations [...] » ; et tome 8, v° Désuétude, p. 4 : « Les lois qui tiennent aux préjugés et à l'ignorance des temps où elles ont été données, sont encore des lois qui doivent disparaître dans un siècle sage et éclairé : ce serait le comble du ridicule et souvent de l'injustice et de la mauvaise foi que de les rappeler pour exercer des vexations ».

⁴² *Une question de législation et de morale. Les veuves des marins disparus*, Paris, 1878, p. 38.

⁴³ Rapp. J. Poumarède, *op. cit.*, pp. 101-104.

⁴⁴ D. 1, 3, 32, 1 : « *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur. Et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam, quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes : nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium, per desuetudinem abrogentur* » (trad. : « Un usage anciennement établi peut avec raison être gardé comme loi. C'est ce qui est appelé droit établi par les mœurs. En effet les lois elles-mêmes n'étant obligatoires que parce qu'elles ont été reçues par le peuple, à juste titre le seront également celles que le peuple a approuvées, même si elles ne sont pas écrites : car, qu'il importe que le peuple ait déclaré sa volonté par un suffrage ou qu'il l'ait manifesté par des actes et des faits ? Aussi est-il établi avec grande raison que les lois peuvent être abrogées non seulement par le suffrage du législateur, mais par une désuétude fondée sur le consentement tacite de tous »).

⁴⁵ Lettres patentes du 15 mars 1497, édit de mai 1506 et édit de janvier 1510 : voir Bourdot de Richebourg, *Nouveau coutumier général*, tome 4, Paris, 1724, pp. 639 et 640, et Isambert, tome 11, pp. 457-461 et 611. Rapp. Ordonnance de Montils-lès-Tours (1454 n. st.), art. 125 (Isambert, tome 9, p. 253), lettres patentes du duc de Bourgogne (1459) (Bourdot de Richebourg, *ibid.*, tome 2, pp. 1169-1170) ou

souffrait guère qu'une coutume pût aller à l'encontre d'une volonté royale aussi clairement exprimée⁴⁶. Dunod affirmait au XVIII^e siècle que « si une loi était prohibitive de toute coutume contraire, elle l'empêcherait de naître et de se former »⁴⁷. Mais c'était alors un lieu commun que d'assurer que les coutumes établies par les commissaires du roi de concert avec les assemblées d'ordres répondaient mieux aux besoins et aspirations des peuples que les lois du roi et que, par là, elles étaient moins susceptibles de variations et de désuétude⁴⁸. Bien plus, des témoignages concordants conduisent à penser que maints usages nouveaux avaient vu le jour et que, peut-être, la rédaction des coutumes avait moins figé le droit qu'on ne le dit ordinairement⁴⁹. Au début du XVII^e siècle, Challine révélait qu'un certain nombre de coutumes rédigées et homologuées étaient néanmoins tombées en désuétude⁵⁰ et il s'attachait à décrire quelques dispositions des coutumes de Chartres et de Paris, rédigées respectivement en 1508 et en 1580, devenues ultérieurement lettre morte⁵¹. Son témoignage était confirmé par Merlin de Douai pour les coutumes de la ville et châtellenie de Lille, de Hainaut, de Cambrai et de Valenciennes⁵². Le Chancelier Daguesseau dressait le même constat pour l'ensemble du royaume de France : « Il y a bien des choses qu'on a conservées dans leur rédaction ou dans la réformation des coutumes par respect et par prévention pour d'anciennes traditions, qui ne doivent plus tirer à conséquence depuis que la législation s'est perfectionnée en France, et qui sont censées suffisamment abrogées par l'esprit général de tout le royaume qui en est le plus sûr interprète »⁵³. Dareau en tirait la conclusion qu'« en fait de mœurs des hommes, il n'est pas possible de les tenir à l'abri du changement. [...] Il n'est pas au pouvoir du souverain d'empêcher ce changement. [...] Ainsi, dès qu'une loi contraire les mœurs nouvelles, elle éprouve un choc auquel elles ne peuvent résister »⁵⁴. Portalis adhérait à ces vues. Tout en affirmant qu'au nom de la raison, le législateur promulguait des lois universelles et intemporelles, il dissipait toute illusion : « Comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer à des événements ou à la pente irrésistible des mœurs ? »⁵⁵.

Au lendemain de la Révolution, une seconde vertu politique fut découverte à la désuétude. L'histoire de la France révolutionnaire et post-révolutionnaire amenait à donner un sens nouveau à l'écoulement du temps. Il ne provoquait plus seulement l'érosion, une lente destruction, il apportait également la maturité, une sagesse mûrie par l'expérience. L'action du temps sur le droit pouvait être ainsi une manière de réaction. Autrefois forme de contrepoids à la toute-puissance monarchique, la désuétude tendait à devenir une force de résistance à un pouvoir législatif oppressif. En vérité, de proche en proche, la désuétude avait fini

encore placard de Charles Quint (3 mars 1544) portant homologation de la coutume d'Artois (Merlin, *op. cit.*, tome 35, v^o Usage, § 2, n^o II, p. 295). Sur la clause de loi perpétuelle : voir J. Bodin, *Les six livres de la République*, Lyon, 1593, liv. 1, ch. 8, pp. 212-217.

⁴⁶ Sur l'effectivité de la législation royale, nous renvoyons à notre article : Etude exploratoire sur l'effectivité des lois et la souveraineté du roi en droit privé (France, XIII^e-XVIII^e siècle) dans *Cuadernos de Historia del derecho* (Madrid), 1994, I, pp. 139-192.

⁴⁷ *Op. cit.*, liv. 1, ch. 13, p. 103.

⁴⁸ Sur ce lieu commun, voir notamment : C. de Ferrières, *op. cit.*, tome 1, tit. 1, art. 9, note c, p. 6 ; Dunod, *op. cit.*, liv. 1, ch. 13, p. 102 ou encore Dareau, *op. cit.*, tome 1, v^o Autorités, p. 863.

⁴⁹ Rapp. J. Moreau-David, *op. cit.*, pp. 143-144 ; *contra* A. Lebrun, *op. cit.*, n^o 82-83, pp. 85-87 dans le sens dans la thèse traditionnelle.

⁵⁰ *Op. cit.*, règle 5, pp. 48-57, d'où sa cinquième règle : « Comme l'usage a introduit toutes les dispositions des coutumes : aussi est-il vrai que le non-usage les peut abolir » (*ibid.*).

⁵¹ *Ibid.*, pp. 51-57.

⁵² *Op. cit.*, tome 35, v^o Usage, § 2, n^o 2, pp. 296-298.

⁵³ *Op. cit.*, tome 8, Paris, 1774, Lettre du 4 sept. 1742, pp. 157-158.

⁵⁴ *Op. cit.*, tome 1, v^o Autorités, p. 862.

⁵⁵ Discours préliminaire sur le projet de Code civil (1er pluviôse an IX), Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827 (désigné dans la suite des développements par Fenet), tome I, p. 469. Sur la loi en perpétuelle adaptation, voir les réflexions contemporaines de M. Mekki, Le modèle de la loi au sein du Code civil dans *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle* (sous la direction de Th. Revet), Paris, 2005, pp. 18-23.

par être mobilisée sous la bannière de l'individualisme libéral. Dans les années 1780, sous la plume de Dareau, le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* avait commencé par prêcher la mesure et la prudence : « si les hommes étaient faits pour les lois, elles subsisteraient autant que les hommes mêmes ; mais ce sont les lois qui sont faites pour les hommes ; elles ne peuvent dès lors durer qu'autant qu'elles leur conviennent et qu'elles s'accordent avec leurs mœurs actuelles »⁵⁶. Il invitait à légiférer d'*après* les mœurs, alors que l'*Encyclopédie* admettait déjà qu'*en droit*, une législation *contre* les mœurs pût être imposée. En effet, après avoir rapporté que des ordonnances « sont tombées en désuétude, parce qu'elles ne convenaient plus aux présentes mœurs », elle ajoutait : « mais il dépend toujours de la volonté du roi de les remettre en vigueur et d'en prescrire l'observation »⁵⁷. Pour les hommes du Consulat, la Révolution avait usé et abusé de lois comprimant les mœurs et les habitudes des Français. La désuétude apparaissait à Portalis tout à la fois comme un garde-fou, un arbitre et un antidote. Bien qu'elle n'ait pas été consacrée dans le projet de Code civil⁵⁸, Portalis en célébrait les vertus : « Peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert délibéré, de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même ? »⁵⁹. Elle sanctionnait en quelque sorte le conseil de modération qu'il venait de prodiguer : « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois »⁶⁰. Sous la Monarchie de Juillet, si Dupin⁶¹ et Bélimé⁶² ne se démarquaient guère du sentiment de Dareau et de Portalis, Solon franchissait encore une étape en systématisant cette doctrine : « c'est très heureusement, disait le pair de France Lanjuinais, qu'il y a dans la nature des choses une force conservatrice qui lutte sans cesse, souvent avec succès, contre les lois vicieuses ; la violence peut en assurer l'exécution partielle, temporaire, apparente, mais avec le temps, la raison, la justice éternelle, l'opinion finissent par détruire ces sortes de lois »⁶³. Précisant sa pensée, il insistait sur l'intérêt que venait de présenter la désuétude dans un passé récent. Par le fait, il éclairait son lecteur sur ses convictions profondes : « Nos lois nouvelles n'ont rien de contraire à des principes aussi généralement admis, et, comme autrefois, elles sont susceptibles d'être abrogées par un usage contraire. Nous devons même dire que ce genre d'abrogation a été toujours considéré comme tenant à la paix des familles et à l'ordre public, il a dû acquérir plus d'importance dans les nombreuses révolutions que nous avons eu à subir depuis 89. Combien de lois, en effet, ont été faites avec légèreté et repoussées par l'opinion publique ! Combien de lois n'ont dû qu'à des circonstances passagères une vie aussi courte que la cause qui les avaient produites ! Et nos bulletins ne sont-ils pas remplis de dispositions législatives qui ont cessé d'exister sans aucune abrogation formelle ! »⁶⁴.

Pour servir de contrepoids à l'omnipotence de législateur, encore fallait-il que la désuétude revêtît

⁵⁶ *Op. cit.*, tome 1, v° Autorités, *ibid.*

⁵⁷ Article Ordonnance (par le chevalier de Jaucourt).

⁵⁸ *Cf. infra* I., B. 2°.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 479.

⁶⁰ Fenet, tome I, p. 466 précité.

⁶¹ *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats ; Recueil d'opuscules de jurisprudence*, Paris, 1835, p. 402 où il écrit en citant Prost de Royer : « Qu'un souverain donne une loi évidemment opposée à la loi naturelle, à la constitution de son empire, aux mœurs essentielles de son peuple, la force en assure l'exécution un instant, dans quelques lieux près du prince ; mais, dans l'éloignement, bientôt la justice, l'opinion publique, reprennent le dessus ; le temps fait le reste ».

⁶² *Philosophie du droit*, tome 1, Paris, 1844, p. 449.

⁶³ *Op. cit.*, tome 1, n° 389, pp. 264-265.

⁶⁴ *Ibid.*, tome 1, n° 393, pp. 267-268.

certaines caractères.

2° Un régime juridique séculaire

Coutume *contra legem*, la désuétude devait nécessairement réunir les mêmes conditions qu'un usage pour acquérir force de loi. En la matière, la doctrine de tous nos auteurs s'inscrivait dans la tradition du droit romano-canonique née à l'Age classique (1140-1348)⁶⁵. Sans qu'il soit nécessaire ici d'entrer dans le détail des controverses, il convient de noter que comme les docteurs médiévaux, ils s'accordaient à exiger : l'uniformité, la publicité, la fréquence, le long espace de temps et la tolérance du législateur⁶⁶, étant entendu que comme toute loi humaine, l'usage contraire ne pouvait aller à l'encontre des *boni mores naturales et civiles*⁶⁷. C'était également un point bien établi que la tolérance du législateur pouvait s'analyser comme une *patientia*, un *tacitus consensus*⁶⁸ révélé par l'inaction du roi ou du gouvernement selon les époques⁶⁹, plus précisément encore par l'inaction du ministère public⁷⁰. Depuis l'institution du Tribunal de cassation (1790), un rôle prépondérant incombait à son Procureur général. Par le biais du pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi, il lui appartenait de manifester l'opposition du souverain à l'établissement d'un usage contraire. « C'est pour empêcher les usages contraires à la loi de s'introduire que le vigilant Procureur général Merlin fait si souvent casser des arrêts dans l'intérêt de la loi »⁷¹. Cette fonction revêtait une singulière importance du fait qu'au XVIII^e siècle, le Chancelier Daguesseau avait tiré une conséquence assez logique de la désuétude. En effet, il avait exposé : « toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude et il est bien certain que quand cela est arrivé, on ne peut plus tirer un moyen de cassation d'une loi qui a été abrogée tacitement par un usage contraire »⁷². Près d'un siècle plus tard, Toullier⁷³ et Solon⁷⁴ reproduisaient encore cette doctrine. Bien que formulée de manière trop absolue, elle reflétait la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁵.

De la sorte le juge était-il destiné à jouer un rôle déterminant en reconnaissant ou non l'existence

⁶⁵ G. Le Bras, Ch. Lefebvre et J. Rambaud, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident, tome VII, L'Age classique (1140-1378), Sources et théorie du droit*, Paris, 1965, pp. 533-556 et J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le Pouvoir et la science au service du droit*, Paris, 1999, pp. 51-56.

⁶⁶ Entre autres : Challine, *op. cit.*, règle 5, pp. 49-51 ; Dareau, *op. cit.*, tome 1, v° Autorités, p. 863 ; Merlin, *op. cit.*, tome 13, Paris, 1815, v° Substitution fidéicommissaire, sect. 7, § 3, art. 4, n° 3, p. 109 (où il rapporte un arrêt du Tribunal d'appel de Bruxelles en date du 14 fruct. an 11) ; C.B.M. Toullier, *op. cit.*, tome 1, n° 151, pp. 101-102 ; Solon, *op. cit.*, n° 395-399, pp. 268-270 ; A.M. Demante, *Programme du cours de droit civil français fait à la faculté de droit*, tome 1, Paris, 1830, n° 20, p. 12 ; Trolley, *op. cit.*, tome 1, n° 14, p. 21.

⁶⁷ Entre autres : Dunod, *op. cit.*, liv. 1, ch. 13, p. 102 ; Daguesseau, *op. cit.*, tome 8, Lettre du 4 septembre 1742, p. 152 et 153 ; R.J. Pothier, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre* (traduites par Bréard-Neuville), tome 2, Paris, 1819, note 1, pp. 262-263 ; Solon, *op. cit.*, tome 1, n° 403, pp. 272-273 ; J.M. Boileux et F.F. Poncelet, *Commentaire sur le Code civil*, tome 1, Paris, 1842, p. 12 ; J. Boistel, *op. cit.*, p. 180.

⁶⁸ Sur la doctrine médiévale : E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto commune classico*, Milan, 1969, tome 2, pp. 133 et s.

⁶⁹ Dunod, *op. cit.*, liv. 1, ch. 13, p. 103 ; Solon, *op. cit.*, n° 394 et 399, pp. 268 et 269-270 ; Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, tome 13, Paris, 1831, n° 30, p. 32 (relatif à la loi du 25 vent. an 11 sur le notariat, cf *infra* II, B, 1°) et Delisle, *Traité sur l'interprétation juridique*, tome 1, Paris, 1847, § 43, pp. 108-112 (où il donne différents exemples tirés de l'ancien droit).

⁷⁰ C.B.M. Toullier, *op. cit.*, tome 1, n° 151 *in fine*, p. 102.

⁷¹ *Ibid.*, note 1, p. 102.

⁷² *Op. cit.*, tome 9, Lettre du 29 octobre 1736, p. 446 ; rapp. dans le même sens, p. 447.

⁷³ *Op. cit.*, tome 1, n° 154 *in fine*, p. 104.

⁷⁴ *Op. cit.*, tome 1, n° 405 *in fine*, p. 274.

⁷⁵ Cf. *infra* I., B.

d'une coutume contraire ou le non-usage⁷⁶. Les juristes de l'Ancien régime⁷⁷ n'auraient nullement désavoué cet attendu de la Cour royale de Toulouse (22 juillet 1825) : « il faudrait pour abroger les dispositions de la loi que cet usage eût été controversé et suivi de quelques jugemens contradictoires et qu'en outre il fût établi par des actes publics, fréquens, uniformes et répétés pendant un espace de temps assez long pour que le législateur pût être présumé avoir tacitement consenti à l'obligation qu'on prétend établir »⁷⁸.

Si des arrêts du début du XIX^e siècle avaient admis l'abrogation des lois par désuétude, c'est sans doute parce qu'une opinion commune bien établie y voyait une abrogation vivante. Mais c'est aussi parce qu'elle lui apparaissait comme une forme d'expression de la volonté générale.

B. L'EXPRESSION DE LA VOLONTE GENERALE

Sur le Procureur général de la Cour de cassation, M. Rémy a écrit : « Le souple Merlin, praticien du droit ancien et père fondateur du droit nouveau, est l'homme de toutes les ressources argumentatives, pourvu qu'elles servent ses fins »⁷⁹. Ses développements sur la question de l'abrogation de la loi par désuétude constituent une parfaite illustration de cette observation. Comme le monopole de la loi en matière de source du droit (selon notre actuelle terminologie) était devenue l'une des pièces maîtresses du nouvel ordre constitutionnel, il devenait paradoxal de soutenir qu'une loi pût tomber en désuétude. Pour sa démonstration, Merlin mobilisa toute son érudition juridique et son art consommé de la dialectique. En la circonstance, il est clair qu'il fit une interprétation forcée du Digeste (1^o). Pour sa part, la Cour de cassation (comme son Procureur général très vraisemblablement) se garda de perdre de vue qu'en 1790, lors de sa création, elle avait reçu pour mission d'être "la sentinelle établie pour le maintien des lois" (Prieur) ; la doctrine de Merlin donna naissance à une jurisprudence de portée très limitée (2^o).

1^o) Une interprétation forcée du Digeste

Une difficulté classique du droit romain est de concilier D. 1, 3, 32, 1 et C. 8, 52, 2⁸⁰. En effet,

⁷⁶ Rapp. les observations de Tribunal de cassation sur l'art. 5 du titre I^{er} du livre préliminaire du projet de Code civil. Le texte proposé portait : « La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés qui ont acquis la force d'une convention tacite commune » (Fenet, tome 2, p. 4). Le Tribunal de cassation suggéra de corriger de la manière suivante : « La coutume résulte d'une longue suite de jugemens et d'actes constamment répétés [...] » en précisant : « il convient d'énoncer les jugemens dont la constante uniformité a toujours formé cette jurisprudence que tous les peuples admettent comme véritable supplément de la loi » (Fenet, tome 2, p. 415).

⁷⁷ Par exemple Bouhier, *Les coutumes du duché de Bourgogne*, tome 1, Dijon, 1742, ch. 13, n^o 33, 35-39, pp. 266-267 ; Dunod, *op. cit.*, liv. 1, ch. 13, pp. 103-104 et Dareau, *op. cit.*, tome 1, v^o Autorités, p. 862. Rapp. Argentré, *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniae*, Paris, 1621, art. 323, gl. 1, n^o 7, col. 1451-1452. Sur ces points, voir également Lambert, *Etudes de droit commun législatif, La fonction du droit civil comparé*, tome 1 (seul paru), Paris, 1908, pp. 108 et s., spécialement pp. 778 et s. et A. Lebrun, *op. cit.*, n^o 27 et s., pp. 33-42 et n^o 90, pp. 95-96, J. Vanderlinden, La coutume dans le droit français des << pays de coutumes >> aux XVI^eme, XVII^eme et XVIII^eme siècles dans *Recueil de la Société Jean Bodin*, LII, La coutume, Bruxelles, 1990, pp. 278-279.

⁷⁸ S 1825 II 292 ; dans le même sens : CR Toulouse 28 nov. 1825 (S 1826 II 241-243), usage de long cours non établi (22 ans), CR Nîmes 24 mars 1830 (S 1830 II 378-379), usage de long cours non établi (« il s'est à peine écoulé dix-sept ans, il n'y a donc pas désuétude puisqu'il n'y a pas *longa consuetudo*, il n'y a que contravention et abus », *ibid.*, p. 379), CR Orléans 13 juin 1838 (S 1840 II 2^eme espèce col. 34-35), conditions non réunies (« de généralité, puisque les notaires seuls s'écartent de certaines solennités et que rien n'indique que les parties aient jamais entendu renoncer aux garanties qui résulteraient de leur observation ; d'ancienneté, puisque l'usage contraire au texte de la loi de ventôse, date à peine de trente-cinq ans ; de constance, puisque plusieurs arrêts et l'opinion de juristes recommandables, à la tête desquels il faut mettre Toullier, n'ont cessé de protester en faveur de la loi, à d'assez courts intervalles », *ibid.*, col. 35).

⁷⁹ Eloge de l'Exégèse, *Revue Droits*, 1985, I, p. 120, rapp. J. Charmont et A. Chausse, Les interprètes du Code civil dans *Le Code civil (1804-1904), Livre du Centenaire*, Paris, 1904, tome 1, pp. 141-142.

⁸⁰ J. Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^eme et V^eme siècles*, Paris, 1979, n^o 70 et s., pp. 114 et s., spécialement n^o 72, pp. 123-125 et du même, La coutume en droit canonique dans *Recueil de la Société Jean Bodin*, LII, La coutume

tandis que le Digeste expose que l'usage peut déroger aux actes de l'autorité législative⁸¹, le Code de Justinien déclare que l'usage, quelque respectable qu'il soit, ne peut pas prescrire contre la raison ou la loi⁸².

A la fin du XVII^e siècle, Jean Voët conciliait les deux textes en reprenant une distinction introduite par saint Thomas d'Aquin⁸³ et développée ensuite par Suarez⁸⁴. La clef de l'énigme aurait été une distinction

précité, p. 52-55 ; voir également : L. Waelkens, *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny. Edition et analyse de sa répétition sur la loi de quibus* (D. I, 3, 32), Leiden, 1984, passim et R. Wehrlé, *De la coutume dans le droit canonique. Essai historique s'étendant des origines de l'Eglise au pontificat de Pie XI*, thèse droit, Paris, 1928, p. 196. Spécialement sur la conciliation de ces deux lois en Allemagne : F. Gény, *op. cit.*, n° 126, pp. 393-394 et les références.

⁸¹ Cf. *supra*.

⁸² « *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est ; verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* », c'est-à-dire « L'autorité de la coutume et d'un long usage n'est pas faible, mais elle ne saurait jamais l'emporter ni sur la raison ni sur la loi ».

⁸³ R. Wehrlé, *ibid.*, pp. 189-191 ; J. Gaudemet, *La coutume en droit canonique* précité, p. 56. La *Somme théologique* (II IIa qu. 97 de lege, art. 3, ad tertium) porte : « *Ad tertium dicendum, quod multitudo, in qua consuetudo introducitur, duplicis conditionis esse potest. Si enim sit libera multitudo, quae possit sibi legem facere, plus est consensus totius multitudinis ad aliquid observandum, quod consuetudo manifestat, quam auctoritas principis, qui non habet potestatem condendi legem, nisi in quantum gerit personam multitudinis ; unde licet singulae personae non possint condere legem, tamen totus populus condere legem potest. Si vero multitudo non habeat liberam potestatem condendi sibi legem vel legem a superiori potestate positam removendi, tamen ipsa consuetudo in tali multitudine praevalens obtinet vim legis, in quantum per eos toleratur ad quos pertinet multitudini legem imponere ; ex hoc enim ipso videntur approbare quod consuetudo introduxit* ».

⁸⁴ R. Wehrlé, *ibid.*, pp. 288-291 et J. Gaudemet, *ibid.*, pp. 57-58. Dans le *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Suarez a écrit : « *Distinguendi ergo sunt varii populorum gradus, ut certam ab incertis separentur. Nam in primis consuetudo esse potest a populo qui habet supremam auctoritatem ad ferendas leges, quod solum contingit in legibus civilibus et in rebus publicis, quae non recognoscunt superiorem in temporalibus. Et in huiusmodi populis vidari potest non necessaria assertio, est tamen vera quatenus in illis habere potest locum. Nam illic supremus princeps est tota respublica, ergo si populus ille consentit in consuetudinem, necesse est, ut supremus Princeps consentiat, quia ibi non distinguitur a populi universitate. Ac de his clare loquitur lex de quibus, ff de leg. Quod si suprema potestas translata sit in senatum, et in illo sit aliqua discordia oportebat, ut major pars ejus consuetudinem servet, alias non poterit dici consuetudo illa observari a majori parte illius populi, prout habentis potestatem inducendi legem. Nec poterit dici senatus tacite consensus suum praestare, si major pars ejus consuetudinem non servet. Ita ergo in huiusmodi populis verificatur assertio nec de illis aliqui addere necesse est* ».

Deinde potest esse populus recognoscens superiorem habens ab illo facultatem condendi leges, seu statuta municipalia, prout jure communis habebant praecipue civitates, juxta l. omnes populi, ff de justit. et jur. Et de his populis certum est, sicut possunt condere leges scriptas ita et consuetudine posse illas introducere, juxta dictam legem de quibus, cum sequentibus ff de legib. Unde sicut possunt legem condere sine novo consensu Principis, ita et consuetudinem introducere. Nihilominus tamen non omnino ibi deest consensus Principis, quia per dictam licentiam illum praestitit et semper praebet, et ideo tunc necessarium non est, ut Princeps specialiter sciat consuetudinem denuo introductam in tali, vel tali civitate ; nam sine tali scientia potuit anticipatum consensus (ut ita dicam) praestare et de facto praestitit, quando dedit licentiam, quasi sub conditione, si populus vellet speciale jus sibi condere, uno vel alio modo. Qua propter si licentia esset limitata et cum dependentia a futura confirmatione Principis, ita ut ante illam obtentam lex non obliget, ut videtur esse in Hispania, tunc aliter dicendum esse de consuetudine, quia necessarium esset, illam etiam confirmari a Principe, et ideo etiam esset necessarius novus consensus illius, quia nova confirmatio non datur sine novo consensu. Unde quoad hoc reputaretur talis populus quasi non habens licentiam condendi legem sine Principe, de quo statim dicemus, idem enim erit dicendum de tali confirmatione seu de modo illam obtinendi.

Praeterea sunt populi, qui nullam habent facultatem statuendi, vel leges ferendi etiam municipales, sed illas debent, vel a supremo Principe, vel saltem a propriis dominis, vel pastoribus accipere, et hoc modo comparatur universa Ecclesia ad summum Pontificem et omnes Ecclesiae particulares ad suos Pastores, quia leges canonicas ferendas nulla est potestas in populo, nec in ipso clero sine suo capite, et influxu ejus, servata semper proportione juxta varios modos legum et communitatum. Et similes sunt multi populi laici respectu Principum, ut per se constat. De his ergo dixerunt aliqui, nunquam posse consuetudinem introduci sine tacita voluntate peculiari ipsius Principis (quam voluntatem ego personalem voco) et ideo ad illam requirunt in Principe scientiam consuetudinis et patientiam. Ita docet Glossa in dicto cap. ult. Quam multi sequuntur, ut ibi ait Panormit. et expresse tenet Innoc. in rub. de consuetud. n. 4. Idem tenet Glossa in l. 2 C. quae sit longa consuet. citans Joan. et Azon. Idem Gregor. Lup. in l. 3 tit. 2 partit. 1 in Gloss. 7 et videtur consentire D. Thom. 2, 2, q. 97, art. 3 ad 3 dicens, in his populis, qui habent superiorem, in tantum posse consuetudinem jus introducere, in quantum per eos toleratur ad quos pertinet multitudini legem imponere ; ex hoc enim videntur approbare, quod consuetudo introduxit. Consentit Soto lib. 1 de justit. q. 7, art. 2 et Sylvest. verb. Consuetudo, q. 3 Dried. de libert. Christian. cap. 12 idemque videntur sentire Angel. verb. Consuetudo n. 9 in princip. et Sylvest. q. 3 [...].

Potestque haec sententia suaderi primo ex l de quibus ff de legib. ubi tota ratio consuetudinis ponitur in consensu populi, qui potest legibus vim et efficaciam dare ; ergo haec erat primaria vis consuetudinis in populo, quando habebat in se potestatem supremam ; ergo postquam illam transtulit in Principem, ab illius etiam consensu principaliter pendet vis consuetudinis et consequenter necesse est, ut praecedat scientia, sine qua non potest esse consensus. Secundo probatur ex dicta l. 3 tit. 2 partit. 1 ubi inter condiciones ad consuetudinem ponitur, ut fiat consentiente Principe. Tertio argumentor ratione, quia non minus est necessaria potestas legislativa ad inducendum jus non scriptum quam scriptum, ut constat ex dictis de legibus in communi ; sed in his populis non est potestas legislativa, ut supponimus, quia vel nunquam illam habuerunt, ut in legibus canonicis, vel quia in Principem illam transtulerunt, ut in civibus ; ergo necessarium est, ut ille, apud quem est suprema potestas, det vires consuetudini per suam voluntatem et consensus » (Lyon, 1619, liv. VII, ch. XIII, n° 1-4, p. 486-487).

à opérer selon la nature du régime politique. Le premier texte se serait rapporté aux Etats, sinon démocratiques, du moins dans lesquels le peuple s'était réservé à lui-même et exerçait par lui-même le pouvoir législatif⁸⁵. En revanche, le second aurait eu trait aux Etats monarchiques dans lesquels le peuple, ayant transféré au Prince le pouvoir de faire la loi, ne pouvait par l'effet d'un usage contraire, quel qu'ancien qu'il fût, anéantir une loi revêtue de la sanction du Prince⁸⁶. Le sentiment de Suarez constitua la doctrine commune et quasi officielle de l'Eglise jusqu'à l'aube du XX^e siècle⁸⁷.

Merlin, qui paraît n'avoir connu cette solution qu'à travers des écrits de Jean Voët, condamnait cette conciliation en objectant que ces deux textes avaient été rendus sous l'Empire romain, à une époque où, par la *lex regia*⁸⁸, le peuple avait remis le Pouvoir à l'empereur et n'avait plus aucune part active à la législation⁸⁹. D'après lui, D. 1, 3, 32, 1 « n'est pas moins applicable aux gouvernements représentatifs, et même purement monarchiques, qu'aux gouvernements dans lesquels le pouvoir législatif est exercé immédiatement par le peuple ; car, dans les uns comme dans les autres, la loi est toujours l'expression formelle ou présumée de la volonté générale : elle en est l'expression formelle dans les Etats où le peuple la vote lui-même directement ; elle en est l'expression présumée dans les Etats où elle est votée par les délégués électifs ou héréditaires du peuple. Ainsi, dans les uns comme dans les autres, c'est à proprement parler le peuple qui fait les lois ; il peut donc les abroger dans les uns comme dans les autres. Or, que ce soit par des paroles ou par une longue série de faits qu'il manifeste sa volonté, il importe peu : dans l'un et l'autre cas, il use du plus incontestable de tous ses droits, et sa volonté souveraine doit être respectée »⁹⁰. Dans son principe, cette solution n'était pas absolument nouvelle. Dans la double continuité des écrits des rhéteurs et des témoignages des "antiquaires", des textes romains post-classiques avaient consacré l'idée que la coutume reposait sur le consentement général (*consensus omnium*)⁹¹. Autrement dit, la coutume et la loi étaient supposées avoir le même fondement, la volonté populaire, exprimée formellement dans la loi et tacitement par la coutume. Dès lors, du Bas-Empire jusqu'à la veille de la Révolution, les jurisconsultes avaient agité une même question à travers les siècles. Si la loi et la coutume avaient une origine commune, pourquoi ne pas leur reconnaître une autorité égale et ne pas admettre que la coutume puisse vaincre la loi⁹² ? Pour sauvegarder la souveraineté législative du roi dans les Etats monarchiques, l'opinion commune subordonnait depuis le Moyen Age l'autorité de la

⁸⁵ *Commentarius ad Pandectas*, tome 1, Genève, 1778, liv. I, tit. 3, n° 27, p. 18 : « *In statu quidem democratico populus liberrimo suo introducit arbitrarum: cum enim legis condendae potestatem habeat, nec de alia causa tunc quemquam lex teneat, quam quia populi iudicio recepta est, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probaverit, tenebunt omnes ; dum nihil interest, suffragio populus voluntatem, an rebus ipsis et factis declaret d. l. 32 § 1 h. t. » et n° 37, p. 20 : « *Caeterum, quae de consuetudine, legem priorem abrogante, dicta sunt, de ea quidem, quae rationabilis est, et in statu democratico (in quo penes populum condendae legis potestas est) introducitur, expedita satis. Verum si non ratione, sed errore eam obtentam esse appareat, uti legis vigore destituta est, et aliis similibus in casibus deinceps haud observanda, l. 29, ff. de leg., ita nec legem ratione justa et aequitate suffultam vincet, l. 2, C. quae sit longa consuetudo ».**

⁸⁶ *Ibid.*, n° 37, p. 21 : « *Non magis sane, quam in monarchico regimine sancitas a Principe constitutiones usu contrario, utcumque inveterato, populus sustulerit ; nisi de tacito Principis consensu ac conniventia constet. Nam cum omnem legis condendae potestatem populus in Principem transtulerit, et naturali ratione ejus sit solvere, qui potest ligare, ac ejus sit nolle, qui potest velle, l. 4, ff. de regul. juris, qui, quaeso, posset invito legislatore abrumpere legum frena, ipse legis ferendae exutus potestate ? arg. l. praetor ait 3, § Divus Hadrianus 5, ff. de sepulchro violato ».*

⁸⁷ J. Gaudemet, *ibid.*, pp. 59-60.

⁸⁸ Sur la *lex regia* : H. Morel, La place de la *lex regia* dans l'histoire des idées politiques dans *Mélanges Henri Morel*, Aix-Marseille, 1989, pp. 379 et s.

⁸⁹ *Op. cit.*, tome 35, v° usage, § 2, n° 3, p. 298 et *Recueil alphabétique des questions de droit*, Paris, 1828-1830, 16 vol., tome 11, v° Opposition aux jugements par défaut, § 7, p. 38 (réquisitions du 25 brum. an XI)

⁹⁰ *Répertoire universel* précité, tome 35, v° Usage, § 2, n° 3, p. 298 et *Recueil alphabétique* précité, tome 11, v° Opposition aux jugements par défaut, § 7, p. 38 (réquisitions du 25 brum. an XI).

⁹¹ D. 1, 3, 32, rapp. I.J. I, 2, 9. Sur cette question, voir notamment J. Gaudemet, *Les naissances du droit* précité, pp. 48-51.

⁹² J. Gaudemet, *ibid.*, pp. 47, 50-51, 52-53, 57-58.

coutume à la permission du Prince donnée en connaissance de cause⁹³. Interprétant les anciens auteurs à travers une grille de lecture rousseauiste⁹⁴, -le peuple, souverain législateur-, Merlin concluait que la disposition du Digeste (D. 1, 3, 32), bien que contraire à C. 8, 52, 2, « n'en est pas moins raisonnée de manière à l'emporter dans l'esprit de tous les hommes habitués à ne se diriger que d'après les vrais principes »⁹⁵. Dans ces conditions, quelle aurait été la portée respective des deux textes romains ? Pour répondre à cette question, le Procureur Général s'inspirait d'une solution empruntée à la doctrine romaniste médiévale. En effet la glose accusienne avait consacré la distinction de Bulgarus entre coutume générale et coutume spéciale, laquelle, reprise par Bassianus, avait passé dans les commentaires des docteurs des siècles suivants⁹⁶. L'oracle était le suivant : D. 1, 3, 32, 1 n'admettrait l'abrogation de la loi par désuétude que *tacito consensu omnium*⁹⁷, par le consentement tacite de tous. D'après Merlin, ce texte signifiait que la loi ne pouvait tomber en désuétude que par le consentement de la généralité des habitants de l'Etat considéré. Autrement dit, seul un usage général avait cet effet. A l'opposé, un usage local devait céder à la loi et tomber sous le coup de C. 8, 52, 2⁹⁸.

Discutable sur le plan historique comme le notait Mailher de Chassat⁹⁹, le système de Merlin fut néanmoins consacré par la jurisprudence¹⁰⁰ et des auteurs comme Toullier¹⁰¹, Favard de Langlade¹⁰², Duranton¹⁰³, Solon¹⁰⁴, Boileux et Poncelet¹⁰⁵ et Rolland de Villargues¹⁰⁶ rapportaient sans grand commentaire qu'en droit français, l'usage devait être général pour abroger la loi. Bien longtemps après la mort de Merlin, son seul vrai héritier spirituel sera Beudant. Afin de faire de la coutume une source du droit égale à la loi, il entendait la faire reposer sur la volonté générale et la souveraineté du peuple, ce qui le conduisait à admettre la désuétude exactement dans les mêmes termes que Merlin¹⁰⁷. Mais, à la fin du XIX^e siècle, les circonstances étaient bien moins favorables : d'une part la doctrine dominante, hostile à la coutume, proscrivait l'abrogation de la loi par désuétude, d'autre part la jurisprudence inaugurée sous Merlin avait été

⁹³ J. Gaudemet, *ibid.*, pp. 53, 56 et 57-58

⁹⁴ Sur l'influence des idées de Jean-Jacques Rousseau sur Merlin : H. Leuwers, *Un juriste en politique. Merlin de Douai (1754-1838)*, Arras, 1996, pp. 296-298.

⁹⁵ *Recueil alphabétique* précité, tome 11, v^o Opposition aux jugements par défaut, § 7, p. 38 (réquisitions du 25 brum. an XI).

⁹⁶ A. Gouron, Coutume contre loi dans *Renouveau du pouvoir législatif*, Montpellier, 1988, pp. 117-130 et L. Mayali, La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Age dans dans *Recueil de la Société Jean Bodin*, LII, *La coutume* précité, p. 29-30 ; voir également sur cette question, R. Wehrle, *op. cit.*, *passim* et E. Cortese, *op. cit.*, tome II, pp. 122 et s.

⁹⁷ C'est Merlin qui souligne, *ibid.*

⁹⁸ *Répertoire universel* précité, tome 1, v^o Appel, sect. 1, § 5, n^o 4, pp. 445-447 (réquisitions du 3 flor. an XIII) et tome 35, v^o Usage, § 2, n^o 3, p. 300 et *Recueil alphabétique* précité, tome 11, v^o Opposition aux jugements par défaut, § 7, pp. 38-39 (réquisitions du 25 brum. an XI) et tome 14, v^o Société, § 1, n^o I, p. 296 (réquisitions du 22 mess. an IX).

⁹⁹ *Op. cit.*, § 151, pp. 247-251.

¹⁰⁰ *Cf. infra* I., B., 2^o.

¹⁰¹ *Op. cit.*, tome 1, n^o 154, pp. 103-104.

¹⁰² *Op. cit.*, tome 2, v^o Désuétude, pp. 90-91.

¹⁰³ *Op. cit.*, tome 1, n^o 107 et 108, pp. 64 et 65.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, tome 1, n^o 392, p. 267 et n^o 398, p. 269.

¹⁰⁵ *Commentaire sur le Code Civil*, tome 1, Paris, 1842, pp. 12-13.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, tome 3, v^o Désuétude, n^o 2, p. 611.

¹⁰⁷ *Cours de droit civil français. Introduction. Explication du titre préliminaire du Code Civil*, Paris, 1896, n^o 54, pp. 61-62 : « Les pouvoirs publics, en effet, ont toujours été considérés comme les délégués du peuple : directement ou indirectement, c'est donc toujours l'assentiment populaire qui introduit les règles obligatoires ; il les consacre directement dans la coutume, indirectement dans la loi [...]. La loi et la coutume sont donc même chose sous des apparences différentes, et il est tout naturel que la coutume, quand elle est bien implantée et générale, soit obligatoire comme la loi » et n^o 105, p. 111 : « Pourquoi, si la coutume tient lieu de la loi à l'effet d'introduire une règle obligatoire, ne suffirait-elle pas à la remplacer pour abroger pareille règle ? Le pouvoir législatif, c'est la souveraineté populaire légiférant soit par elle-même, soit par ses mandataires ; par elle-même, elle crée la coutume ; par ses mandataires, elle fait la loi écrite. La coutume et la loi écrite ont donc même valeur, et on peut soutenir théoriquement l'aptitude de la coutume à abroger la loi ».

abandonnée.

2°) Une jurisprudence de transition

Influencé par l'important courant doctrinal favorable à l'abrogation de la loi par désuétude au début du XIX^e siècle, Lebrun ne paraît pas avoir noté les deux courtes observations convergentes de Foucart et de Demolombe¹⁰⁸. Dans des ouvrages publiés à la même époque, en 1843 pour le premier et en 1845 pour le second, ils appelaient l'attention du lecteur sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Alors que le publiciste relevait : « la Cour suprême n'a admis formellement jusqu'ici l'abrogation par l'usage qu'à propos d'anciennes ordonnances ou coutumes non suivies par les parlements »¹⁰⁹, le civiliste signalait : « les arrêts de la Cour de cassation qui ont admis l'abrogation par l'usage, se réfèrent pour la plupart à d'anciennes ordonnances ou coutumes non suivies par les parlements »¹¹⁰.

L'examen de la jurisprudence, déjà amorcé par Marty dans sa thèse *La distinction du fait et du droit*¹¹¹, confirme leur observation. Le Tribunal de cassation semble n'avoir jamais admis l'abrogation de la loi par désuétude que pour l'ancien droit. Telle est la mesure de la consécration du système de Merlin. C'est ainsi que, conformément à la doctrine du Procureur Général, il a jugé à partir de l'époque du Consulat qu'un usage général, -c'est-à-dire observé par la jurisprudence des différents parlements du royaume-, avait pu prévaloir contre certaines des dispositions des ordonnances de 1453 et de 1493 sur la justice ou de 1673 sur le commerce. En conséquence, le Tribunal de cassation a rejeté les pourvois fondés sur les textes royaux¹¹². En sens contraire, il a cassé des décisions qui, aux articles de l'ordonnance de 1667 sur la procédure, avaient préféré les styles judiciaires propres aux Parlements de Paris¹¹³ et de Rouen¹¹⁴.

Ces solutions ne sont pas dénuées d'ambiguïté. D'un côté, elles s'inscrivent dans la tradition de l'ancien droit qui admettait l'abrogation de la loi par désuétude. Elles sont conformes aussi à un vœu formulé par une partie de la doctrine et de l'opinion publique à partir du XVI^e siècle, à savoir l'unification du droit dans le royaume¹¹⁵. D'un autre côté, elles se concilient mal avec les anciennes libertés provinciales, spécialement les jurisprudences particularistes des cours souveraines¹¹⁶, sans pour autant correspondre véritablement aux projets du courant absolutiste, puisque, dans le système de Merlin, cette unification rétrospective pouvait être réalisée aussi bien par une ordonnance royale que par un usage général coutumier

¹⁰⁸ *Op. cit.*, n° 309-316, pp. 330-337.

¹⁰⁹ *Eléments de droit public et administratif*, tome 1, Paris, 1843, n° 82, p. 85.

¹¹⁰ *Cours de droit civil*, tome 1, Paris, 1845, n° 45, p. 36.

¹¹¹ Thèse droit, Toulouse, 1929, p. 105.

¹¹² T. cass. 12 prair. an VIII (Merlin, *Recueil alphabétique* précité, tome 2, v° Désertion d'appel, pp. 113, sur les ordonnances de 1453 et de 1493, 22 mess. an IX (*ibid.*, tome 14, v° Société, § 1, n° I, pp. 292-298 sur l'ordonnance de 1673), 3 niv. an X (*ibid.*, tome 5, v° Désertion d'appel, pp. 269-274, sur les ordonnances de 1453 et de 1493), 10 août 1814 (S 1815 I 5, sur l'ordonnance de 1673), 18 février 1818 (S. 1819 I 139, sur l'ordonnance de 1673).

¹¹³ T. cass. 25 brum. an XI et 1er therm. an XI (Merlin, *ibid.*, tome 11, v° Opposition aux jugements par défaut, § 7, pp. 34-40, sur l'ordonnance de 1667).

¹¹⁴ T. cass. 12 vend. an IX et 11 pluv. an X (*ibid.*, tome 1, v° Appel, § 1, n° 9, pp. 74).

¹¹⁵ A. Lebrun, *op. cit.*, n° 114-124, pp. 119-127 ; voir notamment : J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin (1500-1566). Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, 1980, pp. 114-120, P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, 1985, pp. 160-162 et 167-168, P. Sueur, *Histoire du droit public français, XV^e siècle-XVIII^e siècle*, tome 2, Paris, 1989, pp. 52-56.

¹¹⁶ E. Caillemer, *Des résistances que les parlements opposèrent à la fin du XVI^e siècle à quelques essais d'unification du droit civil dans Le Code civil : Livre du Centenaire*, tome 2, Paris, 1904, pp. 1077 et s. et A. Desrayaud, *Les secondes noces dans l'ancien droit français (XIII^e siècle-XVIII^e siècle)*, thèse droit Paris XII, 1984, pp. 191 et s., pp. 561 et s.

contraire à une loi du monarque. Enfin il est difficile d'y voir une influence de la théorie des droits acquis dont Merlin fut un des promoteurs. Non seulement le Procureur Général n'y fit jamais aucune allusion dans ses réquisitions, mais encore, appliquée à des situations juridiques nées sous l'empire de l'ancien droit, elle conduisait au strict respect des coutumes et des jurisprudences locales¹¹⁷.

Tous ces arrêts paraissent surtout refléter une jurisprudence de transition dans laquelle des juristes formés à l'école de l'ancien droit ont essayé de concilier anciens et nouveaux principes. Ces décisions sont comme la résultante du choc de deux systèmes juridiques, l'un finissant, l'autre naissant.

Nous sommes d'autant plus enclin à le soutenir que sous quelques arrêts, pour la plupart postérieurs aux précédents, perçait déjà la future jurisprudence, hostile à la désuétude. Car, s'il arrivait que des arrêts fussent cassés pour violation d'une ordonnance ou d'un édit, jamais une décision ne l'était pour violation d'un usage. Cette constatation déjà faite par des contemporains comme Merlin lui-même¹¹⁸, Toullier¹¹⁹, Sirey¹²⁰ ou encore Dalloz¹²¹ peut être corroborée en premier lieu par les arrêts des 3 floréal an XIII et 23 janvier 1816. Dans ces deux espèces, les juges du fond avaient fait application de lois royales, en l'occurrence l'ordonnance de 1667 d'une part et celle de 1629 d'autre part. Les demandeurs au pourvoi invoquaient l'usage contraire. La Cour de cassation rejeta le moyen en déclarant que la cour d'appel avait jugé à bon droit "en procurant à la loi sa pleine et entière exécution"¹²² ou en s'étant "conformé au texte précis de l'art. 142 de l'ordonnance de 1629, enregistrée au Parlement de Bretagne"¹²³. Dans ces deux arrêts, la généralité de l'usage contraire n'avait pu être établie, mais il ressort de la rédaction des décisions que l'application à la lettre d'un texte législatif n'a pas été le moindre des motifs du rejet¹²⁴. En 1816, le rapporteur, Poriquet, s'était clairement exprimé : « parce que si dans le passage de l'ancienne législation à la nouvelle on a pu quelquefois rejeter des demandes en cassation, formées contre des arrêts fondés sur une jurisprudence contraire à la loi, mais établie par une longue série de jugemens uniformes, ce n'est pas un motif pour casser des jugemens qui, abandonnant cette jurisprudence abusive, se sont, comme dans l'espèce, conformés au texte et à la lettre de la loi, surtout lorsqu'on ne pourrait faire résulter la prétendue désuétude de la loi, non d'un jugement universel, mais de la jurisprudence particulière d'un parlement ». En second lieu, dans le courant des années 1820, la Cour de Cassation rendit de nouveaux arrêts confirmant ce mouvement de reflux à l'encontre de l'abrogation des textes législatifs royaux par désuétude. Deux arrêts, l'un de rejet¹²⁵, l'autre de cassation¹²⁶, ont jugé que, dès lors qu'une ancienne loi avait été confirmée depuis 1789 par une décision d'une autorité investie du pouvoir de

¹¹⁷ *Contra* A. Lebrun, *op. cit.*, n° 310, p. 331.

¹¹⁸ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 13, Paris, 1815, v° Substitution fidéicommissaire, sect. 7, § 3, art. 4, n° 3, p. 114 : « Remarquons enfin que, si l'on a quelquefois cassé des arrêts pour avoir jugé en faveur de l'usage contre la loi, jamais on n'en a cassé pour avoir jugé en faveur de la loi contre l'usage » (réquisitions du 3 mars 1808).

¹¹⁹ *Op. cit.*, tome 1, Paris, 1830, n° 164, pp. 129-130 : « Mais il faut remarquer que si la Cour de cassation a maintenu des arrêts contraires à la loi, parce qu'ils étaient conformes à l'usage universel de la France, elle en a maintenu d'autres qui étaient contraires à l'usage universel, parce qu'ils étaient conformes à la loi, et qu'on ne peut pas casser un jugement par la seule raison qu'il viole un usage reçu ».

¹²⁰ S 1815-1818 I 434 sous 18 fév. 1818.

¹²¹ *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence*, tome 30, Paris, 1853, v° Loi, ch. 8, n° 536, p. 210 renvoyant à Merlin et à Toullier.

¹²² C. cass. 3 flor. an XIII (Merlin, *Répertoire universel* précité, tome 1, v° Appel, sect. 1, § 5, n° 4, pp. 443-448, spécialement p. 448).

¹²³ C. cass. 23 janv. 1816 (S 1817 I 29-30).

¹²⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹²⁵ C. cass. 4 août 1824 (S 1824 I 409-414, sur les arrêts du Conseil du roi des 7 avril 1785, 2 octobre 1785 et 22 sept. 1786 confirmés par la loi du 28 vend. an IV et par l'ordonnance du 12 nov. 1823).

¹²⁶ C. cass. 3 oct. 1828 (S 1829 I 30, sur l'art. 5 de l'ordonnance de 1669 confirmé par l'arrêté du 28 mess. an VI), rapp. C. cass. 29 août 1829 (S. 1829 I 419).

légiférer, l'usage contraire ne pouvait pas prévaloir contre le texte de loi.

En définitive, les linéaments de cette jurisprudence ne se trouvaient-ils pas dans les observations qu'avaient faites le Tribunal de cassation sur l'article 4 du titre I^{er} du Livre préliminaire du projet de Code civil ? Cette disposition portait : « Le droit intérieur et particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois »¹²⁷. Le Tribunal de cassation avait objecté : « N'est-il pas utile d'exprimer formellement que les coutumes et usages ne doivent et ne peuvent être que le supplément des lois, pour mieux faire sentir qu'ils ne peuvent leur être contraires, ni les abroger ? »¹²⁸. Au reste, le Livre préliminaire arrêtaient que l'abrogation des lois ne se présuait pas¹²⁹ et, qu'elle fût partielle ou totale, elle résultait exclusivement d'une disposition formelle d'une loi nouvelle ou de la contravention entre une loi ancienne et une nouvelle¹³⁰. Par sa vocation, la Cour de cassation pouvait-elle ne pas avoir cette propension au culte de la loi et à cette conception étatiste du droit auxquels l'École de l'Exégèse à son apogée (1830-1880/1890) donnera un corps en les systématisant¹³¹ ? La raison d'être de cette juridiction ne la conduisait-elle pas nécessairement à proclamer la condamnation de l'abrogation des lois par désuétude, fussent-elles d'Ancien régime ? Comment aurait-elle pu ne pas y voir une question de principe ?

Dans ces conditions, la jurisprudence inaugurée par Merlin était vouée à une existence des plus éphémères. En premier lieu, l'écoulement du temps ne manqua pas de lui faire perdre progressivement son assise doctrinale. Il est de fait qu'elle ne survécut guère aux juristes formés à l'ancien droit¹³², d'autant que leurs disciples, bien plus dogmatiques qu'eux¹³³, proclamèrent vouloir rompre les liens avec le droit d'Ancien régime¹³⁴. En second lieu, plus les années passaient, plus le nombre des litiges soumis à l'ancien droit se réduisait ; le problème de la désuétude des lois d'Ancien régime devenait peu à peu une question d'école. Le *casus* changeait, la désuétude de lois nouvelles promulguées depuis vingt-cinq, trente, quarante ans devenait progressivement une question d'actualité. Vint alors le temps où la loi des hommes triompha de la loi du temps.

¹²⁷ Fenet, tome 2, p. 4.

¹²⁸ Fenet, tome 2, p. 415.

¹²⁹ Tit. VI, art. 1, Fenet, tome 2, p. 8.

¹³⁰ Tit. VI, art. 2 et 3, Fenet, *ibid.*

¹³¹ Sur tous ces points : J. Bonnetcase, *La pensée juridique de 1804 à l'heure présente*, tome 1, Bordeaux, 1933, n° 234, pp. 524-525, n° 237, pp. 530-534, P. Dubouchet, *L'École de l'Exégèse et la science du droit*, RRJ, 1986, II, pp. 216-220 ou encore N. Kanayama, *Les civilistes français et le droit naturel au XIX^{ème} siècle. A propos de la prescription*, RHFD, 1989, VIII, pp. 149-150.

¹³² Sur les juristes de la première époque de l'Exégèse (1804-1830), J. Bonnetcase écrit : « hommes de d'Ancien régime sous lequel ils ont déjà poursuivi une grande partie de leur carrière, ils interprètent le Code Civil à l'aide de toutes les ressources que leur offrent leur formation juridique antérieure, le raisonnement, leurs tendances philosophiques » (*ibid.*, n° 147, p. 290), rapp. J. Charmont et A. Chausse, *op. cit.*, p. 141 (sur Merlin plus spécialement), N. Kanayama, *ibid.*, pp. 131-133 et 135, A. Desrayaud, *École de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil dans Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, pp. 537-544.

Sur le déclin de l'abrogation de la loi par désuétude et la disparition des juristes de l'ancienne génération : voir le témoignage personnel d'A. de Courcy qui, en 1877, écrit que, depuis Aubry et Rau et Demolombe, ce qui était enseigné au temps de sa jeunesse n'a plus cours (*op. cit.*, tome 1, pp. 13-14) ; dans le même sens : *Journal du palais, Répertoire général* par d'Auvilliers et Giraudeau, tome 9, Paris, 1850, v° Lois, n° 392, p. 203, V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, tome 1, Paris, 1884, art. 1, V, n° 35, p. 41, E. Fuzier-Herman, *Code Civil annoté*, tome 1, Paris, 1885, n° 373-382, p. 24, A. Carpentier et G. Frèrejouis, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome 26, Paris, 1897, v° Lois, n° 1081, p. 670.

¹³³ J. Bonnetcase, *ibid.*, n° 233, pp. 522-524.

¹³⁴ J. Bonnetcase, *ibid.*, n° 233-234, pp. 522-525. Sur les différentes phases de l'histoire de l'École de l'Exégèse : *ibid.*, n° 145 et s., pp. 288 et s. ; P. Dubouchet, *op. cit.*, pp. 213-214 et J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804* précité, pp. 70 et s. et 171 et s.

II. LA DESUETUDE, “ATTENTAT CONTRE LA LOI DES HOMMES”

Selon Barthélémy et Duez, « un trait fondamental du droit public moderne est le domaine de plus en plus large qu'il assure à l'idée de légalité [...]. Qu'est-ce donc que la légalité ? C'est le règne de la loi, la proclamation de la suprématie de la loi, la répudiation de l'arbitraire, le rejet du brocard "*Princeps legibus solutus est*". D'une manière plus précise, la légalité signifie que la loi édictée s'impose au respect de tous tant qu'elle n'est pas régulièrement abrogée »¹³⁵. Et Hauriou d'en préciser une conséquence : « une coutume ne peut ni abroger la loi ni y déroger, autrement dit, les lois ne tombent pas en désuétude »¹³⁶. Prônée dès le lendemain de la Révolution et largement développée tout au long du XIX^e siècle, la proscription de la désuétude au nom de la légalité devint un lieu commun de la pensée juridique française. Aussitôt qu'il ne s'agissait plus de constater l'abrogation d'une disposition législative de l'ancien droit, mais celle d'une loi révolutionnaire ou d'une des codes nouvellement promulgués, la désuétude était dénoncée comme un crime de lèse-majesté au sens propre du terme. Pour Lebrun, cette doctrine l'a emporté en 1841, lorsque la Cour de cassation l'a consacrée définitivement par sa jurisprudence¹³⁷. Il convient d'apporter quelques nuances et précisions à ce point de vue. Assurément, en cette année 1841, la Cour de cassation s'est prononcée pour le bannissement de la désuétude hors du droit français. Mais cette mise à l'index a modérément étouffé "la vie du droit", pour reprendre une expression des tenants de l'évolutionnisme juridique de la fin du XIX^e siècle. La désuétude est un fait social. Bien que Ripert s'inscrivît dans une perspective positiviste n'admettant pas d'autre source du droit que la loi, il n'en observait pas moins dans son ouvrage *Les forces créatrices du droit* : « Pourtant les lois ignorées ne jouent plus aucun rôle dans l'ordre juridique réel. Elles demeurent dans un monde théorique où les textes comptent seuls, mais elles n'ont plus aucune force. [...] Quand le Pouvoir a donné la vie à la loi, il n'a pas pu en même temps lui assurer que cette vie sera heureuse et longue. Il la lance dans la société humaine : elle y vivra par son utilité ou s'étiolera et mourra, si elle est inutile ou mauvaise. »¹³⁸. C'est pourquoi, si la profession de foi légicentriste de l'opinion commune conduisait à jeter l'anathème sur la désuétude (A), son bras armé, la Cour de cassation, a dû mener contre les initiatives de la pratique un véritable combat pour la loi pendant toute la durée du XIX^e siècle (B).

A. LA DESUETUDE, NOUVEAU CRIME DE LESE-MAJESTE

Le *Grand dictionnaire universel* de Pierre Larousse révélait l'état du droit au plus grand nombre dans ces termes : « Disons tout de suite que la plupart des jurisconsultes enseignent que la coutume, quelque générale et persistante qu'on la suppose, est impuissante à abroger la loi ou, en d'autres termes, que toutes nos lois édictées depuis 1789 ne peuvent plus périr par le seul effet de l'inapplication ou de la désuétude. La coutume a été définitivement dépouillée, avec juste raison, du rôle législatif qui pouvait lui convenir dans une société mal définie, peu cohérente, mais qu'elle ne saurait usurper, sans les plus graves inconvénients, dans

¹³⁵ *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1926, p. 195.

¹³⁶ *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1921, note 1, p. 52.

¹³⁷ *Op. cit.*, n° 316, p. 337.

¹³⁸ Paris, 1954, n° 173, pp. 409-410.

l'état mieux réglé et avec les institutions plus précises qui ont succédé à l'ancien ordre des choses »¹³⁹. La désuétude était dénoncée comme une atteinte aux plus fondamentales des colonnes du nouveau régime. Le procès était politique et le réquisitoire s'articulait autour de deux chefs d'accusation capitale. Elle devait être condamnée comme une violation de l'ordre constitutionnel (1°) et une dénégation des vertus de la loi (2°).

1°) Une violation de l'ordre constitutionnel

Ce premier grief reposait sur une représentation de la monarchie française forgée plutôt par l'idéologie que par la science historique. Il était concédé que l'agencement du Pouvoir sous l'Ancien régime avait pu légitimer l'abrogation de la loi par désuétude. Car, en premier lieu, le roi aurait été tellement « absorbé par la guerre ou de pressants besoins d'administration »¹⁴⁰ qu'il n'aurait pu veiller à la législation¹⁴¹. En l'occurrence, il s'agit probablement d'une variation sur le *tacitus consensus*. Accaparé par l'exercice de ses innombrables prérogatives, le roi pouvait ignorer en fait la désuétude d'une loi, mais, en droit, la fiction juridique du *tacitus consensus* préservait sa souveraineté. En second lieu, il était déduit de la participation des anciens parlements à la fonction législative qu'ils auraient été en droit d'abroger une loi par une suite constante de jugements constatant un long usage contraire¹⁴². Pour Favard de Langlade, « un pareil raisonnement supposait une de ces constitutions incertaines et vagues dans lesquelles le pouvoir législatif n'est organisé par aucune loi positive : les besoins de la société se manifestent alors le plus fréquemment par des usages populaires, par une jurisprudence résultant soit des jurisconsultes, soit des décisions des magistrats »¹⁴³. L'absence de constitution écrite empêchait le règne de la loi et débouchait sur un *condominium* de la coutume et de la jurisprudence dont le moindre des défauts n'était pas la consécration juridique de la désuétude. Un chaos absolu !

« Mais il ne peut en être ainsi dans un pays dont la constitution écrite établit un corps législatif qui se réunit chaque année pour faire des lois ; les besoins de la société ont alors un organe régulier, à lui seul appartient le droit de créer des règles obligatoires ou de les abroger »¹⁴⁴. Dans le nouvel ordre né de la Révolution, les constitutions écrites organisaient une distinction précise des pouvoirs. Le pouvoir de légiférer était constitutionnellement dévolu à une autorité exclusivement compétente pour faire et défaire la loi¹⁴⁵. Un attendu d'un arrêt de la Cour royale d'Orléans (29 mars 1838) résumait parfaitement la solution et révélait par sa formulation tout un état d'esprit : « sous un gouvernement constitutionnel, il est impossible d'admettre que

¹³⁹ *Op. cit.*, v° Loi, tome 10 (1873), p. 632, col. 4 précité partiellement.

¹⁴⁰ T. cass. 22 mess. an IX, argumentation du défendeur au pourvoi (S an XI col. 13).

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*, col. 13-14. Rapp. CR Orléans 13 juin 1838 : « on conçoit que le pouvoir judiciaire, alors qu'il était en quelque sorte associé au pouvoir législatif, modifiât en certains cas les lois qu'il jugeait trop sévères » (S 1840 II col. 35), *contra* C. cass. 23 janv. 1816, à propos des arrêts de règlement, niant que les parlements partageassent avec le roi le pouvoir de légiférer : « la puissance législative ne résidait pas dans les parlements » (S 1817 I 29-30).

¹⁴³ *Op. cit.*, tome 1, n° 83, p. 82-83.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 83.

¹⁴⁵ F. Berriat-Saint-Prix, *Commentaire sur la Charte*, Paris, 1836, pp. 123-124 ; E.V. Foucart, *op. cit.*, tome 1, n° 83, p. 84-85 ; C. Demolombe, *op. cit.*, tome 1, n° 35, pp. 36-37 ; C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, tome 1, Paris, 1936, § 29, pp. 98-99 ; C.G. Hello, *op. cit.*, tome 2, pp. 65-66 ; A. Morin, *Répertoire général et raisonné de droit criminel*, tome 2, Paris, 1851, v° Lois criminelles, n° 3, p. 365 et n° 12, p. 368 ; Eschbach, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, 1856, n° 21, p. 35 et n° 211, p. 418 ; F. Mourlon par Ch. Demangeat, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, tome 1, Paris, 1877, n° 94, p. 67 ; R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 1, Paris, 1888, n° 116, p. 175 ; A. Esmein, *op. cit.*, pp. 4-4 ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome 1, Paris, 1907, n° 20, p. 20. Sur ce point : A. Lebrun, *op. cit.*, n° 321-322, pp. 341-343.

la désuétude abroge la loi, encore moins qu'un usage contraire à la loi, autrement un abus, puisse jamais prévaloir contre elle »¹⁴⁶.

Pour les tenants de cette thèse, le monopole législatif de l'organe investi par la constitution condamnait à un double titre la désuétude des lois.

D'une part, elle était définie comme une violation du contrat social. L'auteur anonyme d'une dissertation insérée dans le *Recueil Sirey* de 1809¹⁴⁷ déclarait péremptoirement : « Je n'ai contracté l'obligation d'obéir qu'aux autorités constitutionnelles : je n'obéirai qu'à elles seules »¹⁴⁸. Pour lui, de deux choses l'une : ou bien la loi émanait directement des citoyens, « lorsque, appelé à une délibération publique, chacun a pu librement émettre un vœu », ou bien elle était votée par délégation par les représentants du peuple¹⁴⁹. Dans ces conditions, la désuétude ne pouvait jamais passer pour l'expression directe ou indirecte de la volonté générale. Sous la Restauration, une autre note au *Recueil Sirey* de 1825, sans doute rédigée par Sirey lui-même, faisait écho : « nous ne reconnaissons qu'au législateur lui-même la faculté d'abroger la loi, soit expressément, soit virtuellement : donner cet effet à cet égard à la volonté générale des citoyens, c'est oublier que la monarchie de la Charte n'est pas celle des empereurs romains, ni celle de la France antérieurement à la Charte »¹⁵⁰. A l'apogée du régime représentatif censitaire, la Cour royale d'Orléans (13 juin 1838) déclarait : « si, sous un régime où la coutume, *vox populi*, faisait les lois, la coutume pouvait en abroger, il n'en saurait être ainsi sous un régime constitutionnel, où le pouvoir législatif s'exerçant par délégation, il ne reste plus aux citoyens, lorsqu'ils ont épuisé leur droit dans les élections, que le devoir d'obéir »¹⁵¹. Un tel attendu paraît confirmer l'hypothèse de Carbonnier selon laquelle, au début du XIX^e siècle, la condamnation de la coutume en général visait à réserver le monopole de l'émission des normes juridiques au pays légal¹⁵².

D'autre part, abroger la loi était analysée comme un acte législatif¹⁵³. En conséquence, la spécialisation des fonctions impliquait le respect du parallélisme des formes et investissait le seul organe constitutionnellement compétent du pouvoir de priver la loi de sa force exécutoire¹⁵⁴.

En pratique, il était difficile pour un plaideur de tirer *directement* parti de cette doctrine. Le dogme de la séparation des pouvoirs n'incitait guère à développer des controverses d'ordre constitutionnel devant une juridiction judiciaire. Sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, la situation politique ne s'y prêtait

¹⁴⁶ S 1840 II col. 33.

¹⁴⁷ S 1809 II 367-380, également reproduite au S 1815-1818 I 432-434 auquel nous nous référons.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 433.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Note signée J.B. S. sous C. cass 14 juil. 1825 (S 1826 I 79).

¹⁵¹ S 1840 II col. 35.

¹⁵² *Droit civil*, tome 1, Paris, 1969, p. 29 : « Il est significatif que le régime censitaire du début du XIX^e siècle ait en droit civil dénié toute place à la coutume. Pour les juristes de cette époque, il n'y avait d'autre source du droit que la loi ; c'est-à-dire que la règle de droit devait être le monopole de la bourgeoisie ». Il est à noter que la désuétude était parfois enrôlée sous le drapeau de la démocratie. Ainsi un défendeur à un pourvoi avait soutenu en faveur de la reconnaissance de la désuétude : « « D'ailleurs, moins un peuple a part à l'élection de ses législateurs, moins il est présumé consentir aux lois positives ; plus on doit respecter les usages qu'il introduit au préjudice des lois dictées par ses gouvernants, plus il est nécessaire d'admettre la désuétude des lois ou la force de l'usage contraire » (T. cass. 22 mess. an IX, S an X col. 13).

¹⁵³ Dissertation anonyme, S 1815-1818 I 434 (incompétence absolue du pouvoir judiciaire), Eschbach, *op. cit.*, n° 210, p. 417 (sol. impl.), D. Dalloz, *op. cit.*, tome 30, v° Lois, n° 531, p. 207, C. Demolombe, *op. cit.*, tome 1, n° 35, p. 37 (sol. impl.), R. Beudant, *op. cit.*, n° 104, p. 108, G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome 1, Paris, 1891, n° 42, p. 25, A. Esmein, *op. cit.*, p. 6, G. Baudry-Lacantinerie et M. Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome 1, n° 123, pp. 100-101, M. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1917, n° 282, p. 310.

¹⁵⁴ T. cass. 5 vent. an XI (*Journal du Palais* par Ledru-Rollin, tome 3, Paris, 1837, pp. 3-5), C. cass. 14 août 1817 (S 1819 I 29-30), 11 janv. 1825 (S 1825 I 245-247).

guère non plus. Il n'empêche. Comme la liberté de la presse était limitée et les débats parlementaires souvent convenus, les prétoires étaient parfois transformés par les avocats en tribune. Pour un défenseur prudent, le meilleur moyen de faire triompher une cause en matière civile n'était pas d'indisposer le juge en avançant des arguments d'ordre politique. C'est pourquoi, la jurisprudence était pauvre en décisions. Les recueils n'abondaient guère en jugements ou arrêts fondés sur la souveraineté du législateur. De surcroît, très tôt, il avait été jugé qu'un usage qui n'avait été reconnu par aucune loi nouvelle ne pouvait constituer un moyen de cassation¹⁵⁵. C'était implicitement condamner les usages contraires à la volonté du législateur ou non ratifiés par lui. Dans le même ordre d'idées, il est intéressant de relever la disparition rapide d'un argument encore développé au début du XIX^e siècle. Plutôt que d'avouer sans détour que l'usage invoqué était contraire à la loi, des plaideurs bien conseillés soutenaient qu'il était seulement interprétatif et partant qu'il s'incorporait à la loi. Une fameuse loi romaine ne déclarait-elle pas : « *optima legum interpres consuetudo* »¹⁵⁶ ? Tenue pour indiscutable par des juristes du XVIII^e siècle et du début du XIX^e siècle, comme Claude de Ferrière¹⁵⁷, le Chancelier Daguesseau¹⁵⁸, Dunod¹⁵⁹, Merlin¹⁶⁰ ou encore Toullier¹⁶¹, elle était parfois invoquée par des parties¹⁶² ; il arrivait exceptionnellement qu'elle motivât le dispositif d'un arrêt (Cour royale de Lyon, 25 février 1836)¹⁶³. Mais, au lendemain de cette consécration jurisprudentielle, cet argument fut vainement invoqué devant la Cour de Cassation (25 janvier 1841)¹⁶⁴. Il fallait avoir blanchi sous le harnais de l'ancien droit pour avoir encore l'audace de soutenir qu'un usage pouvait être interprétatif de la loi. Dans le nouvel ordre juridique en construction, l'ancien adage paraissait attentatoire à la souveraineté du législateur. Ainsi un attendu d'un arrêt de la Cour royale d'Orléans (29 mars 1838) portait : « En vain on objecte que l'usage et la jurisprudence interprètent la loi, lorsqu'elle est ambiguë ; [...] il ne s'ensuit pas que leur interprétation ait la force de la loi elle-même, force que le législateur seul peut imprimer à ses interprétations : *ejus est interpretari cujus est condere* »¹⁶⁵. Que l'interprétation de la loi appartienne à celui qui a le pouvoir de faire et de défaire la loi, voilà un principe que n'auraient désavoué ni Louis XIV¹⁶⁶ ni le législateur révolutionnaire¹⁶⁷ !

¹⁵⁵ T. Crépon, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, tome 2, Paris, 1892, n° 1886-1888, pp. 525-526.

¹⁵⁶ « *Si de interpretatione legis quaeritur, in primis insciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset : optima enim est legum interpres consuetudo* » D. 1, 3, 37. Rapp. « *Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus profisciscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere* » D. 1, 3, 38.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, tome 1, liv. 1, tit. 1, art. 9, note a, p. 5.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, tome 8, lettre du 4 septembre 1742, p. 157 in fine - 158.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, liv. 1, ch. 13, p. 103.

¹⁶⁰ *Répertoire universel* précité, tome 35, v° Usages, § 2, n° I, p. 294.

¹⁶¹ *Op. cit.*, tome 1, Paris, 1830, n° 160, p. 128.

¹⁶² Notamment T. cass. 22 mess. an IX (S. an X col. 14, sol. impl., argumentation de demandeur au pourvoi) ou CR Toulouse 28 nov. 1825 (S 1826 II 242, argumentation du défendeur).

¹⁶³ « Que [...] cet usage a continué et qu'ainsi on peut le considérer en thèse générale comme une interprétation de cette loi » (CR Lyon 25 fév. 1836, S 1836 II col. 228).

¹⁶⁴ C. cass. 25 janv. 1841 (S 1841 I col. 165-170, spéc. col. 168, argumentation du défendeur au pourvoi : « cette jurisprudence... ne consacre point ce principe que l'usage peut abroger la loi, mais bien celui-ci, que l'usage l'explique, l'interprète et en fixe le sens ; ce qui est conforme à cette maxime ordinaire admise de tout temps, que l'usage est le meilleur interprète des lois »).

¹⁶⁵ S 1840 II col. 33. Sur l'usage de cette règle en droit moderne : H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain, II, Adages*, tome 1, Lyon, 1978, pp. 177-180.

¹⁶⁶ Ordonnance de 1667, tit. I, art. 7, Isambert, *op. cit.*, tome 18, p. 106.

¹⁶⁷ Sur ce point : F. Gény, *op. cit.*, tome 1, n° 48, pp. 101-102 et Y.L. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965, pp. 29-92. et J. L. Halpérin, *op. cit.*, p. 62-63.

2°) Une dénégation des vertus de la loi

La proscription de l'abrogation de la loi par désuétude s'inscrivait dans le mouvement doctrinal plus large de condamnation de la coutume en tant que source du droit. Les mêmes arguments étaient développés, parfois avec plus de virulence, car admettre la désuétude était assimilé à un refus de reconnaître une vérité : les vertus de la loi. Elle passait pour détruire l'unité du droit et restaurer l'incertitude du droit¹⁶⁸.

En 1825, devant la Cour royale de Toulouse, une partie avait soutenu : « Nul ne peut aujourd'hui, sous le prétexte d'un usage établi, s'écarter des dispositions d'une loi positive. Si l'usage pouvait abroger la loi, il faudrait renoncer à l'uniformité de la législation ; chaque cour souveraine pourrait ou devrait se soumettre aux usages du pays dans lequel elle administre la justice »¹⁶⁹. Déjà avancé par quelques tribunaux d'appel lors des travaux préparatoires du Code civil¹⁷⁰, l'argument sera répété à l'envi¹⁷¹. Comme il était improbable qu'une loi tombât en désuétude simultanément sur toute l'étendue du territoire, l'unité de législation, une des conquêtes de la Révolution, risquait d'être remise en cause. La coutume contraire ou le non-usage pouvait avoir pour effet qu'une loi fût abrogée dans un ressort et observée dans un autre. De plus, la désuétude supposait en pratique une constatation judiciaire. C'était encore admettre que la force obligatoire d'une loi dépendait du hasard de procédures abandonnées à l'initiative de particuliers. La puissance invisible dont Portalis reconnaissait l'existence heurtait décidément de front la nouvelle conception du Droit. Faute de pouvoir nier la réalité sociologique de la désuétude, les juristes n'avaient pas d'autre ressource que de lui dénier tout effet juridique.

En parallèle, l'opinion commune tendait à considérer que la désuétude était destructrice de la sécurité juridique en faisant renaître l'incertitude du droit. Ce mode d'abrogation de la loi posait le problème général de la preuve de l'existence de la coutume. Conformément à la doctrine romano-canonique de la coutume¹⁷², la *desuetudo* comme la *consuetudo* supposait la réunion d'un ensemble de faits immatériels, fluides et incertains. Ainsi en était-il de l'uniformité, de la publicité, de la fréquence, du long usage, de la tolérance du législateur, autant d'éléments constitutifs de la coutume dont la preuve ne laissait pas d'être difficile et dont la pertinence était abandonnée à l'appréciation du juge. Qui plus était, le non-usage constituait un "fait négatif" qui, par nature, n'avait aucune existence tangible. Pendant un siècle, depuis les observations des tribunaux sur le projet de Code civil¹⁷³ jusqu'au rapport présenté par Esmein à la Première

¹⁶⁸ Peut-être Portalis a-t-il eu en vue cette double menace, lorsqu'il expose que le projet de Code civil ne consacre pas l'abrogation de la loi, il écrit de manière sibylline : « Les lois conservent leur effet, tant qu'elles ne sont point abrogées par d'autres lois, ou qu'elles ne sont point tombées en désuétude. Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût peut-être été dangereux de le faire », Discours préliminaire sur le projet de Code civil (1er pluviôse an IX), Fenet, tome I, p. 479.

¹⁶⁹ CR Toulouse 28 nov. 1825 (S 1826 II 241).

¹⁷⁰ Pour cette raison, le TA de Lyon s'était prononcé d'une manière générale contre la coutume (Fenet, tome 4, pp. 27-28), également le TA de Paris (Fenet, tome 5, p. 92) ainsi que le TA de Rouen (Fenet, tome 5, p. 460) ; sans précision le TA d'Ajaccio déclarait condamner les usages *contra jus* (Fenet, tome 3, p. 118).

¹⁷¹ Voir notamment K.S. Zachariae par G. Massé et C. Vergé, *Le droit civil français*, tome 1, Paris, 1854, § 22, p. 29, Eschbach, *op. cit.*, n°21, p. 34 et dans le même sens : CA Montpellier 6 fév. 1849 (DP 1848 II 122-123).

¹⁷² Sur l'origine de cette conception qui s'est maintenue dans les droits européens jusqu'au début du XXI^e siècle : G. Le Bras, Ch. Lefebvre et J. Rambaud, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident, tome VII, L'Age classique (1140-1378), Sources et théorie du droit*, Paris, 1965, pp. 533-556.

¹⁷³ TA d'Ajaccio (Fenet, tome 3, p. 118), TA d'Amiens (Fenet, tome 3, p.125). Pour l'incertitude de la coutume, sa variété et ses variations ainsi que pour l'indétermination de la durée du long usage, des tribunaux d'appel avaient refusé de voir en la coutume en général une source du droit : TA d'Ajaccio (Fenet, tome 3, p. 118), TA d'Amiens (Fenet, tome 3, p. 125), TA de Lyon (Fenet, tome 4, p. 27), TA de Montpellier (Fenet, tome 4, p. 420) et TA de Paris (Fenet, tome 5, p. 92).

sous-commission de révision du Code civil (1905)¹⁷⁴ en passant par la doctrine des jurisconsultes du plus grand renom¹⁷⁵, la difficulté d'établir la preuve de la désuétude n'était pas le moindre des arguments pour la combattre. Ce lieu commun emportait alors d'autant plus la conviction qu'une jurisprudence constante contrôlait avec vigilance le respect des exigences probatoires : « il faudrait pour abroger les dispositions de la loi que cet usage eût été controversé et suivi de quelques jugements contradictoires et qu'en outre il fût établi par des actes publics, fréquents, uniformes et répétés pendant un espace de temps assez long pour que le législateur pût être présumé avoir tacitement consenti à l'obligation qu'on prétend établir »¹⁷⁶. Cette rigueur aboutissait en règle générale à faire échouer les demandes¹⁷⁷. Dans ces conditions, consacrer en droit la désuétude n'aurait pas eu d'autre effet que d'ébranler l'édifice des lois sans véritable utilité pratique. L'édition de 1897 du *Répertoire alphabétique du droit français* en tirait la conclusion. « [...] la théorie qui accorde à l'usage la force d'abroger la loi paraît aujourd'hui à peu près abandonnée ; les immenses inconvénients, l'incertitude, l'anarchie même qui s'attachent à un pareil système ou en découlent forcément ne pourraient en effet permettre de faire prédominer un usage le plus souvent incertain, arbitraire, impossible à constater, à définir, à circonscrire, sur une loi régulièrement rendue, promulguée, publiée, connue de tous, et qui, seule, peut être véritablement considérée comme l'expression de la volonté générale »¹⁷⁸.

Par leur esprit, ces considérations, marquées au coin du légicentrisme, pouvaient également se recommander d'une jurisprudence décisive de la Cour de cassation. Incitée par des cours royales à considérer que la violation d'une disposition formelle de la loi ne pouvait jamais en provoquer la désuétude par un usage contraire¹⁷⁹, elle avait rendu un arrêt de principe. Dans une décision du 16 novembre 1841, elle avait proclamé que « lorsque les lois sont claires et précises, elles doivent être exécutées dans tout leur contenu et elles ne peuvent être regardées comme ayant cessé d'exister qu'autant qu'elles ont été expressément révoquées par d'autres lois, également claires et précises »¹⁸⁰. Elle avait ajouté que décider le contraire eût été aller à l'encontre de sa mission : « il est constant que la Cour de Cassation dont le devoir est de veiller à l'exacte application de la loi et de la maintenir, ne peut annuler un arrêt qui s'est conformé littéralement à son texte, pour faire prévaloir sur ce texte clair et précis un usage et une jurisprudence qui n'y seraient pas conformes »¹⁸¹. Au lendemain de la loi du 1^{er} avril 1837 sur la cassation, c'était aussi le moyen pour la Cour d'exposer comment elle entendait mener sa mission.

¹⁷⁴ *Op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁵ Sur la critique de la désuétude et la difficulté d'en faire la preuve : F. Berriat-Saint-Prix, *op. cit.*, p. 124, H. Blondeau, *op. cit.*, pp. XCVII-XCIX, E.V. Foucart, *op. cit.*, tome 1, n° 82, pp. 83-84, C. Demolombe, *op. cit.*, tome 1, n° 35, pp. 36-37, C.G. Hello, *op. cit.*, tome 2, p. 64, F. Mourlon, *op. cit.*, tome 1, n° 94, p. 67 et G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil* précité, tome 1, n° 43, p. 26. Rapp. Eschbach, *op. cit.*, n° 21, pp. 32-35. et Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tome 1, Paris, 1892, n°49-50, pp. 58-60 (rapp. n° 30, pp. 36-37 sur la coutume en général).

¹⁷⁶ CR Toulouse 22 juillet 1825 (S 1825 II 292).

¹⁷⁷ CR Toulouse 28 nov. 1825 (S 1826 II 241-243), usage de long cours non établi (22 ans), CR Nîmes 24 mars 1830 (S 1830 II 378-379), usage de long cours non établi (« il s'est à peine écoulé dix-sept ans, il n'y a donc pas désuétude puisqu'il n'y a pas *longa consuetudo*, il n'y a que contravention et abus », *ibid.*, p. 379), CR Orléans 13 juin 1838 (S 1840 II 2ème espèce col. 34-35), conditions non réunies (« de généralité, puisque les notaires seuls s'écartent de certaines solennités et que rien n'indique que les parties aient jamais entendu renoncer aux garanties qui résulteraient de leur observation ; d'ancienneté, puisque l'usage contraire au texte de la loi de ventôse, date à peine de trente-cinq ans ; de constance, puisque plusieurs arrêts et l'opinion de jurisconsultes recommandables, à la tête desquels il faut mettre Toullier, n'ont cessé de protester en faveur de la loi, à d'assez courts intervalles », *ibid.*, col. 35).

¹⁷⁸ Carpentier et Frèrejoubert du Saint *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome 26, Paris, 1897, v° Lois, n° 1081, p. 670.

¹⁷⁹ CR Toulouse 28 nov. 1825 : « Attendu que l'usage [...], s'il existe, est en opposition formelle avec la disposition de la loi ; que, dès lors, ce n'est qu'un abus qui doit être réprimé » (S 1826 II 242), rapp. CR Paris 3 déc. 1839 et réquisitions de l'Avocat général Pécourt *in fine* (S 1840 II col. 36-38) et CR Nîmes 12 janv. 1841 (S 1841 II col. 184).

¹⁸⁰ 16 nov. 1841 (S 1842 I 128). Dans le même sens : CA Paris 1er mai 1848 (DP 1849 II 79-80), C. cass. 20 juin 1848 (S 1848 I 434), CA Paris 30 juil. 1853 (D 1854 II 70-71), C. cass. 13 avril 1897 (DP 1897 I 357-360).

¹⁸¹ C. cass. 7 mai 1839 (S 1839 I col. 357) confirmé par C. cass. 25 janv. 1841 (S 1841 I col. 110).

B. LE COMBAT POUR LA LOI

La condamnation de principe de la désuétude proclamée, il restait à la mettre en œuvre. Il est remarquable que les recueils de jurisprudence abondent en décisions rendues en cette matière. C'est vraisemblablement un indice que le légicentrisme du lendemain des codes, puis le positivisme "conceptuel-formaliste" de la deuxième génération de commentateurs ne régnaient pas sans partage sur tous les esprits¹⁸². Avant même que les idées diffusées par l'évolutionnisme juridique ne fissent considérer que le droit naissait de la société et se développait en en reflétant les mutations¹⁸³, les juges du fond, les auxiliaires de justice et les commerçants s'employaient empiriquement et ponctuellement à adapter la loi aux nouveaux besoins. Il n'était pas jusqu'aux règlements de police que les autorités publiques laissaient parfois devenir lettre morte. La Cour de Cassation pouvait-elle s'arc-bouter sur un principe battu en brèche par une généralité de praticiens procédant ou stipulant contrairement à la loi ? Une longue passivité du ministère public dans la répression d'une infraction ne pouvait-elle jamais être assimilée à la *patientia* des droits savants médiévaux, génératrice d'une abrogation tacite de la loi ? La nature radicalement différente des deux questions commandait une double réponse¹⁸⁴. Recourant quelquefois à des faux-fuyants, la Cour de cassation s'est employée à contenir les initiatives de la pratique en ne consacrant jamais en termes exprès l'abrogation de la loi par désuétude (1°) ; par ailleurs, elle lui a opposé avec la plus grande constance le principe de légalité des infractions (2°).

1°) La résistance de la Cour de cassation aux initiatives de la pratique

Saturés de nouveautés autant qu'animés par un esprit routinier, les praticiens du début du XIX^e siècle ont parfois tenu pour lettre morte les nouvelles dispositions législatives plutôt que de changer leurs habitudes¹⁸⁵. Pouvait-il en naître un usage contraire à la loi ? Renouvelant une exigence de l'ancien droit¹⁸⁶, les articles 9 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI exigeaient sous peine de nullité que les actes notariés fussent reçus, et non pas seulement signés, par deux notaires ou par un notaire assistés de deux témoins¹⁸⁷. Il s'agissait d'assurer à l'acte authentique un témoin officiel ou deux témoins instrumentaires. Jamais, aussi bien sous l'ancien droit que depuis la nouvelle loi, jamais cette formalité n'avait été respectée¹⁸⁸. Les praticiens tenaient que la présence simultanée de deux notaires aurait été « impraticable pour cette multitude d'actes qui se font journellement, surtout à Paris, et (serait devenue) très dispendieuse pour les parties. Il aurait fallu par exemple que pour la procuration la moins importante un notaire se déplaçât et ce même déplacement se serait

182 Sur cette évolution de la pensée juridique : J.-F. Niort, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français*, Aix-en-Provence, 2004, tome 2, pp. 418-422.

183 *Ibid.*, tome 2, pp. 425-448 et 571-574.

184 Sur l'aspect théorique de cette double difficulté (coutume contraire née de désobéissances individuelles et désuétude née de l'inertie du ministère public), voir A. Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, 1969, n° 39-40, pp. 48-50.

185 Sur l'esprit de conservation des praticiens : G. Ripert, *Les forces créatrices du droit* précité, n° 5, pp. 14-16.

186 CR Orléans 13 juin 1838 (S 1840 II 34-36, spécialement col. 34) et CR Bourges 23 mai 1840 (S 1841 II 97-99, spécialement col. 98).

187 J.B. Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat*, tome 14, Paris, 1836, pp. 19 et 38.

188 CR Lyon 25 fév. 1836 (S 1836 II col. 226-229, spécialement col. 228), CR Orléans 13 juin 1838 précité (*ibid.*, col. 35) et CR Bourges 23 mai 1840 précité (*ibid.*).

répété plusieurs fois dans la même journée »¹⁸⁹. Et quelle garantie pouvaient offrir des témoins qui d'après un contemporain, « le plus souvent, sont des artisans subitement enlever à leurs travaux, plus ou moins illettrés, plus ou moins capables de comprendre l'importance de la signature qu'on leur demande »¹⁹⁰ ? En pratique, il était jugé suffisamment régulier de faire signer l'acte ultérieurement par un second notaire, jamais un notaire d'une réputation équivoque ne parvenant à trouver un confrère qui voulût signer pour lui¹⁹¹. En la matière, la jurisprudence ne s'était pas fixée. Les arrêts de la Cour de cassation et des cours d'appel les plus nombreux rejetaient cet usage contraire à un texte de loi formel et jugeaient que si l'acte mentionnait la présence d'un second notaire, bien qu'il fût absent, cette énonciation constituait un moyen de faux¹⁹². A l'opposé, d'autres décisions rendues par les mêmes cours admettaient que l'usage qui s'était introduit revêtait tous les caractères propres à faire tomber en désuétude la loi¹⁹³. Tout en relevant une longue série d'arrêts contraires, Duvergier ne regardait pas à soutenir en 1836 que : « l'usage constant et public qui s'est établi et qui a été suivi, sans que le Gouvernement ait cherché à le faire cesser, peut être considéré comme une abrogation tacite de la loi »¹⁹⁴.

De prime abord, cette dernière jurisprudence apparaît en complète contradiction avec les principes posés par la doctrine de la souveraineté de la loi. C'est ainsi que Lebrun a analysé cette série de décisions¹⁹⁵. Cependant un examen plus attentif des arrêts hérétiques révèle que jamais ils ne se contentèrent de constater crûment l'existence et la force d'un usage contraire. Un *autre* motif venait *toujours* étayer leur solution : existence d'une erreur commune¹⁹⁶, usage simplement interprétatif¹⁹⁷ ou encore interprétation de la volonté du législateur par un recours aux travaux préparatoires de la loi de l'an XI¹⁹⁸. Par ces expédients, les magistrats de la Cour de cassation et des cours d'appel évitaient de reconnaître l'inavouable : la désuétude de la loi par usage contraire. Quoi qu'il en fût, il n'était pas sain qu'une question aussi déterminante pour la sécurité du commerce juridique et pour les arrangements familiaux, restât incertaine. « La fortune des particuliers se trouve livrée au plus effrayant arbitraire », déclarait l'Avocat général Tarbé à la Cour de cassation en 1839¹⁹⁹. Aussi pressait-il le législateur de trancher : « peut-être l'attention du législateur devrait-elle être appelée sur l'état actuel de la jurisprudence et sur cette contradiction flagrante entre les usages et la loi »²⁰⁰. De la même façon, un arrêt de la Cour royale de Bourges en date du 23 mai 1840 exhortait le législateur à intervenir : « c'est non à la jurisprudence d'en introduire la prescription dans une loi où elle n'a

¹⁸⁹ Travaux préparatoires de la loi du 25 vent. an XI, intervention de Loqué devant le Tribunat, cf. défendeur au pourvoi dans C. cass. 6 août 1833 (S 1833 I col. 627).

¹⁹⁰ Réquisitions de l'Avocat général Pécourt, CR Paris (S 1840 II col. 36-38, spécialement col. 38).

¹⁹¹ C. cass. 6 août 1833 précité (cf. défendeur au pourvoi, *ibid.*) et CR Paris 15 déc. 1838 (S 1838 II col. 95-97, argument de l'appelant).

¹⁹² C. cass. 14 janv. 1825 (S 1826 I 78), CR Toulouse 28 nov. 1825 (S 1826 II 241-243), CR Orléans 29 mars 1838 (S 1840 II col. 33-34), CR Orléans 13 juin 1838 (S 1840 II col. 34-36), CR Paris 15 déc. 1838 (S 1839 II col. 95-07), C. cass. 7 mai 1839 (S 1839 I col. 353-357), CR Paris 3 déc. 1839 (S 1840 II col. 36-37), CR Nîmes 12 janv. 1841 (S 1841 II col. 184-185), C. cass. 25 janv. 1841 (S 1841 I col. 135-140), C. cass. 16 nov. 1841 (S 1842 I col. 128). Voir également C. cass. 9 août 1836 (S 1836 I col. 790-791).

¹⁹³ CR Rennes 29 juin 1824 confirmé par C. cass. 14 juil. 1825 (S 1826 I 77-78), CR Bordeaux 17 juin 1826 (S 1826 II 307), CR Nîmes 15 juin 1830 (S 1830 II 312) confirmé par C. cass. 6 août 1833 (S 1833 I col. 625-628), CR Lyon 25 fév. 1836 (S 1836 II col. 226-229), CR Bourges 23 mai 1840 (S 1840 II col. 97-99).

¹⁹⁴ *Ibid.*, pp. 19-20.

¹⁹⁵ *Op. cit.*, n° 316, pp.336-337.

¹⁹⁶ CR Rennes 29 juin 1824 précité, CR Bordeaux 17 juin 1826 précité (sol. impl.), CR Nîmes 15 juin 1830 précité (dans ses réquisitions, l'Avocat général Laplagne Barris approuvait sur ce point la cour d'appel (6 août 1833 précité, *ibid.*, col. 628).

¹⁹⁷ C. cass. 6 août 1833 précité et CR Lyon 25 fév. 1836 précité.

¹⁹⁸ CR Bourges 23 mai 1840 précité (*ibid.*, col. 98) ; rapp. défendeur au pourvoi dans C. cass. 6 août 1833 précité (*ibid.*, col. 627). On sait que d'après J. Bonnacase (*op. cit.*, tome 1, n° 235-236, pp. 525-530), pour l'Ecole de l'Exégèse, le droit positif s'absorbait dans l'intention du législateur.

¹⁹⁹ C. cass. 7 mai 1839 (S 1839 I col. 357), rapp. CR Bourges 23 mai 1840 précité (*ibid.*, col. 98-99).

²⁰⁰ *Ibid.*

pas encore été vue jusqu'ici, mais au législateur à changer pour l'avenir le sens qu'à tort, peut-être, mais de fait et en réalité, un consentement unanime lui a attribué dans l'ancien et dans le nouveau droit »²⁰¹. Il finit par se prononcer après que la Cour de cassation eut refusé par ses deux arrêts des 25 janvier 1841 et 16 novembre 1841 de faire prévaloir l'usage sur la loi²⁰². Par une loi présentée comme interprétative (21 juin 1843), il consacra l'usage en portant dans son article 1^{er} : « Les actes notariés passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception desdits actes »²⁰³. En droit, les principes étaient saufs ; en fait, les praticiens et l'usage avaient triomphé de la loi. Ultérieurement, en application des mêmes principes, la Cour de cassation anéantit des décisions qui, s'étant référées à des usages contraires, avaient estimé pouvoir écarter des formalités exigées par le Code civil et exprimées dans les termes les plus clairs. Ainsi cassa-t-elle un arrêt qui avait donné force obligatoire à usage de Bastia contraire à l'ancien article 2103-4^o C. Civ. relatif au procès-verbal nécessaire à l'établissement du privilège immobilier des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers²⁰⁴ ou encore à un usage diplomatique franco-britannique contraire à l'ancien article 1007 C. Civ. relatif à la présentation, l'ouverture, la description et l'état des testaments olographes et mystiques²⁰⁵. Pareillement la Cour d'appel de Paris écarta un usage de libraire contraire à l'article 1325 C. Civ. relatif à l'établissement des actes sous seing privé²⁰⁶. Œuvre d'un législateur souverain et expression même du Droit, la masse de granit du Code civil n'avait pas vocation à subir l'érosion du temps ! Qu'en était-il de son pendant, le Code de commerce ?

En 1877, Courcy ironisait sur la jurisprudence de la Cour de Cassation : « Et quand tous les faits, commerciaux et maritimes, ont ainsi changé, la législation est demeurée immobile, la marine à vapeur et la télégraphie sont régies par l'ordonnance de 1681 [...]. On dirait qu'elle veut témoigner d'autant plus de respect au monument de Colbert que ce monument tombe plus visiblement en ruine »²⁰⁷. Pendant une large partie du XIX^e siècle, la jurisprudence a accusé une nette tendance à s'asservir aux articles du Code de commerce, -pour la plupart empruntés aux ordonnances de Louis XIV-, au détriment des usages. Il est symptomatique qu'elle avait admis que d'anciens usages avaient pu prévaloir contre des dispositions de l'ordonnance de 1673²⁰⁸, mais qu'elle avait refusé de donner sa sanction à des usages commerciaux contraires à la lettre de lois nouvelles. Le mot d'ordre du moment était d'endiguer les initiatives de la pratique. La jurisprudence était constante et souvent les arrêts étaient de cassation. C'est ainsi qu'elle rejeta en application de l'article 1989 C. civ. l'usage de reconnaître au liquidateur d'une société de commerce le pouvoir de compromettre²⁰⁹, en application de l'article 1998 C. civ. l'usage de ne payer les lettres de change pour le compte d'autrui que sur l'avis du mandant²¹⁰, en application des arrêts du Conseil des 7 avril 1785, 2 octobre 1785 et 22 septembre 1786 confirmés par la loi du 28 vendémiaire an IV et l'ordonnance du 12 novembre 1823 et de l'article 1965

²⁰¹ *Ibid.*, col. 99. Rapp. « La Cour de Cassation, dont le devoir est de veiller à l'exacte application de la loi et de la maintenir, ne peut (que) sanctionner un abus qui la viole ouvertement » (C. cass. 25 janv. 1841, S 1841 I col. 105-110, spécialement col. 110).

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ S 1843 II col. 431-432 et sur l'adoption de la loi : *ibid.*, col. 431-441. En application de cette loi : C. cass. 20 déc. 1843 (S 1844 I col. 13-16).

²⁰⁴ C. cass. 11 juil. 1855 (DP 1856 I 9-12).

²⁰⁵ C. cass. 13 avril 1897 (DP 1897 I 357-360).

²⁰⁶ CA Paris 1^{er} mai 1848 (DP 1849 II 79).

²⁰⁷ *Questions de droit maritime* précité, tome 1, p. 11.

²⁰⁸ Cf. *supra*.

²⁰⁹ C. cass. 15 janv. 1812 (S 1812 I 113-119, cassation).

²¹⁰ C. cass. 14 août 1817 (S 1819 I 29-30, rejet).

C. civ. l'usage des marchés à terme²¹¹, en application de l'article 110 C. com. l'usage des lettres de change tirées sur soi-même²¹², en application de la loi du 3 septembre 1809 l'usage de compter l'année comme composée de 360 jours pour le calcul des intérêts²¹³, en application de l'article 136 C. com. l'usage autorisant un agent de change à endosser un effet de commerce en qualité de simple mandataire²¹⁴, en application des articles 1728 et 1732 C. civ. l'usage autorisant le locataire en cas de perte de sacs loués à ne payer que le loyer d'une seule année et la valeur des sacs loués²¹⁵ ou enfin en application des articles 1641, 1643 et 1644 C. civ. l'usage de transférer les risques à l'acheteur dans les ventes de grains venus de l'étranger, vendus et mis sur bateau ou wagons, dès lors qu'il les reconnaît et accepte en en prenant livraison²¹⁶.

A dire vrai, les premiers commentateurs du Code de commerce ne s'étaient point émus de cette jurisprudence. Les commercialistes comme les juristes des autres branches du Droit se faisaient volontiers les apologistes de l'unité de la législation et de la jurisprudence. Pour eux, la codification du droit devait faire cesser les discordances, spécialement la variété des usages des différentes places de commerce²¹⁷. Pour sa part, la Cour d'appel de Montpellier interdit l'usage des parères en considérant que sous l'empire d'un droit uniforme, il n'y avait pas lieu de donner prétexte aux négociants de s'écarter des lois²¹⁸.

Il n'empêche que la nécessité d'adapter la législation écrite aux nouvelles exigences du commerce avait conduit à l'abandon de telles solutions²¹⁹. Dès 1866, le législateur consacrait un certain nombre d'usages commerciaux en matière de contrat de vente²²⁰. A partir des années 1860, la jurisprudence avait opéré un revirement et reconnu ordinairement les usages commerciaux *secundum, praeter* et même *contra legem*. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'inventaire qu'en a fait Escarra dans son célèbre article "*De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*"²²¹. Ces solutions avaient l'assentiment de la doctrine qui avait fini par admettre que l'usage pouvait déroger à la loi, dès lors qu'elle était simplement interprétative de la volonté

²¹¹ C. cass. 4 août 1824 précité (S. 1824 I 409-414, rejet).

²¹² CR Toulouse 22 juil. 1825 (S 1825 II 292).

²¹³ C. cass. 20 juin 1848 (S 1848 I col. 433-434, cassation) et C. cass. 14 mai 1852 (DP 1852 I 309-310, cassation).

²¹⁴ CA Montpellier 6 fév. 1849 (DP 1849 II 122-123).

²¹⁵ C. cass. 26 mai 1868 (DP 1868 I 471-472, cassation).

²¹⁶ C. cass. 30 déc. 1879 (DP 1880 I 108-109, rejet).

²¹⁷ E. Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, tome 1, Paris, 1821, liv. II, ch. 1, n° 2-3, p. 56 ; J. Bédarride, *Commentaire du Code de commerce*, tome 1, Paris, 1854, n° 15, p. 85 ; I. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, tome 1, Paris, 1879, n° 7-10, pp. 16-23 ; rapp. J.M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, tome 1, Paris, 1821, pp. 48-52 insistant sur le caractère universel et immuable des usages commerciaux consacrés par le Code de commerce ; dans le même sens : Bravard-Veyrières par C. Demangeat, *Traité de droit commercial*, tome 1, Paris, 1890, p. 27 (en note 1, Demangeat fait observer que cette opinion n'est plus d'actualité à la fin du XIX^e siècle).

²¹⁸ « Qu'il est impossible d'abord de l'admettre à se prévaloir à cet égard d'une attestation des négociants de Rodez d'après laquelle il serait d'usage de procéder ainsi sur cette place ; qu'à la vérité, sous l'ancien droit, ces attestations ou actes de notoriété, connus sous le nom de parères, étaient admis dans le ressort du Parlement de Toulouse comme pouvant justifier certains actes par la seule autorité de la pratique commerciale ; que d'autres parlements ne reconnaissaient pas cette autorité extralégale de l'usage constaté par les parères ; mais, attendu que sous l'empire du droit uniforme qui nous régit, toutes ces pratiques locales et tous ces prétendus usages, particuliers à certaines places de commerce, ne peuvent être invoqués, et que la cour doit ramener à l'observation des lois les négociants qui s'en écarteraient sous de tels prétextes » (6 fév. 1849 précité, DP 1849 II 123). Comp. CI Bruxelles 15 janv. 1810 et 24 juil. 1810 (S 1816 II 87-88) autorisant expressément à recourir à des actes de notoriété pour prouver des usages contraires à d'anciennes coutumes successorales.

²¹⁹ J. Hilaire, *Introduction au droit commercial*, Paris, 1986, n° 49 et s., pp. 95 et s., spécialement, n°55-56, pp.107-111 et n° 61-64, pp. 116-121.

²²⁰ Loi du 13 juin 1866 rapportée dans A.A. Carette, *Lois annotées*, 6ème série, 1866-1870, Paris, 1871, pp. 29-36 (avec rapports de Lavenay et Petit soulignant l'intention du législateur d'absorber les usages locaux dans un usage général) ; sur cette loi, voir T. Crépon, *op. cit.*, n° 1908, pp. 531-532 et J. Hilaire, *ibid.*, n° 57, p. 108.

²²¹ *Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international*, 1910, pp. 105-115 ; voir aussi A. Lebrun, *op. cit.*, n° 331, pp. 350-351.

des parties²²². De fait, en droit commercial, la "domination des faits"²²³ fut telle qu'il s'avéra impossible de ne pas reconnaître l'autorité des usages de quelle que nature qu'ils fussent²²⁴. « La codification a eu surtout pour but de donner une formule précise à la coutume sur les contestations que soulève nécessairement l'incertitude du droit. Elle n'a pas eu et ne pouvait avoir la prétention de prévoir et de régler tous les faits commerciaux dans leur multiplicité et leur variété. De plus, le mouvement incessant des affaires, l'esprit d'initiative, l'influence réciproque des divers pays, introduisent de nouvelles pratiques, de nouvelles institutions, qui, pendant longtemps, sont sous l'empire exclusif de la coutume avant que le législateur s'en occupe »²²⁵. Mais nul ne devait s'y tromper : l'usage contraire « va(lai)t non comme loi, mais comme convention tacite »²²⁶... En un temps où l'individualisme juridique et le volontarisme atteignaient leur achèvement dans la doctrine de l'autonomie de la volonté, donner un tel fondement à l'autorité de l'usage contraire n'apparaissait pas sans doute dépourvu de pertinence.

2°) La constante réaffirmation du principe de légalité des infractions

Dans la droite ligne de la philosophie pénale des Lumières, l'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 avait posé le principe que seule la loi pouvait créer une incrimination et une peine²²⁷. Toute la question était de savoir si le non-usage pouvait en provoquer la désuétude²²⁸. Partant du constat que ce non-usage était imputable au premier chef aux autorités chargées de faire observer la loi, quelques-uns considéraient que le doute sur l'existence de la loi devait bénéficier au prévenu surpris par sa résurrection subite. Ils dénonçaient comme un scandale l'attitude des pouvoirs publics laissant tomber dans un sommeil léthargique une disposition pénale. Le philosophe Bélimé (*Philosophie du droit*, 1844)²²⁹, le publiciste Trolley (*Cours de droit administratif*, 1844)²³⁰ et beaucoup plus tard, le sociologue Cruet (*La vie du droit et l'impuissance de la loi*, 1908)²³¹ avaient invoqué l'équité. Plus originaux, Chauveau et Hélie soutenaient que le principe de légalité des infractions impliquait l'existence de lois pénales claires, précises, connues de tous comme étant en vigueur. Ils écrivaient : « On doit répudier l'application de ces lois pénales dont l'existence est une question parmi les jurisconsultes, à demi vivantes, à demi abrogées par des lois postérieures ou par désuétude. Comment le délinquant aurait-il connu la peine, lorsque les criminalistes eux-mêmes en controversent la vitalité ? Les citoyens seront-ils punis pour avoir embrassé telle face de cette

²²² C. Lyon-Caen et L. Renault, *Précis de droit commercial*, Paris, 1879, tome 1, Paris, n° 51, p. 29 ; A. Boistel, *Cours de droit commercial*, Précis, Paris, 1890, n° 22, pp. 14-17, spécialement pp. 15 *in fine* - 17 ; E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1904, n° 49-50, pp. 41-43 ; rapp. A. Wahl, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, n° 23-24, p. 11. Dans le même sens : G. Baudry-Lacantinerie et M. Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome 1, n° 124, pp. 102-103 sur la controverse relative à la distinction entre usage de fait et usage de droit ; J. Escarra, *ibid.*, pp. 115-123.

²²³ L'expression est de J. Hilaire, *op. cit.*, p. 135.

²²⁴ Rapp. A. Gouron, *La coutume en France au Moyen Age* dans dans *Recueil de la Société Jean Bodin*, LII, *La coutume précitée*, p. 195.

²²⁵ C. Lyon-Caen et L. Renault, *ibid.*, n° 48, p. 28.

²²⁶ E. Thaller, *ibid.*, n° 50, pp. 42-43.

²²⁷ « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

²²⁸ Cf. E. Garçon, *Code pénal annoté*, tome 1, Paris, 1901-1906, art. 4, n° 4, p. 30 : « Du principe qu'une loi seule peut établir une peine : il faut conclure que l'usage, la coutume ne sont point une source du droit pénal, lequel est essentiellement un droit écrit ». Dès lors, le non-usage peut-il faire disparaître une infraction ?

²²⁹ *Op. cit.*, tome 1, p. 489.

²³⁰ *Op. cit.*, tome 1, n° 14, p. 21.

²³¹ *Op. cit.*, p. 259.

controverse ? [...] Les devoirs que le législateur prescrit doivent être tracés avec clarté par des lois vivantes, dans des textes précis et accessibles à tous les esprits. Toute incertitude sur la force obligatoire de la loi pénale, toute ambiguïté dans ses dispositions doivent se résoudre en faveur du prévenu, car une prohibition indécise et douteuse n'est point une raison suffisante de s'abstenir. C'est au législateur à se faire comprendre s'il veut être obéi »²³².

Ce n'est pas ainsi que la Cour de cassation avait raisonné. Fixée dès le début du XIX^e siècle, sa jurisprudence devait demeurer invariable. En 1824, la Cour de Cassation avait arrêté : « Attendu qu' [...] on ne peut prescrire contre l'exécution des lois, dès lors que le législateur signale lui-même en les publiant comme indispensable au bien de l'Etat et au maintien de la morale publique, [...] leur abrogation ne peut résulter que d'une autre loi »²³³. De la même façon, en 1827, elle avait décidé que « l'usage, quelque ancien qu'il soit, ne peut jamais prévaloir sur l'autorité de la loi, ni établir un droit contre une prohibition qui est d'ordre public »²³⁴. Tout au long du XIX^e siècle, une multitude d'arrêts fut une application directe de cette jurisprudence²³⁵ qui débouchait parfois sur la mise en oeuvre de textes d'Ancien régime²³⁶. De plus, il était jugé que la négligence ou l'impuissance de l'administration n'engendrait jamais la désuétude²³⁷. De la tolérance non plus une telle conséquence ne pouvait être déduite²³⁸, quand bien même les infractions avaient-elles été commises indiscutablement au vu et au su de l'administration²³⁹, quand bien même avait-elle délivré des attestations certifiant le non-usage²⁴⁰, quand bien même encore avait-elle rémunéré de son propre chef un agent pour accomplir une charge incombant aux administrés²⁴¹. La Cour de Cassation avait précisé sa doctrine dans une espèce où le prévenu ayant violé un règlement de police municipale, il avait été relaxé pour cause de désuétude. Elle considérait qu'« en modifiant ainsi un règlement de police émané d'une autorité compétente, [...] (le tribunal a) franchi() les limites de sa juridiction et violé les règles qui séparent les attributions du pouvoir judiciaire de celles qui appartiennent au pouvoir municipal »²⁴². Plus grave, s'il est possible, des tribunaux furent jugés avoir entrepris sur les compétences du législateur en créant et en

²³² *Théorie du Code pénal*, tome 1, Paris, 1843, pp. 37-38.

²³³ 4 août 1824 (sur les marchés à terme, S 1824 I 409-414, spécialement p. 413).

²³⁴ 30 juin 1827 (sur l'écobuage, S 1828 I 63).

²³⁵ C. cass. 3 janv. 1828 (ban de vendange, S 1828-1830 I 6), 3 oct. 1828 (délit de pêche, S 1829 I 30), 29 août 1829 (*idem*, S 1829 I 419), 24 sept. 1830 (*idem*, S 1831 I 50-51), 23 juil. 1836 (*idem*, S 1837 I col. 271-272), 18 déc. 1848 (heure de fermeture des cafés, DP 1851 V, 462), 28 août 1858 (transport d'animaux de boucherie, DP 1858 I 473-474), 15 janv. 1859 (jour de fermeture des cafés, DP 1859 V 41-42), 5 nov. 1859 (tapage nocturne, DP 1859 V 366), 30 mars 1861 (exhalaisons insalubres, DP 1861 V 291-292), 8 janv. 1864 (vente de lait à domicile, DP 1866 V 402-403), 17 juin 1868 (divagation de chiens, DP 1868 I 363), 27 déc. 1878 (balayage et nettoyage des abattoirs, DP 1879 I 186), 3 déc. 1880 (tir de fusées et de pétards, DP 1881 I 280), 11 nov. 1881 (grillage de café, DP 1882 V 351), 11 juil. 1884 (location de maisons à des prostituées, DP 1885 I 333-335), 20 oct. 1902 (navigation fluviale, DP 1902 I 519-520). Dans le même sens : CA Douai 3 mai 1899 (DP 1899 II 433-436).

²³⁶ C. cass. 4 août 1824 précité (arrêts du Conseil des 7 avril 1785, 2 oct. 1785 et 22 sept. 1786 confirmés par la loi du 28 vend. an IV et l'ordonnance du 12 nov. 1823), C. cass. 3 oct. 1828 précité (art. 5 du tit. 31 de l'ordonnance de 1669 confirmé par l'arrêt du Directoire exécutif du 28 mess. an VI), C. cass. 29 août 1829 précité (*idem*), C. cass. 24 sept. 1830 précité (*idem*), C. cass. 23 juil. 1836 précité (art. 6 du tit. 2 de la Déclaration du 30 mai 1731 confirmé par l'arrêté consulaire du 18 therm. an X), CR Bordeaux 9 déc. 1847 précité (Règlement du 23 janv. 1727), C. cass. 11 juil. 1884 précité (Ordonnance du 6 nov. 1778).

²³⁷ C. cass. 4 oct. 1810 (négligence, S 1810 I 125) et 18 déc. 1848 précité (en l'occurrence, l'impuissance résultait de la "commotion politique" de février 1848 qui avait empêché de faire respecter les horaires de fermeture des cafés).

²³⁸ CA Bordeaux 9 déc. 1847 (obligation de prendre un rôle d'équipage, DP 1848 II 114-115), C. cass. 8 janv. 1864 précité, C. cass. 5 juil. 1873 (interdiction de transporter des cuirs verts en ville, DP 1874 I 42), C. cass. 3 déc. 1880 précité, C. cass. 11 nov. 1881 précité, C. cass. 11 juil. 1884 précité.

²³⁹ C. cass. 24 sept. 1830 précité et 30 nov. 1891 (navigation fluviale, DP 1892 I 122-123).

²⁴⁰ CA Douai 3 mai 1899 précité.

²⁴¹ C. cass. 27 déc. 1878 précité.

²⁴² C. cass. 3 janv. 1828 précité, 11 mai 1841 (tarif d'octroi, S 1841 I col. 714-716) et 18 déc. 1848 précité.

admettant une excuse non autorisée par la loi²⁴³. Il leur fut également interdit d'ordonner des enquêtes pour rechercher si la loi était ou non tombée en désuétude. Car les juges n'avaient d'autre choix que de condamner ou de relaxer²⁴⁴ sans même pouvoir tenir compte de la bonne foi en matière de contravention²⁴⁵.

Bien que ces solutions aient trouvé en doctrine des approbations²⁴⁶, il y a lieu de penser que les magistrats des tribunaux de simple police ou correctionnelle ont éprouvé quelques répugnances à se conformer à cette jurisprudence. En effet, à quelques exceptions près²⁴⁷, tous les arrêts dépouillés sont des arrêts de cassation. Assurément nous sommes tributaires des choix des éditeurs des différents recueils ; il n'empêche que ce nombre considérable d'arrêts de cassation sur une question ne soulevant aucune difficulté théorique majeure ne peut guère s'expliquer autrement, sinon par la résistance, du moins par la mauvaise volonté des juges du fond.

Les tribunaux français du XIX^e siècle auraient-ils ainsi été peuplés de "bons juges Magnaud" ? Plus vraisemblablement l'explication est autre. L'essentiel des décisions ont trait à des règlements de police municipaux ou préfectoraux destinés à gouverner les mille détails de la vie quotidienne. Cette réglementation étant par nature temporaire et contingente, nombre de magistrats ont dû s'inspirer de la règle "*cessante razione legis, cessat lex*"²⁴⁸. Par la disparition de l'état de fait l'ayant suscité, le règlement de police était supposé caduc ; le faire revivre, n'était-ce pas violer le principe de légalité des infractions ? Certes il pouvait être objecté que l'appréciation de l'opportunité des poursuites par le ministère public liée aux changements de circonstances impliquait que la tolérance fût par nature instable²⁴⁹. Mais la rédaction des attendus des arrêts de la Cour de Cassation était manifestement animée de la logique de cet esprit de légalité²⁵⁰ que Jean Carbonnier a défini comme celui qui « commanderait que l'application de la règle de droit fût automatique, donc qu'il n'y eût pas la moindre ineffectivité, la règle portant partout avec elle son application, sa sanction, comme le corps son ombre »²⁵¹. Dans la motivation des arrêts de la Cour de Cassation, le principe de légalité des infractions, protecteur des libertés individuelles, se conjugait en filigrane avec la préoccupation de la

²⁴³ C. cass. 3 janv. 1828 précité, 14 mai 1852 (usure, DP 1852 I 309-310) et 15 janv. 1859 précité.

²⁴⁴ C. cass. 8 janv. 1864 précité.

²⁴⁵ C. cass. 23 juil. 1836 précité et 28 août 1858 précité.

²⁴⁶ F. Berriat-Saint-Prix, *Cours de droit criminel*, Paris, 1836, p. 4, note 5, p. 51, note 1, pp. 96-97 ; A. Morin, *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, tome 2, Paris, 1851, n° 12, p. 368 ; rapp. T. Huc, *op. cit.*, tome 1, n° 50, pp. 59-60 (« Cette inaction peut s'expliquer en effet par des considérations de prudence, de politique, etc., et le pouvoir exécutif conserve toujours le droit de remettre la loi à exécution, lorsqu'il le juge convenable. Reconnaissons donc que la désuétude ne peut jamais résulter soit de la négligence, soit de l'impuissance à agir de l'autorité, soit de la désobéissance des assujettis et que les juges sous prétexte de désuétude ne peuvent se dispenser d'appliquer la loi ») et G. Baudry-Lacantinerie et M. Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome 1, n° 123, p. 102.

²⁴⁷ C. cass. 4 août 1824, 28 août 1858 et 5 juil. 1873 précités.

²⁴⁸ Sur cette question qui mériterait une étude approfondie de la jurisprudence du début du XIX^e siècle : F. Gény, *op. cit.*, tome 1, n° 129, pp. 409-411. Rapp. C. cass. 18 déc. 1848 précité : « Attendu que la désuétude ne saurait jamais résulter de la négligence ou de l'impuissance d'agir de le ministère public, ni de la désobéissance des assujettis, mais seulement de faits indépendants de la volonté des parties intéressées comme la cessation des causes qui avaient motivé les règlements ».

²⁴⁹ Rapp. J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, 1969, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, p. 97.

²⁵⁰ Voir par exemple C. cass. 3 oct. 1828 précité : « un usage, même immémorial, ne peut légitimer l'infraction faite à une loi positive et en vigueur » ; 30 mars 1861 précité : « il n'est pas possible d'admettre que les usages, quels qu'ils soient, d'une localité, puissent autoriser une dérogation à une loi générale » ; 8 janv. 1864 précité : « les lois et règlements ne peuvent être abrogés qu'en vertu soit de dispositions supprimant expressément celles existantes, soit de prescriptions inconciliables avec celles-ci, [...] la prétendue désuétude dans laquelle ils seraient tombés ne saurait pas plus que les abus introduits ou tolérés dans leur exécution, en paralyser, en aucun cas, l'effet légal » ; 20 oct. 1902 précité : « l'abrogation d'un règlement pris dans un intérêt public ne peut résulter ni de son défaut d'application pendant un temps plus ou moins long, ni de la tolérance d'usages contraires ; tant qu'il n'a pas été rapporté expressément ou que son abrogation ne résulte pas, tout au moins, de dispositions nouvelles avec lesquelles il serait inconciliable, il subsiste et doit produire effet ».

²⁵¹ *Ibid.*, p. 99.

permanence et de l'effectivité des lois garantissant l'ordre social²⁵². Le culte de la loi imposait à la Cour de Cassation d'empêcher le scandale de l'ineffectivité des lois pénales.

En définitive, à la question "depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ?", une double réponse doit être faite.

Pour la législation d'Ancien régime, c'est vers 1818-1824 que la jurisprudence de la Cour de cassation paraît ne plus avoir admis son abrogation par désuétude, même si une partie des juristes français, les uns par esprit de tradition, les autres par conservatisme politique, faisaient encore leur la doctrine du Chancelier Daguesseau. Il est maintenant bien établi que pas plus que les rédacteurs du Code civil, la première génération des commentateurs (1804-1830) n'a entendu briser la continuité historique en coupant le nouveau droit de ses racines ou en tarissant cette source du droit qu'était la coutume²⁵³.

Pour les lois nouvelles, révolutionnaires ou post-révolutionnaires, la Cour de cassation et un courant doctrinal, d'abord minoritaire, puis majoritaire à partir de la deuxième génération de l'École de l'Exégèse, ont toujours refusé d'admettre qu'en droit, elles pussent tomber en désuétude. Sous la Monarchie de Juillet, en 1841, la Cour de cassation a consacré cette doctrine destinée à devenir un dogme. Néanmoins l'abondante jurisprudence sur la question laisse entrevoir une vie du droit moins hiératique. Il semble bien que par commodité, par souci d'adaptation ou encore par équité, praticiens du droit, juges de première instance et parfois juges du second degré n'ont pas regardé à prendre acte de la réalité de lois ou de règlements tombés en désuétude. Face à cette pression, la Cour de cassation ne s'est pas départie d'une doctrine que l'École faisait procéder du nouvel ordre constitutionnel. Et, de la Restauration à la III^e République, elle a fermement résisté, quand il lui a semblé que l'un des plus fondamentaux principes du droit né de la Révolution, la légalité des incriminations et des peines, paraissait menacé et la répression énervée. Cependant, dans les années 1860, d'abord précédée, ensuite accompagnée par le législateur, elle a sanctionné par réalisme des usages commerciaux contraires aux lois en leur donnant la qualification de conventions tacites.

Aussi, pour terminer, convient-il d'insister sur les interventions du législateur et sur l'oeuvre de la jurisprudence à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle. Par leur action conjuguée, la condamnation de la *consuetudo abrogatoria* et de la *desuetudo* au sens strict n'a pas étouffé l'évolution du droit, quoiqu'elle l'ait parfois comprimée. C'est aussi grâce à elles que le culte de la loi a pu continuer à être célébré.

Il est de fait que la suggestion faite par Berriat-Saint-Prix de procéder à une révision périodique des lois était demeurée sans suite²⁵⁴, car trop lourde à mettre en oeuvre. De son côté, la commission de révision des lois instituée en 1824 s'était prononcé en faveur de l'abrogation législative expresse ou tacite dans son rapport hostile à la désuétude²⁵⁵. En conséquence, ce fut par la voie législative ordinaire que fut appelée à se réaliser la nécessaire adaptation du droit à la société. En définitive, la suprématie de la loi écrite sur la coutume contraire et du non-usage a pu demeurer un dogme juridique en France grâce aux circonstances historiques. En effet, au moment même où les codes commençaient à se rider, un nouveau régime politique était né, la III^e République, qui, selon Gény, « n'entrav(ait) la confection de (la loi) d'aucun obstacle

²⁵² Voir le significatif attendu de l'arrêt du 29 août 1829 précité : « attendu que la prohibition de pêcher pendant la nuit [...] l'a été dans l'intérêt de l'ordre public, du respect des propriétés et pour la sûreté des citoyens, la pêche pendant la nuit pouvant servir de moyen pour commettre des dégâts dans les propriétés riveraines, d'autres délits et même des crimes ».

²⁵³ J. Poumarède, *op. cit.*, pp. 95-97.

²⁵⁴ *Commentaire sur la Charte* précité, p. 124.

²⁵⁵ *Moniteur universel*, n° 359 (25 déc. 1825), pp. 1693-1694. Sur ces deux points : A. Desrayaud, Variations sur la *Revue Foelix* sur le thème : une codification administrative d'après le *Svod zakonov* dans *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2004-1, p. 502.

particulier, et permet(tait), par conséquent, de donner régulièrement satisfaction à tous les besoins que manifest(ait) l'usage »²⁵⁶. Courcy y ajoutait le droit d'interpeller les ministres pour les rappeler à faire observer la loi²⁵⁷ et, peut-être avec plus de clairvoyance, les campagnes de presse²⁵⁸. Enfin, pour pallier les fréquentes lenteurs du législateur à dresser l'acte de décès d'un article d'un code et à procéder à sa rénovation, -l'exemple de la capacité juridique de la femme mariée est demeuré le plus célèbre-, restait une ultime ressource : la jurisprudence. A partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, elle ne contribua pas peu à « aider à la marche du droit »²⁵⁹.

²⁵⁶ F. Gény, *op. cit.*, tome 1, n° 129, p. 409.

²⁵⁷ *Questions de droit maritime* précité, tome 1, p. 16. rapp. l'épisode rapporté par C. Beudant (*op. cit.*, n° 105, p. 111) : interpellation du ministre de l'Instruction publique en 1885 pour ne pas avoir appliqué une loi du 19 janvier 1805 tombée en désuétude qui prescrivait d'entretenir aux frais de l'Etat dans chaque famille ayant sept enfants vivants l'un d'entre eux.

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 408-409.

²⁵⁹ E. Thaller, *op. cit.*, n° 49, p. 41 écrit à propos des usages en général : « Aujourd'hui, l'organisation constitutionnelle, qui subordonne la confection des lois à une procédure parlementaire déterminée, ne permet plus de consacrer la coutume, en tant que source du droit, au moins d'une manière franche et ostensible [...]. En principe, les règles ayant une semblable provenance ne méritent aucun égard, elles sont même attentatoires aux lois. Cependant, comme il peut se produire en pratique un besoin sérieux de pourvoir, malgré l'abstention du pouvoir législatif, au redressement d'abus que les textes ne répriment pas, il appartient au pouvoir judiciaire, pour aider à la marche du droit, de se substituer au Parlement et de consacrer le précepte nécessaire. Mais il ne peut le faire qu'avec extrêmement de mesure et que sous couleur d'interprétation, c'est-à-dire de façon détournée. Il doit user d'un raisonnement basé en apparence sur le droit écrit, et faire dire par voie de scolastique aux dispositions promulguées autre chose que ce qu'elles renferment en réalité. Il est inutile d'ajouter que cette manière de perfectionner le droit exige une main très légère et que les tribunaux ne peuvent pas convenir ouvertement de cet accroc fait par eux à la législation écrite. Le magistrat qui heurte de front la loi, et qui la critique ouvertement, contrevient à sa mission en donnant un exemple de désobéissance à ses préceptes ».