

Université Panthéon-Assas
Ecole doctorale de droit privé

LA RETROACTIVITE DE LA JURISPRUDENCE
Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil



Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 4 décembre 2014
par Guillaume Drouot

Directeur de thèse :

Monsieur **Claude Brenner**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

Madame **Pascale Deumier**
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Monsieur **Xavier Lagarde**
Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Paris X)

Monsieur **Nicolas Molfessis**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame **Catherine Puigelier**
Professeur à l'Université Vincennes-Saint Denis (Paris VIII)

Avertissement

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

Remerciements

Doivent être remerciés tous ceux qui, ouvriers de la première ou de la dernière heure, ont permis à ma réflexion d'avancer et à ce projet d'aboutir. Du candidat au relecteur le plus attentionné, tous ont participé d'une manière ou d'une autre à cette thèse, et vers eux va ma gratitude.

Je remercie par ailleurs les membres du jury pour avoir accepté de lire cette thèse et pour me permettre de la soutenir publiquement.

Mes remerciements les plus prononcés s'adressent ensuite à mon directeur de thèse pour la conduite avisée et pédagogique de ces années de recherche.

Enfin, je remercie mes parents qui ont depuis toujours tâché de m'inculquer le goût du travail bien fait et un certain sens de l'effort. Qu'ils voient dans ce travail une part du fruit de leur éducation.

Principales abréviations

Adde. : ajouter

AJDA : L'actualité juridique – Droit administratif

al. : alinéa

APD : Archives de philosophie du droit

APD soc. jur. : Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique

art. : article

BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation

Bull. Ass. plén. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière.

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles. Les arrêts de la première chambre civile, de la deuxième et de la troisième sont aux parties I, II et III, les arrêts de la chambre sociale à la IV^e, ceux de la chambre commerciale à la V^e.

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle

Bull. mixte : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte.

c. : contre

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

C. env. : Code de l'environnement

C. trav. : Code du travail

CA : Cour d'appel

Cass. (1^{re}, 2^e, 3^e) civ. : Cour de cassation, (1^{re}, 2^e, 3^e) chambre civile

Cass. Ass. plén. : –, Assemblée plénière

Cass. com. : –, Chambre commerciale

Cass. crim. : –, Chambre criminelle

Cass. mixte : –, Chambre mixte

Cass. req. : –, Chambre des requêtes

Cass. soc. : –, Chambre sociale

CCC : Contrats, concurrence, consommation

C. civ. : Code civil

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

chron. : chronique

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CNRTL : Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, accessible depuis www.cnrtl.fr

Convention européenne des Droits de l'Homme : Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

COJ : Code de l'organisation judiciaire

coll. : collection

comp. : comparer

concl. : conclusions

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Const. : Constitution

CPC : Code de procédure civile

D. : Recueil Dalloz

D.C. : Recueil Critique Dalloz

D.H. : Recueil Hebdomadaire Dalloz

D.P. : Recueil Périodique et Critique Dalloz

Def. : Répertoire du notariat Deffrénois

dir. : sous la direction de

doctr. : doctrine
Droits : Droits, revue française de théorie juridique
e.g. : *exempla gratia* – par exemple
fasc. : fascicule
GAJA : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.
GAJC : Les grands arrêts de la jurisprudence civile. (Pour les auteurs et l'édition, voir la bibliographie).
GP. : Gazette du Palais
Ibid. : *Ibidem* (même endroit)
Infra : plus bas
IR : informations rapides (Recueil Dalloz)
Juris-cl. civ. : Juris-classeur civil
JCP : Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition générale
JDI : Journal de droit international
JO : Journal officiel
loc. cit. : *loco citato* (à l'endroit cité)
n° : numéro
obs. : observations
op. cit. : *opere citato* (dans l'œuvre citée)
p. : page(s)
pan. : panorama de jurisprudence pratique
PDF : *Portable document format*. La mention « PDF » précise que la pagination indiquée est celle du document disponible en ligne au format dit PDF.
préc. : précité(e)
rapp. : rapport du conseiller rapporteur.
Rapport annuel : Rapport annuel de la Cour de cassation
rappr. : rapprocher
RCDIP : Revue critique de droit international privé
RDA : Revue de droit d'Assas
RDP : Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Étranger
Rec. : Recueil Lebon
Rép. civ. Dalloz : Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil
Rev. arb. : Revue de l'arbitrage
Rev. Dr. ULB : Revue de la Faculté de droit – Université libre de Bruxelles
RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. trim. dr. h : Revue trimestrielle des droits de l'Homme
S. : Recueil Sirey
s. : suivant(e)s
somm. : sommaires commentés (du Recueil Dalloz)
spéc. : spécialement
supra : plus haut
Trav. Ass. Capitain : Travaux de l'association Henri Capitain pour la culture juridique française
TGI : Tribunal de grande instance
trad. : traduction
v°, v^{is} : *verbo, verbis* (au(x) mot(s))
vol. : volume

Sommaire

PARTIE I – LES PRESUPPOSES DE LA RETROACTIVITE JURISPRUDENTIELLE

TITRE I – LE CONCEPT DE REGLE DE DROIT

Chapitre 1. Le concept de droit

Chapitre 2. Le concept de règle

TITRE II – LA RECONNAISSANCE DE LA JURISPRUDENCE COMME REGLE DE DROIT

Chapitre 1. La reconnaissance par le législateur

Chapitre 2. La reconnaissance par le juge

Chapitre 3. La force de la reconnaissance populaire

PARTIE II – LES FONDEMENTS DE LA RETROACTIVITE JURISPRUDENTIELLE

TITRE I – L’ABSENCE DE NECESSITE DE LA RETROACTIVITE JURISPRUDENTIELLE

Chapitre 1. Le rejet de la thèse naturaliste

Chapitre 2. Le rejet de la thèse mécaniste

TITRE II – L’ASSIMILATION DE LA CREATION A L’INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLES

Chapitre 1. L’explication technique : l’incorporation de la jurisprudence à la norme interprétée

Chapitre 2. La justification juridique : la prohibition des arrêts de règlement

PARTIE III – LES REMEDES A LA NOCIVITE DE LA RETROACTIVITE JURISPRUDENTIELLE

TITRE I – REMEDES ET SECURITE JURIDIQUE

Chapitre 1. La contre-productivité des moyens d’annonce

Chapitre 2. La modulation de la rétroactivité

Chapitre 3. Le recours à la loi

TITRE II – REMEDES ET ORDRE JURIDIQUE IDEAL

Chapitre 1. Présentation de l’ordre juridique idéal

Chapitre 2. Le maintien de la fonction actuelle de la Cour de cassation

Chapitre 3. L’accueil du référé législatif

« Et les rites sont dans le temps ce que la demeure est dans l'espace. Car il est bon que le temps qui s'écoule ne nous paraisse point nous user et nous perdre, comme la poignée de sable, mais nous accomplir. Il est bon que le temps soit une construction. Ainsi, je marche de fête en fête, et d'anniversaire en anniversaire, de vendange en vendange, comme je marchais, enfant, de la salle du Conseil à la salle du repos, dans l'épaisseur du palais de mon père, où tous les pas avaient un sens¹. »

¹ A. de SAINT-EXUPERY, *Citadelle*, Folio, 2000, p. 45.

Introduction

1. *Vulnerant omnes, ultima neeat* : elles blessent toutes, la dernière tue. L'avertissement, inscrit sur certains cadrans solaires, rappelle que les heures passent, irrémédiablement. La loi du temps est inflexible ; *dura lex sed lex* pourrait commenter le juriste. Pourtant, face à l'injustice de certaines situations passées, ce même juriste tentera de bouleverser l'ordre des choses, il entrera en rébellion, il fera en sorte que la passion l'emporte sur la raison, il s'adressera au juge et plaidera un changement, un changement permettant de revenir sur le passé. S'il l'emporte, s'il a su obtenir du juge l'écoute d'une oreille compatissante, alors il obtiendra un arrêt d'espèce en sa faveur, voire un revirement de jurisprudence, un revirement rétroactif.

On a pu écrire que parmi les « deux questions [qui] ont agité les sources du droit en ce début de XXI^e siècle » figurait « la rétroactivité de la jurisprudence, et l'implication de sa maîtrise en termes de pouvoirs des juges¹ ». L'importance actuelle de la rétroactivité jurisprudentielle ne devrait-elle s'expliquer que par l'émergence d'un sentimentalisme judiciaire ? La Cour de cassation essaierait-elle coûte que coûte de revenir sur le passé, emportée par une mystérieuse passion ? Il serait téméraire de le soutenir. C'est, de plus, œuvre de sociologue et de psychologue que de l'établir. La rétroactivité de la jurisprudence offre bien d'autres perspectives au juriste. Ce sont ces perspectives qu'il convient de dégager.

2. **La rétroactivité. De la jurisprudence.** L'ordre des termes du sujet dicte-t-il l'ordre dans lequel ils doivent être abordés ? L'affirmative semble s'imposer, puisqu'il s'agit de regarder la jurisprudence sous le prisme de sa rétroactivité. De plus, la jurisprudence étant un phénomène aux multiples facettes, dont tentent de rendre compte les six définitions proposées par le *Vocabulaire juridique* publié sous l'égide de l'association Henri Capitant², il apparaît que pour sélectionner une définition parmi celles proposées, il est opportun de commencer par définir la rétroactivité. Il convient donc d'aller du général au particulier, de définir la rétroactivité en en général (I), avant de définir et d'envisager plus en profondeur la rétroactivité de la jurisprudence en particulier (II).

¹ P. DEUMIER, « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? », *RTD civ.* 2014, p. 71, 1^{re} col.

² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadriga/PUF, 10^e éd., 2014, v° Jurisprudence.

I. La rétroactivité

3. La rétroactivité étant une question d'application de la règle de droit dans le temps, doit être retenue une conception du temps qui permette de penser la rétroactivité (A). Puis, il faudra tenter de définir au mieux ce mécanisme (B), avant d'en présenter, et d'en relativiser, les effets nocifs (C).

A. La linéarité du temps

4. **Le temps comme écoulement.** « Le temps fait violence ; c'est la seule violence. [...] le temps mène où l'on ne veut pas aller¹. » Par cette réflexion, véritable leçon de réalisme², Simone Weil³ met en avant l'écoulement irréductible du temps. Si cela peut paraître anodin *prima facie*, force est de reconnaître ensuite qu'un véritable choix, relatif à la notion de temps, a été fait par la philosophe, à trois égards au moins. Premièrement, est écartée la figure du Kairos, du temps marqué par l'opportunité, celle qui fait dire « il est temps de... », au profit de la figure du Chronos, figure du temps qui passe avec une certaine régularité⁴. Deuxièmement, et plus radicalement, le temps est supposé existant, tandis qu'il a pu être nié. Pourtant, l'expérience du temps qui passe est universelle. Supposons donc que le temps existe, ainsi que semble l'indiquer le bon sens⁵. Enfin, troisièmement, est évacuée une représentation cyclique du temps, selon laquelle les événements se répéteraient sans cesse, l'histoire n'étant alors qu'un perpétuel

¹ S. WEIL, *La pesanteur et la grâce*, Plon, Agora, 1988, p. 98.

² Par réalisme on entendra le souci de décrire la réalité, dans toutes ses dimensions, le souci de chercher la vérité. Le réalisme ne s'oppose donc pas à toute métaphysique, ce n'est pas un matérialisme, il n'est pas non plus un pragmatisme invitant à ne chercher que les solutions réalisables en l'état (comme dans l'injonction employée pour résoudre un problème : « soyons réalistes »). Pour caricaturer légèrement ce que nous entendons par réalisme, il est possible d'affirmer qu'il relève d'un certain cynisme, d'une certaine désillusion : il faut voir les choses comme elles sont. Ce qui n'empêche bien évidemment pas de porter un jugement sur elles par la suite. La remarque suivante illustre parfaitement ce que nous entendons par réalisme, dans le domaine de la théorie du droit : « Les constructions de la pensée juridique ne peuvent s'édifier qu'à partir de l'observation et si leur vérité peut être testée d'abord en vérifiant leur cohérence logique, elle dépend aussi, en dernière analyse, de leur conformité avec la réalité des ordres juridiques existants. » Cf. M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 453.

³ †1943. A ne pas confondre avec Simone Veil, magistrat et membre de l'Académie française, dont le nom est associé à la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

⁴ Sur la distinction du Chronos et du Kairos, cf. F. TERRE, « Légiférer. Les trois unités ? », *Ecrits en hommage à J. Foyer*, PUF, 1997, p. 180. Chronos ne doit ainsi pas être confondu avec Kronos, bien que les deux êtres mythologiques soient étroitement liés. Cf. E. KLEIN, *Les tactiques de Chronos*, Flammarion, coll. Champs, 2009, p. 40-41.

⁵ Pour l'analyse du raisonnement tendant à nier l'existence du temps, qui manifesterait surtout l'indigence de notre langage pour appréhender le temps : E. KLEIN, *Le facteur temps ne sonne jamais deux fois*, Flammarion, coll. Champs, 2009, p. 87.

Adde. sur la controverse de l'existence ou non du temps : M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé général. Essai d'une théorie juridique*, PUAM, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2013, n° 23 et s., p. 39 et s.

De manière plus générale, sur la perception du temps par les physiciens : cf. C. PUIGELIER, *Temps et création jurisprudentielle*, Bruylant, 2012, p. 21-23 ; p. 84-86 ; sur les différentes formes de temps et leur rapport avec le droit : F. OST, « Les multiples temps du droit », *Le droit et le futur*, PUF, Travaux de recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1985, p. 115 et s.

recommencement. Une telle représentation circulaire, logiquement insoutenable¹, est délaissée ici au profit de l'écoulement du temps, de sa linéarité.

Présenté de la sorte, c'est-à-dire comme un écoulement, le temps est imaginable sous la forme d'un fleuve, où les événements se succèdent continuellement et irrémédiablement. Il est légitime de penser que le fleuve est la métaphore du temps qui imprègne le plus notre imaginaire collectif². L'écoulement est alors irrémédiable. Le juriste et le philosophe se rejoignent alors dans leur approche réaliste de la fuite du temps, comme en témoigne le cadran solaire du Palais de justice de Paris portant l'aphorisme *hora fugit, stat jus*. Le temps passe, la justice demeure. Ils ne paraissent que peu affectés par la requête du poète implorant le temps de suspendre son vol³ ou déplorant le temps qui déborde⁴.

Afin de mieux percevoir le temps, le plus aisé est ainsi de le représenter, de l'imager, de le poser dans l'espace : c'est l'axe du temps, représentation géométrique du fleuve. A partir de cette formalisation, il a été possible de penser le passé, le présent et l'avenir : « dérivé du grec *temnien* (couper), le temps découpe son flot en passé, présent et futur⁵. » L'écoulement n'est plus insaisissable. Le temps, décomposé par notre intelligence, peut être analysé.

5. Rétroactivité et application de la règle de droit dans le passé. C'est dans ce cadre de l'écoulement du temps qu'il convient de penser la rétroactivité. Au passé, au présent et à l'avenir correspondent les « trois positions possibles pour l'application de la [règle de droit] dans le temps : elle peut avoir un effet rétroactif, si son application remonte dans le passé ; elle a un effet immédiat, si elle s'applique aussitôt dans le présent ; elle a un effet différé si son application est reculée dans l'avenir⁶. » La rétroactivité consiste ainsi à appliquer une règle de droit à des faits précédents son édicition. La définition mérite d'être précisée.

¹ E. KLEIN, *Les tactiques de Chronos*, Flammarion, coll. Champs, 2009, p. 80-81.

² Sur les limites d'une telle image : cf. E. KLEIN, *Les tactiques de Chronos*, Flammarion, coll. Champs, 2009, p. 35 et s.

³ On fait référence au poème de Lamartine intitulé « Le lac », comprenant ces célèbres vers : « O temps ! suspends ton vol ; et vous, heures propices ! / Suspendez votre cours : / Laissez nous savourer les rapides délices / Des plus beaux de nos jours ! »

⁴ *Le temps déborde* est un recueil de poèmes de P. Eluard, publié sous le pseudonyme de Didier Desroches en 1947.

⁵ A. MARAIS, « Le temps, la loi et la jurisprudence : le bon, la brute et le truand », *Au-delà des codes. Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, n° 1, p. 384.

⁶ P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, n° 3, p. 9.

B. La définition de la rétroactivité

6. Il apparaît nécessaire de dire ce qu'est la rétroactivité (1), avant de la distinguer d'autres mécanismes voisins que sont la rétroaction (2) et la déclarativité (3).

1. Les éléments de la rétroactivité : commandement et fiction (ce qu'est la rétroactivité)

7. **La rétroactivité est-elle une fiction ?** L'effet rétroactif permet-il réellement de remonter le temps, de prendre à contre-courant son écoulement ? Quel crédit apporter à l'assertion de Hébraud selon qui « le problème temporel culmine [...] avec la rétroactivité, qui a toujours attiré l'attention parce qu'elle va directement à l'encontre de ce caractère essentiel du temps qu'est l'irréversibilité¹ » ? Le juriste aurait-il trouvé le moyen de remonter effectivement le temps, suivant en cela les déclarations exaltées d'un peintre surréaliste² ? La réponse est évidemment négative et il convient d'aller plus loin en faisant la part de ce qui est fiction ou non dans le mécanisme de la rétroactivité.

8. **Réversibilité du temps et réversibilité des situations.** Il importe, avant tout, de ne pas confondre réversibilité du temps et réversibilité des situations. Ce n'est point parce que l'on veut que la situation B, obtenue en t_1 , redevienne la situation A qu'elle était à t_0 , que nous allons remonter le temps : la situation B redeviendra la situation A' en t_2 . Le passage de A à A', après un intermède B, manifeste seulement la réversibilité de la situation, non du temps, qui sont deux choses à distinguer³. Sans quoi, il serait littéralement possible de voyager dans le temps, puisque selon la physique newtonienne les phénomènes mécaniques sont réversibles. La confusion entre l'irréversibilité du temps et la réversibilité des phénomènes physiques est l'erreur commise par Wells lorsqu'il envisage les voyages dans le temps et estime que le temps lui-même serait réversible⁴. L'erreur n'est pas passée inaperçue et Barjavel en tira un paradoxe

¹ P. HEBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Etudes offertes à P. Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, n° 28, p. 45.

² S. DALI, *Journal d'un génie*, Gallimard, coll. L'imaginaire, 2012, p. 60 : « Je me croyais déjà entièrement pris dans les griffes du temps et je constate que je peux m'en échapper quatre jours de plus, et je songe que si chaque jour j'apprenais une nouvelle de ce genre, je pourrais remonter à contre-courant le fleuve du temps. »

³ Cf. E. KLEIN, *Le facteur temps ne sonne jamais deux fois*, Flammarion, coll. Champs, 2009, p. 122 et s. La conséquence en est que l'irréversibilité du cours du temps ne peut pas être expliquée de la même manière que l'irréversibilité de certains phénomènes physiques, cf. E. KLEIN, *op. cit.*, p. 138.

⁴ E. KLEIN, *op. cit.*, p. 162 : « Wells décrit le temps comme un déploiement analogue à l'espace dans lequel il est possible de se déplacer en avant aussi bien qu'en arrière (c'est-à-dire dans le passé aussi bien que dans le futur) : le

fameux : « Il a tué son ancêtre ? Donc il n'existe pas. Donc il n'a pas tué son ancêtre. Donc il existe. Donc il a tué son ancêtre¹. » Remonter le cours du temps est impossible, tout comme de rajeunir. En revanche, il est possible de créer une situation semblable à une situation précédente, tout comme il est possible une fois adulte de se comporter comme un enfant.

9. Un commandement pour l'avenir. Il semblerait que la rétroactivité ne fasse pas autre chose que ce travail de remise en état juridique : il convient de prendre en compte la situation A, sans toutefois la modifier directement, puisque cela est impossible, mais de porter sur elle un nouveau regard afin d'en déduire certains effets pour le présent et l'avenir². Lorsque le juge impose une obligation d'information au médecin de manière rétroactive, c'est-à-dire quelques années après la consultation, il ne s'agit pas uniquement de dire que le médecin aurait dû délivrer cette information, ce qui est contraire à la réalité juridique passée, mais il s'agit de le condamner à réparer le dommage subi par le patient qui n'a pas eu cette information³. Or, une telle condamnation, en soi, ne comporte aucune part de fiction : le tribunal décide que le médecin doit payer. Hébraud l'avait ainsi énoncé en son temps : la rétroactivité manifeste « d'une part, la possibilité de réexaminer la valeur juridique d'actes ou de droits passés, et d'autre part, l'impossibilité de revenir sur leur existence matérielle, ce qui contraint éventuellement à des mesures nouvelles, pour faire concorder la nouvelle réalité matérielle avec la nouvelle réalité juridique résultant de l'examen rétrospectif⁴. » Nous sommes en présence d'un énoncé prescriptif, d'un commandement, et non d'un discours descriptif, qui ne saurait ainsi être qualifié de vrai ou faux⁵, et donc de fictif ou non.

cours du temps apparaît comme réversible parce qu'il est une sorte d'espace, et parce que, comme dans l'espace, on peut s'y déplacer dans un sens ou dans l'autre [...]. Chroniqueur scientifique, Wells interprète manifestement la réversibilité des phénomènes mécaniques comme une possibilité d'inverser le cours même du temps. » Il s'agit de Herbert George Wells, auteur de *La machine à explorer le temps*.

¹ R. BARJAVEL, *Le voyageur imprudent*, Denoël, coll. Folio, 2006, p. 243.

² En ce sens : S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011, n° 3, p. 2.

³ On fait référence ici à Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.*, n° 249, *D.* 2001, p. 3470 et s., rapp. SARGOS ; p. 3474 et s., *D.* THOUVENIN ; *JCP* 2002, II, 10045, O. CACHARD ; *RTD civ.* 2002, p. 176 et s., R. LIBCHABER, *GAJC*, n° 11, p. 85 et s. Sur cet arrêt, cf. *infra*, n° 172 et n° 316.

⁴ P. HEBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Etudes offertes à P. Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 47.

⁵ Cf. A. BAYART, « Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ? », *Les présomptions et les fictions en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1974, p. 27 et s., spéc. n° 2, p. 29 : « J'en ai conclu que, pour faire disparaître la fiction, il convenait de faire disparaître ce membre de phrase et de lui substituer un énoncé qui ne se prononcerait plus sur un état de choses réel ou fictif, mais qui se bornerait à édicter une règle de conduite. »

10. La part de fiction de la rétroactivité. La rétroactivité porte malgré tout en elle une part de fiction. La rétroactivité peut amener à nier l'existence de la situation intermédiaire, de la situation B intervenue en t_1 dans notre exemple précédent. Un tel mensonge relève véritablement de la fiction, au sens de fiction-règle, pour reprendre la terminologie de M. Wicker¹. Le caractère fictif de la rétroactivité est mis en exergue par l'article 805 du Code civil, « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais hérité », ainsi que par l'article 1183 : « La condition résolutoire est celle qui [...] remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. » La situation intermédiaire de l'héritier avant qu'il ne renonce, la situation de l'existence de l'obligation avant que la condition résolutoire ne soit accomplie, qui sont réelles, sont purement et simplement niées. Peu importe la réalité passée : l'héritier renonçant n'a jamais hérité et l'obligation sous condition résolutoire n'a jamais existé.

11. La dualité de la rétroactivité. Ainsi, la rétroactivité permet, à partir d'un mensonge sur le passé, de faire produire des effets très concrets pour l'avenir. On peut prendre un exemple simple et trivial afin d'illustrer cette dualité. Il est loisible à une personne, après une journée de jeûne, de considérer que, rétroactivement, elle est allée au restaurant pour déjeuner. Libre à elle d'en tirer les conséquences et d'aller payer son repas. C'est l'effet concret de la rétroactivité. Il n'en demeure pas moins que notre personnage ne connaîtra pas le sentiment de satiété : pour avoir décidé rétroactivement qu'il avait mangé, il n'en est pas plus nourri. C'est la part de fiction qu'emporte la rétroactivité.

Il paraît impossible de vouloir passer outre la dualité de la rétroactivité de la règle de droit, fiction et commandement pour l'avenir². La rétroactivité emporte des effets concrets, tout en ayant une part de fiction. Comme le souligne Demogue, l'acte juridique rétroactif agit dans le passé « non pas en ce sens qu'il remonte le cours des temps, mais il produit dans l'avenir des conséquences telles qu'un acte qui, pendant un certain temps, était considéré comme régulier, ayant des

¹ G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 253, 1997, n° 2.1, p. 10 : concernant les fictions-règles, « il s'agit d'apprécier l'opportunité de la règle en recherchant si elle constitue une exacte représentation de la réalité matérielle ou si la solution qu'elle retient ne contrevient pas aux données matérielles, morales ou économiques. Cela signifie que la qualification de fiction suppose ici que la règle soit jugée contraire, ou du moins inadéquate, à la réalité matérielle. »

A distinguer de la fiction-juridique, *op. cit.*, n° 2.2, p. 11 : « La fiction-juridique traduit un jugement porté, non plus sur la règle elle-même, mais sur les rapports qu'elle entretient avec l'ensemble d'autres règles. Il s'agit d'apprécier non sa conformité à la réalité matérielle, mais sa compatibilité avec la réalité juridique. »

² Comp. S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011, n° 39 et s., p. 25 et s.

conséquences juridiques, est traité désormais comme un fait illicite ou non avenu¹. »

De cette dualité de la rétroactivité il est possible d'en tirer une définition, à savoir **la fiction de la préexistence d'une règle juridique dont il convient de faire désormais produire des effets**. La rétroactivité doit être distinguée de deux autres notions.

2. *Rétroactivité et rétroaction (ce que n'est pas la rétroactivité)*

12. La rétroactivité est un rapport au temps. La rétroactivité, qui est un rapport entre le temps et l'application d'une règle de droit, ne doit pas être confondue avec la rétroaction, qui est un rapport entre des phénomènes. En physique, par exemple, on parle parfois de rétroaction lorsque l'effet agit sur sa cause. L'effet Larsen, qui se caractérise par un son strident, est typiquement issu d'une rétroaction. Il survient lorsque le son émis par des enceintes (l'effet) est capté par le microphone (la cause). L'effet, le son de la voix augmenté par les enceintes, revient agir sur la cause, le microphone : cette boucle produit l'effet Larsen. La rétroaction s'apparente ainsi au rétrocontrôle, défini comme le « processus de régulation physiologique dans lequel un effet influence le signal qui l'a déclenché². » La rétroaction est donc une réaction d'un type particulier : c'est la réaction de l'effet, qui va agir sur sa cause.

Des auteurs ont pu employer l'expression de rétroaction en théorie du droit. Ainsi, Messieurs Ost et van de Kerchove écrivent que la pratique interprétative des juridictions a « pour conséquence fréquente de déjouer le rapport hiérarchique censé exister entre la règle interprétée et celles qui lui sont subordonnées, dans la mesure où il est fréquent qu'une telle règle soit interprétée en fonction de l'application effective qui en est faite par les règles qui en assurent l'exécution. [...] Tout se passe ainsi comme si l'application faite par un organe inférieur d'une norme donnée engendrait, aux yeux des juridictions, un phénomène inévitable de rétroaction sur la norme supérieure, dont la prise en considération s'impose nécessairement lors de l'interprétation de cette dernière³. » On le voit, il est question ici d'effet de l'interprétation sur la norme interprétée, de l'action de la

¹ R. DEMOGUE, « Valeur et base de la notion de rétroactivité », *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*, t. 1, Modène, 1930, p. 163.

² *Le petit Larousse illustré 2012*, Larousse, 2011, v° Rétrocontrôle.

³ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 100.

conséquence (la jurisprudence), sur sa cause (la loi) : il s'agit de décrire un phénomène de boucle¹.

Il convient donc d'éviter toute confusion entre la rétroactivité et la rétroaction, la rétroactivité n'étant que le report dans le passé de l'application d'une règle de droit². Il ne faut pas confondre le premier sens de « rétro », employé dans le terme de rétroactivité, au sens de regard vers le passé, ou d'imitation du passé, et le second sens, employé dans le terme de rétroaction, qui invite à y voir une sorte de retour sur soi, et évoque ainsi plutôt l'idée d'autorégulation³, ou, pour paraphraser Montesquieu, de pouvoir qui arrête le pouvoir.

3. La déclarativité (ce que n'est pas la rétroactivité - bis)

13. Rétroactivité et déclarativité. Ainsi précisée, la rétroactivité doit encore être distinguée de la déclarativité. Quelle que soit l'image que l'on se fait de la rétroactivité, il convient de trouver une règle ayant vocation à s'appliquer à des faits antérieurs à sa création⁴. Cela revient à dire que la rétroactivité ne pose pas le même problème que la déclarativité en matière de sécurité juridique. La déclarativité semble produire un effet rétroactif, mais d'une façon tout à fait différente, puisqu'il y a simplement révélation, et non création, d'un élément. En cas de déclarativité, l'élément déclaré n'est pas nouveau, mais il est dévoilé au grand jour. Si la déclarativité amène à relire le passé, c'est de manière naturelle et non fictive, contrairement à la rétroactivité qui implique une certaine création, une certaine constitutivité. Ainsi, déclarer sa flamme c'est reconnaître que l'on est amoureux depuis un certain temps, et non le devenir (effet constitutif) ou faire **comme si** on l'avait été depuis le premier regard (effet rétroactif). La déclarativité invite donc à s'interroger sur le moment de la survenance de la révélation, plus que sur l'application rétroactive d'une règle créée. C'est en cela que l'interprétation d'un texte, si elle est perçue comme un acte de connaissance, est

¹ On a également pu qualifier ce phénomène de « paradoxe de la concrétisation ». Cf. A. DYEVE, « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Jus Politicum*, n°4, 2010, note 22, p. 14 PDF : « Les systèmes juridiques privilègient l'application des normes relativement plus concrètes sur les normes relativement plus abstraites. En cas d'incompatibilité entre la norme à concrétiser et la norme concrétisante, c'est donc la norme concrétisante – tant qu'elle est valide – qui sera privilégiée. Il en résulte un paradoxe, dans la mesure où la norme concrétisante s'appliquera bien qu'elle soit d'un rang inférieur à la norme à concrétiser. »

² Un auteur semble toutefois lier les deux phénomènes, de manière parfois ambiguë : F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 125, 2013, n° 87, p. 54 ; n° 90, p. 57.

³ *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007, v° Rétro, v° Rétroaction.

⁴ On comprend dès lors que le sens de jurisprudence ne saurait être celui originaire de « science du droit », sens conservé dans les pays anglophones. Sur l'évolution historique du sens du mot jurisprudence, cf. F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991 ; J.-P. ANDRIEUX, *Histoire de la jurisprudence*, Vuibert, 2012.

déclarative et non rétroactive : il s'agit de révéler le sens qu'un texte a toujours eu. La déclaration ne porte en elle aucune part de fiction.

14. La « constitutivité » comme condition nécessaire mais non suffisante de la rétroactivité. Notons que la coutume, au sens strict de droit spontané¹, comme dans un sens plus large², ne semble pas pouvoir être rétroactive en ce qu'elle n'a aucune vocation à s'appliquer à des situations antérieures à sa constitution, dont on serait d'ailleurs bien en peine de fixer une date précise. La règle coutumière, tout en étant constitutive d'un droit nouveau, ne semble pas pouvoir être rétroactive. Il semble possible que deux coutumes se succèdent, ou coexistent, mais on ne voit pas comment une coutume pourrait venir rétroactivement effacer une précédente coutume. On s'aperçoit alors que la manière dont la règle est élaborée n'est pas sans lien avec son caractère rétroactif ou non, et que la « constitutivité », opposée à la simple déclarativité, est une condition nécessaire mais non suffisante de la rétroactivité³. Il convient que la règle créée ait en outre vocation à être appliquée rétroactivement⁴. Ainsi, la loi peut être rétroactive⁵, la coutume ne peut pas être rétroactive. La manière dont se forme la règle de droit n'est donc pas sans incidence sur sa potentielle rétroactivité⁶.

En définitive, la rétroactivité peut être définie comme la fiction de la préexistence d'une règle juridique dont il convient de faire désormais produire des effets, ce qui la distingue de la rétroaction et de la déclarativité. Reste à apprécier les effets d'un tel mécanisme.

C. La nocivité partielle de la rétroactivité

15. De prime abord, la rétroactivité a un effet extrêmement choquant, en ce qu'elle porte atteinte à la sécurité juridique (1). Toutefois, il convient de relativiser cette première impression. La rétroactivité vient parfois, au contraire,

¹ P. DEUMIER, *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, n° 199, p. 179 : le droit spontané est la « règle dégagée par la répétition constante et générale d'un comportement juridique adopté par les intéressés pour répondre à leurs besoins. »

² La coutume est alors toute règle de droit élaborée par la répétition plus que par une édicition posant la règle instantanément.

³ L'idée de droit transitoire pour les coutumes est ainsi considéré par la doctrine comme hors de propos. Cf. P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, n° 7, p. 23 et s. ; C. GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Sirey, 1955, n° 22, p. 27, n° 152 et s., p. 196 et s.

⁴ Comp. T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, chron. p. 24 et s., spéc. n° 3 et n° 7, qui limite les cas de rétroactivité aux hypothèses où telle serait réellement la volonté de l'auteur de la règle.

⁵ Sur la théorie de la rétroactivité naturelle de toute règle de droit, cf. *infra*, n° 185 et s.

⁶ Cf. *infra*, n° 274 et s., n° 304 et s.

sauvegarder la sécurité juridique, ou, plus simplement, ne porter aucune atteinte à la sécurité juridique (2). Par ailleurs, il est nécessaire de rappeler que la sécurité juridique n'est pas la seule valeur que doit défendre un ordre juridique (3). Revenons sur la nocivité de la rétroactivité avant d'envisager les deux tempéraments mentionnés.

1. La nocivité de la rétroactivité.

16. Rétroactivité et totalitarisme. La rétroactivité, en ce qu'elle amène à relire le passé, dans le but de faire produire effet à cette relecture, peut être la source de légitimes inquiétudes. Dans la littérature, le danger de la rétroactivité est associé à la réécriture de l'histoire en vue de justifier un totalitarisme présent. Orwell, dans *1984*, ne bâtit-il pas son régime totalitaire sur une telle rétroactivité, allant jusqu'à en faire le travail du personnage principal¹ ? G. Haarscher, analysant les rapports entre le temps et les dictatures, met en évidence le mécanisme qui permet au chef suprême de revenir sur le passé. Selon lui, puisque tout regard sur le passé provient inmanquablement du présent, il y a toujours, vis-à-vis du passé, une reconstruction à partir du présent puisqu'il est impossible de se replonger dans le passé **tel quel**. Il y a donc une fragilité du lien entre le présent et le passé, fragilité utilisée de manière absolue par le régime totalitaire pour modifier le passé afin de justifier le présent².

17. L'atteinte à la sécurité juridique. Plus précisément, à côté de cette rétroactivité que l'on pourrait qualifier d'historique et qui intéresserait surtout l'historien ou l'homme féru de sciences politiques, l'affection dont souffre le système juridique en cas de rétroactivité de la règle de droit est une atteinte à la sécurité juridique.

De manière synthétique, M. Piazzon donne de la sécurité juridique la définition suivante : « idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes

¹ G. ORWELL, *1984*, Gallimard, Folio, p. 50 : « L'effrayant, pensait Winston pour la dix millièmes fois, [...] l'effrayant était que tout pouvait être vrai. Que le parti puisse étendre le bras vers le passé et dire d'un événement : cela ne fut jamais, c'était bien plus terrifiant que la simple torture ou que la mort. »

² G. HAARSCHER, « Le temps du droit et l'expérience totalitaire », *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, dir. OST, van HOECKE, Bruylant, 1998, p. 159 et s., spéc. p. 165 : « J'avais souligné plus haut le fait que cette projection vers l'arrière était en elle-même inévitable, puisque le passé n'a de consistance que sous la forme de traces partielles et partiales à interpréter dans le présent. La rétroaction ne peut donc être éliminée, la finitude de notre condition nous empêche de nous transposer dans le passé "tel quel", dans le présent vivant qu'il fut jadis. La dictateur orwellien n'invente donc pas une attitude par rapport au passé qu'il veut "contrôler". Il radicalise plutôt une certaine fragilité inhérente au rapport normal avec le passé ».

déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation¹ ». L'accent est mis sur ce que le droit romain regroupait sous le terme de *certutido*, par distinction de la *securitas*, plus proche du concept d'effectivité, de respect du droit².

A la suite de cette définition, trois atteintes à la sécurité juridique sont à distinguer. Premièrement, l'absence de règles peut être préjudiciable, le justiciable ne sachant pas comment son affaire sera tranchée³. Deuxièmement, l'absence d'accessibilité et/ou de compréhensibilité de la règle peut empêcher de faire des prévisions. Troisièmement, la règle nouvelle, qui serait parfaitement claire, peut ne pas respecter les prévisions légitimes déjà élaborées : c'est le problème, particulier cette fois-ci, de la rétroactivité⁴. A ce sujet, il est permis de rappeler que « le progrès de la civilisation a consisté à exiger que la norme de référence – l'étalon de mesure en quelque sorte – soit définie *ex ante*, autrement dit que la règle du jeu soit déterminée, et puisse en conséquence être connue des joueurs, avant que le jeu ne commence. C'est ce que l'on appelle la sécurité juridique. Poser la règle du jeu au moment où on l'applique, et donc l'appliquer *ex post* à un acte ou à un comportement antérieur, encourage l'arbitraire et menace la liberté⁵ ». De manière tout aussi percutante, M. de Béchillon souligne que la rétroactivité est la source d'une « menace faite à tous d'avoir à rendre des comptes, demain, au sujet d'agissements que l'on a toutes raisons de tenir aujourd'hui pour normaux et, en toutes hypothèse, conformes au droit⁶. » Et Mirabeau de soutenir alors que « nulle puissance humaine ni surhumaine ne peut légitimer un effet rétroactif⁷. »

¹ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2009, n° 48, p. 62. Très proche en est la définition donnée par le Conseil d'Etat dans son rapport public de 2006, p. 281 : « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles. »

² Cf. D. SOULAS DE RUSSEL, Ph. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC* 2003, p. 96-97 : « C'est à Rome que les fondations théoriques et pratiques du principe de la sécurité juridique furent ainsi jetées. On le décompose en deux sous-principes, celui d'orientation et celui de réalisation. Le premier, "certutido", exige que le sujet de droit sache à l'avance quel comportement juridique est attendu de lui comme de ses semblables. A cet égard, la loi ne doit être ni vague, ni laisser de marge trop vaste à ceux qui l'appliquent, ni remettre en cause les droits acquis ou établis, qui fondent particulièrement le sentiment de sécurité juridique. Le second, "securitas", se nourrit pour sa part du respect concret des normes, jurisprudences et contrats. Le droit bafoué ou le bon vouloir tyrannique sont ses contraires. »

³ Cf. J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 46, note 1, commentant l'état incertain de la jurisprudence en matière de filiation légitime avant la clarification opérée par l'arrêt *Degas* du 8 janv. 1830 : « Certes tout juge, saisi de la question, devait statuer (art. 4 C. civ.), mais il était impossible de dire, à l'avance, comment il le ferait : la règle manquait ».

⁴ « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 15 : « La rétroactivité comporte ainsi le risque de contredire les prévisions et anticipations des acteurs, alors que c'est le droit lui-même qui les avait rendues parfaitement légitimes. »

⁵ P. WEIL, « Création du droit par le juge dans le monde », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 237.

⁶ D. de BECHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 6-7.

⁷ *Archives parlementaires*, 1^{re} série, XX, p. 606, 21 nov. 1790, cité par J.-L. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, PUF, coll. Histoires, 1992, p. 83.

18. Rétroactivité et incohérence temporelle. Droit et économie. En ce qu'elle déjoue les prévisions des citoyens, la rétroactivité est très vite apparue comme un abus de pouvoir et fut rapidement signalée en tant qu'anomalie : Cicéron a ainsi dénoncé vigoureusement les lois rétroactives dans un discours contre Verrès¹. Plus proche de nous, l'analyse économique du droit s'est emparée du problème posé par la rétroactivité des lois, au sens matériel de règle de droit écrite, à travers le concept d'incohérence temporelle².

Un exemple d'incohérence temporelle en lien avec la rétroactivité peut être emprunté à Laurent. L'auteur du XIX^e siècle expose une situation propre à la ville de Gand dont une loi du 18 mars 1828 « exempte de la contribution foncière pendant huit ans les nouvelles maisons, dans le but d'encourager les constructions. Le conseil communal, par un règlement du 27 avril 1868, imposa de 11 pour cent sur le revenu cadastral les propriétés déclarées exemptes par la loi de 1828³. » Les entrepreneurs ayant construit les maisons se plaignirent d'un tel règlement, qui manifestait une attitude incohérente dans le temps de la part des autorités. Ces dernières avaient pourtant tout intérêt à agir de la sorte. Les constructions obtenues, il n'y a plus aucun motif pour la commune de maintenir une telle exonération d'impôt. La nocivité de l'incohérence temporelle décrite par l'analyse économique du droit coïncide avec la nocivité de la rétroactivité : une atteinte à la sécurité juridique, ruinant la confiance des destinataires de la règle. Cette attention des économistes à l'égard de la rétroactivité n'est pas surprenante, celle-ci pouvant entraîner des coûts importants. Récemment, le Conseil constitutionnel a pu évaluer le montant d'un tel désagrément à dix millions d'euros⁴, tandis que dans une autre affaire, plus ancienne, les chiffres avancés par les magistrats ou professeurs variaient entre dix et cinquante milliards de francs⁵. La préoccupation des économistes à l'égard de la sécurité juridique, au-delà de l'analyse économique du

¹ P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Des conflits de lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, n° 8, p. 30.

² Sur l'incohérence temporelle, cf. S. FERÉY, « La temporalité du droit au regard de l'économie : incohérence temporelle et interprétation constitutionnelle », séminaire de l'institut Cujas, Université de Paris 2, 7 juin 2011 ; S. FERÉY, *Incohérence temporelle et théories de l'interprétation constitutionnelle*, disponible sur http://www.gredeg.cnrs.fr/Documents/2010/Ferey_gredeg.pdf.

³ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 1, Bruylant-Christophe & C^{ie}, 3^e éd., 1878, n° 157, p. 229.

⁴ V. le commentaire du Conseil constitutionnel à propos de sa décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, p. 6. Sur cette décision, cf. *infra*, n° 450.

⁵ « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 16 : « Christian Mouly fit ainsi savoir que l'application rétroactive de l'article 1907 du Code civil au régime de l'intérêt débiteur des comptes courants par une décision du 9 février 1988, alors que la Cour de cassation jugeait de façon constante le contraire, pourrait entraîner un coût évalué par le ministère des Finances à cinquante milliards de francs. » Le même chiffre est cité par UFC - que choisir, *ibid.*, p. 179. Selon l'Avocat général Jéol, il s'agirait d'un « total de plus de dix milliards de francs » : D. 1988, p. 310, concl. sous Cass. com., 12 avr. 1988, n° 87-11.199, *Bull. civ.*, n° 130, qui reprend les chiffres du ministère des Finances.

droit dont finalement l'apport pour notre sujet est assez faible, invite à ne pas se désintéresser totalement de ce que certains auraient pu écrire en la matière, en particulier en matière d'économie politique¹.

19. Sécurité juridique et principe de confiance légitime. Au sein de la sécurité juridique, la rétroactivité entrerait particulièrement en conflit avec le principe de confiance légitime, qui semble cependant moins usité en droit interne² ; raison pour laquelle il est préférable de parler génériquement de sécurité juridique, quand bien même les deux se confondraient³. De plus, si la Cour de cassation n'ignore pas le concept de confiance légitime⁴, c'est à la sécurité juridique qu'elle se réfère en matière d'aménagement dans le temps de ses solutions⁵.

20. Nocivités de la rétroactivité et de la déclarativité. Il importe de bien comprendre l'effet que produit la rétroactivité, quand on cherche à lutter contre sa nocivité : la rétroactivité remet en cause des prévisions qui ont déjà été faites. Il apparaît donc inutile de chercher les remèdes du côté des moyens d'annonce ou de clarification de la nouvelle règle, moyens utiles pour révéler la teneur de la règle de droit : quoi que l'on fasse désormais, la rétroactivité viendra anéantir ce qui a été fait et qui ne peut plus être modifié⁶.

¹ Cf. *infra*, n° 421 et s.

² Cons. const. 30 déc. 1996, décision n° 96-385 DC, considérant 18 et Cons. const. 7 nov. 1997, décision n° 97-391 DC, considérant 6 ; CE, 9 mai 2001, n° 210944 : « ce principe qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ».

Sur ce principe, cf. D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012, n° 1421 et s., p. 489 et s., spéc. n° 1445, p. 497 : « L'application du principe de confiance légitime à la jurisprudence en droit administratif français paraît encore prématurée. La spécificité de l'application, à la règle jurisprudentielle, du principe de protection de la confiance légitime doit encore faire son chemin dans les esprits si ce n'est dans les mécanismes juridiques. » *Adde.* S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit. A propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012, n° 522 et s., p. 452 et s. ; C. WILLMANN, « La norme interprétée : le rescrit », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. MAZEAUD, C. PUIGELIER, Éditions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, n° 9, p. 98-99.

Pour des éléments de droit comparé et d'histoire : J.-M. WOEHLING, « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 749 et s.

³ S. GERRY-VERNIERES, *op. cit.*, n° 523, p. 455 : « Pourtant, loin d'être clairement distincts, les deux principes se confondent. »

⁴ Cass. 2^e civ., 14 févr. 2013, n° 12-13.339, *Bull. civ.*, n° 28, « Mais attendu que la divergence d'interprétation d'un texte ne fait pas obstacle à ce que les redevables contestent le montant de leurs cotisations devant une juridiction de sécurité sociale sans attendre que la difficulté d'interprétation soit tranchée ; que la prescription instituée par l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale ne porte pas atteinte au principe de confiance légitime ».

⁵ Cass. 1^{re} Civ., 11 juin 2009, deux arrêts, n° 07-14.932 et 08-16.914, *Bull. civ.* n° 124 : « Mais attendu que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ».

⁶ Cf. *infra*, n° 334 et s.

2. La relative nocivité de la rétroactivité.

21. La sauvegarde des prévisions. Il faut remarquer que la rétroactivité n'est pas toujours facteur d'insécurité, comme en témoignent les lois de validation, autrement appelées lois confirmatives¹. La rétroactivité peut ainsi venir consolider une pratique antérieure et la mettre à l'abri d'une contestation. Il arrive également que la rétroactivité vienne au rebours de prévisions, mais de manière améliorative si la loi est favorable, si elle est plus douce : on parle alors de rétroactivité *in mitius*. M. Jestaz prend ainsi l'exemple d'un fonctionnaire qui, recevant « en juin un avancement prenant date au 1^{er} janvier de la même année² » ne pourra que se réjouir de percevoir un rappel des traitements. A son égard, la rétroactivité joue de manière favorable. Le droit pénal aurait par ailleurs consacré la rétroactivité *in mitius* des lois pénales, l'alinéa 3 de l'article 112-1 du Code pénal disposant que « les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes³. »

22. L'absence de prévisions. Par ailleurs, l'être humain ne soumet pas tous ses actes à des prévisions. Les prévisions sont un acte de la raison, elles consistent à s'appuyer sur ce qui existe pour guider une action et essayer d'en déterminer les conséquences. La prévision s'écarte ainsi de l'anticipation. Selon M. Piazzon, « l'anticipation n'est pas la prévision. La première est un pari juridique sur le droit objectif du futur, par hypothèse inaccessible puisque

¹ Cf. T. BONNEAU, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1990, n° 236, p. 230 : « Aussi est-il symptomatique de constater que la rétroactivité législative est généralement bien reçue en jurisprudence. Cette constatation s'explique très certainement par le fait que la rétroactivité de la loi nouvelle n'est pas toujours contraire à la sécurité juridique. Il a été d'ailleurs montré que certaines de ces lois, notamment les lois confirmatives, permettent de préserver la stabilité et la sécurité juridique. »

Adde. N. MOLFESSIS, « Deux figures législatives en vogue : l'abrogation par mégarde et la résurrection fortuite », *RTD civ.* 2001, p. 693 : « C'est encore à la rétroactivité, cet instrument technique irremplaçable dès lors qu'il est question de validation et de remise en ordre, que le législateur a recours lorsqu'il choisit d'opérer le rétablissement de la situation passée par voie d'amendement dans des textes en discussion au Parlement. En témoigne ainsi la restauration de la compétence des tribunaux de commerce à l'article 127 de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, prévoyant une "prise d'effet" des nouvelles dispositions "à la date d'entrée en vigueur de l'article 3 de la loi n° 91-1258 du 17 décembre 1991", qui n'a pas omis de recourir aux fictions, indispensables alliées : "Toutefois, les décisions prononcées par les tribunaux d'instance et de grande instance, avant l'entrée en vigueur de la présente loi, dans les matières mentionnées aux articles précités du même code [de l'organisation judiciaire] sont, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, réputées rendues par des juridictions compétentes" ». *Adde.* Ph. MALINVAUD, « L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives », *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, n°1, p. 671 et n° 13, p. 681.

² Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 8^e éd., 2014, p. 104.

³ En ce sens, cf. not. D. REBUT, « Les revirements de jurisprudence en matière pénale », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 97. Comp. P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, not. p. 466 et p. 513 qui parle alors d'effet immédiat plutôt que de rétroactivité, estimant que la situation est en cours tant que le jugement n'est pas irrévocable.

éventuel, tandis que la seconde s'inscrit dans le cadre du droit objectif positif, ce qui suppose qu'il soit accessible¹. »

Qu'il anticipe ou qu'il prévoie, l'être humain ne semble pas agir exclusivement et en permanence sous l'influence de la raison et le calcul des espérances juridiques n'est pas l'unique guide de son action. On a pu souligner à propos d'une victime agissant à un moment où le droit positif lui était particulièrement favorable, qu'« il est certain que la jeune Carole Mettetal n'est pas allée s'exposer aux brûlures résultant de l'explosion parce qu'elle savait que la faute de la victime était normalement sans incidence sur son droit à indemnisation² ! » Dans ce cas, mettant en scène une victime qui sera indemnisée de manière moins importante que ce qui aurait pu être prévu au regard du droit positif, la rétroactivité ne porte pas atteinte à la sécurité juridique, faute de prévisions légitimes, voire de prévisions tout court.

Pour résumer, la rétroactivité sera ressentie lorsque le justiciable aura pu élaborer des prévisions légitimes qui seront contredites par la règle rétroactive qui « soit rend fautif un comportement antérieurement licite, soit encore entache de nullité un acte juridique valable en application de la règle abandonnée, soit enfin vient à [le] priver [...] d'un droit d'action que lui reconnaissait la précédente règle³ ». La sécurité juridique n'est donc pas toujours remise en cause par une mesure rétroactive. Quand bien même ce serait le cas, la mesure rétroactive pourrait tout de même être rendue acceptable par un autre impératif.

3. La sécurité juridique, un impératif parmi d'autres

23. La valeur juridique de la sécurité juridique. Le Conseil constitutionnel, qui n'a pas « formellement constitutionnalisé l'exigence de sécurité juridique, a fait de ce principe [de sécurité juridique] un "principe matriciel" en élevant au rang constitutionnel les exigences qui en constituent la substance, à savoir essentiellement la qualité de la norme et sa prévisibilité »⁴. Le Conseil d'Etat a élevé la sécurité juridique au rang de principe général du droit⁵,

¹ T. PIAZZON, thèse préc., n° 43, p. 55.

² A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989, n° 10, p. 269. L'auteur évoque le comportement de la jeune fille dont la situation a donné lieu à un des trois arrêts du 6 avril 1987 revenant sur l'arrêt *Desmares* du 21 juillet 1982 (Cass. 2^e civ. pour les quatre arrêts.) Cf. *GAJC*, n° 211-213, p. 428 et s.

³ L. CORBION-CONDE, *Juris-cl. civ.*, art. 5, n° 62.

⁴ B. MATHIEU, « La norme, le juge et la sécurité juridique », *Justice & Cassation*, Dalloz, 2012, p. 68.

⁵ CE, 24 mars 2006, n° 288460, *Sté KPMG*, *D.* 2006, p. 1190 et s., P. CASSIA ; *RTD civ.* 2006, p. 527 et s., R. ENCINAS DE MUNAGORRI ; *RDC* 2006, p. 1038 et s., C. PERES ; *Def.* 2006, art.38498-73, p. 1868 et s., R. LIBCHABER.

tandis que le droit européen¹ et le droit de l'Union² reconnaissent largement son importance.

24. La critique de la sécurité juridique. Le principe de sécurité juridique est cependant critiqué. Les propositions visant à l'inscrire indirectement dans la Constitution n'ont d'ailleurs pas abouti³. Pour certains, il est désuet⁴ voire *in se* porteur d'insécurité juridique⁵. L'efficacité même de la mise en œuvre du principe de sécurité juridique est ainsi contestée : invoquer la sécurité juridique porterait atteinte à la sécurité juridique⁶, ou, comme le disait Demogue en opposant la sécurité statique à la sécurité dynamique « l'idée de sécurité se retourne contre elle-même⁷ ».

Il convient donc de relativiser l'importance de la sécurité juridique, d'autant plus qu'il existe d'autres valeurs, comme la justice, le progrès, qu'un ordre juridique ne saurait exclure⁸. Un système juridique ne saurait être ordonné à la seule finalité de la sécurité juridique. Il importe de le souligner lorsque l'on souhaite apprécier une solution rétroactive : n'est-elle pas justifiée par le gain de justice qu'elle opère ? Une mise en balance des valeurs peut parfois s'avérer nécessaire avant de condamner aveuglément une règle rétroactive, fût-elle rendue posée par un juge.

¹ CEDH, 24 avr. 1990, n° 11801/85, *Kruslin* ; CEDH, 16 déc. 1992, n° 12964/87, *de Geouffre de la Pradelle*. Pour plus de références, cf. M. TASCHER, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse dactyl., 2011, n° 332 et s., p. 189 et s.

² CJCE, 6 avr. 1962, aff. 13/61, *De Geus en Uitdenbogerd c. Bosch*, qui en fait un principe général ; CJCE, *Defrenne*, 8 avr. 1976, Rec. 1976. 455, spéc. p. 470 et 482. Pour plus de références, cf. M. TASCHER, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse dactyl., 2011, n° 324 et s., p. 185 et s.

³ Assemblée nationale n° 2251, 15 mars 2000 et Sénat n° 222, 8 février 2001. Les deux propositions établissaient un article unique ne mentionnant pas la sécurité juridique en tant que tel : il s'agissait de la certitude de la loi, de son application prévisible et du principe de non rétroactivité de la loi.

⁴ P. MORVAN, « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », *D.* 2007, n° 6, p. 835, : « La référence [au principe de sécurité juridique] que vient d'y opérer le Conseil d'Etat dans sa décision KPMG du 24 mars 2006 [...] ne s'avère donc pas seulement dangereuse [...] : elle est surtout obsolète. »

⁵ P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, n° 13, p. 250, 1^{re} col. : « Les principes de "sécurité juridique" ou de "confiance légitime" importés du droit communautaire sont, quant à eux, dépourvus de valeur obligatoire en droit interne où leur consécration ne ferait qu'instiller une vive insécurité juridique. » *Adde.* Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso éditions, 5^e éd., 2014, n° 47, p. 48 et n° 399, p. 330.

⁶ Ou du moins dénote un mal : cf. N. MOLFESSIS, « Les "avancées" de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 660 et s., qui dénonce l'appel fait constamment à la sécurité juridique aboutissant à la mise en place d'une plus grande bureaucratiation du droit qui est sans effet réel sur la résolution du problème.

⁷ R. DEMOGUE, *Les Notions Fondamentales du Droit privé. Essai critique*, éd. La mémoire du droit, 2001, p. 73.

Adde. pour la même critique concernant la confiance légitime, J.-M. WOEHRLING, « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 771-772.

⁸ Cf. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, n° 37 et s., p. 323 et s. Nous nous attacherons surtout à la justice : cf. *infra*, n° 415 et s.

II. La rétroactivité de la jurisprudence

25. La rétroactivité de la jurisprudence suscite trois interrogations, qui doivent être présentées dans l'ordre paraissant le plus logique. En premier lieu, la jurisprudence est-elle rétroactive (A) ? Si oui, en deuxième lieu, pourquoi l'est-elle, en vertu de quel fondement le serait-elle (B) ? En troisième lieu, au regard du fondement retenu, quels remèdes apporter à la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle (C) ?

A. L'apparition de la rétroactivité jurisprudentielle

26. La jurisprudence sera tout d'abord définie, afin de préciser ce qui doit être entendu par rétroactivité de la jurisprudence (1). Puis, la question de son existence étant liée au pouvoir du juge, la montée en puissance de celui-ci sera retracée (2).

1. Définition

27. **Unicité de la définition de la jurisprudence.** Comme indiqué précédemment, le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de feu Gérard Cornu ne donne pas moins de six définitions de la jurisprudence¹. Pourtant, dès lors que nous souhaitons faire se rencontrer la jurisprudence et la rétroactivité, la jurisprudence ne saurait être qu'une norme, la rétroactivité concerne l'application dans le passé d'une règle de droit², étant précisé que normes et règles de droit seront tenus pour synonymes³. La jurisprudence est alors « la solution consacrée d'une question de droit⁴ », c'est « la façon dont telle ou telle difficulté juridique est habituellement tranchée⁵ » par les juridictions⁶. L'avantage d'une telle

¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 10^e éd., 2014, v° Jurisprudence. *Adde.* sur la difficile définition de la jurisprudence, C. ATIAS, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTD civ.* 2007, p. 23 et s.

² C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2014, n° 592, p. 330.

³ Comp. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, t. 51, Dalloz, 2008, p. 341 et s.

⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 10^e éd., 2014, v° Jurisprudence, • 4.

⁵ L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, n° 6.

⁶ Peu important alors que cette solution soit implicite ou consacrée par un principe général. Sur les principes généraux, v. not. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 1999 ; M. de BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998 ; J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 51 et s. ; B. OPPETIT, « L'ascension des principes généraux : l'exemple du droit international privé », *Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 83 et s. ; N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699 et s. ; D. BUREAU, « L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 181 et s.

définition est de laisser la porte ouverte à la question de savoir si une jurisprudence donnée résulte d'une simple interprétation ou d'une véritable création de la part du juge. Elle permet de se demander si la jurisprudence est simplement déclarative ou également constitutive. La définition est assez large pour permettre d'aborder l'élaboration coutumière de la jurisprudence, par la répétition des décisions, et son établissement plus législatif, par un arrêt de principe voire un arrêt de règlement. Retenir une telle définition est donc essentiel afin de pouvoir se poser la question de l'existence de la rétroactivité de la jurisprudence, existence qui présuppose une création jurisprudentielle, élaborée de manière législative et non coutumière, puisqu'il a été vu que la coutume ne saurait être rétroactive¹.

Avant d'approfondir ce lien entre le rôle du juge et la rétroactivité de la jurisprudence, quelques précisions doivent être apportées sur les différentes expressions de rétroactivités qui gravitent autour de la personne du juge, toutes ne relevant pas de la rétroactivité jurisprudentielle.

28. Rétroactivité de la jurisprudence et rétroactivité de l'annulation prononcée par le juge. Doivent être écartées de notre étude les considérations

En matière de déclarativité ou de rétroactivité, les principes généraux ne semblent pas présenter ici une particularité particulière, la doctrine oscillant également entre déclaration ou création de ces principes par la Cour de cassation. Cf. J. BOULANGER, art. préc. n° 21, p. 67, : « A strictement parler, la jurisprudence n'a pas, en notre matière, de pouvoir créateur. Les principes existent, alors même qu'ils ne s'expriment pas ou ne se reflètent pas dans des textes de loi. Mais la jurisprudence se borne à les déclarer ; elle ne les crée pas. L'énoncé d'un principe non écrit est la manifestation de « l'esprit » d'une législation. » Comp. D. BUREAU, « L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, n° 5, p. 187 : l'auteur précise vouloir apporter une réponse en nuance, à la question de la révélation ou de la création des principes et séparer le bon grain de l'ivraie. « L'ivraie, lorsque les principes ne sont invoqués par la Cour de cassation que pour dissimuler une règle d'une toute autre nature : le principe ne serait alors que l'expression d'une création purement prétorienne. Le bon grain, lorsque les principes fondent, à juste titre, la solution rendue par la Cour de cassation : de véritables principes pourraient être découverts, préexistants à l'intervention du juge. » *Adde*. N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699 et s., spéc. p. 705. V. égal. L. SILANCE, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, p. 226-227 : « De plus en plus, les Tribunaux font à la fois œuvre de législateur et de Juge car ils déterminent le principe et l'appliquent au cas de l'espèce. Comme un principe général n'a pas d'existence propre et n'est généralement pas énoncé dans un texte, mais repose sur plusieurs dispositions qui en font application, c'est en réalité le Juge qui donne force et vie à une règle non écrite. » *Adde*. M. de BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998, p. 100 et s.

Comp. : P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 1999, n° 430, p. 378 : « Le cœur de la définition du principe palpite ici. Le principe présente la particularité d'échapper à tout fondement juridique inscrit dans le corps du droit écrit, légal ou réglementaire. Les textes relatifs à la matière ou à l'institution régie sont dans l'incapacité d'en refléter le contenu normatif. Le principe excède les facultés explicatives des textes du droit positif. Cette réalité est une donnée systématique de l'ensemble des principes : elle a donc pour vocation naturelle d'y devenir un élément cardinal de leur théorie, un **critère** de reconnaissance. Sa description s'ordonne autour de deux propositions : d'une part, aucun principe ne puise sa substance normative, ne se laisse enfermer dans un texte ; d'autre part, cette extra-textualité, cette existence positivement *extra legem*, constitue l'essence même du principe. » et n° 529, p. 493 « La troisième voie qu'il convient de suivre impose de répudier l'alternative classique de la préexistence *ou* de la création des principes et de lui substituer une tierce explication, incarnée par l'idée d' "**invention**" du principe. »

¹ Cf. *supra*, n° 14.

relatives à la rétroactivité de la sanction que le juge peut mettre en œuvre. L'objet de l'étude étant la rétroactivité de la jurisprudence, non la gestion de la rétroactivité d'un autre phénomène par les juges, sont hors de propos les réflexions concernant la modulation des effets de l'annulation d'un acte juridique. Dans cette hypothèse, le juge est contraint de mettre en œuvre une sanction qui a pour effet d'opérer rétroactivement, à savoir l'annulation. Se pencher sur ce problème, c'est envisager celui de la sanction et de sa finalité. Autrement dit, vaut-il mieux retirer totalement l'acte de l'ordre juridique ou supprimer quelques-uns de ses effets indésirables ? En ce sens, la putativité offre un remède à l'annulation rétroactive du mariage, et c'est en ce sens encore que le Conseil constitutionnel a la possibilité de modifier la date d'abrogation du texte déclaré inconstitutionnel¹ et la Cour de justice de l'Union européenne la possibilité d'indiquer les « effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs². »

¹ Art. 62 al. 2 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. » Cf. P. PUIG, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD civ.* 2010, p. 517 et s.

C'est pourquoi ne sera pas traitée ici la véritable saga jurisprudentielle provoquée par la prise en tenaille de la Cour de cassation entre la question prioritaire de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité en matière de garde à vue. Rappelons simplement la chronologie : le 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel déclare non conformes à la Constitution les articles 62, 63, 63-1 et 77 du Code de procédure pénale et les alinéas 1^{er} à 6 de son article 63-4 relatifs au droit à l'avocat et au droit de garder le silence, mais uniquement à compter du 1^{er} juillet 2011, afin que le législateur ait le temps de voter une loi. Le 19 octobre 2010 (Cass. crim., n° 10-82.902), la Cour de cassation tient compte de cette solution et valide une garde à vue, faisant primer la constitutionnalité sur la conventionnalité (cf. not. CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, § 58 ; CEDH 14 oct. 2010, *Brusco c. France*) au nom de la sécurité juridique et d'une bonne administration de la justice. A dire vrai, ce doit surtout être la bonne administration de la justice qui importe ici. La Cour de cassation affirme qu'il en sera ainsi jusqu'au 1^{er} juillet 2011 (*quid* de l'article 5 du Code civil ?). Un tribunal a résisté, invalidant une garde à vue et rejetant expressément les arguments de la Cour de cassation (« Avec tous les égards dus à la Cour de cassation, le tribunal pense ne pas devoir suivre cette théorie. ») : TGI Charleville-Mézières, 2 déc. 2010, n° minute 1567/10. Le 4 janvier 2011, la Chambre criminelle maintient sa solution, ne sanctionnant toutefois pas la cour d'appel qui annule des actes ne fondant pas l'accusation (Cass. crim., 4 janv. 2011, n° 10-85.520, *Bull. crim.*, n° 3). Le 14 avril 2011 est signée une loi relative à la garde à vue (loi n° 2011-392) devant entrer en vigueur « le premier jour du deuxième mois suivant sa publication au Journal officiel et au plus tard le 1er juillet 2011 » (art. 26) et précisant qu'elle « est applicable aux mesures de garde à vue prises à compter de son entrée en vigueur » (art. 26). Il suffisait désormais d'attendre que cette loi entre en vigueur pour que la Cour de cassation opère un changement de jurisprudence correspondant à l'application de cette loi pour les gardes à vue visées à l'article 26. Cependant, le lendemain, le 15 avril, l'Assemblée plénière rend quatre arrêts (n° 10-17.049, 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242) invalidant des gardes à vue au regard de la convention européenne des droits de l'homme. Il ne s'agit aucunement d'une application de la loi, tout au plus d'un revirement d'anticipation. A s'en tenir à ce que dit la Cour de cassation dans un communiqué, il ne s'agit que d'appliquer l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le communiqué ne mentionnant ni la loi, ni la décision du Conseil constitutionnel mais uniquement la décision du 19 octobre 2010 en ce qu'elle reconnaissait l'inconventionnalité des articles du Code de procédure pénale. Dans tous les cas, la jurisprudence du 19 octobre 2010 est rendue parfaitement inutile, car des gardes à vue antérieures à celles ayant donné lieu à cet arrêt peuvent être désormais annulées tant que le délai de prescription n'est pas écoulé. La succession de la signature de la loi et des arrêts d'assemblée plénière ne respecte donc aucune logique au regard des situations à prendre en compte.

En matière civile, cf. Cass. 1^{re} civ., 9 avr. 2013, n° 11-27.071, *Bull. civ.*, n° 66, qui écarte l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles déclaré inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel dans une décision du 27 juillet 2012, à compter seulement du 1^{er} janvier 2014. C'est l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui fut sollicité pour effectuer le contrôle de conventionnalité. Cf. P. DEUMIER, « La loi condamnée », *RTD civ.* 2014, p. 610 et s.

² Art. 264 TFUE.

29. Rétroactivité de la jurisprudence, jugements déclaratifs et jugements constitutifs. Doivent être écartées également toutes considérations portant sur les effets des jugements dits constitutifs ou déclaratifs, puisque l'effet rétroactif est uniquement celui du dispositif, de la conclusion du syllogisme judiciaire¹. Dans ces hypothèses, c'est la décision même du juge qui est rétroactive ou non. Or, la règle jurisprudentielle résulte soit de la motivation des juges, et se situe dans ce cas là dans la mineure du syllogisme, soit est posée directement en tant que majeure du syllogisme ; mais elle ne se situe pas dans la solution prise concrètement par le juge, c'est-à-dire dans la conclusion du syllogisme. La date de prise d'effet d'un divorce, par exemple, dépend du dispositif, conclusion du syllogisme judiciaire, non de la règle jurisprudentielle appliquée, qui constituerait la majeure du syllogisme. De même, le fait que le jugement d'extension de procédure collective ne soit pas rétroactif ne nous concerne pas : il s'agit ici de la rétroactivité de la décision prise par le juge, non de la règle appliquée par lui².

Notre problème est tout autre³ : il ne s'agit pas de la rétroactivité de l'effet d'une sanction mise en œuvre par le juge, ou de la date de l'effet de sa décision, mais de la rétroactivité de la règle qu'il a pu créer⁴. C'est pourquoi il importe d'aborder le rôle créateur du juge.

2. La montée en puissance du juge

30. Rétroactivité de la jurisprudence et émancipation du juge. Ces précisions étant faites, il nous paraît possible d'affirmer que le problème de la rétroactivité de la jurisprudence est dans la dépendance du rôle que tient le juge, ou du moins celui qu'il devrait tenir. Historiquement, la question de la rétroactivité

¹ Sur la différence entre les jugements déclaratifs et constitutifs, v. not. L. MAZEAUD, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », *RTD civ.* 1929, p. 17 et s. ; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Rousseau, 1949.

² *Rapport annuel*, 2004, p. 287 sous Cass. com., 28 sept. 2004, n° 03-11.876, *Bull. civ.*, n° 171 : « Le jugement d'extension de la procédure collective d'une personne à une autre, pour confusion des patrimoines, n'a pas d'effet rétroactif en dépit de l'unicité de procédure auquel il aboutit. Si le jugement d'extension a pour effet de confondre les actifs et les passifs désormais communs, dans le cadre d'une procédure unique, le débiteur auquel est étendu une procédure collective n'est dessaisi qu'à compter du jugement d'extension, et ses dettes nées entre le jugement initial d'ouverture et le jugement d'extension ne sont pas des dettes de la procédure. » *Adde.* F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. manuel, 9^e éd., 2012, n° 333, p. 180.

³ En ce sens : A. COURREGES, J.-H. STAHL, « Note à l'attention de M. le président de la section du contentieux », *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 106 et 133.

⁴ Commentant l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 8 juillet 2004 modulant la solution adoptée, et la comparant à celle de l'arrêt *AC!* du Conseil d'Etat (11 mai 2004) qui module la rétroactivité de l'annulation, M. Théry dira qu'« en termes d'analyse structurale, on dirait que la position du Conseil d'Etat consiste à agir sur l'effet juridique alors que l'aménagement du revirement se rattache au choix du présupposé. Le Conseil d'Etat choisit, à partir de la même règle, entre deux **solutions**. Le revirement aménagé impose de choisir entre deux **règles**. » *Cf.* Ph. THERY, « A propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les œufs. », *RTD civ.* 2005, p. 178, 2^e col. C'est nous qui soulignons.

de la jurisprudence ne s'est posée qu'avec le constat grandissant de l'émancipation du juge, invitant à rapprocher la jurisprudence de la loi. Brossons à grands traits ces évolutions connexes de la rétroactivité de la jurisprudence et de l'évolution du rôle du juge¹, à partir du XIX^e siècle, période où, « pour la première fois depuis six siècles de droit savant, les auteurs commentent les décisions de justice² ! »

31. L'émergence de la prise en compte de la rétroactivité de la jurisprudence. Le XIX^e siècle. En jurisprudence, il semblerait que le problème de la rétroactivité jurisprudentielle fût ressenti, à défaut d'être clairement identifié, dès le début du XIX^e siècle, la Cour de cassation ayant refusé en 1804 d'appliquer un revirement en s'appuyant vraisemblablement sur l'adage *error communis*³. La décision semble toutefois isolée et relève ainsi de l'anecdote.

Parmi les auteurs de ce siècle, c'est avec le phénomène du revirement que la rétroactivité jurisprudentielle est réellement perçue, en ce qu'il permet de dater plus précisément le changement de norme et donc d'établir un parallèle avec les conflits de lois dans le temps⁴. La reconnaissance d'un tel phénomène prendra du temps. Ainsi, Marcadé, en 1844, s'emportera contre la rétroactivité des changements d'interprétations pouvant être opérés par la Cour de cassation⁵, sans toutefois attribuer à la rétroactivité de la jurisprudence un statut à part. Pour l'auteur, une interprétation, quelle qu'elle soit, ne peut avoir de force que par la loi qui la rendrait impérative⁶, et, que, de plus, la Cour de cassation n'est pas totalement une juridiction⁷. L'auteur critique ainsi tout changement d'interprétation par la loi, qu'il s'agisse d'un acte du législateur ou de la Cour de

¹ Il sera procédé dans cet ordre ici, la rétroactivité puis le rôle créateur, afin de partir du phénomène le plus visible au phénomène le moins visible. Cf. « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 8 : « bien que l'effet rétroactif manifeste le rôle créateur de droit de la décision de revirer, le premier semble plus aisé à reconnaître que le second. »

² Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 71.

³ H. MAZEAUD, « La maxime "*error communis facit jus*" », *RTD civ.* 1924, p. 945-946 : « Une jurisprudence unanime avait faussement interprété la loi du 17 niv. an II sur les successions. De nombreux partages furent faits en se basant sur cette interprétation. Puis la Cour de cassation revint sur sa jurisprudence. Fallait-il annuler tous les partages effectués ? La Chambre civile s'y refusa. » L'auteur mentionne en note deux arrêts : Cass., 13 germ. an XII (3 mars 1804), *D. Rép. méth.*, v^o *Lois*, n^o 533 et Douai, 17 août 1822. On perçoit bien ici, en prêtant foi aux propos de Mazeaud, que la Cour de cassation refuse de faire jouer rétroactivement son revirement, en ne prononçant pas l'annulation, plutôt que de moduler la rétroactivité de cette annulation : H. MAZEAUD, *op. cit.*, *loc. cit.* : « l'interprétation nouvelle ne bénéficie pas de la rétroactivité », ce qui se justifie par la mise en œuvre de la maxime *error communis*.

⁴ Sur la naissance du concept de revirement de jurisprudence, cf. R. COLSON, « Genèse du revirement de jurisprudence », *RRJ* 2000, p. 991 et s. Le rôle de la doctrine y est mis en avant. *Adde.* sur l'attitude de la doctrine quant à l'émergence d'un revirement : J.-F. CASILE, « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », *RRJ* 2004, n^o 18 et s., p. 646 et s.

⁵ V. MARCADE, *Eléments du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. 75.

⁶ V. MARCADE, *op. cit.*, p. 33-34.

⁷ V. MARCADE, *op. cit.*, p. 67 et s. Cela n'empêchera cependant pas l'auteur de parler de jurisprudence de la Cour de cassation.

cassation¹. C'est Demolombe qui semble rendre compte le plus clairement du phénomène. Il écrit en 1869 que, s'il « importe de combattre, dès le début, les décisions judiciaires qui semblent porter atteinte à la pureté des principes, autant peut-être faut-il regretter, au point de vue de l'intérêt social, ces revirements, ces révolutions d'une jurisprudence sanctionnée par une suite imposante de monuments anciens et uniformes, *series rerum perpetuo similiter judicatarum* (L. 38, D., *De legibus*), sur la foi de laquelle les droits les plus importants pour les individus et pour les familles se sont pendant longtemps établis. N'y a-t-il pas là, en effet, un désordre véritable, une dangereuse perturbation, une rétroactivité enfin pire encore que celle des lois, puisqu'en bouleversant le passé, elle ne donne même aucune garantie ni à l'avenir ni au présent² ? » Planiol signale quant à lui en 1906 que « les changements de jurisprudence sont d'ailleurs dangereux, à cause de l'effet rétroactif qui se produit sur les intérêts et les contrats des particuliers³ ».

32. Le XX^e siècle. La rétroactivité de la jurisprudence ne semble s'être vraiment inscrite comme un thème d'étude doctrinale que plus tard. Une thèse de 1904 consacrée à la fiction de rétroactivité dans le droit français n'envisage absolument pas la question⁴. Les articles lançant véritablement la réflexion semblent être ceux de Voirin⁵ en 1959 et de Rivero⁶ en 1968. Christian Mouly, en publiant une série d'articles en 1994 consacrés aux revirements de jurisprudence⁷, donne toute sa dimension à la question. En jurisprudence, la rétroactivité est parfois écartée par le refus d'appliquer ponctuellement une règle jurisprudentielle⁸.

33. Le XXI^e siècle. La question prend à nouveau de l'ampleur lorsqu'est publié en 2005 un rapport remis en 2004 au Premier Président de la Cour de

¹ V. MARCADE, *op. cit.*, p. 76 : « Dans la *législation*, quant à la substitution de lois nouvelles à des lois anciennes, oh ! oui, perfectibilité indéfinie, progrès continu, c'est forcé, c'est providentiellement nécessaire. [...] Mais dans l'*interprétation de la loi* ! oh ! alors, immutabilité, stabilité irrévocable. [...] Encore une fois, ne faites pas vos expériences législatives sur ce qui a vie ».

² C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, A. Durand, L. Hachette et C^{ie}, 4^e éd., 1869, p. V.

³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 1906, n° 124, p. 45. Josserand évoquera en 1938 un revirement en matière de filiation (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 3^e éd., 1938, n° 1236 et 1237, p. 692), sans pour autant aborder ce phénomène et sa rétroactivité, ni dans la première partie de son traité, ni dans le paragraphe concernant ce revirement spécifiquement.

⁴ A. GALLET, *Etude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1903.

⁵ P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (A propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP* 1959, I, 1467.

⁶ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15 et s.

⁷ C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 123 et s. ; C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994, I, 3776 ; C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n° 33, p. 15 et s. ; C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirements ? », *LPA* 4 mai 1994, n° 53, p. 9 et s.

⁸ Cf. les exemples cités *infra*, n° 197 et s., relatifs à l'obligation d'information des professionnels et à la modification de l'assiette de cotisations sociales.

cassation de l'époque, M. Canivet, intitulé *Les revirements de jurisprudence*¹. Les années 2000 sont indubitablement, et paradoxalement, les années de la rétroactivité jurisprudentielle, puisque la Cour de cassation et le Conseil d'Etat décideront que leurs jurisprudences nouvelles ou leurs revirements pourraient ne pas être rétroactifs². La rétroactivité de la jurisprudence est donc clairement affirmée, afin d'être aussitôt maîtrisée et écartée. Autrement dit, « la réaction prouve l'action. C'est précisément parce qu'il n'ignore rien de l'effet rétroactif de ses avancées prétoriennes que le juge peut s'employer à en adoucir l'impact³. » Depuis, l'ouvrage est périodiquement remis sur le métier par la doctrine⁴, la question se posant désormais de la constitutionnalité d'une telle rétroactivité, quand elle existe⁵.

34. L'émergence de la prise en compte du pouvoir créateur du juge. Le XIX^e siècle. Il est impossible de séparer cette évolution de la prise en compte de la rétroactivité jurisprudentielle de l'évolution de l'office du juge. Encore une fois de manière très schématique, le juge est perçu au XIX^e siècle comme le simple exécutant de la loi écrite : il ne fallait pas que, par ses audaces, le juge rompe la belle unité du droit civil instaurée par le Code civil. Les auteurs des traités du XIX^e siècle n'abordent qu'exceptionnellement la question de la rétroactivité de la jurisprudence *in se* pour la simple raison que l'article 5 du Code civil leur paraît rendre impossible toute création de la part du juge qui puisse un jour avoir le statut de règle de droit à l'image de la loi, panacée de la règle de droit. Si la

¹ Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005.

² Cf. not. Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426, *Bull. civ.*, n° 387, *D.* 2004, p. 2956 et s., C. BIGOT ; *D.* 2005, p. 247 et s., P. MORVAN ; *RTD Civ.* 2005, p. 176 et s., Ph. THERY ; Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, *Bull. Ass. plén.* n° 15, *D.* 2007, p. 835 et s., P. MORVAN ; *RTD civ.* 2007, p. 72 et s., P. DEUMIER, *RTD civ.* 2007, p. 168 et s., Ph. THERY ; *JCP* 2007, II, 10040, E. DREYER ; *JCP* 2007, II 10111, X. LAGARDE ; Cass. com. 13 nov. 2007, n° 05-13.248, *Bull. civ.* n° 243, *JCP* 2008, II, 10009, D. CHOLET ; *Def.* 2008. 1223, note D. GIBIRILA.

V. déjà : CA Paris, 15 avr. 1964, *RTD civ.* 1964, p. 781, P. HEBRAUD. L'arrêt expose clairement l'atteinte faite à la rétroactivité d'un revirement : « Par ces motifs, [...] dit que la partie civile ayant engagé son action de bonne foi dans l'ignorance où elle se trouvait d'un revirement de jurisprudence, est dispensée des dépens qui seront supportés par le Trésor public. »

En droit public le premier arrêt semble être CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Sté Tropic travaux signalisation, GAJA*, n° 113, p. 905 et s. ; puis CE, 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*.

³ D. de BECHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 8.

⁴ Cf. not. A. MARAIS, « Le temps, la loi et la jurisprudence : le bon, la brute et le truand », *Au-delà des codes, mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 383 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 501 et s. ; P. DEUMIER, « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? », *RTD civ.* 2014, p. 71 et s.

⁵ . J.-P. VIENNOIS, « Réflexions sur un conflit : effet déclaratif de la jurisprudence et objectif d'accessibilité aux normes. (A propos de l'arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation le 9 octobre 2001) », *RRJ* 2002, p. 2061 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 501 et s. ; P. DEUMIER, « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? », *RTD civ.* 2014, p. 71 et s., commentant Cons. Const., 1^{er} août 2013, n° 2013-336 QPC.

jurisprudence est reconnue¹, elle n'est pas véritablement une règle de droit, ou, pour le dire autrement, une source formelle du droit. Le juge peut toujours changer d'avis, puisqu'il est possible qu'une décision ultérieure contraire survienne. La jurisprudence, entendue alors comme un amas de décisions, pourrait donner lieu à une jurisprudence, c'est-à-dire à une règle de droit formée selon une voie proche de celle de la coutume, mais dont l'instabilité exclut tout parallèle avec la loi². Quand bien même ce parallèle entre la jurisprudence et la loi semble effleuré, il n'est toujours pas question de rétroactivité. Assez révélateurs sont les propos de Laurent sur l'existence de la jurisprudence : « le code, en défendant au juge de référer au législateur, en lui faisant un devoir de juger, quand même il n'y aurait pas de loi, n'évite que l'un des inconvénients qui résultent de l'insuffisance de la législation : si le pouvoir législatif n'est pas constitué juge d'un procès, par contre le juge devient législateur³. » L'auteur atténue immédiatement la portée de son propos : « Il est vrai cette règle n'a de force que pour le jugement à l'occasion duquel elle est écrite⁴. » Par conséquent, il n'y a pas de véritable règle de droit à appliquer à un autre litige et, par conséquent, pas de rétroactivité.

Le juge ne pouvait donc pas créer une règle de droit générale à l'image de la loi et il était dans l'air du temps de considérer que la loi écrite devait suffire à tout. Telle est la vision, caricaturée toutefois⁵, de la méthode de l'exégèse. Au XIX^e siècle, dans les amphithéâtres, le droit n'est pas enseigné par thème, mais suivant l'ordre des articles du Code, conformément à la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804)⁶ et comme en témoigne l'œuvre de Flaubert¹. La méthode de

¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, A. Durand, L. Hachette et C^{ie}, t. 1, 4^e éd., 1869, p. III, qui affirme la nécessité de présenter les textes avec le « dépôt de maximes et de décisions » qu'évoque Portalis : « A quels embarras, en effet, et à quelles méprises ne seraient pas exposés ceux qui voudraient étudier aujourd'hui le Code Napoléon, sans tenir compte de tous ces précédents, de toutes ces traditions ! ce serait là, je n'hésite pas à le dire, rétrograder d'un demi-siècle, et répudier, avec autant d'aveuglement et d'ingratitude, les illustres et précieux travaux du passé ».

² T. HUC, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. 1, F. Pichon, 1892, n° 184, p. 170 : « Sans doute, les juges peuvent avoir et ont ordinairement, sur les questions qui reviennent le plus souvent devant eux, ce qu'on appelle une jurisprudence, c'est-à-dire, une certaine manière d'envisager ces questions. Mais ils peuvent à chaque instant modifier ou changer cette jurisprudence. » ; V. MARCADE, *Eléments du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. 31-32 ; F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, A. Chevalier-Marescq & C^{ie}, 1899, n° 148, p. 434, « Du moment qu'il s'agirait d'ériger la jurisprudence en source formelle positive, je ne puis oublier qu'elle reste sujette à variations et à contradictions, sans offrir, par sa constitution même, les garanties nécessaires à toute création juridique. »

³ F. LAURENT, *op. cit.*, n° 257, p. 329.

⁴ F. LAURENT, *op. cit.*, n° 257, p. 330. *Adde.* V. MARCADE, *Eléments du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. 32 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 1, L. Larose et Forcel, 1882 ; J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, A. Cotillon & C^{ie}, 3^e éd. 1878, n° 53, p. 30 ; C. AUBRY et C.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 1, 5^e éd. par G. RAU, C. FALCIMAIGNE et M. GAULT, Marchal et Billard, 1897, § 39 bis, p. 192.

⁵ Cf. Ph. REMY, « Eloge de l'exégèse », *Droits*, n° 1, PUF, 1985, p. 115 et s. ; Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 71 et s. ; D. BUREAU, « Les regards doctrinaux sur le Code civil », 1804-2004. *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 171 et s, spéc. p. 191 et s.

⁶ Cf. J.-L. HALPERIN, « Exégèse école de l' », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté sur <http://www.universalis.fr/encyclopedie/ecole-de-l-exegese/>.

l'exégèse est ainsi décrite par Marcadé : « dans la méthode exégétique [...] on suit le texte pas à pas ; on dissèque chacun des articles pour l'expliquer phrase par phrase, mot par mot ; on précise, par ce qui précède et par ce qui suit, le sens et la portée de chaque proposition, de chaque terme, et l'on en fait remarquer la justesse ou l'inexactitude, l'utilité ou l'insignifiance ; puis, quand on a compris cet article en lui-même, on étudie son harmonie ou sa discordance avec les autres articles qui s'y réfèrent, on en déduit les conséquences, on en signale les lacunes². » Cette méthode, jointe à celle de la synthèse, se comprend aisément eu égard au contexte des auteurs de l'époque. Après 1804, il fallait comprendre et développer le droit tel que prévu par le Code civil, récemment entrée en vigueur : « l'exploration du Code civil est une priorité absolue, qui doit en révéler les arcanes à des praticiens désorientés par la nouveauté³. » Difficile d'accorder une place conséquente à la jurisprudence, de l'imaginer sœur jumelle de la loi. Ainsi, le parallèle de la jurisprudence avec la loi étant trop inconvenant, la rétroactivité de la première était inenvisageable. On pourrait légitimement rendre hommage aux exégètes qui distinguaient opportunément la jurisprudence de la loi, n'attribuant pas les mêmes caractères à ces deux phénomènes bien distincts.

35. Le XX^e siècle. Toujours est-il que même GénY, dans son ouvrage de 1899 censé sortir la doctrine et les juges de la torpeur dans laquelle les avait plongés la méthode de l'exégèse, tout en reconnaissant une certaine action de la jurisprudence, refuse de reconnaître à la jurisprudence le statut de véritable source du droit⁴. Si l'action de la jurisprudence est reconnue⁵, c'est pour le titre de titre de

¹ G. FLAUBERT, *L'éducation sentimentale*, Pocket, 1998, p. 42 : « Trois cents jeunes gens, nu-tête, emplissaient un amphithéâtre où un vieillard en robe rouge dissertait d'une voix monotone ; des plumes grinçaient sur le papier. [...] Pendant quinze jours, [Frédéric] y retourna. Mais on n'était pas encore à l'article 3, qu'il avait lâché le Code civil ».

² V. MARCADE, *Eléments du droit civil français*, t. 1^{er}, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. VIII.

³ Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 71. Comp. sur les raisons d'être de l'école de l'exégèse E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Editions La Mémoire du Droit, 2002, p. 57 et s.

⁴ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^e éd., 1919, rééd. 1954, 2 tomes.

⁵ Dès un article signé du 1^{er} mars 1837, Ledru-Rollin mentionnait l'existence de jurisprudences *contra legem*. Cf. A. LEDRU-ROLLIN, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêstistes et la jurisprudence. », *Journal du Palais*, t. 1, 3^e éd. par LEDRU-ROLLIN, F.-F. Patris, 1838, p. XIX. *Adde.* H. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, thèse dactyl., 1897, qui reconnaît à la jurisprudence le statut de « puissance de fait » ; M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile. 1804-1904*, Rousseau, 1904, n° 12, p. 37 : « La jurisprudence [contrairement à la coutume], ne peut avoir qu'un **pouvoir de fait** d'interprétation du droit existant ou de création de droit nouveau, pouvoir de fait **qui ne saurait en aucun cas, s'imposer aux magistrats.** » *Adde.* n° 13, p. 39.

Comp. E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. 1, V. Giard & E. Brière, 1903. L'auteur, en critiquant la théorie romano-canonique de la coutume, retenue par GénY, met en avant le rôle des juges et de la jurisprudence dans l'élaboration de celle-ci. V. not. *op. cit.*, p. 799 et s., spéc. p. 802 : la jurisprudence est « l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en normes de droit. Son intervention est indispensable pour métamorphoser les simples usages, les habitudes du commerce, les convenances, en véritables coutumes juridiques, sanctionnées par l'ordre permanent d'exécution. La jurisprudence a, dans l'élaboration du droit coutumier, un rôle analogue à celui que jouent l'ouvrier et l'outillage industriel dans la transformation de la matière première en produit manufacturés. » *Adde.* p. 804,

source du droit qu'il faut désormais se battre¹. C'est tout au long du XX^e siècle que les auteurs vont lutter contre l'idée d'une jurisprudence qui ne serait qu'une autorité, et non une source du droit. C'est le rapprochement de la jurisprudence avec la loi qui est en jeu. Plusieurs travaux sont à cet égard assez significatifs, en ce qu'ils révèlent la prise de conscience de « la montée en puissance² » de la jurisprudence : en 1963, Savatier s'interrogeait sur « les modes contemporains de formation du droit positif³ » puis, en 1969 et en 1970 deux thèses étaient consacrées au pouvoir normatif du juge⁴. En 1980 démonstration est faite de son caractère de source du droit⁵, et en 1996 M. Jestaz signait un article intitulé « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre⁶ ». Tandis que Savatier parle de la « formation d'un droit jurisprudentiel⁷ », M. Jestaz écrit que « la montée en puissance de la jurisprudence aura été l'événement français le plus marquant depuis la rédaction du Code civil⁸. » Plus spécifiquement, il est impossible de passer ici sous silence les articles de Maury⁹, Waline¹⁰ et Dupeyroux¹ consacrés à

où l'auteur évoque les créations jurisprudentielles dissimulées « sous l'apparence fallacieuse d'une consécration ou d'une application du droit existant. »

¹ Un auteur, dès 1908, accorde le label de source de droit à la jurisprudence, sans s'étendre sur la définition de source de droit. Cf. J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908, p. 24-25 : « le trait caractéristique de la jurisprudence, considérée comme source de droit, est de placer autant que possible les plus audacieuses de ses innovations sous le pavillon régulier de la loi ou de la coutume. » Adde. E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Editions La Mémoire du Droit, 2002, p. 53-54 ; G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 28, p. 51-52. Le débat, concernant la jurisprudence entendue comme source du droit, aurait été initié par Bartin en 1892. Cf. D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980, note 1, p. 16.

² Expression utilisée par Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 61.

³ R. SAVATIER, « Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif », *Mélanges J. Dabin*, t. 1, Sirey, Bruylant, 1963, p. 293 et s.

⁴ A. AZARI, *Essai sur le rôle de la jurisprudence comme source du droit appliqué*, thèse dactyl., 1969 ; S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, thèse dactyl., 1970. Adde. H. BATIFFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD*, t. 12, Sirey, 1967, p. 335 et s., qui affirme, p. 335 que « les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet aujourd'hui le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative. »

⁵ D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980. La démonstration de l'auteur est fondée sur le constat de l'apport jurisprudentiel au droit positif, et à sa prise en compte par la Cour de cassation pour fonder ses solutions. Selon l'auteur, p. 33, la raison de décider du juge (le motif de sa décision) est seule « source de droit parce que c'est d'elle, dont dépendent, en fin de compte, les droits et obligations des sujets de droit », puis, p. 34, « l'apport jurisprudentiel pour être source de droit ne peut que consister dans la raison de décider ». La démonstration mérite d'être approfondie. *A contrario*, si la Cour de cassation ne prenait plus en compte la loi, celle-ci ne devrait-elle plus être source du droit ? La prise en compte par les justiciables de la jurisprudence est-elle nécessaire ? Qu'en est-il du législateur ?

⁶ Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996, p. 299 et s.

⁷ R. SAVATIER, art. préc., p. 303 et s.

⁸ Ph. JESTAZ, art. préc., p. 306.

⁹ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 28 et s.

¹⁰ M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Mélanges en l'honneur de G. Scelle*, t. 2, p. 613 et s. C'est dans cet article que l'auteur développe l'idée d'une réception implicite de la jurisprudence par le législateur, pour justifier son statut de source du droit. Pour des critiques, v. not. : F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 1991, p. 127 : l'approbation implicite de la loi : « ne renseigne pas clairement sur la nature de la norme jurisprudentielle » ; Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. p. 13, 1^{re} col. : « Placés devant l'alternative d'expliquer l'autorité de la jurisprudence ou de la nier, les tenants du légalisme choisissent de la nier par une pseudo-explication. La réalité – c'est-à-dire l'existence de règles jurisprudentielles incontestées en tant que telles – est expliquée non pas par une autre réalité qui en serait la cause, mais par une fiction qui en constitue l'échappatoire. » ; J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, n° 20

la mise en lumière du phénomène jurisprudentiel, à la recherche de la justification de son autorité, et à l'accession de la jurisprudence au rang de source du droit. Le rapprochement entre la jurisprudence et la loi est mis en exergue, et le caractère législatif de la jurisprudence est dénoncé. Dupeyroux énoncera ainsi que « du point de vue de la force de contrainte qu'elle possède à l'égard du justiciable, la règle jurisprudentielle ne ressemble pas seulement à la loi, elle se confond parfaitement avec elle² », dans un article intitulé, de manière affirmative et non interrogative, « la jurisprudence, source abusive du droit³ ». Si M. Malaurie mettait en avant, en 1965, la jurisprudence combattue par la loi⁴, il dénonce, quarante ans plus tard, la loi combattue par la jurisprudence⁵. Comment ne pas y voir l'essor extraordinaire du droit jurisprudentiel ? Comment ne pas voir dans la jurisprudence une véritable loi ? En 1981, Boyer posait crument la question : n'y aurait-il pas dans certains cheminements jurisprudentiels « une usurpation de la fonction législative que la fiction d'interprétation du droit n'arrive pas à masquer⁶ ? » Il est possible d'affirmer qu'il est banal de reconnaître au juge un pouvoir créateur, tant en droit privé qu'en droit public⁷. Le rapprochement de la loi et de la jurisprudence accompagne, de manière concomitante, les réflexions sur sa rétroactivité.

36. Persistance des doutes. Pourtant, des auteurs parmi les plus autorisés demeurent réservés⁸ et certains refusent de reconnaître ouvertement à la

p. 428, qui estime que cette idée « ne s'appuie sur aucune vraisemblance psychologique » ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955, p. 382-383 : « La règle de droit ne peut émaner d'une volonté tacite du Pouvoir et il serait bien téméraire d'avoir recours à l'idée d'une *patientia principis* quand l'acte du pouvoir judiciaire a pour effet de modifier le sens d'une loi » ; J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, p. 38-39 ; S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, thèse dactyl., 1970, p. 50 à 52. Plus nuancé : M. van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 221.

¹ O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 349 et s. ; O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463 et s.

² O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 359.

³ O. DUPEYROUX, art. préc., p. 349 et s.

⁴ Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 et s.

⁵ Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Def.* 2005, art. 38203, p. 1205 et s. *Adde.* Ph. MALAURIE, « La révolution des sources », *Def.* 2006, art. 38465, p. 1552 et s.

⁶ L. BOYER, « Le délai de l'article 29 de la Convention de Varsovie. Un combat douteux de la Cour de cassation », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, n° 21, p. 108. *Adde.* C. PUIGELIER, « La maxime "nul n'est censé ignorer la loi" », *La loi. Bilan et perspectives*, dir. C. PUIGELIER, Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2005, n° 54, p. 382 : « la maxime "Nul n'est censé ignorer la loi" ne signifie-t-elle pas : "Nul n'est censé ignorer la jurisprudence ?" »

⁷ *Cf.* F. MODERNE, « Les revirements prospectifs dans les contentieux administratif et judiciaire : une problématique commune », *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 815-816 et les auteurs cités.

⁸ *Cf.* B. OPPETIT, « L'affirmation d'un droit jurisprudentiel », *Droit et modernité*, PUF, coll. *Doctrine juridique*, 1998, p. 65 et s. L'auteur préfère parler de créativité de la Cour de cassation plutôt que de véritables créations.

jurisprudence la qualité de source du droit¹. La jurisprudence est peut-être une autorité, mais le juge ne saurait poser des règles de droit. Il n'y aurait pas rétroactivité, mais tout simplement déclarativité². Ne croyons pas qu'il s'agisse là d'une vision surannée des sources du droit. Deux auteurs ont récemment pu affirmer leur attachement à l'idée que la jurisprudence serait principalement déclarative³, et les conseillers de la Cour de cassation ne semblent pas partager la même vision de la jurisprudence entre eux⁴. Un auteur, refusant au juge la possibilité de créer des règles de droit, soutient alors qu'« envisager la rétroactivité [de la jurisprudence comme celle de la loi] est extrêmement ingénieux mais est dépourvu de valeur scientifique⁵. » La question mérite d'être examinée, car elle ne saurait être restreinte à une pure dissertation théorique. Si nous sommes face à une situation de déclarativité, le problème est celui de la révélation de la règle, qui doit intervenir au plus vite. Confronté au mécanisme de la rétroactivité, le souci est bien plus d'empêcher celle-ci de remettre en cause des prévisions. Pour ne pas être surpris par la déclarativité, il suffit de « vivre avec son temps⁶ ». En revanche, ce conseil s'avère inefficace concernant la rétroactivité qui suppose une nouveauté, laquelle n'est par définition pas dans l'air du temps. Les remèdes à apporter à l'insécurité juridique produite par le phénomène jurisprudentiel diffèrent selon que l'on considère que la jurisprudence est déclarative ou rétroactive. Nous tenterons de démontrer que la jurisprudence est réellement rétroactive, en montrant que le juge peut créer des règles de droit. A cet effet la théorie de Hart nous sera particulièrement utile⁷.

¹ Not. J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit*, Sirey, 14^e éd., 2012, n° 172, p. 175 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis droit privé, 27^e éd., 2002, n° 142 et s., p.267 et s. ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007, n° 73, p. 47 puis n° 437 et s., p. 227 et s., avec cependant un correctif de taille, n° 442, p. 231-232.

² Les auteurs parlent également de rétroactivité naturelle. V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis droit privé, 27^e éd., 2002, n° 144, p. 274 : l'auteur emploie le terme rétroactif mais précise qu'il s'agit d'une rétroactivité naturelle avant d'ajouter : « Si la jurisprudence peut légitimement disposer pour le passé, c'est qu'elle n'est pas réellement créatrice. » Comp. J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

Pour une liste des auteurs *pro* et *contra*, cf. L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, n° 45 et 46, M. Bach y voyant lui-même une autorité de fait, n° 225.

³ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 269, p. 360 ; F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, n° 8, p. 513 et s. L'auteur ménage l'exception des revirements : « c'est dans les revirements, que la jurisprudence devient rétroactive. » *Op. cit.*, n° 8, p. 516. *Adde.* F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 1991, p. 154-155.

⁴ C. PAUL-LOUBIERE, « L'autorité de la chose jugée, gage de la sécurité juridique », *D.* 2009, p. 1061 : « par sa nouvelle jurisprudence marquant une évolution, un complément ou un revirement, le juge ne fait que révéler, sous un jour nouveau, l'état du droit qui préexistait, si ce droit positif, bien sûr, est resté inchangé. » Comp. A. LEGOUX, *BICC*, 1^{er} mars 2007, n° 656, p. 46, : « Enfin, il faut remarquer que c'est notamment avec des décisions de cette nature [*id est* les revirements] que la Cour crée de nouvelles normes ou se trouve en demeure d'adapter sa jurisprudence à une législation nouvelle. Le revirement concourt à l'évolution du droit au même titre que les autres sources. »

⁵ H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'Etat et Tribunal des conflits)*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 207, 1999, n° 67, p. 72. Pour la négation du caractère normatif de la jurisprudence, *op. cit.*, n° 69 et s., p. 73 et s.

⁶ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 1991, p. 154.

⁷ Cf. *infra*, n° 127 et s. pour la présentation de la théorie de Hart relative aux normes primaires et secondaires.

B. Le fondement de la rétroactivité jurisprudentielle

37. La diversité des explications de la rétroactivité jurisprudentielle.

Si le phénomène de la rétroactivité jurisprudentielle est désormais identifié, il ne l'est qu'imparfaitement, puisqu'il reste à établir son fondement. En effet, une fois admis le pourvoi créateur du juge, le caractère rétroactif de cette création est constaté mais rarement expliqué. Capitant, mettant en garde contre une interprétation trop audacieuse de l'article 1384 en 1930¹, reliait la rétroactivité à la création jurisprudentielle, sans expliquer pour autant pourquoi il en serait ainsi. Il préconise bien plus directement de veiller à ce que le juge conserve sa place et ajoute qu'il serait beaucoup plus profitable que le législateur se saisisse de la question. Cette explication est pourtant essentielle. D'une part la création d'une règle de droit n'implique pas forcément qu'elle soit rétroactive. D'autre part, l'explication retenue doit permettre d'orienter la recherche des remèdes aux effets néfastes produits par la rétroactivité.

Le premier article semblant poser véritablement la question de la raison d'être de la rétroactivité jurisprudentielle est celui de Rivero, paru en 1968². Pour l'auteur, la règle jurisprudentielle est forcément rétroactive, du simple fait que le juge statue sur des faits passés : la règle qu'il va créer doit être appliquée à ces faits, à cause de l'article 5 du Code civil, lesquels faits sont par définition antérieurs à l'énoncé de la nouvelle règle. La règle créée est donc mécaniquement rétroactive.

Cette explication n'a qu'une faible force explicative car elle ne permet pas d'expliquer en quoi la règle devra être appliquée rétroactivement depuis l'entrée en vigueur de la règle interprétée. Si c'est l'antériorité des faits qui impose la rétroactivité, alors une telle rétroactivité devrait être limitée à la date de survenance de ces faits. Il apparaît que cela n'est absolument pas le cas en pratique³.

Une deuxième explication tiendrait à la rétroactivité naturelle des règles de droit. Il est acquis que la règle jurisprudentielle est élaborée par le juge. Or, celui-ci n'ayant pas la capacité de fixer une date d'entrée en vigueur, la règle ainsi créée serait naturellement rétroactive. Cette rétroactivité naturelle de la jurisprudence peut ne pas emporter la conviction, ne serait-ce que parce que la rétroactivité jurisprudentielle est limitée à la date d'entrée en vigueur du texte visé par le juge.

¹ H. CAPITANT, « Une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses inanimées », *D.* 1930, chron. p. 61 et s. Capitant cite en outre la note de A. BESSON, *D.P.* 1928, 1, 121 et s. sous Cass. req., 23 nov. 1927, qui identifie également et précédemment le problème, p. 124, 1^{re} col.

² J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15 et s.

³ *Cf. infra*, n° 216 et s.

M. Hervieu, partisan de cette rétroactivité naturelle, recourt alors de à la théorie de l'incorporation¹.

Une réflexion sur le fondement de la rétroactivité jurisprudentielle doit donc être menée, en puisant dans ces deux premières explications, insatisfaisantes, les matériaux que sont la théorie de l'incorporation et la prohibition des arrêts de règlement. Il est fort probable que la rétroactivité provienne de l'assimilation de la création à l'interprétation jurisprudentielles, assimilation résultant de la prohibition des arrêts de règlement. La rétroactivité apparaît lorsque le juge pose une règle de droit comme le ferait le législateur, mais dissimule sa création en l'assimilant à une interprétation afin de ne pas violer ouvertement l'article 5 du Code civil². Fonder ainsi la rétroactivité sur le rôle du juge dirige la recherche des remèdes à apporter à la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle.

C. Les remèdes à la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle

38. La relative nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle. Une fois acceptée l'idée que la jurisprudence est rétroactive et non déclarative, et que la rétroactivité est une conséquence de l'article 5 du Code civil, le débat doit se poursuivre et se déplacer vers les remèdes à apporter à cette rétroactivité. Il convient au préalable d'identifier plus précisément les problèmes qu'elle pose.

On a pu soutenir que « dans la grande majorité des cas, l'effet rétroactif du droit fabriqué par le juge est perçu soit comme indolore, soit comme un inconvénient inévitable compte tenu de l'absence de règle préexistante³. » Il semblerait que seuls les revirements ou les décisions novatrices puissent menacer la sécurité juridique. Le revirement porte préjudice aux justiciables car il combat des prévisions faites sur l'état révélé du droit positif. S'il fallait se risquer à une définition du revirement, il conviendrait d'en retenir une acception large : « Le revirement peut être défini comme l'abandon par un tribunal d'une solution auparavant admise, entraînant soit l'adoption d'une solution contraire à celle précédemment consacrée, soit un reversement de tendance dans sa manière de juger⁴. » La décision novatrice quant à elle peut porter atteinte à une pratique

¹ Cf. *infra*, n° 185 et s.

² Cf. *infra*, Partie II, Titre II.

³ B. N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. Calvès, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011, p. 95.

⁴ M. JAEGER, « Propos introductifs », *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, dir. E. CARPANO, Bruylant, 2012, p. 27-28. Comp. S. MARGUERY, *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse dactyl., 1984, n° 288, p. 471 qui distingue l'arrêt contraire du revirement, estimant que « l'arrêt est l'acte, le revirement est l'effet. » Notons que ce sont bien les revirements qui nous intéressent, puisque, toujours selon l'auteur (thèse préc., n° 325, p. 533), « un arrêt contraire est un jugement, une décision, un revirement est un moment où un arrêt contraire change complètement le sens jusque-là habituel de la jurisprudence. »

uniforme développée en l'absence de droit positif explicite¹ : c'est une solution de rupture, non avec la jurisprudence antérieure, auquel cas il s'agit d'un revirement, mais avec une pratique qui aurait pu se développer en l'absence de précisions contraires explicites dans le droit positif. Les prévisions alors faites par les justiciables pouvaient être parfaitement légitimes, puisqu'en l'absence de règle contraire, une coutume peut parfaitement se développer et prospérer².

Il importe de préciser à cet endroit que tout revirement ou toute décision novatrice ne remet pas en cause des prévisions légitimes. En effet, comme cela a été dit précédemment³, tout effet rétroactif n'est pas nocif au regard de la sécurité juridique, y compris en matière de jurisprudence⁴. Il en va ainsi lorsque la jurisprudence valide des clauses illicites⁵. On parlera, plus précisément, pour les arrêts novateurs ou de revirement qui portent atteinte à des prévisions légitimes, d'**arrêts apériteurs**⁶. En ce domaine, peu importe finalement les dénominations : il convient avant tout de savoir que les juges, en posant certaines solutions susceptibles d'être généralisées et reproduites, portent atteinte à la sécurité juridique. Ainsi, qu'importe la qualification du comportement du juge, pourvu qu'il y ait une atteinte à la sécurité juridique par l'affirmation d'une solution rétroactive. Autrement dit, « qu'importe le flacon, pourvu qu'on ait l'ivresse⁷ », et elle seule nous intéresse, oserions-nous dire.

Dès lors, quelles solutions imaginer pour lutter contre les effets nocifs de la rétroactivité jurisprudentielle ?

¹ Pour un exemple de contrariété entre la jurisprudence et la coutume, Cass. Civ. 11 janvier 1933, *Crémieux*, *GAJC*, n° 133-136, p. 751 et s., spéc., p. 762 et s., condamnant les clauses commerciales, issue de la pratique notariale, car y voyant des pactes sur succession future. La Cour européenne des droits de l'Homme semble assimiler les revirements et les arrêts novateurs : CEDH, 10 oct. 2006, n° 40403/02, *Pessino c. France*, qui conclut à la violation de l'article 7 de la Convention (§ 37 de la décision).

² Cf. X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, n° 4, p.79, et « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, n° 4, p. 679, prenant l'exemple de l'affaire des tableaux d'amortissements. Sur celle-ci, cf. *infra*, n° 155. Comp. P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en questions », *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, dir. E. CARPANO, Bruylant, 2012, p. 51 ; et l'analyse du même auteur : P. DEUMIER, « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? », *RTD civ.* 2014, p. 75-76 à propos de la décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013.

³ Cf. *supra*, n° 21 et s.

⁴ Cf. N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, n° 42 et s., p. 158 et s. ; « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 17 et s.

⁵ N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, note 3, p. 159.

⁶ Du latin *aperire*, qui ouvre. L'expression est utilisée notamment par G. CORNU, « Un point de vue », *RTD civ.* 1992, n° 2, p. 343.

Dans les deux cas, arrêt de revirement ou arrêt qui pose une solution nouvelle surprenant les prévisions des justiciables, il est possible de parler de revirement, que ce soit le revirement de jurisprudence classique, la jurisprudence revient sur la règle qu'elle a posée, ou qu'il s'agisse de revirement par la jurisprudence : la pratique a toujours fait ainsi, sans texte aucun, ou a toujours appliqué à la lettre un texte limpide sans que la jurisprudence n'ait eu à statuer, puis, le jour où elle le fait, elle prend tout le monde à contrepied. Il nous a paru plus clair, et surtout plus utile, d'utiliser un seul terme, l'arrêt apériteur, plutôt que d'user de cette distinction entre revirement de jurisprudence et revirement par la jurisprudence.

⁷ A. de MUSSET, « Dédicace », *Spectacle dans un fauteuil*, Librairie d'Eugène Renduel, 1833, p. 14.

39. La modulation. La solution retenant le plus l'attention est celle de la modulation. Par ce procédé, la juridiction énonce une règle, mais refuse de l'appliquer à des espèces qui, sous un régime de pure déclarativité, auraient été jugées selon cette règle. Cela signifie que si, en principe, la règle jurisprudentielle doit s'appliquer à tous, exceptés à ceux dont le jugement est définitif, il arrive que le juge refuse d'appliquer cette règle, par exemple à l'instance qui a donné lieu à sa saisine, ou à toutes les situations constituées avant le jour où le juge a posé la nouvelle règle. La modulation sera ainsi définie comme la technique qui consiste à modifier de quelque manière que ce soit l'application normalement rétroactive de la règle de droit créée. Il y a modulation dès que la régime de la rétroactivité jurisprudentielle se distingue de celui de la déclarativité. Il s'agit donc plus ou moins de l'élaboration d'un droit transitoire par le juge, pour la règle jurisprudentielle.

Le procédé a fait débat en doctrine. Proposée par différents auteurs¹, la méthode a pu susciter des réactions², parfois vives, comme en témoignent les articles de Messieurs Sargos³ et Heuze⁴. L'élaboration d'un tel droit transitoire aboutissant à parfaire le rapprochement de la jurisprudence avec la loi, la violation de l'article 5 du Code civil serait patente.

Les réticences doctrinales n'ont pas empêché la Cour de cassation de s'essayer à cette méthode, avec plus ou moins de succès. Un exemple suffira à le montrer. On a pu relever que la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 octobre 2010⁵, avait refusé d'appliquer une règle jurisprudentielle au prétexte qu'une telle application rétroactive de la règle récemment dégagée, par un arrêt du 18 mai 2007⁶, aurait privé le justiciable du droit d'exercer un recours. Or, derrière cette modulation, se cache en réalité l'application rétroactive d'une autre règle, à savoir l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*. L'affaire, relative à

¹ Cf. F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 1991, p. 210 ; C. MOULY, art. préc. ; M. de VIRVILLE, *Pour un code du travail plus efficace, rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La Documentation française, janv. 2004, proposition n° 10 : « La commission recommande que la Cour de cassation se voie reconnaître par la loi la faculté de moduler les effets de ses décisions dans le temps » ; *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, avec notamment les propositions du groupe de travail et les propositions de textes du MEDEF (p. 149), de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (p. 151 et s.).

² Cf. les contributions rassemblées à la *RTD civ.* 2005, p. 293 et s. ; C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988 et s. ; D. de BECHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 29 et s. ; X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678 et s. ; X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 77 et s. ; C. RADE, « La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *Droit social* 2010, p. 1150 et s.

³ P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (Libres propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence") », *Dr. soc.* 2005, p. 123 et s.

⁴ V. HEUZE, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* 2005, I, 130. *Adde.* les contributions de nombreux auteurs à la *RTD civ.* 2005, p. 293 et s.

⁵ Cass. com., 26 oct. 2010, n° 09-68.928, *Bull. civ.*, n° 159, *Rev. des sociétés* 2011, p. 359 et s., N. MORELLI.

⁶ Cass. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10.413, *Bull. mixte*, n° 4.

l'action d'un créancier d'une société civile contre les associés de cette société, était complexe. En voici les éléments essentiels.

Selon l'article 1858 du Code civil¹, le créancier d'une société civile ne peut agir contre les associés que si la société ne peut le payer. Le créancier doit ainsi prouver qu'il a préalablement et vainement poursuivi la société. Classiquement, pour établir la vanité de la poursuite, le créancier devait « rapporter une double preuve : il [devait] justifier d'un acte de poursuite, c'est-à-dire une mesure d'exécution ; il [devait] en outre démontrer sa vanité, ce qui suppose d'établir tant l'échec de la poursuite que l'insuffisance du patrimoine social². »

Par ailleurs, avant l'arrêt du 26 octobre 2010, la Cour de cassation refusait d'appliquer la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio* à l'action exercée par le créancier³ : le délai de cinq ans prévu par l'article 1859 du Code civil⁴ s'écoulait ainsi automatiquement à compter de la publication du jugement ouvrant la liquidation judiciaire⁵. La jurisprudence était donc sévère, le délai de prescription pouvant commencer à courir alors même que le créancier ne pouvait établir l'insuffisance du patrimoine de la personne morale. Par conséquent, la prescription courait tandis que le créancier ne pouvait établir la vanité de la poursuite et donc, ne pouvait agir.

L'arrêt du 18 mai 2007 est venu alléger les conditions de la vaine poursuite lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective : désormais, « lorsque la société est mise en liquidation judiciaire, la déclaration de la créance au passif de la procédure collective suffit à établir la vaine poursuite⁶. »

En l'espèce, la société civile avait été placée en liquidation judiciaire par un jugement rendu le 15 octobre 1998. Le créancier a agi en décembre 2006 contre les associés. Normalement, il ne pouvait le faire, son action étant prescrite depuis 2003. Pourtant, la Cour de cassation a tenu le raisonnement suivant : en appliquant la solution de l'arrêt du 18 mai 2007, le créancier pouvait agir sans avoir besoin de justifier d'autre chose que de la déclaration de sa créance à la procédure collective. Or, sans cette solution, il était possible de considérer que le créancier ne pouvait pas agir, puisqu'il ne pouvait pas établir la condition jusqu'alors exigée, à savoir l'insuffisance du patrimoine de la personne morale. Et si le créancier ne pouvait pas agir, on pouvait songer alors à appliquer la maxime *contra non valentem* pour

¹ Art. 1858 C. civ. : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale. »

² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 26^e éd., 2013, n° 1270, p. 635.

³ Cass. com., 12 déc. 2006, n° 04-17.187, *Bull. civ.*, n° 247.

⁴ Art. 1859 C. civ. : « Toutes les actions contre les associés non liquidateurs ou leurs héritiers et ayants cause se prescrivent par cinq ans à compter de la publication de la dissolution de la société. »

⁵ Cass. 3^e civ., 13 nov. 2003, n° 00-14.206, *Bull. civ.*, n° 198 ; Cass. com. 12 déc. 2006, préc.

⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1270, p. 636.

repousser le point de départ de la prescription, solution jusque là écartée. Pour permettre l'action, il convenait donc d'écartier la rétroactivité de l'arrêt de 2007, et d'appliquer rétroactivement l'adage. C'est ce à quoi s'emploiera la Cour de cassation dans son arrêt du 26 octobre 2010 en estimant « qu'après avoir rappelé que la prescription de cinq ans à compter de la mise en liquidation d'une société civile pour agir contre les associés ne court pas lorsque ceux-ci se sont trouvés dans l'impossibilité d'agir contre la société avant d'engager les poursuites contre les associés, ainsi que le leur impose l'article 1858 du code civil, l'arrêt retient à bon droit que le revirement de jurisprudence opéré par la chambre mixte de la Cour de cassation par un arrêt du 18 mai 2007, qui a retenu que la simple déclaration de créance à la liquidation de la société civile constitue la preuve de vaines poursuites par le créancier, ne peut recevoir application à l'instance en cours au moment de son prononcé, sans priver la créancière d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, celle-ci se trouvant, eu égard à la jurisprudence antérieure, dans l'impossibilité d'éviter de laisser prescrire sa créance ».

Ainsi, la Cour de cassation refuse d'appliquer la solution de l'arrêt du 18 mai 2007 pour pouvoir dire que le créancier avait été empêché d'agir et, dès lors, appliquer pour la première fois en la matière, l'adage *contra non valentem*.

Remarquons qu'une telle solution n'impressionne pas par sa clarté et il est peu probable que la sécurité juridique se trouve véritablement renforcée par ce type d'acrobaties. D'autant plus que, comme le relève l'annotateur de l'arrêt, « l'action entreprise en l'espèce est intervenue plus de huit années après que la liquidation judiciaire de la société civile a été prononcée. A l'égard de l'associé, la recevabilité de cette action était-elle prévisible¹ ? »

40. L'arrêt de règlement. La modulation, pensée pour résoudre les atteintes à la sécurité juridique causées par le revirement ou la solution nouvelle, pourrait donc se révéler inefficace à atteindre son objectif. Sauf à aller jusqu'à la réintroduction des arrêts de règlement afin de mettre véritablement fin à toute rétroactivité. En ce sens, Ripert, dès 1949, voyant que la création du droit par le juge, censée se faire espèce après espèce, était mal réalisée, se demandait s'il ne valait pas mieux restaurer l'arrêt de règlement². Autant, alors, transformer la Cour de cassation en véritable législateur.

¹ N. MORELLI, note préc., n° 8.

² G. RIPERT, Trav. ass. Capitulant 1949, Dalloz, 1950, p. 79. En ce sens également : Ch. EISENMANN, *op. cit.*, *loc. cit.*

41. Le référé législatif. Un autre mécanisme, également ancien, pourrait être proposé si l'on souhaitait conserver à la Cour de cassation son rôle actuel : le référé législatif. Face à une difficulté, la Cour de cassation pourrait avoir la possibilité de saisir le législateur du problème afin que celui-ci introduise un changement dans le droit, de manière non rétroactive. Il s'agirait en quelque sorte d'officialiser et d'organiser constitutionnellement les suggestions de lois présentes dans les rapports annuels de la Cour de cassation.

Se manifeste ici avec éclat la dimension politique du sujet, mettant au cœur du débat le rôle du juge. Comment choisir entre ces deux voies, référé ou arrêt de règlement, si l'on n'a pas au préalable une vision claire de ce que doit être un juge, au sein d'un ordre juridique ?

42. Apports du droit comparé. Il importe de souligner à ce stade que la simple reconnaissance d'un pouvoir créateur au juge ne saurait justifier *ipso facto* le pouvoir de moduler la rétroactivité de la jurisprudence. C'est ce que semble soutenir Lord Dworkin dans son commentaire d'une décision de la Chambre des Lords de 1966¹. Il est acquis que le juge anglais crée du droit. Pourtant, Dworkin concluait son commentaire ainsi : « il est peu probable que la Chambre des Lords se reconnaisse le droit d'annoncer à l'avance que, dans l'avenir, elle statuera dans un sens différent. Quelle que soit l'utilité que présenterait cette pratique, surtout dans le domaine du droit pénal, il serait imprudent de la part de la Chambre de risquer des critiques publiques en adoptant une attitude d'un caractère si manifestement législatif². » Poursuivant la réflexion, l'auteur en arrive à l'idée que la question sous-jacente au débat est le rôle de la Chambre des Lords³. La reconnaissance d'un pouvoir créateur au juge n'implique donc pas nécessairement la reconnaissance à son profit d'un pouvoir de moduler l'application dans le temps de la jurisprudence. L'exemple américain le confirme.

Concernant les Etats-Unis, il est certain que la non-rétroactivité n'est pas le principe depuis la décision *Griffith v. Kentucky*⁴ rendue en matière pénale. En

¹ R. DWORKIN, « Un adoucissement du *stare decisis* à la Chambre des Lords », *RIDC* 1967, p. 185 et s.

² R. DWORKIN, « Un adoucissement du *stare decisis* à la Chambre des Lords », *RIDC* 1967, p. 191. Telle serait par ailleurs l'opinion de la grande majorité des *Law Lords*. Cf. I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003, n° 452, p. 513.

³ *Ibid.*, p. 195.

⁴ Cour suprême, 13 janv. 1987, 479 U.S. 314, E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 1^{re} éd., 2010, n° 38. Toutes matières confondues, l'apparition officielle du *prospective overruling*, du revirement pour l'avenir, a eu lieu avec l'arrêt *Sunburst* de 1952. Sur celui-ci, cf. H. MUIR WATT (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, n° 21, p. 63.

matière civile, la décision *Chevron Oil Co. v. Huson*¹, subordonnait la non-rétroactivité de la règle nouvelle à trois conditions : 1) il devait s'agir d'une règle nouvelle qui renversait un précédent auquel les parties s'étaient fiées ; 2) il convenait de peser les avantages et les inconvénients de la rétroactivité au cas par cas, en considérant les antécédents historiques ainsi que l'objet et le but de la règle nouvelle ; 3) il fallait tenir compte des résultats inévitables qu'aurait pu provoquer l'application de la règle nouvelle et ainsi éviter toute injustice ou rigueur inutile.

Bien que ces critères aient pu être abandonnés², la non-rétroactivité reste l'exception. L'arrêt *Harper v. Virginia Department of Taxation*³ affirme que lorsque la Cour « applique une règle matérielle de droit fédéral, elle doit lui donner un plein effet rétroactif dans toutes les affaires toujours pendantes en appel direct devant elle et au regard de tous les événements, sans considération de leur date de survenance, qu'elle soit antérieure ou postérieure à l'énoncé de la règle nouvelle⁴. »

Remarquons que dans le contexte américain la modulation de la rétroactivité pourrait être expliquée par une autre considération que la simple sécurité juridique, à savoir le fédéralisme. Les Etats-Unis sont un Etat fédéral et le respect de la diversité géographique emporte celui de la diversité temporelle : « à partir du moment où l'on admet la possibilité d'une pluralité d'interprétation de la *Common law*, chacune ayant son domaine de validité dans l'espace, rien ne s'oppose à une pluralité d'interprétations dans le temps : il n'est plus nécessaire d'admettre le caractère rétroactif de toute innovation jurisprudentielle⁵. »

Ces éléments suffisent à démontrer combien il est important de rechercher le fondement de la rétroactivité avant de se lancer dans la recherche de solutions aux effets néfastes de celle-ci. En dehors de la problématique bien particulière de l'Etat fédéral, si l'on considère que la rétroactivité manifeste la différence fondamentale entre les fonctions de juge et de législateur, alors il faudra se demander si les remèdes doivent respecter ou non cette différence. Si, en revanche, elle n'est qu'un phénomène mécanique dont on peut se passer, alors rien n'interdit de transformer le juge en législateur, de lui permettre de poser une règle ne valant

¹ Cour suprême, 404 U.S. 97, 105-106 (1971), cité par E. Zoller, *GACSEU*, *op. cit.*, p. 591.

² Cf. D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012, n° 1634, p. 557, et la référence note 2439.

³ Cour suprême, 509, U.S. 86, 97 (1993), cité par E. ZOLLER, *GACSEU*, *op. cit.*, p. 592.

⁴ Cité par E. ZOLLER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ Ch. PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 29. En ce sens égal. : E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 591 : « la Cour a préféré la diversité fédérale à l'unité nationale [...]. Mais il n'y a là rien d'étonnant pour un système juridique comme celui des Etats-Unis. Finalement, le régime de l'effet des décisions juridictionnelles dans le temps s'adosse à la même philosophie qui justifiait la décision du 25 avril 1938, *Erie Railroad Co v. Tompkins*. »

que pour l'avenir. Se révèle ainsi une des dimensions politiques du sujet, dans laquelle il faudra accepter pleinement de s'engager.

43. Domaine de la recherche. La dimension politique du sujet, particulièrement marquée quant au fondement de la rétroactivité de la jurisprudence et quant aux remèdes à y apporter, justifie la réduction du domaine de notre recherche au droit civil français. Ce choix ne s'impose pas *a priori* : nous avons mentionné les systèmes anglais et américain et un auteur a pu qualifier le revirement prospectif, c'est-à-dire le revirement peu ou pas rétroactif, de « problématique commune » aux contentieux administratif et judiciaire¹. N'est-ce pas le signe que la rétroactivité de la jurisprudence est un sujet dépassant les frontières ? Et ce, d'autant plus que les différences entre les systèmes juridiques paraissent parfois exagérées² ? En réalité, à partir du moment où le choix a été fait de rechercher le fondement de la rétroactivité de la jurisprudence, il est nécessaire de poser un cadre homogène, où un tel fondement puisse exister. Il apparaît plus pertinent de chercher en quoi la jurisprudence est rétroactive dans le système juridique français, plutôt que de manière générale, ce qui inclurait des systèmes aux formes les plus multiples, où le rôle du juge ne serait que difficilement comparable³. Néanmoins, cette diversité pourra être exploitée dès lors que des préoccupations communes apparaissent.

Quant au choix de réduire le domaine de l'étude au droit civil, entendu au sens large de droit privé mais dont le champ pénal serait exclu, il s'explique par la particularité du procès civil, qui oppose en principe deux personnes privées. Dans un tel procès, il ne s'agit pas de faire triompher les droits de l'Homme comme devant la Cour européenne des droits de l'Homme⁴, de faire respecter un principe

¹ F. MODERNE, « Les revirements prospectifs dans les contentieux administratif et judiciaire : une problématique commune », *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 805 et s.

² Cf. I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003, n° 75 et s., p. 81 et s.

³ Cf. R. DAVID, « La jurisprudence », *RRJ* 1985, p. 775 et s., qui conclut sa remarquable étude de droit comparé, p. 837-838 : « Plus que de règles techniques se rapportant à la valeur des sources du droit, la différence entre les deux groupes de pays dérive d'autres considérations. Elle tient avant tout à la différence de structure des juridictions, à leur moindre concentration et à la facilité que l'on a de les saisir dans les pays de la famille romano-germanique. On ne peut s'attendre à ce que la jurisprudence joue le même rôle si l'on considère d'une part l'Angleterre ou les Etats-Unis, d'autre part l'Allemagne, la France ou l'Italie. [...] La jurisprudence, administrée dans d'autres conditions et par des juges différents [certains de carrière, d'autres non], ne peut avoir le même rôle en fait, dans les deux groupes de pays. »

⁴ L'importance supposée primordiale des droits de l'Homme peut expliquer que la Cour européenne module rarement dans le temps les solutions qu'elle estime les meilleures. Cf. CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c. Belgique* ; CEDH, 21 oct. 2008, n° 44421/04, *Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c. France*, *RTD civ.* 2009, p. 288 et s., J.-P. MARGUENAUD ; CEDH, 21 juill. 2011, n° 16574/08, *Fabris c. France*, *RTD civ.* 2011, p. 732 et s., J.-P. MARGUENAUD. Les deux derniers arrêts limitent indirectement la rétroactivité de l'arrêt *Mazurek*, CEDH, 1^{er} fév. 2000. Pour un refus de modulation : CEDH, 26 mai 2011, n° 23228/08, *Legrand c. France*, *JCP* 2011, act. 742, A. MARAIS ; puis, la décision de grande chambre dans l'affaire *Fabris* qui refuse à son tour de moduler et infirme donc la première décision : CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08, *RTD civ.* 2013, p. 333 et s., J.-P. MARGUENAUD.

de légalité bafoué par l'administration¹ ou encore de sanctionner un justiciable : il convient de trancher un litige entre deux individus. Le procès civil² n'est pas monologue, il est dialogue. Si la rétroactivité nuit à une partie, à laquelle visiblement nous tendons tout de suite à nous identifier, il ne faut pas oublier qu'elle profite à l'autre partie³. L'obligation d'information dérogée tardivement et imposée rétroactivement entraîne la responsabilité du médecin certes, mais elle permet l'indemnisation de la patiente⁴. Cette particularité du procès civil invite à limiter le sujet au domaine du droit civil, qui ne pourrait par exemple pas connaître le principe de la rétroactivité *in mitius* existant en droit pénal, puisque favoriser l'une des parties serait défavoriser l'autre⁵. Par droit civil, il convient donc d'entendre l'ensemble du droit privé, à l'exception du droit pénal. Plus particulièrement, c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui retiendra notre attention⁶. Encore une fois, des regards pourront être lancés sur d'autres domaines, sans pour autant fonder et guider l'argumentation.

On le voit, dans l'univers de la rétroactivité de la jurisprudence, il est possible de croiser des concepts (le droit, le temps), des éléments techniques (l'application de la règle de droit dans le temps, la technique de cassation), des phénomènes aux contours mal définis (la jurisprudence, les sources du droit), ou encore des considérations éminemment pragmatiques (le respect de la sécurité juridique). Aborder la rétroactivité de la jurisprudence constitue donc un vaste programme, qui n'a pourtant pas encore fait l'objet d'une étude qui lui soit directement dédiée : soit c'est le phénomène de la jurisprudence⁷, puis du

¹ Sur la différence entre le droit public et le droit privé, cf. S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011, n° 61, et s. p. 40 et s., not. n° 61, p. 41 : « Le droit public présente donc trois caractéristiques profondes. Il s'agit d'un droit déséquilibré, inégalitaire dans les rapports juridiques qu'il régit ; d'un droit de l'unilatéral dans les procédés qu'il autorise ; d'un droit de l'intérêt général, de l'utilité publique, dans les finalités qu'il poursuit. »

² Auquel nous nous attacherons en particulier, à travers la jurisprudence des chambres civiles, sociale et commerciale de la Cour de cassation.

³ C'est le fondement de la rhétorique de M. Sargos pour critiquer dans sa première partie le Rapport concernant les revirements de jurisprudence : la rétroactivité ménage le « gentil » (le salarié, le patient) pour sanctionner le « méchant » (l'employeur, le médecin). A l'opposition des parties est jointe l'opposition, et la hiérarchisation, des principes. Cf. P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (Libres propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence") », *Dr. soc.* 2005, p. 123 et s..

⁴ V. Cass. 1^{re} Civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.*, n° 249, préc. Sur cet arrêt, cf. *infra*, n° 172 et n° 316.

⁵ P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 233 : « Nous aurons l'occasion de montrer que la théorie de la rétroactivité des lois favorables n'a pu sérieusement être défendue en dehors du droit pénal. Dans les procès civils, notamment où les deux parties ont des droits égaux, c'est une véritable monstruosité juridique de parler de "faveur", là où il ne peut être question que de justice. Encore une fois, l'article 2 du Code civil et la non-rétroactivité de la loi constituent une règle dont le bénéfice est égal pour les deux parties. » *Adde.* p. 285 : « Il y a une objection décisive contre la prétendue rétroactivité des lois favorables ; c'est que, dans un litige entre particuliers, ceux-ci ont un droit égal à se prévaloir de la règle de l'article 2 du Code civil. »

Contra : P.-Y. GAUTIER, « Pour la rétroactivité *in mitius* en matière civile », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 235 et s. ; C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994, I, 3776, n° 33.

⁶ Pour une justification de cette réduction de la jurisprudence des tribunaux judiciaires à celle de la Cour de cassation, cf. *infra*, n° 174.

⁷ V. not. F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980.

revirement de jurisprudence¹, qui ont retenu avant tout l'attention, soit celui de la rétroactivité². Un interstice existe ainsi pour un travail consacré exclusivement et précisément à la rétroactivité de la jurisprudence.

44. Comment organiser un semblable travail ? Un lien a été fait entre la rétroactivité de la jurisprudence et la capacité pour le juge de créer des règles de droit. Pour parler de rétroactivité jurisprudentielle, encore convient-il d'établir ce pouvoir créateur. Il convient de commencer par là et tel sera le but d'une première partie. Dès lors, puisqu'il a été vu que le caractère constitutif de toute création est insuffisant à provoquer la rétroactivité de celle-ci, il importe de trouver le fondement de la rétroactivité jurisprudentielle. Une deuxième partie sera consacrée à cette recherche. Enfin, la réflexion serait vaine si elle ne permettait ensuite d'aboutir à l'élaboration de solutions pour lutter contre l'insécurité juridique générée par la rétroactivité jurisprudentielle. Une offre de droit sera donc proposée dans une troisième partie.

Ainsi, une fois reconnu le caractère rétroactif de la jurisprudence, c'est-à-dire la règle de droit élaborée, ou créée, à l'occasion d'une, ou de plusieurs, décisions, sera recherché le fondement de cette rétroactivité afin de développer des remèdes à sa nocivité.

Première partie : Les présupposés de la rétroactivité jurisprudentielle

Deuxième partie : Le fondement de la rétroactivité jurisprudentielle

Troisième partie : Les remèdes à la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle

¹ Pour les exemples les plus récents : H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'Etat et Tribunal des conflits)*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 207, 1999 ; I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003 ; M. TASCHER, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse dactyl., 2011, disponible en PDF à partir du site www.theses.fr.

² *Idem* : M. MERCIER, *La rétroactivité (Essai d'une théorie générale)*, thèse dactyl., 2003 ; S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011 ; C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2014, cet auteur consacrant sa seconde partie à la rétroactivité jurisprudentielle.

Partie I – Les présupposés de la rétroactivité jurisprudentielle

45. La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? La question mérite d'être posée. Comme le fait remarquer en effet M. Molfessis, « dans l'ensemble de ce débat [relatif à la rétroactivité de la jurisprudence], l'interrogation chronologiquement première [...] reste déterminante : considère-t-on que la jurisprudence crée des règles ? » Si l'on conclut par la négative, « la décision de justice est déclarative, et le concept même de revirement est sans portée¹. » Dans ce cas, il ne saurait y avoir de rétroactivité *stricto sensu*, le propre de la déclarativité étant de révéler ce qui a toujours existé². Si la jurisprudence est seulement déclarative et que le juge ne pose pas de règle de droit³, le problème devient éventuellement celui de la révélation tardive de la règle de droit⁴, non son édicition. A deux problèmes différents, deux solutions différentes. La discussion est donc loin d'être vaine⁵ et nous ne saurions souscrire à l'idée « que la faiblesse des enjeux pratiques » soit naturellement « compensée par la controverse théorique⁶ ». Il faut donc se poser la question : la jurisprudence est-elle une source du droit ?

¹ N. MOLFESSIS, *D.* 2009, n° 12, p. 2571. *Adde.* D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980, p. 175 : « la rétroactivité du revirement de jurisprudence n'est que la conséquence de la conception que l'on se fait du rôle du juge. A partir du moment où celui-ci n'est que l'interprète de la loi, il n'en fait que révéler le sens. A l'extrême il ne devrait même pas théoriquement être question de rétroactivité. » ; F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, n° 6, p. 506 : si la jurisprudence n'est pas une source du droit « le changement de jurisprudence ne prête pas à conséquence, comme on peut le constater lorsqu'une juridiction du fond change sa jurisprudence. Non seulement le problème ne se pose pas, mais on peut se demander si la notion même de revirement est appropriée. Il y a seulement changement dans la manière de juger, modification qui est sans conséquence, puisqu'en l'absence de valeur normative, le précédent ne lie personne, ni les autres juridictions, ni même la juridiction qui l'a adopté. »

² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 10^e éd., 2014, v° déclaratif : « *Adj.* – Lat. de *declarativus* : qui fait voir clairement. • Qui constate un fait préexistant ».

³ Nous tiendrons pour synonymes règle de droit et norme. Comp. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, t. 51, Dalloz, 2008, p. 341 et s.

⁴ Problème auquel peut répondre la procédure d'avis. Art. L 441-1 et s. COJ.

⁵ O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 464 : « Heureusement, comme bien des discussions de théorie générale, c'est une discussion sans réelles conséquences sur le terrain de la pratique, ce qui autorise certains à la déclarer vaine. »

⁶ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2009, n° 130, p. 234. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme, en matière pénale, pourra considérer qu'une règle nouvelle déclarative ne porte pas atteinte à l'article 7 de la Convention, ce qui n'est pas le cas d'une règle rétroactive. C'est ainsi que peut-être lue la justification qu'elle donne de sa différence d'appréciation entre l'arrêt *S.W.* et *C.R. c. Royaume-Uni* (deux arrêts, du 22 nov. 1995) et l'arrêt *Pessino c. France* du 10 oct. 2006. Elle affirme dans ce dernier, § 36, que, cette affaire « se distingue clairement des arrêts *S.W.* et *C.R. c. Royaume-Uni* [...], dans lesquelles il s'agissait d'un viol et d'une tentative de viol de deux hommes sur leurs femmes. La Cour avait pris soin de noter dans ces arrêts (§§ 44 et 42, respectivement) le caractère par essence avilissant du viol, si manifeste que la qualification pénale de ces actes, commis par des maris sur leurs épouses, devait être regardée comme prévisible et non contraire à l'article 7 de la Convention, à la lumière des

46. Le champ d'investigation peut d'ores et déjà être limité : il s'agit de savoir si la jurisprudence est source de droit **objectif**. La décision individuelle, juridictionnelle, n'est pas en cause ici¹. Ce qui est en cause, c'est l'accumulation de décisions dont résulterait la jurisprudence, création et non déclaration ou simple interprétation d'une règle préexistante. Ce qui pose question, c'est la solution généralisée ; cette règle qui s'imposerait en dehors des cas où le juge a statué. C'est pourquoi sera préférée la formule source **du** droit à celle de source **de** droit. Selon M. Souriou², parler de source du droit c'est faire référence au droit objectif, puisque « l'article "du" détermine le substantif lorsque celui-ci évoque une matière sous l'aspect d'une certaine quantité prise massivement et indéfinie³ ». En revanche, la source de droit correspond à « tout élément générateur de droit subjectif ou d'engagement (not. de responsabilité)⁴ ».

Cela impose de dégager un concept de la règle de droit (Titre 1), qui permettra d'affirmer que la jurisprudence est une règle de droit pouvant être rétroactive (Titre 2).

objectifs fondamentaux de celle-ci, "dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines". » Comp. Cass. crim., 30 janv. 2002, n° 01-82.593, *Bull. crim.*, n° 16, D. 2003, p. 573 et s., B. de LAMY ; 5 mai 2004, n° 03-82.801, selon lesquels « le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle. » V. encore Cass. soc., 14 juin 2000, n° 98-42.231 : « les dispositions de l'article 2 du Code civil ne sont applicables qu'aux lois et règlements ».

Adde. sur les autres enjeux concrets de la controverse théorique relative au statut de la jurisprudence : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, t. I/premier volume, Leçons de droit civil, Montchrestien, 12^e éd., 2000, n° 105, p. 167 (moyen pris de la violation de la jurisprudence, fondement d'une décision juridictionnelle par référence à la jurisprudence de la Cour de cassation, application ou non du principe de la non-rétroactivité des règles de droit, reconnaissance ou non de l'erreur sur la teneur de la jurisprudence comme cause d'annulation d'un acte).

¹ L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, n° 52 : « Rechercher si la jurisprudence est ou n'est pas source **du** droit c'est, de manière plus limitée, chercher à savoir si elle peut participer à la création de normes juridiques générales, en écartant, par conséquent, la question de la création par les tribunaux de prescriptions concrètes et catégoriques, c'est-à-dire de décisions, autrement dit, de normes juridiques individuelles. »

² J.-L. SOURIOUX, « Le concept de source du droit », *Les sources du droit. Aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007, p. 31, n° 17.

³ R. L. WAGNER et J. PINCHON, *Grammaire du français classique et moderne*, Paris, Hachette, 1962, p. 99, cité par J.-L. SOURIOUX, *ibid.*

⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Source. La différence entre source du droit et source de droit a pu être présentée autrement : v. not. C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 532-533. Selon sa distinction, il serait plus juste de parler de source de droit, qui englobe la notion de source du droit : « Qui dit source *de* droit sous-entend source de droit au sens large du terme droit, c'est-à-dire non réduit aux seules règles générales, abstraites, impersonnelles, obligatoires et sanctionnées par l'autorité publique. » (C. THIBIERGE, art. préc., p. 533).

TITRE I – LE CONCEPT DE REGLE DE DROIT

47. Une section préliminaire aura pour objet de montrer la nécessité qu'il y a de rechercher une définition de la règle de droit, avant que soient examinés tant le concept de droit (Chapitre 1) que le concept de règle (Chapitre 2). Remarquons que derrière ce découpage entre le droit et la règle, il sera question à chaque fois de la règle de droit. Simplement, l'accent sera mis tantôt sur le concept de droit, tantôt sur le concept de règle, tant il est vrai que distinguer n'est pas séparer.

Section préliminaire – La nécessité d’une définition

48. La nécessité de définir la règle de droit est double. En premier lieu, il apparaît plus efficace de partir du droit pour ensuite arriver à la règle de droit que de s’interroger en bloc sur ce qu’est une source du droit (§ 1). En second lieu, définir ce qu’est une règle de droit s’impose car l’argument purement sociologique, consistant à soutenir que puisque tout le monde consulte la jurisprudence, alors il convient d’y voir une source du droit, apparaît insuffisant pour balayer nonchalamment la question du juge créateur de règles de droit (§ 2).

§ 1. Le passage du droit à la règle de droit

49. **Au-delà de la métaphore de source du droit.** L’expression de source du droit est chargée d’ambiguïté. Essayons toutefois d’en dégager les trois sens principaux : source matérielle, norme et source formelle. Si l’on prend l’exemple de la loi, on peut se demander, en premier lieu, si elle est le résultat, l’aboutissement, la concrétisation d’une source mystérieuse du droit dont elle aurait jailli. On se rapproche alors de l’idée de source matérielle du droit, de forces créatrices¹. Ce sont les « sources du contenu de la loi : elles sont sources d’inspiration ou sources d’influence². » En ce sens, le désir d’égalité a pu être la source matérielle de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe³, la colère des médecins, des assurance et l’Etat-providence sources matérielles de la loi dite anti-Perruche⁴. Ou bien, en deuxième lieu, on peut se demander si la loi est elle-même une source du droit, en ce sens que sans la loi, il n’y aurait pas de droit. Pour connaître le droit, savoir si X peut se marier avec Y, il faut regarder la loi, qui est à sa source. Avec cette deuxième acception, « sources et normes sont alors équivalentes⁵. »

A ces deux sens peut s’en ajouter un troisième. Ainsi que l’affirme Mme Lasserre-Kiesow, « par sources du droit, on désigne les modes de formation des règles juridiques au sein d’une société donnée, les différentes façons dont ces

¹ Cf. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955.

² P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. manuel, 2^e éd., 2013, n° 65, p. 58.

³ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁴ Cf. F. TERRE, « Observations sociologiques sur les nouvelles sources de la loi », *La loi. Bilan et perspectives*, dir. C. PUIGELIER, Economica, coll. Etudes juridiques, 2005, p. 9.

⁵ E. JEANSEN, *L’articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2008, n° 7, p. 6.

règles sont établies¹. » Dès lors, dire que la coutume et la loi sont sources du droit semble signifier que ce sont des règles de droit, mais dont l'élaboration est différente. Ce troisième sens a pu être désigné par l'expression de source formelle du droit : le droit prend une forme particulière, celle de la loi, ou celle de la coutume. Selon Mme Deumier, les sources formelles du droit « permettent de comprendre comment, par quelle procédure ou processus, se forment les règles de droit² ». Ainsi, on comprend que la règle de droit nommée « loi » n'a pas été formée de la même manière que la règle de droit nommée « coutume ».

Il y aurait donc au moins trois sens de source du droit : source matérielle (ce qui génère la règle de droit dans une approche sociologique), norme (la règle de droit elle-même), source formelle (procédé d'élaboration de la règle de droit, permettant de distinguer les différentes règles de droit). On le voit, le terme « source » est pour le moins équivoque, bien que, les deux derniers sens étant proches, il est classique de n'opposer que les sources matérielles et les sources formelles.

Confronté à ces divers sens, Kelsen³ affirme que « la multiplicité des significations du terme "sources de droit (ou du droit)" le laisse apparaître comme vraiment inutilisable. »⁴ Prenant au sérieux l'image de la source, un auteur s'interroge d'ailleurs de la sorte : « En quoi le droit ressemble-t-il à un processus hydrologique ? Peut-on sérieusement parler des sources du droit comme on parle des sources du Nil⁵ ? » Il paraît en effet difficile de fonder un raisonnement sur cette image hydraulique, dont on peine pourtant à se passer tant elle est utilisée.

Face à ces critiques, il importe de donner un contour précis à l'image de source du droit, en précisant la question que nous nous posons. Le problème étant celui de la rétroactivité de la jurisprudence, l'interrogation première est de savoir si la jurisprudence est une règle de droit, qui sera appliquée rétroactivement. La jurisprudence étant issue du travail du juge, la question est alors la suivante : le juge crée-t-il des règles de droit ? Il convient donc de se détacher des termes métaphoriques de sources du droit, la question étant moins de savoir si la jurisprudence est source du droit, que de savoir si le juge crée des règles de droit. Précisons que l'expression de source du droit ne sera pas totalement évacuée ici tant elle est entrée dans le vocabulaire des juristes. Gardons simplement à l'esprit que l'occurrence « la jurisprudence est source du droit » est synonyme de « le juge

¹ V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2282. *Adde.* sur les différents sens de la formule : E. JEANSEN, thèse préc., n° 3 et s., p. 2 et s.

² P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. manuel, 2^e éd., 2013, n° 65, p. 58.

³ Hans Kelsen, † 1973.

⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 234.

⁵ J.-L. VULLIERME, « Les anastomoses du droit (Spéculation sur les sources du droit) », *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 9.

crée des règles de droit ». C'est le deuxième sens, parmi les trois dégagés, qui est ici à retenir. Si l'on souhaite s'en écarter, on parlera alors plus précisément de source matérielle, pour évoquer le premier sens dégagé, ou de source formelle, pour désigner le troisième sens. Reste alors à déterminer ce qu'est une règle de droit.

50. Droit et règles de droit. Pour déterminer ce qu'est une règle de droit, est-il possible de procéder directement, ou bien un détour par le concept de droit est-il nécessaire ? Il est acquis en effet que « le droit est plus grand que l'ensemble des sources formelles du droit¹ ». Pour le dire autrement, le phénomène juridique ne saurait être limité à l'étude des règles de droit, tels que la loi, les règlements, les coutumes. Tout comme l'addition des codes ne suffit pas à constituer l'état du droit positif, l'addition des sources formelles du droit ne suffit à rendre compte de ce qu'est le droit, en tant que phénomène. Ainsi, les deux concepts de droit et de règles de droit sont à distinguer.

Partant, que convient-il de définir en premier : le droit, ou la règle de droit ? Convient-il de commencer par définir le droit, pour trouver ensuite la spécificité de la règle de droit, ou bien faut-il procéder inversement, et partir de la règle de droit pour parvenir à dégager une éventuelle essence du phénomène juridique ? Si la seconde démarche était la bonne, toute définition du droit serait, quant à notre sujet, inutile : on se contenterait de dire directement ce qu'est une règle de droit.

51. Définir d'abord le droit. Seule la première démarche nous paraît être pertinente. Notre choix sera donc celui de connaître le droit puis la règle de droit. En effet, c'est en ayant d'abord une vision du droit, qu'il est ensuite possible de dire si telle ou telle règle paraît juridique ou non². Si l'on poursuivait la démarche inverse, c'est-à-dire si l'on tenait à dire ce qu'est une règle de droit avant de savoir ce qu'est le droit, on se verrait toujours opposer la question suivante : « au nom de quoi pouvez-vous dire que cette règle est juridique ? » Pour répondre, il faudrait livrer sa définition du droit, qui ne doit pourtant intervenir qu'à la fin, comme étant le résultat d'un raisonnement fait à partir des règles de droit. On ne pourrait

¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2004, p. 333. *Adde.* J. CARBONNIER, « Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 21 et s. ; Ph. JESTAZ, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts », *RTD civ.*, 1979, p. 480 et s.

² En ce sens : S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit. A propos des sources étatiques non contraignantes*, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2012, n° 123, p. 112 : « Suivant la voie indiquée par la doctrine, il faudrait alors, avant de se poser la question des sources du droit, prendre parti sur l'origine du droit. »

donc pas répondre à la question posée, sous peine de se contredire : on prétendrait sélectionner objectivement les règles de droit pour en tirer la notion de droit, alors que, pour sélectionner les règles de droit, il faudrait déjà savoir ce qu'est le droit. La conclusion du raisonnement (ce qu'est le droit) fait à partir des règles de droit, servirait alors également de prémisse pour déterminer ce qu'est une règle de droit : le raisonnement relèverait du cercle vicieux.

Inversement, il paraît possible de déterminer ce qu'est le droit, sans avoir besoin de dire précisément ce qu'est une règle du droit. Il suffit de s'appuyer sur l'observation de ce qui paraît être défini comme étant du droit par nos contemporains, et de trouver alors un critère qui permette de distinguer le phénomène juridique d'autres phénomènes.

Il est donc possible de conclure qu'il faut commencer par définir le droit, avant de pouvoir dire ce qu'est une règle juridique. Ainsi, comme le relève opportunément M. Zenati, « savoir si la jurisprudence est une source du droit, suppose que l'on s'entende sur ce qu'est une source du droit et donc sur ce qu'est le droit¹. »

52. Puis la règle de droit. Est-il possible, ensuite, de se contenter d'une définition du droit, ou bien faut-il aller plus avant et définir ce qu'est une règle de droit ? Le passage du droit à la règle de droit s'impose, pour notre recherche, par l'angle choisi : la sécurité juridique. Ce qui porte atteinte à celle-ci, semble-t-il, c'est l'édiction d'une nouvelle règle par le juge, qui devra être appliquée rétroactivement. Avoir une idée de ce qu'est le droit ne nous serait pas d'un grand secours s'il n'était pas possible par la suite d'identifier les sources du droit, s'il n'était pas possible de savoir si un organe produit des règles de droit. Il convient donc d'aller au-delà de la définition du droit pour préciser le concept de règle de droit. Devront donc être examinés successivement le concept de droit, puis le concept de règle de droit. Ne serait-il pas possible cependant de se passer de cette recherche ?

§ 2. Le rejet de l'argument purement sociologique

53. Avant de se lancer dans cette quête, il faut se demander si elle est pertinente, si la réponse à notre question (le juge crée-t-il des règles de droit ?), n'existe pas déjà de manière évidente. Ainsi, il convient d'examiner un argument,

¹ F. ZENATI, « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », *RTD civ.*, 1992, p. 360.

que l'on a qualifié de purement sociologique, qui, s'il se révélait exact, rendrait superfétatoire toute recherche relative à la règle de droit concernant notre sujet. L'argument purement sociologique devra être présenté (A), avant de montrer que, si, effectivement, seule la question de la jurisprudence source du droit en fait, et non en droit, nous intéresse (B), l'argument purement sociologique ne permet pourtant pas de montrer que la jurisprudence est source du droit en fait (C).

A. Présentation de l'argument

54. La consultation unanime de la jurisprudence. Il convient de revoir l'argument désormais fréquemment avancé qui consiste à dire que le juge crée évidemment des règles de droit, puisque la jurisprudence est enseignée dans les amphithéâtres¹, que les recueils de jurisprudence existent², qu'on n'imagine pas plaider une affaire sans avoir examiné les précédents³, que les auteurs commentent les arrêts et les citent dans leurs ouvrages⁴, ou encore que « les éditions les plus utilisées de nos codes comprennent davantage de solutions jurisprudentielles que de dispositions législatives⁵ ». N'est-il pas vrai que les internationalistes et comparatistes⁶ consultent d'ailleurs la jurisprudence pour connaître l'état du droit étranger ? Ainsi, la jurisprudence étant un outil indispensable de connaissance du droit, elle serait indubitablement une source du droit.

B. Une question de fait et non de droit

55. La jurisprudence source du droit en fait et non en droit. Le recours incessant, tant des praticiens que des professeurs, à la jurisprudence, devrait donc, selon certains, inciter à reconnaître en elle une création du juge. La jurisprudence

¹ Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. p. 12, 1^{re} col. *Adde.* R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, 2003, p. 155.

² R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2002, n° 99, p. 106 : « il faut pour avoir une vue juste de la question, s'attacher à un autre facteur, qui est l'existence et le développement des recueils ou répertoires de jurisprudence. [Ils sont] faits à l'usage des juristes de la pratique, ils ne s'expliquent que si la jurisprudence est, au sens vrai de cette expression, une source du droit ». La seule existence de ces recueils serait toutefois insuffisante : Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996, p. 303 : « Certes les recueils d'arrêts foisonnent, mais [au XV^e siècle] les arrêts ne sont pas motivés et du coup ils ne sont pas commentés non plus. Il n'y a donc pas grand chose à en tirer ni pour la science juridique, ni pour une éventuelle création prétorienne, qui de fait n'aura pas lieu ou presque pas. »

³ Ph. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit », *Def.* 2006, art. 38352, p. 478.

⁴ S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit. A propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012, n° 44, p. 52.

⁵ E. FISCHER-ACHOURA, « La consécration d'une conception réaliste de la norme », *RRJ* 2013, n° 14, p. 559.

⁶ H. BATIFFOL, « La règle de droit en droit international privé », *La règle de droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1971, p. 215 et s., qui reconnaît que cela n'explique rien quant au statut de la jurisprudence, p. 222. *Cf.* égal. J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, n° 18, p. 426.

serait ainsi, en fait, une source du droit. L'unanimité n'étant malgré tout pas acquise en doctrine¹, une sorte de règle de conflit a été apportée par certains auteurs, amenés à présenter le thème de la jurisprudence de manière dichotomique. En droit, le juge ne créerait pas de règles de droit, mais, en fait, il le ferait. Pour reprendre des termes plus usités, en droit la jurisprudence ne serait pas une source du droit, en fait, elle le serait². Esmein a ainsi soutenu que « ce débat [de la jurisprudence source du droit ou non] est sans issue, car il faut répondre non et oui, suivant qu'on se place dans le champ des idées pures ou qu'on considère la réalité des faits³. »

56. Restauration de la distinction du droit et du fait. L'opposition entre le droit et le fait est-elle insurmontable, et mérite-t-elle d'être maintenue en ces termes ? La réponse paraît devoir être négative. En effet, dire que la jurisprudence serait, selon que l'on se place du point de vue du fait ou du droit, une source du droit ou non, ne paraît pas convaincant. Ce serait un peu comme soutenir que personne ne roule à plus de cinquante kilomètres par heure en ville, puisque c'est interdit⁴. Si l'on veut conserver à la distinction du droit et du fait sa pertinence et sa cohérence, il serait plus juste de conclure que le juge crée des règles de droit en fait, mais que cela lui est interdit en droit. La distinction ainsi présentée permet de résoudre une contradiction qui n'est qu'apparente.

57. Exemple : l'absence de cassation pour violation de la jurisprudence. Raisonner de la sorte invite à relativiser les arguments tirés du droit positif pour savoir si le juge crée effectivement du droit ou non⁵. Affirmer que l'autorité de chose jugée⁶ et la prohibition des arrêts de règlement⁷ empêchent

¹ Cf. L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, n° 45 et 46 pour voir la liste des auteurs *pro et contra*, M. BACH y voyant lui-même une autorité de fait, n° 225.

² V. par ex. : H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Traités, Jurisclasseur, Litec, 2002, n° 987 et s.

³ P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTD civ.* 1952, p. 19. Comp. H. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, thèse dactyl., 1897, p. 30-31 : « Non, l'autorité judiciaire n'a aucune influence sur l'œuvre législative ; elle n'a, d'après la constitution, aucun rôle dans la confection des lois, et les précautions sont bien prises pour qu'elle ne puisse exercer sur le droit une action indirecte, analogue à celle du magistrat romain ou des anciens Parlements. Telle est la théorie, tel est le droit : la réalité des faits répond-elle exactement à la rigueur de ce principe ? Nous ne le pensons pas, et nous espérons le démontrer dans le cours de ce travail. D'abord, il est incontestable que la jurisprudence, même dépouillée de tout droit de réglementation, constitue une puissance de fait avec laquelle il faut compter. »

⁴ Art. R. 413-3 Code de la route.

⁵ En ce sens : D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980, p. 18-19, qui consacre ensuite sa première Partie à « la règle jurisprudentielle réalité de fait ».

⁶ Art. 1351 C. civ. : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

⁷ Art. 5 C. civ. : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

toute création jurisprudentielle peut paraître non seulement erroné en droit¹, mais, en outre, n'est qu'assez peu pertinent pour savoir si, de fait, le juge crée des règles de droit. On a ainsi pu dénier tout pouvoir de création au juge, au prétexte que la Cour de cassation ne se fonde jamais sur sa propre jurisprudence pour justifier ses décisions². En effet, l'article 604 du Code de procédure civile³ dispose depuis le 1^{er} janvier 1980⁴ que « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Dès lors, si la jurisprudence était une règle de droit, le juge de cassation la prendrait en compte pour fonder ses décisions⁵.

Peut-on pour autant déduire de ce refus l'exclusion de la jurisprudence du domaine des règles de droit ? La négative s'impose. En effet, la distinction entre les règles de droit relevant de l'article 604 ou non relève bien plus de la politique de la Cour de cassation que de la nature des choses⁶, et « ce n'est pas parce que la Cour de cassation accepte ou refuse de contrôler une notion que celle-ci est pour autant de droit ou de fait. La Haute Juridiction n'a pas plus le pouvoir de transformer le droit en fait que celui de muer le vin en eau⁷. » La question de la juridicité de la jurisprudence ne saurait donc dépendre uniquement de ce qu'affirment la loi ou la Cour de cassation.

58. Exemple : le droit étranger. Ainsi, il est possible de soutenir que la règle de droit d'un pays étranger est bien juridique, sans pour autant qu'elle soit appliquée par la Cour de cassation : la règle étrangère paraît bien juridique, quoique n'étant pas de droit positif en France. Ce n'est pas parce que le juge français n'est pas lié par la règle étrangère que celle-ci serait dépourvue de toute

¹ Cf. *infra*, n° 274 et s.

² V. Cass. req. 21 décembre 1891, *D.P.* 1892, 1, 543 : le moyen pris de la violation de la jurisprudence ne peut, à lui seul donner ouverture à cassation ; Cass. soc. 17 mai 1958, *Bull. civ.*, n° 595.

³ Ainsi que l'art. 1020 CPC depuis le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, entré en vigueur le 25 mai 2008 : « L'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée. »

⁴ Date d'entrée en vigueur du décret n° 79-941 du 9 novembre 1979.

⁵ La chose n'est bien évidemment pas impossible. Cf. en droit japonais N. KANAYAMA, « Les sources du droit au Japon : aspects contemporains », *Les sources du droit : Aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007, p. 58 : les « arrêts qui ne se conforment pas à la jurisprudence peuvent certes motiver un pourvoi en cassation en matière civile (art. 318, al. 2 CPC), mais l'admission d'un pourvoi de cette nature est soumise au pouvoir discrétionnaire de la Cour suprême qui apprécie souverainement l'opportunité de recevoir un tel pourvoi et éventuellement de rendre une décision en l'espèce. En matière criminelle, par contre, l'arrêt d'une instance inférieure rendu en contradiction avec la jurisprudence constitue de plein droit un motif de pourvoi en cassation (article 405, 2° et 3° du Code de procédure criminelle). » Un auteur Français pose la question : « Pourrait-on encore nier à la Cour de cassation la possibilité de viser ses propres arrêts, puisqu'aussi bien "le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit" (art. 604 NCPC) ? ». N. MOLFESSIS, « La portée des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 1998 p. 212.

⁶ Cf. J. BORE, « La Cour de cassation, juge du droit », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentations française, 1994, p. 54-55.

⁷ T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, t. 270, cité par J. BUFFET, « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, n° 11, p. 116.

juridicité. Comme on l'a merveilleusement écrit, « c'est une question d'opposabilité, non de nature¹. » Ainsi, on le voit, la question de ce qu'est une règle de droit ne saurait dépendre uniquement du traitement qui lui est réservé par certaines institutions.

Savoir si le juge crée ou non des règles de droit relève donc uniquement du plan factuel et non juridique, du plan de l'être et non du devoir-être² ; ce qui invite toutefois à regarder ce que disent les règles de droit, puisqu'elles sont des éléments de la réalité, puisqu'elles existent. En cela, l'argument sociologique, qui s'attache à la pratique plutôt qu'aux textes, semble plutôt pertinent. Toutefois, il ne paraît pas suffisant.

C. L'insuffisance de l'argument purement sociologique

59. La négation de la jurisprudence source du droit. Une fois la distinction du droit et du fait posée, la question du statut de la jurisprudence est-elle pour autant résolue ? Peut-on se contenter de dire que le juge crée du droit en fait, bien que cela puisse lui être interdit en droit, en reprenant l'argument purement sociologique ? Aucunement, puisqu'il reste à savoir précisément pourquoi la jurisprudence est, de fait, une source du droit.

Il faut rappeler que certains auteurs n'accordent aucunement le statut de source du droit à la jurisprudence, sans pour autant ignorer l'importance pratique du phénomène³. Ainsi, le doyen Carbonnier qui ne voyait dans la jurisprudence qu'une autorité, écrivait dès le début de l'un de ses ouvrages « que les jugements, dans la mesure où ils impliquent des règles construites par les juges, doivent être regardés comme faisant partie de l'ensemble du droit, le point n'est guère contesté : on professe couramment aujourd'hui qu'à côté du droit légal, il existe un droit jurisprudentiel, un droit prétorien⁴ ».

¹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, LGDJ, 8^e éd., 1993, n° 328, p. 530.

² Contra : H. LE BERRE, Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'Etat et Tribunal des conflits), LGDJ, Bibl. de droit public, t. 207, 1999, n° 58, p. 61-62.

³ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit*, Sirey, 15^e éd., 2014, n° 172, p. 183 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis droit privé, 27^e éd., 2002, n° 142 et s., p. 267 et s. ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007, n° 73, p. 47 puis n° 437 et s., p. 227 et s., avec cependant un correctif de taille, n° 442, p. 231-232. Pour une défense récente de la déclarativité : R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 269, p. 360. Pour une démonstration récente de la déclarativité de la jurisprudence de la Cour de cassation en dehors des revirements : F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, n° 8, p. 513 et s. L'auteur précise, p. 516, que « c'est dans les revirements, que la jurisprudence devient rétroactive, et c'est bien là que le bât blesse ».

⁴ *Op. cit.*, n° 8. L'auteur aurait cependant changé d'avis par la suite : cf. M. GOBERT, « Rapport de synthèse », *Repenser le droit transitoire*, dir. G. DRAGO, D. LE PRADO, B. SEILLER, Ph. THERY, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 151.

60. Jurisprudence et anticipation des plaideurs. Supposons un instant que la jurisprudence ne soit pas une source du droit, que le juge ne pose pas de règle de droit. Comment expliquer alors que la jurisprudence, tout en ne faisant « naître aucune règle à laquelle il suffirait de se référer pour appuyer une décision¹ », fasse l'objet de recherches par des avocats pour plaider leurs dossiers ? La réponse est relativement aisée : si la jurisprudence est consultée, ce n'est qu'à cause d'un phénomène de répétition des décisions, qui, il faut le préciser, ne suffit pas, à lui seul, à faire émerger une règle de droit.

61. Le phénomène de répétition des décisions. Cette réponse mérite d'être explicitée, en reprenant ses deux éléments : la jurisprudence est consultée car les décisions se répètent ; cette répétition ne suffit pas, à elle seule, à donner lieu à une règle de droit.

Quant au premier élément, il faut se demander ce que font, concrètement, les plaideurs, *via* leurs conseils, en consultant la jurisprudence, ou encore le législateur qui voudrait la briser. On peut fort bien considérer qu'ils ne font qu'un acte de prévision², misant sur la rationalité³ ou la prudence du juge. En effet, ainsi que le rappelle M. Zenati, « l'expérience est en toute matière source de savoir et surtout de savoir-faire. Comme juger est un art, il n'est pas surprenant que celui qui juge interroge la pratique antérieure. [...] [Cette attitude] procède d'une préoccupation de cohérence, le juge craignant de se désavouer en entreprenant une nouvelle délibération qui risquerait de l'amener à se déjuger⁴. » Le phénomène de répétition est donc explicable par la prudence du juge, et non par sa soumission à la règle de droit jurisprudentielle qu'il se sentirait obligé de respecter⁵.

Ainsi le juge, pour remplir sa fonction, ne devrait pas décevoir « des perspectives raisonnablement déduites de décisions antérieures⁶ ». La Cour de

¹ P. HEBRAUD, *RTD civ.* 1950, p. 539.

² C. FARDET, « La place des décisions de justice dans la hiérarchie des normes », *Droits*, n° 50, PUF, 2009, p. 226 : « Le seul intérêt de la jurisprudence est de savoir pour prévoir, c'est un exercice de probabilité. Mais, pour commode et utile que soit la référence à la jurisprudence, on ne peut se résoudre à consacrer juridiquement l'existence de la norme jurisprudentielle quand bien même on peut lui accorder une "autorité de fait". »

³ Cf. V. HEUZE, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* 2005, I, 130, § 7. *Adde.* T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955. chron. p. 94 : le juge « ne prend envers les plaideurs de demain aucun engagement, et s'il voulait le faire il serait sans qualité. [...] **Le précédent se réduit ainsi à une indication donnée.** »

⁴ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, p. 104.

⁵ *Adde.* G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, LGDJ, 1956, n° 226, p. 103. M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile. 1804-1904*, Rousseau, 1904, n° 2, p. 9-10, pour qui la tendance à se conformer à la tradition vient principalement de la prise de conscience des magistrats de « la nécessité sociale d'une jurisprudence constante. ». Comp. Ch. N. FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 154-155, ne voyant pas dans la jurisprudence une source du droit et donnant quatre raisons à cette répétition : imitation et loi du moindre effort (on accepte des solutions toutes prêtes), organisation hiérarchique (juges du fond s'alignent sur la position du tribunal supérieur), idée de justice, au centre de laquelle est l'égalité (à situation égale, droit égal), sûreté, continuité du droit et sécurité des transactions.

⁶ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, coll. Quadrige-Grands textes, 2007, p. 220.

cassation elle-même parle de prévisibilité de la solution ; ce qui ne saurait d'ailleurs préjuger de l'impartialité de la juridiction¹.

62. La motivation, outil de généralisation d'une solution particulière.

Comment les justiciables peuvent-ils fonder leurs prévisions ? Si la solution est prévisible, c'est parce que le juge a bien voulu livrer son raisonnement. La motivation est de première importance dans ce phénomène de répétition. Le véhicule de la rationalité de la décision est la motivation, c'est elle qui rend le jugement compréhensible et acceptable², et c'est également elle qui est la source de généralisation de la solution particulière. En expliquant sa démarche, le juge livre sa méthode et rend possible sa transposition. Le style de rédaction n'est alors pas sans importance. Selon Mme Gobert, la Cour de cassation « pense aux cas futurs » pour « renseigner » les « intéressés ». Elle « globalise », « anticipe », « voire suggère ». Tout ceci « contribue à susciter l'impression qu'elle donne une solution générale là où celle-ci devrait n'être que particulière³ ».

63. Absence de force juridique de la motivation. Cependant, cette motivation qui permet au justiciable de former des prévisions n'a pas de force juridique générale *a priori*. L'attitude de l'anticipation suffit à expliquer le comportement des plaideurs et de leurs conseils, sans que cela suppose que le juge ait donné naissance à une règle de droit. Ce pont jeté entre des décisions individuelles par les justiciables, qui ne font que miser sur la rationalité du juge, ne semble pas pouvoir à lui seul justifier l'existence d'une règle de droit. Au mieux pourrait-on y voir un signe que la jurisprudence est une règle de droit, sans que cela ne l'explique en rien.

En définitive, et c'est le premier élément de la réponse à apporter à l'argument purement sociologique, les juges ayant tendance à reprendre leurs solutions, et à les motiver, il est normal que les plaideurs s'y réfèrent. Si cette répétition existe, elle est toutefois insuffisante pour conférer aux décisions la généralité et la normativité de la jurisprudence.

¹ Cass. 1^{re} Civ., 18 mai 2011 n° 10-10.282, *Bull. civ.*, n° 89 : « Mais attendu que, même à le supposer établi, le fait que la position du juge sur une question de droit qui lui est soumise soit prévisible, n'est pas de nature à remettre en cause son impartialité ; que par ce motif de pur droit, substitué, dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile, à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ».

² V. PETEV, « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 189 : « La décision judiciaire est à considérer comme rationnelle seulement quand elle sert les objectifs de la jurisprudence, c'est-à-dire, quand le juge aboutit à une détermination précise des positions des litigants et présente des arguments qui lui permettent de déclarer l'une de ces positions favorables en droit. **L'obligation de motiver la décision rend ses raisonnements transparents et fournit l'occasion de les prouver.** » C'est nous qui soulignons.

³ M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992, p. 349 pour ces citations.

64. L'insuffisance du constat de la répétition : le problème de la généralité de la règle jurisprudentielle. Reste à aborder le second élément de la réponse, consistant à dire que, de la simple répétition des décisions des juges, ne peut émerger une règle de droit.

En effet, on ne saurait accorder à la jurisprudence le statut de règle uniquement en constatant des décisions individuelles, concordantes et répétées, car ce pourrait être une erreur sur le plan de la logique. Il est impossible, en effet, d'affirmer que la répétition de décisions particulières puisse faire naître, **à elle seule**, une norme générale. La généralité de la règle de droit est celle qui s'accompagne d'un caractère abstrait, c'est-à-dire d'une possibilité d'application indéterminée. Or, tel semble être le cas de la jurisprudence : c'est la règle qui a vocation à rayonner en dehors du litige. Il convient de remarquer qu'une telle généralité ne peut pas être inférée **uniquement** d'une suite de décisions ponctuelles. Mathématiquement, la suite, ou somme d'unités (1+1+1+1+1+...) ne sera jamais équivalente à la proposition « pour tout x ». Dans le premier cas, les éléments sont individualisés, dénombrés ; dans le second, il ne sont qu'individualisables, dénombrables. Dès lors, on voit bien que l'accumulation de décisions individuelles ne peut pas à elle seule donner lieu à une règle générale.

65. L'insuffisance du constat de la répétition : le problème de la normativité jurisprudentielle. Le raisonnement serait le même si on voulait se placer sur le plan de la force obligatoire de la jurisprudence¹. Le Balle formule remarquablement le problème : « il nous faut toujours expliquer ce passage du quantitatif au qualitatif, cette métamorphose, cette sorte de transsubstantiation de la décision jurisprudentielle relative et concrète à la règle objective de droit de caractère général et abstrait². » Ce passage du quantitatif au qualitatif ne saurait se faire par la simple addition des décisions.

Toutefois, selon Mme Deumier, « ce qui importe pour la formation progressive de la jurisprudence constante, c'est plus le constat objectif de la répétition des précédents que le motif de cette répétition³ ».

L'idée que seul le constat objectif de la répétition importe ne peut cependant valoir eu égard à ce qu'il est convenu d'appeler la loi de Hume¹. Selon

¹ Si l'on accepte que la règle de droit est obligatoire, en ce qu'elle s'imposerait, pour le cas de la jurisprudence, aux justiciables et/ou au juge.

² R. LE BALLE, *Genèse du droit jurisprudentiel*, Cours de doctorat, Paris, 1960-1961, p. 20. *Adde.* H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'Etat et Tribunal des conflits)*, LGDJ, *Bibl. de droit public*, t. 207, 1999, n° 32, p. 35 : « La réunion des décisions aux effets nécessairement isolés ne produira qu'un corps de doctrine démontrant éventuellement une inspiration commune, un esprit de suite. »

³ P. DEUMIER, *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, *Economica*, coll. *Recherches juridiques*, 2002, note 1, p. 295.

l'interprétation couramment faite de celle-ci, il n'est pas possible de tirer d'un constat de fait, un devoir. En caricaturant, on aboutit à la conclusion que l'être ne saurait jamais conduire au devoir être². Autrement dit, et pour prendre un exemple concret, ce n'est pas parce que l'écolier emprunte le même chemin tous les matins qu'il a l'obligation de le faire. On ne peut tirer de l'observation de cette répétition une quelconque obligation pour l'écolier. Il faut à tout le moins quelque chose en plus pour opérer le passage de l'être au devoir être. Dans le cadre de notre exemple, ce pourrait être un ordre donné par la maman de l'écolier, ou, de manière plus contemporaine, un ordre donné par l'autorité compétente dans le cadre d'un plan sécuritaire. Ainsi, une coutume ne se forme pas uniquement par la répétition. Plus précisément, concernant le droit spontané, Mme Deumier indique que « c'est l'effectivité qui conditionne la positivité de la règle spontanée mais pas une effectivité à degré, une effectivité sous condition de sanction judiciaire ou de complément d'une validité formelle³ ». Il est clair que la seule répétition, y compris pour le droit spontané, est insuffisante : elle ne saurait être à elle seule critère de juridicité.

Par conséquent, et pour résumer, il est tout à fait possible de soutenir que « l'addition de plusieurs décisions successives de même sens ne saurait avoir pour résultat de créer une règle de droit. Leur constance n'est que la marque, banale, d'une certaine stabilité de l'interprétation que donnent les juges de l'ordre juridique⁴ ».

66. Conclusion de la section préliminaire. L'argument purement sociologique, qui rejoint le constat de cette stabilité, est donc insuffisant pour affirmer que le juge crée une règle de droit, l'attitude des acteurs juridiques pouvant s'expliquer sans ériger la jurisprudence en source du droit. Ainsi, il nous paraît nécessaire de définir le concept de droit puis celui de règle de droit. Poser la question de la jurisprudence source du droit, pour savoir si elle est rétroactive ou déclarative, invite en effet à prendre position sur ce qu'est, ou n'est pas, une source du droit. S'interroger sur ce point nécessite de définir ce qu'est le droit, pour ensuite seulement pouvoir dire ce qu'est une règle de droit. Précisons enfin

¹ En référence au philosophe David HUME, †1776. Sur cette loi, voir l'analyse pénétrante de V. DESCOMBES, « Aristote, la justice naturelle et la justice positive », *Le raisonnement de l'Ours*, Editions du Seuil, coll. La couleur des idées, 2007 p. 361 et s., spéc. p. 371 et s.

² Carbonnier résumait cela de la manière suivante : « vous aurez beau entasser des milliers d'indicatifs les uns sur les autres, jamais vous n'en ferez un impératif. » Cf. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2004, p. 286.

³ P. DEUMIER, *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, op. cit., n° 326, p. 314.

⁴ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit*, Sirey, 15^e éd., 2014, n° 172, p. 183.

que les développements pourront paraître au début très éloignés du sujet. Il ne peut toutefois en aller autrement eu égard à la configuration de ce dernier. En effet, établir que la jurisprudence est rétroactive suppose de démontrer que le juge pose des règles de droit. Or, la recherche de ce qu'est une règle de droit s'appuyant sur la notion de droit, il est primordial que le concept de droit dégagé emporte la conviction, sous peine de voir la suite de la démonstration s'effondrer, telle un château de carte privé de ses assises. C'est pourquoi il importe de s'attarder sur le concept de droit.

Chapitre 1 – Le concept de droit

67. L'argument purement sociologique n'ayant pas emporté notre conviction, il importe de définir ce qu'est une règle de droit, en partant d'une définition du droit. Pour aborder le concept de droit, nous procéderons pas à pas : nous commencerons par écarter la théorie kelsénienne (Section 1), en évitant par la suite de tomber dans les travers du réalisme (Section 2), pour retenir enfin le critère dit de la justiciabilité (Section 3). La définition qui sera retenue ne sera pas absolue, ni incontestable, puisque ce qui importe avant tout est qu'elle soit « opératoire¹ », qu'elle soit pertinente au regard de notre sujet.

Section 1. Le rejet du positivisme kelsénien et du normativisme

68. Il faut prendre pour point départ de notre recherche la théorie de Kelsen² parce qu'elle est emblématique et imprègne toujours, plus ou moins consciemment, les conceptions contemporaines du droit. Qui, à la fin du premier semestre de la première année de ses études de droit, n'a pas entendu parler de la pyramide des normes ? Le postulat de la théorie de Kelsen sera ainsi brièvement présentée (§ 1) avant d'être critiquée pour son manque de réalisme (§ 2).

§ 1. Le postulat

69. **Présentation.** La théorie de Kelsen est foncièrement positiviste, au sens où, selon elle, le droit réside uniquement dans ce qui va être posé, dit, énoncé. En effet, la norme y est définie comme étant la signification objective d'un acte de volonté³. A l'origine de la norme se trouve donc avant tout un acte de volonté ; le droit n'existe pas naturellement, il est posé.

Par ailleurs, pour Kelsen, la validité d'une norme ne peut dépendre que d'une autre norme. Autrement dit, une norme ne peut être juridique que parce qu'une autre norme juridique l'institue. Une telle affirmation est la conséquence d'une séparation très nette entre l'être et le devoir être : le *sein* (être, en allemand),

¹ M. TROPER, « Pour une définition stipulative du Droit », *Droits*, n° 10, PUF, 1989, p. 102 : « On est ainsi conduit à rechercher une définition exclusivement stipulative, qui ne sera ni vraie, ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique. »

² Hans KELSEN, †1973.

³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 13.

ne peut pas conduire à la normativité, le *sollen* (devoir être), selon la lecture faite par Kelsen de la loi de Hume¹. D'un fait, il n'est pas possible de tirer une obligation, dès lors, la règle de droit posant un devoir ne peut provenir que d'une autre règle de droit. Le monde du *sein* est coupé du monde du *sollen*. Les normes produites les unes par rapport aux autres sont alors hiérarchisables eu égard à leur validité et forment une pyramide : sera en haut celle qui confère la normativité, ou plus précisément la validité, à une autre et ainsi de suite². Il y a un enchaînement fluide de normes : une chaîne, peut-être plus qu'une pyramide.

Nous avons ainsi une théorie extrêmement rationnelle, qui se veut science du droit, détachée du contenu de celui-ci et visant à présenter théoriquement ce qu'est un système juridique. Il ne s'agit pas de décrire naïvement le droit, mais de l'ordonner de façon à satisfaire la raison, tout comme la physique ne décrit pas la nature, mais recherche derrière les phénomènes naturels des explications cohérentes.

On voit ainsi que l'objectif même de Kelsen diffère sensiblement du nôtre, qui est de décrire la réalité³. Au-delà de cette divergence, la théorie du maître autrichien sera écartée à cause de son postulat.

§ 2. La critique du postulat

70. La rançon de la pureté de la théorie : l'impasse de la norme fondamentale. Modèle de cohérence et de logique, la *Théorie pure du droit* ne semble critiquable que par son postulat. En effet, le point de départ même de la théorie est extrêmement contestable : à trop vouloir séparer le *sein* du *sollen*, l'être du devoir être, Kelsen est obligé d'introduire la norme fondamentale. Rappelons que toute la démonstration repose sur l'idée qu'une règle de droit ne peut provenir que d'une autre règle de droit, la juridicité d'une norme ne peut lui être conféré que par une autre norme juridique. Cependant, il est impossible

¹ *Ibid.*, p. 14. Sur cette loi, cf. *supra*, n° 65. Adde. A. SERIAUX, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1999, p. 7 et s.

² H. KELSEN, *op. cit.*, p. 224 : « une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle que détermine une autre norme ; cette dernière constitue ainsi le fondement immédiat de la validité de la première. Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie [...]. La norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. »

La notion de validité semble se confondre avec l'existence de la norme chez Kelsen, avec le fait qu'une proposition soit normative. V. cependant les profondes remarques de M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 453 et s., spéc. p. 455 et s.

³ Comp. la démarche de A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, spéc. p. 9-11 et p. 17, démarche que l'on pourrait qualifier en partie de réaliste en ce qu'elle part de l'expérience et s'efforce de trouver une définition du droit permettant de décrire les situations qui sont habituellement perçues comme telles.

d'échapper à la régression infinie¹, sauf par l'introduction d'un élément qui ne soit pas une règle de droit. C'est ce que Kelsen fait en demandant de « supposer que l'on doit se comporter conformément à cette Constitution² », la Constitution étant la première norme, de laquelle découleront toutes les autres. Ce devoir d'obéir à la Constitution correspond à la norme fondamentale. Ce devoir n'émane pourtant d'aucune règle juridique, bien que Kelsen précise qu'il serait lui-même une norme³. Dès lors, soit il convient de revoir le postulat selon lequel une norme ne peut provenir que d'une norme, soit il convient de voir dans la norme fondamentale une fiction. Dans le premier cas, la théorie de Kelsen paraît devoir être sérieusement amendée, au point, certainement, de la dénaturer. Dans le second cas, il convient d'observer que, fondée sur une fiction, cette théorie ne saurait nous être d'un grand secours pour essayer de décrire ce qu'est réellement une règle de droit.

71. La production naturelle du droit. La critique de la norme fondamentale est-elle pertinente ? M. le Bars⁴ présente une objection au raisonnement qui vient d'être fait. Selon lui, la critique relative à la fictivité de la norme fondamentale « est plus qu'agaçante⁵ ». A le suivre, faire reposer une théorie sur une fiction n'est pas gênant puisque le droit est une fiction toute entière. L'auteur dira que le droit « tout entier n'est qu'une gigantesque fiction⁶ » en affirmant que dans la nature « rien n'est obligatoire, ni permis, ni interdit⁷. » Dans la nature, entendue peut-être restrictivement, au sens écologique, pourquoi pas, mais dans la réalité, champ dans lequel nous nous situons, puisque c'est à cela que la fiction s'oppose, force est de constater que les interdictions existent : toute

¹ O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002, note 80, p. 832 : l'auteur souligne que la normativité dans la théorie pure du droit dépend des autres normes : $[N_k = f(N_{k-1})]$. C'est une définition récursive : la normativité de la norme de rang k est fonction de la normativité de la norme de rang k-1. Commentaire de M. Pfersmann : « Il apparaît difficile de définir la spécificité du droit uniquement par l'héritage récursif de propriétés qui demeureraient inexplicées ». *Adde.* M. VIRALLY, *La pensée juridique*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2010, note 12, p. XIII.

² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 201.

³ *Ibid.*, p. 200 : « Il faut de toute nécessité que cette hypothèse soit une norme, puisque seule une norme peut être le fondement de la validité d'une autre norme : mais elle ne sera pas une norme posée par une autorité juridique, mais une norme supposée ».

⁴ T. LE BARS, « Positivism, dogmatism, realism and the derivation of the Cour de cassation », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 297 et s.

⁵ *Op. cit.*, p. 302.

⁶ T. LE BARS, « La perte de fondement juridique en droit judiciaire privé », *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, dir. J. FOYER, C. PUIGELIER, Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, note 1, p. 279. Rapp. C. PUIGELIER, « La maxime "nul n'est censé ignorer la loi" », *La loi. Bilan et perspectives*, dir. C. PUIGELIER, Economica, coll. Etudes juridiques, 2005, n° 54, p. 384 : « Le droit n'est-il pas que fiction, opération intellectuelle ayant pour but de régir la réalité ? Certainement. Parce qu'il a vocation à régir le passé tout en prévoyant l'avenir, le droit n'est que fiction, enveloppe conceptuelle d'une réalité passée pour régir le présent, le futur. »

⁷ *Ibid.*

société humaine se dote de règles pour assurer son maintien¹. Pour être conceptuel ou immatériel ou encore psychologique, le droit n'est pas fictif.

Peut-être l'erreur vient-elle d'une vision dichotomique de la nature : ne serait naturel, et donc non fictif, que ce qui ne serait pas fait par l'homme. Autrement dit est naturel ce qui survient indépendamment de toute action humaine. Par conséquent est fictif, ou artificiel, ce qui résulte de l'action humaine. L'argument du droit comme fiction est alors le suivant : puisque le droit résulte de l'activité humaine, qu'il est créé par l'humain, il est fictif.

Il est possible de répondre à cet argument en précisant ce qu'il convient d'entendre par nature. La distinction entre le naturel et l'artificiel doit être précisée, pour inclure une troisième catégorie. Il existe des choses qui sont faites **naturellement** par l'homme, mais pas à **dessein**. L'homme peut agir, mais naturellement, et pas seulement pour construire quelque chose d'artificiel, qui n'aurait d'autre fondement que sa volonté. Se nourrir, se reproduire, penser, discuter sont des activités humaines, qui n'ont rien d'artificiel. Ainsi, le droit, selon l'adage *ubi societas ibi jus*², semble être produit **naturellement** par l'homme : le phénomène juridique n'est pas issu d'un acte délibéré de sa volonté. A cet égard, on a pu parler de la vie sociale comme étant une « **nécessité ontique naturelle donnée**³ », et ainsi en irait-il du droit. L'affirmation de Mme Schnapper est à cet égard aussi simple que lumineuse : « la normativité fait partie de la condition humaine⁴. »

On pourrait opposer à ce propos la vision d'Aristote à celle des penseurs du contrat social⁵. Aristote voyait dans l'homme un être **naturellement** social, politique, d'où dériverait, certes par un acte humain, le phénomène juridique. En revanche, pour les tenants du contrat social l'homme est parfaitement isolé à

¹ F. TERRE, « Le peuple seul créateur de la norme », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. MAZEAUD, C. PUIGELIER, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 23 : « Si rudimentaires que puissent être les normes, [le juriste] observe qu'il n'existe pas de société sans normes, si informulées – règles ou jugements – et si mélangées soient-elles dans l'inconscient du groupe. »

² « Pas de société sans droit. » Cf. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n° 454, p. 921 et s.

³ G. KALINOWSKI, « Théorie, métathéorie ou philosophie du droit », *APD*, t. 15, 1970, p. 183. Selon le même auteur, « **l'homme ne s'est pas fait être social, il est ainsi fait** », *op. cit., loc. cit.* Rapp. F. A. HAYEK, « Le résultat de l'action humaine mais non d'un dessein humain », *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, trad. C. Piton, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2007, p. 170 : « Les positivistes ne comprenaient plus qu'une chose pouvait être donnée objectivement bien qu'elle ne fit pas partie de la nature matérielle, mais qu'elle était le résultat de l'action des hommes ; ni que le droit pouvait être un objet de science uniquement dans la mesure où au moins une de ses parties était donnée indépendamment de la moindre volonté humaine. » – R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 148, p. 194 : « Car à la lettre, l'ordre juridique n'est ni naturel ni artificiel. Il n'est pas naturel car il a évidemment été créé par l'homme, sans exister au préalable dans la nature : les institutions comme les fictions qui le constituent sont humaines, et il n'est pas possible de penser que l'ordre ait pu préexister au développement social. Mais s'il n'est pas naturel, il n'est pas davantage artificiel au sens où il n'a pas été conçu en suivant une idée directrice qui ait guidé son épanouissement. »

⁴ D. SCHNAPPER, *L'esprit démocratique des lois*, Gallimard, coll. nrf essais, 2014, p. 236.

⁵ On pense ici en particulier à Thomas HOBBS (†1679) et à Jean-Jacques ROUSSEAU (†1778).

l'origine : pour Hobbes, « l'homme est par nature aussi sauvage que les animaux les plus farouches¹. » Ainsi, c'est à **dessein**, motivé il est vrai par l'instinct de conservation, que l'homme serait passé de l'état de nature à l'état social. Ce passage est effectué par une convention : le contrat social. La vision du Stagirite paraît bien plus conforme à la réalité en ce qui concerne l'apparition du droit, qui, s'il est un phénomène proprement humain, à l'instar du langage, n'en devient pas une fiction pour autant.

72. La fictivité du droit conçu comme émanant d'une volonté. C'est dire que l'idée d'un droit créé à dessein, c'est-à-dire l'idée d'un droit résultant d'un projet et d'une volonté, nous paraît critiquable, car peu conforme à la réalité². Il semble en effet difficile de soutenir que le droit est né du cerveau d'un inventeur génial. La théorie de Kelsen paraît tomber sous le coup de cette incrimination. Comme le relève M. Libchaber, « il reste que la *Théorie pure du droit* est une construction intellectuelle, un modèle qui ne peut prétendre rendre compte du réel. Sa grandeur conceptuelle, qui constitue aussi bien sa limite, consiste à essayer de penser le droit dans son entier, comme s'il était organisé par une volonté centrale. Or celle-ci n'existe pas dans l'édition du droit, et aucun organe de contrôle ne peut tenter de s'y substituer, si haut placé soit-il³. »

Par conséquent, le droit n'est pas une fiction et la critique relative à la norme fondamentale peut apparaître pertinente⁴.

¹ E. BREHIER, *Histoire de la philosophie*, PUF, coll. Quadrige manuels, 2^e éd., 2012, p. 848.

² Pour un développement de ces critiques : cf. X. DIJON, « Le regard du jusnaturaliste : la nature humaine, source du droit », *Les sources du droit revisités*, vol. 4, théorie des sources du droit, dir. I. HACHEZ et alii, Facultés universitaires Saint Louis, 2012, p. 828 et s., spéc. p. 834-835 : « En sa "naissance", en effet, l'être humain n'est pas cet individu asocial qui devrait défendre ses droits personnels contre les présences plus ou moins menaçantes d'autrui, il est cet enfant né d'un lien naturel entre l'homme et la femme, et qui se prolonge dans le rapport noué avec les autres descendants de ce couple. Cette fraternité première montre que d'emblée, l'homme est lié à l'homme. Dès lors, il ne doit pas inventer de toutes pièces dans un quelconque artifice contractuel ce lien social qui constituera la source du droit (*ubi societas, ibi jus*) ; ce lien est déjà là, non seulement comme ce qui *est*, mais encore comme ce *doit* être. Alors que contrat social et *Grundnorm* ont soigneusement dissocié les deux registres du *Sein* et du *Sollen* pour que le droit soit pur acte de la volonté autonome, l'attention aux naissances (et à la fraternité qu'elles impliquent) place d'emblée le droit (naturel) en-deçà de cette dichotomie : la fraternité qui *doit être* s'impose à partir de ce qui *est*. »

³ R. LIBCHABER, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2010, p. 519. Adde. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audouin revue par Ph. Nemo, PUF, coll. Quadrige-Grands textes, 2007, note 1, p. 420 : « La "pure théorie du droit" est ainsi l'une de ces pseudo-sciences comme le marxisme ou le freudisme, que l'on représente comme irréfutables parce que toutes leurs affirmations sont vraies à raison des définitions posées, mais ne nous disent rien de ce qui est de fait. » ; M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 453 et s., not. p. 459 : « Sans entrer dans une critique détaillée du concept même de "norme hypothétique" comme fondement de la validité du droit positif, force est de constater qu'il n'y a guère plus ici qu'une explication purement verbale d'un phénomène incompréhensible pour qui pose en axiome la séparation radicale du *Sein* et du *Sollen*, puisque le mécanisme de la coutume semble faire jaillir le droit de simples faits. La norme "supposée" vient, à point nommé et sous forme d'hypothèse indémontrable, sauver la théorie menacée par ce que révèle l'observation. »

⁴ Précisons que les propos tenus ne valent que pour l'**existence** du droit, voire pour l'existence des règles de droit. La question du **contenu**, librement déterminable ou non, de la règle de droit est différente. Comp. M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », *op. cit.*, *loc. cit.* Sur la

73. Conclusion de la section. La théorie de Kelsen est donc visiblement fondée sur une fiction qu'est la norme fondamentale. Puisque nous cherchons à décrire la règle de droit en tant que phénomène, et que le droit ne nous paraît pas être totalement une fiction, il est évident que s'appuyer sur une fiction ne paraît pas être de bonne méthode. Le normativisme kelsénien ne cherchant pas à décrire la réalité, il doit être écarté. C'est pourquoi il convient de se tourner vers les théories soucieuses de réalisme.

Section 2. Le rejet des théories réalistes

74. Ayant quitté le champ du normativisme kelsénien, péchant par manque de réalisme, il paraît cohérent de se tourner vers les théories soucieuses de réalisme. Les différentes théories qui seront abordées ici ont toutes un lien entre elles : elles fondent l'existence du droit sur le critère de l'effectivité, sur la volonté de dire ce qu'est réellement le droit dans son existence, sur la manière dont il est pratiqué et vécu. Il faut ainsi aborder les théories qui ont pour objectif un certain réalisme, présentant le droit comme fruit de l'histoire ou de la société (§ 1) et les théories qui portent directement le nom de « réalistes », exposant le droit comme le produit de l'activité du juge (§ 2).

§ 1. Le droit fruit de l'histoire ou de la société

75. Une réaction au légalisme et au droit naturel moderne. En réaction au positivisme légaliste du XIX^e siècle, une part de la doctrine, consciente que le droit ne pouvait être contenu tout entier dans la loi, a entrepris de chercher ailleurs les sources du droit. De même, est remise en cause l'idée « d'un droit naturel rationnel commun à tous les hommes et immuable¹ », correspondant au droit naturel moderne². C'est donc un souci de réalisme qui anime les auteurs de ces courants voyant le droit comme fruit de l'histoire ou de la société. On ajouterait volontiers que cette ambition inclut implicitement le critère de l'efficacité : quel est le droit réellement existant ? Quel est le droit qui est véritablement appliqué ? Il convient de présenter succinctement l'école historique et l'école du droit libre,

question du contenu, cf. J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 175 et s., p. 201 et s. ; L. HUSSON, « Réflexions d'un philosophe sur un revêtement de jurisprudence », *APD*, t. 16, Sirey, 1971, p. 343.

¹ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit Civil. Introduction générale au droit*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 15, p. 28.

² Qu'il convient de distinguer du droit naturel classique. Cf. *infra*, n° 114.

qui apportent leurs réponses à ces questions (A) ; réponses qu'il conviendra d'apprécier (B).

A. Présentation

76. L'école historique. L'école historique est née en Allemagne, au XIX^e siècle, sous l'influence de trois auteurs : Hugo¹, Puchta² et Savigny³. Savigny est notamment connu pour s'être opposé à Thibault⁴, autre professeur allemand, quant à la nécessité d'une codification du droit allemand. Au-delà de cette controverse, l'école historique se caractérise par une distinction entre la source du droit et la source de la connaissance du droit. Il convient de préciser ces deux éléments, source du droit d'abord et source de la connaissance du droit ensuite.

77. La source du droit : le peuple. Selon l'école historique, le droit serait créé par le peuple à travers son histoire. Puchta résume la pensée de l'école historique en rappelant que la caractéristique de celle-ci « tient dans la reconnaissance du Droit comme une partie de la vie du Peuple formé avec lui et développé avec lui jusqu'à son état actuel, dans une continuité du présent avec le passé⁵ ». Puis il présente sa conception du droit qui « présuppose pour source une conscience commune, car il n'y a de règle de Droit que par son acceptation comme telle par la conscience commune de ceux pour qui elle vaut⁶. »

La distinction entre les sources matérielles et les sources formelles importe peu pour l'école historique, voire, tend à s'effacer. Rappelons que les sources formelles du droit « permettent de comprendre comment, par quelle procédure ou processus, se forment les règles de droit⁷ », tandis que, « comme leur nom l'indique, les sources matérielles, ou réelles, sont en revanche les sources du contenu de la loi : elles sont sources d'inspiration ou sources d'influence⁸. » Cet effacement entre ces deux types de sources est une nécessité quand l'unique source du droit est le peuple : « Droit coutumier, Droit savant, Législation n'ayant

¹ Gustav von HUGO, †1844.

² Georg Friedrich PUCHTA, †1846.

³ Friedrich Carl von SAVIGNY, †1861.

⁴ Anton Friedrich Justus THIBAUT, †1840.

⁵ PUCHTA, *Cursus, Encyclopädie*, 2 Kap., 1^{re} éd., Leipzig, 1841, p. 68, cité par A. DUFOUR, « La théorie du Droit dans l'École du Droit historique », *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 101.

⁶ PUCHTA, *op. cit., tom. cit.*, 7^e éd., § 10, p. 20-21, cité par A. DUFOUR, *op. cit.*, p. 102.

⁷ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. manuel, 2^e éd., 2013, n° 65, p. 58.

⁸ *Ibid.*

d'autorité que par la substance populaire qu'ils véhiculent, la notion de **source formelle** disparaît dans celle de **source matérielle**¹ ».

L'analogie faite entre le langage² et le droit par les tenants de l'école historique est, à cet égard, éclairante. Tout comme le langage, le droit se forme de manière spontanée, sans intervention volontariste d'un organe étatique ; tous deux, langage et droit, se développent à travers le temps et sont spécifiques à un peuple. L'analogie a cependant ses limites car elle aboutit *in fine* à un paradoxe. L'école du Droit historique souhaite en effet « maintenir fermement l'idée de source du Droit, située comme on sait dans l'esprit du peuple, tout en proposant pour le Droit le modèle du langage, alors que personne ne se risquerait à parler de source(s) du langage³ ».

78. La connaissance du droit : rôles de la loi, de la coutume et de la science du droit. Si la source du droit est le peuple, la connaissance du droit s'organise autour de trois voies par lesquelles le droit apparaît. Ces trois voies sont la conviction immédiate du peuple, la législation et la science.

Dès lors, il ne faut pas se méprendre sur le système mis en place par l'école historique. Elle ne cherche pas à nier l'existence de la loi en affirmant son inutilité, mais à lui restituer une plus juste place par rapport à celle, hypertrophique, concédée par le positivisme. Pour l'école historique, il reste important de savoir si une règle est juridique ou non⁴ et Savigny reconnaît la nécessité « d'une forme extérieure reconnaissable du Droit, qui le mette au-dessus de toutes les opinions individuelles et facilite la répression de l'injustice⁵. » Afin de réconcilier la source législative avec la source populaire première, Puchta n'hésite pas à évoquer la personnification de l'intérêt général dans la loi⁶.

Cette fiction est évidemment inutile pour la coutume, source privilégiée, puisqu'étant la plus proche du Peuple. C'est la source de connaissance du droit la plus directement liée à la source du droit.

Cependant il peut s'avérer que la loi et la coutume demeurent insuffisantes pour permettre au juge, confronté à un litige, de le trancher. Selon Puchta, en cas d'insuffisance de ces deux sources, loi et coutume, la science du droit fournira au

¹ A. DUFOUR, *op. cit.*, p. 119.

² Cf. A. DUFOUR, *op. cit.*, not. p. 95 et p. 110.

³ R. SEVE, « Brèves réflexions sur le droit et ses métaphores », *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 261. *Adde.* R. von JHERING, *La lutte pour le droit*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, p. 6 et s.

⁴ Argument de PUCHTA, cf. A. DUFOUR, *op. cit.*, p. 114-115.

⁵ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1. Buch, Kap.II, § 13, p. 39 ; tr. fr., p. 37, cité par A. DUFOUR, *op. cit.*, p. 110-111.

⁶ Cf. le passage cité par A. DUFOUR, *op. cit.*, p. 113-114.

juge les règles d'après lesquelles il devra juger¹. C'est une troisième source de connaissance du droit.

79. L'école du droit libre. L'école du droit libre s'inscrit dans la même veine que l'école historique, prenant une position sociologique sur la question des sources du droit. S'il fallait rattacher la paternité de l'école à deux noms, il conviendrait de retenir ceux de Ehrlich² et de Kantorowicz³, qui publièrent plusieurs études fondatrices au début du XX^e siècle⁴. Selon l'école du droit libre, la loi et la jurisprudence ne font que constater le droit qui est le « produit direct de l'organisation de la société⁵ ». On retrouve ainsi le même rejet du positivisme et le même souci de l'effectivité que dans l'école historique : « une norme consacrée par les sources, même par la loi, n'est encore qu'un simple vœu, tant que, d'un consentement général, elle n'est pas effectivement appliquée et imposée par les organes publics, et qu'elle est même parfois contredite dans leur pratique effective : elle ne peut être considérée en ce cas comme du droit positif réel⁶ ». Le droit est alors exclusivement rattaché à la société et non à l'Etat.

B. Appréciation

80. Hypertrophie de l'élément populaire. Ces deux écoles, historique et du droit libre, mettent l'accent sur la création du droit par le peuple. Comme le précise Roubier à propos de l'école historique, « en somme, les écrivains de cette Ecole paraissent avoir uniquement envisagé les phases de formation inconsciente du droit, mais celles-ci se placent surtout aux origines de l'espèce humaine, où tout le droit repose sur les coutumes⁷ », sans considérer le développement de l'Etat au sein des sociétés. Autrement dit, l'école historique, tout comme l'école du droit libre, est anachronique. La grille de lecture offerte par ces écoles ne serait pas adaptée à notre temps.

81. L'absence de spécificité du droit. De cette hypertrophie de l'élément populaire découlent en outre deux critiques : l'absence d'indicateur sur ce qui fait

¹ Cf. A. DUFOUR, *op. cit.*, p. 115.

² Eugen EHRLICH, †1922.

³ Hermann KANTOROWICZ, †1940.

⁴ Cf. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 76.

⁵ Ibid.

⁶ M. DJUVARA, « Sources et normes du droit positif », *Annales de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1934, p. 88 et s., cité par P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 77.

⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 146.

la spécificité du droit, et l'exagération du pouvoir du juge. La première critique revient à dire qu'en se concentrant sur les forces sociales, l'école du droit libre oublie ce qui fait la spécificité du droit¹. En mettant l'accent uniquement sur l'effectivité du droit, cette invite à réduire le droit à ce qui se fait. Certes le droit est un fait, il est un phénomène, mais il n'est pas que cela et on ne comprendrait pas quel serait son rôle s'il se réduisait à ce qui se fait². Le droit est un fait, mais un fait normatif, un « fait de *sollen*³ ». Avec ces deux écoles, le droit est dilué dans les mœurs. L'assimilation des sources formelles et matérielles rend très peu compte du constat suivant : « En fait, d'ailleurs, le droit ne coïncide pas toujours avec l'état de conscience de la masse : entre les deux, souvent, une lettre sévit, plus ou moins sourde, plus ou moins vive, d'où l'opinion ne sort pas toujours victorieuse⁴. » Les écoles historique et du droit libre ne permettent pas d'expliquer ce décalage. Ainsi, si l'efficacité doit être un but pour le droit, elle ne semble pas pouvoir être pour lui un élément de distinction des autres phénomènes normatifs.

82. L'hypertrophie du pouvoir du juge. La seconde critique est ainsi formulée par Roubier, qui affirme que, « d'autre part, [cette école] a, en ce qui concerne le pouvoir du juge, lorsqu'il est appelé à statuer, une tendance à l'amplifier, et à considérer comme faisant partie de son pouvoir normal ce qui doit en principe demeurer exceptionnel⁵. » En effet, puisque le juge est chargé d'appliquer le droit, et que celui-ci ne réside pas forcément dans les lois, pourquoi ne pas s'en affranchir ? Ne devrait-il pas être souverain pour rechercher l'esprit du droit au-delà de la lettre et même de l'esprit du texte ? On le voit, le juge a alors un rôle très particulier, et, semble-t-il, exagéré.

83. Conclusion du paragraphe. Ces courants ayant montré que le droit n'était pas entièrement contenu dans la loi aboutissent d'une part à faire primer les sources matérielles sur les sources formelles et, d'autre part, à reconnaître au juge un pouvoir de création. C'est d'ailleurs en cela que ces courants paraissent excessifs, au point de ne plus faire ressortir la spécificité du droit, et de conférer au juge un pouvoir trop important par rapport à celui qu'il semble effectivement

¹ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 253.

² Les codes devraient-ils alors être réduits à l'état de dictionnaires des idées reçues ? *Adde.* la critique du positivisme sociologique de Léon Duguit par H. OBERDORFF, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. manuel, 2^e éd., 2010, n° 37, p. 45 et s.

³ Expression empruntée à J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 177, p. 205.

⁴ J. DABIN, *op. cit.*, n° 171, p. 197.

⁵ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 80.

détenir. Pourtant, poursuivant le raisonnement, les théories dites réalistes ont soutenu que le juge était la source unique du droit.

§ 2. Le juge comme source unique du droit

84. Le propre des théories réalistes est d'essayer d'appréhender le droit tel qu'il est réellement appliqué. L'école historique et l'école du droit libre s'étaient concentrées sur le peuple et la société, augmentant ainsi le pouvoir de juge, oracle du droit directement issu du peuple ou de la société. Dès lors, certaines théories se sont concentrées exclusivement sur le rôle du juge, qui tiendrait toute la vie juridique entre ses mains. Il convient d'examiner plus précisément la théorie réaliste de l'interprétation qui est actuellement la théorie qui confère le plus grand rôle à l'interprète authentique, lequel est bien souvent le juge. L'exposé de la théorie réaliste de l'interprétation est extrêmement simple (A), bien qu'elle ait subi un perfectionnement (B). Son principal défaut est malgré tout d'apparaître excessive (C).

A. Présentation de la théorie réaliste de l'interprétation

85. Comme son nom l'indique, la théorie réaliste de l'interprétation est une théorie réaliste (1), et une théorie de l'interprétation (2).

1. Une théorie réaliste

86. Réalisme juridique et sources du droit. La théorie réaliste de l'interprétation est avant tout une théorie réaliste. Il convient de préciser ce qui est désormais entendu par ces termes¹. Le réalisme juridique est couramment résumé à la phrase du juge fédéral Holmes² : « la prévision de ce que les juges feront en fait, c'est ce que j'entends par droit, et rien d'autre ». Puisque c'est le juge qui décide en dernier recours, seule sa parole importe ; il est la bouche non de la loi, mais de tout le droit, et lui seul a voix au chapitre. Il existe un lien entre le réalisme et les

¹ Comp. les différents courants rangés par Roubier sous le titre consacrés aux principaux courants réalistes au XIX^e siècle : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 18, p. 149 et s.

² « *The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious are what I mean by the law* ». Collected Legal Papers, 1920, p.173. Cité, entre autres, par J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2004, p. 328. On ne saurait imputer cependant à Holmes une quelconque parenté avec la théorie réaliste de l'interprétation puisque selon E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 64 : « les protestations réitérées du juge Holmes, contre la tendance trop marquée du judiciaire à substituer ses vues de politiques sociale et économique à celles du législateur, ont exercé quelque influence sur la jurisprudence de la Cour suprême fédérale et réussi à y provoquer au moins quelque flottement. »

théories historique et du droit libre, outre leur volonté de décrire un phénomène et de rendre compte de la réalité : c'est le problème de la distinction entre ce qui persuade le juge et ce qu'il doit prendre en compte, de la différence entre les sources formelles et les sources matérielles.

87. Exemple : l'influence du droit comparé. Il importe de revenir, *via* un exemple, sur cette distinction afin d'éclairer le rapport qu'entretient le réalisme avec les sources du droit et le pouvoir des juges. Pour les réalistes, tout ce qui influence le juge est du droit, mais seul ce qui influence le juge est du droit. L'enjeu attaché à la distinction entre les sources formelles et les sources matérielles est parfaitement mis en lumière par le débat concernant le rôle du droit comparé aux Etats-Unis. La Cour suprême a utilisé le droit comparé, d'abord dans les notes, puis dans les arrêts¹ où les éléments de droit étranger sont passés dans le texte. Les partisans du droit comparé « soulignent que le droit étranger est utilisé comme source d'inspiration, et non pas comme source formelle du droit² ». Ce à quoi les opposants au droit comparé répondent que l'« inspiration ne peut pas être distinguée nettement des sources du droit propre : si les juges reconnaissent une valeur persuasive aux décisions étrangères, ils leur donnent la force d'une source de droit effective³ ». Or, les tribunaux étrangers n'ont pas de légitimité à l'égard du peuple américain⁴. Il conviendrait donc que le juge ne face aucune référence, ni même aucune recherche concernant l'état du droit à l'étranger sur la question qui lui est posée, sous peine d'être influencé.

Le débat n'est d'ailleurs pas ignoré en France, le doyen Vedel ayant pu fustiger la tentation comparatiste de la sorte : « Que le droit comparé soit invoqué au secours de la supraconstitutionnalité ne doit pas ébranler la conviction qui, jusqu'ici, a été celle du Conseil constitutionnel pour qui le législateur ne peut être approuvé ou censuré en droit que par référence à une disposition constitutionnelle écrite. Il faut se défaire de l'idée que telle ou telle théorie, telle ou telle pratique adoptée par une Cour constitutionnelle étrangère dans une démocratie parfois

¹ Pour un exemple en droit français de motivation (au sens large) en grande partie fondée sur le droit comparé, v. *Rapport annuel 2006*, p. 411, sous Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, *Bull. Ass. plén.*, n° 8 (*Cesareo*). On y apprend que les juges se sont inspirés des modèles espagnol et anglais, au détriment des droits allemands et italiens, mais on ne sait pas pourquoi.

² Cf. R. MICHAELS, « Sources du droit contemporaines aux Etats-Unis », *Les sources du droit - Aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007, p. 105-106.

³ *Ibid.*

⁴ Sur ce débat, *adde.* J. ALLARD, L. VAN DEN EYNDE, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme », *Les sources du droit revisitées*, vol. 3, normativités concurrentes, dir. I. HACHEZ *et alii*, Anthemis, 2012, p. 285 et s., spéc. p. 304 et s.

juvénile s'impose comme le dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps¹ ».

Les opposants à l'utilisation du droit comparé semblent s'inscrire dans la veine réaliste : ils contestent l'érection du droit comparé en source du droit, au seul prétexte que celui-ci est pris en compte par le juge pour fonder sa décision. Par cette seule prise en compte, le droit comparé deviendrait une source du droit national, alors qu'il s'agit évidemment de règles étrangères. La notion de source du droit est, ainsi, à la fois élargie et atrophiée. La notion de source du droit est élargie, tout d'abord, car elle intègre tout ce que va prendre en compte le juge. A tel point que « le Congrès [des Etats-Unis d'Amérique] alla même jusqu'à voter une résolution interdisant en principe aux tribunaux de fonder leurs décisions sur le droit de pays étrangers ou sur le droit international² ». La résolution faisait suite, notamment, à une décision de la Cour suprême de 2003 s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'Homme pour invalider une loi texane faisant en toutes circonstances de l'homosexualité un crime.

La notion de source du droit est atrophiée ensuite, car n'est source du droit que ce que le juge prend en compte, et la décision qui en émane. Les règles élaborées en dehors, comme la loi, ne sont d'aucune utilité particulière au juge, qui se laissera guidé par sa conscience, dans le meilleur des cas. Tous les faits pouvant conduire le juge à sa décision deviennent des sources dérivées du droit, la seule source, la source originale, étant le juge.

2. Une théorie de l'interprétation

88. L'origine kelsénienne de la théorie réaliste de l'interprétation. Le courant qui incarne actuellement le mieux la pensée réaliste est la controversée³ théorie réaliste de l'interprétation⁴. C'est par sa vision de l'interprétation que cette

¹ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993/67, p. 96, cité par J. ALLARD, L. VAN DEN EYNDE, art. préc., p. 306. Comp. CANIVET (G.), « L'influence de la comparaison des droits dans l'élaboration de la jurisprudence », *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 133 et s.

² G. GUILLAUME, « L'autorité du juge en démocratie », *Commentaire*, n° 143, automne 2013, p. 632, 2^e col.

³ Cette théorie a notamment donné lieu à un débat entre MM. Pfersmann et Troper à la *RFDC*. O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002, p. 279 et s. (republié p. 789 et s.). Réplique de M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002, p. 335 et s. Puis à nouveau O. PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC* 2002, p. 758 et s. La défense n'aura pas eu le dernier mot, ce qui sera à nouveau le cas lors du colloque organisé au sénat en 2006 sur l'office du juge : M. TROPER, « La liberté de l'interprète », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 28 et s. puis E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 42 et s. Adde. D. de BECHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 29 et s.

⁴ Nous passons sur les courants plus modérés, comme ceux présentés dans les contributions réunies par M. Perelman sous le titre *La règle de droit*, aux éditions Bruylant. Voir, en particulier, celle de M. Silance qui affirme que « la loi comporte presque toujours une règle de droit. Cependant, cette règle peut n'être révélée que par l'application qu'en fait le juge, et la règle de droit ne sera dans ce cas pas véritablement légale mais jurisprudentielle » : L. SILANCE, « La règle

théorie se distingue des autres théories réalistes. Le point de départ de cette théorie est la critique de l'analyse kelsénienne de l'interprétation.

A propos de l'interprétation, la question que se pose Kelsen est celle de savoir si l'interprétation d'une norme est un acte de connaissance ou de volonté. En effet, chez Kelsen, la norme est la signification d'un énoncé. Dès lors, pour établir cette signification, l'interprète cherche-t-il le sens de l'énoncé, ou bien est-il libre de lui donner le sens qu'il souhaite ? S'agit-il de connaître le sens de l'énoncé, ou d'en décider le contenu ? Selon la réponse apportée à ces questions, il est possible de dire si l'organe qui doit appliquer la norme crée du droit ou non. Si, par exemple, le juge ne fait que connaître ce que veut le législateur en interprétant l'énoncé, il ne crée pas de signification, et donc, ne crée pas de norme. En revanche, s'il a ne serait-ce qu'une once de liberté, alors il a un choix, et ce choix aboutit à une part de création.

Kelsen, selon nous, reste modéré : il affirme qu'il y a un cadre¹ dans lequel peut s'exercer la volonté : « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance². » Le dernier interprète, celui dont l'interprétation ne peut être remise en cause, est l'interprète authentique. Puisque son interprétation a une part de liberté et qu'elle ne peut faire l'objet d'un recours, « l'interprétation par l'organe d'application du droit a toujours caractère authentique : elle crée du droit³ » et elle « peut aboutir à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer⁴. » La norme n'en sera pas moins valide, du moment que la norme supérieure qui l'habilite ne prévoit pas comme condition de validité – d'existence – une exigence de conformité.

89. Le dépassement de la pensée de Kelsen. Les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation estiment que Kelsen n'est pas allé au bout de son

de droit dans le temps », *La règle de droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1971, p. 50 et s., spéc. n° 2, d. Pour une critique de l'ouvrage cf. Ch. GRZEGORCZYK, « Observations sur "La règle de droit" », *APD*, t. 17, Sirey, 1972, p. 437 et s. qui conclut ainsi, p. 442 : « Les théories qui se basent sur la notion d'adhésion des juges s'approchent trop du réalisme américain qui, depuis les années 40 déjà, se trouvent pratiquement rejeté dans la théorie du droit. »

¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999., p. 340 : « La création de l'acte de droit à l'intérieur du cadre de la norme juridique à appliquer est libre, c'est-à-dire placée dans le pouvoir discrétionnaire de l'organe appelé à faire l'acte. » C'est nous qui soulignons.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Op. cit.*, p. 341.

raisonnement. L'interprétation authentique étant insusceptible de recours, la liberté de l'organe est totale. Son interprétation est purement un acte de volonté, elle ne saurait être un acte de connaissance. L'interprète est donc le véritable auteur de la norme.

Par ailleurs, le raisonnement se fonde également sur la définition de la norme donnée par Kelsen. La norme étant la signification objective d'un acte de volonté, « on ne saurait donc interpréter une norme, parce qu'on ne peut déterminer la signification d'une signification¹. » A suivre les réalistes, il existerait donc un texte, un énoncé, qui est une sorte de coquille vide, qu'il appartient de remplir en lui donnant une signification. Seule cette signification mérite le titre de norme. Ce qu'il est impossible de faire, c'est de donner une signification à cette signification. Autrement dit, il est impossible d'interpréter une interprétation. Par conséquent, comme les interprétations ne peuvent pas s'accumuler, seul celui qui a le dernier mot crée la norme. Dès lors, « déterminer la signification de ces énoncés, c'est donc [...] déterminer les normes qu'ils sont supposés exprimer. On revient ainsi à la théorie réaliste : c'est l'interprète qui est le véritable auteur de la loi². » Voilà en substance le postulat de la théorie réaliste de l'interprétation. Elle a par la suite été perfectionnée.

B. Le perfectionnement de la théorie réaliste de l'interprétation

90. L'introduction des contraintes juridiques. M. Jeammaud a pu présenter la théorie réaliste de l'interprétation en quatre points³. Premièrement, l'interprétation est l'opération par laquelle une signification est attribuée à un texte. On retrouve la distinction que fait Kelsen entre le texte et la norme, définie comme la signification de ce texte. Deux opérations se succèdent alors : la détermination du statut de l'énoncé, c'est-à-dire de la « valeur juridique » du texte, puis la détermination du contenu de l'énoncé, c'est-à-dire la norme.

Deuxièmement, l'interprétation est une décision, *i.e.* relève de la volonté, et non de la connaissance. On ne cherche pas la norme voulue par l'auteur, il s'agit d'en décider le sens. L'interprétation est un acte créateur, elle crée la norme. Avant qu'elle n'intervienne, il n'y a qu'un texte.

¹ M. TROPER, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 93.

² *Ibid.*

³ A. JEAMMAUD, Conférence « La théorie réaliste de l'interprétation à l'épreuve de la vie du droit », 18 mars 2011, Panthéon-Assas, salle des conseils.

Troisièmement, l'interprétation qui fait la norme est celle d'un interprète authentique c'est-à-dire que son interprétation n'est pas susceptible de recours. L'exemple qui revient alors fréquemment pour illustrer le propos est celui de l'utilisation de l'article 11 de la Constitution par le président de Gaulle en 1962. Rappelons simplement que ce dernier organisa un référendum sur le fondement de l'article 11, au lieu de l'article 89 consacré à la réforme de la Constitution, pour contourner le veto du Sénat quand il s'était agi de réformer le mode de scrutin des élections présidentielles. Une telle manœuvre a pu être analysée comme étant pourtant inconstitutionnelle, seul l'article 89 ayant vocation à jouer dans le cadre d'une telle réforme de la Constitution¹. Le président étant en l'espèce l'interprète authentique, il faudrait toutefois conclure à la constitutionnalité de la réforme.

Quatrièmement, l'interprète authentique dispose d'un pouvoir considérable. Son pouvoir est discrétionnaire, mais son choix est limité. Non pas par des obligations juridiques, ou par une autolimitation, mais par des contraintes juridiques. Ces dernières sont des situations de fait, des rapports factuels, de force, engendrés par des dispositions juridiques². L'interprète est libre juridiquement mais matériellement contraint. Ces contraintes sont appelées juridiques pour les distinguer des données psychologiques, physiologiques, sociologiques, économiques... « Elles résultent uniquement de la configuration du système juridique³ ».

91. La mise à l'écart des contraintes juridiques. Si l'on accepte de prendre en compte l'amendement de la théorie réaliste de l'interprétation par l'introduction des contraintes juridiques, il nous paraît juste de reconnaître à la théorie des vertus explicatives. Le modèle élaboré est très proche de celui que l'on retiendra avec le critère de la justiciabilité précisé par la mise en valeur des règles de reconnaissance⁴. Le juge, ou l'interprète authentique, est au cœur du

¹ Cf. D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain 2, Le régime politique de la France*, Dalloz, 6^e éd., 2013, n° 749 et s., p. 587 et s. Comp. F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Manuel, 34^e éd., 2013, n° 503, p. 409 et s. ; A.-M. LE POURHIEU, *Droit constitutionnel*, Economica, 5^e éd., 2013, p. 330-331.

² Pour une présentation de la théorie de la contrainte juridique, qui semble avoir gagné en autonomie tout en restant fondée sur la théorie réaliste de l'interprétation : cf. P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, théorie des sources du droit, dir. I. HACHEZ *et alii*, Facultés universitaires Saint Louis, 2012, p. 385 et s. Les auteurs définissent les contraintes ainsi, p. 398 : « Toutefois, les contraintes qu'il s'agit de repérer ne sont pas ces discours eux-mêmes mais un ensemble de faits constitués, d'interprétations, de raisonnements, d'argumentations, forgés à partir de ces discours et qui en produisent d'autres. Les contraintes sont donc des éléments de fait qui conduisent à produire des discours juridiques spécifiques. » Cette théorie ne sera pas étudiée, son objectif paraissant trop éloigné du notre, à savoir « mettre en exergue certains facteurs de production des normes juridiques » (*ibid.*, p. 408). Par ailleurs, on ne voit pas bien l'intérêt de proclamer la liberté du juge pour fonder la théorie réaliste de l'interprétation, s'il est ensuite question de reconnaître qu'il peut être contraint.

³ E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 44.

⁴ Cf. *infra*, n° 129 et s.

phénomène juridique, mais, il n'est pas pour autant l'unique organe à pouvoir dire si une règle est juridique ou non, et il est contraint d'appliquer la loi.

Il est possible de se demander cependant si cet amendement ne dénature pas profondément cette théorie. Ne remet-il pas en cause, concrètement, l'authenticité de l'interprète ainsi que l'idée que toute interprétation est un acte de volonté ? Seul le point de départ de la théorie réaliste de l'interprétation nous paraît donc devoir être discuté : il est possible d'être en accord avec les conclusions les plus récentes que délivrent une telle théorie, sans pour autant s'accorder sur son fondement.

C. Les excès de la théorie réaliste de l'interprétation

92. Après cette brève présentation, deux types de critiques apparaissent : la théorie ne semble pas rendre compte de la réalité (1) et son incapacité à rendre compte de la spécificité du droit la rend inutile (2).

1. Une théorie irréaliste

93. La distinction entre le permis et l'interdit : un monopole de l'interprète authentique. Selon la théorie réaliste de l'interprétation, l'interprétation est un acte de volonté et non de connaissance. Il faut préciser que s'il en est ainsi, ce n'est pas à cause de l'indétermination de tous les textes, mais à cause de l'authenticité de l'interprète. La liberté de l'interprète ne vient pas de l'indétermination textuelle ; c'est sa liberté qui permet d'établir le principe de l'indétermination textuelle. M. Troper explique que ce renversement vaut également à propos de la capacité des juges. L'auteur cite, pour illustrer son propos, l'opinion concordante du juge Américain Jackson dans l'affaire *Brown v. Allen*¹ : « *We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*². » La liberté de l'interprète vient donc uniquement de sa capacité à produire des interprétations insusceptibles de recours. Il est difficile de ne pas voir une part de fiction dans ce renversement : qui soutiendrait sérieusement qu'effectivement, parce que le juge décide sans possibilité de recours, il est infallible ?

Il devient par ailleurs impossible de savoir ce qui est permis ou non, tout dépendant de ce que dira l'interprète authentique, puisqu'il est le seul à pouvoir

¹ 344 U.S. 443 (1953). Traduction libre : « Nous ne sommes pas ceux qui avons le dernier mot parce que nous sommes infallibles, mais nous sommes infallibles uniquement parce que nous avons le dernier mot. »

² M. TROPER, « La liberté de l'interprète », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 31.

dire ce qui est permis ou non. Le texte n'est alors jamais violé par l'interprète authentique, puisqu'il n'a que le sens que celui-ci veut bien lui donner. On comprend alors que M. Boré ait pu dire que la théorie réaliste véhiculait une « conception dépressive et cynique de la loi¹ ». Toute règle de reconnaissance est ainsi rendue inutile, voire inexistante, puisque personne ne peut réellement dire ce qu'est une règle de droit, hormis l'interprète authentique, qui, en outre, décide seul de sa signification.

94. Théorie réaliste et principes de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Dès lors, si la théorie de l'interprétation décrivait la réalité, des principes de notre droit seraient rendus parfaitement inutiles. En premier lieu, on peut penser à celui de clarté de la loi. Le principe d'accessibilité, de clarté et d'intelligibilité de la loi fut évoqué par une décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982², puis consacré par une décision du 10 juin 1998³ ; il sera défini comme un objectif à valeur constitutionnelle par une décision du 16 décembre 1999⁴. Ce principe intègre deux composantes : la volonté de rendre le droit accessible aux citoyens pour qu'ils puissent régler leur conduite, et/ou un effort fait pour aider le juge dans son office⁵. La théorie réaliste rendrait inopérant ce principe, faute de norme à respecter par l'interprète authentique : il n'a pas besoin d'être aidé pour appliquer la loi, puisque c'est à lui d'en déterminer totalement la signification. Peu importe alors qu'elle soit claire ou non.

Il en est de même pour le principe de la légalité en matière pénale, qui a d'ailleurs vocation, notamment, à apporter une limite à l'arbitraire du juge⁶. A quoi bon prévoir un tel principe si, de toute façon, le juge est souverain⁷ ? La théorie réaliste de l'interprétation semble nier les rapports qui ont été instaurés

¹ L. BORE, « L'obscurité de la loi », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, n° 18, p. 35.

² Cons. const., 16 janv. 1982, déc. n° 81-132 DC.

³ Cons. const., 10 juin 1998, déc. n° 98-401 DC.

⁴ Cons. const., 16 déc. 1999, déc. n° 99-421 DC.

⁵ En ce sens cf. L. CORBION-CONDE, *Juris-cl. civ.*, art. 4, n° 27.

⁶ Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, déc. n° 80-127 DC : « 7. Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ».

⁷ Nous retenons ces principes entre autres. Par ex. en droit communautaire, l'obligation d'interprétation conforme des directives ne servirait plus à rien également. La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît qu'une interprétation peut être créatrice et changer le sens d'un texte, mais elle impose justement une interprétation conforme. Cf. Arrêt *Von Colson et Kamann* du 10 avr. 1984, aff. 14/83, *Rec. CJCE* 1984, I, p. 1891. L'interprétation conforme serait issue d'une obligation particulière d'application de la directive que la Cour fonde sur l'article 288, 3° al. TFUE (ex. art. 249 TCE) et relève aussi de l'application du principe de primauté. Cf. C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'union européenne*, LexisNexis, coll. Manuel, 5° éd., 2013, n° 758, p. 583. En droit constitutionnel on peut penser au principe de séparation des pouvoirs rendu parfaitement inefficace par la suppression *de facto* du pouvoir législatif ; l'article 12 du CPC serait également un non-sens.

entre le juge et le législateur, afin de ne retenir que la capacité du juge à s'écarter de la loi. Pourtant, cette capacité n'est en aucun cas une permission.

95. Une théorie limitant le droit à la raison du plus fort. En effet, le fait que le juge, ou l'interprète authentique, puisse ignorer la loi, ne lui en donne pas le droit. La langue allemande est à cet égard éclairante, car elle distingue deux sens confondus en français dans le mot « pouvoir ». L'allemand distingue ainsi les verbes *können*, pouvoir au sens d'avoir la capacité, et *dürfen*, pouvoir au sens d'avoir le droit. En toute logique, le *können* de capacité ne peut pas produire un *dürfen* d'autorisation : avoir « la capacité de », ne saurait attribuer « le droit de ». Sans quoi, le droit se résumerait à l'idée que « la raison du plus fort est toujours la meilleure », pour paraphraser Jean de la Fontaine¹. Or, il est possible de douter de la juridicité des commandements émanant d'une personne qui n'aurait de légitimité qu'à travers sa puissance : si la force est véritablement la force, elle s'impose en tant que telle, non en tant que droit². En fondant le droit sur la capacité d'une personne à produire des interprétations authentiques, la théorie réaliste du droit dissout le droit dans le fait, réduit la norme juridique à un commandement. La théorie réaliste oublie que le droit est également une réalité, et qu'il convient de préciser que le juge a aussi des devoirs, bien qu'il ne les respecte pas forcément. La condamnation de l'école historique faite par Roubier peut être pertinemment rappelée en ce qui concerne la théorie réaliste de l'interprétation : « on [peut] lui reprocher son admiration un peu excessive pour le fait accompli³. »

96. Exposé de la théorie des trois plans. C'est pourquoi il nous faut nous arrêter également sur la théorie des trois plans un instant, certains de ses aboutissants ayant trait à nos développements. M. Morvan est à l'origine de cette théorie lorsqu'il cherche à présenter dans sa thèse une autre organisation spatiale de l'ordre juridique, plus à même de rendre compte de la réalité que la pyramide de Kelsen. Il introduit l'existence de trois plans : « le **plan horizontal du droit**, plan **supérieur** abritant l'ensemble des normes abstraites et générales du droit écrit, de nature conventionnelle, réglementaire, législative, internationale ou constitutionnelle, qui constituent les sources **formelles** du droit positif ; le **plan horizontal du fait**, plan **inférieur** abritant l'ensemble des données factuelles qui

¹ *Adde.* B. N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. Calvès, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011 : « Il n'en demeure pas moins que, par cet abus de pouvoir, [les juges] violent le droit. »

² Cf. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 136 et s., p. 174 et s. *Adde.* G. del VECCHIO, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 260 et s. ; A. SERIAUX, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2° éd., 1999, p. 23.

³ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 147.

ont vocation à être soumises à l'emprise du droit, à être régies par les normes juridiques existantes dans le premier plan ; **le plan vertical de l'activité juridictionnelle**, plan jointif des deux précédents tout au long duquel le juge assure le **transit** de la **norme** abstraite vers la réalité du **fait**, au bénéfice d'un travail de réalisation et de concrétisation qui est la source vive de la jurisprudence¹. »

Il en infère les implications suivantes : « le juge détient le pouvoir de restreindre la portée de la loi **jusqu'au point de l'évincer complètement** et ce en toute **légitimité**² » et « le pouvoir du juge étatique de nier la loi, qu'elle quelle soit, est **légitime**. Il exerce dans les limites du plan vertical de la pratique judiciaire un **monopole** découlant de la **structure** de l'ordre juridique et de la **fonction** qui lui est assignée en son sein. [...] La faculté d'entrave dont dispose le juge procède de l'autonomie du plan sur lequel se situe son activité. Le législateur jouit au même titre d'une absolue liberté sur le plan horizontal du droit³. »

97. Critique de la théorie des trois plans. Deux points nous paraissent devoir être discutés. Tout d'abord, ce n'est pas parce que le juge peut, par sa position, empêcher l'application d'une loi qu'il a le droit de le faire. Les critiques faites à l'égard du réalisme trouvent ici toute leur légitimité et doivent être reprises avec vigueur : le *können* n'est pas le *dürfen*, et ce, qu'il existe des sanctions envers le juge ou non. Le monopole mis en avant par l'auteur n'existe que si l'on ferme les yeux sur le devoir qui est fait au juge d'appliquer les règles de droit. Les théories réalistes, aveuglées par les faits, en oublie de décrire l'existence même des règles juridiques.

Ensuite, il faut se demander si une confusion n'est pas opérée par la théorie des trois plans. Si le premier plan est celui des règles abstraites, et que le plan du juge, le troisième, est perpendiculaire, on pourrait éventuellement suivre l'auteur lorsqu'il dit que chacun fait ce qu'il veut dans son domaine : le législateur peut légiférer comme il le souhaite, le juge juger comme il l'entend. Mais il s'agit d'en tirer la conséquence pour le juge : s'il a une autonomie, c'est pour juger, non pour légiférer. Or, créer une règle de droit, ou créer un principe *contra legem*, n'est-ce pas créer une norme qui a vocation à rejoindre le premier plan ? Quelle est la légitimité du juge ici ? Et à quoi bon un premier plan consacré à la législation si le juge peut s'en écarter ? Autrement dit, la théorie des trois plans, mise en place en

¹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 1999, n° 650, p. 622.

² *Ibid.* n° 653, p. 623.

³ *Ibid.* n° 653, p. 624-625.

vue de justifier la création de principes qui évincent la loi, nous semble peu pertinente.

98. L'obéissance aux règles de droit. De manière générale, il est permis de penser la chose suivante : que les théories réalistes, y compris la théorie des trois plans, expliquent les dysfonctionnements de l'ordre juridique, tant mieux ; qu'elles en fassent leur fondement, c'est plus contestable. Comme a pu le souligner Cardozo, « le Droit et l'obéissance au Droit sont des faits dont nous éprouvons tous, par notre expérience quotidienne, qu'ils existent. Si le résultat d'une définition est de les faire apparaître comme une illusion, tant pis pour la définition ; nous devons l'élargir jusqu'à ce qu'elle permette de rendre compte de la réalité. [...] Il existe sans aucun doute un champ dans lequel le jugement judiciaire n'est pas entravé par des principes fixes. [...] Mais il ne faut pas que ces exemples occasionnels et relativement rares occultent les cas innombrables où il n'existe ni obscurité, ni conflit de règles, ni occasion pour un conflit de sentences¹. » Il serait possible de multiplier les exemples d'allégeance à la loi des différentes juridictions françaises. Ainsi, le fait même que la Cour de cassation formule dans ses rapports annuels des suggestions de réformes de la loi manifeste qu'elle se sent liée par la législation : si tel n'était pas le cas, elle opérerait ces changements elle-même².

¹ Cf. B. N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. Calvès, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011, p. 85-86. Adde. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 65, p. 75 : « le réalisme laisse d'autant plus incertain qu'on ne jurerait pas que le juge se sente aussi souverain que la théorie le présente. Pour être plus précis, il convient de dissiper une ambiguïté de cette vision du réalisme : s'il examinait le travail concret du juge, il serait un sociologisme davantage qu'une théorie du droit. S'il prétend l'être, c'est parce qu'il raisonne à partir des besoins et de l'activité d'un juge abstrait, sans trop se préoccuper de savoir ce qui se passe dans la réalité. Singulier réalisme que cette indifférence aux réalités, que cet irréalisme ! » ; G. DEDEURWAERDER, *Théorie de l'interprétation et droit fiscal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2010, n° 7, p. 8 et n° 89 et s., p. 87 et s.

² Il faut concéder que si le législateur reste trop longtemps sourd à la suggestion, alors la Cour de cassation opère elle-même le changement. Cf. Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Deffrénois, Lextenso éditions, 5^e éd., 2014, n° 395, p. 324-325.

Sur le refus de prendre en compte la désuétude de la loi : Cass. civ. 25 janv. 1841, *S.* 1841, 1, 105 ; Cass. req. 16 nov. 1841, *S.* 1842, 1, 128, cités par A. Lebrun, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, 1932, n° 316, p. 337. Comp. P. DEUMIER, « Les règles de droit obsolètes et le juge », *RTD civ.* 2005, p. 78 et s., qui distingue désuétude et obsolescence et cite Cass. civ., 7 mai 1839, *S.* 1839, 1, 353 comme arrêt manifestant le choix d'appliquer la loi, même désuète. Adde. Cass. civ. 20 févr. 1838, *Bull. civ.* n° 30, cité par F. BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation – De L'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003, note 2, p. 12 : « il n'appartient pas aux tribunaux, dont le devoir est de veiller à la conservation des droits des mineurs, comme d'appliquer religieusement les lois, de chercher à corriger les prétendus inconvénients qui découleraient, selon eux, de leur exacte application ». V. encore : *Rapport annuel 2002*, p. 404 ; *Rapport annuel 2010*, p. 371. V. égal. les nombreux exemples donnés par O. SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl., 1983, qui relève les cas où les juges refusent d'opérer un revirement de jurisprudence, reconnaissant que la modification incombe au législateur. V. encore M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : Etude sociologique*, thèse dactyl., 1983, p. 87 et s. et p. 118 et s., où l'enquête sociologique révèle le respect des juges envers la loi, qu'ils soient du fond ou de cassation.

Pour le Conseil constitutionnel : Décision n° 2010-39 QPC du 06 oct. 2010 (adoption au sein du couple homosexuel au regard de l'article 365 du Code civil) ; Décision n° 2010-92 QPC du 28 janv. 2011 (mariage homosexuel), avec son corollaire en matière de contrôle *a priori* : décision n° 2013-669 du 17 mai 2013 (not. considérant n° 22). Dans ces

99. L'existence du droit en dehors du juge. Rappelons enfin que ce n'est pas parce que le juge, ou l'interprète authentique, ne s'est pas prononcé, qu'il n'y a pas de droit sur la question¹. La règle de droit qui serait appliquée spontanément par les citoyens n'en demeure pas moins une règle de droit. Peu importe alors que l'on considère que c'est une règle inutile ou au contraire que l'on y voie une règle parfaite, car acceptée par tous.

Ainsi, la théorie réaliste de l'interprétation, en se focalisant sur le juge, ne semble pas à même de pouvoir rendre compte du fonctionnement normal du système juridique, sauf à introduire les contraintes juridiques qui permettent en effet de resituer le juge dans son environnement. Un défaut demeure cependant : tout comme les courants historiques et sociologiques, cette théorie ne semble pas à même de renseigner sur ce qu'est le droit.

2. Une théorie inutile

100. L'interprétation authentique. La théorie réaliste paraît en outre être inutile, dans la mesure où elle ne peut renseigner sur la spécificité du droit. En effet, selon cette théorie, deux critères sont nécessaires pour qu'une interprétation soit authentique : il faut qu'elle provienne d'un organe d'application et que l'acte d'interprétation entraîne des effets dans l'ordre juridique². Ces deux critères doivent être examinés.

101. L'organe d'application. En premier lieu, on ne trouve pas de définition de ce qu'est un organe d'application. La théorie réaliste renvoie à des données intuitives, l'organe d'application serait autopoïétique³. Le problème est

décisions, il est rappelé qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur *Adde.* pour un renvoi similaire au législateur en matière d'expertise génétique *post-mortem* : Cons. const., décision n° 2011-73 QPC du 30 sept. 2011.

Sur la distinction entre désuétude et obsolescence, *adde.* D. GUTMANN, *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, v° Temps.

¹ E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 71 : « S'il n'y a pas de norme avant la commission d'une infraction parce que la loi qui la prévoit n'aura pas encore été interprétée-édictee pour le cas donné, faudra-t-il condamner la personne qui l'a enfreinte et violer par le fait même le principe *nullum crimen sine lege* (ou l'interpréter librement d'une façon telle qu'il n'apparaisse pas violé) ou faudra-t-il, pour le respecter, ne plus condamner personne parce que, selon la théorie, la norme qui devait incriminer n'a pas encore été arrêtée ? » *Adde.* B. N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. Calvès, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011, p. 85.

² M. TROPER, « Pour une théorie juridique de l'Etat », PUF, coll. Léviathan, 1994 p. 305 et s. Une disposition « ne saurait avoir la signification objective d'une norme que si l'ordre juridique attache à sa violation certaines conséquences de droit. Or c'est précisément l'interprétation qu'en donneront les organes d'interprétation qui permettra de déterminer s'il y a ou non violation et s'il y a lieu par conséquent d'appliquer les actes prévus en pareil cas ». Cité par O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation. », *op. cit.*, note 79, p. 831.

³ O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation. », *RFDC* 2002, p. 832.

alors qu'il peut y avoir autant de normes posées que d'organes¹. « Tout le monde peut juridiquement être auteur de tout, pourvu qu'il ait le pouvoir effectif² ». C'est à nouveau la loi du plus fort qui triomphe.

102. Les effets dans l'ordre juridique. En second lieu, rappelons que selon M. Troper, un énoncé est normatif car il produit des effets dans l'ordre juridique. M. Pfersmann pose alors la question : qu'est-ce que l'ordre juridique ? Comment le déterminer, où le trouver, si l'ordre juridique ne se distingue en rien de la factualité des rapports de pouvoir ? D'après M. Troper, l'ordre juridique est constitué par le résultat des interprétations authentiques³. Mais, selon le même auteur, dans le même article, c'est l'ordre juridique qui permet de dire si l'interprétation est authentique ou non⁴. Comment l'authenticité d'une interprétation peut-elle dériver de l'ordre juridique qui constitue lui-même le résultat des interprétations authentiques ? Cela est impossible⁵, sauf à considérer que ce sont deux choses identiques. L'ordre juridique serait alors équivalent à l'ensemble des interprétations authentiques. Mais comment identifier alors l'ordre juridique sans recourir à l'authenticité puisque les deux seraient synonymes ? La théorie réaliste ne semble pas à même de répondre. Elle est, en ce sens, inutile : elle ne permet pas de renseigner sur ce que sont le droit et la règle de droit.

103. Conclusion de la section. Par conséquent, l'ensemble des théories cherchant à rendre compte du phénomène juridique à travers le prisme de l'effectivité, écoles historiques, sociologiques, théorie réaliste de l'interprétation, diluent tellement le droit dans le fait qu'il devient impossible semble-t-il d'en extraire la particularité. Un autre critère de la juridicité doit être recherché.

¹ *Ibid.*, p. 833.

² E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 61.

³ M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002 p. 337, proposition e) « Au nombre des normes ainsi créées par les interprètes figurent celles qui fondent leur compétence. Ils sont donc les maîtres de leurs propres compétences ».

⁴ *Ibid.*, proposition b) : « L'ordre juridique attache à certaines interprétations, auxquelles on donne le nom d' "authentiques", certains effets, notamment que le texte doit être réputé avoir la signification qui lui a été attribuée, quelle que soit cette signification, même si celle-ci est très éloignée de celle qu'on pourrait lui attribuer par ailleurs, au vu du langage employé par le texte, de ce qu'on peut connaître de l'intention de l'auteur initial du texte ou d'une donnée quelconque ».

⁵ O. PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie – En réponse à Michel Troper », *op. cit.*, p. 777 et 778.

Section 3. Le choix du critère de la justiciabilité

104. Le normativisme et le réalisme nous apparaissant insuffisants, nous chercherons un autre élément propre à définir le droit, à savoir la justiciabilité (§ 1). La pertinence de ce critère sera établie par la promotion de ses vertus explicatives (§ 2), puis par sa mise à l'épreuve, en répondant aux objections qu'il suscite (§ 3).

§ 1. Etablissement du critère

105. **Ordre juridique et commandement du bandit.** Il paraît possible de soutenir, en partant notamment des écrits de Kelsen, que le droit n'est possible qu'avec l'intervention d'un tiers. Un passage de la *Théorie pure du droit* nous paraît être déterminant. Il concerne la distinction que le maître autrichien opère entre l'ordre juridique et le commandement du bandit. La distinction est perceptible sémantiquement : la menace du voleur laisse entendre « qu'un certain mal **sera** infligé sous certaines conditions. Mais le sens de l'ordre juridique, lui, est que, telles conditions étant données, certains maux **doivent être** infligés¹. » Dans cette distinction gît le critère de juridicité le plus adéquat selon nous. Dans la distinction du **sera** et du **devra** repose la différence entre la violence et le droit. La violence impose mécaniquement, le droit invite à suivre une procédure et implique la suspension du litige en vue de son jugement.

106. **L'intervention déterminante du juge.** Si certains maux doivent être infligés selon l'ordre juridique, qui est lié par ce devoir, qui en est le destinataire ? Il y a tout lieu de penser que c'est au juge que l'ordre juridique s'adresse. Il convient dès lors de suivre les propos de Bobbio : « **Spécifiquement, la juridiction** n'est pas seulement une source du droit dans la mesure où elle est l'une des méthodes de création du droit, mais elle **est la condition nécessaire pour l'existence d'un ordre juridique**². » La présence du juge marquerait donc la naissance de l'ordre juridique.

M. Winckler place également le juge au cœur du phénomène juridique lorsqu'il tente de distinguer la justice de l'injustice, le droit de la violence. Selon

¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 51-52.

² N. BOBBIO, « Kelsen et les sources du droit », *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 141. C'est nous qui soulignons. *Adde.* H. KELSEN, op. cit., p. 241 : « La proposition de droit ne déclare pas : lorsqu'un homme a commis un meurtre, telle peine doit être prononcée contre lui, mais : lorsque le tribunal compétent a été établi avec force de chose jugée, suivant une procédure réglée par l'ordre juridique, qu'un individu a commis un meurtre, le tribunal doit prononcer contre cet individu telle peine. »

lui, « le policier emploie force et contrainte, et s'en tient au fait. La justice cesse d'être lorsqu'elle est sommaire c'est-à-dire sans la distinction suspensive du procès¹. » La conséquence en est que « le procès a lieu précisément parce qu'il n'y a jamais en droit d'application immédiate de la loi (La suspension qui rejette l'immédiateté du fait, suspend également l'application de la loi. L'injustice, en ce sens, n'est pas seulement le refus – violent, sans préalable – du droit, mais également l'application immédiate de la loi)². »

Le phénomène juridique apparaîtrait donc avec la figure du juge, dès lors qu'il est question de résoudre un litige par sa médiation. Il est possible de suivre Carbonnier qui affirmait que « ce qui est propre au droit, c'est une mise en question organisée, une institution de contestation³ » et qui précisait, non sans précautions formulées préalablement, « qu'est juridique ce qui est propre à provoquer un jugement, ce qui est susceptible de procès, justiciable de cette activité très particulière d'un tiers personnage que l'on appelle arbitre ou juge⁴. » Le critère de la juridicité serait donc celui de la justiciabilité. Le phénomène juridique apparaît ainsi avec l'intervention d'un tiers qui a pour mission de trancher un litige⁵.

107. Justiciabilité et contrainte. Le doyen Carbonnier estime que ce critère de la justiciabilité rejoint celui de la contrainte à cause du dilemme suivant : « Ou bien l'arbitrage est consensuel, l'exécution spontanée : qu'a-t-on besoin de droit ? Les mœurs suffisent. Ou bien il manque un accord ici ou là : il y faut du

¹ A. WINCKLER, « Précédent : l'avenir du droit », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, note 6, p. 134.

² A. WINCKLER, « Précédent : l'avenir du droit », *op. cit.*, p. 136.

³ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2004, p. 320. La citation exacte est : « ce qui est propre au droit, c'est une mise en question organisée, une institution de contestation. Contestation de quoi ? Non pas du droit lui-même en tant que règle, mais de l'application de la règle au cas présent. » Dans le même sens : J.-L. VULLIERME, « L'autorité politique de la jurisprudence », *APD*, t. 30, 1985, p. 95 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2010, p. 13 : « Le fait que les règles morales ne soient pas juridiques signifie qu'on ne peut requérir ni les tribunaux ni la force publique pour les faire respecter ». Puis, p. 19-20 : « Le caractère obligatoire ne suffit cependant pas à décrire la règle juridique : celle-ci s'accompagne d'une sanction du système juridique c'est-à-dire que les tribunaux peuvent contraindre son destinataire à la respecter. C'est cette sanction de type "juridique", prononcée par des juridictions chargées de dire le droit, qui donne son caractère juridique à la règle, plus que son contenu, car une même règle peut être prescrite par des ordres divers (le droit et la morale par exemple). » ; D. d' AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 236, 1994, p. 16 : « Il semble que le seul indice qui permette de distinguer le droit, de la morale, de la religion ou de l'économie soit tout simplement l'intervention d'un juge, d'un tiers personnage pour mettre un terme à la contradiction des parties litigantes, par une décision. [...] C'est donc l'éventualité d'un jugement, l'*eventus judicii* qui constitue le critère de la juridicité. » Comp., plus nuancé, Ph JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 8^e éd., 2014, p. 18 et s., puis plus affirmatif, p. 144 et s.

⁴ J. CARBONNIER, « Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 23.

⁵ *Adde.* A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, p. 24 : « Pour le moment, il suffit de remarquer qu'on peut constater la présence du Droit en se basant uniquement sur le fait de l'intervention du tiers. Et l'on peut ajouter qu'il suffit de savoir par ailleurs qu'on se trouve en présence d'une situation juridique, pour être forcé de postuler (ou de prévoir) une telle intervention (tout au moins en tant que possible). Il faut donc dire que le Droit ne peut pas se révéler à l'homme sans que celui-ci constate ou postule une intervention désintéressée d'un tiers. En d'autres termes cette intervention est un élément constitutif nécessaire ou "essentiel" du phénomène "Droit". »

droit, une contrainte¹. » Cet ajout de la contrainte, s'il participe à une meilleure effectivité du droit ne nous paraît cependant pas être nécessaire à une définition du droit. L'arbitre tranche le litige, il y a bien un phénomène juridique, peu important ensuite que les parties suivent ou non sa décision. Ce n'est donc pas la sanction à proprement parler qui est l'essence de la règle de droit, ne serait-ce que parce qu'il existe des sanctions en dehors du droit, des sanctions disciplinaires par exemple².

108. La notion de juge. Notons qu'il n'est nul besoin de faire appel aux règles de droit pour déterminer qui est juge, du moins dans le cadre de notre sujet. La définition donnée par M. Wiederkehr est ici amplement suffisante : « pour peu que les parties aient accepté de s'en remettre à la décision³ et qu'il ne se prononce qu'après les avoir entendues contradictoirement, ce tiers est un juge. Il s'agit, si l'on veut, d'un arbitrage, mais l'arbitre est bien un juge. Ce qu'il y a d'essentiel dans la fonction de juger, c'est que le juge est complètement extérieur au litige⁴. » En retenant une telle définition, on évite de définir le droit par le droit : la situation de juge n'est pas définie par le droit, c'est un phénomène qu'il est possible d'observer. Par juge, il faut entendre ici tout arbitre au sens large⁵, tranchant un conflit. Le juge peut ainsi être un particulier comme l'était le *iudex* à Rome⁶. Le terme de « juge » est donc à prendre au sens large, proche de son sens étymologique, en ce qu'il a pu désigner historiquement « celui auquel on attribue le soin d'arbitrer un différend, de résoudre une question⁷ ».

109. Un critère historique. Il est donc probable que nous ayons un indice très fort de présence du droit, à travers cette médiation et intervention du tiers⁸. Historiquement, rien ne permet d'affirmer le contraire. La règle de droit ne serait

¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2004, p. 321.

² Comp. Ph. JESTAZ, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts », *RTD civ.* 1979, p. 490.

³ La pertinence de cette précision nous paraît discutable, en ce qu'elle n'est peut être pas nécessaire.

⁴ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 582. Nous nous séparons ici de Hart lorsqu'il affirme qu'« il est certain que le droit ne peut se réduire à ce que les autorités font ou à ce que les tribunaux vont faire, étant donné qu'il faut une règle de droit pour instituer une autorité ou un tribunal » (H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 20).

⁵ Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre la Cour de cassation et les juges du fond, du moment qu'on leur reconnaît la capacité de mettre fin à un litige.

⁶ J.-P. ANDRIEU, *Histoire de la jurisprudence*, Vuibert, 2012, p. 1 : « A Rome, au milieu du V^e siècle avant Jésus-Christ, la séparation de l'instance en deux phases – *in iure* devant le magistrat ; *apud iudicem*, devant le *iudex*, simple particulier –, constitue l'un des traits les plus remarquables de l'*ordo iudiciorum privatorum*. [...] La seconde phase, *apud iudicem*, en laissant à un citoyen privé agissant sur ordre du magistrat le soin de la justice civile, présente l'archaïsme le plus étonnant. »

⁷ Selon le dictionnaire en ligne (<http://www.cnrtl.fr/etymologie>) du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), v^o Juge, du latin *judicem*, acc. de *judex*, *-diciis* « juge, arbitre ».

⁸ L'idée d'intervention, d'inter-vention, le fait de venir entre, n'est d'ailleurs pas sans lien avec la notion d'interdiction : inter-dire, dire entre, mettre une distance entre. On comprend alors que le droit soit souvent perçu comme un ensemble de règles contraignantes, car elles posent précisément des **interdits**.

pas première chronologiquement¹, tandis que le recours au juge peut légitimement constituer le point de naissance du droit. Cette intervention du juge permet d'ailleurs de tenter de préciser le domaine du droit.

110. Conclusion du paragraphe : d'une notion du droit à une définition de la règle de droit. Puisque l'intervention d'un tiers impartial manifeste l'apparition du droit, c'est dans ce cadre qu'il faut rechercher l'existence de la règle de droit. Cela implique bien évidemment que des litiges existent pour que le phénomène juridique puisse apparaître : « Dans une société totalement pacifiée, sans aucun conflit, il n'y aurait pas de droit². »

Sans développer davantage le concept de règle pour le moment, nous pouvons dire que **la règle de droit est la règle qui sert de fondement à la décision du juge**. Elle emprunte son caractère à l'organe qui s'en saisit. Ainsi qu'on a pu l'écrire, « tout ce qui est extérieur à la sentence – les lois, les documents, les témoignages, les formalités du procès –, tout cela ne devient droit que par la possibilité d'une approbation des juges³. » Encore faut-il préciser que « cela ne signifie pas seulement chercher le droit chez les juges, mais que tout ce qui n'a rien à faire avec une possible intervention des juges comme juges reste en dehors du champ du droit à proprement parler⁴. » La règle de droit s'adresse au juge ; il en est le destinataire. Elle concerne également l'individu qui s'enquerra de son contenu ; il en est le sujet⁵. Tel est le critère de la justiciabilité.

¹ Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 8^e éd., 2014, p. V-VI ; J. CARBONNIER, « Sur le caractère primitif de la règle de droit », *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. 1, 1961, Dalloz et Sirey, p. 109 et s. ; P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges P. Couzinet*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1974, p. 355 : « Il semble bien, en réalité, que, dans tous les systèmes juridiques une loi commune fasse résider le point de départ de leur évolution historique dans l'aménagement du recours au juge, la règle de droit, peu à peu dégagée de ses décisions prenant seulement ensuite la place fondamentale, par un renversement intellectuel de l'ordre des facteurs. » ; J.-E.-M. PORTALIS, in LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. 1, Paris, 1827, p. 417 : « Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois ; ces juges, dans ces temps d'ignorance et de grossièreté, étaient des ministres d'équité entre les hommes ». *Ibid.*, p. 482 : « Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois, et jamais les lois ne pourront atteindre tous les cas qui se présentent aux juges ». *Adde.* M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, n° 142, p. 171 : « Le droit naît avec le moment où des hommes pris dans un conflit, au lieu de le vider par la force, s'en remettent à la parole [...]. L'art de disputer, de controvertre, et de tirer la décision de la controverse est au cœur de la méthode du droit. Les lois aussi, moyen tardif et point nécessaire (il y a des litiges qui se règlent sans recours à la loi) sont discours et produits de discours. » Pour la mise en place du système juridique dans la Grèce antique, qui confirme l'apparition première du juge, cf. A. AZARI, *Essai sur le rôle de la jurisprudence comme source du droit appliqué*, thèse dactyl., 1969, p. 19.

² C. ATIAS, « Le droit à la limite », *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, n° 21, p. 168. Comp. J. CARBONNIER, « Toute loi en soi est un mal ? », *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 331 : « Dans un peuple de saints, les lois seraient inutiles : l'amour du prochain pour l'amour de Dieu, l'amour du prochain pour l'amour de l'humanité, suffiraient à harmoniser les pensées et les actions. »

³ A. d'ORS, « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits*, n° 10, PUF, 1989, p. 51. *Adde.* A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, p. 25 : « C'est cette intervention [d'un être humain impartial et désintéressé] qui est l'élément spécifiquement juridique. C'est elle qui transmet un caractère juridique à l'ensemble de la situation. » Comp. sa définition de la règle de droit, p. 26.

⁴ *Ibid.*

⁵ En ce sens : R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 125, p. 158 : « A tout le moins, la règle de droit fonctionne de façon duale. D'un côté, elle suppose une prise en considération par les sujets de droit, qui y trouvent un modèle de comportement

Il nous paraît alors possible de dire que le phénomène juridique apparaît avec le juge, et qu'il est le pigment qui va donner à la règle sa coloration juridique. Pour le dire autrement, en termes plus techniques, la règle de droit est alors celle qui pourrait servir de visa au juge¹.

Au terme de ces développements, il faut retenir que tout phénomène juridique dépend de l'existence d'un juge, et que, par conséquent, la règle de droit est celle que le juge utilise, ou pourrait utiliser, pour trancher un conflit. Une telle vision du droit ne semble pas dépourvue d'atouts.

§ 2. Promotion du critère

111. Il peut être utile de vérifier la pertinence d'un critère par ses vertus explicatives. La justiciabilité peut ainsi être examinée dans ses rapports avec la philosophie du droit (A) et avec les sources du droit, entendues comme les différentes manières dont la règle de droit est élaborée (B).

A. Justiciabilité et philosophie du droit

112. Le critère de la justiciabilité présente un double avantage au regard de la philosophie du droit. Premièrement, le critère de la justiciabilité semble pouvoir être accepté que l'on soit partisan du droit naturel ou positiviste (1). Secondement, il permet de mettre en lumière les liens que le droit entretient avec la justice (2).

exprimé par la société dans laquelle ils vivent. D'un autre côté, en cas de trouble à l'ordre social, elle permet au juge d'analyser les déviations, c'est-à-dire la méconnaissance des partages préétablis par la société. » *Adde. op. cit.*, n° 235 et s., p. 312 et s. Rapp. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 14, n° 11 : « L'impératif juridique a normalement deux catégories de destinataires : il impose leur conduite aux individus ; mais, en même temps, il enjoint aux détenteurs du pouvoir social de prêter leur concours à la réalisation du Droit. »

A partir de cette distinction, on a pu différencier les normes des règles de droit : sont des règles de droit les normes qui ont vocation à guider les comportements, qui s'adressent au justiciable, et qui permettent en même temps au juge d'évaluer ces comportements. Si une norme ne remplit que la première fonction, elle demeurerait juridique, sans être une règle de droit pour autant. Cf. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, t. 51, Dalloz, 2008, p. 341 et s. On voit mal cependant ce qui fait alors la juridicité de la norme.

¹ J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de Droit », *Etudes L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457 : « La règle de droit, c'est dans la conception dominante et aussi dans l'opinion la règle dont la violation appelle l'intervention du juge ; de cette intervention, elle tire sa spécificité théorique par rapport aux autres règles de conduite, et son efficacité pratique ». *Adde. C. THIBIERGE*, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, t. 51, Dalloz, 2008, p. 365 : « En tant qu'instrument de mesure, la norme juridique, et plus exactement la règle de droit, fournit un **étalon qui permet une mesure de la légalité**, autrement dit un contrôle de légalité susceptible de fonder une cassation pour violation de la loi ou un recours pour excès de pouvoir, et donc de figurer au visa des décisions d'une cour supérieure. [...] Seule une norme juridique est susceptible de permettre cette mesure de légalité au sens large. Aucune autre norme n'y peut prétendre. Il y a là, probablement, un indice fort, à défaut d'un critère, de la spécificité de la norme juridique. »

1. Justiciabilité, droit naturel et positivisme

113. Du juge à la loi. Avec le critère de la justiciabilité, un terrain d'entente entre deux grands mouvements de la philosophie du droit semble pouvoir être trouvé. Le premier mouvement est celui du droit naturel, à savoir la philosophie qui veut que le droit existe naturellement et que la détermination de ce qui est juste ou injuste ne dépende pas seulement de la volonté humaine. Le second mouvement est celui du droit positif : le droit n'existe pas par nature, il est posé par l'homme, c'est un outil à sa disposition. Quelle que soit la tendance retenue, il est impossible de se passer du juge, c'est-à-dire du jugement.

114. Droit naturel et importance du juge. A titre liminaire, précisons qu'il convient de ne pas confondre l'école du droit naturel **classique** avec une autre, plus récente, à savoir le droit naturel **moderne**. Le droit naturel moderne, et non plus classique, peut être rattaché à des auteurs comme Grotius¹ et Pufendorf², qui laïcisent les idées de théologiens tels que Vitoria³ ou Suarez⁴. L'école du droit naturel moderne a voulu dégager par la raison des lois inscrites dans la nature humaine pour en faire des lois universelles⁵. Il faut concéder que de telles lois semblent plus morales que juridiques. Ce n'est donc pas de ce droit naturel qu'il est question ici, et il convient de l'écarter.

Historiquement, la première vision du droit serait celle du droit naturel classique : le droit consiste à rechercher la solution la plus juste, et une telle recherche incombe au juge. Il s'agit du droit naturel tel que développé par Aristote⁶ et Thomas d'Aquin⁷. Chez ces derniers, le droit naturel se distingue du droit conventionnel en ce que la chose juste à faire ne dépend pas d'un accord de volonté mais d'une situation⁸, ce qui est lié au fait que le droit existe en soi, n'est pas issu d'un dessein humain. Comme le rappelle justement Oppetit, le droit est dit naturel « en ce qu'il n'est pas un effet de l'art, d'un projet volontaire des hommes ;

¹ Hugo GROTIUS, †1645.

² Samuel von PUFENDORF, †1694.

³ Francisco de VITORIA, †1546.

⁴ Francisco SUAREZ, †1617.

⁵ Cf. M. VILLEY, *Philosophie du droit, op. cit.*, n° 183 et s., p. 223 et s. ; B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1^{re} éd., 1999, n° 32, p. 46-47 ; J.-L. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, PUF, coll. Histoires, 1992, p. 51 et s. ; A. SERIAUX, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1999. Cette volonté de dégager des règles universelles était déjà et également présente chez les stoïciens : H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. 2, 1961, Dalloz et Sirey, n° 5, p. 178.

⁶ †322 av. J.-C.

⁷ †1274.

⁸ Cf. V. DESCOMBES, « Aristote, la justice naturelle et la justice positive », *Le raisonnement de l'Ours*, Editions du Seuil, coll. La couleur des idées, 2007, p. 361 et s.

par suite, [...] il est affaire de prudence, de recherche empirique¹. » L'expérience et la discussion contradictoire permettent de trouver ce qui est objectivement juste, et ce qui est juste ne dépend ainsi pas toujours d'un choix de la volonté. Le droit est alors une affaire de cas par cas, et la place du juge est évidemment primordiale : « Pour décider, dans chaque cas particulier, ce qui est juste ou ce qui ne l'est pas, le recours à une personne investie d'une **autorité** (un **savoir** socialement reconnu) s'avère indispensable² ».

115. Droit positif et importance de la loi. En ce qui concerne le positivisme, il se serait épanoui suite à une révolution survenue en philosophie. En effet, selon Villey, un tournant dans l'histoire de la philosophie aurait eu lieu avec l'émergence du nominalisme. Schématiquement, on peut considérer qu'à l'origine du nominalisme se trouve un écossais, surnommé le docteur subtil, Duns Scot³, auquel il est possible d'associer le nom de Guillaume d'Ockham⁴, « le plus grand des nominalistes⁵ ». La philosophie de Duns Scot se caractérise notamment par la grande place donnée à la volonté, au détriment de l'entendement⁶. Ce primat de la volonté n'est pas sans conséquence sur la conception que se fait le philosophe écossais de la politique. En effet, « seule la famille est pour lui une société de "droit naturel". Les autres groupes humains reposent sur un libre contrat (*electio et consensus*). La communauté originelle des biens ayant été abrogée après le péché, les autorités instituées par le pacte social peuvent réglementer le régime de la propriété et la loi des échanges dans l'intérêt commun, sans référence à une "loi de la nature" supposée immuable. Cette doctrine [...] annonce de plusieurs façons les théories démocratiques modernes⁷. »

Le droit a donc désormais pour source la volonté, qui doit régir les rapports des hommes entre eux, sans avoir à se soumettre à un quelconque droit naturel. Le droit naturel est ainsi chassé par le droit positif ; le juge par la loi. Villey résume le basculement ainsi : « par le moyen du **contrat social**, les hommes instituent au-dessus d'eux une superpuissance, chargée de créer l'ordre social. Là sera l'origine du droit, qui n'existait pas par nature. [...] Alors qu'à Rome c'étaient surtout le juge et les jurisconsultes qui cherchaient les solutions de droit, elles procéderont

¹ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1^{re} éd., 1999, n° 31, p. 46.

² A. SERIAUX, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1999, p. 29.

³ †1308.

⁴ †1347.

⁵ E. BREHIER, *Histoire de la philosophie*, PUF, coll. Quadrige manuels, 2^e éd., 2012, p. 650.

⁶ Pour approfondir cette distinction entre la volonté et l'entendement, et percevoir les conséquences qui y sont attachées en philosophie politique, il peut être utile de se référer à l'article de F. OAKLEY, « Théories médiévales de la loi naturelle. Guillaume d'Occam et le sens de la tradition volontariste », *Droits*, PUF, n° 11, 1990, p. 131 et s.

⁷ E. BREHIER, *Histoire de la philosophie*, PUF, coll. Quadrige manuels, 2^e éd., 2012, p. 645-646.

désormais du législateur : "positivisme juridique". [...] Le droit ne sera plus la solution juste (*dikaion – id quod justum est*), mais l'ensemble des **lois**¹. » Rappelons que lors de la période révolutionnaire, l'aversion était grande envers la jurisprudence², au sens large de raisonnement juridique, de droit savant, ce qui inclut le travail de recherche du juge : le jugement, au sens large donc, n'a pas à exister, il convient d'appliquer aveuglément la loi³.

La conception du droit a donc changé, et le divorce entre le droit et la justice est prononcé. Le fondement du droit ne se trouve plus dans la justice, mais dans la légitimité. La doctrine jacobine en est l'illustration, qui « voit dans la loi un instrument de subversion qui lui permet d'agir sur les rapports sociaux⁴. » Le droit relève de « l'organisation sociale et ne peut, par suite, qu'être le produit d'une volonté politique⁵. » Le droit devient alors à la fois maître et serviteur. Il est le maître, d'une part, des autres valeurs sociales, qu'il va engloutir ou rejeter, et seul importera désormais de se conformer à la loi. Mais le droit sera également serviteur, d'autre part, en ce qu'il doit permettre de réaliser les projets politiques⁶. On le voit, il n'est plus question de rechercher la solution la plus juste, et le juge n'a que pour fonction d'appliquer la loi qui représenterait à elle seule l'ensemble du droit.

¹ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, n° 79. Comp. D. SCHNAPPER, *L'esprit démocratique des lois*, Gallimard, coll. nrf essais, 2014, p. 77 : « En fondant la légitimité politique sur la communauté des citoyens, l'*homo democraticus* a d'abord contesté l'idée qu'il existerait des normes imposées par une volonté divine. Dans une seconde étape, celle d'une société sécularisée, il a contesté qu'il existerait des normes nées de la nature, qu'elles soient définies en termes biologiques ou sociaux. »

² Cf. L. SILANCE, « La règle de droit dans le temps », *La règle de droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1971, n° 7, qui cite :

- Robespierre, séance du 18 novembre 1790 de l'Assemblée (*Archives parlementaires*, X, p. 516) : « Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau, il doit être effacé de notre langue. Dans un état qui a une constitution, une législation, la jurisprudence n'est autre chose que la loi ; alors il y a identité de jurisprudence ».
- Le Chapelier : « Le tribunal de cassation, pas plus que les tribunaux de district, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable des institutions existait, il faudrait la détruire. L'unique but des dispositions sur lesquelles vous allez délibérer est d'empêcher qu'elle ne s'introduise ».

³ Ch. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *APD*, t. 30, 1985, Sirey, p. 41 : « Il est à remarquer seulement que Robespierre s'attaquait à l'acception ancienne de ce terme, proche de celle des Romains, désignant une méthode de recherche des solutions du droit, et qui pouvait varier d'une juridiction à une autre, d'un Parlement à un autre. » ; F. ZENATI, « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avr. 2003, n° 575, p. 5 PDF : « La Révolution, qui combattait les juristes savants autant qu'elle se méfiait des gens de robe, a voulu mettre un terme à l'interprétation doctrinale en codifiant tout le droit et en réservant son interprétation au pouvoir législatif par la promotion de la technique monarchique du référé législatif. »

⁴ F. ZENATI, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 48.

⁵ F. ZENATI, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 48.

⁶ Le rapport de prééminence du droit aurait abouti au principe de légalité en matière pénale dont le but était de rompre avec l'Ancien Régime et de valoriser des enjeux sociaux. Cf. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, n°s 17 et 18 : « L'incrimination, acte par lequel sont répréhensibles les comportements, se présente ainsi comme un *filtre*. Elle est le filtre par lequel les valeurs sociales sont définies ou redéfinies : définies par référence à des données qui ne s'imposent pas naturellement (criminalité artificielle), redéfinies par rapport à ce qui, au contraire, relève d'un idéal moral bien ancré (criminalité naturelle). »

116. De la loi au juge : l'impossible éviction du juge. Le juge fut donc chassé par la loi, devenue le puissant levier d'une volonté politique. Cet effort d'éviction du juge fut toutefois vain, ne serait-ce que parce qu'il a fallu interpréter les textes vieillissants. Certes, le positivisme légaliste aurait souhaité réduire son rôle à celui de simple automate, mais, par sa position charnière, le juge est un rouage irréductible du droit.

Cela est dû notamment à ce que Hart, philosophe du droit¹, a appelé la texture ouverte du droit. Le concept de texture ouverte trouve son origine dans le fait suivant : les modèles de comportements que le législateur cherche à imposer demeurent toujours indéterminés sous un certain aspect. Dès lors, ils nécessitent d'être précisés². Le juge est alors l'organe qui a vocation à intervenir à cette fin. Selon le professeur d'Oxford, « la texture ouverte de la règle de droit signifie qu'il existe, en effet, des domaines de la conduite pour lesquels on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points, en établissant une balance, à la lumière des circonstances, entre des intérêts concurrents dont le poids varie d'une espèce à l'autre³. »

Ainsi, tout ordre juridique a besoin d'un juge, qui ne peut être cantonné à un rôle d'automate, ne serait-ce que pour concrétiser la loi. Que l'on soit positiviste ou partisan du droit naturel, il semble donc que tout phénomène juridique est impossible sans la présence du juge. C'est également cette présence qui permet de relier le droit à la justice.

2. Droit et justice

117. Le lien étroit entre le droit et la justice. La justiciabilité permet également de comprendre le lien entre le droit et la justice. Le juge semble être le marqueur le plus fidèle du phénomène juridique, que l'on soit jusnaturaliste ou positiviste. Il est possible d'aller plus loin en déterminant la finalité de l'intervention du juge : rendre justice. En effet, le droit, en supposant l'intervention d'un tiers, se trouve en totale opposition à toute sorte de vengeance privée. Dès lors, il apparaît que le droit rejoint la justice. « Ainsi que l'écrit Paul Ricœur, "au court-circuit de la vengeance, la justice substitue la mise à distance

¹ Herbert Lionel Adolphus HART, †1992.

² H.L.A HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 146 : « quel que soit le procédé choisi pour assurer leur communication, qu'il s'agisse du précédent ou de la législation, et quelle que soit la facilité avec laquelle ils régissent la grande majorité des cas courants, ces modèles de comportement s'avèreront indéterminés sous un certain aspect qui rend leur application problématique ; ils posséderont ce que l'on a appelé une **texture ouverte** ».

³ *Ibid.*, p. 154.

des protagonistes". La justice suppose un conflit et un tiers pour départager les intérêts qui se heurtent. La justice est dans cette "médiation" du tiers, réputé impartial, situé à juste distance des protagonistes et qui crée la juste distance entre les protagonistes. Le triangle est le symbole de la justice, si trois (2+1) est le chiffre du procès », rappelle M. Cadiet¹.

C'est pourquoi l'idée de justice accompagne si souvent celle de droit, ne serait-ce qu'étymologiquement. En grec, nous trouvons *dikaio* (vertu de justice), *dikaïos* (l'homme juste), *adikein* (agir contre le droit), *dikastès* (le juge), *to dikaion* (le droit) puis en latin *justus*, *injuria*, *justum*, *jus*, *judex*². Cette idée de justice n'a pas disparu avec le mythe du juge « bouche de la loi³ », l'idée étant que chaque citoyen doit être jugé de la même manière grâce à une loi impersonnelle, permanente, car cela est plus... juste⁴.

Introduire la justice ici n'a pour but que de mettre en avant le rôle du juge. Il n'est pas question d'affirmer qu'une loi injuste ne serait pas du droit, mais de montrer pour quelle raison il est impossible d'évacuer complètement la notion de justice lorsqu'on évoque le droit⁵. Par essence, le droit est en parfaite opposition

¹ L. CADIET, « Justice – Les institutions », *Encyclopædia Universalis. Adde. Ph. JESTAZ, Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 8^e éd., 2014, p. 13 ; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Rousseau, 1949, n° 64, p. 100 : « si l'on cherche la raison profonde et le fondement premier de la nécessité de recourir au juge, on s'aperçoit qu'ils se trouvent dans la règle "Nul ne peut se faire justice à soi-même". » ; R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013 n° 19, p. 23 : « toutes les opinions ont été formulées sur les droits, même les plus critiques ; mais l'objet même du droit est l'organisation d'un monde sans violence physique déclarée ou constante entre les individus qui la composent. », n° 96, p. 118 : « Une des exigences les plus essentielles du droit, c'est l'interdiction de la violence privée : tout système juridique est organisé pour socialiser les heurts entre individus, de manière à détourner le jeu de la force nue vers des médiations collectives ». Sur la nécessité de la présence du tiers pour que le droit apparaisse : *op. cit.*, n° 80, p. 97-98.

² Cf. M. VILLEY, *Philosophie du droit, op. cit.*, n° 29 et n° 34,

³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier-Flammarion, 1979, Livre XI, chap. VI, p. 301 : « Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur. » L'image est déjà présente chez Cicéron. Cf. J.-P. ANDRIEU, *Histoire de la jurisprudence*, Vuibert, 2012, p. 20 : « Cicéron au *De legibus* assigne cette fonction au magistrat. Sa tâche essentielle consiste à diriger et à prescrire des actions justes, utiles et s'accordant avec les lois, car comme les lois commandent aux magistrats, les magistrats commandent au peuple et l'on peut dire avec raison que le magistrat est une loi qui parle et la loi un magistrat muet. »

⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, op. cit.*, p. 296 : « Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte. » *Adde.* F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, note 1, p. 49 : « Le pouvoir judiciaire, dit Bergasse, sera donc mal organisé si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions car on perçoit sans peine que si la loi peut être interprétée, augmentée ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi mais sous la puissance de celui qui l'interprète ou qui l'augmente. » (Archives parlementaires, 1^{re} série, t. VIII, p. 441 s.).

⁵ H. DUPEYROUX, « Les grands problèmes du droit (Quelques réflexions personnelles, en marge) », *APD soc. jur.*, Sirey, 1938, p. 48, à propos de la validité de la loi injuste : « Mais ce qu'il est vrai de dire, c'est que cette validité juridique n'est qu'une validité formelle ; elle ne détermine à la charge des individus aucune obligation ; tout au plus pourrait-on parler d'obligation juridique, et encore vaut-il mieux s'abstenir d'une expression qui pourrait donner le change ; en tout cas, il faut bien voir qu'il ne saurait s'agir d'une obligation véritable ; une règle de droit positif n'a pas, de soi et par soi, le pouvoir de lier en conscience ses destinataires. Elle ne possède ce pouvoir qu'aux yeux de ceux pour qui le fil formel de la validité juridique est en quelque sorte pénétré d'un courant interne qui est seul susceptible de créer l'obligation. » ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit, op. cit.*, n° 175, p. 413 et s. ; B. OPPETIT, « Le droit hors de la loi », *Droits*, n° 10, PUF, 1989, p. 47 et s., spéc. p. 48 ; D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit, op. cit.*, p. 258 : « A bien y réfléchir il n'est de positivisme conséquent que **critique**, dans tous les sens du terme. Le juriste n'a pas

avec la vengeance, et la justice réside dans l'intervention du tiers impartial qui vient rendre à chacun ce qui lui est dû.

118. La loi du Talion. Partant, le précepte *œil pour œil, dent pour dent* relève-t-il du droit ? On pencherait dans un premier temps pour la négative, puisqu'eu égard à ce qui vient d'être dit, le droit doit mettre fin à la vengeance, que semble au contraire instituer la loi du Talion. Pourtant, ne pourrait-on pas soutenir le contraire ? La loi du Talion ne permettrait-elle pas plutôt de mettre fin à la vengeance ? En ce qu'elle institue une mesure, elle introduit le contrôle d'un tiers qui fixe le seuil de la punition : un œil enlevé ne devra pas être sanctionné par plus que cela. Un tel contrôle doit alors aboutir à un équilibre rompant le cycle de la réprimande privée et le cercle vicieux de la *vendetta*. La loi du Talion mériterait donc son titre de loi. On peut aisément se figurer son rôle civilisateur en imaginant son application au sein de la mafia : le pouvoir d'une telle organisation étant assis sur la crainte d'une violence sans limite, il s'en trouverait fortement contrarié si un tiers impartial venait y appliquer cette loi¹.

La loi du Talion n'est d'ailleurs pas totalement inconnue de notre droit positif. La sanction du recel successoral² ainsi que la sanction du recel en matière de régimes matrimoniaux³ a en effet été décrite par la doctrine comme relevant de la loi du Talion⁴. Rappelons qu'une des sanctions du recel consiste à « imposer une inégalité inverse de celle recherchée⁵ » : il ne s'agit pas uniquement de rétablir l'égalité du partage, mais, au-delà, de priver le receleur de tout droit sur les biens qu'il a tenté de soustraire. Si le receleur comptait soustraire au partage mille euros, ceux-ci ne seront pas remis dans la masse de biens afin d'être partagés, mais ils seront directement alloués aux victimes du recel. Dès lors, « la sanction se mesure ainsi à la fraude : la loi crée au préjudice du receleur un déséquilibre égal à celui

le droit de l'oublier. Sauf à pervertir sa science. » A noter, cet élément du droit anglais où la décision d'une juridiction inférieure, considérée comme juste depuis longtemps, a un pouvoir persuasif sur les juridictions supérieures. Cf. J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *APD*, t. 30, 1985, p. 107.

¹ Pour que la mise en œuvre de la loi du Talion soit juridique, il convient qu'elle dépende d'un tiers impartial, et donc qu'il y ait contradiction. C'est pourquoi le fait que la *vendetta* Corse soit organisée et encadrée par des règles strictes (cf. R. THERY, « Punition et vengeance », *La vengeance*, dir. C. PUIGELIER, F. TERRE, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 191) ne suffit pas à y voir du droit : qu'une réunion du conseil de famille décide quelle sanction appliquer exclut l'intervention du tiers impartial.

² Art. 778 C. civ. reprenant la sanction de l'anc. art. 792. depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

³ Art. 1477 C. civ.

⁴ M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Litec, 5^e éd., 1998, n° 480, p. 454 ; J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, coll. U, 2^e éd., 2001, n° 628, p. 588. M. Champenois précise, note 3, p. 588, que la sanction va en réalité au-delà de la loi du Talion.

⁵ C. Brenner, *Rép. civ. Dalloz*, v° Partage (2^o droit commun), n° 85 et 100.

qu'il a tenté de créer à son profit. C'est la loi du Talion¹. » L'intervention du juge, visant à contrôler l'amplitude la vengeance, fait naître du droit : le droit s'apparente à une vengeance instituée, qui ne mérite dès lors plus véritablement le nom de vengeance. La médiation du tiers permet ainsi à une certaine justice d'éclorre dans la réparation d'un dommage. L'intervention du tiers semble par nature finalisée.

119. Conclusion. En définitive, la justiciabilité, en mettant le juge au cœur du phénomène juridique permet de trouver un point commun entre les théories du droit naturel classique et du positivisme, seul l'importance du rôle du juge semblant varier. Par ailleurs, le juge intervenant pour trancher un litige, sa médiation met fin à la vengeance privée, et partant, il fait œuvre de justice. Par où l'on voit l'étroitesse des rapports que le droit peut entretenir avec la justice. Si les apports de la justiciabilité en philosophie du droit semblent donc appréciables, l'intérêt de ce critère au regard des sources du droit est également non négligeable.

B. Justiciabilité et sources du droit

120. Un critère ouvert sur les sources du droit. Pertinent sur le plan de la philosophie du droit, le critère de la justiciabilité peut également se révéler utile quant à la théorie des sources du droit. Remarquons tout d'abord que le critère de la justiciabilité est un critère ouvert, laissant une porte d'entrée à des sources du droit qui n'auraient pas les mêmes caractéristiques que la loi : toute règle ayant vocation à servir de fondement à la décision du juge devrait pouvoir être qualifiée de règle de droit.

Dès lors, selon M. Morvan, à partir du moment où l'on retient le postulat que les sources formelles sont un univers ouvert, celui-ci « implique nécessairement l'admission de la jurisprudence parmi les sources du droit² ». Notre travail devrait-il donc s'arrêter ici ? Nous avouons avoir du mal à faire le lien d'implication que fait l'auteur : pourquoi l'ouverture d'un critère entraînerait-il forcément l'inclusion de la jurisprudence comme source du droit ? L'ouverture du critère implique au contraire l'exigence de différencier ce qui est une source du droit de ce qui ne l'est pas, sans quoi la notion de source du droit n'a plus aucun sens : elle serait dissoute dans l'ensemble des phénomènes qui influent le juge

¹ M. Grimaldi, *op. cit.*, *loc. cit.*

² P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001, p. 77 et s., v. n° 3. *Adde.* Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso éditions, 5^e éd., 2014, note 37, p. 322.

dans sa prise de décision. C'est pourquoi il faudra vérifier que la jurisprudence est bien ou non une source du droit au regard du critère de la justiciabilité, qui est un critère ouvert, ouvert à l'accueil de différentes formes de règles de droit.

121. Un critère suffisant. Critère ouvert, le critère de la justiciabilité est également un critère suffisant, et donc unique. Nous entendons par là qu'il suffit à rendre compte de la juridicité de l'ensemble des sources du droit. Précisons ce point. Au sein des sources du droit, deux types de normes ont pu être distingués au regard de leur mode de formation. Ainsi, « en ce qui concerne la normogenèse, il faut reconnaître, à côté des normes "statuées", les normes "s'instituant" par des processus graduels, volontaires-involontaires, du type "sentier de forêt"¹. » La loi, norme « statuée », ne se forme en effet pas de la même manière que la coutume, norme « s'instituant ». Comment lier ces deux types de normes, comment leur trouver un rattachement commun dans la juridicité ? Seul le juge est le pivot adéquat semble-t-il ; seul le juge est le critère unique du droit. Il permet de faire l'unité au sein des sources du droit. En effet, qu'il soit question des normes instituées ou s'instituant, le juge en sera toujours le destinataire, leur conférant ainsi un caractère juridique.

122. Conclusion du paragraphe. Ainsi, le critère de la justiciabilité présente des avantages sur le plan de la philosophie du droit et sur le plan des sources du droit. Critère mettant en avant la nécessité du juge, le lien entre le droit et la justice, critère ouvert et unique, la justiciabilité a pour elle quelques atouts. Aux louanges doivent cependant succéder les critiques, auxquelles il faudra répondre.

§ 3. Mise à l'épreuve du critère

123. Le phénomène juridique se manifeste donc selon nous à partir du moment où un litige est présenté devant un tiers impartial afin d'être tranché. La règle de droit est la règle qui peut venir fonder la solution retenue par le tiers. Cette définition mérite d'être précisée, ce qui peut-être fait en répondant à diverses objections. Les objections peuvent porter ainsi tant sur l'absence de juge (A), que sur le rôle du juge (B).

¹ L. LOMBARDI VALLAURI, « Jurisprudence », *APD*, t. 35, Sirey, 1990, p. 197.

A. Objection quant à l'absence de juge

124. L'intervention virtuelle d'un juge. L'absence de juge disqualifie-t-elle la juridicité d'une règle, quand bien même tout le monde s'accorderait à y voir une règle juridique ? Faut-il être radical au point de penser qu'une règle, considérée par tous comme une règle juridique, ne le serait finalement pas, faute de juge prévu pour la mettre en œuvre ? Nous ne le pensons pas, pour la simple raison que, dans les faits, il y aura toujours un juge pour appliquer la règle.

Il est, ou a été, des normes dont on ne pouvait se prévaloir devant aucun juge. L'exemple type est le contrôle de constitutionnalité : avant la réforme du 23 juillet 2008 introduisant la question prioritaire de constitutionnalité, il n'était pas possible de vérifier la conformité d'une loi promulguée à la Constitution. Si l'on retient le critère de la justiciabilité, faut-il nécessairement affirmer que la constitution n'était pas une règle de droit, une fois la loi promulguée ? Est-ce à ce résultat absurde que conduit notre critère ? Pas forcément, si l'on veut bien considérer que l'absence de juge spécialisé n'emporte pas immanquablement absence de possibilité de contrôle. Kelsen essaie de le montrer lorsque la Constitution interdit aux juges de statuer sur la validité de la loi : « Il faut noter que cette restriction ne peut pas être poussée à l'absolu ; elle comporte nécessairement des limites. Il est en effet raisonnablement impossible que les organes appelés à appliquer la loi soient invités à appliquer comme loi tout ce qui se donne subjectivement pour tel. Inévitablement, un minimum de pouvoir de contrôle doit leur être laissé¹. » Les tribunaux doivent au moins vérifier la publication de la loi dans le *Journal officiel*², ils peuvent apprécier la constitutionnalité d'un règlement³ ou d'une ordonnance prise en vertu de l'article 38 de la Constitution⁴ à défaut de pouvoir apprécier celle de la loi⁵. Le Conseil d'Etat s'est en outre permis d'abroger une loi contraire à une constitution

¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 268.

² Cf. L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, n° 196.

³ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. manuel, 2^e éd., 2013, n° 311, p. 251-252. *Adde. Rapport annuel 2001*, p. 488, sous Cass. Ass. plén., 10 oct. 2001, n° 01-84.922, *Bull. Ass. plén.*, n° 11 : « La Cour de cassation, **qui s'estime compétente pour interpréter la Constitution**, réaffirme ainsi sa jurisprudence selon laquelle elle n'est pas liée par les avis donnés par le Conseil constitutionnel à propos de textes autre que ceux dont la constitutionnalité a été soumise à son examen. » C'est nous qui soulignons. N. MOLFESSIS, *RTD civ.* 2002, 173, 2^e col. : « A proprement parler, il n'existe dès lors pas d'ordre constitutionnel. En affirmant sa vocation à être aussi juge de la Constitution, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation l'a clairement démontré, tant il est vrai que rien, dans notre système juridique, ne lui imposait de se soumettre ici au Conseil constitutionnel. »

⁴ C. BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes. (propos autour du contentieux relatif aux ordonnances portant réforme de la Sécurité sociale) », *RFDA* 1998, p. 924 et s.

⁵ Comp. Trib. de cassation, 8 vendémiaire an VIII, *Journal du Palais*, t. 1, Patris, 3^e éd. par LEDRU-ROLLIN, 1838, p. 495 : « Toutes les dispositions de la Constitution sont sacramentelles et observatoires, à peine de nullité, comme résultats de la volonté générale. »

postérieure à cette loi¹. Ainsi, « l'intervention toujours possible de n'importe quel juge [est] une épée de Damoclès dont l'ombre s'étend sur ce secteur du droit. Celui-ci dès lors bénéficie toujours d'un juge virtuel et donc de la sanction-tarif sous sa forme la plus extrême et la plus ténue². »

La justiciabilité ne semble donc pas pouvoir être prise en défaut sur ce point : pour toutes les règles qui, selon le bon sens, ou selon le sens commun, sont perçues comme étant des règles de droit, il existera un juge pour en tenir compte.

B. Objection quant au rôle du juge

125. Présentation de l'objection. Après avoir envisagé l'objection tenant à l'absence de juge, il faut envisager celle relative à la toute puissance du juge. En effet, faire de la justiciabilité le critère de la juridicité ne revient-il pas à concentrer les sources du droit entre les mains du juge ? On pourrait alors reprocher à la justiciabilité de réduire le droit à un droit judiciaire, de n'élaborer qu'une variété de réalisme juridique. Si l'on voulait être cohérent avec le critère de la justiciabilité, ne faudrait-il pas admettre que si le juge est le critère du droit, alors dès que le juge refuserait d'appliquer une règle, elle ne serait pas juridique ?

La question qui est posée est donc la suivante : peut-on affirmer, comme nous le pensons, que l'intervention du juge est bien le critère de la juridicité, sans pour autant être obligé d'en déduire qu'il n'est de droit que ce que dira le juge ? La réponse est déterminante, en ce qu'elle nous permettra d'élaborer une méthode afin de pouvoir dire si, aujourd'hui, en France, la jurisprudence est source du droit ou non.

126. Confusion du juge et de la jurisprudence. Il est possible, tout d'abord, de répondre que l'objection faite confond en réalité deux choses. Elle confond la place du juge, que nous avons érigé en marqueur de la juridicité, et la place des sources du droit au sein d'un système juridique donné. Ainsi, dire que le phénomène juridique apparaît avec l'intervention du juge, ne revient absolument pas à dire que la seule règle de droit alors envisageable soit jurisprudentielle. Si toute règle de droit a vocation à être utilisée par un tiers impartial pour trancher un litige, cela ne signifie pas que seul ce qui est énoncé par ce tiers est juridique. Si le

¹ Sur la question, *cf.*, P. DEUMIER, « Incompatibilité entre loi antérieure et Constitution : conflit hiérarchique ou conflit chronologique ? », *RTD civ.* 2006, p. 75 et s. Le Conseil d'Etat a procédé à une telle abrogation, la Cour de cassation a refusé.

² Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 203.

juge est l'essence du phénomène juridique, l'existence de ce phénomène ne se limite pas au juge.

Autrement dit, l'intervention du juge ne suffit pas à transformer toutes les règles de droit en jurisprudence (lorsque le juge applique la loi, elle reste une loi) ; tout comme le refus du juge d'appliquer la loi, par exemple, ne suffit pas à disqualifier celle-ci, à la bouter hors du champ du juridique. Comment est-ce possible ? Quel est le lien entre le juge et les différentes règles de droit qu'il devrait appliquer ?

127. Normes primaires et normes secondaires. Le lien entre le juge et les sources du droit doit être approfondi en développant les propos des professeurs Ost et van de Kerchove qui envisagent précisément l'objection¹. Les deux auteurs belges s'appuient, pour y répondre, sur les travaux d'un philosophe du droit anglais déjà mentionné, Hart². Ils rappellent à cet effet que le juge, lorsqu'il cherche à résoudre un litige, est guidé par divers critères préétablis, relevant de ce que Hart a appelé une « règle de reconnaissance ». Il importe de justifier le recours à ces règles de reconnaissance avant d'en préciser le contenu.

Dans son ouvrage relatif au concept de droit³, Hart distingue les normes primaires des normes secondaires. Les normes primaires sont des ordres, elles posent des devoirs : ce sont de purs commandements. Les normes primaires « prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non⁴. » Or, un système constitué uniquement de normes primaires est affecté de trois défauts : il est incertain, statique et inefficace⁵. En l'absence de normes secondaires, comment savoir que ce qui a été dit par une personne est bien un ordre à respecter ? Comment changer cet ordre ? Comment faire respecter l'ordre donné ? Par exemple, le commandement qui impose de ne pas traverser lorsque le feu est rouge, peut être adressé par un parent à son enfant. Comment savoir alors si l'ordre a vocation à devenir un ordre concernant l'ensemble des citoyens ? De plus, comment modifier cet ordre pour finalement décider que ce n'est pas au rouge mais au bleu indigo qu'il ne faut pas traverser ? Enfin, ne serait-il pas plus efficace de dire qu'en cas de traversée interdite, une sanction pécuniaire s'appliquera ?

¹ F. OST, M. van de KERCHOVE, « "juris-dictio" et définition du droit », *Droits*, n° 10, PUF, 1989, p. 53 et s., spéc. p. 56 et s.

² Herbert Lionel Adolphus HART, †1992.

³ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2° éd., 2005.

⁴ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 101.

⁵ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 110 et s.

C'est pour répondre à ces questions qu'existent dans un système juridique des règles secondaires. Comme l'explique Bobbio, les normes secondaires « sont introduites pour porter remède à un ordre primitif et pré-juridique incertain, statique, et inefficace, composé uniquement de normes primaires¹ ». Pour remédier au caractère incertain, sont introduites des règles de reconnaissance. Pour pallier le caractère statique, sont introduites des règles de changement. Pour obvier à l'inefficacité, sont introduites des règles de décision, dites également de sanction.

La règle de reconnaissance intervient donc pour obvier à l'incertitude d'un système qui ne connaîtrait que des règles primaires : la règle de reconnaissance « déterminera un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe, et qu'elle devra être soutenue par la pression sociale exercée par ce groupe². » Ainsi, dans notre exemple, c'est la règle de reconnaissance qui permet de dire si l'interdiction de traverser au rouge est une règle de droit ou un simple conseil donné par un parent à son enfant.

128. Compatibilité de l'existence des normes secondaires et du critère de la justiciabilité. Un système, que l'on voudrait juridique, doit-il nécessairement être doté de normes secondaires ? La réponse se révèle affirmative. La distinction entre les règles primaires et secondaires invite à distinguer les systèmes simples des systèmes complexes. Les systèmes simples sont composés uniquement de normes primaires. Dans les systèmes complexes, existent en plus des normes sur les sanctions et sur la production juridique³ : qui peut poser des règles de droit, comment etc. Or, l'ordre juridique est un système complexe typique⁴. Comme le précisent MM. Ost et van de Kerchove, « l'indice le plus sûr de juridicité d'un système normatif est l'apparition en son sein de normes "secondaires" – règles de reconnaissance, de changement et de sanction – supposant nécessairement la mise en place d'un dispositif institutionnel et notamment judiciaire⁵ ». Il n'y a donc rien d'artificiel à faire appel à ces règles de reconnaissance⁶ et la théorie de Hart n'entre nullement en contradiction avec ce qui a pu être dit du juge, essence du phénomène juridique.

¹ N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *La règle de droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1971, p. 109.

² H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 114.

³ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 115, n° 6.

⁴ *Ibid.*, p. 119, n° 8.

⁵ F. OST, M. van de KERCHOVE, « "Juris-dictio" et droit », *Droits*, n° 10, PUF, 1989, p. 56 :

⁶ MM. Hart et Bobbio font appel à ce concept pour montrer comment un ordre juridique tient à garder son efficacité. Précisons que vouloir un système efficace ne revient pas à dire que la condition d'existence d'un de ses éléments soit l'efficacité.

129. Concept de règle de reconnaissance. Dès lors, en quoi consiste plus précisément le concept de règle de reconnaissance ? L'idée est la suivante : le juge n'est pas isolé, il fait partie d'un système. Par conséquent, qui décide qu'une règle est juridique ou non, qu'une règle a vocation à trancher des litiges ou non ? La question posée est celle de la **reconnaissance** des règles de droit. Or, il apparaît que, au quotidien, dans la manière dont le système juridique fonctionne, le juge n'est pas le seul à pouvoir décider qu'une règle a vocation ou non à trancher des litiges.

Selon Hart, « la règle de reconnaissance n'existe que sous la forme d'une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères. Son existence est une question de fait¹ ». Comme l'explique Oppetit, la règle de reconnaissance repose « sur un fait empirique, le consensus normatif, en quelque sorte, des destinataires de la norme primaire². » Autrement dit, pour savoir si une règle a vocation ou non à être utilisée par le juge, il convient de regarder ce qu'en pensent les tribunaux, mais également les fonctionnaires et les simples particuliers.

Une règle de reconnaissance actuelle, et évidente, pourrait être formulée de la sorte : « ce que le Parlement français édicte constitue du droit ». En effet, la règle qui a fait l'objet d'un vote du Parlement, et qui est par la suite promulguée et publiée, mérite d'être respectée par tous. Il n'est en effet pas niable qu'un consensus existe concernant la loi en France. Dès lors, si l'ensemble, ou du moins une grande partie, des personnes intéressées (tribunaux, membres des administrations, simples particuliers) estime qu'une règle précise est juridique, qu'elle doit être appliquée pour trancher un litige, alors elle est juridique, quand bien même le juge refuserait de l'appliquer. Ainsi, en s'appuyant sur le critère de la justiciabilité et sur les règles de reconnaissance, il est possible de dire que **la règle de droit est la règle qui a vocation à être appliquée par le juge pour trancher un litige.**

130. Exemple de l'abrogation par désuétude. Si la reconnaissance est évidente pour la loi en principe, il n'en est pas forcément de même pour la loi

¹ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 129.

² B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1^{re} éd., 1999, n° 43, p. 64. *Adde.* pour un approfondissement de la notion, notamment au regard du *soft law* : Ph. GERARD, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, théorie des sources du droit, dir. I. HACHEZ et alii, Facultés universitaires Saint Louis, 2012, p. 19 et s.

désuète, pour la coutume ou pour la jurisprudence. En ce domaine de la juridicité, tout est question de degrés. C'est pourquoi Hart, à propos des règles de reconnaissance, parle de « pratique complexe, mais habituellement concordante ». Si un unique juge refuse une seule fois d'appliquer une règle que tout le monde considère comme juridique, alors elle le demeure. En revanche, si les membres des administrations, les justiciables et les juges voient dans une loi, *lato sensu*, une règle désuète, alors il devient difficile d'y voir une règle juridique. On peut se souvenir à ce titre de l'ordonnance du 16 brumaire an IX (7 novembre 1800) qui « visait avant tout à limiter l'accès des femmes à certaines fonctions ou métiers en les empêchant de se parer à l'image des hommes¹ », c'est-à-dire de porter un pantalon. Il n'a pas même été jugé utile, par le législateur, d'abroger le texte tant sa désuétude et son absence de conformité au principe d'égalité entre les hommes et les femmes sont patentées².

131. Une méthode pour apprécier la juridicité d'une règle. L'existence des règles de reconnaissance permet de répondre à la question posée par Mme Deumier, qui s'interroge sur la pertinence du critère de la justiciabilité. En effet, selon l'auteur, la justiciabilité « ne fait finalement que renvoyer à la question, non résolue, entre les mains du juge : selon quels critères devra-t-il, à son tour, identifier une règle positive³ ? »

¹ Réponse du Ministère des droits des femmes publiée dans le JO du Sénat du 31/01/2013, p. 339.

² Cf. Réponse du Ministères des droits de femmes préc.

Pour un exemple « d'entrée » puis de « sortie » d'une règle de l'ordre juridique, on peut se rapporter à l'exemple de la *Common law* fédérale aux Etats-Unis. Cf. Cour suprême des Etats-Unis, 25 avr. 1938, *Erie Railroad Co. v. Tompkins* ; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 1^{re} éd., 2010, n° 16 ; A. TUNC, « L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales des Etats-Unis (*Erie Railroad Co. v. Tompkins*) », *RIDC* 1951, vol. 3, p. 5 et s. ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2002, n° 330 et s., p. 313 et s.

Pour un exemple d'entrée progressive de règles dans notre ordre juridique, voir la jurisprudence relative à la Convention de New-York du 26 janvier 1990. Cf. Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *Bull. civ.*, n° 103 ; 2 juin 1993, *Bull. civ.* n° 195 et 15 juill. 1993, *Bull. civ.* n° 259, refusant d'accorder un effet direct à cette convention, puis Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. civ.* n° 212 et 14 juin 2005, *Bull. civ.* n° 245 revenant sur ce point. Selon le *Rapport annuel* de 2005, p. 415 : « Pour majeur qu'il puisse paraître, le revirement opéré par la première chambre civile ne concerne que deux des dispositions de la Convention. Il consacre le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit être une considération primordiale (article 3.1), ainsi que la possibilité qui lui est donnée d'exprimer librement son opinion dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant (article 12.2). » En plus de ces deux articles, la Cour de cassation accorderait un effet direct aux articles 6, 7, 19, 20.3, 29 et 40 (A. BATTEUR (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, dir., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 56, p. 78). Pour une explication quant au refus de faire produire effet à la Convention de New-York en 1993 : G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 13 : « Il peut arriver que le refus de reconnaître un effet utile à un texte soit paradoxalement inspiré par la volonté de ceux qui l'ont rédigé. Par exemple, lorsque la Cour de cassation a jugé, dans une première série d'arrêts, que la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant n'avait pas effet direct, elle savait, selon plusieurs délégations gouvernementales ayant participé à la rédaction de ce texte, que les Etats parties s'étaient accordé pour considérer que celui-ci ne serait pas une source de droits subjectifs au profit des particuliers. »

³ P. DEUMIER, *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, n° 319, p. 309.

On sait désormais que, pour savoir si une règle est juridique ou non, ce qui revient à se demander si elle a vocation à servir de fondement à la décision d'un juge, il convient de regarder ce qu'en dit l'ensemble des acteurs mentionnés ci-dessus : les fonctionnaires, les tribunaux et les simples particuliers. Pour simplifier, afin de savoir si une règle doit être appliquée ou non par le juge, il conviendrait de regarder comment se comportent le législateur, les juges et les justiciables à l'égard de cette règle. C'est à ce travail que nous nous livrerons concernant la jurisprudence, afin de savoir si elle est source du droit ou non, une fois précisé le concept de règle.

Conclusion du Chapitre

132. Ni le normativisme, ni le réalisme n'ont paru satisfaisants en eux-mêmes pour faire ressortir la spécificité du droit. Le positivisme kelsénien doit être rejeté car il ne prétend pas décrire la réalité et est fondé sur une insupportable fiction qu'est la norme fondamentale. Le réalisme, sous toutes ses formes, doit être également écarté car il ne décrit qu'imparfaitement la réalité et n'est pas en mesure de dire ce qu'est le droit, de le distinguer des phénomènes de domination ou de commandement. Cela est dû semble-t-il à l'absence de prise en compte ce que Hart appelait la règle de reconnaissance. La justiciabilité est donc le critère qui nous paraît le plus satisfaisant, qui fait du juge un indicateur fiable de la juridicité. Le juge est ce pigment qui va donner aux phénomènes leur coloration juridique. Nous pouvons alors prétendre dire ce qui fait la spécificité de la règle de droit : elle est susceptible de fonder la décision du juge, elle est donc invocable devant lui afin qu'il tranche un litige.

Chapitre 2. Le concept de règle

133. Le concept de droit ayant été abordé, il a permis de poser une première définition de la règle de droit : c'est une règle ayant vocation à trancher un litige. Il convient désormais d'approfondir le concept de règle. Il convient donc, en premier lieu, de souligner que la structure de la règle convient parfaitement au critère de la justiciabilité (Section 1). Il s'agira, en second lieu, de montrer que le juge peut véritablement poser des règles de droit, et non uniquement des décisions (Section 2).

Section 1. Structure de la règle et justiciabilité

134. **La structure bipartite de la règle.** Il ne s'agit ici que de rappeler des choses bien connues quant à la structure de la règle. Il y a dans la règle une condition et une conséquence, un balancement autour des connecteurs logiques « si – alors ». D'un côté de la règle de droit se trouvent les conditions d'application, l'hypothèse, le présumé, et, de l'autre côté de la règle, se trouvent le dispositif, la conséquence¹. La règle possède ainsi une structure bipartite. C'est du moins la conception défendue par Motulsky et nous l'approuvons lorsqu'il affirme que « la règle de Droit n'est complète et ne mérite ce nom que si elle rattache un effet à une conduite² ». Pour cet auteur il faut un véritable effet : le commandement « tu ne tueras point » n'est pas une règle, tout comme l'affirmation « si tu tues, tu seras haï ». En revanche l'occurrence « Si tu tues, tu subiras la peine de mort » est une règle de droit³. Pourquoi ? Car « le Droit, par définition, postule la possibilité de l'intervention de la contrainte sociale⁴ ». Motulsky a, semble-t-il, une définition du droit impérative au sein de laquelle la contrainte occupe une grande place⁵. Cela ne correspond pas parfaitement à ce que nous avons dégagé, car nous préférons parler

¹ P. FORIERS, « Règles de droit, Essai d'une problématique », *La règle de droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1971, n° 3, p. 7 et s.

² H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, n° 16, p. 18. L'auteur ajoute : « Il n'y a nous semble-t-il qu'une seule formule qui soit apte à définir exactement la structure de la règle de Droit : c'est celle de Stammler (*Théorie de la Science juridique*, p. 190), qui distingue la « présupposition » (Voraussetzung) de « l'effet juridique » (Rechtsfolge). » En ce sens : A. JEAMMAUD, *D.* 1990, chron., p. 200 : « [La règle de droit] est en effet une espèce de modèle : c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite ».

³ H. MOTULSKY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Op. cit.*, n° 10 et 11, p. 13-14.

d'intervention du juge plutôt que de contrainte sociale, mais cela a peu d'importance ici¹.

Il est possible d'approfondir le concept de règle de droit en suivant la démonstration de M. Mayer sur la structure de la règle de droit². L'auteur montre que la règle de droit est constituée d'un présupposé et d'une hypothèse qui entraîne un effet juridique. L'hypothèse n'est pas un fait particulier, c'est une proposition abstraite, mais qui relève du domaine du *sein*, de l'être, de ce qui est³. Lorsque le Code civil dispose que « les successions s'ouvrent par la mort⁴ », la mort est entendue comme une abstraction : il s'agit de la mort de n'importe qui, et de n'importe quel type de mort (décès, suicide ou homicide, par exemple). C'est un *sein*, une chose qui est, car pour l'application de la règle, il faudra que la personne soit déjà morte, qu'on puisse le constater. Quant à l'effet juridique il s'agit d'un fait qui est de l'ordre du *sollen*⁵. Le fait ne se constate plus, il **doit** survenir. Entre les deux existe un lien d'imputation⁶ : puisque la conséquence est de l'ordre du *sollen*, alors le lien est également de l'ordre du devoir être. La règle de droit pose donc un devoir être : la conséquence attachée au fait constaté est en ce sens artificielle, elle ne se produirait pas sans l'intervention d'une certaine volonté.

135. La place du juge. Quel lien peut-on faire entre cette structure bipartite et la justiciabilité ? Il nous semble que sans cette structure bipartite de la règle de droit, le juge n'aurait pas sa place, et la suspension du litige, en vue de son traitement pacifique, ne pourrait survenir. Le juge s'immisce entre le *sein* et le *sollen*, entre le présupposé et l'effet pour vérifier le premier et, par conséquent, en déduire ou non le second. Ainsi, l'ordre, le conseil, la recommandation ne peuvent pas être des règles de droit, car ce ne sont pas des règles. « Tu devrais te laver les mains avant de passer à table » ne laisse aucune place à un arbitre, faute de présupposé et d'effet ; « si tu tues, tu seras haï » comporte bien un présupposé⁷

¹ On a d'ailleurs remarqué que la pensée de Motulsky en ce qui concerne le critère de la juridicité pouvait être rapprochée à certains égards de celle prônant la justiciabilité. Cf. B. OPPETIT, « Motulsky », *Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, p. 258.

² P. MAYER, *La distinction des règles et des décisions et son incidence sur la solution des problèmes de droit international privé*, Dalloz, 1973.

³ P. MAYER, *op. cit.*, n° 60, p. 43-44.

⁴ Art. 720 C. civ.

⁵ P. MAYER, *op. cit.*, n° 61, p. 45.

⁶ P. MAYER, *op. cit.*, n° 64, p. 46-47.

⁷ Le « tu » a une valeur impersonnelle : au lieu de dire « tout le monde » ou « personne », il s'agit d'une adresse à « chacun ». Cela ne change rien pour notre question. *Quid* de la phrase qui dirait : « Si Jacques Dupond, né le 3 septembre 1950 à Lyon, fils de Jacqueline Dupont et de Maurice Dupont commet un meurtre il ira en prison un an » ? Il y a une condition (Jacques Dupond clairement identifié), une hypothèse (commission d'un meurtre), et un effet juridique. L'hypothèse devrait emporter qualification de règle juridique selon nous. La règle individuelle est possible : à chaque fois que cet individu commet l'acte, la conséquence, le tarif, devra être obtenu. L'hypothèse porte donc sur l'acte et non sur les personnes.

mais l'effet n'est pas juridique, ce n'est pas un *sollen*, c'est une conséquence qu'on pourrait qualifier de naturelle. De plus, le juge ne peut pas tirer comme conséquence d'un meurtre la haine du peuple, car le fait devant servir de *sollen* est irréalisable, il aboutit à une absurdité. A cet égard, l'article 3 du Sénatus-consulte du 14 thermidor an X (2 août 1802), qui dispose que « le Sénat portera au Premier consul l'expression de la confiance, de l'amour et de l'admiration du peuple français », peut être source de bien des réflexions. Si l'on accepte l'idée que le droit intervient à propos de situations concrètes, le juge doit pouvoir tirer de la règle de droit des conséquences concrètes.

En définitive, la règle de droit est composée de deux parties, l'hypothèse et la conséquence. Le juge a pour rôle de tirer de la constatation de l'hypothèse la conséquence. La structure bipartite de la règle vient donc renforcer le critère de la justiciabilité en montrant que la règle de droit est articulée de manière à qu'un tiers intervienne pour appliquer ou non la conséquence attachée à l'hypothèse. La norme juridique est donc celle « dont le juge pourrait déduire un tarif¹. » En affinant cette structure bipartite, des auteurs ont cru devoir distinguer les règles des décisions.

Section 2. Règle et décision

136. Présentation de la distinction entre les règles et les décisions.

Convient-il d'aller plus loin, et de chercher à distinguer entre les règles et les décisions, pour savoir par la suite si la jurisprudence relèverait de l'un ou l'autre catégorie ? La distinction ressort des travaux de M. Mayer qui distingue, au sein des normes juridiques, les règles et les décisions. L'auteur propose d'identifier les décisions ainsi : « la structure de toute norme qui n'est pas une règle doit être conforme au schéma suivant : elle ordonne catégoriquement que tel effet juridique B se produise, ou ne se produise pas². » Il existe des décisions collectives, générales, mais qui ne sont pas abstraites. Une norme qui imposerait « que les membres du parquet ne poursuivent pas les contraventions commises antérieurement au 20 juin 1969 » ne comporte pas d'hypothèse. La norme n'est pas hypothétique mais catégorique ; il s'agit d'une décision, non d'une règle. Il existe certes une condition : que la contravention ait été commise avant le 20 juin 1969 ; mais il n'y a pas d'hypothèse à proprement parler puisque le seul rôle de cette condition est de délimiter le champ de la décision, de préciser à quoi ou à qui elle

¹ Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 202.

² P. MAYER, *op. cit.*, n° 68, p. 48.

s'applique. « Les obligations imposées sont déterminées à l'instant même de la promulgation de la norme. Elles ne dépendent pas de la survenance d'événements qui correspondent à une hypothèse prédéfinie¹. » Autrement dit, il manque un présupposé abstrait qui empêche le renouvellement hypothétique de la norme.

137. Jurisprudence et mythe de Sisyphe. La distinction entre règle et décision a été utilisée par une partie de la doctrine pour nier la création de règles de droit par le juge. Pour M. Bach, il est évident que le jugement, c'est-à-dire le dispositif, ainsi que la norme qui se dégagerait du jugement, la jurisprudence donc, sont des décisions, car tous deux sont rétroactifs. Surtout, ils ne seraient que cela. « En effet, la disposition affectée de rétroactivité est formulée en vue de son application à des sujets de droit parfaitement individualisés ou aisément individualisables, car formant une catégorie close, un "cercle fermé **dont ils ne peuvent plus sortir et dans lequel personne d'autre ne peut entrer**", alors qu'une norme générale aurait pour destinataires une catégorie ouverte de sujets de droit déterminés par un ou plusieurs caractères définis de manière objective². » Ainsi, le juge ne serait capable de regarder que vers le passé, et ne poserait jamais de règle pour l'avenir. « En réalité, la norme générale dont l'existence aura été présupposée disparaîtra après avoir joué son rôle, c'est-à-dire après avoir servi de fondement à la décision du juge. Il en résulte que lorsque celui-ci voudra appliquer de nouveau la même norme, il lui faudra, tel Sisyphe, hisser derechef, cette norme vers le sommet de la pyramide que constitue l'ordonnancement juridique, pour l'installer, virtuellement et durant un instant de raison, à la place qui eût été la sienne, réellement et de manière permanente, s'il s'était agi d'une norme juridique générale créée par voie de législation ou de coutume ; et tout en sachant que tout sera à refaire la prochaine fois puisqu'il lui est interdit de "prononcer par voie de disposition générale et réglementaire"³ ». Autrement dit, une fois la conclusion du syllogisme livrée, la majeure inventée par le juge disparaît.

138. Jurisprudence et mythe de Janus. C'est, semble-t-il, se méprendre sur l'intention du juge, et sur la réalité : il arrive que le juge hisse bel et bien une règle, et s'estime ensuite tenu par elle, dans une certaine mesure, pour l'avenir. La règle ne s'effondre pas une fois le jugement rendu. On peut citer à l'appui de cette affirmation un extrait du rapport annuel de la Cour de cassation manifestant cette

¹ *Ibid.*, n° 71, p. 76.

² L. BACH, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !) », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ – Lextenso, 2008, p. 56-57.

³ L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, n° 207.

détermination. Selon les magistrats, « devant la multiplication des conflits liés à la recomposition du paysage syndical suite à la loi du 20 août 2008, la chambre sociale a estimé nécessaire d'énoncer, dans une seule formule normative, l'ensemble des règles permettant au juge de donner une solution à ces litiges complexes¹ ». A quoi bon une telle précision, si le juge n'espérait pas poser cette règle également pour l'avenir ? M. Mayer le dit d'ailleurs clairement, en conférant à la jurisprudence le statut de règle, et non de décision : la jurisprudence est « un ensemble de règles [et non de décisions], puisque dire d'une solution qu'elle "fera jurisprudence" signifie qu'elle sera appliquée à l'avenir (permanence) aux conflits analogues qui opposeront d'autres individus non déterminés (généralité)². » Dire que la jurisprudence est rétroactive ne signifie donc pas qu'elle ne soit que cela : elle s'applique aux situations passées, présentes et futures.

Au mythe de Sisyphe répond alors celui de Janus. Janus est, en effet, cette divinité romaine représentée par un homme avec deux visages, l'un tourné vers le passé, et l'autre vers le futur. Le juge, en posant une règle de droit, résout les litiges passés, et anticipe sur ceux à venir. Il faudrait donc à tout le moins retenir une conception dualiste de la règle posée par le juge : pour le passé, il ne poserait qu'une décision, pour l'avenir, une règle³.

139. Absence de pertinence de la distinction entre règle et décision au regard de l'office du juge. Ne faudrait-il pas plutôt admettre alors que le juge pose une règle de droit qui est rétroactive ? C'est que, en effet, la différence entre la règle et la décision ne semble pas pertinente concernant la jurisprudence. Prenons l'exemple d'une loi abrogée, par exemple prise en 1999 et régissant les faits survenus de 2000 à 2002, date de son abrogation. En 2002, le domaine de cette loi est circonscrit, on retrouve la figure du cercle fermé. La règle serait ainsi devenue une décision. Il faut bien se figurer, cependant, que pour le juge, cela ne change rien. Dans tous les cas, le juge vérifie bien que l'on est dans l'hypothèse pour en déduire le dispositif. En réalité, que le juge soit face à une règle ou à une décision, cela ne change rien à sa manière de procéder lorsqu'il lui est demandé de trancher un litige : il viendra toujours vérifier qu'une condition est remplie pour en déduire une conséquence. C'est pourquoi, lorsque l'on s'interroge sur le statut de

¹ Rapport annuel 2010, p. 346.

² P. MAYER, *op. cit.*, n° 82, p. 56. M. Mayer distingue ainsi clairement le jugement, qui est une décision, de la jurisprudence, qui est une règle : *op. cit.*, n° 86, p. 59.

³ Ce qui est le cas pour la loi rétroactive : cf. J. HERON, « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, n° 24, p. 294 : « l'application rétroactive de la loi nouvelle opère une mutation de la norme. Elle transforme la règle en décision dans la mesure de la rétroactivité, c'est-à-dire que la norme demeure une règle en ce qu'elle régit les faits postérieurs à son édicition. Ainsi se trouve réalisée la juxtaposition d'une règle et d'une décision ».

la jurisprudence, il paraît inutile de distinguer la règle de la décision, et le juge peut dès lors tout à fait créer des règles de droit rétroactives¹.

Il apparaît, *in fine*, inutile pour notre sujet de distinguer les règles des décisions ainsi entendues² : il n'y a pas d'obstacles à ce que le juge pose de véritables règles de droit, et la distinction entre les décisions et les règles n'est pas forcément d'une grande pertinence ici.

¹ En ce sens, cf. C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2014, n° 670-671, p. 386-387.

² Car il reste utile pour notre sujet de distinguer entre le jugement, la décision individuelle, et la jurisprudence, la solution généralisée émanant des juges.

Conclusion du Chapitre

140. La règle de droit est composée de deux parties : un présumé, et une conséquence qui lui est attachée. La structure de la règle de droit est donc bipartite, elle est formulable sous la forme « si – alors ». Le juge a pour vocation de s'insérer entre ces deux éléments afin de constater le présumé et d'en tirer la conséquence.

CONCLUSION DU TITRE

141. Poser la question de la jurisprudence source du droit invite à prendre position sur ce qu'est, ou n'est pas, une source du droit. S'interroger sur ce point nécessite de définir ce qu'est le droit, pour ensuite seulement pouvoir dire ce qu'est une règle de droit. Le critère retenu ici est celui de la justiciabilité. L'indice le plus fiable du phénomène juridique est le juge, et le droit naît de la résolution d'un conflit par ce tiers impartial. Par ailleurs, pour trancher un litige, le juge aura besoin de savoir quelles règles de droit il lui incombe de prendre en compte. Il sera guidé par les règles de reconnaissance. Rappelons que « la règle de reconnaissance n'existe que sous la forme d'une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères. Son existence est une question de fait¹ ».

Par ailleurs, le critère de la justiciabilité trouve un renfort dans la structure bipartite des règles, énonçables sous la forme « si – alors », le juge venant se placer entre les deux termes pour tirer, de la constatation du premier, la conséquence prévue par le second.

Nous voici arrivés au terme de la sélection de nos outils : est règle de droit la norme qui a vocation à être prise en compte par le juge pour trancher un litige. Une telle définition résulte de la notion même du phénomène « droit », qui apparaît lorsqu'un tiers impartial tranche un litige ayant une certaine portée sociale. Nous avons ici une définition que nous espérons suffisamment proche de la réalité pour convaincre. Reste à mettre en œuvre empiriquement ce critère : que disent les règles de reconnaissance au sujet la jurisprudence² ?

¹ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 129.

² Ce n'est ni plus ni moins que la méthode suivie par M. van de KERCHOVE que nous reprenons ici, malgré une amorce différente. Cf. M. van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 207 et s. ; « La jurisprudence revisitée », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, normes internes infraconstitutionnelles, dir. I. HACHEZ et alii, Anthemis, 2012, p. 667 et s.

Gény posait le problème d'une manière un peu différente : « Il s'agit [...] de savoir si la circonstance qu'une certaine interprétation juridique a prévalu, dans un jugement, ou mieux encore dans une série de jugements, qu'une règle de droit, plus ou moins douteuse, a été consacrée juridictionnellement [...], un certain nombre de fois, confère à cette interprétation ou à cette règle, envisagées désormais sous une forme abstraite, et de par l'autorité dont elles émanent, la valeur de préceptes quasi législatifs qui, en tout cas, s'imposeraient désormais, en quelque mesure, à l'interprète ». F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1919, rééd. 1954, n° 146, p. 34.

TITRE II – LA RECONNAISSANCE DE LA JURISPRUDENCE COMME REGLE DE DROIT

142. Il convient désormais de mettre en œuvre le critère de la justiciabilité à travers les règles de reconnaissance. Nous verrons que les différentes règles de reconnaissance de notre système tendent à faire de la jurisprudence une source du droit. Si la reconnaissance effectuée par le législateur est relativement certaine (Chapitre 1), il ne fait en revanche aucun doute que les juges reconnaissent la jurisprudence comme une règle de droit (Chapitre 2). La reconnaissance populaire n'intervient quant à elle, semble-t-il, qu'à la marge, ayant surtout pour effet de renforcer une jurisprudence déjà établie (Chapitre 3)¹.

¹ Nous passons volontairement sous silence le fait que la Constitution parle d'autorité judiciaire et non de pouvoir. En effet, il ne semble pas possible d'y voir la négation de tout pouvoir créateur accordé au juge. Cf. L. CADIET, « Justice – Les institutions », *Encyclopædia Universalis* : « On prétend généralement que la Constitution de 1958, dans son titre [VIII], aurait ajusté la terminologie à la réalité en ne parlant plus que de l'« autorité judiciaire ». L'opinion est sans doute inexacte car l'expression, retenue à la suite d'une observation du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution de 1958, visait simplement à exprimer le fait que ces dispositions ne s'appliquaient pas à la justice administrative mais à la seule justice judiciaire. ». *Adde.* dans le même sens : F. HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Systèmes, 2010, p. 17-18, précisant par ailleurs qu'une Constitution « doit être un texte pratique ; elle doit décrire clairement et le plus simplement l'organisation des pouvoirs publics. L'intérêt des constituants n'est donc certainement pas de rentrer dans des querelles doctrinales et abstraites, encore trop sensibles, mais plutôt de répondre concrètement aux exigences et aux urgences d'une organisation institutionnelle optimale et efficace. » Comp. pour une autre explication reposant sur la crainte d'un contrôle de constitutionnalité diffus : O. DUHAMEL, Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, v° Autorité judiciaire ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 16^e éd., 2014, n° 850, p. 635. Comp. O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, LexisNexis, coll. manuel, 2^e éd., 2013, n° 1027, p. 1156 : « seuls sont et peuvent être des pouvoirs l'exécutif et le législatif, ainsi dénommés, en tant que pouvoirs constitués, quand, la juridiction, désignée, et non élue, ne saurait être le troisième pouvoir, et qu'elle est identifiée, par ailleurs, mais quand même, comme "l'autorité judiciaire" ».

Chapitre 1. La reconnaissance par le législateur

143. Si la loi ne reconnaît pas expressément la jurisprudence (Section 1), il arrive que le législateur la reconnaisse tacitement (Section 2).

Section 1. L'absence de reconnaissance expresse dans la loi

144. **La faible influence de la reconnaissance expresse.** Il a été soutenu précédemment qu'il importait finalement assez peu que la loi interdise à la jurisprudence d'être source du droit¹. En effet, la question est de savoir si, en fait, le juge pose des règles ou non. Il n'est toutefois pas inintéressant de voir ce que peuvent dire les textes en matière de reconnaissance de la jurisprudence : c'est un premier renseignement, qui peut influencer la conduite des auteurs des règles de reconnaissance. Il faut garder à l'esprit que les textes ne sont toutefois que de faibles indices.

145. **Les divergences de solutions au sein de la Cour de cassation.** On pourrait être tenté, tout d'abord, de voir dans certaines règles relatives à la technique de cassation, la reconnaissance de l'existence de la jurisprudence.

Selon l'article L. 431-5 du Code de l'organisation judiciaire, « le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné [...] si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes² ». Avons-nous là un texte formulant la reconnaissance par le législateur du fait que les chambres de la Cour de cassation formulent des règles de droit, qu'il conviendrait d'harmoniser ? Ou bien, inversement, le terme de décisions renvoie-t-il seulement à l'amas de solutions particulières, sans qu'il soit possible d'en déduire une règle jurisprudentielle ?

L'article L. 431-5 ne semble pouvoir être invoqué ni dans un sens, ni dans l'autre. En effet, il est possible, dans un premier temps, de soutenir que l'article ne mentionne que des amas de décisions dont, globalement, le sens diverge. A chaque chambre concernée, ne correspondrait donc pas une jurisprudence bien établie. On peut d'ailleurs douter de l'existence même de jurisprudence en cas de divergence

¹ Cf. *supra*, n° 56 et s.

² *Adde.* art. L. 431-6 COJ. On s'intéresse ici aux divergences entre les chambres de la Cour de cassation, et non aux divergences entre les sections d'une même chambre de la Cour de cassation. Sur l'existence de telles divergences : *Rapport annuel*, 2013, p. 589, sous Cass. 2° civ., 28 févr. 2013, n° 11-21.015, *Bull. civ.*, n° 48. Selon le rapport, cet arrêt « met fin à une période d'incertitude où les sections de droit commun et de sécurité sociale de cette chambre avaient retenu des solutions divergentes pour la définition du préjudice d'agrément, ainsi que pour l'imputation de la rente majorée versée par la caisse primaire d'assurance maladie sur le déficit fonctionnel permanent. »

de solutions : « le constat d'une distorsion met en cause l'existence même de la règle, du fait du particularisme des normes jurisprudentielles¹. » Sur le plan institutionnel, la création de deux règles de droit, simultanément contradictoires, par la Cour de cassation, semble d'ailleurs impossible. En effet, il n'existe qu'une seule et unique Cour de cassation : attribuer la création d'une règle de droit à chacune des chambres concernées reviendrait à ruiner cette unité, résultant de l'unicité de l'organe. Les divergences donneraient donc lieu à deux groupes de solutions contraires, mais non à deux jurisprudences antinomiques.

L'argument est faible cependant, puisque cette approche juridique ne rend pas forcément compte de la réalité. Il est tout à fait possible de considérer, dans un second temps, que chaque chambre a une conscience aigüe de son indépendance et estime sa solution aussi imposante qu'une règle de droit. Les chambres de la Cour de cassation peuvent tout à fait considérer qu'entre elles le désaccord porte réellement sur deux règles de droit divergentes. La reconnaissance législative de la jurisprudence viendrait alors prendre acte de la reconnaissance par les juges de leurs propres créations.

Est-il possible de trancher ce débat ? A considérer uniquement le texte du Code de l'organisation judiciaire, il semble que non. Autrement dit, en lisant simplement l'article L. 431-5 il n'est pas possible de savoir si le législateur a entendu reconnaître ou non l'existence de règles de droit jurisprudentielles.

146. La mise à l'écart d'un texte par le juge. On pourrait également penser, ensuite, que le législateur prend en compte la jurisprudence, en particulier sa rétroactivité, lorsqu'une loi limite dans le temps les effets produits par la mise à l'écart d'un texte par le juge. L'hypothèse est la suivante : un texte impose de verser une somme déterminée à des personnes. Or, il apparaît que ce texte est contraire à une norme supérieure antérieure. Le juge écarte donc le texte. Il faut en tirer les conséquences : le texte ayant toujours été contraire à la norme supérieure, la personne qui a bénéficié de son application doit rembourser toutes les sommes reçues. Cependant, la loi prévoit que dans ce cas les restitutions ne seront pas intégralement exigées, mais limitées à une certaine période.

¹ M.-C. RIVIER, S. LAULOM, *Les divergences de la jurisprudence*, dir. P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 41. Comp. F. ZENATI, « La notion de divergence de jurisprudence », *Les divergences de la jurisprudence*, dir. P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 60 : « La jurisprudence divergente est une jurisprudence pré-formelle, ou, si l'on préfère, comme le souligne Antoine Jeammaud, une règle pré-positive, dont le défaut de positivité résulte de son état même de divergence. (...) Les règles juridiques qui s'opposent dans une antinomie sont des règles non pas pour interpréter mais qu'il faut interpréter pour les concilier ou dont il faut arbitrer le conflit. L'antinomie est un désordre qui nécessite une interprétation, alors que la divergence des jugements est un désordre dans l'interprétation. »

147. Exemple. En matière de sécurité sociale, l'article L. 243-6 du Code de la sécurité sociale dispose que « (al. 1^{er}) la demande de remboursement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales indûment versées se prescrit par trois ans à compter de la date à laquelle lesdites cotisations ont été acquittées. (al. 2) **Lorsque l'obligation de remboursement desdites cotisations naît d'une décision juridictionnelle qui révèle la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure**, la demande de remboursement ne peut porter que sur la période postérieure au 1^{er} janvier de la troisième année précédant celle où la décision révélant la non-conformité est intervenue¹. » Autrement dit, il arrive que des cotisations soient versées en vertu d'un texte, mais que celui-ci ne soit pas conforme à un texte d'une valeur supérieure. Dès lors, il faut rembourser les cotisations qui ont été indûment versées. L'article L. 243-6 vient limiter le moment à partir duquel les restitutions sont dues².

148. Déclarativité et non-rétroactivité. Il a été soutenu que ce type de texte venait limiter la rétroactivité de la jurisprudence³. Il faudrait alors en déduire les éléments suivants : si ce type de texte vient limiter la rétroactivité de la jurisprudence, c'est que la jurisprudence est une règle de droit.

Pourtant, le raisonnement nous paraît erroné. Le juge ne fait ici que déclarer qu'un texte est contraire à une autre texte. Il n'y a donc aucune création d'une règle de droit rétroactive. La rétroactivité qui est limitée par l'article L. 243-6 est en réalité l'effet déclaratif de la suppression du texte ; c'est la déclarativité de cette suppression qui est en cause. Il convient de constater d'ailleurs que l'article L. 243-6 utilise le mot « révéler », parfait synonyme ici de « déclarer ». Où est alors la règle de droit créée par le juge, dont la rétroactivité devrait être limitée ? La loi ne fait que limiter la portée de la mise à l'écart du texte. Il faut comprendre

¹ Pour une application : Cass. 2^e civ., 17 juin 2010, n° 07-13.447, *Bull. civ.* n° 119 : « Attendu que, pour fixer au 1^{er} janvier 2001 le point de départ de la période de répétition des cotisations litigieuses et condamner l'URSSAF au remboursement des cotisations versées par la société entre cette date et le 1^{er} mai 2002, l'arrêt, après avoir rappelé que la Cour de cassation a qualifié, dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 20 janvier 2004, de dommages-intérêts les sommes versées à titre de compensation salariale en application d'un accord conclu dans le cadre de l'article 39-1 de la loi du 20 décembre 1993, retient qu'en se prononçant ainsi en faisant explicitement référence à la loi et en réponse au moyen de cassation soulevé, la Cour de cassation a considéré que la disposition de la loi du 20 décembre 1993 affirmant le caractère salarial des sommes en cause devait être écartée, et qu'elle n'était pas conforme à une norme supérieure constitutionnelle dès lors que toute cotisation doit être assise sur un texte législatif, de sorte qu'il existe ainsi une décision juridictionnelle qui a révélé le caractère indemnitaire des compensations salariales et qu'il convient de faire application de l'article L. 243-6, alinéas 1 et 2, du code de la sécurité sociale. »

² Dans la même veine, il est possible de citer l'article L. 190, alinéa 4 du Livre des procédures fiscales et l'article 352 *ter* du Code des douanes qui limitent les effets dans le temps de la décision qui révèle le défaut de validité d'un texte fondant une imposition.

³ J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 11, PDF.

le texte de la sorte : de tout temps, le texte fondant le versement des cotisations est contraire à une règle de droit supérieure, pourtant, il ne faut pas tirer toutes les conséquences de son éviction. C'est exactement la même chose que si la loi venait limiter dans le temps la portée de l'annulation d'un contrat, sauf qu'il s'agit ici en quelque sorte, *mutatis mutandis*, de l'annulation d'un texte à portée générale.

149. Articles 4, 5 et 1351 du Code civil. Renvoi. Les articles 4, 5 et 1351 du Code civil sont les articles les plus fréquemment invoqués pour savoir si la jurisprudence est une source du droit ou non¹. L'analyse de ces textes étant développées *infra*, nous nous contenterons d'indiquer nos conclusions : l'article 5 et l'article 4 permettent l'élaboration d'une jurisprudence en ce qu'ils n'obligent pas le juge à créer du droit (article 4) ni n'interdisent toute création (article 5). Quant à l'article 1351, il nous semble être hors de cause².

150. Conclusion de la section. Par conséquent, ni l'article L. 431-5 du Code de l'organisation judiciaire, ni les articles relevant du même mécanisme que l'article L. 243-6 du Code de la sécurité sociale ne permettent de soutenir que le législateur a reconnu explicitement la création de règles de droit par le juge, à savoir la jurisprudence. L'article 4 du Code civil n'interdit ni n'autorise explicitement la création jurisprudentielle, et l'article 5 n'interdit qu'une de ses manifestations : la création du droit à la manière de la loi. Les règles de reconnaissance de notre ordre juridique ne permettent donc pas de trancher la question avec certitude. L'attitude du législateur à l'égard de la jurisprudence est beaucoup explicite.

Section 2. L'existence d'une reconnaissance tacite par le législateur

151. En dehors des textes, il est des cas où il devient évident que le législateur prend en compte la jurisprudence. Dès lors, si la loi s'appuie sur la jurisprudence, c'est certainement que celle-ci joue un rôle dans la création du droit. Par conséquent, la frontière entre la déclarativité et la rétroactivité pourrait être franchie. Le législateur, en intervenant pour lutter contre des solutions posées

¹ Cf. par ex. G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit Civil. Introduction générale au droit*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 119, p. 215 et s. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2012, n° 350 et s., p. 286 et s. ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., coll. Méthodes du droit, 2012, n° 61, p. 83 ; L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, n° 41 et n° 42 ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit*, Sirey, 15^e éd., 2014, n° 171-172, p. 181 et s..

² Sur ces articles 4, 5 et 1351, cf. *infra*, n° 263 et s.

par les juges, ou au contraire en s'appuyant sur la jurisprudence, semble reconnaître effectivement la jurisprudence comme une source du droit (§ 1). Cependant, cette reconnaissance est insuffisante pour établir clairement la jurisprudence en source du droit (§ 2).

§ 1. Une reconnaissance tacite

152. Le législateur reconnaît le pouvoir créateur de la jurisprudence soit en la combattant (A), soit, inversement, en la préservant (B). Ce faisant, le rôle créateur du juge est mis en avant, laissant penser que la déclarativité est en réalité de la rétroactivité.

A. L'anéantissement de la jurisprudence

153. Le combat de la jurisprudence par la loi. Le phénomène de prise en compte, tacite, de la jurisprudence, se produit lorsque le législateur vient combattre une jurisprudence¹. Si la jurisprudence n'existait pas, on voit mal pourquoi le législateur prendrait la peine d'intervenir. Le phénomène est d'autant plus marquant lorsqu'il s'agit de lutter contre un arrêt en particulier : avant celui-ci le législateur semble satisfait de l'état du droit positif, après celui-ci il apparaît que l'état du droit positif ne serait plus le même. Il y a donc bien un revirement, rétroactif et non déclaratif.

Ainsi en est-il des cas où la loi vient valider une situation que la jurisprudence, par un revirement, avait pourtant décidé de condamner. Un tel phénomène se produisit notamment lorsqu'une loi de validation fut prise le 19 janvier 2000² pour « contrecarrer le revirement de jurisprudence de la Cour de

¹ Cf. Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 et s. ; Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Def.* 2005, art. 38203, p. 1205 et s. *Adde.* J.-L. BERGEL, « La loi du juge, dialogue ou duel », *Etudes offertes à P. Kayser*, t.1, PUAM, 1979, p. 36 et s. ; T. BONNEAU, « Variations sur la jurisprudence "source du droit triomphante mais menacée" », *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, *Economica*, 2004, n° 6, p. 130-131 ; *GAJC*, n° 10, p. 77 et s. V. déjà A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, 1932, n° 425, p. 452 ; J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, note 5, p. 38.

Il est arrivé que la loi infirme un avis de la Cour de cassation : cf. C. PELLETIER, « Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, 2006, p. 438. Il s'agissait de l'avis du 6 juill. 1998, *Bull. civ.* n° 10, selon lequel la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique et à des fins strictement contraceptives est prohibée par l'art. 16-3 C. civ. La loi n° 2001-588 du 4 juill. 2001, relative à l'interruption de volontaire de grossesse et à la contraception a levé en partie cette interdiction pour les personnes majeures mêmes protégées. Cf. désormais art. L. 2123-1 et L. 2123-2 C. sant. publ.

² Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, art. 29 : « Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, sont validés les versements effectués au titre de la rémunération des périodes de permanence nocturne, comportant des temps d'inaction, effectuées sur le lieu de travail en chambre de veille par le personnel en application des clauses des conventions collectives nationales et accords collectifs nationaux de

cassation, intervenu le 29 juin 1999¹ » relatif au problème de rémunération des périodes de permanence nocturnes dans certains établissements spécialisés.

Comme le remarque M. van de Kerchove, « l'intervention occasionnelle du législateur, "condamnant" ou "combattant" une règle jurisprudentielle déterminée, manifeste non seulement sa "connaissance" évidente du phénomène jurisprudentiel en général, mais encore, sans doute, la "reconnaissance" implicite de son caractère créateur de droit². » Le législateur, en cherchant à intervenir, manifeste une connaissance de la jurisprudence et de ses effets en tant que règle de droit. La jurisprudence est prise en compte pour être combattue³. Il en est de même lorsque le législateur cherche à préserver une solution jurisprudentielle.

B. La préservation de la jurisprudence

154. Le renvoi de la loi au droit international privé établi par la jurisprudence. Plutôt que de lutter contre la jurisprudence, il est possible que le législateur y renvoie implicitement, préférant s'appuyer sur elle. Le résultat est le même : la création du juge est reconnue en étant au contraire préservée. Maury cite un exemple de loi qui renvoie à tout un droit élaboré par les juges, celui du droit international privé⁴. En effet, la loi du 24 juillet 1921 « prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine⁵ en matière de droit privé », décide, au 1^{er} alinéa de l'article 15, que les dispositions de la loi « seront, au besoin, complétées par les règles de droit international privé admises en France ». L'alinéa 2 poursuit : « Les conflits entre ces lois et les lois étrangères sont régis par l'article 3 du Code civil et par le système général du droit international privé admis en France. » Or, le droit international privé étant

travail agréés en vertu de l'article 16 de la loi n° 75-535 [du 30 juin 1975] relative aux institutions sociales et médico-sociales, en tant que leur montant serait contesté par le moyen tiré de l'absence de validité desdites clauses. »

¹ Selon les termes de la cour d'appel de Paris, 27 juin 2000, citée par CEDH, 9 janv. 2007, n° 31501/03, *Aubert et a. c. France*, § 56. L'arrêt de la Cour de cassation mentionné est Cass. soc., 29 juin 1999, *Bull. civ.*, n° 307.

² M. van de KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, normes internes infraconstitutionnelles, dir. I. HACHEZ et alii, Anthemis, 2012, p. 685. *Adde.* T. REVET, « La légisprudence », *Mélanges offerts à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, n°2, p. 378.

³ V. encore la réaction du législateur suite à l'interprétation faite de l'article 221 du Code civil concernant la présomption de pouvoir posée par cet article après la dissolution du mariage. Selon Messieurs Flour et Champenois, « avant même que la controverse jurisprudentielle fût close, le législateur voulut briser la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation. » En fait de jurisprudence il s'agissait d'une unique décision (Cass. com. 5 févr. 1980, *Bull. civ.*, n° 62) remise plus ou moins en cause par un arrêt d'Assemblée plénière (Cass. Ass. plén., 4 juill. 1985). *Cf.* J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, coll. U, 2^e éd., 2001, n° 121, p. 110-111. *Adde.* not. B. BEIGNIER, S. TORRICELLI-CHRIFI, *Régimes matrimoniaux, Pacs, Concubinage*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Cours, 2014, n° 21-3, p. 37 parlant de bris de jurisprudence.

⁴ Pour une critique de ce traitement des conflits entre loi locale et loi française par le recours aux méthodes du droit international privé, *cf.* N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, thèse dactyl., 2014, n° 450 et s., p. 263 et s.

⁵ Il convient de parler cependant de l'Alsace-Moselle, car seuls trois départements sont concernés : le Haut-Rhin et le Bas-Rhin constituant l'Alsace, et la Moselle qui n'est qu'un des quatre départements de la Lorraine.

principalement élaboré par les juges, les règles auxquelles renvoie l'article 15 « ne peuvent être que des normes jurisprudentielles dont l'existence est ainsi affirmée par le législateur, celui-ci y renvoyant, ne les consacrant pas¹. »

155. Le renvoi de la loi à la jurisprudence en cas de loi de validation.

La loi a encore pu prendre en compte de manière tacite la jurisprudence dans l'affaire « du tableau d'amortissement ». A l'origine de cette affaire existait un flou législatif concernant le contenu des échéanciers d'amortissement en matière de prêt immobilier. En effet, l'article L. 312-8 du Code de la consommation n'exigeait pas des banques de préciser, pour chaque échéance, la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts. La pratique des banques était donc de ne pas effectuer cette précision. La Cour de cassation vint poser l'exigence contraire le 16 mars 1994², à peine de déchéance des intérêts pour le prêteur et de nullité du prêt³. Fut alors votée la loi du 12 avril 1996⁴ pour venir limiter cette jurisprudence et valider ainsi la pratique des banques. L'article 87-I de la loi disposait que « sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les offres de prêts mentionnées à l'article L. 312-7 du code de la consommation et émises avant le 31 décembre 1994 sont réputées régulières ». La jurisprudence est donc à nouveau prise en compte pour être combattue ; la loi vient valider la pratique des banques.

L'affaire des tableaux d'amortissement a toutefois un autre intérêt. La loi de 1996, d'un côté, valide les offres faites par les banques avant le 31 décembre 1994. D'un autre côté, la loi modifie l'article L. 312-8, en reprenant l'exigence posée par la jurisprudence. Or, le nouvel article L. 312-8 ne rentrait en vigueur qu'à partir du 14 avril 1996⁵. Il faut en déduire que, entre temps, c'est-à-dire pour les offres faites après le 31 décembre 1994 et avant le 14 avril 1996, les banques devaient se soumettre à la jurisprudence de la Cour de cassation qui était censée être connue⁶. Le législateur n'eut cependant pas l'audace, ou l'humilité, de renvoyer directement au droit tel qu'établi par la jurisprudence. Ainsi, le

¹ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 30. Il pourrait s'agir également de règles coutumières : cf. C. GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Sirey, 1955, n° 153, p. 198-199.

² Cass. 1^{re} Civ., 16 mars 1994, n° 92-12.239, *Bull. civ.*, n° 100 ; Cass. 1^{re} Civ., 20 juillet 1994, n° 92-19.187, *Bull. civ.*, n° 262, *Def.* 1995, art. 36024, p. 350 et s., D. MAZEAUD.

³ Cass. 1^{re} Civ., 20 juillet 1994, préc.

⁴ Loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

⁵ A Paris du moins, en application de l'ancien art. 1^{er} C. civ. et du décret du 5 nov. 1870, la loi ne comportant pas, concernant cette disposition, de mesure transitoire. Pour le reste de la France, « le délai est d'un jour franc après celui où le numéro du *Journal officiel* qui contient le texte est arrivé au chef-lieu de l'arrondissement. » (G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit Civil. Introduction générale au droit*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 85, p. 160).

⁶ Cf. P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001, p. 95, n° 37 : la loi « sanctionne les sujets de droit qui ne se sont pas inclinés devant l'autorité normative de la Cour de cassation à une époque où sa jurisprudence était suffisamment assise et connue. »

législateur valida la pratique des banques, puis, à partir du moment où la solution jurisprudentielle était censée être connue¹, consacrait la solution jurisprudentielle, l'enregistrant par ailleurs dans la loi pour l'avenir. Ce faisant, le législateur semblait répondre au vœu émis par un auteur en 1982 : « Il faudrait peut-être considérer que seul le législateur est en mesure d'aménager les répercussions des revirements de jurisprudence : entériner la modification apportée et organiser son application dans le temps². » Précisons toutefois que la France fut condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme estimant la validation opérée contraire à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1³.

156. La pusillanimité du législateur face à la jurisprudence. La préservation de la jurisprudence a pu être encore plus explicite. Il a pu apparaître que le législateur, face un revirement, ne décide pas de le combattre mais, au contraire, de changer la réforme qui était en cours de préparation. Ainsi, « lors de l'adoption de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementaires et aux experts judiciaires (dite loi Béteille), les parlementaires ont renoncé à une réforme inscrite au projet de loi, en raison d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation⁴. » L'attitude du législateur est ici sans ambiguïté : la jurisprudence est bien perçue comme étant une règle de droit, au point qu'il s'estime, étrangement, tenu par elle.

157. La prise en compte de l'abandon d'une jurisprudence. Enfin, il est arrivé que le législateur vienne directement ressusciter une solution jurisprudentielle que les juges avaient voulu abandonner. On peut penser ainsi à l'abandon par la Cour de cassation de la théorie de l'acceptation des risques en matière de responsabilité délictuelle par la Cour de cassation⁵, qui entraîna le vote de l'article 1^{er} de la loi n° 2012-348 du 12 mars 2012, créant l'article L. 321-3-1 du Code du sport⁶. Rappelons que l'acceptation des risques conduisait, en

¹ A partir du 31 décembre 1994 donc, l'arrêt ayant été rendu le 16 mars 1994.

² D. LANDRAUD, « A propos des revirements de jurisprudence », *JCP* 1982, I, 3093.

³ CEDH, 14 févr. 2006, n° 67847/01, *Lecarpentier et autre c. France*, *RTD civ.* 2006, p. 261 et s., J.-P. MARGUENAUD ; *RDC* 2006, p. 289 et s., T. REVET.

⁴ B. BEIGNIER, C. BLERY, A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, Montchrestien, Lextenso, coll. Cours, 3^e éd., 2011, n° 147, p. 167. Les auteurs citent le rapporteur du Sénat pour étayer leurs propos : la soumission du législateur ne fait donc aucun doute. Cf. Rapport n° 129 (2010-2011), fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 novembre 2010, p. 25. L'arrêt est Cass. 2^e civ., 18 juin 2009, n° 08-10.843, *Bull. civ.*, n° 165.

⁵ Cass. 2^e civ., 4 nov. 2010, n° 09-65.947, *Bull. civ.* n° 176, *Rapport annuel* 2010, p. 394-395.

⁶ « Les pratiquants ne peuvent être tenus pour responsables des dommages matériels causés à un autre pratiquant par le fait d'une chose qu'ils ont sous leur garde, au sens du premier alinéa de l'article 1384 du code civil, à l'occasion de l'exercice d'une pratique sportive au cours d'une manifestation sportive ou d'un entraînement en vue de cette manifestation sportive sur un lieu réservé de manière permanente ou temporaire à cette pratique. »

matière de responsabilité pour faute, « à ne retenir que la faute caractérisée d'un compétiteur. En matière de responsabilité du fait des choses, cette théorie empêchait la victime d'agir sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} à raison de son acceptation des risques normaux¹. » Le lien entre l'abandon de cette création prétorienne qu'est l'acceptation des risques et la création de l'article L. 321-3-1 relatif à la responsabilité du fait des choses ne fait aucun doute². L'intervention de la source législative vient ici pallier le tarissement de la source jurisprudentielle.

Le législateur n'est donc pas ignorant de l'activité créatrice de la jurisprudence, qu'il lui arrive de combattre ou, au contraire, de consacrer. Il ne semble pourtant pas que cela soit suffisant pour pouvoir affirmer que le juge pose des règles de droit.

§ 2. Une reconnaissance insuffisante

158. Un constat nuancé. Ces différents exemples, loi combattant la jurisprudence, loi renvoyant implicitement à l'état du droit tel qu'il est ou qu'il fut déterminé par la jurisprudence, montrent suffisamment que le législateur reconnaît le pouvoir créateur du juge. Ainsi, le législateur n'ignore pas la portée normative de la jurisprudence : en fait de déclarativité, il faudrait donc parler de rétroactivité.

Il faut cependant nuancer le propos : il est possible de soutenir que le législateur ne lutte que contre un phantasme, contre un amas de décisions particulières qui n'auraient pas la généralité de la règle jurisprudentielle. Il faut en effet remarquer que le législateur intervient en pensant que le juge va suivre la solution qu'il a posée. Or, ce dernier n'est nullement tenu par le précédent. Par ailleurs, notons que le législateur ne nomme jamais le phénomène jurisprudentiel, comme il peut le faire pour les usages³. S'il peut le faire pour les usages, il pourrait le faire pour la jurisprudence : son silence serait donc à interpréter comme le refus d'une reconnaissance.

¹ N. BLANC, *JCP* 2012, doct. 779, n° 20.

² V. not. Rapport n° 372 (2011-2012) de M. J.-J. LOZACH, fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, déposé le 15 février 2012 : « Le présent article vise à introduire un nouvel article L. 321-3-1 dans le code du sport afin de remédier à certaines difficultés nées d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 novembre 2010 relatif à l'application du régime de responsabilité civile du fait des choses dans le cadre d'une activité sportive. » Rapport disponible sur <http://www.senat.fr/rap/111-372/111-372.html>.

³ Art. 389-3 (cas où l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes) ; art. 663 (clôture forcée) ; art. 671 (distance des plantations, qui évoque les usages « constants et reconnus ») ; art. 674 (distance entre les constructions) ; art. 1587 (vente de biens devant être goûtés et agréés). Sur l'emploi du mot « usage » plutôt que de celui de coutume et la réalité à laquelle ce terme renvoie dans le contexte de l'élaboration du Code civil, cf. F. ZENATI-CASTAING, « Le Code civil et la coutume », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 607 et s., spéc. p. 614 et s.

C'est pourquoi, en l'absence de système du précédent, c'est la reconnaissance faite par le juge de sa propre création qui est la plus importante. Certes, elle n'est pas la seule qui compte, et la reconnaissance faite par le législateur peut tout à fait être pertinente, mais cette reconnaissance législative est loin d'être suffisante. En définitive, on pourrait soutenir qu'il y a une règle de reconnaissance tacite, déduite du comportement du législateur, mais dont l'importance est relativement faible. Précisons que cette double reconnaissance, par le législateur et par les juges, n'est pas impossible. Ainsi, dans l'exemple précité de la loi de validation en matière de rémunérations des heures de permanence nocturnes¹, la Cour de cassation reconnut elle-même l'existence d'une jurisprudence. L'Assemblée plénière estima en effet le 24 janvier 2003² que la loi de validation, venant combattre la jurisprudence, répondait à d'impérieux motifs d'intérêt général et la Cour de cassation reconnut, dans son rapport annuel, que « le législateur ne pouvait pas [...] se montrer indifférent aux conséquences de cette jurisprudence sur l'équilibre financier des établissements, compte tenu de leur rôle essentiel dans le fonctionnement du service public de la santé et de la protection sociale. Aussi son intervention répondait-elle à un motif impérieux d'intérêt général³. » La Cour de cassation admet ainsi que la loi puisse venir de manière légitime limiter les effets de l'un de ses revirements. Elle ne fut toutefois pas suivie par la Cour européenne des droits de l'Homme qui condamna la France en 2007, estimant cette disposition de la loi de 2001 contraire à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1⁴.

¹ Cf. *supra*, n° 153.

² Cass. Ass. plén., 24 janv. 2003, n° 01-40.967 et n° 01-41.757, *Bull. Ass. plén.*, n° 2 et 3, *Rapport annuel 2003*, p. 192 et s. ; *D.* 2003, p. 1648 et s., S. PARICARD-PIOUX ; *GAJC*, n° 8, p. 57 et s.

³ Cass. Ass. plén., 24 janv. 2003, préc.

⁴ CEDH, 9 janv. 2007, n° 31501/03, *Aubert et a. c. France* ; CEDH, 9 janv. 2007, n° 20127/03, *Arnolin et a. c. France*. Il est intéressant de noter que le fondement de la décision est la privation induite d'un bien. Or, ce bien, qui est une espérance légitime de créance, n'existait pas au moment des faits, il n'a été constitué que suite à la décision de la Cour de cassation, donc rétroactivement : la Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne ici la privation rétroactive d'une espérance légitime de créance qui a pu être rétroactivement constituée.

Conclusion du Chapitre

159. Il n'y a pas, à notre connaissance, de texte qui reconnaisse explicitement la jurisprudence comme étant une source du droit. Cela n'empêche de voir dans l'attitude du législateur, condamnant ou approuvant une jurisprudence, une reconnaissance tacite de celle-ci. Toutefois, une telle attitude paraît insuffisante pour affirmer avec certitude que le juge crée des règles de droit : le législateur ne fait-il pas que lutter contre des prévisions, et non contre une véritable règle de droit ? La reconnaissance de la jurisprudence par les juges eux-mêmes est donc primordiale pour accorder à la jurisprudence le statut de source du droit.

Chapitre 2. La reconnaissance par les juges

160. Nous avons vu que la Cour de cassation elle-même pouvait reconnaître créer du droit pour accepter qu'une loi vienne combattre sa jurisprudence. Une reconnaissance plus large existe-t-elle ? Autrement dit, les tribunaux se sentent-ils liés par la jurisprudence comme si elle était une règle de droit qu'ils devraient appliquer ? Il faut souligner, au préalable, en reprenant les mots de Chrétien, que « cette recherche du caractère impératif vis-à-vis des tribunaux est d'une grande importance. En effet, la force obligatoire que possède la règle d'origine jurisprudentielle à l'égard des agissements des particuliers et des agents administratifs est conditionnée par son autorité à l'égard des juges qui l'appliquent et qui en sont directement les auteurs. Si les juges ne respectent pas la solution qu'ils ont créée, celle-ci perdra toute valeur aux yeux des intéressés¹. »

Notre étude portant sur le droit civil français, c'est la prise en compte par le juge français de sa jurisprudence qui nous intéresse, en particulier par la Cour de cassation. Il importe donc peu que la Cour de cassation reconnaisse certaines jurisprudences de droit supranational comme source du droit². Une telle reconnaissance est inapte à nous renseigner sur la statut de la propre jurisprudence de la Cour de cassation.

On présentera graduellement la reconnaissance de la jurisprudence par les juges, en partant de la description du phénomène le moins convaincant au plus convaincant. Seront donc examinées successivement la reconnaissance par les juges extérieurs à la Cour de cassation de la jurisprudence (Section 1), puis la reconnaissance indirecte par la Cour de cassation (Section 2), et enfin la reconnaissance directe par la Cour de cassation (Section 3).

¹ M. CHRETIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, L. Danel, 1936, p. 129. *Adde.* X. HENRY, « Vidons les greffes de la République ! De l'exhaustivité d'accès aux arrêts civils des cours d'appel », *D.* 2011, note 2, p. 2609, *in fine* : « le siège principal de la jurisprudence, c'est... le juge ! [Dès lors,] constitue une jurisprudence ce par quoi le juge se croit lié (ou contraint). » – M. van de KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, normes internes infraconstitutionnelles, dir. I. HACHEZ *et alii*, Anthemis, 2012, p. 684 ; A. AYNES, Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé. Traité de droit civil*, t. 1, Economica, 6^e éd., 2013, n^o 260, p. 193.

Comp. R. DAVID, « La jurisprudence », *RRJ* 1985, p. 780 : « Nous ne considérons enfin la jurisprudence comme une source du droit que dans la mesure où les juges eux-mêmes le laissent apparaître, en fondant leurs arrêts sur l'existence d'une ou plusieurs décisions judiciaires ayant d'ores et déjà statué dans un certain sens. Ce que nous allons examiner se résume à une question simple : la manière dont une certaine juridiction a compris et interprété le droit, à l'occasion d'un procès qu'elle avait à juger, peut-elle être contraignante, à l'avenir, pour d'autres juridictions ou pour la juridiction même qui l'a adoptée ? »

² Par ex. pour la jurisprudence de la CJUE : Cass. Ass. plén., 29 juin 2010, n^o 10-40.001, *D.* 2010, p. 1636 et s., P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA qui vise l'arrêt de la CJUE du 22 juin 2010, et pour la Cour européenne des droits de l'Homme : Cass. soc., 13 juin 2007, n^o 05-45.694 05-45.696, *Bull. civ.*, n^o 99, *RTD civ.* 2007, p. 536 et s., P. DEUMIER ; *D.* 2007, p. 2439 et s., C. PERES, visant CEDH, 9 janv. 2007, n^o 20127/03, *Arnolin et a. c. France*.

Pour une critique de ce phénomène, cf. J. HUET, « Union européenne et démocratie : prohibition des arrêts de réglemment et avis de décès de l'article 5 du Code civil », *JCP* 2011, act. 473.

Section 1. La reconnaissance par les juges extérieurs à la Cour de cassation

161. Définition. Les juges périphériques à la Cour de cassation sont tous les juges qui, ne faisant pas partie de la Cour de cassation, ont pourtant vocation à connaître ses décisions. Ainsi en est-il des juges de la Cour de justice de l'Union européenne, des juges du fond en France, des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme et des juges du Conseil constitutionnel, qui, suite à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, peut être assimilé à une juridiction. Tous ces juges reconnaissent à la Cour de cassation un pouvoir créateur, invitant à parler de rétroactivité et non de déclarativité.

162. La Cour de justice de l'Union européenne. S'agissant de la Cour de justice de l'Union européenne¹ en premier lieu, il ne semble pas qu'elle ait eu l'occasion de reconnaître le pouvoir créateur des juges de la Cour de cassation. L'hypothèse d'une telle reconnaissance pourrait cependant exister. En effet, on sait que la Commission, comme un Etat membre, peut saisir la Cour de justice d'un recours en manquement, afin de voir constater la violation par un Etat du droit de l'Union. Ce manquement « peut résider dans une action, par exemple le fait d'adopter une loi contraire à une norme communautaire, mais également dans une abstention². » Par ailleurs, si le manquement doit être imputable à l'Etat, il convient de préciser que « le principe d'unité de l'Etat, valable en droit de l'Union comme en droit international, a pour conséquences qu'est imputable à l'Etat toute action ou inaction de l'un de ses organes quel qu'il soit³. » Par conséquent, la jurisprudence d'un tribunal contraire au droit de l'Union pourrait parfaitement être assimilée à un manquement de l'Etat. La Cour de justice a ainsi affirmé que si une « disposition est en elle-même neutre au regard du droit communautaire [...], sa portée doit être déterminée compte tenu de l'interprétation qu'en donnent les juridictions nationales. À cet égard, des décisions de justice isolées ou fortement minoritaires dans un contexte jurisprudentiel marqué par une autre orientation, ou

¹ Il conviendrait plus précisément de parler de la Cour de justice, puisque selon l'art. 19 TUE, « la Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. »

² C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'union européenne*, LexisNexis, coll. Manuel, 5^e éd., 2013, n° 942, p. 704.

³ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *op. cit.*, n° 943, p. 704. *Adde.* CJUE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Köbler c. Autriche*, § 32 : « Si, dans l'ordre juridique international, l'Etat dont la responsabilité est engagée du fait de la violation d'un engagement international est considéré dans son unité, que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif, il doit en être d'autant plus ainsi dans l'ordre juridique communautaire que toutes les instances de l'Etat, y compris le pouvoir législatif, sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, au respect des normes imposées par le droit communautaire et susceptibles de régir directement la situation des particuliers ».

encore une interprétation démentie par la juridiction suprême nationale, ne sauraient être prises en compte. Il n'en est pas de même d'une interprétation jurisprudentielle significative non démentie par ladite juridiction suprême, voire confirmée par celle-ci¹. » La décision concernait l'Italie, et la formule sera reprise dans une décision concernant l'Espagne². Or, ces deux pays appartiennent à la tradition romano-germaniques, et le rôle de la jurisprudence y est donc sensiblement le même qu'en France. Une transposition de ces solutions dans une éventuelle affaire impliquant la Cour de cassation n'est pas donc pas impossible. Toujours est-il qu'à notre connaissance la Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion de sanctionner, et ainsi de reconnaître, la jurisprudence de la Cour de cassation.

163. Les juges du fond. En deuxième lieu, s'agissant des juges du fond, il existe des arrêts de cours d'appel qui mentionnent le phénomène jurisprudentiel. En matière de propriété intellectuelle par exemple, la cour d'appel de Paris a ainsi justifié une de ses solutions, en matière de refus de vente, en affirmant « que s'il est admis par la jurisprudence que ce droit [du propriétaire sur sa marque] est entier et se trouve protégé d'une action préjudiciable des tiers, nul ne pouvant, sans autorisation du propriétaire, utiliser cette marque ou la reproduire, il est incontestable que ce dernier n'en est pas moins soumis aux obligations de la réglementation économique³ ». Notons toutefois une prudence certaine de cette juridiction lorsqu'elle constate, quelques années plus tard, que s'il est reproché « au jugement critiqué de ne s'être pas conformé à la jurisprudence, en effet, dominante [...] il en avait pourtant le droit, la jurisprudence la mieux assise étant dépourvue de tout effet général et réglementaire et se trouvant, au contraire, soumise au renouvellement d'une évolution nécessaire⁴ ». La jurisprudence est mentionnée mais elle ne paraît pouvoir être qu'une source matérielle du droit, en perpétuelle évolution.

Toutefois, les juges du fond ont pu reconnaître la création d'une règle par la Cour de cassation en choisissant de moduler la rétroactivité de cette règle. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 24 janvier 2011⁵ a ainsi refusé d'appliquer un

¹ CJUE, 9 déc. 2003, aff. C-129/00, *Commission c. Italie*, § 31 et § 32.

² CJUE, 12 nov. 2009, aff. C-154/08, *Commission c. Espagne*, § 126. *Adde.* CJUE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Köbler c. Autriche*, préc., § 33 et § 34, suite non pas à un recours en manquement mais à une question préjudicielle.

³ Paris, 7 février 1961, *JCP* 1961, II, 12052, R. PLAISANT.

⁴ Paris, 29 juin 1965, *D.S.*, 1965, p. 567.

⁵ Douai, 24 janv. 2011, n° 09/09008 : « la jurisprudence issue de l'arrêt du 11 janvier 2005 a considérablement réduit le délai de prescription qui était applicable à la date du décès de M. Jean V., bien que le délai ne fût pas expiré à cette date, puisque M. Christian V. disposait encore d'un délai jusqu'au 1er avril 2006 si l'on retient la date du décès, et jusqu'au 29 octobre 2006 si l'on retient sa lettre adressée au notaire, pour engager son action en nullité.

revirement de la Cour de cassation raccourcissant un délai de prescription. Les juges du fond ont ainsi modulé dans le temps le revirement de la Cour de cassation¹. Est-il possible d'affirmer que ce serait la jurisprudence des juges du fond qui est source du droit, et non celle de la Cour de cassation ? Absolument pas, puisque c'est la solution de la Cour de cassation qui est modulée, et non celle des juges du fond. Cet arrêt de la cour de Douai ne fait donc que renforcer l'idée que la Cour de cassation pose des règles de droit.

164. La Cour européenne des droits de l'Homme. S'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, en troisième lieu, sa réaction à la loi dite « anti-Perruche » du 4 mars 2002² manifeste une nette reconnaissance de la jurisprudence comme règle de droit³. Rappelons simplement que la loi avait vocation à lutter contre la solution posée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Perruche* du 17 novembre 2000⁴, qui acceptait d'indemniser l'enfant né handicapé lorsque le médecin avait commis une faute, ayant pour conséquence d'empêcher la mère de recourir à une interruption volontaire de grossesse. Selon l'arrêt *Maurice*, qui condamne l'application de la loi du 4 mars 2002 aux litiges en cours, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que « avant l'intervention de la loi litigieuse, les requérants détenaient une créance qu'ils pouvaient légitimement espérer voir se concrétiser, conformément au droit commun de la responsabilité pour faute, et donc un "bien" au sens de la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1, lequel s'applique dès lors en l'espèce⁵. » Autrement dit, l'état de la

Dans ces conditions, alors qu'il n'est pas démontré qu'il existe un impérieux motif d'intérêt général commandant l'application rétroactive du revirement de jurisprudence relatif à la durée de la prescription en matière de testament, il apparaît que les droits de M. Christian V. à un procès équitable, s'il était fait application de la prescription abrégée de cinq ans, seraient atteints par les effets de ce revirement en raison de la restriction ainsi instaurée de manière telle que, de fait, l'accès au juge lui serait interdit.

L'action doit être déclarée recevable comme n'étant pas prescrite, en vertu des dispositions de l'article 1304 du code civil telles qu'elles trouvaient à s'appliquer antérieurement à la jurisprudence qui a dit que les actions en nullité des testaments étaient également soumises à la règle de la prescription abrégée ».

¹ V. déjà : CA Paris, 15 avr. 1964, *RTD civ.* 1964, p. 781, P. HEBRAUD : « Par ces motifs, [...] dit que la partie civile ayant engagé son action de bonne foi dans l'ignorance où elle se trouvait d'un revirement de jurisprudence, est dispensée des dépens qui seront supportés par le Trésor public. »

² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

³ *Adde.* Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 et s. qui prennent l'exemple de la condamnation de la France en matière de transsexualisme dans l'affaire *B. c. France* (CEDH, 25 mars 1992, n° 13343/87).

⁴ Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701, *Bull. Ass. plén.*, n° 9 : « dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».

⁵ CEDH, 6 oct. 2005, *Maurice c. France*, n° 11810/03 § 70. *Adde.* CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, n° 1513/03, *RTD civ.* 2005, p. 743 et s., J.-P. MARGUENAUD. Pour la reprise de cette condamnation par la Cour de cassation et sa revanche envers la loi : Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 2006, 3 arrêts publiés, n°s 01-16.684, 02-12.260, 02-13.775, *Bull. civ.* n° 29, 30 et 31 ; *RTD civ.* 2006, p. 263 et s., J.-P. MARGUENAUD ; *JCP* 2006, II, 10062, A. GOUTTENOIRE, S. PORCHY-

jurisprudence avant la loi dite « anti-Perruche » permettait une meilleure indemnisation que celle prévue par la loi, et, par conséquent, l'intervention de la loi et son application aux instances en cours privait les requérants d'une partie des indemnités auxquelles ils avaient droit. L'état du droit positif avant la loi fut ainsi déterminé par la Cour européenne des droits de l'Homme selon la position de la jurisprudence de la Cour de cassation¹.

165. Le Conseil constitutionnel. Pour le Conseil constitutionnel, en quatrième et dernier lieu, la jurisprudence de la Cour de cassation est sans grand doute possible une source du droit. Ayant eu, lui aussi, à examiner la loi « anti-Perruche », il condamna également sa rétroactivité². Comme le relève alors Mme Malpel-Bouyjou, « l'assimilation de la norme jurisprudentielle à une règle de droit est ici patente³ », le Conseil constitutionnel rappelant que « si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions⁴. » Or, en l'espèce, la seule règle de droit modifiée est celle issue de la jurisprudence Perruche.

Le contentieux concernant la transmission des interprétations jurisprudentielles fut également révélateur de ce que le Conseil constitutionnel reconnaissait le caractère créateur de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, le Conseil constitutionnel, le 6 octobre 2010, en choisissant de considérer l'article 365 du Code civil « dans la portée que lui donne la jurisprudence

SIMON et Cass. 1^{er} civ., 8 juillet 2008, n° 07-12.159, *Bull. civ.*, n° 190 ; *RDC* 2008, p. 909 et s., A. MARAIS ; *D.* 2008, p. 2765 et s., S. PORCHY-SIMON.

¹ La jurisprudence est reconnue sans problème lorsque la convention n'évoque pourtant que des ingérences prévues par la « loi » : CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, § 47. Toutefois, c'est un pays de *Common law* qui était en cause. Peu importe pour la Cour : CEDH, 24 avr. 1990, n° 11801/85, *Kruslin c. France*, § 29 ; *Grands arrêts de la CEDH*, p. 47 et s. La jurisprudence est également prise en compte pour apprécier le principe de légalité en matière pénale (Art. 7 Conv. EDH) : CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c. France*, § 29. Pour une appréciation critique : C. GHICA-LEMARCHAND, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 204 « Cette atteinte directe au principe traditionnel de la légalité pénale semble incompatible avec la structure du droit français. La jurisprudence ne peut devenir l'égal ou l'*alter ego* de la loi. Incorporée aux sources du droit, elle permet à la loi de vivre et de se développer, mais ne peut la concurrencer ou lui faire ombrage. »

Pour la jurisprudence administrative : CEDH, 16 déc. 1992, n° 12964/87, *Geoffre de la Pradelle*, § 33 : « On ne peut cependant que relever, avec le requérant, l'extrême complexité du droit positif, telle qu'elle résulte de la combinaison de la législation relative à la protection des sites avec la jurisprudence concernant la catégorisation des actes administratifs. »

² Cons. const, décision n° 2010-2 QPC, du 11 juin 2010.

³ C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2014, n° 637 et s., p. 368 et s., spéc. n° 639, p. 369.

⁴ Déc. préc., considérant n° 22.

constante de la Cour de cassation¹ », montre son intention d'examiner la règle de droit telle qu'elle est effectivement appliquée. C'est reconnaître que la jurisprudence peut, plus ou moins, changer la portée ou le sens d'un texte.

166. Conclusion de la section. Force est donc de reconnaître que les décisions rendues par la Cour de cassation ont un effet sur les autres juges et sur l'état du droit positif. Cependant, tant qu'elle ne montre pas qu'elle se sent elle-même liée par ses propres décisions, on reste dans le schéma de l'anticipation, dans l'idée que le juge va se répéter parce qu'il est naturellement prudent. Cette idée de prudence se retrouve dans le phénomène de la reconnaissance indirecte.

Section 2. La reconnaissance indirecte par la Cour de cassation

167. L'emprunt par la Cour de cassation de l'argument jurisprudentiel à une autre juridiction. Il est arrivé à la Cour de cassation de se cacher, non derrière la loi, mais derrière l'argumentation d'autres juridictions lui reconnaissant un pouvoir créateur. La Cour de cassation argumente alors non pas en invoquant directement sa création, mais en s'appuyant sur l'argumentation d'une autre cour, qui, elle, reconnaît comme source du droit la jurisprudence de la Cour de cassation.

On a pu assister à une telle polyphonie énonciative lorsque la Cour de cassation s'est adressée au plaideur en reprenant l'argumentation de la Cour européenne des droits de l'Homme. Tel fut de manière quasi-caricaturale le cas dans la jurisprudence postérieure à la loi dite « anti-Perruche² » où la haute juridiction reprit la motivation de la Cour européenne dans les affaires *Maurice et Draon*³, pour écarter, notamment, l'application de la loi aux instances en cours⁴. Comme on l'a dit précédemment, l'état de la jurisprudence avant la loi du 4 mars 2002 permettait en effet une meilleure indemnisation que la loi et, par conséquent, l'intervention de la loi et son application aux instances en cours privait les requérants d'une partie des indemnités auxquelles ils pouvaient prétendre.

¹ Cons. const. 6 oct. 2010, n° 2010-39, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, considérant n° 8. Comp. avec la décision de transmission : Cass. Ass. plén., QPC, 8 juill. 2010, n° 10-10385 qui ne transmettait que le texte, sans l'interprétation qui en était faite.

² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

³ CEDH, 6 oct. 2005, *Maurice et Draon c. France*, respectivement n° 11810/03 et n° 1513/03, § 67 et § 70, *RTD civ.* 2005, p. 743 et s., J.-P. MARGUENAUD.

⁴ Pour la reprise de cette condamnation par la Cour de cassation et sa revanche envers la loi : Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 2006, n° 01-16.684, n° 02-12.260, n° 02-13.775, *Bull. civ.* n° 29, n° 30 et n° 31 ; *RTD civ.* 2006, p. 263 et s., J.-P. MARGUENAUD ; *JCP* 2006, II, 10062, A. GOUTTENOIRE, S. PORCHY-SIMON et Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2008, n° 07-12.159, *Bull. civ.*, n° 190 ; *RDC* 2008, p. 909 et s., A. MARAIS ; *D.* 2008, p. 2765 et s., S. PORCHY-SIMON.

Ce faisant, la Cour de cassation se livrait également, à son tour, à une comparaison entre le droit avant la loi, tel qu'il résultait de la jurisprudence, et après la loi, pour en déduire la perte d'une espérance légitime de créance. La jurisprudence a été clairement prise en compte ici par les juges comme règle de droit. Reste que la motivation reprise de la Cour européenne des droits de l'Homme fait écran, et qu'il est délicat de dire que la Cour de cassation s'est sentie directement liée par sa propre jurisprudence. A cette reconnaissance indirecte s'ajoute toutefois parfois une reconnaissance directe.

Section 3. La reconnaissance directe par la Cour de cassation

168. La Cour de cassation a pu adopter différentes attitudes à l'égard de sa jurisprudence. Cette dernière a pu apparaître comme étant simplement un élément de persuasion, un élément à prendre en compte pour convaincre le justiciable (§ 1). De manière plus marquante, la Cour de cassation a pu avouer que la jurisprudence était changeante : la Cour de cassation reconnaît ainsi qu'elle crée du droit, qu'elle modifie le sens d'un texte voire le droit positif (§ 2). Allant plus loin, consciente de son pouvoir créateur, la Cour de cassation a pu décider de moduler la rétroactivité d'un revirement qu'elle aurait opéré (§ 3). Consciente de sa création et de la rétroactivité en découlant, la Cour de cassation tente ainsi d'apporter de la sécurité juridique. La reconnaissance de la jurisprudence comme règle de droit, ainsi que de sa rétroactivité, est alors patente.

§ 1. La reconnaissance de la jurisprudence comme élément de persuasion

169. La jurisprudence au soutien d'une motivation. S'il est arrivé à la Cour de cassation de mentionner la jurisprudence dans sa motivation, il semblerait que ce ne fût qu'à titre d'argument complémentaire, ou d'élément de persuasion et non comme fondement juridique de sa décision. Ainsi, M. Bérenger cite deux arrêts de la chambre criminelle en ce sens¹. Selon le premier, datant de 1845, les juges relevaient à propos du secret médical « que la dispense de déposer » avait

¹ F. BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation. De L'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003, n° 5, p. 38. Après avoir donné ces exemples, l'auteur cite Zachariae qui refuse de voir dans la jurisprudence une source du droit (M. C. S. ZACHARIAE, *Cours de droit civil français*, traduit par Aubry et Rau, éd. Lagier, 1843, p. 73, n° 5, p. 38).

toujours « été admise dans l'ancienne jurisprudence¹ ». Selon le second, datant de 1820, « il a été consacré par une jurisprudence constante que le ministère public n'avait le droit d'agir d'office que lorsque ce droit lui était spécialement conféré par quelque loi². ». Les références à la jurisprudence à l'époque étaient toutefois purement indicatives et constituaient de purs éléments de persuasion pour le cas d'espèce. Ainsi le second arrêt, celui de 1820, a également fait référence à l'intention du législateur pour fonder sa décision³. La jurisprudence apparaît dans ces décisions bien plus comme une source matérielle du droit que comme une norme.

Il en est sensiblement de même lorsque, en matière de fiançailles, la Cour de cassation explique que toute promesse de mariage est nulle, la liberté dans les mariages étant un principe d'ordre public « qui, soit avant, soit depuis la promulgation du Code civil, a toujours été consacré par la jurisprudence⁴ ». La Cour emploie ici le terme de consécration : il s'agit de renforcer ce qui existe, à savoir un principe d'ordre public. Il ne fait aucun doute qu'il y a ici une règle de droit, mais qui semble être seulement reconnue, c'est-à-dire déclarée, par la Cour de cassation. C'est véritablement avec le changement de jurisprudence qu'apparaît son caractère créateur et non plus seulement déclaratif.

§ 2. La reconnaissance du changement de jurisprudence

170. La modification de la jurisprudence cause d'évolution du litige.

Cependant, il est arrivé que la Cour de cassation érige directement la jurisprudence en source du droit. En matière procédurale, la Cour de cassation a pu retenir en 1985 que « la cour d'appel a pu estimer que la modification de la jurisprudence, survenue depuis la décision des premiers juges, et s'appliquant à des litiges similaires, constituait un élément nouveau, donc une évolution du litige au sens de l'article 55 précité⁵ », si bien que le plaideur pouvait formuler une demande nouvelle en appel. Précisons que l'évolution du litige « est caractérisée par la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données juridiques du litige⁶. » Dès lors, il faut reconnaître que « la Cour de cassation a admis qu'un revirement de jurisprudence, qui est par

¹ Cass. crim., 26 juill. 1845, *Bull. crim.* 1845, p. 402 et s.

² Cass. civ. 1^{er} août 1820 *Bull. civ.*, 1820, p. 260 et s.

³ Cité par F. BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation. De L'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003, n° 4, p. 37.

⁴ Cass. civ., 30 mai 1838, *GAJC*, n° 31, p. 231 et s.

⁵ Cass. 1^{er} civ., 15 janv. 1985, n° 83-14.058, *Bull. civ.*, n° 21, *RTD civ.* 1985, p. 621 et s., R. PERROT. Il y a ici une erreur de plume : il s'agit de l'article 555 du Code de procédure civile, et non de l'article 55.

⁶ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 7^e éd., 2011, n° 828, p. 600.

nature rétroactif, pouvait constituer l'élément modifiant les données du litige¹ » au sens des articles 555 et 564 du Code de procédure civile. Si les changements de jurisprudence n'opéraient pas un changement du droit positif, si la jurisprudence n'était pas une règle de droit, comment justifier une telle solution ? Le plaideur peut ainsi invoquer une nouvelle règle de droit, la jurisprudence, qui est rétroactive et non plus seulement déclarative, sans quoi il serait délicat de parler de « modification » du litige.

171. Existence des revirements de jurisprudence : absence de droit à une jurisprudence constante. En dehors du droit procédural, l'absence de droit à une jurisprudence constante et l'affirmation d'un « droit au revirement »² constituent la reconnaissance directe, et la plus évidente, par la Cour de cassation, de sa capacité à poser des règles de droit. En effet, la preuve la plus parfaite que la jurisprudence est une source du droit est la prise en compte des revirements de jurisprudence, constituant une sorte d'aveu de la part des membres de la Cour de cassation de leur pouvoir créateur. Ainsi que l'affirme Mme Fabre-Magnan, « si l'état du droit est différent avant et après un arrêt, c'est bien la preuve que celui-ci a été source de droit³. »

La Cour de cassation avait timidement décidé en 1938 que le juge du fond « dispose d'un pouvoir souverain alors même qu'il revient sur les constatations de ses décisions antérieures, pour se prononcer sur l'existence d'un usage affirmé par l'une des parties et déniée par l'autre⁴. » Nulle référence à la jurisprudence antérieure, uniquement la constatation de décisions antérieures, isolées, individuelles. Cette retenue n'a pas perduré.

La Cour de cassation affirme en effet désormais que les plaideurs n'ont pas droit à une « jurisprudence constante⁵ », ni même « immuable⁶ ». La première formule, pour exprimer cette même idée, semble être l'absence de droit à une

¹ J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 5^e éd. par T. LE BARS, 2012, note 176, p. 626.

² Selon l'expression de C. ATIAS, *D.* 2000, p. 595.

³ M. FABRE MAGNAN, *Introduction au droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2010, p. 59.

⁴ Cass. civ., 12 janv. 1938, *D.H.* 1938, p. 197.

⁵ Cass. 3^e Civ., 2 oct. 2002, n° 01-02.073, *Bull. civ.*, n° 200, *D.* 2003, p. 513 et s., C. ATIAS ; Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-14.717, *Bull. civ.* n° 361. Ironie du sort, un arrêt rendu le même jour module dans le temps son revirement : Cass. 2^e Civ., 8 juillet 2004, n° 01-10.426, *Bull. civ.* n° 387.

⁶ Cass. soc., 7 janv. 2003, n° 00-46.476, *RDC* 2003, p. 145 et s., C. RADE ; Cass. soc. 25 fév. 2004, n° 02-41.306 ; Cass. 2^e Civ., 18 juin 2009, n° 08-14.795 ; Cass. 2^e Civ., 3 juin 2010, n° 09-13.579 ; Cass. soc. 22 sept. 2010, 09-409.68, *Bull. civ.* n° 191.

Pour le Conseil d'Etat v. CE, 14 juin 2004, n° 238199, Rec. CE 2004, p. 563, *SCI Saint Lazare* : le requérant « ne pouvait se prévaloir d'un principe de sécurité juridique énoncé à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme pour soutenir que la légalité [d'un acte administratif] n'aurait dû être apprécié qu'au regard de la jurisprudence établie à la date où il a été prononcé ».

« jurisprudence figée », énoncée dans un arrêt du 21 mars 2000¹. Il ne fait alors plus aucun doute que le juge crée des règles de droit : la déclarativité de son interprétation n'est ainsi plus en cause, la rétroactivité de sa création entre en scène. On comprend alors l'enjeu : la Cour de cassation voudrait continuer à jouir de sa liberté de création et de la rétroactivité liée naturellement à la déclarativité. Elle ne se cache pourtant que maladroitement derrière la déclarativité, puisque s'il était vraiment question de déclarativité, la notion même de revirement n'aurait aucun sens. Tandis que l'application aux faits antérieurs de l'interprétation n'est, en principe, que la conséquence de la déclarativité, avec l'affirmation du droit de revirer, la Cour de cassation tient à exercer un nouveau pouvoir, lié cette fois-ci à la rétroactivité. On comprend que, commentant l'arrêt du 21 mars 2000, M. Atias explique que le problème n'est plus celui de la création du droit par le juge, mais de l'application dans le temps de la règle de droit ainsi créée².

§ 3. La modulation de la rétroactivité d'un revirement

172. Rétroactivité des revirements de jurisprudence. Se pose ainsi de manière très claire le problème de la rétroactivité de la jurisprudence : puisque le juge modifie sa jurisprudence, elle n'est plus uniquement déclarative, mais devient rétroactive. Un arrêt de 2001³ confirme de manière éclatante que la jurisprudence est une règle de droit, et quelle est rétroactive. Etait en cause l'obligation d'information d'un médecin qui avait reçu une patiente en 1974. Or, à l'époque le médecin n'avait pas à prévenir ses patients des risques exceptionnels liés à l'opération. En 1998, un arrêt vint au contraire affirmer qu'il fallait informer des risques exceptionnels si ceux-ci étaient également graves. La Cour de cassation a appliqué cette nouvelle solution en 2001 au médecin ayant reçu la patiente en 1974, au motif que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés ». Serait-ce le retour à la déclarativité, le juge estimant que la règle de droit a toujours eu ce sens ? Ou bien, inversement, l'idée qu'il n'y a pas de déclarativité, mais réécriture totale du passé et rétroactivité ? La seconde option semble la bonne.

¹ Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000, n° 98-11982, *Bull. civ.* n° 97, *D.* 2000, p. 593 et s., C. ATIAS. Pour une critique de la formule de « droit acquis à une jurisprudence figée » : N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première chambre civile du 11 juin 2009) », *D.* 2009, p. 2567 et s., spéc. p. 2569. V. égal. Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 00-45.414.

² C. ATIAS, *D.* 2000, p. 595 : « La difficulté est autre [...] il s'agit de déterminer les modalités d'entrée en application de la solution nouvellement dégagées ; peut-elle saisir les faits antérieurs ? »

³ Cass. 1^{re} Civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* n° 249, *D.* 2001, p. 3470 et s., rapp. SARGOS, p. 3474 et s., *D.* THOUVENIN ; *JCP* 2002, II, 10045, O. CACHARD ; *RTD civ.* 2002, p. 176 et s., R. LIBCHABER, *GAJC*, n° 11, p. 85 et s.

En effet, cet arrêt rappelle également qu'« à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels¹. » Les obligations du médecin ne sont donc pas les mêmes « d'un état du droit jurisprudentiel à l'autre²... » L'arrêt de 2001 montre donc à la fois que les revirements existent, et que la rétroactivité de ceux-ci est fondée sur le fait que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés ». Il y a donc bel et bien rétroactivité de la création jurisprudentielle, fût-elle abritée derrière le manteau de l'interprétation et de la déclarativité.

173. La modulation de la rétroactivité des revirements. La rétroactivité de la jurisprudence semble aujourd'hui marquée par deux phénomènes : premièrement, conformément aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme³, la Cour de cassation s'emploie à justifier son changement de jurisprudence lorsqu'il a lieu⁴ ; secondement, il lui arrive de ne pas appliquer la nouvelle solution, de pratiquer la modulation dans le temps des effets de cette solution⁵. C'est ici la manifestation ultime que la Cour de cassation crée du droit et qu'elle en a conscience⁶, au point de vouloir limiter l'effet dans le temps de la

¹ Arrêt préc., Cass. 1^{re} Civ., 9 oct. 2001.

² N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 154, n° 33.

³ CEDH, 18 janv. 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95, § 70, *RTD civ.* 2001, p. 448 et s., J.-P. MARGUENAUD : « sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, [...] il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents ». CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 36815/03, § 38. L'arrêt n'impose pas de motivation formelle, mais le meilleur moyen de montrer qu'il y avait un motif valable est de l'inclure dans la motivation, en particulier à l'attention des parties.

⁴ Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11.896, *Bull. civ.*, n° 20, *D.* 2011, p. 1314 et s., N. MOLFESSIS, J. KLEIN ; *D.* 2011, p. 1321 et s., F. MARMOZ ; *RTD civ.* 2011, p. 493 et s., P. DEUMIER : « Vu l'article L. 225-42 du code de commerce ; Attendu que l'action en nullité d'une convention visée à l'article L. 225-38 du même code et conclue sans autorisation du conseil d'administration se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention ; que, toutefois, si elle a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée ; que s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action ; que les conséquences ainsi tirées du texte susvisé, qui s'écartent de celles retenues depuis un arrêt du 24 février 1976, sont conformes à l'exigence de sécurité juridique au regard de l'évolution du droit des sociétés ». L'arrêt dont la solution est écartée est Cass. com., 24 févr. 1976, n° 74-13.185, *Bull. civ.*, n° 69.

⁵ Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426, *Bull. civ.*, n° 387, *D.* 2004, p. 2956 et s., C. BIGOT ; *D.* 2005, p. 247 et s., P. MORVAN ; *RTD Civ.* 2005 p. 176 et s., Ph. THERY ; Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, *Bull. Ass. plén.* n° 15, *D.* 2007, p. 835 et s., P. MORVAN ; *RTD civ.* 2007, p. 72 et s., P. DEUMIER ; *RTD civ.* 2007 p. 168 et s., Ph. THERY ; *JCP* 2007, II, 10040, E. DREYER ; *JCP* 2007, II, 10111, X. LAGARDE ; Cass. com. 13 nov. 2007, n° 05-13.248, *Bull. civ.*, n° 243 ; *JCP* 2008, II 10009, D. CHOLET ; *Def.* 2008, art. 38783-3, p. 1223 et s., D. GIBIRILA ; Cass. soc. 26 mai 2010, n° 09-60.400, *Bull. civ.*, n° 114, *Dr. soc.* 2010, p. 826 et s., F. PETIT ; Cass. com., 26 oct. 2010, n° 09-68.928, *Bull. civ.*, n° 159, *Rev. des sociétés* 2011, p. 359 et s., N. MORELLI ; Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2012, n° 11-18.132, *Bull. civ.*, n° 157, *Rapport annuel* 2012, p. 462 et s. ; Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 10-28.032, *Bull. civ.*, n° 181.

⁶ P. DEUMIER *RTD civ.* 2007, p. 72 : « Libre à chacun de voir dans cette tendance un mouvement illégal, inconstitutionnel, illégitime, abusif ou autre refus de reconnaissance, il n'en restera pas moins que la jurisprudence est désormais admise dans la très sélective catégorie des sources de droit, du moins pour les principaux intéressés que sont nos juges. » Pour le Conseil d'Etat : CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Sté Tropic travaux signalisation*, *JCP* 2007, II, 10160, B. SEILLER ; *GAJA*, n° 115, p. 904 et s. et CE, sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*. Sur ces arrêts et sur la jurisprudence administrative en la matière, cf. S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011, n° 763 et s., p. 597 et s.

règle qu'elle pose. C'est un petit peu comme si elle produisait elle-même et directement sa propre loi de validation : la jurisprudence passée est condamnable, donc il convient d'opérer un revirement, mais les conséquences de ce revirement sont telles qu'il faut, malgré tout, valider les situations passées et n'appliquer le revirement que pour l'avenir.

Quant à l'existence de la rétroactivité qui découle de la création jurisprudentielle, elle ne fait aucun doute lorsque la Cour de cassation refuse de moduler : si elle envisage de moduler, c'est bien qu'il y a une rétroactivité, mais en refusant, celle-ci joue¹. Pour faire bref, l'état du droit positif relatif à la modulation semble actuellement être celui-ci : le revirement est pleinement rétroactif tant que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit d'accès au juge². Tel est, en effet, le seul motif pour lequel la Cour de cassation semble aujourd'hui accepter de moduler dans le temps les effets de ses arrêts : le revirement n'est paralysé que s'il aboutit à priver une partie du droit au juge³. Nous y reviendrons par la suite⁴.

174. La seule jurisprudence est-elle celle de la Cour de cassation ? La jurisprudence est donc une source du droit, autrement dit, le juge crée effectivement, parfois, des règles de droit. Il faut constater toutefois que seule la jurisprudence de la Cour de cassation semble être prise en compte en tant que telle, que ce soit par les juges du fond⁵, par la Cour de cassation elle-même¹, par le Conseil constitutionnel², ou par la Cour européenne des droits de l'homme³.

¹ Pour des arrêts refusant de moduler : Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008, *Bull. civ.*, n° 346, *RTD civ.* 2005, p. 159 et s., P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2005, p. 625 et s., Ph. THERY ; *RDC* 2005, p. 871 et s., A. DEBET ; Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n° 07-14.932 et 08-16.914 (deux arrêts) ; *D.* 2009, p. 2058 et s., spéc. p. 2064, C. CRETON ; *D.* 2009, p. 2567 et s., N. MOLFESSIS ; *CCC* 2009, comm. n° 240, L. LEVENEUR ; Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *Bull. civ.* n° 177, *JCP* 2009, n° 45, 401, C. BLERY ; *RDC* 2010, p. 144 et s., P. PUIG ; Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-21.230 ; Cass. 2^e Civ., 3 février 2011, n° 09-16.364, *Rev. dr. travail*, 2011, p. 446 et s., S. MILLEVILLE ; Cass., 2^e civ., 17 nov. 2011, n° 10-25.538 ; Cass. 2^e civ., 12 juill. 2012, n° 11-20.587, *JCP* 2012, 1134, F. MEURIS ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012, n° 11-24.359.

² Cass. 1^{re} Civ., 11 juin 2009, n° 07-14.932 et 08-16.914, *Bull. civ.* n° 124, *CCC* 2009, comm. 240, L. LEVENEUR ; *D.* 2009, p. 2567 et s., N. MOLFESSIS ; *D.* 2009, chron. p. 2058 et s., spéc. p. 2064, C. CRETON ; *RTD civ.* 2009, p. 495 et s., P. DEUMIER ; *JCP* 2009, n° 38, 237, X. LAGARDE.

³ V. pour un arrêt motivant tant le revirement que son application rétroactive : Cass. 2^e Civ., 3 févr. 2011, n° 09-16.364, *Rev. dr. travail*, 2011, p. 446 et s., S. MILLEVILLE : « Mais attendu que la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de celle-ci relevant de l'office du juge dans l'application du droit dès lors que l'obligation de sécurité trouvant sa source non pas dans une loi postérieure au dommage mais dans le contrat de travail, **le revirement allégué n'a pas eu pour effet de modifier l'état du droit existant**, ni de priver la partie concernée du droit au procès équitable ». C'est nous qui soulignons.

⁴ Cf. *infra*, n° 377 et s.

⁵ Ce qui transparait des études sociologiques : cf. E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, coll. « Critique du droit », 1985, p. 245, et M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : Etude sociologique*, thèse dactyl., 1983, not. p. 101-102. Comp. G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, n° 14, p. 14 : « En se gardant bien d'invoquer leur propre jurisprudence ou celle de la Cour de cassation, les juges du fond ont appris à ne pas violer l'article 5. **Et ils se sont persuadés** que, de même que la lune ne brille que d'une lumière empruntée au soleil, la jurisprudence ne brille que d'une autorité empruntée à la loi. » (c'est nous qui soulignons). Ainsi les différentes Cours d'appel ne semblent pas poser de règle de droit comme la Cour de cassation. *Adde.* X. HENRY, « La jurisprudence accessible – Mégacode civil : théorie d'une

En revanche, dans les domaines où la Cour de cassation n'est pas intervenue, une jurisprudence des juges du fond peut exister, ce qui justifie notamment l'existence du pourvoi dans l'intérêt de la loi⁴, et il devrait être possible en rapprochant les décisions d'en dégager une règle. Tout cela ne prouve cependant pas que les Cours d'appel s'estiment tenues par leurs propres solutions. Peut-être est-ce une des raisons expliquant que personne ou presque ne s'émeuve du revirement de telle ou telle juridiction du fond, à laquelle il faudrait ajouter l'impact plus régional de ces jurisprudences, moins attentatoires dès lors à la sécurité juridique qu'un revirement de la Cour de cassation dont la compétence territoriale est nationale. On peut douter d'ailleurs de l'existence de véritables jurisprudences régionales, dès lors que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a vocation à intervenir « notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond⁵ ». Il lui appartient donc de mettre fin à ces divergences, empêchant ainsi toute constitution de jurisprudences locales. Il faudrait toutefois que la Cour de cassation soit saisie : l'ineffectivité du droit pourrait ainsi amener à considérer qu'il existe effectivement des jurisprudences de Cour d'appel. La particularité d'un tel phénomène et son caractère marginal incitent à le laisser de côté. Seule la jurisprudence de la Cour de cassation retiendra donc notre attention.

pratique », *RRJ* 1999, n° 38, p. 664 : les décisions des juges du fond « sont, dans la plupart des cas, rendues avec le premier objectif de trancher le litige conformément au droit en vigueur, sans encourir la cassation ; la participation délibérée à l'élaboration du Droit n'est pas la perspective première, même si, à l'évidence, quand l'occasion se présente, notamment sur une question nouvelle, cette conscience de contribuer à une œuvre collective est importante (conscience et volonté de participer qui diffèrent sans doute de la conscience de trancher de la Cour de cassation). » La pression de la Cour de cassation sur les juges du fond est entretenue par la livraison bimensuelle du Bulletin d'information de la Cour de cassation.

La prise en compte des décisions des juges du fond par la Cour européenne des droits de l'Homme est quant à elle ambiguë, pouvant avoir deux attitudes différentes dans la même décision. *Cf.* CEDH, 25 mars 1992, n° 13343/87, *B. c. France*, § 55 puis § 58.

¹ Ce qui pourrait expliquer que l'arrêt de 1938 de la Cour de cassation (Cass. civ., 12 janv. 1938, *D.H.* 1938, p. 197, cité *supra*, n° 171), concernant les arrêts de la Cour d'appel, ne parle que de décisions.

² Cela ressort de l'interprétation par analogie d'un arrêt du Conseil constitutionnel rendu en matière de question prioritaire de constitutionnalité. *Cf.* Cons. const., QPC, 8 avr. 2011, n° 2011-120, *M. Ismaël A*, § 9 : « Considérant, en dernier lieu, que, si, en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition, la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ; qu'il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 ; que, dans ces conditions, cette jurisprudence ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées ».

³ Ce qui ne peut pas être autrement puisque pour saisir la Cour européenne des droits de l'Homme il faut avoir épuisé les voies de recours nationales. Or le pourvoi est possible devant toutes les juridictions (arg. : art. 605 CPC). Donc c'est forcément un arrêt de la Cour de cassation qui sera discuté devant la Cour européenne des droits de l'homme.

⁴ *Cf.* P. DEUMIER, « Le pourvoi dans l'intérêt de la loi et l'autorité de chose jugée (révélateur de l'autorité de chose interprétée des arrêts des juges du fond ?) », *RTD civ.* 2008, p. 71 et s.

⁵ Art. L. 431-6 COJ.

En définitive, la Cour de cassation, en reconnaissant des changements de jurisprudence, montre qu'elle se sent liée par ses créations. Pour elle, son pouvoir normatif est une réalité. En modulant la rétroactivité de ses revirements, elle le confirme de manière éclatante, aboutissant véritablement à créer une césure au sein du droit positif : il y a un avant et un après revirement.

Conclusion du Chapitre

175. L'attitude des juges est relativement explicite. Qu'il s'agisse des juges extérieurs à la Cour de cassation – Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'Homme, Conseil constitutionnels, ou encore juges du fond – ou de la Cour de cassation, la création par cette dernière de règles de droit ne semble plus faire aucun doute. Le fait que la Cour de cassation aménage la rétroactivité de ses propres créations est l'exemple le plus frappant de la conscience, et donc de la reconnaissance, qu'a le juge de sa création. La jurisprudence n'est donc pas seulement déclarative, mais réellement rétroactive.

Chapitre 3. La force de la reconnaissance populaire

176. Affirmation du rôle de la reconnaissance populaire. Il a été dit précédemment que le simple fait que les personnes fondent leurs espérances sur l'attitude du juge pour l'avenir, ne suffisait pas à ériger la jurisprudence en source du droit¹. Il ne s'agissait pas d'affirmer que l'attitude des simples particuliers ne joue aucun rôle, mais de constater qu'une répétition de décisions convergentes peut fonder des prévisions, sans que cela vaille attribution de juridicité.

La reconnaissance par les justiciables a bien un rôle à jouer, qu'il convient de préciser. Si l'on accepte de retenir la définition de la règle de reconnaissance que donne Hart², il faut admettre que les simples particuliers peuvent avoir une influence sur l'inclusion ou l'exclusion de la jurisprudence au sein des sources du droit. De plus, cette prise en compte de l'opinion publique, de la réception par les citoyens de la jurisprudence, a pu être érigée par certains auteurs comme critère pour que la jurisprudence soit une source du droit, et il convient de prendre en compte cet élément³. Précisons que cette reconnaissance populaire passe avant tout par celle des juristes, des praticiens.

177. Importance de la reconnaissance populaire. Quelle importance donner alors à la reconnaissance populaire ? Elle nous semble relativement faible, en comparaison de l'importance à donner à la vision que le juge peut avoir de ses propres décisions. L'exemple de la décision *Chronopost*⁴ de 1996 est en ce domaine riche d'enseignements. Comme l'a remarqué M. Molfessis, malgré la sanction de la Cour de cassation, la société mise en cause n'a absolument pas changé ses clauses⁵. Faut-il en déduire, comme le fait l'auteur, que « l'attitude de la société Chronopost traduit [...] remarquablement l'absence, en l'état actuel, de jurisprudence *Chronopost* [et que] par sa résistance passive, elle montre qu'elle ne croit pas à son existence, en même temps que, ce faisant, elle contribue à son empêchement : le refus de suivre la solution a en effet ceci de remarquable **qu'il est à la fois conséquence et cause de l'inexistence de la règle**

¹ Cf. *supra*, n° 60 et s.

² H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 129 : « pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères ».

³ Cf. not. Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11 et s. ; J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, spéc. p. 43 et s.

⁴ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.*, n° 261, *GAJC* n° 157, p. 111 et s.

⁵ N. MOLFESSIS, « Remarques sur l'efficacité des décisions de justice. (A propos des effets de l'arrêt *Chronopost*.) », *RTD civ.* 1998, p. 213 et s.

jurisprudentielle¹ » ? La conclusion retenue par l'auteur ne semble pas devoir s'imposer. En effet, le juge pourrait très bien voir dans l'arrêt *Chronopost* une règle par laquelle il se sentirait tenu, et alors le lien fait entre existence et effectivité de la norme, qui peut être tout à fait légitime, comme en matière de droit spontané², n'a plus vraiment d'importance concernant la jurisprudence. L'absence de prise en compte des décisions du juge ne saurait empêcher l'apparition d'une règle de droit si ce dernier est prêt à réitérer tant qu'il le faudra sa solution : la règle existerait, bien qu'étant privée d'une bonne part d'effectivité³. La jurisprudence, pour exister, ne semble pas nécessiter l'assentiment des justiciables, elle n'est pas une simple coutume, mais un « phénomène d'autorité⁴ ».

178. La reconnaissance populaire comme élément de stabilisation de la jurisprudence. En réalité, l'élément de reconnaissance populaire interviendra selon nous à la marge, mais de façon déterminante, puisque lorsque les justiciables se sont fondés sur ce qu'ils estiment être une règle jurisprudentielle, il devient profondément dangereux pour la Cour de cassation de procéder à un revirement de jurisprudence. M. van de Kerchove reconnaît en ce sens que l'adhésion des citoyens intervient indirectement pour la stabilité de la jurisprudence⁵. C'est ce qui a pu faire dire également à Boulanger qu'un « revirement peut même devenir impossible, parce que la jurisprudence s'est à ce point solidifiée, qu'elle a été constitutive de coutume⁶. » La Cour européenne des droits de l'Homme semble

¹ N. MOLFESSIS, art. préc., p. 215, c'est nous qui soulignons.

² Qui peut être défini ainsi : « règle dégagée par la répétition constante et générale d'un comportement juridique adopté par les intéressés pour répondre à leurs besoins ». Définition donnée par P. DEUMIER, *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, n° 199, p. 179.

³ Comp. M. van de KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, normes internes infraconstitutionnelles, dir. I. Hachez et alii, Anthemis, 2012, p. 684 : « si l'on excepte l'hypothèse fort improbable d'une résistance massive de la part des citoyens à l'égard des règles jurisprudentielles, qui témoignerait de leur part un refus manifeste de l'exercice d'une certaine forme générale de "gouvernement des juges" et aboutirait à la paralysie effective de celui-ci, il semble que la reconnaissance positive, par les citoyens de ce mode de création du droit ne soit pas une condition de son aptitude à créer des normes juridiques obligatoires. »

⁴ *GAJC*, n° 10, § 7, p. 83 ; P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges P. Couzinet*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1974, p. 333 : le juge « est le serviteur du droit ; mais dans la mesure où l'application effective de celui-ci relève toujours, directement ou indirectement, de son contrôle, et où il exerce cette fonction avec une entière autonomie, il dispose d'un pouvoir de maîtrise qui donne [...] à la jurisprudence, le fondement et la force de son autorité. » *Adde.* F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, n° 27, p. 56 et s. *Contra* : J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 43 ; Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. p. 11 et s. *Adde.* sur ces différentes positions doctrinales : F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, p. 121 et s.

⁵ *Cf.* M. van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 220. L'affirmation vient après l'explication de l'absence de rôle de la reconnaissance populaire dans la création de la règle jurisprudentielle : « il semble que la reconnaissance positive, par les citoyens, de ce mode de création du droit ne soit pas une condition de son aptitude à créer des normes juridiques obligatoires » (*op. cit.*, *loc. cit.*). Cela s'explique par le fait que la jurisprudence, à la différence de la coutume privée, ne se forme pas par la participation directe des citoyens.

⁶ J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, n° 19, p. 427. *Adde.* G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit Civil. Introduction générale au droit*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 120, p. 219 : « On peut considérer que la règle jurisprudentielle se parfait et se consolide lorsque la solution est acceptée par les usagers, c'est-à-

d'ailleurs parfois prendre en compte cet élément¹. La reconnaissance populaire est donc un facteur important de stabilisation de la jurisprudence.

dire avant tout par les juristes et que la question "ne se plaide plus" comme disent les praticiens, la jurisprudence devient constante. » *Adde. infra*, n° 456.

¹ CEDH, 16 déc. 1997, n° 143/1996/762/963, *Eglise catholique de la Canée c. Grèce*, § 40 : « La Cour ne peut souscrire à l'argument du Gouvernement selon lequel l'église requérante aurait dû accomplir les formalités nécessaires pour acquérir l'une ou l'autre forme de la personnalité morale prévue dans le code civil, car rien ne laissait présager qu'un jour elle se trouverait privée de l'accès à un tribunal pour défendre ses droits de caractère civil. Une jurisprudence et une pratique administrative constantes avaient créé, au fil des années, une sécurité juridique, tant en matière patrimoniale qu'en ce qui concerne la question de la représentation en justice des différentes églises paroissiales catholiques, et à laquelle l'église requérante pouvait légitimement se fier. »

Tel ne semble pas être toujours le cas de la Cour de cassation. *Cf.* L. CHARBONNIER, concl. sous l'arrêt *Desmares*, Cass. 2° civ., 21 juill. 1982, *D.* 1982, p. 449 : « puisqu'en l'occurrence le principe [de la réduction de l'indemnisation en cas de faute de la victime] est jurisprudentiel, puisque c'est vous qui l'avez posé, vous en êtes maîtres et vous pouvez le changer. »

Conclusion du Chapitre

179. La reconnaissance populaire joue un rôle secondaire pour savoir si la jurisprudence est source du droit ou non. Il semble que la reconnaissance populaire ait surtout vocation à figer définitivement une jurisprudence, à la cristalliser, en lui conférant, finalement, la même certitude que la règle légale.

CONCLUSION DU TITRE

180. La règle jurisprudentielle est-elle reconnue dans notre système juridique ? La pratique de la Cour de cassation montre que celle-ci peut se sentir tenue par ses propres créations, ne serait-ce qu'en modulant la portée temporelle de la nouvelle solution qu'elle consacre. La jurisprudence est consacrée source du droit par cette règle de reconnaissance, c'est-à-dire par le fait que les juges s'estiment tenus par leur création, et voient ainsi dans leur jurisprudence une règle qu'ils doivent appliquer pour trancher les litiges. Pour autant, le phénomène de la jurisprudence n'est pas inconnu du législateur et des sujets de droit. Dès lors, reconnue par le législateur, le juge et le peuple, la jurisprudence peut être une règle de droit créée par le juge. La déclarativité cède alors le pas à la rétroactivité.

Conclusion de la Première partie

181. Réfléchir sur la rétroactivité de la jurisprudence invite, au préalable, à se demander si la jurisprudence est source du droit, ou, pour le dire de manière moins métaphorique, si le juge pose des règles de droit. Nous avons ainsi dû rechercher quel pouvait être le critère de juridicité. Il s'est avéré que le phénomène juridique apparaissait lorsque qu'un tiers impartial intervenait pour trancher un litige. Cela a permis de sortir le droit de la sphère du commandement et de la vengeance. Dès lors, nous avons pu en déduire que, pour qu'une règle soit juridique, il faut qu'elle s'intègre dans ce schéma. La règle de droit apparaît comme celle qui permet à ce tiers de prendre sa décision, de résoudre le conflit qui lui est présenté. La règle peut lui être imposée ou il peut la dégager en vue de trancher un litige : tout dépend de ce que disent les règles de reconnaissance. Cette définition s'est trouvée renforcée par la structure de la règle de droit qui, constituée d'un présumé et d'une conséquence laisse une place à ce tiers chargé d'effectuer le passage de l'un à l'autre.

Forts de ces outils, nous avons vu que, dans notre droit positif, si la jurisprudence n'est imposée au juge par aucun texte pour fonder ses décisions, il s'avère cependant qu'elle est prise en compte plus ou moins incidemment par les juges, et dans une moindre mesure par le législateur et les simples particuliers. « La jurisprudence de la Cour de cassation apparaît finalement comme une source du droit aussi nécessaire, au sens d'inévitable, que tacite¹. » Le juge peut donc poser de véritables règles de droit. La modulation de la rétroactivité jurisprudentielle témoigne parfaitement de ce que la jurisprudence est une véritable source du droit. Il paraît dès lors délicat de parler uniquement de déclarativité de la jurisprudence.

Pour autant, en disant que le juge crée des règles de droit, dont il reconnaît la rétroactivité, une étape est omise : celle de la justification de cette rétroactivité. En effet, la constitutivité étant une condition nécessaire mais non suffisante, il convient de savoir plus précisément ce qui fait de la règle jurisprudentielle une règle rétroactive. La question du fondement de la rétroactivité jurisprudentielle doit être abordée.

¹ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2009, n° 131, p. 243.

Partie II – Le fondement de la rétroactivité jurisprudentielle

182. Comment expliquer l'existence de la rétroactivité jurisprudentielle ? Quel est son fondement ? Si le juge crée des règles de droit, reste à expliquer leur rétroactivité, la constitutivité n'étant qu'une condition nécessaire mais non suffisante de celle-ci¹. Il importe donc de prendre conscience de l'absence de nécessité de la rétroactivité jurisprudentielle (Titre I). Rien ne semble en effet justifier que la règle soit forcément et nécessairement rétroactive parce qu'elle émane du juge. La rétroactivité de la jurisprudence nous paraît, en réalité, dériver plutôt de l'organisation de notre système juridique, c'est-à-dire des rapports qui ont été institués juridiquement entre la loi et la jurisprudence. La rétroactivité jurisprudentielle pourrait bien être ainsi une conséquence de la prohibition des arrêts de règlement, imposant d'assimiler toute création jurisprudentielle à une simple interprétation (Titre II).

¹ Cf. *supra*, n° 14.

TITRE I – L'ABSENCE DE NECESSITE DE LA RETROACTIVITE JURISPRUDENTIELLE

183. Le fait que la règle soit créée par un juge, n'emporterait-il pas, *ispo facto*, application de la règle dégagée à toutes situations, indépendamment de la date de leur constitution ? L'affirmative a ses partisans.

Ainsi en est-il d'une première théorie, que l'on qualifiera de naturaliste. En effet, selon cette théorie, toute règle de droit a vocation à s'appliquer sans aucune limite dans le temps, sauf aménagement contraire. Le juge n'ayant pas la possibilité de choisir la date d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle, celle-ci serait **naturellement** rétroactive. L'explication n'emporte toutefois pas la conviction (Chapitre 1).

Parallèlement, une seconde théorie tend à expliquer la rétroactivité non plus de manière naturelle, mais de manière mécanique. A l'origine de cette théorie se trouve la particularité du procès, qui impose au juge de statuer sur des faits passés. Par conséquent, lorsqu'il appliquera la règle qu'il aura créée au cours de ce procès, ce sera **mécaniquement** de façon rétroactive. C'est la théorie mécaniste. Le fait que le juge statue sur le passé, le fait que sa décision juridictionnelle porte sur une situation précédant son jugement, a pu être qualifié de rétroactivité juridictionnelle. Il en a été déduit que la rétroactivité juridictionnelle fondait la rétroactivité jurisprudentielle. Le raisonnement mérite d'être discuté (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Le rejet de la théorie naturaliste

184. La jurisprudence possède-t-elle une rétroactivité naturelle ? Sur un plan théorique, il ne semble pas possible de soutenir que la rétroactivité des règles de droit soit, de manière générale, naturelle (Section 1). Sur un plan pratique, le constat est le même, certains exemples témoignant de la rétroactivité limitée de certaines jurisprudences (Section 2). Il ne semble toutefois pas qu'il faille en conclure que, à l'image de la loi, il existerait des revirements possédant uniquement un effet immédiat (Section 3).

Section 1. La rétroactivité naturelle des règles de droit

185. **L'incapacité du juge à fixer une date d'entrée en vigueur.** Selon M. Hervieu, lorsqu'une règle de droit est créée, elle devrait être appliquée à toutes les situations, sans distinction. Naturellement, le principe d'application dans le temps d'une règle de droit, serait la rétroactivité¹. Sans indication de date, la règle entrerait en vigueur « de façon indéfiniment anticipée² ». A suivre la théorie de M. Hervieu, l'application naturelle de la règle de droit pourrait être symbolisée par la ligne droite, remontant infiniment dans le passé, et se prolongeant infiniment dans le futur. La figure de la règle de droit qui ne rétroagit pas serait assimilable à une demi-droite, laquelle, supposant un point de départ précis et dotée d'un commencement, n'existerait que par l'intervention d'une volonté.

Ainsi, la rétroactivité ne serait écartée que par une précision contraire. Or, le juge, à cause de l'article 5 du Code civil, ne peut pas, officiellement, créer du droit. Il n'a donc pas la capacité de fixer une date d'entrée en vigueur pour la norme qu'il crée. La jurisprudence est ainsi nécessairement rétroactive³. Le raisonnement relève du syllogisme suivant : sauf précision contraire, une règle est naturellement rétroactive ; or, le juge ne se voyant pas reconnaître par l'ordre

¹ A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989, p. 257 et s. Comp. AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Cours de droit civil français*, t. 1, Marchal et Billard, 5^e éd. par G. RAU, C. FALCIMAIGNE et M. GAULT, 1897, p. 98-99.

² A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989, n° 25, p. 292-293. *Adde.*, se ralliant à la thèse de l'auteur, tout en s'appuyant semble-t-il sur la théorie de l'incorporation, F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013, n° 89, p. 55-56. L'auteur se référera également à ce que nous appelons la théorie mécaniste : n° 92, p. 58. Sur la théorie mécaniste, *cf. infra*, n° 216 et s.

³ A. HERVIEU, *op. cit.*, *loc. cit.* *Adde.* S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011, n° 425, p. 335 et s.

juridique un pouvoir créateur, il ne peut apporter une telle précision ; donc la règle créée par le juge est rétroactive.

Le lien fait par l'auteur entre l'absence de reconnaissance officielle du pouvoir créateur du juge et la rétroactivité de la jurisprudence mérite d'être conservé. Seule la majeure du syllogisme relative à la rétroactivité naturelle de la règle de droit nous paraît devoir être remise en cause.

186. La rétroactivité naturelle des règles de droit. Thèse. Que penser de l'idée qu'à défaut de volonté contraire, une norme s'applique indéfiniment dans le temps ? En réalité, il est impossible de dire si la règle, naturellement, ne doit s'appliquer qu'aux faits survenus après son entrée en vigueur ou non. La thèse de M. Hervieu semble devoir s'imposer si l'on s'attarde sur la règle substantielle, sur le message qui est transmis par la norme, isolé de tout environnement juridique extérieur à cette règle. Par exemple, si une loi était votée prévoyant que « les voitures doivent circuler sur la partie gauche de la chaussée », sans autres précisions, et sans que l'on puisse se reporter à une autre règle, il est possible de soutenir que, de tous temps, les voitures doivent rouler à gauche¹. Il faudrait en quelque sorte appliquer l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*² : sans précisions de la part d'une règle, il n'y a pas de raisons de distinguer avant ou après sa naissance. Peut-être la règle nouvelle, à l'image de notre règle de circulation, vient-elle même combler opportunément un vide et doit-elle s'appliquer ainsi aux faits antérieurs.

187. Antithèse. La rétroactivité naturelle de toute règle de droit permettrait, selon l'auteur, d'expliquer que la création d'un principe par le juge puisse s'appliquer indéfiniment et que l'interprétation d'une loi remonte à son entrée en vigueur, mais pas au-delà³. L'absence de rétroactivité de la loi bloquerait la rétroactivité de la jurisprudence. On reconnaît alors ici quelque peu la théorie de l'incorporation, selon laquelle l'interprétation jurisprudentielle est forcément liée à une règle préexistante, le plus souvent légale, que le juge doit appliquer.

¹ En réalité, un règlement suffirait. Pour le droit positif, v. art. R. 412-9 Code de la route.

² H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n° 453 : « où la loi ne distingue pas il ne faut pas distinguer. » Pour des applications de cet adage par le juge, v. *Rapport annuel* 2012, p. 407 sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2012, n° 11-23.396, *Bull. civ.*, n° 237 ; Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 11-26.728, *Bull. civ.*, n° 36, *RTD civ.* 2013, p. 346 et s., J. HAUSER : « Et attendu que l'article 389-3 du code civil, qui permet au disposant, sans aucune distinction, de soustraire à l'administration légale des père et mère les biens qu'il donne ou lègue à un mineur, est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire ».

³ *Op. cit.*, n° 12, p. 273. L'auteur précise, p. 274, que la rétroactivité est également limitée par l'autorité de la chose jugée de manière absolue pour la jurisprudence, à cause de l'article 1351 du C. civ. et de l'article 6 al. 1^{er} CPP. V. d'ailleurs en ce sens : Cass. 2^e Civ., 5 févr. 2009, n° 08-10.679, *Bull. civ.*, n° 33, *D.* 2009, p. 1060 et s., C. PAUL-LOUBIERE, jugeant que l'autorité de chose jugée faisait obstacle à une nouvelle action fondée sur un revirement de jurisprudence.

L'interprétation jurisprudentielle viendrait faire corps avec la loi, et en épouserait ainsi les limites temporelles. Force est de constater qu'il paraît très difficile de se passer de cette théorie dès qu'il convient de limiter dans le temps la rétroactivité jurisprudentielle. Il nous paraît cependant possible d'expliquer la rétroactivité jurisprudentielle par la théorie de l'incorporation uniquement, sans avoir besoin de recourir à l'idée que toute règle de droit est, par nature, rétroactive¹. Le détour effectué par l'auteur ne paraît ainsi pas nécessaire. Puisque l'incorporation limite la rétroactivité, pourquoi ne permettrait-elle pas également d'expliquer son existence ?

Par ailleurs, la théorie de la rétroactivité naturelle de toute règle de droit paraît contestable. En effet, au-delà de la logique, existe le bon sens. Or, celui-ci inviterait plutôt à dire que toute règle de droit n'est pas rétroactive naturellement. Ainsi, l'article 2 du Code civil, prévoyant que la loi n'a point d'effet rétroactif, énonce une règle de bon sens. Le caractère choquant de la rétroactivité de la loi suffit à justifier qu'elle ne soit pas rétroactive. L'article 2 ne serait pas une garantie nécessaire, sans laquelle nous vivrions dans le chaos, mais un simple rappel à l'adresse du législateur. On a d'ailleurs pu affirmer, non sans lyrisme, que l'absence de rétroactivité de la loi est « une règle éternelle qui, quand elle ne serait écrite dans aucune loi, serait gravée dans tous les cœurs [...] elle ne peut être considérée comme un précepte de morale mais c'est la morale de toute législation² ». Ce serait l'absence de rétroactivité qui serait la plus naturelle, ainsi que la plus en conformité avec le bon sens. Pour sentir cela, il suffit de se demander concrètement ce qu'il adviendrait en cas de suppression de l'article 2 du Code civil. La suppression serait très certainement indolore, et l'article 1^{er} du Code civil n'aurait pas besoin d'un grand renfort de justifications pour fixer, comme il le fait, l'entrée en vigueur de la loi après sa publication. Par conséquent, il paraît quelque peu déraisonnable d'imaginer qu'une règle de droit puisse être isolée de tout contexte, de toute considération chronologique, et d'en déduire qu'elle est

¹ Sur la théorie de l'incorporation et sur sa pertinence, cf. *infra*, n° 234 et s.

² A. REVERAND, *Etude sur le principe de non rétroactivité des lois en matière civile*, 1907, p. 147, cité par S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2002, note 4, p. 374. *Adde.* A. CABANIS, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du code civil », *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 175 : « La non-rétroactivité de la loi apparaît dans le livre préliminaire du projet de code civil de l'an VIII. Malgré Portalis qui considère qu'un tel principe "ne peut être contesté", les membres du Tribunal le jugent déplacé : c'est un principe de droit ou de morale plus qu'un article de code, c'est une question qui ne regarde que le législateur et qui ne doit pas fournir au juge de prétexte pour ne pas exécuter la loi votée » ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruylant, 3^e éd., 1962, n° 227, p. 323 : « Ajoutons au surplus que, telle que nous venons de la définir, la règle de la non-rétroactivité des lois n'est pas seulement une règle de droit ; c'est, essentiellement et surtout, une règle **de bon sens**. » ; V. MARCADE, *Elémens du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. 30-31 : « la proposition exprimée par notre art. 2 est impérieusement demandée par la logique, elle est écrite dans la nature même des chose » ; J. CARBONNIER, « Caractères juridiques », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 433, qui voit dans la non-rétroactivité une règle de courtoisie que la loi devrait respecter lorsqu'elle s'adresse à ses contemporains.

donc vouée à l'indétermination temporelle. Il faut se méfier ici d'un raisonnement trop désincarné, ne s'attachant qu'à la règle de droit en elle-même, toute règle de droit étant inscrite dans un contexte.

188. L'application d'une règle de droit dans le temps : une question politique. Dès lors, il ne faut peut-être pas enfermer le débat dans une alternative binaire, relevant du choix entre rétroactivité naturelle ou absence naturelle de rétroactivité. La règle de droit, particulièrement dans sa dimension temporelle, est dotée d'un caractère politique. Dégager ce qui est de l'ordre du principe ou de l'exception en terme de rétroactivité dépend également de l'intention du Prince. De manière très sommaire, la rétroactivité pourra s'imposer pour provoquer de grands changements, imposer une tyrannie ou promouvoir une conception absolue de la justice : il faut, à tout prix, que la meilleure solution soit appliquée à toutes les situations¹. L'absence de rétroactivité s'impose en revanche lorsque la sécurité juridique prend le pas sur la volonté de changement.

189. Conclusion de la section. En définitive, après examen de la théorie naturaliste, trois éléments doivent être retenus. Premièrement, il est contestable d'affirmer que toute règle de droit est par nature rétroactive, deuxièmement, une telle affirmation ne paraît pas nécessaire pour expliquer la rétroactivité de la jurisprudence, dès lors qu'il est par ailleurs fait appel plus ou moins explicitement à la théorie de l'incorporation, troisièmement, la rétroactivité pourrait être liée à l'absence de reconnaissance officielle du pouvoir créateur du juge. Il convient d'éprouver la première affirmation empiriquement en ce qui concerne la jurisprudence.

Section 2. L'absence de rétroactivité jurisprudentielle

190. Il est possible que des créations jurisprudentielles se retrouvent privées de rétroactivité. Les conséquences à tirer de la prétendue rétroactivité naturelle de la jurisprudence ne sont pas les mêmes selon que l'absence de

¹ En guise d'illustration, on peut penser à la rétroactivité de certaines lois révolutionnaires, sur lesquelles, cf. G. SICARD, « Les lois de la Révolution Française et le temps », *Le temps et le droit*, Actes des journées internationales de la société d'histoire du droit, Nice 2000, Serre, 2002, p. 147 et s., spéc., p. 155 et s. Selon ce dernier, *op. cit.*, p. 155, « durant la seconde phase de la Révolution, celle de la "République absolue", ou "Gouvernement de Salut public", les dirigeants portent plus loin l'ambition de maîtriser le temps. Il s'agit de l'utiliser pour reporter au premier jour de la Liberté (le 14 juillet 1789) l'application des mesures révolutionnaires qui doivent assurer la justice et le bonheur, notamment par l'égalité, qui passe au premier plan. » Comp. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 1, Bruylant-Christophe & C^{ie}, 3^e éd., 1878, n° 154, p. 227, à propos des droits politiques. Pour la citation, cf. *infra*, n° 320.

rétroactivité est involontaire (§ 1) ou volontaire (§ 2). La première hypothèse confirme la rétroactivité naturelle de la jurisprudence, la seconde l'infirme.

§ 1. L'absence involontaire

191. Cas particulier du heurt de revirements. Il arrive que des revirements ou des créations jurisprudentielles se heurtent et se neutralisent de manière fortuite. Dans cette situation, un revirement va venir priver de rétroactivité un autre revirement, survenu dans une domaine distinct. Une telle configuration semble, paradoxalement, plaider en faveur de l'existence d'une rétroactivité naturelle de la jurisprudence. En effet, si de telles situations voient le jour, c'est que le juge pose des règles sans se soucier de leur application dans le temps, qui, à terme, finissent par se heurter, se paralyser. L'absence de rétroactivité d'une jurisprudence n'est alors que la conséquence de la rétroactivité d'une autre règle jurisprudentielle, rétroactivité que le juge n'a pas pu aménager. Qu'on nous permette d'illustrer notre point de vue par une image, exempte de tout jugement de valeur, avant de prendre un exemple.

192. Image. La Cour de cassation ressemble, en cas de heurt de revirements, à un artilleur fou, incapable de s'arrêter de tirer (la Cour rend des arrêts toujours rétroactifs) ; et ce, à un point tel que ses obus viennent détruire dans le ciel les obus déjà lancés (la rétroactivité d'un arrêt récent vient limiter la rétroactivité d'un autre arrêt, plus ancien). L'absence d'explosion au sol (l'absence d'effet rétroactif) pourrait laisser penser que l'artilleur sait se contrôler, et ne tirer qu'à bon escient (que la Cour de cassation module la rétroactivité). En réalité, c'est l'inverse : le calme sur le champ de bataille n'est dû, justement, qu'à l'intempérance de l'artilleur (l'absence de rétroactivité n'est due qu'à l'impossibilité de moduler).

193. Exemple. L'arrêt d'Assemblée plénière du 7 juillet 2006¹, imposant la concentration des moyens, a pu produire un tel effet inhibiteur sur des règles jurisprudentielles relatives au prêt, ainsi qu'en témoigne un arrêt du 24 septembre 2009². En l'espèce, un prêteur avait consenti un prêt à durée indéterminée. Il voulait obtenir restitution de son bien. Il échoua une première fois à la suite d'un

¹ Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. Ass. plén.*, n° 8, *Rapport annuel* 2006, p. 236 et 412 ; *D.* 2006, p. 2135 et s., L. WEILLER ; *JCP* 2007, II, 10070, G. WIEDERKEHR ; *RTD civ.* 2006, p. 825 et s., R. PERROT.

² Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *Bull. civ.* n° 177, *JCP* 2009, n° 45, 401, C. BLERY ; *RDC* 2010, p. 144 et s., P. PUIG.

arrêt de cour d'appel du 3 décembre 2002. Aucun pourvoi ne fut formé dans le délai imparti. Survint un revirement en 2004¹, qui posait une solution favorable au prêteur. Une nouvelle instance fut introduite par ce dernier. La cour d'appel, comme la Cour de cassation, rejetèrent la demande, au motif qu'il fallait concentrer les moyens lors de la première demande en justice, à savoir celle qui avait donné lieu à l'arrêt de 2002.

194. Analyse. Le revirement invoqué par le prêteur fut ainsi privé d'une partie de sa rétroactivité, faute de pouvoir être invoqué. L'arrêt de 2006 rendu en matière procédurale, et appliqué rétroactivement, empêcha le prêteur de bénéficier de la rétroactivité de l'arrêt de 2004. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine a prêché pour la modulation de la solution posée en 2006². Quoiqu'il en soit, on constate ainsi que la rétroactivité d'une solution peut venir paralyser la rétroactivité d'une autre solution. L'absence involontaire de rétroactivité viendrait, paradoxalement, confirmer l'idée d'une rétroactivité naturelle de la jurisprudence. Tel n'est pas le cas de l'absence volontaire de rétroactivité.

§ 2. L'absence volontaire

195. Eviction des certaines modulations. Il arrive que la Cour de cassation refuse d'appliquer de manière rétroactive une règle jurisprudentielle. Cette fois-ci, puisque c'est volontaire, il est évident que la théorie naturaliste est contredite. Il existe des solutions jurisprudentielles non rétroactives.

Ne seront toutefois pas mentionnés ici les arrêts de la Cour de cassation qui, depuis 2004, décident de ne pas appliquer la nouvelle règle au litige, afin de ne pas priver une partie d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Si la règle est bien créée par un juge, le fait qu'elle ne soit pas appliquée à l'espèce tend à faire de la décision qui

¹ Comme en témoigne le troisième moyen de l'arrêt ici exposé : « 3° / que, quelle que soit la manière dont l'autorité de chose jugée est entendue, en tout état de cause, elle ne peut faire obstacle à ce que la partie qui a été précédemment déboutée se prévale d'un élément nouveau ; que **cet élément nouveau peut résider dans l'édition d'une règle nouvelle, quand bien même elle résulterait de la jurisprudence** ; qu'en l'espèce, à la date à laquelle l'arrêt du 3 septembre 2002 a été rendu, le droit de résiliation unilatéral du prêteur était exclu, même si le prêt était à durée indéterminée ; que depuis un arrêt de la première chambre civile du 3 février 2004, le prêteur peut résilier le prêt à tout moment, dès lors qu'il est à durée indéterminée, peu important que le besoin de l'emprunteur n'ait pas cessé ; qu'à raison de ce fait nouveau, la demande des consorts B... devait être déclarée recevable ».

Le revirement est : Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004, n° 01-00.004, *Bull. civ.*, n° 34, *D.* 2004, p. 903 et s., C. NOBLOT ; *RTD civ.* 2004, p. 312 et s., P.-Y. GAUTIER ; *RDC* 2004, p. 647 et s., P. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2004, p. 714 et s., J.-B. SEUBE : « lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose à usage permanent, sans qu'un terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable ».

² En faveur d'une modulation dans le temps de cette jurisprudence : F. MEURIS, « Proposition de limitation dans le temps de la jurisprudence Cesario », *JCP* 2012, note 1134, sous Cass. 2^e civ., 12 juill. 2012, n° 11-20.587.

la porte un arrêt de règlement. Le rôle du juge se rapprochant de celui du législateur, on pourrait nous objecter l'argument suivant : puisque le juge se comporte en législateur, il est normal qu'il n'y ait pas de rétroactivité, et l'appellation même de jurisprudence, qui renvoie dans l'imaginaire collectif des juristes à une certaine sédimentation¹, serait fallacieuse. Nous n'aurions alors pas démontré que la jurisprudence peut parfaitement exister, sans, pour autant, être toujours appliquée rétroactivement. Ces hypothèses de modulation seront donc abordées plus tard². Notons toutefois que leur existence contredit l'idée que le juge ne pourrait en aucun cas fixer la date d'entrée en vigueur de sa création, ce qui est un des postulats de la thèse naturaliste.

196. Refus d'application d'une jurisprudence à un cas particulier. Les situations que nous allons présenter sont donc différentes. Dans les cas qui seront envisagés, il existe une jurisprudence, qui, exceptionnellement, ne sera pas appliquée à une affaire particulière. Le juge a pu refuser de prendre en compte un revirement lorsqu'il aboutissait à constituer une erreur de manière rétroactive (A), ou lorsque l'invocation du revirement visait à remettre en cause la doctrine de la Cour de cassation (B).

A. L'absence d'erreur de droit suite à un changement rétroactif de la règle applicable

197. Présentation. L'erreur peut être définie comme le décalage entre la réalité et la représentation que la personne a pu s'en faire. L'erreur est dite de droit lorsque la réalité consiste en l'état du droit positif. Il est possible que le rapport entre la réalité et sa représentation soit tout à fait exact à l'origine, mais que, par la survenance d'un arrêt, la réalité juridique soit rétroactivement modifiée. Par conséquent, la représentation n'est plus en accord avec le nouvel état du droit, et une erreur de droit est ainsi rétroactivement constituée. Par exemple, une personne peut être convaincue qu'elle doit payer une certaine somme, ce qui est exact au regard du droit alors en vigueur. Cependant, une nouvelle règle peut intervenir et supprimer de manière rétroactive cette obligation. Juridiquement, la personne n'aurait jamais dû payer. Elle a donc commis, rétroactivement, une erreur : elle pensait qu'elle devait payer, ce n'était pas le cas. Il conviendrait alors d'annuler les paiements effectués.

¹ V. par ex. Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso éditions, 5^e éd., 2014, n° 12, p. 11.

² Cf. *infra*, n° 377 et s.

Pour limiter la prise en compte d'une telle erreur, afin par exemple de limiter le montant des remboursements, le juge dispose de deux moyens. Il peut soit moduler la rétroactivité de l'annulation elle-même, soit moduler la rétroactivité de sa jurisprudence pour éviter d'avoir à retenir l'erreur. Autrement dit, la Cour de cassation a le choix soit de reconnaître l'erreur, mais de ne pas lui faire produire d'effet, soit de nier jusqu'à l'existence même d'une erreur. La seconde option a pu être choisie par la Cour de cassation, que l'erreur provienne de la personne elle-même – il s'agit alors d'une erreur personnelle – ou d'un professionnel du droit devant la conseiller – il s'agit alors de l'erreur du conseiller.

198. L'erreur personnelle. Dans l'affaire qui nous servira d'illustration concernant l'erreur personnelle, une incertitude pesait sur l'assiette d'une cotisation qu'un employeur devait verser. Prudent, celui-ci versa le plus haut montant, choisissant ainsi l'assiette la plus large. Un arrêt vint préciser que l'assiette à prendre en compte était la moins large. Si la solution avait été naturellement rétroactive, il y aurait bien eu une erreur et l'employeur aurait donc versé trop d'argent. La Cour de cassation refusa de retenir l'erreur en ces termes : « la connaissance par le débiteur qui paye du caractère controversé de sa dette ne lui permet plus par la suite de se fonder sur une évolution de la jurisprudence pour prétendre avoir payé par erreur¹. » La Cour de cassation semble appliquer l'adage doctrinal selon lequel « l'aléa chasse la nullité pour erreur² ». Ce faisant, en considérant qu'il n'y a pas véritablement d'erreur, les juges nient la rétroactivité de la jurisprudence. En effet, si l'on avait accepté de faire jouer la rétroactivité totalement, l'erreur aurait dû être retenue ; la rétroactivité aurait dû effacer jusqu'au caractère controversé de la dette qui existait à l'époque³. La Cour de

¹ Cass. soc., 20 juin 1966, *Bull. civ.*, n° 624, *RTD civ.* 1967, p. 150, J. CHEVALLIER. V. égal. Cass. soc. 19 janv. 1966, *Bull. civ.*, n° 82 ; 6 oct. 1971, *Bull. civ.*, n° 545 et les références citées par D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980, note 1, p. 176.

Sur ce point, la jurisprudence changera toutefois en 1993 : Cass. Ass. plén., 2 avril 1993, n° 89-15.490, *Bull. civ.*, n° 9 ; *D.* 1993, p. 373 et s., concl. M. JEOL ; *Def.*, 1993, art. 35663-133, p. 1380 et s., J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1993, p. 820 et s., J. MESTRE ; *D.* 1993, chron. p. 229 et s., A. SERIAUX. Le pourvoi invoquait d'ailleurs l'absence de rétroactivité de la jurisprudence : « l'exclusion de l'assiette des sommes versées en sus des indemnités légales ou conventionnelles n'ayant été reconnue que par un arrêt de la Cour de cassation du 27 nov. 1985, **une demande de remboursement ne pouvait se fonder sur une modification de la jurisprudence postérieure au paiement** » (c'est nous qui soulignons). Ce changement de jurisprudence serait dû au fait que l'erreur n'est plus prise en compte pour agir en répétition de l'indu objectif : V. concl. M. JEOL, préc. ; J.-L. AUBERT, obs. préc. ; J. MESTRE, obs. préc. *Contra* : A. SERIAUX, note préc., p. 230, 1^{re} col. : « Dans ces conditions nous avons affaire à une variété particulière d'indu objectif : ce que demande le *solvens*, c'est la répétition d'un paiement **ultérieur** déclaré indu. Or, pour ce genre de situations, la jurisprudence n'a jamais exigé que le *solvens* fasse au préalable la preuve de son erreur. »

² J. MESTRE, *RTD civ.* 1987, p. 743.

³ En ce sens : D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980, p. 176-177. *Comp. Cass.* 1^{re} civ., 27 juin 2006, n° 05-13.337, *Bull. civ.*, n° 328, *RDC* 2007, p. 229 et s., C. PERES. En l'espèce, pour refuser de reconnaître l'erreur, la Cour de cassation nia l'existence même de la jurisprudence, au sens de règle générale, en parlant de « décision judiciaire rendue entre d'autres parties. »

cassation refusa au contraire de reconnaître l'erreur personnelle d'un particulier, niant ainsi la rétroactivité de sa jurisprudence¹.

199. L'erreur du conseiller. Les professionnels du droit sont, de manière plus sensible encore que les particuliers, exposés aux changements ou incertitudes de la jurisprudence par leur devoir de conseil. Il semble acquis que les notaires² et les avocats³ ne sont pas responsables d'une erreur de droit lorsqu'elle porte sur un point douteux et susceptible de controverse. A nouveau, l'aléa chasse l'erreur. La question est différente en cas de revirement, car l'application rétroactive de celui-ci devrait permettre la reconnaissance, de manière fictive, d'une erreur de la part du conseiller. Devant la gêne suscitée par des condamnations ainsi fondées, les juges ont pu aménager l'effet de leur revirement sur la responsabilité du notaire ou de l'avocat.

200. Exclusion de la rétroactivité pour apprécier l'erreur du notaire. Concernant les notaires, l'arrêt emblématique est celui du 25 novembre 1997⁴. En l'espèce, une banque avait consenti un prêt à des époux. Un autre couple s'était porté caution de ces époux, par l'intermédiaire d'un mandat effectué sous seing privé. Le prêt et le cautionnement furent reçus par un notaire en 1986. Le 31 mai 1988, un revirement de jurisprudence survint, rendant nul le mandat, et par voie de conséquence le cautionnement⁵. En 1989, les emprunteurs firent l'objet d'un redressement judiciaire. Le prêteur décida donc d'agir contre les cautions tout en sollicitant la garantie du notaire. A l'égard de ce dernier, la Cour de cassation estima que « les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans qu'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit. » Il n'était donc pas possible de considérer que, rétroactivement, le notaire avait commis une erreur.

¹ *Adde.* en ce sens, mais de manière beaucoup moins explicite, car l'arrêt peut être interprété en acceptant l'erreur mais en refusant de lui faire produire effet : Cass. civ., 26 oct. 1943, *D.* 1946, p. 301 et s., J. BOULANGER. Il n'en demeure pas moins que la solution a été dictée par la volonté de faire échec à la rétroactivité de l'arrêt *Crémieux*, qualifiant les clauses commerciales de pacte sur succession future (Cass. Civ. 11 janvier 1933, *Crémieux*, *GAJC*, n° 133-136, p. 751 et s.)

² Cass. req., 12 fév. 1883, *D.* 1884, 1, 255 : « Attendu, en droit, que s'il est vrai que l'art. 68 de la loi de ventôse an 11 ne soit pas limitatif et qu'aucune loi n'affranchisse les notaires de toute responsabilité en cas d'erreur portant sur le fond du droit, il faut néanmoins, pour qu'il en soit ainsi, que l'erreur de droit qui leur est reprochée ne porte pas sur un point douteux et susceptible de controverse ». Le doute portait sur le point de départ d'un délai d'inscription d'un privilège.

³ Cf. P. HEBRAUD, « De l'incertitude du droit pendant la période où une jurisprudence est en cours de formation », *RTD civ.* 1959, p. 146 et s., note sous Trib. Strasbourg, 9 juill. 1958.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997, n° 95-22.240, *Bull. civ.*, n° 328, *RTD. civ.* 1998, p. 210 et s., N. MOLFESSIS ; *RTD. civ.* 1998, p. 367 et s., J. MESTRE ; *Def.*, 1998, art. 36753, p. 354 et s., J.-L. AUBERT ; *JCP* 1998, I, 144, n° 23, G. VIRASSAMY.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1988, n° 86-17.495, *Bull. civ.*, n° 163.

Notons que la rétroactivité ne fut écartée que pour le notaire ayant fait l'objet de la décision de 1997. C'est donc la banque qui supporta le coût du revirement, rétroactif pour elle. Il est juste de parler de « discrimination entre les destinataires de la même norme¹ », puisque le droit positif appliqué n'était pas le même, selon les protagonistes, banque ou notaire, pour juger la même situation.

201. Exclusion de la rétroactivité pour apprécier l'erreur de l'avocat.

Cette clémence à l'égard des notaires ne se retrouvait pas envers les avocats victimes de la rétroactivité des évolutions jurisprudentielles estimées prévisibles par la Cour de cassation. En 2009, la Cour de cassation retenait, à la suite de la cour d'appel, la responsabilité de l'un d'eux en ces termes : « la cour d'appel a relevé que dès les années 1990 à 1995, la jurisprudence avait procédé à un renforcement des exigences de motivation de la lettre de licenciement pour motif économique et qu'à cette période déjà, il était fait obligation à l'employeur d'y énoncer de manière suffisamment précise le motif économique fondant le licenciement, sous peine de voir le congédiement jugé sans cause réelle et sérieuse, faisant ainsi ressortir que l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 1997² ne constituait ni un revirement, ni même l'expression d'une évolution imprévisible de la jurisprudence, de sorte l'avocat ne pouvait s'en prévaloir pour s'exonérer de sa responsabilité ; que par ces seuls motifs, l'arrêt est légalement justifié³ ».

La sévérité de la solution réside dans la difficulté de savoir ce qui est aux yeux de la Cour de cassation une évolution prévisible ou non. Peut-être la Cour de cassation en a-t-elle pris conscience. Toujours est-il qu'elle a infléchi sa jurisprudence et qu'on se dirigerait désormais vers une concordance avec la solution retenue pour les notaires. En effet, un arrêt du 15 décembre 2011 a pu retenir que « les éventuels manquements de l'avocat à ses obligations professionnelles ne s'apprécient qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans que l'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution postérieure du droit consécutive à un revirement de jurisprudence⁴ ». La rétroactivité du revirement est ainsi écartée.

¹ La formule est issue du moyen du pourvoi en l'espèce.

² Il ne s'agit bien évidemment pas de l'arrêt du 25 nov. 1997 précité, relatif à la responsabilité du notaire, mais d'un arrêt du 30 avril 1997, pourvoi n° 94-42.154.

³ Cass. 1^{re} Civ., 5 fév. 2009, n° 07-20.196, *Bull. civ.*, n° 21 ; *RTD civ.* 2009, p. 725 et s., P. JOURDAIN. Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2009, n° 08-15.899, *Bull. civ.*, n° 92, *RCA* 2009, comm. 219, S. HOCQUET-BERG ; *RTD civ.* 2009, p. 493 et s., P. DEUMIER.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2011, 10-24.550, *Bull. civ.*, n° 214, *JCP* 2012, note 169, H. SLIM ; *RTD civ.* 2012, p. 318 et s., P. JOURDAIN. « Mais attendu que les éventuels manquements de l'avocat à ses obligations professionnelles ne s'apprécient qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans que l'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution postérieure du droit consécutive à un revirement de jurisprudence ; qu'ayant constaté que l'analyse juridique de l'avocat était conforme à la jurisprudence alors en vigueur (Cass. 2^e Civ., 26 février 1997, *Bull*

202. Conclusion. Il arrive donc à la Cour de cassation de ne pas prendre en compte un revirement, qui aurait abouti à constituer rétroactivement une erreur de droit. La fiction de la rétroactivité a ainsi des limites, posées de manière épisodique par la Cour de cassation. La rétroactivité jurisprudentielle n'est donc pas liée indéfectiblement à la jurisprudence, puisque dans ces situations on ne cesse de parler de jurisprudence. Il en va de même lorsque cette rétroactivité est écartée au nom du respect de la doctrine de la Cour de cassation.

B. L'absence de remise en cause de la doctrine de la Cour de cassation suite à un revirement

203. Qu'est-ce que la doctrine de la Cour de cassation ? Il arrive que la Cour de cassation ne prenne pas en compte la rétroactivité d'un revirement quand il est question de la remise en cause de sa doctrine. L'expression « doctrine de la Cour de cassation » recouvre deux cas de figures bien particuliers. D'une part, il est fait état de la doctrine de la Cour de cassation en cas de contrariété de décisions. Selon l'article 618 du Code de procédure civile, « lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux ». La Cour de cassation décidera éventuellement d'annuler la décision qui n'est pas conforme à sa doctrine¹. Ce cas de figure n'est pas concerné par la suite des développements.

D'autre part, la Cour de cassation évoque sa doctrine lorsque la cour d'appel de renvoi s'est conformé à l'arrêt de cassation ayant donné lieu à sa saisine. Il est impossible alors pour le plaideur de remettre en cause cette solution

n° 60), laquelle énonçait qu'aucune disposition de la loi du 25 janvier 1985 et du décret du 27 décembre 1985 ne faisait exception aux règles de l'article 643 du (nouveau) code de procédure civile d'application générale à défaut de dérogation expresse, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire, en présence du revirement opéré par l'arrêt du 28 septembre 2004 précité, que le professionnel du droit n'avait pas commis de faute ; que le moyen est mal fondé en ses deux branches ».

Le raisonnement a été étendu aux experts devant évaluer les droits sociaux. V. Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12-11.666, *Bull. civ.*, n° 9 ; D. 2013, p. 342 et s., A. COURET : « Mais attendu que l'arrêt rendu le 4 mai 2010 par la Cour de cassation ne constitue ni un revirement, ni même l'expression d'une évolution imprévisible de la jurisprudence ; que dès lors, la société n'est pas fondée à s'en prévaloir pour contester l'erreur grossière reprochée à l'expert judiciaire ; qu'ayant à bon droit retenu que la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits, la cour d'appel en a exactement déduit que l'expert avait commis une erreur grossière en évaluant les parts sociales de Mme X... à la date de l'arrêt ayant autorisé le retrait ».

¹ Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 03-43.361, *Bull. civ.*, n° 253, *RTD civ.* 2006, p. 73 et s., P. DEUMIER : « dès lors que la seconde décision est conforme à la doctrine de la Cour de cassation, il convient d'annuler la première ». V. encore Cass. mixte, 11 déc. 2009, n° 09-13.944, *Bull. mixte*, n° 2.

devant la Cour de cassation dans la même affaire. C'est de ce type de cas dont il est question ici¹.

204. Application. L'hypothèse est relativement simple : sur renvoi, la cour d'appel s'incline devant la décision de la Cour de cassation, au détriment d'un plaideur. Toutefois, il est possible qu'entre l'arrêt de cassation et l'arrêt de la cour de renvoi, ou après l'arrêt de la cour de renvoi, survienne un revirement² dans une autre affaire. La tentation est alors immense pour le plaideur déçu par la solution de l'arrêt de renvoi, de former un second pourvoi afin de se voir appliquer le revirement. La Cour de cassation, depuis 1971, refuse d'examiner ce second pourvoi en jugeant le moyen irrecevable³. L'assemblée plénière de la Cour de cassation procéda également de la sorte en 2006, à travers deux arrêts rendus le même jour⁴, rejetant le moyen ainsi formé lors d'un second pourvoi, que l'arrêt de revirement fût intervenu avant l'arrêt de renvoi⁵ ou postérieurement⁶.

205. Analyse. L'analyse de ces solutions nécessite de répondre à la question suivante : en refusant d'appliquer la nouvelle solution posée par un arrêt, la Cour de cassation refuse-t-elle d'y voir un revirement avec une portée générale, ou bien, au contraire, s'agit-il réellement pour elle de limiter la rétroactivité du revirement ? En 2006, les revirements dont il s'agissait d'apprécier l'application avaient été opérés par un arrêt d'Assemblée plénière de 2005 afin de mettre le droit français en conformité avec le droit de l'Union⁷ et, par un autre arrêt d'Assemblée plénière de 2004, rendu dans un souci de conformité avec la Cour européenne des droits de l'Homme⁸. Il est peu probable alors que la Cour de cassation ait vu dans ces arrêts des arrêts d'espèce, dont la solution n'aurait pas eu vocation à s'appliquer à d'autres affaires. En refusant de prendre en compte la solution posée,

¹ *Adde.* N. MOLFESSIS, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD civ.* 2003, p. 567 et s. ; et pour une réflexion sur le terme de doctrine utilisé par la Cour de cassation : R. LIBCHABER, « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD civ.* 2000, p. 197 et s.

² Ou une divergence de jurisprudence, puisque pour l'espèce de l'arrêt de 1971, cité *infra*, il semble difficile de dire s'il s'agit d'un changement de jurisprudence ou d'une divergence : le changement émana d'une autre chambre devenue entre temps compétente en la matière. *Cf.* les conclusions de Lindon et la note de Hébraud, citées *infra*, note 2. Il faut cependant que la solution de l'arrêt remette clairement en cause celle qui a été appliquée à la partie, laquelle résultait d'une jurisprudence établie, sans quoi il n'y aurait que deux décisions, certes contradictoires, mais isolées.

³ Cass. mixte, 30 avr. 1971, n° 61-11.829, *Bull. mixte*, n° 8, *JCP* 1971, II, 16800, concl. R. LINDON ; *RTD civ.* 1971, p. 691 et s., P. HEBRAUD. Lindon cite avant cet arrêt un autre dans le même sens, Cass. crim., 17 janv. 1835.

⁴ Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 05-17.690 et n° 05-11.966, *Bull. Ass. plén.*, n° 14, *JCP* 2007, II, 10016, H. GUYADER ; *JCP E* 2007, n° 1529, P. FLEURY-LE GROS.

⁵ Arrêt *La Briocherie*, n° 05-17.690.

⁶ Arrêt *Société Centéa*, n° 05-11.966.

⁷ Cass. Ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, *Bull. Ass. plén.*, n° 2, pour l'arrêt *Société Centéa*.

⁸ Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004 n° 03-13.617, *Bull. Ass. plén.*, n° 2, *D.* 2004, p. 1108 et s., P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2004, p. 341 et s., Ph. THERY ; *RTD civ.* 2004, p. 371 et s., J. RAYNARD ; *JCP* 2004, II, 10030, M. BILLIAU ; *RDC* 2004, p. 791 et s., note A. MARAIS ; *Def.* 2004, art. 37917-1, p. 525 et s., L. RUET pour l'arrêt *La Briocherie*. Sur l'arrêt du 23 janv. 2004, *cf. infra*, n° 209 et s.

il ne s'agissait donc pas de nier les revirements, mais bien de minimiser leur rétroactivité¹.

206. Conclusion de la section. En refusant de prendre en compte un revirement, que ce soit pour écarter l'existence d'une erreur ou au nom de sa doctrine, la Cour de cassation limite parfois la portée rétroactive de sa jurisprudence. La rétroactivité ne serait donc pas une qualité intrinsèque à la jurisprudence, puisqu'il est possible d'y faire entorse sans que l'on ne cesse de parler de jurisprudence. Existe-t-il pour autant des règles jurisprudentielles dénuées de toute rétroactivité, en dehors d'éventuels arrêts de règlement ?

Section 3. La rétroactivité potentielle des revirements

207. Rétroactivité et effet immédiat. Est-il possible d'aller plus loin dans la réfutation de la thèse naturaliste, en affirmant que certains revirements de jurisprudence, règles de droit créées par le juge par excellence, ne seraient absolument pas rétroactifs ? Autrement dit, existerait-il des revirements, qui, en dehors de toute modulation, n'auraient qu'un effet immédiat, ou futur, et pas d'effet rétroactif ? La réponse semble devoir être négative puisque si effet immédiat il y a, il n'est que fortuit, il n'est pas recherché par le juge². L'effet immédiat ne découle que de la date des faits qui vont donner lieu au litige, et non du choix du juge d'appliquer sa jurisprudence uniquement de manière immédiate. Par exemple, lorsque la Cour de cassation a posé l'exigence d'une contrepartie financière à l'insertion d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail³, il ne fait aucun doute que la solution a eu vocation à s'appliquer aux contrats en cours. Il y a donc bien eu un effet immédiat⁴. La solution n'était

¹ En ce sens, voir l'avis du Premier avocat général sur ces affaires, M. de Gouttes, qui commence ainsi : « Les deux présents pourvois posent, au-delà du problème de la recevabilité des moyens de cassation, la question de principe des effets dans le temps et du caractère éventuellement rétroactif des revirements de jurisprudence opérés par l'assemblée plénière de la cassation : doit-on admettre ou non la recevabilité du moyen invitant la Cour de cassation à revenir sur la doctrine de son premier arrêt lorsqu'une décision d'assemblée plénière postérieure au premier arrêt de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence ? » Avis disponible sur le site de la Cour de cassation. M. de Gouttes s'y montre favorable à l'accueil du pourvoi dans l'affaire *La Briocherie*, et l'est également mais de manière plus nuancée pour l'affaire *société Centéa*.

² Pour des exemples tirés du droit de la filiation, droit particulièrement propice pour générer des « situations en cours » : T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, chron. p. 24 et s. *Adde.* P. FLEURY-LE GROS, *JCP E* 2007, n° 1529, note sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 05-11.966, *Bull. Ass. plén.*, n° 14.

³ Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *Bull. civ.*, n° 239, *Rapport annuel* 2002, p. 349.

⁴ Un auteur s'interroge sur la capacité des employeurs à modifier alors la clause afin de se conformer à la nouvelle exigence jurisprudentielle : C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988 et s., spéc. n° 14, p. 992 ; « L'application rétroactive des nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence », *RDC* 2003, p. 145 et s.

pourtant nullement privée d'un effet rétroactif pour les contrats déjà terminés¹. L'application immédiate ou rétroactive d'un revirement ne dépend, selon nous et en principe, que de la situation du plaideur qui saisit le juge, et non de la volonté de ce dernier.

208. De la rétroactivité des revirements. Il paraît donc critiquable de dire que des revirements ne seraient, parfois, absolument pas rétroactif, hors les hypothèses de modulation. C'est ce que semble pourtant soutenir M. Fleury-Le Gros à partir d'un exemple que nous devons reprendre.

209. Exemple. L'article 26 de la loi « Murcef » du 11 décembre 2001² était venu expliciter les pouvoirs du juge saisi d'une demande de révision triennale d'un bail commercial, en venant modifier l'article L. 145-38 du Code de commerce. Etait ainsi remise en cause une jurisprudence « dont il résultait que le montant du loyer pouvait être révisé non seulement à la hausse, mais également à la baisse si la valeur locative avait baissé³. »

210. Un article interprétatif. La Cour de cassation considéra dans un premier temps que l'article 26 était une disposition interprétative et devait donc s'appliquer aux instances en cours lors de son entrée en vigueur⁴. Autrement dit, la loi était applicable aux demandes de révision précédant son adoption.

211. Une loi non rétroactive. Par un arrêt du 23 janvier 2004⁵, l'Assemblée plénière abandonna cette solution. Selon la Cour de cassation, la loi Murcef ne répondant pas à d'impérieux motifs d'intérêt général elle ne saurait être rétroactive et elle n'est donc applicable que pour les demandes de révision formulées après sa date d'entrée en vigueur.

¹ Cercle Montesquieu, *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 166 : « Aujourd'hui commencent en plus "à fleurir" dans les entreprises (et bientôt dans les prétoires) des demandes de dommages et intérêts pour illicéité rétroactive de clauses de non-concurrence non assorties de contrepartie pécuniaire, pour des contrats dont il a été mis fin antérieurement au revirement évoqué (que ce soit par démission ou licenciement) ».

² Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

³ D. LE PRADO, « Point de vue d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation », *Repenser le droit transitoire*, dir. G. DRAGO, D. LE PRADO, B. SEILLER, Ph. THERY, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 129.

⁴ Cass. 3^e civ., 27 févr. 2002, deux arrêts, n° 00-18.241 et n° 00-17.902, *Bull. civ.*, n° 50 et 53, *RTD civ.* 2002, p. 599 et s., N. MOLFESSIS ; *GAJC*, n° 9, p. 69 et s.

⁵ Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *Bull. Ass. plén.* n° 2, *D.* 2004, p. 1108 et s., P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2004, p. 341 et s., Ph. THERY ; *RTD civ.* 2004, p. 371 et s., J. RAYNARD ; *JCP* 2004, II, 10030, M. BILLIAU ; *RDC* 2004, p. 791 et s., note A. MARAIS ; *Def.* 2004, art. 37917-1, p. 525 et s., L. RUET.

212. La rétroactivité du revirement. M. Fleury-Le Gros cherche alors à savoir si le revirement ainsi opéré est rétroactif. Sa méthode consiste à se demander comment la même opération aurait été qualifiée, si elle avait été le fait du législateur. Selon lui, « si le législateur avait ainsi réservé lui-même l'application de la loi aux seuls baux conclu postérieurement, en écartant par conséquent son application pour les baux en cours, il n'aurait pas mis en place une solution rétroactive ; il aurait en réalité appliqué la solution de survie de la loi ancienne¹ ». Il faudrait en conclure que, par analogie, le revirement n'est pas rétroactif.

Pourtant, un tel raisonnement n'emporte pas la conviction. Il y a, semble-t-il, une confusion sur la règle à examiner. Certes, la solution est *in fine* la survie de la loi ancienne, mais cette solution est imposée rétroactivement. La question n'est pas de savoir si la loi est rétroactive ou non, mais de savoir si la règle posée par le juge, qui énonce que la loi n'est pas rétroactive, est rétroactive ou non. Et, faute de précision contraire en l'espèce, force est d'admettre que la règle posée par le juge est rétroactive : il faut considérer que depuis le début, la loi Murcef n'a pas à être appliquée aux demandes de révision antérieures. Autrement dit, « la norme dont on cherche à qualifier les effets dans le temps n'est pas la norme législative (ce travail était justement celui de la Cour de cassation) mais la norme jurisprudentielle. **Or la solution ici n'est pas la survie de la jurisprudence ancienne².** » Le revirement est donc bien rétroactif. Exceptés les cas de modulation, il ne semble pas que la jurisprudence puisse être totalement privée de rétroactivité.

213. Conclusion de la section. La rétroactivité n'est pas attachée naturellement à la jurisprudence, puisqu'il est possible de révéler l'existence de règles posées par le juge dénuées plus ou moins de rétroactivité. Pour autant, il convient de reconnaître qu'en-dehors des cas de modulation tout revirement peut être appliqué de manière rétroactive³.

¹ P. FLEURY-LE GROS, « Les techniques d'application de la loi et de la jurisprudence dans le temps : unité ou diversité ? », *Le temps et le droit. Acte du colloque organisé à la faculté du Havre les 14 et 15 mai 2008*, dir. P. FLEURY-LE GROS, LexisNexis Litec, coll. Colloques et débats, 2010, n° 18, p. 41. *Adde.* P. FLEURY-LE GROS, « De l'application de la loi dans le temps à l'application de la jurisprudence dans le temps : le paradoxe de l'échelle de verre », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 221 et s.

² C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2014, n° 700, p. 400.

³ L'affirmation concerne le revirement et plus largement l'hypothèse où le juge pose une règle instantanément, hypothèse distincte de celle où la règle est élaborée de manière coutumière. Dans ce cas, il ne semble pas y avoir de rétroactivité à proprement parler, la règle ne s'élaborant qu'au fur et à mesure. *Cf. infra*, n° 279.

Conclusion du Chapitre

214. Force est de constater que la rétroactivité ne résulte pas de la nature de la jurisprudence. En effet, même sans rétroactivité, il est toujours fait mention de jurisprudence. Il faut rendre justice toutefois à la théorie naturaliste d'avoir fait ressortir deux éléments qui nous seront utiles par la suite : la théorie de l'incorporation et l'absence de reconnaissance officielle du pouvoir créateur du juge. Si la théorie naturaliste doit être écartée dans ses grandes lignes, la théorie mécaniste doit l'être également.

Chapitre 2 – Le rejet de la théorie mécaniste

215. Plutôt que de chercher le fondement de la rétroactivité jurisprudentielle dans la rétroactivité naturelle de toute règle de droit, il est possible de le chercher dans le mécanisme du jugement. C'est ce que tente de faire la théorie mécaniste pour qui la rétroactivité juridictionnelle fonde la rétroactivité jurisprudentielle. La théorie mécaniste nous semble présenter certaines lacunes (Section 1), invitant à renverser le raisonnement (Section 2).

Section 1 – Les lacunes de la théorie mécaniste

216. Rétroactivité jurisprudentielle et rétroactivité juridictionnelle. Afin de comprendre la théorie mécaniste, il convient de distinguer au préalable la rétroactivité jurisprudentielle de la rétroactivité juridictionnelle. Hébraud, dans un célèbre article publié en 1974, mit en évidence deux sortes de rétroactivité¹. L'une, la rétroactivité juridictionnelle, est qualifiée d'essentielle en ce qu'elle est propre à l'activité juridictionnelle. Elle réside simplement dans le fait que le juge tranche un litige antérieur à son intervention. La rétroactivité juridictionnelle ne concerne donc que les parties au litige. L'autre rétroactivité est qualifiée de jurisprudentielle. Elle correspond à la rétroactivité des règles posées par le juge et qui rayonnent en dehors du cas tranché. Il s'agit de la rétroactivité jurisprudentielle au sens commun du terme. La théorie mécaniste semble établir un lien entre ces deux rétroactivités, faisant découler la rétroactivité jurisprudentielle de la rétroactivité juridictionnelle.

217. Présentation. La théorie mécaniste est l'explication de la rétroactivité jurisprudentielle retenue par Rivero², reprise à son compte notamment par le groupe de travail dirigé par M. Molfessis³. Elle part du constat que le juge statue sur des faits passés. L'arrêt de règlement étant prohibé, le juge qui voudrait créer une règle est tenu de la créer à l'occasion d'un litige, et de l'appliquer à celui-ci. La règle nouvelle va donc s'appliquer non à partir de la date du jugement mais dès la date de la situation de fait qui donne lieu à son application. Ainsi, une règle

¹ P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges P. Couzinet*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1974, p. 366 et s.

² J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15, 2^e col.

³ « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 8-9. Adde. D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2012, n° 1295 et s., p. 452 et s.

créée par une décision datant de 2002, sera appliquée à des faits survenus en 2000. La règle est bien rétroactive, permettant de résoudre un litige précédant son édicition. Il y a donc bien rétroactivité, au moins en ce qui concerne l'affaire jugée : il y a une rétroactivité juridictionnelle. De manière synthétique il est enseigné que « les arrêts de règlement étant interdits, le juge ne peut faire naître une règle qu'à travers la décision même qui statue sur des faits antérieurs. La formation de la règle est ainsi inséparable de son application à l'espèce. En énonçant la règle, le juge l'applique nécessairement de façon rétroactive¹. »

Les partisans de la théorie mécaniste vont plus loin. Rivero affirme que la règle est rétroactive « non seulement à l'égard des données du litige à propos duquel elle a été élaborée, mais encore, dans la mesure où le juge s'en tiendra à la règle nouvelle, à l'égard de tous les litiges semblables dont il a été saisi avant la décision qui fait jurisprudence, et qui seront tranchées postérieurement à celle-ci². » Il existe donc en plus de la rétroactivité juridictionnelle, une rétroactivité jurisprudentielle.

218. Lacune quant à la date limite de la rétroactivité. L'explication paraît insuffisante pour rendre compte précisément de la rétroactivité jurisprudentielle. En effet, si la rétroactivité juridictionnelle conditionnait réellement la rétroactivité jurisprudentielle, alors cette dernière ne devrait pas remonter au-delà de la date des faits de l'espèce ayant donné lieu à l'édiction de la règle³. De fait, si le juge qui crée une règle est obligé de l'appliquer au litige, alors la rétroactivité est limitée à la date de ce litige. Si le juge crée une règle en 2002, et l'applique à des faits survenus le 15 novembre 2000, alors la règle voit sa rétroactivité limitée au 15 novembre 2000 et on ne voit pas pourquoi il en irait autrement.

On pourrait tenter de l'expliquer en soutenant que lors d'une décision postérieure, disons en 2004 pour des faits survenus le 15 novembre 1999, le juge cherche toujours à masquer la création de la règle créée en 2002 : il l'appliquera

¹ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale. Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 516, p. 480. En ce sens : S. MARGUERY, *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse dactyl., 1984, n° 457, p. 778 ; P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, 1974, p. 366 ; H. LE BERRE, « La jurisprudence et le temps », *Droits*, n° 30, 2000, p. 76 ; P.-Y. GAUTIER, *RTD Civ.* 2005, p. 159 et s. ; V. DELAPORTE, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 165 ; A. LACABARATS, « La genèse d'un revirement de jurisprudence », *Justice & Cassation* 2012, p. 57. *Contra* : A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989, n° 25, p. 291 et s. ; T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, n° 7, p. 26.

² J. RIVERO, *op. cit.*, *loc. cit.* Egalement en ce sens semble-t-il, C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2014, n° 560-561, p. 310. L'effet plus largement rétroactif de la jurisprudence est ensuite lié au caractère abstrait de la règle (n° 566, p. 315).

³ En ce sens, *cf.* A. MARAIS, « Le temps, la loi et la jurisprudence : le bon, la brute et le truand », *Au-delà des codes. Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, n° 49 et s., p. 421 et s.

donc sans considération de la date des faits, pour laisser croire que la règle a toujours existé. Une telle précision ne permet pas cependant pas de dire pourquoi la règle posée sera appliquée rétroactivement jusqu'à l'entrée en vigueur de la norme ayant fait l'objet de deux interprétations successives et incompatibles (on vise ici l'hypothèse du revirement), comme l'affirme pourtant la Cour de cassation¹.

219. Lacune quant à la portée de la rétroactivité. En outre, comment se fait-il que la règle créée, dont on dit qu'elle doit être appliquée au litige à cause de la prohibition des arrêts de règlement, doive également être appliquée à tous les autres litiges ? Comment expliquer que la rétroactivité juridictionnelle, cantonnée au litige, puisse rayonner ensuite en dehors du litige, au point que la règle jurisprudentielle s'applique à des faits antérieurs à ceux qui se sont vus appliquer pour la première fois cette règle ? La théorie mécaniste ne semble pas à même de pouvoir répondre à cette question².

220. Lacune en l'absence de rétroactivité juridictionnelle. Par ailleurs, il est des décisions qui ne bénéficient d'aucune application aux faits de l'espèce, à l'image des arrêts rendus suite à un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Dans ces hypothèses, le juge peut parfaitement créer une nouvelle règle, qui ne sera pas appliquée aux faits de l'espèce. Pour autant, faut-il penser que la solution dégagée ne vaut que pour l'avenir ? Assurément non, et il ne fait aucun doute que l'interdiction des mères porteuses affirmée en 1991 par l'Assemblée plénière, suite à un pourvoi dans l'intérêt de la loi, était bien une solution jurisprudentielle rétroactive³. Le raisonnement est le même concernant un *obiter dictum*, cette règle de droit affirmée *en passant*, qui n'a pas de lien avec le litige. Puisque la règle n'est pas appliquée, ne bénéficie d'aucune rétroactivité juridictionnelle, faudrait-il en déduire qu'elle n'est pas rétroactive du tout ? Cela ne semble pas être le cas, et comme toute règle jurisprudentielle, du moins en principe, l'*obiter dictum* est rétroactif.

221. Conclusion de la section. Retenons, au crédit de la théorie mécaniste, qu'à l'instar de la théorie naturaliste, elle effectue un rapprochement entre la

¹ Cass. 1^{er} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.*, n° 249, *D.* 2001, p. 3470 et s., rapp. SARGOS, p. 3474 et s., *D.* THOUVENIN ; *JCP* 2002, II, 10045, O. CACHARD ; *RTD civ.* 2002, p. 176 et s., R. LIBCHABER, *GAJC*, n° 11, p. 85 et s.

² Cf. T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, n° 7, p. 26. La difficulté semble avoir été relativement perçue par F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, n° 102, p. 227-228.

³ Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *GAJC*, n° 50, p. 351 et s.

rétroactivité et l'interdiction faite au juge de créer des règles de droit. Cependant, la théorie mécaniste semble inapte à expliquer le passage de la rétroactivité juridictionnelle à la rétroactivité jurisprudentielle. C'est qu'en réalité, le mouvement est inverse. Il faut partir de la rétroactivité jurisprudentielle pour expliquer la rétroactivité juridictionnelle.

Section 2 – Le fondement de la rétroactivité juridictionnelle

222. La théorie mécaniste ne semble pas pouvoir expliquer la rétroactivité jurisprudentielle, étant impuissante à dire pourquoi cette dernière remonte à l'entrée en vigueur de la règle interprétée. Il convient d'aller plus loin afin de bien se rendre compte que c'est la rétroactivité jurisprudentielle qui provoque une rétroactivité juridictionnelle, et non l'inverse. Seront examinés successivement le choix du droit applicable par le juge (§ 1), puis la différence entre la rétroactivité et la rétrospectivité juridictionnelles (§ 2). Il sera alors possible de conclure que c'est la rétroactivité jurisprudentielle qui fonde la rétroactivité juridictionnelle.

§ 1. Le choix du droit applicable par le juge

223. Application par le juge de la loi en vigueur au moment des faits. L'objet des développements suivant est de montrer que l'office du juge consiste à toujours appliquer la règle de droit qui est en vigueur au jour où s'est constituée la situation litigieuse.

Il est nécessaire de bien se figurer, au préalable, le rôle du juge. Lors d'un litige, les parties engagent un procès afin que le juge y apporte une solution conforme au droit en vigueur à l'époque du litige. Autrement dit, « au juge, on demande de dire si tel fait, tel acte, qui se sont déroulés à un moment donné du passé, étaient, oui ou non, conformes au droit en vigueur à ce moment¹. » La Cour de cassation ne fait preuve ici d'aucune particularité. Prenons un exemple. Les faits se produisent en 1990. Le juge du fond rend sa décision en 1992, selon une loi de 1989, applicable à l'espèce. En 1991 a été prise une loi, concernant le litige, entrant en vigueur au cours de l'année 1991. Le juge du fond, statuant sur une situation constituée en 1990, a eu raison d'appliquer la loi de 1989. Si la Cour de

¹ F. OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, dir. OST, van HOECKE, Bruylant, 1998, p. 93. Adde. P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 150.

cassation ne retenait que la loi en vigueur au moment où elle-même statue, il faudrait appliquer la loi de 1991 qui pourtant n'a pas été pensée comme étant d'application rétroactive. La Cour de cassation doit donc exercer son contrôle au regard de la loi de 1989. Ainsi, tous les juges appliquent la règle de droit en vigueur au jour où la situation litigieuse a été constituée.

224. Absence de dérogation en cas de rétroactivité. Que faire en cas de loi rétroactive ? Si une loi rétroactive intervient entre la constitution de la situation et le jugement, alors le juge devra appliquer la loi puisque c'est effectivement la règle applicable à la situation¹. Il convient ici de faire jouer pleinement la rétroactivité, qui a justement pour but de changer le droit en vigueur au moment où les faits donnant lieu au litige sont survenus.

Un tempérament est toutefois apporté en droit positif quand intervient une loi rétroactive et que le litige est devant la Cour de cassation. En principe, la Cour de cassation n'a pas à appliquer le texte rétroactif. Ainsi, si la loi prévoit seulement de s'appliquer « aux instances en cours qui n'ont pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée », la Cour de cassation n'a pas à en tenir compte. Pour qu'elle doive en tenir compte, il faut que le texte prévoie expressément son application aux litiges en cours devant la Cour de cassation, ou qu'il ait un caractère interprétatif, ou encore que le recours soit exceptionnellement suspensif, comme en matière de divorce². Un tel état du droit ne paraît cependant pas dicté par la logique, comme le soulignent certains auteurs³. Selon eux, si la loi, par sa rétroactivité, doit s'appliquer à l'affaire, alors le juge de cassation, comme les autres, doit l'appliquer, sauf disposition contraire dans la loi.

L'immense mérite de cette vision est de simplifier le droit transitoire. Elle met fin à la différence qui est faite entre les juges du fond, sommés d'appliquer la loi rétroactive (notamment celle qui entre en vigueur au cours de l'instance), et la Cour de cassation qui n'est pas censée l'appliquer sauf exception tenant soit à la loi (interprétative *e.g.*), soit à la nature du recours (suspensif ou non). Une telle solution aurait en outre le mérite d'aligner le régime de la loi rétroactive sur celui de la nullité d'un texte : lorsqu'une disposition est annulée de manière rétroactive, la Cour de cassation ne peut pas casser une solution qui aurait violé le texte

¹ Pour un exemple : Cass. 2^e civ., 28 févr. 1974, n° 72-14.546, *bull. civ.* n° 82. Le texte était en l'espèce applicable aux pourvois pendants devant la Cour de cassation.

² Cf. J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd., 2008, n° 61.53, p. 257-258.

³ J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 5^e éd. par T. LE BARS, 2012, n° 824, p. 679-680.

annulé. Inversement, elle peut casser la décision qui a appliqué le texte annulé¹. Il nous paraît logique en effet de tirer de la rétroactivité toutes ses conséquences.

225. Conclusion du paragraphe. Hormis ce détail relatif à l'application rétroactive de la loi devant la Cour de cassation, que faut-il retenir de ces développements ? Il convient de se rappeler que le juge a pour mission d'appliquer la règle de droit en vigueur au moment des faits. La règle peut exister avant les faits, c'est le cas normal, elle peut n'exister qu'après, mais être rétroactive, c'est l'exception. Par l'effet de la fiction de la rétroactivité, le juge applique toujours la règle de droit applicable au litige. Dans ce cas, ce n'est pas le juge qui rend la règle rétroactive : parce qu'elle est rétroactive, il doit l'appliquer rétroactivement. De cette application naît la rétroactivité juridictionnelle. Se dessine ainsi la distinction entre la rétrospectivité et la rétroactivité juridictionnelles.

§ 2. *Rétrospectivité et rétroactivité juridictionnelles*

226. Application d'une règle non rétroactive : rétrospectivité juridictionnelle. Il semble acquis que le juge doive en principe appliquer la règle de droit normalement applicable à la date où la situation a été constituée. Cela signifie que le moment d'intervention du juge est par hypothèse totalement indifférent. Que son intervention soit concomitante à la naissance du litige, ou reportée à des années plus tard, ne devrait pas avoir d'incidence sur le sens de la solution². Un tel constat témoigne de ce que l'acte de juger est fondamentalement déclaratif³. Il n'est pas anodin que l'on parle de *juris-dictio* : le juge dit le droit. Ainsi, quand la règle à appliquer n'est pas rétroactive, il n'y a pas à proprement parler de rétroactivité juridictionnelle, la règle applicable étant celle qui existait à l'époque des faits. Où trouver une quelconque rétroactivité ? Il est plus correct alors de parler de rétrospectivité juridictionnelle, puisque, formé à partir des éléments *retro* et *spect-*, de *spectare*⁴, le terme évoque parfaitement le rôle du juge,

¹ J. BORE, L. BORE, *op. cit.*, n° 61.52, p. 257.

² P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 225-226.

³ Peu important ici que le jugement, ou plus précisément le dispositif, soit constitutif ou déclaratif. Cf. M. MERCIER, *La rétroactivité (Essai d'une théorie générale)*, thèse dactyl., 2003, n° 223, p. 138 ; J. HERON, « L'application des jugements dans le temps », *Le temps et le droit*, Actes du 4^e congrès international de l'association internationale de méthodologie juridique, dir. P.-A. COTE, J. FREMONT, éd. Yvon Blais, 1996, n° 12, p. 244 : « Le juge qui annule le contrat énonce par exemple le vice du consentement qu'il a constaté ; de la même façon, le juge du divorce déclare que l'un des époux a commis l'adultère, et le juge répressif déclare que le prévenu s'est rendu ou ne s'est pas rendu coupable des faits incriminés par la loi pénale. Tout jugement, quel qu'il soit, a un caractère déclaratif ».

⁴ O. BLOCH, W. von WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, coll. Quadrige-Dicos poche, 3^e éd., 2008, v° Rétrospectif. « Rétrospectif, 1779. Formé artificiellement avec le préf. lat. *retro* « en arrière », [...] et le radical *spect-* de mots lat. tels que *spectare* « regarder », etc., cf. aussi *respectif*, *perspective* qui ont pu contribuer à la création de ce mot. » Le *Littre* signale ici un néologisme (*Le nouveau Littré*, Garnier, 2007, v° rétrospectif). A titre de

à savoir porter un regard sur le passé¹. La rétrospectivité entraîne une pure déclarativité. Lorsque le juge applique une loi de 1990 à des faits survenus en 2000, par un jugement rendu en 2002, il n'y a aucune espèce de rétroactivité dans ce jugement.

227. Application d'une règle rétroactive : rétroactivité juridictionnelle.

Dès lors, il n'est possible de parler de rétroactivité juridictionnelle que si la règle que le juge doit appliquer se présente comme étant rétroactive. Dans ce cas, l'application rétroactive de la règle se concrétisera dans l'application aux faits de l'espèce. Il est alors correct de parler de rétroactivité juridictionnelle.

228. La rétroactivité jurisprudentielle fonde la rétroactivité juridictionnelle. On voit ainsi très bien que c'est parce que la règle à appliquer est rétroactive, que le juge va l'appliquer de manière rétroactive. En effet, ce qui impose au juge d'appliquer la règle, légale ou jurisprudentielle, à des faits pourtant antérieure à sa création, est que ladite règle se présente comme étant rétroactive. Par conséquent, c'est parce que la jurisprudence est rétroactive qu'il existe une rétroactivité juridictionnelle. La rétroactivité juridictionnelle n'est donc qu'un morceau, qu'une partie, qu'une concrétisation, de la rétroactivité jurisprudentielle. L'explication mécaniste, en partant de la rétroactivité juridictionnelle, ne peut pas expliquer de manière satisfaisante la rétroactivité jurisprudentielle. La démarche doit donc être inversée : c'est la rétroactivité jurisprudentielle qui entraîne une rétroactivité juridictionnelle.

comparaison, le mot rétroactif est daté de 1534, rétroaction de 1762 et rétroactivité de 1812 (O. BLOCH, W. von WARTBURG, *op. cit.*, v° rétroactif).

¹ Le terme est d'ailleurs employé, à bon escient nous semble-t-il, par Rivero : J. RIVERO, « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, chron. p. 24, 2^e col.

Conclusion du Chapitre

229. Fonder la rétroactivité de la jurisprudence sur une prétendue rétroactivité juridictionnelle ne permet pas de rendre compte de la réalité juridique. Si cette explication était la bonne, alors la rétroactivité jurisprudentielle ne remonterait que jusqu'à la date des faits qui ont donné lieu au litige qu'a eu à connaître le juge. Il convient de rendre justice à la théorie mécaniste d'avoir inclut dans son raisonnement la prohibition des arrêts de règlement pour fonder la rétroactivité juridictionnelle.

D'où provient alors l'erreur d'une telle théorie ? Il apparaît que le rôle du juge est uniquement d'appliquer la règle de droit applicable à l'époque de la constitution de la situation. Il est donc plus juste de parler, de manière générale, de rétrospectivité juridictionnelle. La véritable rétroactivité juridictionnelle n'existe que lorsque le juge doit appliquer une règle qui serait elle-même rétroactive, auquel cas cette rétroactivité s'exprime par le jugement. C'est alors bien plus la rétroactivité juridictionnelle qui découle de la rétroactivité jurisprudentielle que l'inverse. En partant d'un tel point de vue, il est aisé d'expliquer la rétroactivité jurisprudentielle, entraînant la rétroactivité juridictionnelle ; tandis que la théorie mécaniste, en partant de la rétroactivité juridictionnelle ne peut pas expliquer la rétroactivité jurisprudentielle. Reste cependant à trouver un fondement à la rétroactivité jurisprudentielle, indépendant de toute rétroactivité juridictionnelle.

CONCLUSION DU TITRE

230. La jurisprudence en tant que règle de droit émanant du juge ne peut être assimilée ni à la loi ni à la coutume. Pour autant, on ne peut en déduire que la rétroactivité participe de sa singularité, puisque l'on ne cesse de parler de jurisprudence quand bien même sa rétroactivité serait écartée. De même, il apparaît délicat de soutenir que la rétroactivité jurisprudentielle découle d'une prétendue rétroactivité juridictionnelle qui se révèle bien plus être la conséquence que la cause de la rétroactivité jurisprudentielle. Ainsi, les théories naturaliste et mécaniste doivent être écartées. Toutes deux mentionnant cependant l'interdiction pour le juge de créer des règles de droit, il convient de leur rendre hommage et de continuer dans cette direction.

TITRE II – L’ASSIMILATION DE LA CREATION A L’INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLES

231. Le fondement de la rétroactivité jurisprudentielle le plus pertinent techniquement paraît être l’incorporation (Chapitre 1). Cependant, pouvant apparaître insuffisant à certains égards, il devra être justifié par son rattachement à l’article 5 du Code civil (Chapitre 2). C’est en effet cet article qui fonde l’assimilation de la création à l’interprétation jurisprudentielles, expliquant le basculement de la déclarativité à la rétroactivité jurisprudentielle.

Chapitre 1 – L’explication technique : l’incorporation de la jurisprudence à la norme interprétée

232. L’incorporation présente la jurisprudence à travers le prisme de l’interprétation d’une règle de droit. Le juge étant chargé d’appliquer la loi, il est nécessaire qu’il l’interprète. Cette interprétation s’incorpore alors à la norme interprétée. La pertinence d’une telle théorie doit être présentée (Section 1) avant d’en révéler les insuffisances (Section 2).

Section 1 – Pertinence de l’incorporation

233. Il n’est pas inutile de rappeler les vertus explicatives attachées à la théorie de l’incorporation (§ 1), avant de montrer qu’elle pourrait être désormais une nécessité constitutionnelle (§ 2).

§ 1. Vertus explicatives

234. Présentation de l’incorporation à partir de l’exemple biblique. Quand on parle d’incorporation, il convient de préciser ce qui s’incorpore et à quoi. De manière générale, il s’agit de l’incorporation de l’interprétation d’un texte à celui-ci. La théorie de l’incorporation n’est pas une découverte française, loin s’en faut. Perelman rappelle que la théorie de l’incorporation avait pu être utilisée lors d’un conflit entre les pharisiens et les sadducéens. Il s’avère que les sadducéens rejetaient les règlements faits par les pharisiens, qu’ils ne voulaient respecter que la loi écrite et ne pas observer les règles qui dérivait de la tradition. Pourtant, « par un trait de génie, le plus grand interprète de la Bible, le R. Akiba, qui a vécu au I^{er} siècle de l’ère chrétienne, a su trouver une réplique aux sadducéens. Selon lui, la loi orale qui n’est qu’une interprétation, une répétition (Michna) de la loi écrite, a été reçue par Moïse, au mont Sinaï, en même temps que la loi écrite et a été transmise oralement, d’une façon ininterrompue, par des générations d’interprètes (Pirké Avoth, I, 1)¹. » Par conséquent, la loi orale ne fait qu’un avec la loi écrite, et les deux doivent être pareillement respectées.

¹ Ch. PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 25.

L'incorporation consiste donc à dire que l'interprétation qui est faite d'un texte a vocation à faire corps avec lui¹. L'interprétation ne serait alors au texte que ce que le sel est à un bon plat : un simple révélateur de goût, parfaitement fondu dans l'objet auquel il s'incorpore. Unis, ils ne font plus qu'un. Cette fusion s'explique par le caractère déclaratif de l'interprétation². En effet, interpréter un texte c'est révéler le sens qu'il a toujours eu, dès son édicition. Interprétation, déclarativité et incorporation sont donc intimement liées.

235. Unique explication de la rétroactivité de la jurisprudence. La théorie de l'incorporation permet de comprendre pourquoi la jurisprudence devra être appliquée à partir de l'entrée en vigueur du texte visé. En effet, pour qu'il y ait rétroactivité, il suffit que le juge fasse subir à sa création le même régime que celui d'une interprétation. La création jurisprudentielle, en s'incorporant au texte, est censée exister depuis la naissance du texte. Il a ainsi été soutenu par Mme Marais que sans l'incorporation, il n'y aurait aucune raison que la jurisprudence soit rétroactive. L'auteur l'affirme en des termes peu ambigus : « Que l'on détache l'interprétation jurisprudentielle de la loi interprétée et du même coup, la règle jurisprudentielle perd toute raison d'être appliquée dans le passé³. » L'incorporation est même, à notre sens, la seule explication permettant de comprendre que la rétroactivité de la jurisprudence soit limitée dans le temps à la date d'entrée en vigueur du texte auquel la Cour de cassation se rattache⁴. Il est alors juste d'enseigner que la rétroactivité jurisprudentielle d'une part s'explique « par l'incorporation de la jurisprudence dans le texte qu'elle interprète » et que,

¹ On peut penser également aux interprétations faites par le juge de sa propre décision. Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 31^e éd., 2012, n° 1117, p. 780 qui mentionnent des exceptions à cette incorporation, assimilables aux cas où la décision interprétative ne se contente justement pas d'interpréter.

² C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, A. Durand, L. Hachette et C^{ie}, 4^e éd., 1869, n° 115, p. 128-129 : « En théorie, l'interprétation, c'est l'explication de la loi ; interpréter, c'est **élucider** le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover ; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse ou subtile ; elle peut même parfois prêter au législateur des intentions qu'il n'avait pas..., meilleures ou moins bonnes ; mais enfin, il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir **inventé** ; autrement elle ne serait plus de **l'interprétation**. » *Adde.* D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980, p. 399 : « Le terme "interprétation" et le qualificatif "constructive" s'excluent nécessairement l'un l'autre, l'interprétation consistant dans la recherche de la volonté réelle du législateur, la construction juridique impliquant le dépassement de la loi. »

³ A. MARAIS, « Le temps, la loi et la jurisprudence : le bon, la brute et le truand », *Au-delà des codes. Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, n° 48, p. 421.

⁴ Le juge communautaire fonde également la rétroactivité de sa jurisprudence « sur le caractère interprétatif de ses arrêts. » Cf. N. CHARBIT, « La limitation de l'effet rétroactif des arrêts par le juge communautaire », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 73.

d'autre part, « cette incorporation produit un effet dans le temps redoutable : l'interprétation s'appliquera aussi loin qu'existait le texte¹. »

Ainsi, que le juge interprète ou crée une règle de droit, il y a une incorporation de l'interprétation ou de la création au texte visé. Les différences entre la déclarativité et la rétroactivité semblent s'effacer derrière le masque de l'incorporation. C'est un point qu'il conviendra d'approfondir par la suite, tant il paraît primordial et semble lié à la prohibition des arrêts de règlement². Contentons-nous pour l'instant de retenir que c'est l'incorporation qui permet d'expliquer pourquoi la rétroactivité remonte jusqu'à l'entrée en vigueur du texte interprété.

236. La valeur de la jurisprudence. La théorie de l'incorporation permet de comprendre également que pour combattre l'interprétation d'une loi il faille au moins une loi, l'interprétation d'un règlement, un règlement³ etc. La jurisprudence « emprunte⁴ » à la norme interprétée sa valeur, certains ayant été jusqu'à y voir, au-delà d'un emprunt de valeur, un emprunt de nature⁵. Dans les deux cas, emprunt de valeur ou emprunt de nature, la jurisprudence n'a pas de valeur propre⁶. De même que l'aumônier militaire emprunte le grade de son interlocuteur, devenant colonel en s'adressant à un colonel et caporal en discutant avec un caporal, la jurisprudence prend le rang de la norme interprétée⁷. Cela signifie également que si la loi change, la règle qui y est incorporée est vouée à disparaître à l'avenir⁸.

¹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. manuel, 2^e éd., 2013, n° 376, p. 306, pour les deux citations. *Adde.* GAJC, n° 10, § 6, p. 83 ; A. SERIAUX, *Le Droit : une introduction*, ellipses, 1997, n° 217, p. 210.

² Cf. *infra*, n° 304 et s.

³ M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *La technique et les principes du droit public. Mélanges en l'honneur de G. Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, n° 23, p. 629-630 : « Chaque fois que la règle jurisprudentielle peut être considérée, même s'il y a là une part de fiction, comme interprétant une loi, ou au moins une règle de droit préexistante [...], elle s'incorpore, par le jeu de cette fiction, à la règle qu'elle est censée interpréter. [...] elle s'y incorpore en ce sens que si, naturellement, elle disparaît avec la règle qu'elle est censée interpréter, en revanche, elle ne peut être atteinte par une règle inférieure. »

⁴ O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 475 : « La règle jurisprudentielle ne peut avoir qu'une valeur d'emprunt. »

⁵ F. ZENATI, « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avr. 2003, n° 575 : « L'interprétation que la Cour de cassation donne de la loi est constitutive d'une véritable norme [...]. Cette norme ne se confond pas pour autant avec les normes formelles qu'elle interprète, bien qu'elle emprunte leur nature ; c'est la conséquence de ce que l'interprétation se fait par voie de doctrine et non par voie d'autorité. »

⁶ P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges offerts à P. Couzinet*, 1974, p. 363 : « En réalité, le juge civil a pour seul objet de son pouvoir juridictionnel les relations privées, et il les juge en fonction des règles de droit, légales ou réglementaires ; l'interprétation qu'il en donne et la jurisprudence qui s'en dégage s'incorpore, au niveau qui est le leur, et non à un niveau particulier qui lui serait propre. »

⁷ Il s'agit d'une coutume, résumée en la formule : « ni rang, ni grade ». Comp. art. 1^{er}, al. 2, du décret n° 2008-1524 du 30 décembre 2008 relatif aux aumôniers militaires : les aumôniers militaires « détiennent le grade unique d'aumônier militaire, sans correspondance avec la hiérarchie militaire générale. »

⁸ J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, n° 20, p. 428 ; P. HEBRAUD, art. préc., p. 364.

237. Conclusion du paragraphe. L'incorporation de la création jurisprudentielle à un texte, suivant en cela le régime de la simple interprétation permettrait de comprendre l'étendue temporelle de la rétroactivité. L'incorporation justifie également la valeur que l'on attache à la jurisprudence, valeur dépendante du texte prétendument interprété. A ces vertus explicatives de l'incorporation, s'ajoute une nécessité constitutionnelle.

§ 2. Nécessité constitutionnelle

238. Le refus de transmettre les interprétations. La théorie de l'incorporation est vivifiée par les évolutions constitutionnelles les plus récentes. Afin que la question prioritaire de constitutionnalité soit efficace et que le Conseil constitutionnel n'examine pas les textes sans l'interprétation qui en est faite, il était important que l'interprétation puisse également faire l'objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. L'incorporation permet d'opérer cette double transmission du texte et de son interprétation. En effet, par l'incorporation, la Cour de cassation avait pu écarter toute autonomie de sa jurisprudence par rapport aux textes¹.

Pourtant, au début du fonctionnement de la procédure concernant la question prioritaire de constitutionnalité², la Cour de cassation refusait de transmettre les questions qui portaient non sur le texte, mais sur l'interprétation qui en était faite³. Dissocier ainsi le texte, susceptible d'être contrôlé par le Conseil constitutionnel, et son interprétation, insusceptible de contrôle, aboutissait à renier toute incorporation et à reconnaître *ipso facto* les créations prétoriennes. Lesquelles acquéraient à cette occasion une valeur supra-constitutionnelle⁴.

239. L'interprétation conforme délivrée par la Cour de cassation. Cependant, le comportement de la Cour de cassation, ayant pour principe la volonté de préserver son pouvoir d'interprétation à tout prix, aboutissait à un paradoxe. En effet, pour refuser de transmettre une question prioritaire de

¹ Cf. N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », *JCP* 2010, doct. 1039, et les arrêts cités, n° 7, p. 1958-1959.

² Article 61-1 de la Constitution, dont les conditions d'applications furent précisées par la loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010.

³ Cass. crim., QPC, 19 mai 2010, n° 09-82.582, n° 09-83.328, n° 09-87.307 (trois arrêts) : « Et attendu qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité ».

⁴ N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », *JCP* 2010, doct. 1039.

constitutionnalité, la Cour de cassation va tantôt dire que l'interprétation ne peut être soumise au Conseil constitutionnel, et tantôt affirmer que cela n'est pas nécessaire puisque, par son interprétation, la constitutionnalité de la disposition est assurée¹. Cela signifie que, dans ce second cas, l'interprétation prend la place de la disposition législative. La théorie de l'incorporation est ici respectée. Si réellement l'interprétation était détachée du texte, la Cour de cassation devrait laisser le justiciable soulever la question, l'interprétation ne venant influencer en rien sur la constitutionnalité du texte. Pourtant, telle n'est pas la pratique de la Cour de cassation, qui va jusqu'à se donner des directives d'interprétation en statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité². L'interprétation de la Cour de cassation vient modifier le sens du texte, pour le rendre conforme à la Constitution. Ne convient-il pas d'y voir un attachement à la théorie de l'incorporation ?

De manière plus abrupte, la Cour de cassation peut profiter de la question posée pour opérer un revirement de jurisprudence³. Elle évite ainsi d'avoir à transmettre la question au Conseil constitutionnel puisque la nouvelle

¹ Cass. crim., QPC, 8 juill. 2010, n° 10-90.048 : n'a pas été transmise une question portant sur l'article 665 du code de procédure pénale, relatif au dépaysement d'une procédure dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, celle-ci ne présentant pas un caractère sérieux : « attendu qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel, est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que tel n'est pas le cas ici dès lors qu'il appartient à la Chambre criminelle, conformément à l'article préliminaire du code de procédure pénale, de veiller, lors de l'examen de la requête, au respect du principe de la contradiction ». Un auteur (N. MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *D.* 2011, p. 529 et s.) en déduira que « la norme législative contestée n'est pas contraire à la Constitution dès lors que le juge apporte, par son contrôle et ses procédures, des garanties suffisantes et effectives aux droits des requérants. » (p. 532).

Par ailleurs, la Cour de cassation s'opposait à la transmission de textes jugés par les plaideurs contraires à la constitution, uniquement parce qu'ils laissaient une place à l'interprétation des juges. Cf. Cass. Ass. plén. QPC, 31 mai 2010, n° 09-70.716, *Rapport annuel* 2010, p. 478 : « Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition législative n'est critiquée qu'en ce qu'elle laisse la place à l'interprétation, laquelle relève de l'office du juge ». En refusant une telle transmission, la Cour de cassation protégeait l'office du juge, qui est notamment d'interpréter les textes. Elle tenait ainsi, notamment, à exercer pleinement son rôle de filtre et pouvait témoigner alors de son refus de faire du Conseil constitutionnel une Cour suprême. Cf. P. DEUMIER, « Autopsie d'une polémique : la QPC, la Cour de cassation et la doctrine », *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 171 et s.

² V. Cass. Ass. plén., QPC, 16 juill. 2010, n° 10-80.551 à propos de l'art. 417 anc. du Code pénal qui disposait que : « Al. 1er : Le prévenu qui comparait a la faculté de se faire assister par un défenseur. Al. 2 : S'il n'a pas fait choix d'un défenseur avant l'audience et s'il demande cependant à être assisté, le président en commet un d'office. ». L'article ne prévoyait pas d'information du prévenu à ce sujet. La Cour de cassation décide le 16 juill. 2010 que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel des droits de la défense, dès lors que l'exercice de la faculté de se faire assister par un défenseur, prévue par l'article 417, alinéas 1 et 2, du code de procédure pénale, implique, pour être effectif, que le prévenu a été préalablement informé de cette faculté ». La directive sera mise en œuvre par Cass. crim., 24 nov. 2010, n° 10-80.551, *bull. crim.*, n° 188. Sur cette séquence, cf. N. MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *D.* 2011, p. 529 et s., spéc. p. 534. V. désormais art. 417 al. 2 : « Si le prévenu n'a pas fait choix d'un défenseur avant l'audience, le président l'informe, s'il n'a pas reçu cette information avant l'audience, qu'il peut, à sa demande, bénéficier d'un avocat commis d'office. Si le prévenu formule cette demande, le président commet un défenseur d'office. »

³ N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 2811 et s. ; N. MAZIAU, « Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC. Comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution », *D.* 2012, p. 1833 et s. L'auteur prend des exemples tirés du droit pénal. La chambre commerciale semble avoir fait de même : Cass. com. QPC, 5 sept. 2013, n° 13-40.034, *Bull. civ.*, n° 127, *D.* 2013, p. 2100, A. LIENHARD.

interprétation du texte sauve celui-ci d'une éventuelle inconstitutionnalité¹. Ce faisant, la Cour de cassation vivifie la théorie de l'incorporation.

240. La transmission de certaines interprétations. Il ne restait plus alors à la Cour de cassation qu'à transmettre ses interprétations pour que la théorie de l'incorporation l'emporte totalement. Cela semblait inéluctable, puisque la politique rigoureuse de la Cour de cassation concernant l'absence de transmission de ses interprétations n'était pas partagée par le Conseil d'Etat². Le Conseil constitutionnel n'hésitera donc pas, de lui-même³, à examiner les interprétations de la Cour de cassation⁴, qu'elle transmettra par la suite⁵. Par conséquent, la jurisprudence n'échappe pas au contrôle de constitutionnalité et la question prioritaire de constitutionnalité n'est plus cantonnée au contrôle de la coquille creuse que peuvent être les textes législatifs privés de leur interprétation.

Désormais, sont transmises les jurisprudences constantes des deux cours au sommet de leur ordre juridictionnel⁶. En revanche, sont toujours soustraites à tout contrôle les pures constructions prétoriennes⁷. La Cour de cassation n'hésite pas

¹ On a pu soutenir que de telles modifications de l'interprétation par la Cour de cassation ne témoignaient pas de son refus de soumettre celle-ci au Conseil constitutionnel, son attitude s'imposant par la logique de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Cf. N. MAZIAU, « Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC. Comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution », *D.* 2012, n° 3, p. 1834 : « N'est-ce pas dans la logique des institutions, telle qu'elle résulte de la révision constitutionnelle de 2008, de considérer que le Conseil constitutionnel est le gardien en dernier ressort du respect de la Constitution, son intervention n'étant alors requise qu'en cas d'impossibilité manifeste d'interpréter la loi de manière conforme ? »

² CE, 25 juin 2010, n° 326363, *Mortagne*.

³ F. CHENEDE, « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, p. 2745, 1^{re} col. : « Le conseil constitutionnel s'est toutefois posé une toute autre question [que celle posée par la Cour de cassation]. [...] Il a estimé que ce n'était pas la lettre de l'article 365 du code civil, mais la portée donnée à cette disposition par la Cour de cassation qui devait faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. »

⁴ Cons. const. 6 oct. 2010, n° 2010-39, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* à partir de Cass. Ass. plén., QPC, 8 juill. 2010, n° 10-10385.

⁵ V. not. Cass. crim., QPC, 19 janv. 2011, n° 10-85.305, n° 10-85.159 (deux arrêts), qui revient sur Cass. crim., QPC, 19 mai 2010, n° 09-82.582, n° 09-83.328, n° 09-87.307 (trois arrêts). Il était question de la motivation des arrêts de Cour d'assises.

La première chambre civile a par ailleurs, semble-t-il, tenté d'utiliser la question prioritaire de constitutionnalité pour tenter de faire sanctionner une interprétation délivrée par l'Assemblée plénière et venant la désavouer. Cf. P. DEUMIER, « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur résorption », *RTD civ.* 2013, p. 557 et s., spéc. p. 561 : « S'il est plutôt remarquable qu'une Cour suprême soumette ainsi volontairement sa jurisprudence à la vérification de sa constitutionnalité, il est plus troublant que cette soumission soit le fait d'une formation venant d'être désavouée. » Le Conseil constitutionnel « précisera contrôler la constitutionnalité de l'article 53 de la loi de 1881 tel qu'interprété par l'Assemblée plénière » (*ibid.*).

⁶ Cons. const., QPC, 8 avr. 2011, n° 2011-120, *M. Ismaël A.*, § 9 : « Considérant, en dernier lieu, que, si, en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition, la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ; qu'il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 ; que, dans ces conditions, cette jurisprudence ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées ».

⁷ Cass. 1^{re} civ., QPC, 27 sept. 2011, n° 11-13.488, *JCP* 2011, note 1197, F. CHENEDE ; *D.* 2011, p. 2707 et s., A. LEVADE : « la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre de juridiction ; que la première question prioritaire de

ainsi à rejeter la question prioritaire de constitutionnalité qui, sous couvert de critiquer des textes, « porte exclusivement sur la règle jurisprudentielle, énoncée notamment au visa de ces textes¹ ».

Ce dernier élément montre les limites de la théorie de l'incorporation. En statuant de la sorte, la Cour de cassation met en exergue une insuffisance de la théorie de l'incorporation : toute création jurisprudentielle ne s'incorpore pas au texte prétendument interprété.

241. Conclusion de la section. La théorie de l'incorporation, élaborée pour les interprétations, permet d'expliquer que la création jurisprudentielle soit rétroactive, et ce, jusqu'à l'entrée en vigueur du texte prétendument appliqué. L'incorporation est également nécessaire aujourd'hui pour que la procédure du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* soit efficace. La Cour de cassation semble le reconnaître, qu'elle interprète directement le texte pour le rendre conforme à la Constitution ou qu'elle transmette une question prioritaire de constitutionnalité portant sur un texte faisant l'objet d'une jurisprudence constante. Pour autant, la théorie de l'incorporation peut apparaître à certains égards insuffisante pour fonder la rétroactivité jurisprudentielle.

Section 2 – Insuffisances de l'incorporation

242. Utile, l'incorporation souffre de deux défauts. Tout d'abord, elle ne se justifie plus quand il s'agit de créations jurisprudentielles sans lien avec le texte auquel cette création est censée s'incorporer (A). Ensuite, et surtout, la théorie de l'incorporation, lorsqu'elle est utilisée pour justifier la rétroactivité de la jurisprudence, repose sur le postulat que l'interprétation d'un texte ne peut être qu'unique. Or, ce postulat paraît erroné (B).

constitutionnalité proposée par M. Y..., qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation de modifier, ne vise aucune disposition législative et se borne à contester une règle jurisprudentielle sans préciser le texte législatif dont la portée serait, en application de cette règle, de nature à porter atteinte au principe constitutionnel de la personnalité des peines résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tel qu'énoncé par le Conseil constitutionnel ; qu'il s'ensuit que cette question est irrecevable ».

¹ Cass. soc., QPC, 28 nov. 2012, n° 11-17.941, qui estime la question irrecevable si « la question posée, sous couvert de critiquer les articles 1134 du code civil et L. 1121-1 du code du travail, porte exclusivement sur la règle jurisprudentielle, énoncée notamment au visa de ces textes. » La question concernait la jurisprudence relative à la contrepartie financière de la clause de non-concurrence. Cette contrepartie avait été imposée par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 juillet 2002 (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *Bull. civ.*, n° 239, *Rapport annuel* 2002, p. 349) au visa de l'article L. 120-2 du Code du travail, désormais L. 1121-1. La règle jurisprudentielle est accompagnée formellement de textes, mais ils sont sans rapport avec elle.

§ 1. Incorporation et création jurisprudentielle

243. Incorporation et rattachement. La première critique concernant l'incorporation est son absence de pertinence à l'égard des pures créations prétoriennes, créations n'ayant aucun lien avec un texte. Comment affirmer que, dans de tels cas, l'interprétation s'incorpore au texte, tant leur sens sont éloignés ?

Si la critique est fondée¹, il n'en demeure pas moins que le rôle de la Cour de cassation est, en droit positif, de censurer la non-conformité du jugement aux règles de droit² et l'article 12 du Code de procédure civile définit clairement la mission du juge : il « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. » Cela signifie que le juge, quel qu'il soit, doit rattacher sa solution à une règle de droit préexistante. Que le rattachement soit, en substance, fictif, n'empêche pas que le juge ait dû vouloir lier la solution à une règle de droit préexistante. C'est pourquoi il est juste de parler de rattachement. Il peut être fictif de considérer qu'il existe toujours une règle de droit avant le jugement, mais le rattachement en lui-même ne le sera pas. Il semble possible alors de passer de l'incorporation de l'interprétation au texte, au rattachement de la création jurisprudentielle à un texte.

¹ Elle l'est *a fortiori* dès que l'on constate que l'interprétation n'est pas un pur acte de connaissance, ce que la grande majorité de la doctrine reconnaît désormais, distinguant entre la part de description et la part de prescription que comporte cette vision de l'interprétation. Cf. les références citées *infra*, note 4, p. 204. Dès lors, si l'incorporation des interprétations même est difficilement justifiable, que dire quant aux créations jurisprudentielles ? Pour des exemples de pures créations jurisprudentielles : cf. M. SAUZAY, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, A. Rousseau, 1904, p. 129 et s. ; M. CHRETIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, L. Danel, 1936, p. 30 et s. ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 1999, n° 379 et s., p. 328 et s. On peut citer comme exemples de pure création jurisprudentielle **la connexité des créances en matière de compensation**, reprise à son compte par la législateur dans le domaine des procédures collectives (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, Sirey, 7^e éd., 2011, n° 458, p. 418), ou au mécanisme de l'**astreinte**, également repris par la législateur (*ibid.*, n° 165, p. 135 ; A. ESMEIN, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *RTD civ.* 1903, p. 5 et s., spéc. p. 9 : « Trouve-t-on dans le Code civil ou dans le Code de procédure civile, quelques traces de ce système ? Aucune. » *Adde.* M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile. 1804-1904*, Rousseau, 1904, p. 2 ; M. CHRETIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, L. Danel, 1936, p. 63 et s. qui y voient une création *contra legem*), ou encore à **la notion d'unité économique et sociale** en droit du travail, reprise également par le législateur (J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 25^e éd., 2010, n° 943, p. 1039 et s.). Récemment, pour la critique d'une jurisprudence *contra legem*, cf. T. LE BARS, « Positivisme, dogmatisme, réalisme et dérive de la Cour de cassation », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 304.

Il existe également des créations dont le lien avec un texte est extrêmement faible : cf. le mécanisme de l'assurance sur la vie et l'article 1121 du Code civil, dont on a pu dire que « mise à part la faculté de révocation accordée au stipulant – toutes les solutions ont été élaborées par les tribunaux en l'absence de texte » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, Sirey, 15^e éd., 2012, n° 488, p. 480). Ici encore la création a été enregistrée par le législateur (Loi du 13 juillet 1930 sur les contrats d'assurance, désormais v. L. 132-1 et s., C. ass.).

Adde. A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Université des sciences sociales, 1975, p. 16-17, où le magistrat aborde le problème de la dénaturation. La solution dans son principe paraissait évidente, mais une question demeurait : quel texte viser quand c'est un testament ou un jugement qui est dénaturé ? La Cour de cassation a retenu finalement l'article 1134 du Code civil (« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »).

² Art. 604 CPC.

Par exemple, nous savons d'une part que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation et d'autre part qu'une telle solution ne découle d'aucun texte. La Cour de cassation a toutefois dû rattacher cette solution à des textes. Ainsi, dans un arrêt du 28 mars 2000¹, la première chambre civile de la Cour de cassation vise l'article 339 du Code civil, relatif à la contestation de la filiation naturelle établie par une reconnaissance, abrogé depuis l'ordonnance de 2005, ainsi que l'article 311-12 du même code, qui disposait que « les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe, en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable », texte également abrogé par l'ordonnance de 2005. Etait visé en outre pour les besoins de l'espèce, l'article 146 du Code de procédure civile, relatif aux mesures d'instruction que peut ordonner le juge. On le voit, le rattachement existe, il n'est pas fictif, mais le lien opéré entre les textes fondant la solution, les articles 311-12 et 339 est, lui, fictif. Il n'y aurait ainsi pas incorporation, mais rattachement.

244. Pertinence du rattachement quant à la valeur de la jurisprudence.

Cette théorie du rattachement peut-elle être substituée avec profit à l'incorporation ? Les vertus de l'incorporation étaient de pouvoir borner temporellement l'étendue de la rétroactivité, d'expliquer la valeur de la jurisprudence, de permettre le contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence. Or, en parlant de rattachement, plutôt que d'incorporation, les conséquences relatives à la valeur normative de la jurisprudence et au contrôle de constitutionnalité demeurent. La jurisprudence en se rattachant à un texte prend sa valeur et, si l'on supprime le texte, la règle créée par le juge sera supprimée, à l'image du fruit tombant avec la branche ; tout comme la transmission du texte doit entraîner celle de la jurisprudence qui lui est rattachée².

245. Inutilité du rattachement quant à la rétroactivité jurisprudentielle.

Néanmoins, la théorie du rattachement se révèle insuffisante en matière de rétroactivité jurisprudentielle. En effet, le rattachement d'une création ou d'une interprétation à un texte préexistant ne permet pas à lui seul d'expliquer la rétroactivité. En quoi le simple fait de lier une règle de droit à un texte rendrait cette règle rétroactive ? L'incorporation demeure nécessaire. Dès lors, expliquer la rétroactivité de la jurisprudence en s'appuyant sur l'incorporation est relativement

¹ Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 98-12.806, *Bull. civ.*, n° 103.

² Notons que la suppression du texte n'empêche pas le juge de continuer à conserver la même solution, qui devient alors purement jurisprudentielle. Cf. *Rapport annuel* 2003, p. 395 PDF : « Cette solution, qui s'appuyait autrefois sur une disposition expresse du décret du 7 octobre 1890, a été reconduite, après l'abrogation de ce texte, par une longue suite de décisions ».

insatisfaisant, puisqu'invitant à passer par une fiction, à savoir le traitement d'une création comme une interprétation. Il faudrait pour le moins trouver une raison à ce traitement indifférencié de l'interprétation et de la création, qui sont deux choses distinctes¹. Mais il existe une critique autrement plus fondamentale à l'égard de la théorie de l'incorporation.

§ 2. Incorporation et unicité de l'interprétation

246. Incorporation et interprétations successives. La critique la plus importante que l'on peut faire semble-t-il à la théorie de l'incorporation est qu'elle postule l'unicité nécessaire de l'interprétation d'un texte. Un texte ne supporterait qu'une seule interprétation. Ce postulat apparaît infondé. Pour le percevoir, il convient de revenir tout d'abord au fonctionnement normal de l'incorporation. Selon cette théorie, l'interprétation d'un texte vient déclarer le sens que celui-ci a et fait corps avec lui. Il faut donc considérer que depuis l'existence même du texte, son sens a toujours été celui délivré par l'interprétation.

Supposons désormais qu'un texte soit ambigu. La jurisprudence peut, dans un premier temps, l'interpréter dans un premier sens parfaitement acceptable. Puis, dans un second temps, pour diverses raisons, les juges peuvent décider de retenir une autre interprétation, tout aussi acceptable². Il y a ici un revirement de jurisprudence, sans création d'une règle de droit, au sens le plus fort du terme. Il n'y a qu'un basculement d'une interprétation à une autre. Dès lors, pour expliquer la rétroactivité de ce revirement, qui est assimilable ici à de la déclarativité, la théorie de l'incorporation suppose forcément l'unicité de l'interprétation. Deux interprétations ne peuvent se succéder dans le temps sans que la seconde anéantisse la première. L'interprétation la plus récente efface la précédente³.

Il est toutefois permis de s'interroger. Pourquoi un même texte ne peut-il pas être porteur de deux interprétations successives ? Il est possible de soutenir que rien ne l'impose. Comme l'a relevé M. Hervieu, « il faut admettre que l'interprétation juridique ne traduit que rarement une conséquence logique et

¹ C'est ce qui sera fait dans le Chapitre 2 du présent Titre.

² Cf. L. JOSSERAND, « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 369 et s. ; P. LESCOT, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP*, 1966, I, 2007. Adde. L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, n° 120 et 121.

³ Il en va de même en *Common law*. Cf. H. MUIR WATT (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, n° 10, p. 58 : « on mesure la rigueur de la fiction d'immutabilité de la *common law*. Parce qu'elle ne peut tolérer que deux versions opposées du droit judiciairement déclaré puissent se succéder dans le temps avec une égale prétention à incarner la vérité, la première doit s'effacer sans laisser de trace, même si cela suppose de défaire tout ce qui a été fait conformément à l'état du droit antérieur. »

inélucltable, mais qu'elle est beaucoup plus souvent le résultat d'un choix. Or, cette observation retire une bonne part de sa justification à l'idée d'unité nécessaire de l'interprétation¹. »

247. Loi d'interprétation et incorporation. Les évolutions récentes en matière de régime applicable aux lois d'interprétation témoignent d'ailleurs de ce que plusieurs interprétations peuvent se succéder sans s'effacer l'une l'autre. Rappelons que le législateur qui voudrait combattre une jurisprudence² pourrait le faire efficacement par des lois d'interprétation³. En effet, la loi d'interprétation est censée s'incorporer à la loi interprétée, ce qui lui confère un certain effet rétroactif, lié également à une certaine déclarativité que porte en elle toute interprétation. L'interprétation législative vient alors effacer rétroactivement l'interprétation jurisprudentielle. On constate ainsi que la théorie de l'incorporation fait le lien entre l'interprétation produite par le juge et l'interprétation émanant du législateur, les deux étant déclaratives et effaçant l'interprétation précédente.

248. Une scission du régime de l'interprétation. Cependant, le parallèle entre l'interprétation législative et l'interprétation judiciaire n'est plus si évident. Déjà, la loi du 25 mars 1828 réformant la Cour de cassation était une loi interprétative, « pour l'avenir⁴ ». En 1908, un auteur prévient qu'« il est absolument inexact de prétendre, comme on l'a fait à plusieurs reprises dans la discussion de la loi de 1908, qu'une loi interprétative est **nécessairement** rétroactive⁵. »

¹ A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989, n° 23, p. 290. Dans le même sens : O. DEBAT, *La rétroactivité et le droit fiscal*, thèse dactyl., 2002, n° 392, p. 363 : « Du point de vue logique il existe quelque contradiction à vouloir soutenir que deux interprétations consécutives différentes révèlent chacune le sens véritable d'un même texte. En dépit de cette réalité de bon sens, lorsqu'une interprétation nouvelle intervient, elle rétroagit tout de même. »

² Cf. les références citées *supra*, note 1, p. 124 XXX pour mise à jour.

³ Pour une dénonciation de l'augmentation des lois de validation et d'interprétation rétroactives, cf. L. RUET, *Def.* 2004, art. 37917-1, note 4, p. 526.

Pour la capacité théorique du juge à dire si une loi est interprétative ou non, cf. J. PETIT, « A propos de la qualification : le juge et les qualifications légales », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 148 et s. La Cour de cassation se livre à ce contrôle : Cass. com., 7 avr. 1992, n° 89-20.418, *Bull. civ.*, n° 150 ; Cass. soc., 31 mars 1981, n° 80-10149 80-10152, *Bull. civ.*, n° 291 ; Cass. soc., 21 juin 1972, n° 71-10.044, *Bull. civ.*, n° 457 : « alors qu'une loi peut être considérée comme interprétative dès lors qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses ».

⁴ Cf. F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, n° 15, p. 530.

⁵ J. BARTHELEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », extrait de la *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Etranger*, n° 3, 1908, p. 28. La loi évoquée est celle du 13 avr. 1908 venant trancher une difficulté suscitée par la loi du 9 déc. 1905 sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat.

Voir déjà au XIX^e siècle, K.-S. ZACHARIAE, *Droit civil français*, traduit de la 5^e éd. allemande par G. Massé et Ch. Vergé, t. 1, Durand 1854, § 28, p. 35, cité par P.-Y. GAUTIER, *D.* 2004, p. 1111 : « l'effet rétroactif d'une loi

Plus récemment, et de manière plus générale, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 23 janvier 2004 que le caractère rétroactif d'une loi est désormais indépendant de sa qualité interprétative¹. Par conséquent, une loi d'interprétation peut ne pas être rétroactive, et deux interprétations de la même loi vont se succéder dans le temps. Le régime des lois d'interprétation est ainsi aligné sur celui des lois de validation, autre type de lois rétroactives. Il est désormais clair que pour être rétroactive, une loi doit répondre à d'impérieux motifs d'intérêt général, peu important qu'elle soit interprétative ou non. Cette unification du régime des lois rétroactives a pour prix une scission du régime de l'interprétation². En effet, toutes les lois, pour rétroagir, doivent relever d'impérieux motifs d'intérêt général ; mais la rétroactivité de l'interprétation législative n'est plus comparable à la rétroactivité de l'interprétation jurisprudentielle.

Une telle différence entre le régime de l'interprétation législative et l'interprétation judiciaire pourrait bien décrédibiliser définitivement la théorie de l'incorporation³. Une loi interprétative pouvant ne pas être rétroactive, pourquoi n'en serait-il pas de même pour la jurisprudence ? Autrement dit, l'arrêt du 23 janvier 2004 affirmant qu'une loi interprétative n'est pas forcément rétroactive ne montre-t-il pas que le postulat de l'unicité de l'interprétation est une pure construction de l'esprit ? Car, même lorsque le juge propose une interprétation tout à fait conforme au texte, puis une autre également conforme, – nous entendons par là, rationnelle, convaincante, acceptable –, pourquoi la seconde effacerait-elle la première ? La théorie de l'incorporation mériterait pour le moins d'être approfondie et il faut tenir pour une pétition de principe l'affirmation que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés⁴ ».

d'interprétation constituerait un empiètement du pouvoir législatif sur l'autorité judiciaire. Une opinion plus rationnelle refuse tout effet rétroactif aux lois interprétatives ».

¹ Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *Bull. Ass. plén.*, n° 2, *D.* 2004, p. 1108 et s., P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2004, p. 341 et s., Ph. THERY ; *RTD civ.* 2004, p. 371 et s., J. RAYNARD ; *JCP* 2004, II, 10030, M. BILLIAU ; *RDC* 2004, p. 791 et s., A. MARAIS ; *Def.* 2004, art. 37917-1, p. 525 et s., L. RUET : « Attendu qu'il ne résulte ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du Code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours ; que dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application ».

² Cf. P. DEUMIER, « Lois interprétatives : d'une scission à l'autre », *RTD civ.* 2004, p. 603 et s.

³ V. déjà, refusant d'expliquer la rétroactivité des lois d'interprétation par l'incorporation : P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, n° 56, p. 246 et s.

⁴ Cass. 1^{re} Civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.*, n° 249, *D.* 2001, p. 3470 et s., rapp. SARGOS, p. 3474 et s., D. THOUVENIN ; *JCP* 2002, II, 10045, O. CACHARD ; *RTD civ.* 2002, p. 176 et s., R. LIBCHABER, *GAJC* n° 11, p. 85 et s. V. égal. Cass. com., 8 févr. 2005, 04-13104, *Bull. civ.*, n° 25.

249. Possibilités de succession des interprétations et nouvelles formes de rescrits. L'idée de successions d'interprétations différentes tend d'ailleurs à apparaître de manière de plus en plus visible. En effet, la législation contemporaine a pour souci de protéger le justiciable qui aurait demandé à l'administration son interprétation d'un texte. On a pu parler à ce sujet de résurgence du rescrit¹. Rappelons que l'institution du rescrit « a pris naissance à Rome, sous l'Empire, et que le rescrit consistait en une réponse donnée par écrit, par l'empereur ou le conseil impérial, à un particulier ou un magistrat qui avait demandé à l'empereur une consultation sur un point de droit² ». La protection du justiciable tient désormais en ce qu'il peut s'appuyer sur l'interprétation délivrée, sans qu'un changement ultérieur d'interprétation ne puisse l'affecter. Il est alors possible que deux interprétations d'un même texte cohabitent sans se détruire.

Une des manifestations de ce genre nouveau de rescrit à fin d'interprétation se trouve à l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales³. Selon la doctrine, « l'idée qui gouverne ce texte est simple : les contribuables ont un droit à être traités conformément aux interprétations de la loi fiscale données par l'administration à la date de l'imposition et sur la foi desquelles ils ont aménagé leur situation fiscale⁴. » Le contribuable est donc protégé contre les changements d'interprétation de l'administration, par l'absence de rétroactivité de cette sorte de revirement. Il est possible de citer également en ce sens l'article L. 243-6-2 du Code de la sécurité sociale⁵ et l'article L. 725-23 du Code rural et de la pêche

¹ B. OPPETIT, « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, chron., p. 105 et s. *Adde.* C. WILLMANN, « La norme interprétée : le rescrit », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. MAZEAUD, C. PUIGELIER, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 93 et s.

² B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 105, 1^{er} col.

³ « Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause du rehaussement poursuivi par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration.

Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente. Sont également opposables à l'administration, dans les mêmes conditions, les instructions ou circulaires publiées relatives au recouvrement de l'impôt et aux pénalités fiscales. »

⁴ J.-J. BIENVENU, T. LAMBERT, *Droit fiscal*, PUF, coll. Droit fondamental, 4^e éd., 2010, n° 87, p. 85. *Adde.* C. WILLMANN, « La norme interprétée : le rescrit », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. MAZEAUD, C. PUIGELIER, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, n° 18, p. 103. *Comp.* O. DEBAT, *La rétroactivité et le droit fiscal*, thèse dactyl., 2002, n° 399.

⁵ « Lorsqu'un cotisant a appliqué la législation relative aux cotisations et contributions sociales selon l'interprétation admise par une circulaire ou une instruction du ministre chargé de la sécurité sociale, publiées conformément à la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ou dans les conditions prévues à l'article 5-1 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1, L. 225-1 et L. 752-4 ne peuvent procéder à aucun redressement de cotisations et contributions sociales, pour la période pendant laquelle le cotisant a appliqué l'interprétation alors en vigueur, en soutenant une interprétation différente de celle admise par l'administration. »

maritime¹, décalque du précédent, qui préservent les justiciables d'un changement d'interprétation.

250. Interprétation et jugement irrévocable. L'irrévocabilité du jugement témoigne enfin de ce que deux interprétations peuvent coexister, l'ancienne interprétation étant figée dans la décision qui est devenue irrévocable. L'effacement rétroactif de l'ancienne interprétation n'est pas total. En effet, une affaire jugée et devenue irrévocable n'est pas remise en cause en cas de revirement de jurisprudence². La solution retenue est ainsi maintenue et l'ensemble des jugements irrévocables rendus avant le revirement manifestent la survivance d'îlots de l'ancienne interprétation. Le jugement irrévocable est ici invoqué en ce qu'il cristallise l'ancienne motivation, puisqu'il en est le résultat. Le décalage est alors aisément constatable entre les motifs des décisions postérieures au revirement et les anciens dispositifs, qui ne peuvent logiquement pas être issus de ces nouveaux motifs. Il y a donc dans la grande toile de la rétroactivité de minuscules trous, correspondant aux décisions irrévocables, insusceptibles d'être remises en cause, témoignant ainsi d'une jurisprudence passée.

251. Conclusion. Insuffisance mais persistance de l'incorporation. Le vice qui affecte la théorie de l'incorporation est donc considérable, assimilant interprétation et création et faisant de toute interprétation jurisprudentielle un palimpseste, ce que rien ne semble imposer. L'image du palimpseste, employée par Boulanger³, est particulièrement évocatrice, le terme renvoyant à un « manuscrit dont on a effacé la première écriture pour pouvoir écrire un nouveau texte⁴ », ou encore faisant référence à « un mécanisme psychologique par lequel de nouveaux

¹ « Lorsqu'un cotisant a appliqué la législation relative aux cotisations et contributions sociales selon une interprétation admise par une circulaire ou une instruction du ministre chargé de l'agriculture publiée conformément à la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ou à l'article 5-1 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, les caisses de mutualité sociale agricole, les organismes assureurs mentionnés à l'article L. 731-30 et le groupement d'assureurs mentionné à l'article L. 752-14 ne peuvent procéder à aucun redressement de cotisations et contributions sociales, pour la période pendant laquelle le cotisant a appliqué l'interprétation en vigueur, en soutenant une interprétation différente de celle admise par l'administration. »

² Cette absence de remise en cause des jugements irrévocables se constate également en principe avec une loi rétroactive. La justification semble être la même, à savoir l'inopportunité d'une telle solution. En premier lieu, il n'est pas opportun qu'un litige puisse être indéfiniment rejugé. En second lieu, la fonction de la règle de droit, même rétroactive, est de permettre de trancher les litiges. Or, si un litige a fait l'objet d'un jugement, il est, par définition réglé, fût-ce de manière injuste ou illégale ; il n'y a plus de litige. La règle de droit n'a donc pas vocation à s'appliquer et il serait inopportun de chercher à étendre sa fonction. Comp. P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 286 et s. Il est vrai que certaines lois ont pu revenir sur l'autorité de la chose jugée et permettre aux justiciables d'agir à nouveau (cf. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 268 et s. ; H. MAZEAUD, « L'enfant adultérin et la "super-rétroactivité" des lois », *D.* 1977, chron. p. 1 et s.) Toutefois la limite semble être alors l'exécution de la décision : si la décision a été exécutée, alors la remise en cause est totalement impossible.

³ J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, n° 17, p. 426.

⁴ *Le grand Robert de la langue française*, 2^e éd., 1986, v° Palimpseste, sens 1.

sentiments, de nouvelles idées, se substituent aux précédents et les font disparaître¹. » Nous pensons avoir suffisamment montré combien cette substitution, cette réécriture, ne sauraient être justifiées uniquement par la théorie de l'incorporation. Il faut se rendre à l'évidence : la théorie de l'incorporation ne saurait expliquer à elle seule, et de manière satisfaisante, la rétroactivité jurisprudentielle.

La théorie de l'incorporation, si elle est la seule à expliquer pourquoi l'interprétation d'un texte doit être appliquée rétroactivement jusqu'à l'entrée en vigueur de celui-ci, n'en demeure donc pas moins, c'est peu dire, insuffisante. Est-ce gênant ? *A priori* non, puisqu'« il est frappant de constater combien tant les Cours de cassation belge et italienne – juridictions de "droit civil" – que la House of Lords – juridiction de *Common law* – restent fidèles à la théorie de l'effet déclaratif de la décision judiciaire² ». Cela signifie que les systèmes juridiques sont profondément attachés à la rétroactivité jurisprudentielle, quitte à l'habiller d'une fiction. Il faut donc pousser plus avant l'investigation pour essayer de comprendre le maintien de théorie de l'incorporation. A ce propos, un auteur affirme que « la rétroactivité ne résulte jamais d'une logique inéluctable » avant d'ajouter que « quelle que soit son origine, elle répond simplement à un but d'organisation juridique³. » Reste à savoir lequel.

¹ *Ibid.*, sens 3.

² I. RORIVE, « Aborder la question du droit transitoire jurisprudentiel dans une perspective comparative », in « Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative », *Revue de la Faculté de droit – Université libre de Bruxelles*, vol. 26, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. XI.

³ R. JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *RTD civ.* 1948, n° 29, p. 299.

Conclusion du Chapitre

252. La théorie de l'incorporation a l'immense mérite de pouvoir expliquer pourquoi la rétroactivité sera limitée à la date d'entrée en vigueur du texte : l'interprétation jurisprudentielle s'incorpore à la loi. La question prioritaire de constitutionnalité inviterait par ailleurs à donner plein effet à la théorie de l'incorporation, afin que le contrôle du Conseil constitutionnel ne porte pas sur un texte vidé de son sens.

Il n'en demeure pas moins que cette explication demeure en grande partie insuffisante, que l'interprétation se révèle être une création ou que l'on refuse le postulat même de l'unicité de l'interprétation d'un texte. Il convient alors d'essayer d'expliquer ce régime unique, cette incorporation de l'interprétation et de la création jurisprudentielles.

Chapitre 2 – La justification juridique : la prohibition des arrêts de règlement

253. Pourquoi le juge soumet-il à un même régime ses interprétations et ses créations ? Pourquoi tient-il à dissimuler la marge de manœuvre dont il dispose en laissant entendre qu'un texte ne peut supporter qu'une seule interprétation ? Il nous semble que la raison d'un tel comportement réside dans l'article 5 du Code civil¹. Il est permis de penser que la rétroactivité ne survient que lorsque le juge sort du lit de sa mission classiquement délimitée par les articles 4² et 5, tout en laissant paraître le contraire, afin de manifester un respect de façade de l'article 5. La rétroactivité peut alors s'avérer être un instrument redoutable entre les mains du juge. Il convient ainsi d'examiner, en premier lieu, l'office du juge tel que prévu par le Code civil (Section 1), puis, en deuxième lieu, la naissance de la rétroactivité (Section 2), pour aborder, en troisième lieu, l'ambiguïté du rôle de la rétroactivité jurisprudentielle (Section 3).

Section 1 – L'encadrement de l'office du juge

254. Le rôle du juge est parfaitement délimité par les articles 4 et 5 du Code civil. L'article 5 interdit au juge de créer du droit de manière législative (§ 1), tandis que l'article 4, lui faisant obligation de juger, l'invite à créer du droit de manière coutumière (§ 2).

§ 1. Article 5 du Code civil et interdiction de légiférer

255. L'article 5 du Code civil est présenté couramment comme portant prohibition des arrêts de règlement. La première tentation est donc de chercher ce qu'était un arrêt de règlement sous l'Ancien Régime (A). Néanmoins, cette première approche se révélera décevante et la signification de l'article 5 du Code civil devra être recherchée du côté de la séparation des pouvoirs et de la majesté de la loi pour aboutir à déterminer sa véritable signification (B).

¹ Art. 5 C. civ. : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

² Art. 4 C. civ. : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

A. Approche historique de l'arrêt de règlement

256. La compétence des Parlements. Procédons en premier lieu à quelques rappels historiques, afin de dégager avec plus de netteté la figure de l'arrêt de règlement. M. Payen ayant consacré sa thèse aux arrêts de règlement du XVIII^e siècle, il convient de s'y référer¹, puisque ces derniers correspondraient à la cible parfaite de l'article 5 élaboré au début du XIX^e siècle. Si les codificateurs ont entendu lutter contre les arrêts de règlement, c'est certainement contre ceux qui avaient précédé la Révolution de 1789.

Avant celle-ci, au XVIII^e siècle, le roi est « le premier justicier de son royaume et de sa justice découlent toutes ses autres fonctions, police, défense et sécurité du royaume² ». Le roi exerce donc la justice et en découlent ses autres compétences. Par conséquent, « la justice doit être prise dans son sens global comprenant la fonction distributive et la fonction commutative. La première se distingue [...] de la seconde en ce qu'elle est un effet de la législation et qu'elle est investie d'une fonction prévisionnelle. Ces deux aspects sont recouverts par l'expression "plénitude de magistrature". Dès lors celui qui doit rendre la justice, le roi au premier chef, ou ses officiers, l'exerce par le mode approprié : judiciaire ou législatif, et son succédané le mode réglementaire³. » Le pouvoir de rendre justice implique donc tant celui de juger, que de rendre des lois et des règlements. Derrière la justice que doit rendre le roi, se cachent les pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif.

Par ailleurs, étant souverain, le roi peut légitimement déléguer le pouvoir de rendre justice. Cette délégation de compétence est alors complète, en ce sens qu'elle inclut tous les différents pouvoirs du délégant liés à la justice. Par conséquent, déléguer la compétence de rendre la justice c'est déléguer les compétences judiciaire, législative et exécutive. Le roi va ainsi déléguer ses pouvoirs aux Parlements, organes à la compétence territoriale sensiblement plus importante que celle des cours d'appel actuelles, et ils seront dotés des pouvoirs de justice, de législation et de police générale⁴. Les trois pouvoirs y sont donc

¹ Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1997 et Ph. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1999. *Adde.* B. BEIGNIER, « Les arrêts de règlements », *Droits*, n° 9, PUF, 1989, p. 45 et s.

² R. MOUSNIER, « Des officiers aux commissaires, puis aux commis, puis aux fonctionnaires, en France, du début du XVI^e siècle à la fin du XVIII^e siècle », *Comité français des Sciences historiques. Colloque franco-suédois. Paris, 9-11 octobre 1978*, p. 38, cité par Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1997, p. 174.

³ *Ibid.* p. 175.

⁴ En 1789, il y avait treize Parlements. Cf. J.-L. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, PUF, coll. Histoires, 1992, p. 25. A titre de comparaison, il existe aujourd'hui trente-six cours d'appel et huit cours administratives d'appel.

exercés, et ce, en vertu d'une délégation du roi. En bref, le roi est chargé de rendre la justice, ce qui implique l'exercice des trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, mais il a délégué ses compétences aux Parlements.

257. L'arrêt de règlement : une technique judiciaire à fin législative ou administrative. Cependant, à cette délégation de compétence ne correspond pas la délégation d'un éventail technique équivalent à celui du roi. Afin d'exercer ses différentes fonctions, de justice, de législation et de police générale, le Parlement ne dispose que de l'arrêt. Ainsi que l'explique M. Payen, « s'agissant du Parlement, c'est tout naturellement qu'il utilisera une seule et même technique pour remplir sa mission protéiforme, à savoir l'arrêt¹ ». Ce décalage entre les compétences, variées, et la technique de l'arrêt, unique, explique le statut hybride de l'arrêt de règlement : « législatif quant au fond et aux caractères, juridictionnel quant à la forme et à l'organe qui l'édicte². » L'arrêt de règlement servait donc à rendre une sorte de loi, valable dans tout le ressort du Parlement qui le rendait.

258. Typologie des arrêts des règlements. Si la technique de l'arrêt est unique, elle n'en demeure pas moins sujette à variations. Ainsi, existaient des arrêts *motu proprio*³, d'homologation⁴, généraux, particuliers⁵ ; il fallait distinguer les arrêts de règlement et les arrêts « en forme de règlement »⁶, les arrêtés⁷, les arrêts généraux⁸. Les arrêts émanaient du Parlement spontanément, ou étaient demandés par les intéressés, ou encore étaient réclamés par le Procureur général⁹. La réalité de l'arrêt de règlement dépassait ainsi la simple distinction entre l'arrêt de règlement rendu en dehors de tous procès et l'arrêt de règlement « en double-

¹ *Ibid.*

² *Op. cit.*, p. 462. *Adde.* Ph. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1999, p. 80 : « Tout Règlement qui émane du Parlement a la forme d'un arrêt ; il peut être formulé dans le cours d'un procès ou être l'objet unique de l'attention de la Cour. »

³ Ph. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1999, p. 109 et s.

⁴ *Op. cit.*, p. 121 et s.

⁵ *Op. cit.*, p. 92. La distinction est à prendre au sens géographique : l'arrêt de règlement général couvre tout le ressort du Parlement, l'arrêt particulier une fraction seulement.

⁶ Ce sont les arrêts rendus en robes rouges. Ils se distinguent des arrêts de règlement en ce qu'ils ne créent pas une règle mais perfectionnent seulement les lois du roi. Leur assimilation avec les arrêts de règlement est ambiguë. *Cf.* Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, p. 118 ; Ph. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, p. 351 et 357.

⁷ L'arrêté se distingue de l'arrêt de règlement par sa forme : c'est une décision secrète. Ph. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, p. 329 et s.

⁸ Les arrêts généraux diffèrent des arrêts de règlement en ce qu'ils n'étaient rendus qu'en matière civile et ne pouvaient être particuliers. *Op. cit.*, p. 354.

⁹ Ph. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, p. 309, « L'arrêt est rendu soit à l'occasion d'un procès, soit sur requête du Procureur général, soit à l'initiative du Parlement. »

partie » qui étend la solution du litige pour en faire un règlement régissant la matière pour l'avenir¹.

259. La subsidiarité de l'arrêt de règlement. Quelle que soit la forme de l'arrêt de règlement, il ne saurait empiéter sur le pouvoir royal. En effet, le transfert de compétence du roi aux Parlements n'est pas un abandon. L'exercice par le Parlement de son office reste subsidiaire et la complémentarité entre les actions du roi et des Parlements est importante². Ainsi, les arrêts de règlement n'ont pas eu de véritable portée politique ; ils n'ont pas été le moyen d'entraver la volonté du roi ou de lui nuire. Ils se distinguent nettement des remontrances, ce droit qu'avaient les Parlements de critiquer un édit royal avant de l'enregistrer³. Le pouvoir politique des Parlements exprimé par ces remontrances ne saurait en effet transparaître à travers les arrêts de règlement puisque si des tentatives de rendre des arrêts de règlement politiques ont été faites, elles ont été sanctionnées⁴.

Cette complémentarité entre les fonctions conservées par le roi et celles confiées aux Parlements est essentielle pour ne pas prêter aux arrêts de règlement les abus de pouvoir que l'inconscient collectif des juristes contemporains pourrait leur prêter. Les dérives des Parlements sont bien plus liées à leur pouvoir de formuler des remontrances qu'à la pratique des arrêts de règlement.

260. L'établissement de la prohibition des arrêts de règlement. Les deux institutions ont toutefois été supprimées par le décret de la Constituante des 16-24 août 1790, au nom de la séparation des pouvoirs, suivie de la primauté de la loi. En effet, s'il apparaît que la séparation des pouvoirs ne dût pas concerner les Parlements directement après la Révolution⁵, une nouvelle donnée devait toutefois

¹ Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, not. p. 19 et p. 450.

² Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, préc., p. 394 : « Autre preuve également de l'absence de rivalité ou de concurrence systématique, le fait que le Parlement réfrène son activité réglementaire quand il sait que le roi pourvoit aux objets envisagés. (...) Dès lors, sur ces bases de bonne intelligence et de coopération administrative, il est normal de constater que l'incertitude règne fort souvent quant à la filière appropriée. Loi ou Règlement du Parlement ? » ; p. 408 : « Lorsqu'une loi n'a pas épuisé la nécessité de réglementer, il revient à l'arrêt de règlement d'apporter les compléments nécessaires. » p. 409 : « Autre forme de complément, l'extension du texte de la loi pour en respecter l'esprit : tel est le rapport entre la Déclaration du 31 janvier 1660 sur les emprunts des fabriques et l'arrêt de règlement du 2 avril 1737. »

³ On trouvera des exemples de remontrances dans A. AZARI, *Essai sur le rôle de la jurisprudence comme source du droit appliqué*, thèse dactyl., 1969, p. 43 et s.

⁴ Ces derniers feront l'objet de l'interdiction par l'Edit de Saint Germain de 1641. *Ibid.* p. 451 : « Partant, dès lors que ces arrêts ne participent pas d'un pouvoir autorisé, qu'ils sont extraordinaires et usurpés, ils ne sauraient être comptés au nombre des arrêts de règlement ».

⁵ *Op. cit.*, p. 492. *Adde.* Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, coll. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1965, p. 31-32 : « Le projet du 17 août 1789 ne devait point, sans transformation, devenir une loi. La richesse des idées, la somptuosité des principes, même s'ils allaient s'avérer peu clairs, comme celui de la séparation des pouvoirs, devaient s'apaiser pour se clarifier. Ce ne devait pas être un mal car, chose curieuse, le projet présenté par Bergasse, qui interdisait au juge toute interprétation,

être prise en compte par la suite : la majesté de la loi, expression de la volonté de la Nation. On reconnaît ici le mélange de deux théories : celle de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs et celle de Rousseau sur le contrat social. Ce nouveau statut de la loi, tiré de la théorie de Rousseau, explique l'article 11 du décret des 16-24 août 1790, inscrivant la suppression des remontrances, ainsi que l'article 12, prévoyant la suppression des arrêts de règlement¹. Ce traitement commun des arrêts de règlement et des remontrances résulte donc d'un engouement pour la séparation la plus stricte des pouvoirs et de la mise sur un piédestal de la loi². Engouement excessif car, à la vérité, les Parlements de l'Ancien Régime ne pouvaient pas porter atteinte à la loi puisque l'arrêt de règlement était tant complémentaire que subsidiaire à celle-là. La seule possibilité de conflit aurait résidé dans une désobéissance du Parlement, difficulté résolue par la cassation ou par l'intervention d'une loi, deux mécanismes également présents après la Révolution³. C'est donc par un regret que M. Payen conclut sa thèse : « œuvres de magistrats administrateurs, les arrêts de règlement déchargeaient la loi de questions subalternes. En posant en principe que la loi ne peut être ni suppléée ni complétée, les révolutionnaires ont conduit nécessairement à l'inflation, partant au discrédit de celle-ci⁴. » Il est alors probable que les révolutionnaires, et les pères du Code civil à leur suite, aient mal ajusté leur prohibition, ou, du moins, est-il délicat de rapporter la prohibition de l'article 5 à celle de l'arrêt de règlement tel qu'il avait été pratiqué. Ce n'est pas telle ou telle figure de l'arrêt de règlement qui a été prohibée, c'est tout empiètement du juge sur le pouvoir législatif.

n'interdisait pas les arrêts de règlement, du fait même qu'il reproduisait l'ordonnance de 1667, laquelle ne prononçait pas une telle interdiction. »

¹ Ph. PAYEN, *op. cit.*, p. 493. *Adde.* DUVERGIER, *Collection complète des Lois*, t. I, p. 313, loi des 16-24 août 1790, titre II, cité par Ph. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1999, p. 492, note 1 :

- art. 10 : « Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps-Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture. »

- art. 11 : « Ils seront tenus de faire transcrire purement et simplement dans un registre particulier, et de publier dans la huitaine, les lois qui leur seront envoyées. »

- art. 12 : « Ils ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps-Législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter la loi, soit d'en faire une nouvelle. »

- art. 13 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

² *Op. cit.*, p. 494.

³ Sur la pratique de la cassation avant la Révolution de 1789, *cf.* J.-F. BURGELIN, « L'organisation de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 21 et s. ; J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, La Documentation française, 2006, p. 13 et s.

⁴ Ph. PAYEN, *op. cit.*, p. 494.

261. Article 5 du Code civil et séparation des pouvoirs. Dire que l'article 5 prohibe les arrêts de règlement *stricto sensu* est donc peu instructif. La suppression des arrêts de règlement s'inscrivait dans une vision beaucoup plus large, liée à la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs, elle-même mise au service de la suprématie de la loi : « l'intention du Comité a été d'écarter tous les actes qui auraient intérieurement ou extérieurement la forme d'un acte du Corps législatif¹. » Rechercher le sens de l'article 5 à travers la détermination historique de ce que pouvait être un arrêt de règlement n'est donc pas de bonne méthode, puisque cet article a été élaboré à partir d'un symbole, d'une image caricaturale de ceux-ci. Ce qui importe, c'est la séparation des pouvoirs. La prohibition des arrêts de règlement ne serait donc qu'une application particulière de la séparation des pouvoirs évoquée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen². C'est dans cette direction qu'il convient de chercher le sens actuel de l'article 5 du Code civil.

B. Signification actuelle de l'article 5 du Code civil

262. Puisqu'il est acquis que l'article 5 du Code civil a été l'outil de la séparation des pouvoirs concernant le pouvoir judiciaire, il convient d'établir plus précisément ce que l'on entend par l'interdiction faite au juge de créer des règles de droit à la manière du législateur. Il importe de montrer, tout d'abord, que la prohibition des arrêts de règlement n'est pas liée à l'autorité relative de la chose jugée (1) afin d'établir, ensuite, que l'article 5 du Code civil interdit au juge de légiférer, c'est-à-dire de poser une règle de droit abstraite, générale et impersonnelle, lors d'un litige, quand bien même elle serait utile à sa résolution (2).

1. Arrêt de règlement et relativité de l'autorité de chose jugée

263. La relativité de l'autorité de chose jugée contre la création jurisprudentielle. Pour une grande partie de la doctrine, la prohibition des arrêts

¹ THOURET, *Archives parlementaires*, 5 juillet 1790, t. XVI, 1^{re} série, p. 704 et s., cité par Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, coll. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1965, p. 36.

² « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. » Cf. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 1, L. Larose et Forcel, 1882, n° 93, p. 52 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit Civil. Introduction générale au droit*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 119, p. 216-217 ; R. DRAGO, « Pouvoir législatif et pouvoir judiciaire », *Le discours et le code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Editions du Juris-classeur, 2004, p. 38.

de règlement est liée à l'autorité relative de la chose jugée¹. L'autorité de la chose jugée n'étant que relative, chaque décision du juge ne vaut que pour les parties et l'interprétation qu'il fait de la règle de droit ne saurait dépasser le cadre du litige en vertu de cette disposition. Le juge ne pourrait pas créer une règle générale, puisque sa décision n'a une autorité qui n'est que relative à l'espèce. L'article 5 du Code civil serait-il un doublon de l'article 1351 du Code civil ?

264. Arrêt de règlement et autorité de chose jugée : argument historique. Il est permis de soutenir que les deux articles ont un champ d'application bien distinct. Tout d'abord, on peut se rendre compte que la suppression de l'article 5 du Code civil n'aboutirait pas à consacrer la violation de l'article 1351. En effet, la pratique de l'arrêt de règlement ne remet absolument pas en cause la relativité de l'autorité de la chose jugée. Il est aisé de le constater avec l'ancienne pratique des arrêts en double partie des Parlements. Rappelons en le mécanisme : tout en statuant sur une espèce particulière, le Parlement pouvait édicter une règle générale. Seul le litige en cause bénéficiait de l'autorité de chose jugée, les autres affaires pouvant évidemment faire l'objet d'une action en justice. Pourtant, une règle générale était créée. Il paraît alors délicat de relier trop étroitement la prohibition des arrêts de règlement et la relativité de l'autorité de la chose jugée.

265. Argument comparatiste. Il est par ailleurs communément admis que le juge anglais crée du droit. Pour autant, qui affirmerait que la relativité de l'autorité de la chose jugée n'existe pas Outre-Manche² ? L'argument est le même en ce qui concerne la *doctrina legal*, système selon lequel « deux décisions

¹ H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlements », *D.* 1958, chron. p. 85 et s., spéc. p. 86, 2^e col. ; R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, Economica, coll. Etudes juridiques, 2003, p. 151-152 ; V. MARCADE, *Eléments du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. 32 et p. 64 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, A. Durand, L. Hachette et C^{ie}, 4^e éd., 1869, n^o 118, p. 131 ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1^{er}, LGDJ, 1956, n^o 237, p. 107 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis droit privé, 27^e éd. 2002, n^o 144, p. 273 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2012, n^o 356, p. 291 ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. manuel, 14^e éd., 2013, n^o 210, p. 176 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, 10^e éd., 2013, n^o 145, p. 137 ; A. AYNES, Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé. Traité de droit civil*, t. 1, Economica, 6^e éd., 2013, n^o 268 et s., p. 197 et s., qui distinguent cependant ensuite les motifs du dispositif (n^o 274 et s., p. 199 et s.) ; J. HUET, « Union européenne et démocratie : prohibition des arrêts de règlement et avis de décès de l'article 5 du Code civil », *JCP* 2011, act. 473, p. 790.

² Ainsi que le relève I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003, n^o 17, p. 21 : « Le principe du *stare decisis* ne doit pas être confondu avec celui de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*). Alors que ce dernier régit uniquement la situation juridique des parties à un litige définitivement tranché par voie judiciaire, le premier concerne l'impact potentiel d'une décision sur la situation juridique des membres de la communauté en général. » *Adde. GAJC*, note 1, p. 82.

concordantes du tribunal suprême espagnol ont valeur de loi¹ ». Nul ne songerait à nier que la seconde décision est dépourvue de la relativité de l'autorité de chose jugée.

266. L'indépendance de la création jurisprudentielle par rapport à la relativité de l'autorité de chose jugée. Le lien effectué entre la prohibition des arrêts de règlement et l'autorité de la chose jugée nous paraît ainsi critiquable. A dire vrai, fonder la prohibition des arrêts de règlement sur l'autorité de chose jugée aboutit à confondre deux plans : celui des prémisses du syllogisme judiciaire et celui de sa conclusion, à savoir le dispositif. En disposant que « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement », l'article 1351 ne donne autorité de chose jugée qu'au dispositif² afin que la décision du juge ne soit pas contestée par la suite devant un autre juge, sur le même objet, la même cause, entre les mêmes parties. C'est une mesure de sagesse visant à ce qu'un conflit, une fois tranché, ne puisse revenir indéfiniment devant le juge³. Ainsi, s'il est reconnu que Paul a causé un préjudice à Pierre en coupant son poirier de manière fautive, Pierre ne pourra revenir devant le juge pour demander à nouveau réparation de la coupe de ce poirier là. Si l'on souhaite élargir la notion, il est possible de dire que le jugement ne s'impose qu'aux parties : Paul doit indemniser Pierre, et seul Paul est lié par ce devoir. Comment en déduire que l'interprétation faite de la règle appliquée, voire créée, n'a vocation à s'appliquer qu'à cette espèce particulière ? Cela paraît impossible, puisque l'autorité de chose jugée ne concerne pas, par définition, le pouvoir jurisprudentiel du juge. Ainsi qu'on a pu le souligner, il faut « envisager séparément deux choses, souvent enchevêtrées, mais distinctes : la décision concrète sur le procès et la portée jurisprudentielle de l'arrêt. C'est cette distinction que l'on méconnaît lorsque, pour

¹ A. AYNES, Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé. Traité de droit civil*, t. 1, Economica, 6^e éd., 2013, n° 296, p. 211. La conséquence d'un tel système est que « le recours au tribunal suprême est admis pour violation de la *doctrina legal*, c'est-à-dire de la jurisprudence du tribunal suprême. » (A. AYNES, Ch. LARROUMET, *ibid.*). Ce système a été créé au Brunswick (orthographié également Brunswick), ancien Etat d'Allemagne, par une loi du 5 juillet 1853. Cf. Ch. N. FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 158 et s.

² Sauf tempéraments, qui ne remettent cependant pas en cause l'argumentation ici développée. Pour ces tempéraments, cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 31^e éd., 2012, n° 1108 et s., p. 771 et s. ; J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 5^e éd. par T. LE BARS, 2012, n° 373 et s., p. 306 et s. ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 8^e éd., 2013, n° 736 et s., p. 570 et s.

³ *Contra*, cf. A. AZARI, *Essai sur le rôle de la jurisprudence comme source du droit appliqué*, thèse dactyl., 1969, p. 72, qui semble vouloir remettre en cause l'autorité de la chose jugée, « c'est-à-dire la fixité des sentences », au nom de « la marche du temps », citant à l'appui de son propos CASAMAYOR, *Les juges*, Ed. Seuil, 1957, p. 128 : « A l'allure de la vie moderne, l'encre de l'arrêt n'a pas encore séché qu'il est en défaut. La confiance, cette nécessaire adhésion du public à sa justice, doit se porter non vers l'immobilité des temples mais vers la mobilité des cultes. » La justice évoluant, il faudrait que la solution des litiges, de tous les litiges, évolue également. L'auteur ne s'attaque toutefois pas à la prescription.

nourrir la discussion sur la légitimité de la jurisprudence, on se demande parfois comment le jugement peut acquérir une portée absolue comme précédent, alors que l'autorité de la chose jugée est relative¹. » Mouly a pu préciser la distinction en rappelant que « tout jugement emporte deux effets. Pour les parties il est la solution ponctuelle de leur différend, et il a autorité de la chose jugée ; c'est l'autorité relative. Pour les juristes et les tiers, il est réservoir de règle ou d'arguments, et il a valeur normative. Cet effet vaut *erga omnes*². » Il convient donc de conclure que l'autorité de la chose jugée n'empêche pas le juge de poser une règle de droit dans les visas ou au sein de la motivation. Il ne semble d'ailleurs pas que la doctrine, confrontée à ce qu'elle considère comme une violation de l'article 5 du Code civil, s'offusque également d'une quelconque violation de l'article 1351 du même code³. L'article 5 du Code civil a donc une utilité qui lui est propre.

2. L'interdiction de poser une règle de droit abstraite et permanente

267. L'office du juge : juger le passé, non statuer pour l'avenir. Quelle est alors précisément l'objet de l'article 5 ? Que vise-t-il à interdire ? Quitte à rappeler une évidence, il convient de rappeler que le rôle du juge est de juger, c'est-à-dire de se prononcer sur les faits litigieux qui lui ont été présentés par les parties. Que lien faire entre cette fonction et la prohibition mentionnée à l'article 5 ? Selon M. Libchaber, l'article 5 impose au juge de « trancher le litige qui lui est soumis, mais sans aller au-delà de l'objet spécifiquement déféré. [...] L'activité du

¹ P. HEBRAUD, P. RAYNAUD, *RTD civ.* 1969, p. 608.

² C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 138. *Adde.* F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, n° 20 et s., p. 37 et s. ; M. van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 218 ; A. MARAIS, *Introduction au droit*, Vuibert, 4^e éd., 2013, n° 144, p. 136 ; Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso éditions, 5^e éd., 2014, n° 408, p. 341-342 ; *GAJC*, note 1, p. 82. C'est pourquoi il est possible de distinguer l'autorité de la chose jugée de l'autorité de la chose interprétée. *Cf.* P. DEUMIER, « Le pourvoi dans l'intérêt de la loi et l'autorité de chose jugée (révélateur de l'autorité de chose interprétée des arrêts des juges du fond ?) », *RTD civ.* 2008, p. 71 et s.

Il convient de préciser que s'agissant de l'autorité de la chose jugée, elle est toujours relative. Dire qu'elle est absolue renvoie en réalité à son opposabilité. *Cf.* S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 31^e éd., 2012, n° 1100, p. 764-765 ; J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 5^e éd. par T. LE BARS, 2012, n° 361, p. 294-295. *Adde.* L. BOYER, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.* 1951, p. 163 et s. *Comp.* L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 8^e éd., 2013, n° 742, p. 575.

³ A l'exception de M. DOUCHY-LOUDOT, *Droit civil 1^{re} année. Introduction, personnes, familles*, Dalloz, coll. Hypercours, 4^e éd., 2007, n° 168, p. 92, à propos de la solution préconisée par le rapport dit Molfessis (*Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005). Cette mention de la violation de l'article 1351 n'apparaît cependant pas dans l'ouvrage le plus récent, mais demeure la référence faite à l'article 1351 du Code civil pour affirmer que « la règle jurisprudentielle n'a aucun caractère juridique obligatoire en dehors de l'instance où elle a été exprimée. » *Cf.* M. DOUCHY-LOUDOT, *Droit civil 1^{re} année. Introduction, personnes, familles*, Dalloz, coll. Hypercours, 7^e éd., 2013, n° 167, p. 106. En ce sens égal., G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 1, L. Larose et Forcel, 1882, n° 91, p. 51.

juge est tournée toute vers l'apaisement du passé, qui consiste à régler des litiges d'ores et déjà nés ; il ne lui appartient donc pas de se projeter dans l'avenir en gouvernant, par la généralité des termes de son dispositif, des situations qui demeurent encore à naître¹. »

Autrement dit, il n'appartient pas au juge de laisser entendre dans un litige qu'il résoudra les affaires similaires de la même façon par l'édition d'une règle. Il est juste de dire, avec Lebrun, que les juges « ne peuvent décider expressément que, toutes les fois que le même cas se représentera devant eux, ils lui donneront la même solution, de telle sorte que cette décision les lie eux-mêmes et oblige les justiciables à s'y conformer désormais comme à une loi. Agir ainsi, serait, en effet faire un acte de nature législative, puisque ce serait édicter par un acte de volonté, posé dans ce but, une règle générale et permanente². » Ainsi, même lorsque le juge statue pour trancher le litige, il ne peut ériger sa motivation en règle générale.

M. Libchaber poursuit la réflexion en montrant que si un arrêt de règlement ne suppose pas forcément une autosaisine de la Cour de cassation³, la Cour de cassation produit tout de même des arrêts de règlement⁴. Dès lors, la prohibition ne paraît pas inutile comme l'affirment certains au motif qu'« aucune cour n'[a] la prétention de faire la loi et de se dresser en pouvoir concurrent du législateur⁵. » Les exemples pris par M. Libchaber sont probants⁶, et les différentes hypothèses de modulation de la rétroactivité le prouvent tout autant⁷.

268. Définition. L'article 5 du Code civil interdit donc au juge de poser une règle de droit abstraite et permanente, lors d'un litige, quand bien même elle serait utile à la résolution du litige. Il ne faut pas que le juge pose une règle ayant vocation à trancher des litiges dans l'avenir⁸. Si le juge interprète le texte, n'en fait

¹ R. LIBCHABER, « Arrêt de règlement et Coupe du monde de football », *RTD civ.* 1998, p. 786.

² A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, 1932, p. 400, n° 378. *Adde.* A. SERIAUX, « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 175 : « Les sentences d'un juge ne valent que pour le présent, car elles ne sauraient engager ni l'avenir ni même un nombre actuel mais indéterminé de personnes. Tel est le sens historique exact de la prohibition des arrêts de règlement. »

³ R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, *Economica*, coll. *Etudes juridiques*, 2003, n° 13, p. 153.

⁴ Art. préc., p. 153 et s.

⁵ H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Traité, Editions du Juris-classeur, Litec, 2002, n° 987, p. 345-346

⁶ Art. préc. p. 153. On peut citer également, entre autres, l'arrêt *Lorthioir*, qui permet l'annulation d'une clause abusive dans un contrat de consommation alors que seul le gouvernement pouvait le faire à l'époque (Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, n° 89-20.999, *Bull. civ.* n° 153, *D.* 1991, somm. p. 320 et s., J.-L. AUBERT ; *D.* 1991, jur. p. 449 et s., J. GHESTIN. Ce dernier approuve cependant l'arrêt et estime que les juges avaient tout à fait le droit de procéder à une telle annulation). V. égal. les exemples donnés par O. TOURNAFOND, « Les deux métamorphoses du droit français, observations hétérodoxes d'un civiliste sur la double mutation du droit des obligations et des sources du droit », *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 646.

⁷ Sur ces différentes modulations, cf. *infra*, Partie III, Titre I, Chapitre 2.

⁸ Comp. la prérogative confiée au juge à l'article 645 C. civ. en matière de réglementation d'usages des eaux. On a pu voir une dérogation à l'art. 5 C. civ. : G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t.

pas une simple application, alors cette interprétation ne doit valoir que pour l'espèce, être ordonnée à celle-ci.

269. Arrêt de règlement et arrêt de principe. Comment concilier cette exigence avec le souci d'unifier la jurisprudence, souci qui doit habiter particulièrement les juges de la Cour de cassation ? Une frontière, aisément franchissable il est vrai, doit être tracée entre la volonté de rendre la solution la plus raisonnable possible, qui peut être reprise dans le future car bonne, et la volonté d'imposer une fois pour toute une solution. Comme l'écrit M. Jestaz, comparant la loi et la jurisprudence, « la règle jurisprudentielle est générale par extrapolation au lieu de l'être par définition¹. »

La différence entre l'arrêt de principe et l'arrêt de règlement se situe au niveau de cette frontière. Ce qui fera l'arrêt de principe, ce sont les agréments qu'il recevra de la doctrine, des juges du fond, et qui contribueront à confirmer que le juge ne s'est pas trompé et qu'ainsi la solution aura un avenir. Plutôt que de parler d'arrêt de principe, on pourrait évoquer un arrêt « à succès », le terme succès renvoyant aussi bien à une certaine célébrité, que connaît l'arrêt de principe, qu'à l'idée de succession, de suite, de répétition, également présente certes, mais de manière plus subtile, avec le terme « principe ». Ajoutons que le succès n'est que rétrospectif : on ne s'aperçoit de son existence qu'en regardant derrière soi. Surtout, il convient d'ajouter que le succès implique un avis extérieur, il ne dépend pas seulement de l'acteur. L'arrêt à succès, ou de principe, nécessite la participation de la doctrine. On est amené ainsi à rapprocher inmanquablement la jurisprudence d'une formation de type coutumier, et de l'éloigner d'un procédé de fabrication à la manière de la loi.

En revanche, l'arrêt de règlement, au sens contemporain du terme, est caractérisé par l'absence de nécessité de cette confirmation doctrinale. La certitude du juge lui paraît suffisante, à l'image d'un législateur parlementaire dont

¹ LGDJ, 1956, note 1, p. 107 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, Lextenso éditions, coll. Droit civil, 5^e éd., 2013, n° 168, p. 58. *Contra* : W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 321, p. 582 et n° 321-2, p. 583. L'auteur met en avant le fait que le juge ne peut se prononcer qu'à l'occasion d'un litige et que la décision n'aura d'effets qu'à l'égard des parties sans pouvoir être opposées aux tiers. L'auteur souligne cependant ensuite qu'un « jugement mais encore un règlement administratif ultérieur pourraient modifier l'usage des eaux ainsi fixées, sans qu'il n'y ait atteinte à l'autorité de chose jugée. » *Adde.* sur l'art. 645 C. civ. : F. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2014, n° 237, p. 217-218 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens. Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, Lextenso éditions, 2^e éd., 2010, n° 183, p. 219-220.

Rappr. L. 421-6 C. Conso, ainsi que la procédure d'avis (art. L. 441-1 et s. COJ). On a récemment pu douter de l'effectivité de l'article L. 441-3 COJ affirmant que la juridiction qui a formulé la demande n'est pas liée par l'avis : *cf.* F. ROME, *D.* 2014, p. 1865 à propos de deux avis du 22 sept. 2014 (sur lesquelles *cf.* A. DIONISI-PEYRUSSE, « Procréation médicalement assistée : adoption plénière par l'épouse de la mère », *D.* 2014, p. 1876). *Adde.* sur les figures actuelles de l'arrêt de règlement, L. CORBION-CONDE, *Juris-cl. civ.*, art. 5, n° 40 et s.

¹ Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 8^e éd., 2014, p. 67.

l'autorité est également suffisante pour imposer une règle de droit. On a pu écrire en ce sens que « là où l'arrêt de règlement formule une règle applicable à d'autres espèces analogues, l'arrêt de principe, lui, a simplement **vocation** à s'appliquer au-delà du cas concret à l'occasion duquel la règle jurisprudentielle est élaborée, mais l'extension aux tiers de la norme jurisprudentielle ainsi élaborée n'est jamais formellement obligatoire¹. » Dès lors, l'article 5 du Code civil, interdisant au juge de créer du droit à la manière du législateur, paraît entretenir un rapport de complémentarité, et non d'opposition, avec l'article 4 du Code civil.

§ 2. Article 4 du Code civil et création par voie de coutume

270. Le juge ne pouvant pas créer du droit à la manière du législateur, le peut-il d'une autre manière ? Existe-t-il un espace laissé à la création jurisprudentielle dans notre ordre juridique ? Après avoir mis l'article 4 du Code civil en perspective avec l'article 5 (A), il est possible d'affirmer que c'est par l'accumulation de ces décisions d'espèce que se formera légitimement et non rétroactivement la règle jurisprudentielle (B).

A. Complémentarité des articles 4 et 5 du Code civil

271. Article 4 du Code civil. On ne peut comprendre l'article 5 du Code civil sans le relier à l'actuel article 4 du même code². Lors de la rédaction du Code civil, il semblerait que la disposition qui posait véritablement problème aux rédacteurs était l'article 4, la crainte étant que, obligé de statuer dans le silence de la loi, le juge ne prît la place du législateur. Cambacérès redoutait qu'un tel article facilitât « les usurpations des tribunaux sur le pouvoir législatif³ », et Roederer soutenait qu'« il appartient au juge d'appliquer la loi ; il ne lui appartient pas de remplir les lacunes de la législation, quand la loi garde un silence absolu⁴. » A cette peur défavorable à l'article 4, en répondait une autre, favorable à l'article 4, nourrie de l'expérience du référé législatif : il ne fallait plus que le

¹ C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2014, n° 613, p. 347. *Adde.* Ph. MALINVAUD, « L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives », *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, n° 5, p. 674 : « le juge se voit ainsi interdire, non pas d'exprimer des principes généraux de solution qui pourront être utilisés dans des cas semblables, mais de créer des normes obligatoires pour lui-même et les autres juges. »

² Qui était l'article 6 durant les débats et sera l'article 4 puisqu'on fit remarquer que l'« ordre naturel des idées veut qu'on indique aux juges ce qu'ils pourront faire, avant de leur dire ce qu'ils ne pourront pas faire. » REIGNIER, Procès verbal du Conseil d'Etat, séance du 14 thermidor an IX, *in* LOCRE, p. 401. La proposition de mettre cet article dans le Code judiciaire (Rapport de ANDRIEUX, VII, *in* LOCRE, p. 433), n'a quant à elle pas été suivie.

³ J.-J. de CAMBACERES, Procès verbal du Conseil d'Etat, séance du 14 thermidor an IX, *in* LOCRE, p. 401.

⁴ *Op. cit.*, p. 403.

cours de la justice fût interrompu¹. Portalis argumenta également en faveur de l'article 4, en brandissant le spectre de la loi rétroactive : si le juge ne juge pas, le législateur le fera. Or, pour que la loi puisse résoudre le litige, il faut qu'elle soit rétroactive, ce qui n'est pas souhaitable puisque les parties, ainsi que tous les autres justiciables, ne la connaissaient pas. C'est donc au juge de statuer dans le silence de la loi².

272. Article 5 du Code civil. Une fois établie la nécessité d'interdire le déni de justice, l'interdiction des arrêts de règlement prend toute sa place. S'il est permis au juge d'interpréter par voie de doctrine, qui « consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés », il lui est interdit de le faire par voie d'autorité, c'est-à-dire « résoudre les questions et les doutes par voie de réglemens ou de dispositions générales³. » L'article 5 invite le juge à n'être que juge et à ne pas devenir l'égal du législateur ; ce qui ne signifie pas qu'il lui soit interdit totalement de créer du droit.

273. Complémentarité. Ces deux articles invitent donc le juge à éviter deux écueils : l'interruption de la justice faute de loi, le dévoiement de la justice qui voudrait faire les lois⁴. Dans une synthèse parfaite, Portalis rappelle que « l'administration de la justice serait perpétuellement interrompue, s'il était permis au juge de s'arrêter dans le silence, l'obscurité, ou l'insuffisance de la loi. [...] Toutefois, il fallait défendre le juge d'entreprendre sur le législateur. Ses fonctions sont très différentes. D'ailleurs l'esprit de judicature n'est point l'esprit de législation⁵. » C'est au creux de ces dispositions que la jurisprudence acquiert sa légitimité.

¹ J.-E.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 403 : « Le cours de la justice serait interrompu, s'il n'était permis aux de prononcer que lorsque la loi a parlé. »

² Discours de J.-E.-M. PORTALIS, IX, *in* LOCRE, p. 481 : « Si les juges, lorsque la loi n'est pas claire et précise, peuvent dénier la justice, le désordre sera dans la société ; et quel moyen aurez-vous de vider les contestations des hommes ? Sollicitera-t-on une loi pour le cas particulier ? Mais les parties n'auraient point contracté sous la foi de cette loi, qui n'existait point encore ; elle ne pourra donc les juger. On tomberait dans tous les inconvénients de l'effet rétroactif. Cependant on ne peut laisser indéçises les questions de propriété et autres questions semblables ; il faut donc que les tribunaux prononcent. » On retrouve tout au long des débats la distinction entre le civil et le pénal : dans ce dernier domaine, le juge ne doit rien faire dans le silence de la loi.

³ J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire », *in* LOCRE, p. 263.

⁴ Il faut entendre le terme de loi de manière matérielle et idéale : une règle de droit générale, abstraite et impersonnelle.

⁵ Second exposé des motifs, J.-E.-M. PORTALIS, XVI, *in* LOCRE, p. 567. *Adde.* B. BEIGNIER, « Les arrêts de réglemens », *Droits*, n° 9, PUF, 1989, p. 53.

B. Légitimité et absence de rétroactivité de la création jurisprudentielle

274. Article 4 et absence d'obligation de poser une règle de droit. Ce que l'article 4 du Code civil impose au juge, c'est de juger, non de poser une règle afin de combler le silence de la loi. Il n'y a donc pas de contradiction entre l'article 4 et l'article 5 du Code civil. En effet, l'article 4 dispose simplement que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Cette lecture de l'article 4 est confirmée par la définition que donne du déni de justice l'article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire : « Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées. » Le déni de justice n'est pas donc pas constitué par le refus du juge de combler le silence de la loi, puisque, d'une part, ce qui est primordial, pour le juge, c'est de juger et il ne semble pas envisageable de condamner le juge qui n'aurait pas créé une règle de droit pour déni de justice, et que, d'autre part, il est évident que le déni de justice pourra être retenu même lorsqu'il existe une règle claire à appliquer. Le déni de justice réside uniquement dans le refus de juger. Si l'article 4 peut fonder le pouvoir normatif du juge¹, il faut admettre qu'il ne lui impose aucunement de poser une règle de droit de type législatif à cette occasion.

275. Le comblement des lacunes, *lato sensu*, du droit positif. Puisque le juge n'a pas l'obligation de créer des règles de droit, cela lui est-il permis ? L'objet du propos étant de préciser la latitude d'action dont dispose le juge, lorsque le droit positif existant ne lui permet pas de trancher le cas de manière satisfaisante, il n'est pas question de savoir s'il existe effectivement des lacunes de la loi², de les différencier des insuffisances ou de l'obscurité³. Seule importe la question de la latitude d'action du juge face à un état du droit positif peu satisfaisant concernant un litige particulier.

Afin de résoudre ce problème, il est possible de poser une distinction entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. Perelman le montre en usant d'une métaphore : « le juge peut combler les lacunes, mais non les creux, qui exigent une

¹ Cf. S. BELAÏD, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, thèse dactyl., 1970, p. 293 et s.

² Sur ce point, v. not. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 245 et s. ; P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1968, p. 9 et s.

³ Cf. F. TERRE, « Les lacunes du droit », *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1968, p. 151.

action du législateur¹. » L'auteur est bien conscient du problème de la délimitation entre les deux, mais le principe reste simple². Si l'on veut tenter toutefois d'aller plus loin, il faudrait dire que la lacune est un interstice qui peut être comblé par les raisonnements logiques classiques, *a contrario*, *a fortiori*, *a pari*, ou par toute autre forme d'interprétation³, et dont le résultat serait conforme au droit positif. On pourrait dire que, par cette méthode, le juge ne risque aucunement de faire entrer en contradiction son éthique de conviction (je ne suis que juge) et son éthique de responsabilité (mais je dois juger malgré un état du droit positif déplorable concernant le litige dont je suis saisi). La solution s'insère alors parfaitement dans l'ordre juridique, le juge n'a fait que prolonger la loi, n'a fait que dire ce que le législateur aurait dit s'il avait eu à légiférer à partir du cas présent⁴.

276. Lacunes et équité. Tel serait d'ailleurs un des sens de l'équité selon Aristote⁵, éminemment préférable, au point de vue de la sécurité juridique, à celui que devait s'en faire le juge Magnaud⁶, ou à celui qui est inscrit à l'article premier

¹ Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse », *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1968, p. 539.

² On retrouve l'idée d'une pareille distinction, qui fournit le plan de la contribution, chez C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 149 et s. Comp., concernant les Etats-Unis, B. N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, Dalloz, coll. Rivages du droit, trad. G. Calvès, 2011, p. 56, citant O. W. HOLMES, *Southern Pacific Co v. Jensen*, 244 U.S. 205 (1917), p. 211 : « Je reconnais sans hésiter que les juges légifèrent et doivent légiférer, mais seulement dans les interstices du droit ; ils sont confinés à un niveau moléculaire » ; puis G. KISS, « Equity and the Law : Judicial Freedom of Decision », in Association of American Law Schools, *Science of Legal Method*, Boston, Boston Book Company, Modern Legal Philosophy Series, vol. 9, 1917, p. 161 : « Le cadre général que fournit la loi doit être complété, dans chaque cas, par la voie de l'interprétation, c'est-à-dire en tirant les conséquences des principes posés par la loi. Dans chaque cas, sans exception, la Cour a pour tâche d'ajouter ce que la loi omet, mais toujours en exerçant sa fonction d'interprète ». Cardozo donne son avis sur les relations entre le juge et le législateur p. 79 : « En vérité, chacun d'entre eux, dans les limites de sa compétence, légifère. La compétence du juge, sans aucun doute, est plus étroitement limitée. Il ne légifère que dans les lacunes. Il remplit les espaces vides du droit. »

³ Motulsky distinguait ainsi sept formes d'interprétation auxquelles le juge pouvait se livrer : H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. 2, 1961, Dalloz et Sirey, note 11, p. 177 : « On peut distinguer sept modes d'interprétation d'un texte juridique : *philologique* (sens des mots), *logique* (portée intrinsèque du texte), *systématique* (place dans l'ensemble d'une institution ou d'un ordre juridique), *historique* (origine du texte), *sociologique* (place dans le contexte social), *téléologique* (but poursuivi par le texte), *philosophique* (place dans l'idéologie dominant l'ordre juridique en cause). » Sur l'interprétation historique, comp. H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *APD*, t. 17, Sirey, 1972, p. 17 : confronté à un litige, « il s'agit de savoir ce que cherche l'interprète en droit : la réponse est qu'il cherche une règle pour résoudre le problème qui lui est soumis. Or la recherche de l'intention effective du législateur répond **de soi** à une question différente, qui est celle de la vérité historique. »

⁴ E.g. : G. VEDEL, *JCP* 1953, II, 7371, note sous Trib. civ. Seine, 5 déc. 1952 : « D'abord, pourquoi le juge est-il fondé à voir dans l'accession ou dans la répétition de l'indû une **application** du principe général implicitement admis par le législateur selon lequel on ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui et non une **exception** au principe selon lequel on pourrait s'enrichir aux dépens d'autrui de façon injuste pourvu que ce soit licitement ? » Le juge civil aurait pesé le pour et le contre de ces solutions et « présumant que le législateur recherchait la justice, a mieux aimé interpréter son silence par analogie que *a contrario*. Choix prétorien sans doute, mais appuyé sur une idée dont la valeur objective n'est pas niable : la loi est faite pour procurer la justice ; devant ses solutions formelles le juge doit s'incliner ; mais là où le législateur garde un silence ambigu, celui-ci profite à l'équité, entendue non comme une source du droit, mais comme un principe d'interprétation. »

⁵ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 2007, Livre V, 14, p. 284-287. Adde. C. MICHON, « L'*epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2011, p. 35 et s.

⁶ Sur lequel, cf. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^e éd., 1919, rééd. 1954, t. 2, n° 196, p. 189.

du Code civil suisse¹. M. Huberlant, comparant l'équité chez Aristote et dans le Code civil Suisse, écrit que ce dernier « invite le juge à statuer comme statuerait le législateur, et donc à essayer de déterminer, d'après les dispositions que celui-ci a établies, comment il aurait réglé le cas en litige s'il l'avait prévu. Le Code civil suisse habilite le juge à statuer selon les règles qu'il établirait s'il était, lui, législateur². » Dans le premier cas, le juge essaie d'imaginer la règle que le législateur poserait, dans le second cas, il essaie d'imaginer la règle que lui-même poserait s'il était législateur. Seule la première démarche semble conforme au respect des articles 4 et 5 du Code civil³. L'équité ne doit permettre qu'une correction de la loi, faisant primer son esprit sur sa lettre.

Il importe de préciser que si les tribunaux de l'Ancien Régime ont pu statuer longtemps en équité c'est que « l'équité ne se confondait pas avec l'arbitraire. Elle correspondait à un certain nombre de principes d'application délicate, mais suffisamment définis pour qu'elle pût être considérée comme une source du droit non écrit à côté de la coutume⁴. »

277. Equité et portée de la solution. L'équité ne saurait ainsi donner pouvoir au juge de se faire législateur et de statuer selon son bon vouloir, puisque son rôle est justement de chercher ce que le législateur aurait décidé pour le cas présent. Et ce d'autant plus que la mise en œuvre de l'équité aboutit nécessairement à donner naissance à une décision d'espèce⁵, ne remettant pas en

¹ Art. 1 :

A. Application de la loi

1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

2 A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

² Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1968, p. 61. Comp. H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Paris, Sirey, Bruxelles, Etabl. Emile Bruylant, 1931, p. 163, cité par L. GRAULICH, « A propos du gouvernement des juges », *RTD civ.* 1932, p. 83 : « La loi est une réalisation partielle du juste établie d'après les exigences de la discipline sociale, de la vie collective. Le domaine de l'équité est le juste qui n'a pas été incorporé dans la loi dans la mesure où elle ne contredit pas à des nécessités sociales irréductibles. »

³ Comp. H. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, thèse dactyl., 1897, p. 214 : en cas de lacunes, « les juges doivent trancher le litige en se basant sur ce qui leur semble juste ; ils motiveront leur décision sur des considérations d'équité et, au moyen d'analogies plus ou moins forcées, sur les textes de loi offrant quelque rapport avec la question. »

⁴ G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Dalloz et Sirey, 1960, p. 259. *Adde.*, sur le caractère objectif de l'équité, L. HUSSON, « Réflexions d'un philosophe sur un revirement de jurisprudence », *APD*, t. 16, Sirey, 1971, p. 293 et s., spéc. p. 326 et s. Selon l'auteur, si l'équité semble pouvoir justifier des solutions contradictoires, c'est que les données du problème ont changé. L'équité n'est donc pas un sentiment fluctuant, mais rend compte d'une réalité fluctuante.

⁵ C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 329, 2000, n° 105, p. 62 : « Il convient d'observer que l'objet de tout recours à [l'équité] n'est pas de prendre en considération l'intérêt social, les exigences d'une collectivité, mais seulement d'apprécier, de mesurer l'intérêt des parties à un litige. Cette appréciation a pour finalité de permettre au juge ou à l'arbitre de résoudre ce litige en retenant la solution qui leur semble la mieux adaptée à chaque partie. Doit ainsi être écartée lors de l'affirmation de cette acception, qualifiée de "subjective", toute idée de "concurrence" avec les dispositions légales : la notion étudiée ne représente qu'un simple *outil* qui confère au juge un

cause la loi générale¹. L'interprétation faite du texte est parfaitement ajustée aux faits donnant lieu à la saisine du juge². Toutefois, comme l'a élégamment dit Bodin, « il ne faut pas que le magistrat ploye la loi si fort qu'elle se rompe³. » Sans multiplier les images, il est permis de détourner très légèrement une expression de M. Hauser : il faut que, par l'interprétation, les mots de la loi vivent leur vie, tout en faisant en sorte qu'ils conservent les chromosomes que leur auront fournis leurs rédacteurs⁴. C'est en respectant cette différence entre l'interprétation créatrice et la création *ex nihilo* que la création jurisprudentielle acquiert sa légitimité⁵.

278. La formation par l'imitation et la continuité⁶. Comment une règle de droit peut-elle alors émerger de l'activité juridictionnelle, qui, au fur et à mesure, tendrait à combler les lacunes de la loi ? La formation de la règle de droit par la voie jurisprudentielle oscille entre deux tendances, législative et coutumière⁷. Ces deux formes de création qui coexistent au sein du droit

pouvoir d'appréciation en fonction des circonstances directement liées à l'espèce. » Comp., en particulier au sujet de la Cour de cassation : P. BELLET, « Le juge et l'équité », *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9 et s.

Il est certain que l'article 4 ne saurait en aucun cas justifier un revirement de jurisprudence. Cf. B. LAVERGNE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », *RRJ* 2008, p. 296 : « L'article 4 du Code civil qui prohibe le déni de justice, s'il peut expliquer pour certains auteurs la création du droit par le juge aux cas de lacune de la loi, ne peut pas justifier une telle recréation. Dans l'hypothèse d'un revirement, il n'y a en effet pas de lacune logique, le revirement présupposant qu'une règle fut posée. »

¹ Cf. C. MICHON, « L'*epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi », *op. cit.*, spéc. p. 48 et s.

² Ce faisant, la jurisprudence, au sens contemporain, peut renouer avec la jurisprudence, au sens antique, définie par Ulpien, selon la traduction de Senn, ainsi : « La jurisprudence est, étant connues les choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste. » (F. SENN, *Les origines de la notion de Jurisprudence*, Sirey, 1926, p. 27). *Adde.* B. S. MARKOVITCH, *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, Rousseau, 1930, p. 82, qui précise que selon Aristote, l'équité « n'est qu'un instrument technique qui corrige les lacunes dans les lois, une application partielle de l'idée de justice ». Sur l'évolution historique du sens du mot jurisprudence, cf. F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991.

³ BODIN, *La République*, 1577, p. 733-734, cité par Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, coll. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1965, p. 21.

⁴ J. HAUSER, « L'inspiration doctrinale du législateur », *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, dir. B. SAINTOURENS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 21. Sur l'interprétation, *adde.* M. TROPER, *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, v° Interprétation ; J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, Economica, coll. Etudes juridiques, 2003, p. 125 et s. ; B. OPPETIT, « La découverte du sens en droit positif », *Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 129 et s. ; F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 385 et s. ; *Archives de philosophie du droit*, tome 17, consacré à « l'interprétation dans le droit » (Sirey, 1972).

⁵ Comp. D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980, p. 214 et s., p. 370 et s.

⁶ Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2012, n° 361, p. 295-296.

⁷ P. DEUMIER, *RTD civ.* 2006, p. 521 : « la formation de la jurisprudence s'inspire de la technique la plus législative (l'arrêt de principe empruntant à la loi sa généralité, sa solennité et tendant à en avoir l'autorité) à la plus coutumière (la solution n'ayant jamais été érigée en principe mais pouvant se dégager de la répétition constante des décisions d'espèce). » Comp. L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, n° 210, qui distingue la règle dont « l'existence est présupposée par les juges eux-mêmes dans les motifs de droit de leurs décisions » et « celles induites par la science du droit, autrement dit par la doctrine, d'un arrêt de principe de la Cour de cassation ou d'une collection de décisions judiciaires ayant toutes résolu de la même façon telle difficulté juridique, notamment ayant toutes interprété de manière identique tel texte de loi obscur ou ambigu ».

jurisprudentiel sont cependant distinctes¹ et la création par la répétition semble avoir la préférence d'une certaine doctrine², à juste titre. Puisque la création à la manière du législateur est prohibée, il faut en déduire que c'est l'autre manière qui est privilégiée par le droit positif³. Lebrun précise que « rien dans [l'article 5] ne s'oppose à ce que le juge considère comme obligatoire une coutume⁴ qui proviendrait d'une série de décisions concordantes, pourvu que ces décisions ne procèdent pas de la volonté d'obliger à l'avenir, et qu'il s'en dégage une règle certaine⁵. » Il y aurait donc, à suivre l'état du droit positif, un élément nécessairement coutumier dans l'élaboration de la jurisprudence, à tel point qu'on a pu écrire que « le mécanisme de la jurisprudence correspond, trait pour trait, à celui de la coutume⁶. » C'est en ce sens qu'il faudrait lire les rapprochements entre

¹ E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. 1, V. Giard & E. Brière, 1903, p. 166-167 : « Il est impossible de solidariser ces deux choses : la jurisprudence acquise – résultat de l'exercice régulier par les tribunaux de leur rôle normal d'administrateurs de la justice – et l'arrêt de règlement – forme de participation à l'action législative proprement dite. » *Adde.* G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit Civil. Introduction générale au droit*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 119, p. 217.

² M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992, 344 et s. ; P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts de la Cour de cassation », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 63 et 75 ; F. TERRE, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 311 : « Ce que l'on voudrait appeler une création du droit par le juge [comprendre : une règle de droit faite à l'image de la loi] ne peut s'accorder avec la nécessaire continuité de l'œuvre jurisprudentielle. »

³ G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007, n° 442 : « la pratique judiciaire, en se formant, fait naître une coutume. Ce qui échappe au juge c'est l'édiction d'une règle, mais, *ex post facto*, le temps a fait son œuvre. »

⁴ C'est-à-dire « une règle de droit non écrite, née de faits déterminés, qui, fournissant les garanties voulues, indiquent à l'homme de façon certaine comment il doit se comporter et la conduite qu'il doit observer dans ses rapports sociaux. » *Cf.* A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, 1932, p. 220 n° 211 :

⁵ A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, 1932 p. 400, n° 378. *Adde.* J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 30 ; H. BATIFFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD*, t. 12, Sirey, 1967, p. 335.

⁶ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2010, p. 165. L'auteur précise que « La règle jurisprudentielle n'a pas le même fondement que la règle coutumière : elle ne repose pas sur un *consensus* général. [...] Plus exactement, le *consensus* qui apparaît est seulement celui des juges considérés dans leur ensemble, comme une catégorie sociale particulière ».

Dans les faits, un unique arrêt peut suffire à modifier l'état du droit positif. Pour des exemples d'un arrêt suffisant à modifier l'état du droit positif : Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997, n° 95-22.240, *Bull. civ.*, n° 328, *Def.* 1998, art. 36753, p. 354 et s., J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1998, p. 367 et s., J. MESTRE ; *RTD. civ.* 1998, p. 210 et s., N. MOLFESSIS, qui relève (p. 212) que le changement n'était que « le fruit que d'un seul et unique arrêt, expressément cité par les juges du fond » ; Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 04-10.101, *Bull. civ.*, n° 136, *RTD civ.* 2006, p. 521 et s., P. DEUMIER. Selon Mme Deumier, note préc., p. 522, 2^e col. : « En tout état de cause, cette conjonction d'une simple règle coutumière et d'une "pratique" jurisprudentielle du fond ne résiste pas à un unique arrêt de la Cour de cassation. » La Cour de cassation a par ailleurs pu effectuer un revirement de jurisprudence suite à un arrêt critiqué qu'elle estimait « isolé » : *Rapport annuel* 2003, p. 417 PDF. Tant cet arrêt isolé que l'arrêt de revirement ont, semble-t-il, suffi à modifier l'état du droit positif. Le Conseil constitutionnel va dans le même sens, estimant qu'un seul arrêt peut produire une jurisprudence constante : Cons. const., décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010.

En doctrine, *cf.* P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges P. Couzinet*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1974, p. 331 : la « coutume implique un facteur de durée que la jurisprudence, appuyée sur l'autorité du juge, ne suppose pas nécessairement. » Si la *common law* a un caractère profondément coutumier, tel n'est pas le cas de la jurisprudence française : est toujours recherché le dernier arrêt et « l'autorité de la jurisprudence est immédiate. » *Adde.* P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 10 ; Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. p. 12, 1^{re} col. ; M. van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 233 ; J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 40 ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2010, p. 167 ; A. TUNC, « La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », *RIDC*

la coutume et la jurisprudence opérés par Planiol¹ et Josserand², eux-mêmes partisans d'une définition large du terme « coutume ».

Le rôle du juge, qui voit son pouvoir de création reconnu en cas de lacunes ou d'incertitudes législatives, est donc limité à la création de règles de droit par la voie coutumière. Il paraît ainsi juste de suivre Mme d'Ambra qui voit dans la fonction juridictionnelle la spécificité et la légitimité de la création du droit par le juge³ : la *juris-prudence* naît de la *juris-dictio*. La règle ainsi créée a ensuite la même force que les autres règles de droit⁴.

279. Formation coutumière et absence de rétroactivité. La jurisprudence doit, conformément au droit positif, tel qu'il résulte des articles 4 et 5 du Code civil, se former par la répétition et l'imitation des solutions. Cette formation par voie coutumière ne semble pas entraîner une quelconque rétroactivité. En effet, la portée de la solution étant minime, nous l'avons vu, elle n'a pas vocation à être appliquée rétroactivement à d'autres justiciables, il n'y a pas véritablement de règle. Le juge s'est contenté de trancher un cas particulier, en exposant un raisonnement qui n'a aucunement prétention à être une règle. Si le raisonnement est repris par un autre juge, c'est que l'espèce examinée l'exigeait, non par application rétroactive d'une règle jurisprudentielle. Ainsi, la jurisprudence se formera petit à petit, comme une coutume, sans être rétroactive à proprement

1975, p. 822. Comp., plus nuancée, C. PROS-PHALIPPON, « La référence aux précédents de la juridiction », *Le raisonnement juridique*, dir. P. Deumier, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, p. 37.

¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 1906, n° 14, p. 6.

² L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 3^e éd., 1938, n° 99, p. 79.

³ D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 236, 1994, p. 305 : l'activité créatrice du juge « est d'une nature différente de celle du pouvoir législatif ou réglementaire car elle trouve sa source dans les décisions particulières, concrètes. Ce pouvoir créateur découle de l'exercice de la fonction juridictionnelle *stricto sensu*. Détachée du procès, l'interprétation judiciaire qui est, par essence créatrice, perdrait sa qualité spécifique. » Et p. 306 : « Le pouvoir normatif du juge trouve en réalité sa légitimité dans l'obligation qui pèse sur lui de motiver sa décision, de justifier en droit la solution qu'il a retenue, pour trancher le litige qui lui était soumis par une partie, toutes les parties ayant été entendues ou du moins appelées. » *Adde.* G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007, n° 439, p. 228. Comp. L. BOYER, « Le délai de l'article 29 de la Convention de Varsovie. Un combat douteux de la Cour de cassation », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, n° 21, p. 106-107 : « Ce qui légitime les règles nouvelles qu'on peut dégager à partir de la jurisprudence de la Cour suprême, est qu'elles répondent au besoin social dont il vient d'être fait état... ; mais il faut souligner à cet égard que c'est par les décisions **demanderes** des juges du fond comme par le **consensus** de la doctrine que l'on peut vérifier l'authenticité de ce courant. ...Et dans de tels cas, l'affirmation – très souvent progressive – d'une règle de droit nouvelle, allant au-delà et parfois même à l'encontre de la règle ancienne, traduit simplement cette donnée bien connue que le droit est secrété par la société. »

⁴ Ph. MALAURIE, « Rapport français », *Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge*, Trav. Ass. Capitant, 1980, t. XXXI, *Economica*, 1982, p. 87 : « Sans doute, les auteurs continuent à souligner que telle règle est d'origine prétorienne, mais ils n'en déduisent pas pour autant un moindre caractère normatif attaché à la règle. » *Adde.* R. DEMOGUE, *Les Notions Fondamentales du Droit privé. Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001, p. 221 ; M. CHRETIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, L. Danel, 1936, p. 112 : « Ces différences [entre la règle législative et la règle jurisprudentielle] sont uniquement d'ordre formel. Elles tiennent à la procédure, à la formation différente de ces deux sortes de règles. Elles ne sont pas d'ordre matériel, car elles ne réalisent pas un changement sur l'ordonnement juridique. » Sur le caractère obligatoire spécifiquement, *op. cit.*, p. 116.

parler, faute de règle créée. Certes, la solution pourra être novatrice et surprendre ainsi une partie, mais cela ne signifie pas qu'il y ait une règle de droit posée rétroactivement par le juge, puisqu'il n'y a alors pas de règle générale. L'atteinte à la sécurité juridique n'est alors pas le fruit de la rétroactivité, mais vient du fait que le juge soit obligé de statuer dans un cas où l'état du droit existant n'est pas suffisamment clair. La solution posée est donc novatrice, constitutive, sans être rétroactive. La rétroactivité naît lorsque le juge cherche à poser une règle de droit à la manière du législateur.

280. Conclusion. Il apparaît donc que le juge n'a pas le droit de créer du droit à la manière du législateur, conformément à l'article 5 du Code civil ; mais que, en revanche, la prohibition des arrêts de règlement ne s'oppose nullement à l'élaboration d'une jurisprudence par voie coutumière. L'article 4 du Code civil semble même inviter le juge à procéder ainsi, en lui défendant de refuser de juger en cas de lacunes ou d'obscurité de la loi. Le juge a pour mission de remplir ces creux avec sa jurisprudence. Du dépassement de son office naît alors la rétroactivité.

Section 2 – La naissance de la rétroactivité

281. Le juge, dans le sillon laissé par les articles 4 et 5, peut créer du droit, par voie de coutume. C'est ainsi que la Cour de cassation devrait procéder, étant soumise à la prohibition des arrêts de règlement (§ 1). Il nous semble possible de soutenir ensuite que la rétroactivité naît du respect de façade de l'article 5, la Cour de cassation ne distinguant pas entre la déclarativité de ses interprétations et la rétroactivité de ses créations (§ 2).

§ 1. Soumission de la Cour de cassation à l'article 5 du Code civil

282. Il convient de s'assurer que la Cour de cassation est bien soumise à l'article 5 du Code civil. Ce qui doit nous retenir ici n'est pas l'objet de la prohibition des arrêts de règlement, mais son sujet¹. S'il est fait référence au juge dans l'article 5 du Code civil, « la Cour de Cassation se sent-elle plutôt "du côté du

¹ Pour le débat concernant le Conseil constitutionnel, et l'exclusion des autorités administratives indépendantes du champ d'application de l'article 5 du C. civ., cf. L. CORBION-CONDE, *Juris-cl. civ.*, art. 5, n° 32 et 33.

législateur" ou "du côté du juge"¹ ? » La question est historique en ce sens qu'elle ne se comprend que si l'on retrace l'évolution de l'institution². D'excroissance du Parlement, de protectrice ancillaire de la loi, la Cour de cassation est devenue maîtresse des juridictions et productrice d'interprétations souveraines à l'occasion de litiges. Il en résulte une indéniable ambiguïté, la Cour de cassation semblant être tant un organe para-législatif (A) que judiciaire (B). L'ambiguïté ne semblant pas pouvoir être levée, il convient de reconnaître que nous sommes face à un organe hybride soumis, malgré tout, à l'article 5 du Code civil (C).

A. Un organe para-législatif

283. Absence de soumission de la Cour de cassation à l'article 5 lors de son élaboration. Il ne semble pas que la Cour de cassation fût concernée par l'article 5 lors de sa rédaction. Il faut se souvenir que l'un des arguments avancés pour prohiber les arrêts de règlement était que, si on les avait permis, l'œuvre d'unification réalisée par le Code civil aurait été mise à bas, chaque Cour pouvant refaire une législation régionale³. La Cour de cassation, à l'époque Tribunal de cassation, étant unique, un tel risque n'existait pas. En vertu de l'adage *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*⁴, l'article 5 serait inapplicable à la Cour de cassation puisque le risque de créer une disparité de législation est impossible eu égard à son unicité. Demante rejette toutefois l'argument en se fondant sur l'autre justification de l'article 5 du Code civil, à savoir le cloisonnement des fonctions législatives et juridictionnelles⁵. Il ne faut pas que le juge se fasse législateur. Il convient alors de s'interroger sur le caractère réellement juridictionnel de la Cour de cassation.

¹ C. CHOUCROY, « La résistance des juges du fond », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 198. Doit être écartée la qualification retenue par le Conseil constitutionnel : bien qu'il ait pu qualifier incidemment la Cour de cassation « d'ordre de juridiction », il ne s'agissait que du dévoiement de cette notion afin de faire ressortir de la compétence du Parlement la réforme de la Cour de cassation. Cf. N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 287, 1997, n° 467, p. 367, à propos de cette décision DC du 20 juill. 1977.

² Sur cette évolution, v. not. F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, p. 4 et s., p. 25 et s., p. 280 et s. ; J. LEMONTEY, « De la Cour de cassation considérée comme une Cour suprême », *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses universitaires de Nancy, 2009, p. 577 et s. ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, p. 181 et s., p. 206 et s. ; F. ZENATI, « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avr. 2003, n° 575. Comp. Y. GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDJ* 2010, p. 1617 et s.

³ Discours de FAURE, XVIII, in LOCRE, p. 616.

⁴ « La raison d'être de la loi cessant, cesse la loi elle-même ». Cf. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd. 1999, n° 46, p. 83-84.

⁵ A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, Gustave Thorel, 4^e éd., 1849, n° 11 bis, p. 53.

284. Le Tribunal de cassation, émanation du pouvoir législatif. La soustraction de la Cour de cassation à l'article 5 peut, en effet, également s'expliquer par sa fonction para-législative, et non juridictionnelle, qu'elle a héritée du Tribunal de cassation. Le Tribunal de cassation¹ fut créé par la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790² dont l'article premier disposait : « il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif. » Organiquement, le Tribunal était ainsi rattaché au législateur et Gény écrivait que « le Tribunal de cassation ne fait pas, à vrai dire, partie du pouvoir judiciaire, [il siège à part], au-dessus de ce pouvoir, plutôt comme une émanation du pouvoir législatif, qui le délègue, en quelque sorte, à l'effet de contrôler, de surveiller, on a même dit, **d'inspecter** l'application de la loi³. » Marcadé soutenait également que la Cour de cassation n'était pas « une assemblée de juges, [mais] une commission d'interprétation et de conservation des lois⁴ », pour dire ensuite qu'il est « élémentaire que la Cour de cassation ne fait point proprement partie du pouvoir judiciaire⁵ ».

Par ailleurs, en cas de résistance des juges du fond, avait été instauré un référé auprès du Corps législatif. En cas de troisième pourvoi formé suite à la résistance des juges de renvoi, le Tribunal de cassation rapportait le problème à son organe de tutelle, le législateur⁶. Cela explique que lors des discussions concernant la suppression de ce référé, la crainte était semble-t-il de faire de la Cour de cassation un second législateur, et non un troisième degré de juridiction⁷.

¹ Qui deviendra Cour de cassation avec l'article 136 de la Constitution de l'an XII, du 28 floréal an XII (18 mai 1804), situé sous le titre XIV, « De l'ordre judiciaire ». Le terme de « tribunal » avait été choisi au détriment de celui de « cour », trop évocateur de l'Ancien régime. Cf. J.-P. ANDRIEUX, *Histoire de la jurisprudence*, Vuibert, 2012, p. 83.

² Il semble que l'on puisse parler indifféremment de décret ou de loi, le décret valant alors loi. Cf. J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd., 2008, n° 01.60, p. 9.

³ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^e éd., 1919, rééd. 1954, t. 1, n° 41, p. 80-81. *Adde.* L. HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *APD*, t. 17, Sirey, 1972, p. 117 : « Tel qu'il avait été organisé par l'Assemblée constituante, le Tribunal de cassation n'était pas un organe judiciaire : c'était un service annexe du corps législatif. »

⁴ V. MARCADE, *Eléments du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. 67. Pourtant, l'auteur parle, page 17, de jurisprudence de la Cour de cassation, après avoir défini la jurisprudence comme « l'habitude prise par les tribunaux d'interpréter et d'appliquer la loi dans tel sens plutôt que dans tel autre ».

⁵ *Op. cit.*, p. 74.

⁶ Art. 21, al. 2 loi des 27 novembre- 1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation, et Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chapitre V, article 21 : « Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer. »

⁷ Cf. F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, p. 185 et les références faites aux discours de députés. *Adde.* P. GOTHOT, « Origène et le procureur ou la nature de la Cour de cassation », *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 141-142 : la Cour de cassation belge a connu la même réforme par la loi du 7 juillet 1865, laquelle a été interprétée comme une délégation du pouvoir souverain, par le législateur, de faire la loi par une interprétation autoritaire. « C'est d'ailleurs pourquoi Leclercq recommande à la Cour de se défendre contre toute tentation de raisonner en juge » (*ibid.*, p. 142).

Libérée de la tutelle du législateur, la Cour de cassation ne serait pas devenue un juge, mais un autre législateur¹.

Dans ces conditions, lorsque le Tribunal de cassation appréciait la légalité des décisions des juges du fond, il ne devenait pas pour autant juge. Selon Goupil de Préfelin, « anéantir un jugement, ce n'est pas juger ; ainsi la cassation n'est pas une partie du pouvoir judiciaire, mais une émanation du pouvoir législatif. C'est par rapport à l'œuvre judiciaire, un hors-d'œuvre, une espèce de commission extraordinaire du Corps législatif chargée de réprimer la rébellion contre la volonté générale de la loi². »

Ainsi, la Cour de cassation était le cerbère du domaine législatif. Par conséquent, la soumission de la Cour de cassation à l'article 5 du Code civil était hors du débat, puisque c'est elle qui devait veiller à ce que les juges n'abusent pas de leurs prérogatives sous le couvert de l'article 4 ; comme s'il était impensable qu'elle même en tirât quelque profit³. On retrouve une trace de cette mission dans le recours pour excès de pouvoir exercé auprès de la Cour de cassation, lequel tend notamment à prévenir tout empiètement du judiciaire sur le législatif⁴.

285. Essence de la cassation, le pourvoi dans l'intérêt de la loi. Par ailleurs, cette fonction de cerbère est toujours parfaitement représentée de nos jours par le pourvoi dans l'intérêt de la loi. Institué par le décret du 27 novembre 1790⁵, le pourvoi dans l'intérêt de la loi est désormais régi par l'article 17 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967⁶ et par l'article 618-1 du Code de procédure civile¹.

¹ Ce que semblait d'ailleurs appeler de ses vœux Marcadé, regrettant que la Cour de cassation et les juges ne soient pas tenus à l'avenir de l'interprétation faite par la Cour de cassation. Cf. V. MARCADE, *Eléments du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. 70 et s.

² Goupil de PRÉFELIN, Séance du 24 mai 1790, Arch. Parlem., t. XV, p. 668 col. 1 cité par G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Sirey, 1929, p. 62. *Adde.*, cités par le même auteur : ROBESPIERRE, Séance du 24 mai 1790, Arch. Parlem., t. XV, p. 670 : le Tribunal de cassation « n'est point le juge des citoyens, mais le protecteur des lois, le surveillant et le censeur des juges, en un mot, il est placé en dehors de l'ordre judiciaire et au-dessus de lui pour le contenir dans les bornes et dans les règles où la Constitution le renferme. » et p. 63, CHABROUD, Séance du 9 novembre 1790, Arch. Parlem., p. 337, qui propose de parler non pas de Tribunal mais de « Conseil national pour la conservation des lois ». *Adde.* V. MARCADE, *Eléments du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. 66-67.

³ TRONCHET, procès verbal du Conseil d'Etat, séance du 14 thermidor an IX, *in* LOCRE, p. 403, à propos de l'actuel article 4 : « On craint que les juges n'en abusent pour juger contre le texte de la loi : s'ils le permettaient, le tribunal de cassation anéantirait leurs jugemens. »

⁴ J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Dalloz action, 4^e éd., 2008, n° 73.52, p. 372 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 8^e éd., 2013, p. 140 et s. V. art. 18 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967. La disposition est présente dès la constitution de 1791, Titre III, chap. V, art. 27 : « Le ministre de la Justice dénoncera au tribunal de cassation, par la voie du commissaire du roi, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir. – Le tribunal les annulera ; et s'ils donnent lieu à la forfaiture, le fait sera dénoncé au Corps législatif, qui rendra le décret d'accusation, s'il y a lieu et renverra les prévenus devant la haute Cour nationale. » On trouvera le texte des constitutions *in* J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, GF Flammarion, 1995.

⁵ Cf. G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 1996, p. 400.

⁶ « Si le procureur général près la Cour de cassation apprend qu'il a été rendu, en matière civile, une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder, contre laquelle cependant aucune des parties n'a réclamé dans le

Rare en pratique, il n'en serait pas moins le fondement de l'institution de la cassation. M. Beignier explique en ce sens que l'ouverture aux particuliers de ce recours n'est qu'un diminutif de l'original². Il ne s'agit que de renforcer la possibilité pour le Tribunal de cassation de sanctionner les juridictions, non d'ouvrir un recours au bénéfice des justiciables. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi est par conséquent purement platonique, c'est-à-dire qu'il ne produit aucun effet sur l'affaire examinée, il n'y a pas lieu à renvoi. La fonction juridictionnelle, qui consiste principalement à trancher un litige entre particuliers, est complètement évacuée.

286. Un organe au service de la loi et non d'intérêts privés. Il apparaît donc que la Cour de cassation n'a pas été conçue pour être au service d'intérêts privés, pour trancher un litige entre particuliers. Elle est au service de la loi, ou plus largement aujourd'hui du droit. La possibilité pour elle d'opérer une substitution de motifs afin que ce soit la bonne règle qui fonde la (bonne) solution³ et la procédure d'avis⁴ en sont encore des exemples puisque dans ces situations la solution à apporter au litige est reléguée au second plan.

Remarquons cependant que dès l'origine quelques fonctions juridictionnelles étaient attribuées Tribunal de cassation. Selon Mme d'Ambra le Tribunal de cassation jugeait « les demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime ainsi que les conflits de juridictions et les

délai fixé, ou qui a été exécutée, il en saisit la Cour de cassation après l'expiration du délai ou après l'exécution. Si une cassation intervient, les parties ne peuvent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de la décision cassée. »

¹ « Le procureur général près la Cour de cassation peut, en vue de déférer, dans l'intérêt de la loi, un jugement à la cour, inviter le ministère public près la juridiction qui a rendu ce jugement à le faire notifier aux parties. La notification est effectuée par le secrétaire de la juridiction par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. »

² B. BEIGNIER, « L'autre avocat », *D.* 2005, p. 3028 et s. En ce sens également : F. ZENATI, « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avr. 2003, n° 575 : pour les révolutionnaires, « le nouvel organe de cassation devait être plus proche des parties pour mieux combattre l'arbitraire judiciaire. C'était un tribunal devant lequel l'arbitraire judiciaire et le refus du pouvoir législatif devaient être déférés pour être impitoyablement sanctionnés. [...] La notion de tribunal était destinée à traduire une banalisation, voire une démocratisation de la cassation pour faire des citoyens l'auxiliaire de la protection des lois. »

³ Art. 620, al. 1^{er} CPC.

⁴ Art. L. 441-1 à L. 441-4 COJ et 1031-1 à 1031-7 CPC. Un auteur a ainsi pu qualifier la demande de saisine pour avis de « bastion avancé du pourvoi dans l'intérêt de la loi ». Cf. L. CADIET, « L'attribution à la Cour de cassation d'une fonction consultative », *JCP* 1992, I, 3587, n° 2. *Adde.* R. LIBCHABER, *RTD civ.* 2003, p. 160, 1^{re} col. : « C'est dans la fournaise des faits que la Cour forge ses arrêts ; quant à ce que l'on nomme la jurisprudence, ce n'est rien d'autre que le résidu des arrêts, une fois la situation litigieuse refroidie. Autant dire que faute de faits réels qui puissent servir de point de départ à la réflexion, la saisine pour avis ne saurait permettre l'établissement d'une position jurisprudentielle : elle ne débouche pas sur un attendu juridictionnel, mûri et ciselé à la lumière de l'expérience des situations litigieuses ». *Adde.* F. ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992, chron. p. 247, 2^e col. : « Cette manière de faire la jurisprudence nie la jurisprudence. » Il faut préciser que l'auteur parle de l'interprétation abstraite, détachée absolument de tout litige, ce qui n'est pas exactement le cas de la procédure d'avis qui s'inscrit malgré tout dans un litige, dont, il est vrai, la Cour de cassation n'est pas saisie. C'est pour cette raison que l'adoption de cette procédure fut rejetée une première fois : cf. R. LINDON, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, 2681, II., c).

règlements des juges, les demandes de prise à partie¹. » Désormais, la fonction juridictionnelle est plus étendue.

B. Un organe juridictionnel

287. La Cour de cassation peut être définie comme un organe juridictionnel pour deux raisons. Premièrement, la Cour de cassation serait un juge, en ce qu'elle présente les caractéristiques majeures et essentielles de ce qui fait qu'un juge est juge (1). Secondement, la Cour de cassation semble se rapprocher d'un troisième degré de juridiction, ce qui signifie qu'elle est juge du litige (2).

1. La Cour de cassation, un juge

288. Essence de la juridiction. Trois traits caractéristiques de la fonction juridictionnelle, trois éléments constituant l'essence de ce qu'est une juridiction, se retrouvent dans la Cour de cassation, à savoir le contradictoire², l'impartialité garantie par l'absence d'autosaisine³, et l'obligation de motivation⁴. Le contradictoire s'impose afin que les deux termes du litige soient présentés devant le juge pour qu'il puisse le trancher. L'impartialité est une qualité essentielle du juge au point que, sans elle, il ne mérite pas d'être appelé juge ; sans elle, il est un conseiller ou une autorité qui commande de manière partielle, mais pas un juge. Enfin, la motivation contribue à faire du juge plus qu'une simple personne qui commande : le jugement qui serait limité à un dispositif ne se distinguerait pas d'un ordre. Il convient donc d'y adjoindre une motivation afin de révéler le jugement. C'est pourquoi ces trois caractéristiques, le contradictoire, l'impartialité et la motivation nous paraissent essentielles à la fonction juridictionnelle.

¹ D. d'AMBRA, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 236, 1994, p. 136.

² Art. 16 CPC : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. – Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. – Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. »

³ Art. 1^{er} CPC : « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi. »

⁴ Art. 455 CPC : « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. – Il énonce la décision sous forme de dispositif. » *Adde.* O. TOURNAFOND, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, 2006, n° 30, p. 578 : « celui qui exerce un pouvoir fondé sur la compétence doit être en mesure d'expliquer le raisonnement qui l'a conduit à adopter telle position plutôt que telle autre. »

Le législateur n'est pas contraint à la motivation, mais y est encouragé, par le Conseil d'Etat et par une partie de la doctrine. *Cf.* A.-M. LEROYER, « La motivation des lois », *La motivation*, Trav. Ass. Capitant, 1998, LGDJ, 2000, p. 87. Cette motivation n'a cependant qu'un rapport lointain avec celle des juges : A.-M. LEROYER, art. préc., p. 103.

289. Respect du contradictoire. Le fait que le contradictoire s'impose devant la Cour de cassation confère à celle-ci de manière profonde, voire indélébile, un caractère juridictionnel. C'est avec netteté que l'affirme Dabin : « la mission de la Cour suprême n'est pas de donner des avis juridiques. Son acte est de l'ordre juridictionnel et son rôle est bien celui d'un juge. [...] Comme tous les juges, le juge de cassation ne peut procéder qu'en respectant certaines règles de droit judiciaire, notamment ces deux principes : **le principe dispositif**, formule équivoque signifiant en gros la liberté pour les parties de disposer du procès en le délimitant et le **principe du contradictoire** (en matière pénale, les droits de la défense), selon lequel toute demande, défense ou exception doit être débattue contradictoirement devant le juge¹. » En effet, il paraît désormais acquis que « la mission de la Cour de cassation est de dire le droit en censurant les jugements qui le méconnaissent, en le clarifiant par les motifs de ses décisions, et en l'adaptant aux nécessités nouvelles. Mais elle dit le droit au terme d'une procédure équitable, et non au terme de débats parlementaires². »

290. Impartialité et absence d'autosaisine. Que le juge doive être impartial relève de l'évidence, au point que le Code de procédure civile ne rappelle cette exigence que pour les arbitres, *lato sensu*, et les techniciens³. Quant à l'absence d'autosaisine, si elle n'est pas essentielle, si elle n'est pas une caractéristique nécessaire de la juridiction, elle s'impose en tant que garantie d'impartialité du juge. M. Wiederkehr estime quant à lui que dès lors qu'il y a saisine d'office, « la fonction du juge relève de l'administration plutôt que du juridictionnel⁴ ». Quoi qu'il en soit, l'article 1^{er} du Code de procédure civile, imposant que le juge soit saisi, peut être justifié de deux manières, que l'on s'intéresse au rôle du juge ou à celui des parties. Comme l'écrit Artur, « le défaut d'initiative est indispensable chez le juge pour qu'il garde l'indifférence et l'impartialité désirable ; puis c'est aux intéressés à transformer leurs contestations en procès, à apprécier leurs chances, à préférer leur repos à leurs droits ou réciproquement⁵. » Or, il apparaît que la Cour de cassation ne peut pas

¹ Préface de J. DABIN, in F. RIGAU, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966, p. IX.

² L. BORE, J. de SALVE DE BRUNETON, « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.* 2005., n° 8, p. 181.

³ Art. 237 CPC et art. 1549 CPC pour le technicien ; art. 1456 pour l'arbitre ; art. 1530 pour le tiers devant mener la conciliation ou la médiation.

⁴ G. WIEDERKEHR, « Le juge gérant », *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-LexisNexis, 2011, n° 8, p. 387.

⁵ E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP* 1900, n° 4, p. 229, 4°. *Adde.* Cons. const., 7 déc. 2012, décision QPC n° 2012-286, *Société Pyrénées services*, *D.* 2013, p. 28 et s., M.-A. FRISON-ROCHE ; *D.* 2013, p. 338 et s., J.-L. VALLENS ; *RTD civ.* 2013, p. 889 et s., Ph. THERY. Considérant 4 : « aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; que le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions

s'autosaisir¹ et l'article L. 411-2 alinéa 1^{er} du Code de l'organisation judiciaire² témoigne de ce que des pourvois doivent avoir été formés pour que la Cour de cassation statue³. Ne pouvant s'autosaisir, la Cour de cassation est alors liée par les moyens invoqués : tout le moyen, rien que le moyen⁴. Il n'est donc pas question pour elle de statuer *in abstracto*, et on a pu écrire que « tout arrêt de principe est, d'abord, un arrêt d'espèce⁵ ».

291. La motivation. Quant à la motivation, si la Cour de cassation est en principe soumise à l'article 455 du Code de procédure civile⁶, l'exigence de motivation à son égard relève également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁷. Le Rapport annuel de 2010 mentionne par ailleurs une

juridictionnelles ; qu'il en résulte qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ; que, si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité ».

¹ Mise à part l'étrange pratique des « réponses », ou avis spontanés, du Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, sur lesquels cf. A. LACABARATS, « Point de vue d'un président de chambre à la Cour de cassation », *Repenser le droit transitoire*, dir. G. DRAGO, D. LE PRADO, B. SEILLER, Ph. THERY, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 122 ; N. MOLFESSIS, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 37 et s. Comme le fait remarquer ce dernier (art. préc., n° 8, p. 39) : « Parce qu'elles sont délivrées hors de tout litige, sans contradiction, [les réponses du Service de la documentation et d'études] semblent relever bien plus de l'activité législative que de l'activité judiciaire : ne s'agit-il pas, en effet, d'éclairer sur la portée de la loi avant qu'elle ne soit objet d'un jugement et avant même tout procès ? »

² « La Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire. »

³ Pour le cas du pourvoi dans l'intérêt de la loi, cf. art. 17, loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 : « Si le procureur général près la Cour de cassation apprend qu'il a été rendu, en matière civile, une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder, contre laquelle cependant aucune des parties n'a réclamé dans le délai fixé, ou qui a été exécutée, il en saisit la Cour de cassation après l'expiration du délai ou après l'exécution. » Quant au recours pour excès de pouvoir, l'initiative appartient au garde des sceaux : art. 18 de la même loi.

⁴ J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC*, 15 mai 2009, n° 702, p. 7. Cette formule trouve sa traduction en droit positif à l'article 624 du Code de procédure civile : « La censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire. »

⁵ C. ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984, I, 3145, n° 6. *Adde.* F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966, n° 88, p. 145 : « On appelle parfois certaines décisions "arrêts d'espèce". A vrai dire, ils le sont tous, la Cour n'ayant jamais à connaître que d'un cas particulier d'application du droit au fait. »

⁶ A. PERDRIAU, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *JCP* 1990, I, 3468, n° 13 : « Les raisons de la censure sont, en général, parfaitement indiquées dans les motifs des arrêts de cassation, la Cour n'échappant pas à l'obligation, imposée à toute juridiction, de motiver ses jugements et d'y énoncer les prétentions et moyens des parties (art. 455, al. 1. nouv. C. proc. civ.). »

⁷ CEDH, 19 févr. 1998, n° 20124/92, *Higgins et autres c. France*, § 42 et 43, qui condamne la France : « L'arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 1990 ne fournit aucune indication de nature à éclairer la Cour sur le sort différent accordé à la procédure contre la BBC. Ni la procédure en rectification d'erreur matérielle ni celle en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel du 7 décembre 1989 n'ont fourni aux requérants une réponse explicite et spécifique sur les conséquences à tirer de l'arrêt du 22 mars 1990. Faute de cette dernière, il est impossible de savoir si la Cour de cassation a simplement négligé d'évoquer la troisième affaire ou bien n'a pas voulu en ordonner le renvoi et, dans cette dernière hypothèse, pour quelles raisons. »

Il y eut une opinion dissidente du juge français M. Pettiti pour qui « une affaire telle celle du cas Higgins souligne la controverse sur la méthode qui consiste à utiliser trop largement l'article 6 dans sa rédaction floue d'origine et son ambiguïté sur le concept d'équité de type anglo-saxon quand les Etats et les juges sont confrontés aux systèmes de droit continental civil et aux procédures sophistiquées de cassation de type français ou belge ne comportant pas, au surplus, de

décision du Conseil constitutionnel¹ qui conférerait valeur légale à l'obligation de motivation. La portée de la décision semble toutefois devoir être relativisée puisque le Conseil statue sur une exigence propre au jugement prononçant une expropriation qui exige du juge de mentionner des éléments bien précis². Récemment, le Conseil constitutionnel a pu préciser dans une décision du 1^{er} avril 2011 que l'exigence de motivation en matière pénale était justifiée par l'exclusion de l'arbitraire : l'exclusion de l'arbitraire, exigence constitutionnelle, peut être réalisée par l'exigence de motivation, garantie légale de l'exigence constitutionnelle³. Peut-être pourrait-on soutenir alors que l'exigence de motivation a valeur légale de manière générale, c'est-à-dire en dehors de la sphère pénale, l'exclusion de l'arbitraire s'étendant au delà de cette sphère pénale. Quelle que soit la valeur de l'exigence de motivation, il ne fait aucun doute que la Cour de cassation doit motiver ses décisions.

En définitive, la Cour de cassation, devant respecter le contradictoire, ne pouvant s'autosaisir, et devant motiver ses décisions, présente trois caractéristiques essentielles du juge. Ajoutons que selon la définition fonctionnelle retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation est une juridiction⁴ et qu'il est en est de même au regard du droit de l'Union

mécanismes d'autorisation de pourvois, admis par d'autres législations et par la Convention. » *Adde. RTD civ.* 1998, p. 516 et s., J.-P. MARGUENAUD, qui limite la portée de l'arrêt.

¹ Cons. const., décision du 3 novembre 1977, n° 77-101 L, *Rapport annuel* 2010, p. 223 selon lequel : « Ainsi le Conseil a-t-il reconnu à l'exigence de motivation des jugements la valeur d'un principe fondamental en considérant notamment, en matière d'expropriation, que cette exigence relevait du domaine de la loi. »

² Selon le Conseil constitutionnel, « l'article 17 de l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958 codifié à l'article 13-6 du code de l'expropriation prévoit que le jugement d'expropriation doit distinguer, dans la somme allouée à chaque intéressé, l'indemnité principale et, le cas échéant, les indemnités accessoires en précisant les bases sur lesquelles ces diverses indemnités sont calculées ; que ces dispositions constituent une garantie essentielle pour les propriétaires qui font l'objet d'une expropriation ; que, par suite, elles touchent aux principes fondamentaux du régime de la propriété que l'article 34 précité de la Constitution a placés dans le domaine de la loi et ressortissent donc à la compétence du législateur ». *Déc. préc.*, considérant n° 2.

³ Cons. const., décision n° 2011-113/115 QPC du 1^{er} avr. 2011, considérant n° 11 : « il ressort des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 qu'il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines ; que l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation constitue une garantie légale de cette exigence constitutionnelle ; que, si la Constitution ne confère pas à cette obligation un caractère général et absolu, l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire ».

⁴ CEDH, 22 oct. 1984, n° 8790/79, *Sramek c. Autriche*, § 36 ; CEDH, 27 août 1991, n° 13057/87, *Demicoli c. Malte*, § 39 : l'article 6 § 1 s'applique à tout organe auquel il appartient de « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence ». Selon cette définition, juger les jugements est juridictionnel. *Adde.* J.-P. COSTA, « Le droit à un tribunal, et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de J. Buffet*, Petites affiches, 2004, p. 159 et s., qui précise, p. 161, que l'organe « se doit par ailleurs d'être, conformément à l'article 6 § 1, indépendant, impartial et établi par la loi. »

Sur l'application de ce critère fonctionnel par la Cour de cassation pour savoir si le bâtonnier peut constituer un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : v. *Rapport annuel* 2012, p. 479 et s. sous Cass. 2^e civ., 29 mars 2012, n° 11-30.013, *Bull. civ.*, n° 60. Selon le rapport, p. 482 : « l'arrêt du 29 mars 2012, sans prendre explicitement position sur cette question préalable, a implicitement, mais nécessairement, choisi de tenir le bâtonnier saisi d'une contestation d'honoraires pour un organe juridictionnel. »

européenne¹. Il convient donc de suivre M. Rigaux qui affirme que « comme toute juridiction, la Cour connaît de l'application du droit à une situation particulière² ». Elle juge ainsi le litige qui lui est soumis.

2. *La Cour de cassation, juge du litige*

292. La Cour de cassation bénéficiant des traits caractéristiques de la juridiction, le recours formé devant elle est parfois une voie d'achèvement du procès (a). De plus, elle véhicule aujourd'hui une image plus juridictionnelle que législative (b).

a. Le recours en cassation, voie d'achèvement du procès

293. Rôle de la Cour de cassation et silence de la loi. A titre liminaire, il faut garder à l'esprit que toute décision de la Cour de cassation puise son origine dans une situation litigieuse, par définition factuelle. Il paraît bien difficile, au moment de statuer, pour les conseillers de la Cour de cassation, de l'oublier. Les faits de l'espèce s'imposent particulièrement lorsque, conformément à l'article 4 du Code civil, un juge du fond s'est prononcé dans le silence de la loi. Si la décision est soumise à la Cour de cassation, comment celle-ci exercera-t-elle son contrôle ? Il est fort probable que les conseillers se comportent alors en purs juges du fond pour apprécier la justesse de la solution qui leur est soumise.

294. Assemblée plénière. Il arrive par ailleurs que la Cour de cassation endosse le rôle de troisième degré de juridiction, de manière plus ou moins directe. Premièrement, il a pu être soutenu, à plusieurs dizaines d'années d'écart, que lorsque l'Assemblée plénière statue, la Cour de cassation se rapproche des juges du fond. Commentant la loi de 1837, supprimant le référé législatif de la Cour de cassation et mettant en place le système de soumission de la juridiction de renvoi à

¹ V. not. CJUE, 13 févr. 2014, ord. aff. C-555/13, *Merck Canada Inc. c. Accord Healthcare Ltd. e.a.*, § 16 : « il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une «juridiction», au sens de l'article 267 TFUE, question qui relève uniquement du droit de l'Union, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels que l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit ainsi que son indépendance ». Commentant l'ordonnance, M. Théry (*RTD civ.* 2014, p. 434) note que « la notion de juridiction est devenue relative, un même organe pouvant recevoir la qualification de juridiction dans certains cas et se la voir refuser dans d'autres. » La Cour de cassation semble à l'abri d'un tel statut boiteux.

² F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966, n° 85, p. 141.

la décision de l'Assemblée plénière¹, Marcadé se désolait que la réforme opérée ne soit pas allée plus loin, en donnant à l'interprétation faite par la Cour de cassation la force et la généralité de la loi. En refusant un tel système, la loi de 1837 aurait transformé la Cour de cassation en troisième degré de juridiction, ce que Marcadé regrettait. L'auteur écrivait alors que « le second arrêt de cassation [rendu par l'équivalent de l'Assemblée plénière actuelle] est aujourd'hui un véritable jugement [...] ; ce jugement, pour produire ses effets ordinaires, a été soumis à la formalité ridicule d'une espèce d'enregistrement à faire par une Cour royale. Oui, la Cour de cassation rend maintenant des jugemens² ». Avec un peu plus de cent cinquante années de distance, M. Libchaber écrit à son tour que « paradoxalement, c'est au moment même où la singularité de l'office de la Cour est la plus nette – au sommet de son activité régulatrice, elle pèse avec minutie les forces et les faiblesses de sa position, pour la maintenir –, qu'elle cesse quelque peu d'être elle-même en se transformant en troisième degré de juridiction : en conservant la position contestée, elle l'impose aux juges du fond comme si elle statuait en leur lieu et place, et donc en juge du fond³ ».

295. Contrariété de jugements. Deuxièmement, la Cour de cassation semble également statuer sur le fond de l'affaire lorsqu'elle intervient en vertu de l'article 618 du Code de procédure civile, relatif aux contrariétés de jugements. En cas de contrariété de jugements⁴, le juge de cassation annule l'une des deux décisions ou, s'il y a lieu, les deux. A moins que l'un des arrêts, ou les deux, viole(nt) la loi, la Cour de cassation élaborera son choix, décidera de sa préférence, selon l'opportunité de la solution⁵. La Cour n'évoque pas l'affaire certes, mais elle se place au même niveau que le juge du fond pour voir quelle décision mérite d'être sauvée⁶. En cas d'annulation des deux décisions, la Cour pourrait renvoyer

¹ Loi du 1^{er} avril 1837. Cf. désormais art. L. 431-6 COJ : « Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens. » et L. 431-4 al. 2 COJ : « Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci. »

² V. MARCADE, *Eléments du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844, p. 72.

³ R. LIBCHABER, « Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? », *RTD civ.* 2001, p. 227-228.

⁴ La contrariété de jugements recouvre également la contrariété entre arrêts de cours d'appel ou entre un arrêt de cour d'appel et un jugement. V. art. 618 CPC.

⁵ V. par ex. Cass. com., 12 janvier 1988, n° 86-11.551 86-11.552, *Bull. civ.* n° 10 ; Cass. mixte, 11 déc. 2009, n° 09-13.944, *Bull. mixte*, n° 2. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation relève que le caractère inconciliable des décisions (émanant d'une part du juge pénal et d'autre part du juge civil), sans possibilité de former un recours ordinaire, aboutit à un déni de justice.

⁶ J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 5^e éd. par T. LE BARS, 2012, n° 893, p. 743 : « ce recours suppose aussi un examen des conséquences concrètes qu'entraîne l'application simultanée des deux décisions. Il conduit donc la Cour de cassation à examiner l'affaire aussi bien en fait qu'en droit pour détecter si les deux décisions sont véritablement inconciliables. »

ou bien mettre fin au litige, conformément à l'article L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire¹.

296. Cassation et absence de renvoi. Troisièmement, il arrive en effet que la Cour de cassation devienne véritablement une voie d'achèvement du procès², conformément aux articles 627 du Code de procédure civile et L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire, en mettant fin directement au litige. Ce dernier texte dispose que la Cour de cassation « peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée. » Il est précisé alors que l'arrêt emporte exécution forcée. Ainsi, en mettant fin au litige directement, la Cour de cassation se substitue aux juges du fond³.

b. L'image juridictionnelle de la Cour de cassation

297. Un organe perçu comme étant juridictionnel par les justiciables. Possédant les caractéristiques du juge et mettant parfois fin au litige, il n'est pas étonnant que la Cour de cassation soit alors perçue comme étant une juridiction à part entière. M. Colson montre que, dès son origine, si le Tribunal de cassation était un organe à part, mixte, qu'il était délicat d'enfermer dans une fonction purement législative ou purement judiciaire⁴, la majorité des personnes à l'époque y

¹ P. JULIEN, « Remarques sur la contrariété de décisions de justice », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 498. *Contra* : J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd., 2008, n° 75.43, p. 401. A dire vrai, nous ne voyons pas ce qui s'oppose à ce que la Cour de cassation use dans ce cas de la prérogative qui lui est confiée par l'article L. 411-3. En pratique, il est probable que face à deux décisions du fond contradictoire, ne pouvant pas demander d'enquête complémentaire sur les faits, le juge de cassation laisse prudemment des juges du fond statuer sur le cas et ordonne ainsi un renvoi. Si une des décisions lui avaient permis d'emporter sa conviction, elle n'aurait fait qu'annuler l'autre, et non les deux.

De manière annexe, la Cour de cassation statue au fond et juge en fait et en droit, notamment quand elle connaît des recours formés contre les décisions du Conseil de l'Ordre des avocats aux conseils statuant comme juridiction disciplinaire, quand elle statue sur le renvoi pour cause de suspicion légitime ou de sûreté publique, quand elle statue sur la responsabilité civile des magistrats, quand elle est juge d'appel des sanctions disciplinaires prononcées par le bureau de la Cour de cassation. Cf. J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd., 2008, n° 24.91 et s., p. 83 et s. *Adde.* A. PERDRIAU, « Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ? », *JCP* 1993, I, 3683, où l'auteur montre que le fait est loin d'être exclu à la Cour de cassation et qu'il arrive que celle-ci se comporte comme un juge du fond, en particulier pour examiner le pourvoi en amont (régularité de celui-ci) ou en aval (condamnation aux dépens, aux frais irrépétibles, amende de l'article 628 CPC, etc.).

² Cf. S.-L. TEXIER, « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116 et s.

³ Pour une critique de ce pouvoir accordé à la Cour de cassation depuis la réforme du 3 janvier 1979, M. JEANTIN, « Réformer la Cour de cassation ? », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 465. L'auteur constate que ce pouvoir juridictionnel positif contribue à entretenir l'ambiguïté qui entoure la fonction de la Cour de cassation et porte atteinte au mécanisme d'élaboration de la jurisprudence.

⁴ R. COLSON, *La fonction de juger, Etude historique et positive*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Collection des thèses, vol. 29, 2006. V. en ce sens égal. J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd., 2008, n° 01.61 et s., p. 10-11, qui voient avec la mise en place de la Cour de cassation « une transformation d'un tribunal inspecteur des lois, en une Cour judiciaire suprême, régulatrice de la jurisprudence, et largement ouverte aux plaideurs. » (*Op. cit.*, n° 01.80, p. 11).

voyait tout de même un organe judiciaire¹. C'est d'ailleurs sous son aspect juridictionnel que les justiciables semblent connaître désormais la Cour de cassation², en ce qu'ils espèrent obtenir l'annulation de la décision qui leur déplaît. En tant qu'élément supérieur de la hiérarchie judiciaire, elle est ainsi l'ultime espoir, en droit interne, pour le plaideur. On tiendrait là d'ailleurs une des causes d'encombrement de la Cour de cassation³. Comme le fait remarquer M. Barthélemy, si le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire⁴, elle l'est quant à son régime uniquement, car, en son principe, elle est commune⁵.

298. Un organe perçu comme étant juridictionnel par le législateur. De plus, il semblerait que, selon l'organisation constitutionnelle française, la Cour de cassation soit également un organe juridictionnel. Il paraît en effet périlleux de soutenir que la consultation de la Cour de cassation par le garde des Sceaux prévue à l'article R. 435-2 du Code de l'organisation judiciaire en fasse une troisième chambre parlementaire. C'est la connaissance du fonctionnement de la justice, la compétence judiciaire donc, qui est recherchée ; tout comme lorsque spontanément la Cour de cassation propose des améliorations législatives⁶. Le législateur, qui est ici l'exécutif, accueille l'avis du juge dans une optique de collaboration des pouvoirs, sans lien aucun avec l'esprit de la navette parlementaire, symbole d'une collaboration des chambres au sein du Parlement.

¹ R. COLSON, thèse préc., n° 120, p. 56 : « Les vives discussions relatives au statut dévolu à cet organe témoignent de la position médiane qui lui est destinée, entre le pouvoir de légiférer et celui de juger. Si finalement, la majorité des Constituants reconnaît un caractère judiciaire à cette institution "établie auprès du Corps législatif", c'est qu'elle est chargée d'assurer le respect de la législation par les tribunaux et non d'en préciser ou d'en modifier le sens. » *Adde.* pour une présentation des différents points de vue lors des débats en 1790 : Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, coll. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1965, p. 40 et s.

² J. BARTHELEMY, « Le droit au pourvoi », *Mélanges offerts à P. Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 200 : « la Cour de cassation demeure, certes, juge des décisions de justice, mais elle est aussi considérée par les justiciables comme juge des passions et des intérêts humains qui nourrissent le contentieux. » ; M. JEANTIN, « Réformer la Cour de cassation ? », *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, n° 2, p. 466 : « On a souvent relevé que le fait de considérer la Cour de cassation comme un troisième degré de juridiction et donc le pourvoi comme une voie de recours ordinaire, était fort répandu chez les usagers de la justice. » *Adde.* F. KERNALÉGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, p. 13.

³ E. KRINGS, « La cassation n'est pas un troisième degré de juridiction », *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 125 et p. 132-133.

⁴ Les magistrats de la Cour de cassation ont eu l'occasion de rappeler eux-mêmes le caractère extraordinaire du recours en cassation. Cf. l'ordonnance du Premier président du 24 janv. 1990, *D.* 1990, p. 322 et s., J.-Y. PLOUVIN.

⁵ J. BARTHELEMY, « Le droit au pourvoi », *Mélanges offerts à P. Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 189 : « Dès un arrêt du 12 mai 1812, la Cour de cassation a ainsi jugé que le droit au pourvoi reposait sur un **recours de droit commun**, ouvert toutes les fois que le législateur ne l'a pas expressément, clairement et formellement exclu. [...] En somme, le pourvoi en cassation est **commun** en son principe, et **extraordinaire** en son régime. »

⁶ R. 431-10 COJ : « Le premier président et le procureur général peuvent appeler l'attention du garde des sceaux, ministre de la justice, sur les constatations faites par la Cour de cassation à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui leur paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées. »

299. Un organe perçu comme étant juridictionnel par les codes. Les plans des codes de l'organisation judiciaire et de procédure civile incitent d'ailleurs à considérer la Cour de cassation comme une juridiction. Le livre I^{er} du Code de l'organisation judiciaire établit des « dispositions communes aux juridictions judiciaires », et l'article L. 111-1 disposant que « les juridictions judiciaires rendent leurs décisions au nom du peuple français » s'applique à la Cour de cassation. L'article L. 111-9¹ mentionne quant à lui explicitement la Cour de cassation.

Le livre I^{er} du Code de procédure civile concernant les « dispositions communes à toutes les juridictions » semble concerner également la Cour de cassation. Qui oserait soutenir que le contradictoire n'a pas sa place devant la Cour de cassation en dehors des cas où cela est spécifiquement prévu ? Ces éventuelles précisions² ne sauraient être interprétées *a contrario*, elles ne sont que des manifestations du principe édicté aux articles 14 à 17 du Code de procédure civile³. Par ailleurs, le livre II du même code intitulé « dispositions particulières à chaque juridiction », comporte un titre VIII dédié à la Cour de cassation : c'est donc que le code la perçoit ainsi.

Si les arguments tirés du plan des codes n'ont qu'une faible valeur⁴, car il n'était pas question en établissant les divisions des codes de répondre à la question de la nature de la Cour de cassation, il n'en demeure pas moins qu'elle est considérée comme une juridiction par ceux-ci.

C. Un organe hybride

300. De la violation expresse de la loi à sa simple violation : modification sémantique et glissement de la fonction de cassation. Tantôt organe para-législatif, tantôt organe juridictionnel, de quel côté la Cour de cassation se situe-t-elle ? Il est permis de penser que l'histoire de la Cour de

¹ L. 111-9, al. 2 : « Ne peut faire partie d'une formation de jugement de la Cour de cassation le juge qui a précédemment connu de l'affaire en premier ou en dernier ressort. »

² V. e.g. art. 1015 CPC : « Le président de la formation doit aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe. Il en est de même lorsqu'il envisage de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné. »

³ L'article 1015 est ainsi une application de l'article 16 du CPC.

⁴ La Cour de cassation a cependant pu fonder une solution en s'appuyant sur le plan du Code civil. Cf. *Rapport annuel* 2012, p. 407 : « L'arrêt [Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2012, n° 11-23.396, *Bull. civ.*, n° 237] répond par l'affirmative en s'appuyant sur la place du texte, dans le chapitre VII du code civil intitulé "Des libéralités-partages". » *Adde.* Cass. 2^e civ., 28 mars 2002, n° 00-18.050, *Bull. civ.*, n° 59, *RTD civ.* 2002, p. 492, J. HAUSER : « Mais attendu que la demande de concession d'un bail sur un local servant de logement à la famille et de résidence habituelle à un ou plusieurs enfants communs qui appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, ne peut être formée par l'autre conjoint, sur le fondement de l'article 285-1 du Code civil, après le prononcé du divorce ; Et attendu que l'arrêt retient que l'article 285-1 du Code civil, sur lequel Mme X... fonde exclusivement sa demande, constitue le paragraphe 5 de la section II relative aux conséquences du divorce pour les époux, ces conséquences étant fixées par la décision de divorce ».

cassation est celle d'une plus grande juridictionnalisation. Le Tribunal de cassation a reçu mission, en 1790, « d'annuler toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi¹ ». Cette exigence d'une contravention expresse à la loi, reprise par les constitutions de 1791², 1793³, 1795⁴ et 1799⁵, met particulièrement en avant le rôle disciplinaire du Tribunal de cassation. En effet, la nécessité d'une telle contravention paraît « impliquer que le juge du fond "se soit mis en rébellion ouverte contre le législateur" ou qu'il ait commis une erreur imputable à son ignorance⁶. » En revanche, la fonction de la Cour de cassation est désormais différente, qui, a pour fonction de faire censurer la non-conformité du jugement aux règles de droit, sans qu'il soit besoin de faire état d'une violation expresse⁷. Ainsi que le souligne M. Rigaux, « le changement de terminologie exprime l'évolution de la fonction de cassation : du caractère disciplinaire qu'il avait à l'origine on est passé à une conception plus juridictionnelle du rôle de la Cour⁸. » Un auteur va plus loin en affirmant que la Cour de cassation est « en fait, aujourd'hui, à peu près complètement un troisième degré de juridiction⁹. »

D'organe para-législatif, la Cour de cassation prendrait désormais la forme d'une juridiction, se transformant ainsi en organe hybride. Le mouvement de juridictionnalisation fait par ailleurs l'objet d'encouragements doctrinaux¹⁰, voire de pressions de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme. M. Marguénaud explique à ce propos, qu' « emportée par la logique de l'effectivité, la Cour de Strasbourg invite aussi, avec de plus en plus d'insistance, la Cour de cassation à sortir de la logique de la distinction du Fait et du Droit qui l'empêche d'appliquer véritablement le principe de proportionnalité ; lequel est un instrument particulièrement efficace de renouvellement et d'élaboration du droit¹¹. »

¹ Article 3 de la loi des 27 novembre – 1^{er} décembre 1790.

² Titre III, Chapitre V, art. 20 : « En matière de cassation, le tribunal de cassation ne pourra jamais connaître du fond des affaires ; mais après avoir cassé le jugement qui aura été rendu sur une procédure dans laquelle les formes auront été violées, ou qui contiendra une contravention expresse à la loi, il renverra le fond du procès au tribunal qui doit en connaître. »

³ Constitution de l'an I, art. 99, Constitution qui n'a cependant jamais été appliquée à cause de la guerre. Cf. J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, GF Flammarion, 1995, p. 76.

⁴ Constitution de l'an III, art. 255.

⁵ Constitution de l'an VIII, art. 66.

⁶ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966, n° 12, p. 18.

⁷ Art. 604 CPC. Pour un aperçu de cette évolution et l'apparition des différents cas d'ouverture à cassation : F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, p. 8 et s.

⁸ F. RIGAUX, op. cit., loc. cit.

⁹ A. TUNC, « La Cour de cassation en crise », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 168.

¹⁰ S.-L. TEXIER, « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.*, 2011, p. 116 et s. *Contra* : F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 210-212

¹¹ J.-P. MARGUENAUD, « Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 228, n° 20. *Comp.* J.-F. BURGELIN, « L'organisation de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 31, semblant

L'invitation faite est donc celle d'une plus grande juridictionnalisation de la Cour de cassation, juge du droit, et du fait. La Cour de cassation ne semble pas y être complètement insensible puisque dans un communiqué relatif à un arrêt rendu au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, validant un mariage pourtant illégal car incestueux, elle expose que « les circonstances de fait ont joué un rôle déterminant dans cette affaire [...]. En raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné¹. » Difficile de ne pas voir dans la Cour de cassation troisième degré de pleine juridiction ici².

301. Un organe définitivement hybride. Dès lors, le pourvoi en cassation est-il une arme entre les mains des justiciables ou une force d'appoint pour le législateur ? On souscrira entièrement, à ce sujet, au point de vue de Mme Serverin : « le recours en cassation des particuliers effectue la rencontre entre un intérêt privé, égoïste, et un intérêt collectif, représenté par la loi. Il n'y a reconnaissance de la validité de l'intérêt privé qu'autant qu'il converge, dans ses effets, vers un intérêt plus large qui le dépasse : l'intérêt privé seul ne suffit pas à fonder le recours en cassation qui doit entrer au surplus dans le cadre étroit des cas d'ouverture³. » Ayant pour but de « faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit⁴ », le pourvoi remplit une fonction d'intérêt collectif. Pour autant, il est ouvert à « toute partie qui y a intérêt », comme le précise l'article 609 du Code de procédure civile. L'article 17 de la loi du 3 juillet 1967 relatif au pourvoi dans l'intérêt de la loi peut être également être lu comme mettant en évidence la double fonction du pourvoi en cassation. En effet, le recours du procureur général près la Cour de cassation n'est prévu que si les parties n'ont pas formé de recours en cassation ; le pourvoi « ne

vouloir transformer la Cour de cassation en antenne locale de la Cour européenne des droits de l'Homme : une révolution culturelle serait à mener pour que la Cour devienne « une institution neuve, au service d'un intérêt collectif dont les contours sont définis, non plus par un Parlement national mais par une autorité judiciaire, transcendant les particularismes des droits nationaux et cela, au nom de principes généraux, qui seraient le patrimoine commun de l'humanité ».

¹ Communiqué disponible sur le site de la Cour de cassation suite à Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ.*, n° 234, *D.* 2013, p. 153 et s., H. FULCHIRON ; *D.* 2013, p. 179 et s., F. CHENEDE. *Adde.* pour une réflexion sur le rôle de la Cour de cassation à partir de cet arrêt : Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 et s.

² Il n'est pas impossible que la Cour de cassation continue dans cette direction. *Cf.* Discours de M. le premier président LOUVEL (16 juillet 2014) : « La montée en puissance de cours européennes, statuant en fait et en droit, amène notre juridiction à envisager, dans certaines situations, l'infléchissement de sa tradition de strict contrôle du droit. La motivation souvent pluridisciplinaire des arrêts de ces cours invite à mieux évaluer les incidences de nos décisions en termes sociaux et économiques, internes et internationaux, au-delà des seules analyses juridiques qui sont la culture de la Cour de cassation. » Discours disponible sur le site de la Cour de cassation.

³ E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, coll. « Critique du droit », 1985, p. 254. *Adde.* J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd., 2008, n° 01.23, p. 4.

⁴ Art. 604 CPC. Ce qui explique le pourvoi en cassation soit également ouvert en matière gracieuse : art. 610 CPC.

peut être formé que contre une décision irrévocable¹ ». Or, on vient de le voir, lorsque les parties forment un pourvoi en cassation, l'objectif est double : obtenir la cassation d'une décision qui leur est défavorable, faire censurer une décision qui n'est pas conforme aux règles de droit. En cas d'inaction de leur part, le procureur général, qui n'a pas d'intérêt personnel à obtenir la cassation d'une décision qui ne saurait lui être défavorable, assume la seconde fonction, mais uniquement à titre subsidiaire. Révélateur de la fonction de la Cour de cassation, le pourvoi manifeste le caractère hybride qu'a aujourd'hui cette institution.

302. La soumission à l'article 5 du Code civil de la Cour de cassation.

Toujours est-il que la Cour de cassation semble s'être approchée à tel point de la fonction juridictionnelle qu'elle doit être soumise à l'article 5 du Code civil. En effet, si « la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de **pleine** juridiction (...) dans les domaines qui relèvent de son contrôle, elle intervient pleinement comme une juridiction². » Remarquons d'ailleurs, d'un point de vue sociologique, que la Cour de cassation est composée de membres dont l'immense majorité sont issus de la magistrature et étaient au préalable des juges du fond³. La soumission à l'article 5 du Code civil devrait donc être inscrite, par la force de l'habitude, dans l'esprit des membres de la Cour de cassation.

En définitive, si pour justifier l'application de l'article 5 à la Cour de cassation on peut se référer à certaines affirmations péremptoires⁴, il serait plus juste de retenir la formule de M. Beignier pour qui la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont des « institutions passerelles⁵ » entre le pouvoir législatif et les autorités juridictionnelles⁶. Soumise à l'article 5, la Cour de cassation ne saurait donc, en droit, faire œuvre de législation : il s'agira plus précisément de « légisprudence⁷ » ou de « jurisprudence⁸ ».

¹ J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 5^e éd. par T. LE BARS, 2012, n° 896, p. 745.

² L. BORE, J. de SALVE DE BRUNETON, « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.* 2005, chron. n° 7, p. 181.

³ Certains conseillers sont nommés au tour extérieur conformément à l'article 40 de l'ordonnance de 1958, et il existe des conseillers en service extraordinaire afin de faire une place à l'échevinage. Sur tout cela, cf. J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd., 2008, n° 11.61 et s., p. 30 et s.

⁴ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, t. I/premier volume, Leçons de droit civil, Montchrestien, 12^e éd., 2000, n° 131 (concernant l'article 5 C. civ.), p. 221-222 : la Cour de cassation « n'est pas un organe législatif, mais juridictionnel » ; J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd., 2008, n° 124.04, p. 703 : « Le principe posé par l'article 5 du Code civil, qui interdit au juge de statuer par voie générale et réglementaire, s'applique à la Cour de cassation comme aux autres juridictions. »

⁵ B. BEIGNIER, « L'autre avocat », *D.* 2005, p. 3028.

⁶ Leclercq, alors premier avocat général à la Cour de cassation belge, dit de la Cour de cassation qu'elle est « un agent de liaison entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, en marge de l'un et de l'autre », cité par P. GOTHOT, « Origène et le procureur ou la nature de la Cour de cassation », *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 142.

⁷ T. REVET, « La légisprudence », *Liber amicorum offert à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 377 et s.

⁸ Selon l'expression de M. Chapus, citée par P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts de la Cour de cassation », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 53. Expression employée également par S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011, n° 394, p. 310.

303. Conclusion du paragraphe. Sortie du giron du législatif, la Cour de cassation s'est juridictionnalisée au point nous semble-t-il de devoir être soumise à l'article 5 du Code civil. Il lui est donc faite interdiction, comme à tout juge, de poser des règles de droit abstraites, générales et permanentes. La rétroactivité de ses arrêts n'est pas sans lien avec sa soumission à la prohibition des arrêts de règlement.

§ 2. De la déclarativité à la rétroactivité jurisprudentielle

304. La rétroactivité masquée par la déclarativité. Quel lien est-il possible d'établir entre la rétroactivité jurisprudentielle, l'incorporation et l'article 5 du Code civil ? Puisqu'en droit la Cour de cassation ne peut pas créer une règle de droit à la manière du législateur, elle demeure contrainte de masquer sa création et de la soumettre également à l'incorporation. Le glissement opéré de la déclarativité à la rétroactivité serait ainsi dû à l'unicité du régime appliqué à l'interprétation et à la création jurisprudentielles. Ce qui explique ce traitement similaire de la création (rétroactive) et de l'interprétation (déclarative), est l'interdiction faite au juge de créer à la manière du législateur. Dès lors, il doit masquer sa création et la déguiser en interprétation. La rétroactivité apparaît donc comme une conséquence de la prohibition des arrêts de règlement. Il est possible de le vérifier que l'on considère la déclarativité, la rétroactivité ou le passage d'une interprétation à une autre par le juge.

305. La déclarativité. Le juge, lorsqu'il ne fait qu'interpréter le texte, en déclare le sens. Or, la déclarativité est une révélation : il ne s'agit que de faire apparaître au grand jour ce qui a toujours été. Il n'y a donc pas à proprement parler de rétroactivité. Quand le juge interprète un texte, il est vrai que, de tout temps, le texte a pu avoir ce sens. Peut-être est-on tenté d'objecter que des prévisions contraires ont pu être faites avant qu'une interprétation s'impose, la règle pouvant parfois être obscure. Par conséquent, la déclarativité porterait une certaine atteinte à la sécurité juridique. Certes, mais il n'en demeure pas moins, nous semble-t-il, qu'en l'absence de coutume, ou de jurisprudence établie, nul n'a pu voir naître un droit acquis à se faire appliquer la règle telle qu'il l'avait comprise¹. L'atteinte à la

¹ Cf. A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, Gustave Thorel, 4^e éd., 1849, n° 9 bis, p. 41, qui tient ce raisonnement à propos de la loi interprétative. : « une loi interprétative, sur quelque matière que ce soit, doit s'appliquer aux faits antérieurs à sa publication, pourvu qu'ils se soient passés sous l'empire de la loi interprétée et qu'ils ne soient pas déjà irrévocablement jugés. Car la loi nouvelle n'a point alors changé la disposition antérieure ; elle en a seulement

sécurité juridique est donc particulièrement faible et l'incorporation d'une première interprétation est justifiable, d'autant plus si cette interprétation s'est imposée décision par décision.

306. La rétroactivité. En revanche, lorsque la Cour de cassation pose une nouvelle règle, il n'y a plus d'interprétation à proprement parler, on est au-delà de ce qu'il convient d'entendre par « interprétation », même au sens large. Il s'agit d'une création, constitutive et non déclarative. Toutefois, l'incorporation demeure afin que l'article 5 du Code civil ne soit pas violé ouvertement. En s'incorporant au texte, la création de la Cour de cassation, abritée derrière le manteau de l'interprétation, acquiert une rétroactivité certaine¹. C'est ce qu'un auteur a pu qualifier de « paradoxe² » de la rétroactivité jurisprudentielle : « manifestation du pouvoir créateur du juge, elle ne peut être justifiée qu'en niant un tel pouvoir³ ! » La rétroactivité est ainsi le résultat d'un décalage entre le droit – l'article 5 du Code civil –, et le fait – la pratique créatrice de la Cour de cassation. La rétroactivité est la manifestation de ce que le juge est sorti de son office, et d'une certaine hypocrisie tendant à nier cet écart⁴. La rétroactivité résulte ainsi du fait que « pour être en fait source directe de droit, la jurisprudence n'en est pas moins une source en quelque sorte honteuse, parce qu'officiellement inavouable et inavouée⁵. »

307. La rétroactivité du changement d'interprétation. Que penser alors des cas où la Cour de cassation change d'interprétation ? Dans cette hypothèse, la Cour de cassation ne crée pas, à proprement parler, une règle détachée du texte, mais bascule d'une première interprétation tout à fait acceptable à une autre interprétation, également parfaitement acceptable. Aucune règle de droit n'est

fixé le véritable sens. Or, quel que puisse être le préjudice résultant de l'obscurité de la loi précédente, que chacun était disposé à interpréter en sa faveur, nul du moins ne peut raisonnablement prétendre qu'il eût, avant l'émission de la nouvelle loi, droit acquis à se faire appliquer l'ancienne dans un sens reconnu erroné. »

¹ Une telle dissimulation pourrait être favorisée par la brièveté des décisions de justice : cf. F. MALHIÈRE, La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013, n° 89, p. 55-56, n° 93, p. 59.

² A. MARAIS, « Le temps, la loi et la jurisprudence : le bon, la brute et le truand », *Au-delà des codes. Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, n° 48, p. 421.

³ Ibid.

⁴ Prend alors tout son sens l'affirmation de Ripert selon laquelle « L'hypocrisie est un hommage à la vertu ; mais dans le droit elle s'appelle fiction, et encore faut-il qu'elle soit raisonnable. » Cf. G. RIPERT, *D.* 1956, chron. p. 134, 1^{er} col.

⁵ O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 475. Le raisonnement est parfaitement valable lorsque la création prend la forme d'un principe général. La rétroactivité n'a alors aucune limite, tout comme la déclarativité n'en a pas dans ce domaine. Comp. A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989, n° 12, p. 273.

ainsi, à proprement parler, créée. Pourtant, le juge a affirmé l'unicité d'interprétation des textes. La Cour de cassation a pu l'affirmer en soutenant que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés¹ ». Une fois le sens d'un texte déclaré, il semblerait que tout changement d'interprétation, fût-il acceptable, revienne à mettre en évidence une marge de manœuvre du juge, une part de liberté dans la détermination du texte et donc une part de création. Or, il est possible de penser que, en l'état du droit positif, même cette part de liberté doit être masquée par l'idée d'unicité d'interprétation. Pourquoi masquer cette part de liberté ? C'est que, la première interprétation a pu être élaborée espèce par espèce, dans le respect de l'article 5 du Code civil, tandis que le changement brutal d'interprétation revient malgré tout à poser une règle de droit de la manière la plus législative qui soit. Puisqu'un seul arrêt suffit à modifier l'état du droit positif, l'article 5 est semble-t-il violé. La succession d'interprétation viendrait apporter la preuve de cette violation, preuve dissimulée, certes peu efficacement, par le postulat de l'unicité de l'interprétation. On voit ainsi que la rétroactivité dépend bien plus de la **manière** dont est posée la règle jurisprudentielle, que de son degré d'innovation par rapport à la règle prétendument interprétée.

Une autre explication résiderait dans l'avantage qu'il y a pour le juge à conférer à la nouvelle règle la plus grande portée temporelle possible : l'hypocrisie de l'incorporation est alors à son comble. La rétroactivité contient donc cette part d'ambiguïté, manifestation d'une contrainte qui pèse sur le juge, instrument d'un grand pouvoir entre ses mains. Cette ambiguïté doit être examinée.

308. Conclusion du paragraphe. En définitive, la rétroactivité est principalement la marque de deux idées étroitement liées : le juge ne peut pas créer de règle de droit et, par conséquent, tout texte ne peut supporter qu'une seule et unique interprétation. Ces deux idées, incorporation de la création et unicité de l'interprétation, semblent découler de l'interdiction faite au juge de légiférer, c'est-à-dire de la prohibition des arrêts de règlement prononcée par l'article 5 du Code civil.

Retenir un tel fondement explique par ailleurs que l'absence de rétroactivité d'une création jurisprudentielle soit immédiatement perçue comme étant une atteinte à l'article 5 du Code civil². La création, privée du masque de

¹ Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, *GAJC*, n° 11, p. 85 et s.

² V. not. en ce sens : F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2012, n° 533, p. 459 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. manuel, 14^e éd., 2013, n° 170, p. 152 ; A. AYNES, Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé. Traité de droit civil*, t. 1, Economica, 6^e éd., 2013, n° 299 bis, p.

l'incorporation et de son apparente déclarativité, donc de sa rétroactivité, est dévoilée au grand jour. Le lien entre l'absence de rétroactivité et la prohibition des arrêts de règlement est d'autant plus manifeste lorsque c'est un magistrat qui pose lui-même la question, rhétorique, dans son rapport : « Un arrêt dans lequel notre Cour déciderait que l'interprétation d'une norme n'aurait d'effet que pour l'avenir ne serait-il pas un arrêt de règlement usurpant la mission du législateur ou du pouvoir réglementaire¹ ? » Ainsi, la rétroactivité marquerait la soumission du juge au législateur. Mais elle n'est pas que cela et son rôle est teinté d'ambiguïté.

Section 3 – L'ambiguïté du rôle la rétroactivité jurisprudentielle

309. La rétroactivité porte en elle une ambiguïté : elle semble être à la fois un instrument de contrainte et un instrument de pouvoir pour le juge.

En premier lieu, puisque la rétroactivité montre le décalage entre le droit et le fait, entre ce que le juge peut faire et ce qu'il fait, il serait possible de voir en elle une contrainte pour le juge. Le raisonnement serait le suivant : puisque la règle que le juge va créer sera rétroactive, il n'est pas opportun que le juge crée du droit à la manière du législateur. Dans ce cas, il est possible de considérer que la théorie de l'incorporation, devant être respectée par le juge, l'invite à ne pas sortir du lit de sa compétence. Son rôle ne doit être que d'interpréter, non de créer.

Mais, parallèlement et en second lieu, le juge a su fort bien utiliser la théorie de l'incorporation pour étendre au maximum dans le passé la portée de ses créations. Ce faisant, le juge renforce l'idée que la rétroactivité est bien liée à l'incorporation de sa création à la norme prétendument interprétée. L'hypocrisie décrite précédemment est à son comble².

Seront ainsi examinées successivement la contrainte de la rétroactivité (§ 1) et la rétroactivité exploitée (§ 2).

214 ; F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 502 ; A. BOLZE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *RRJ* 1997, n° 26 et s., p. 873 et s. *Contra*, en vertu d'une vision très restreinte de la portée de l'art. 5 C. civ. : Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso éditions, 5^e éd., 2014, n° 399, p. 329 et n° 405, p. 338. V. cependant n° 144, p. 112 où le critère de l'arrêt de règlement semble être un peu plus large (à propos de l'attitude de la Cour de cassation face à la codification qu'elle présume être à droit constant). Comp. « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 35 et s.

¹ P. SARGOS, « Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin », *D.* 2001, n° 17, p. 3472, rapp. sous Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* n° 249.

² *Cf. supra*, n° 306 et n° 307.

§ 1. La contrainte de la rétroactivité

310. Présentation. Le juge ayant pour fonction de juger, il est normal que ses attributions techniques ne lui permettent de créer du droit qu'imparfaitement. La rétroactivité est le signe le plus parfait de ce décalage entre la fonction de juger et de légiférer, décalage qui rappelle sans cesse au juge son office. Il est tentant alors de voir la rétroactivité comme le moyen de contraindre le juge à ne pas créer du droit à la manière du législateur.

311. La fonction de juger n'est pas la fonction de légiférer. L'organisation actuelle de l'ordre juridique fait apparaître au moins deux fonctions distinctes : l'une correspondant à l'établissement de règles, l'autre ayant pour objet de résoudre les litiges. Le lien entre ces deux fonctions vient de ce qu'on exige que les litiges soient tranchés conformément à des règles préétablies.

Qui remplit la fonction de poser ou de créer des règles de droit ? Le parangon de la règle de droit est désormais la loi, censée être votée par une ou plusieurs assemblées représentatives. On reconnaît ici une exigence imposée par le caractère démocratique de nos institutions. De surcroît, la loi est garante de sécurité juridique en ce qu'elle implique la préexistence de la règle de droit, une fois admis le principe de non rétroactivité de la loi. En ce qui concerne la fonction de poser les règles, le choix a donc été celui de la démocratie parlementaire.

Qui doit alors appliquer ces règles pour trancher les litiges ? Quand il s'agit d'appliquer les règles, l'organe institué est le juge. La séparation des pouvoirs impose que ce ne soit pas le législateur. Cela signifie, d'une part, que la légitimité du juge réside dans l'acte de juger¹ et cela implique, d'autre part, qu'il dispose de techniques propres à remplir sa fonction, ni plus, ni moins. MM. Canivet et Molfessis constatent en ce sens que le juge n'a pas la capacité de poser des règles générales, n'ayant de connaissance des comportements que par son expérience². Si l'imagination a le pouvoir de pallier cette ignorance, ce n'est pas sans risque. Ils écrivent alors que « l'une des particularités de notre système juridique est de ne

¹ En ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et son objet », *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 21 et s., spéc. p. 27 : « l'institution judiciaire ne tient que par la neutralité des juges qui en sont les agents et qui conservent alors l'abstraction institutionnelle et la légitimité politique qui y est associée. Le juge doit donc conserver en équilibre le caractère concret de sa mission qui l'invite à concevoir le jugement comme une action portant sur une difficulté particulière à résoudre et son caractère abstrait qui lui interdit de vouloir agir directement sur l'organisation globale. » ;

² G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « L'imagination du juge », *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de J. Buffet*, Petites affiches, 2004, p. 131 et s. *Adde.* J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, n° 18, p. 427 : « la **myopie** est l'**inéluçtable infirmité de toute création jurisprudentielle**. Quelle que soit l'objectivité du juge, l'élaboration d'une solution est liée à un **jugement de valeur** tiré de la connaissance directe, et placée au premier plan, des faits de la cause. »

pas suffisamment offrir au juge les nourritures de son imagination¹. » Ils en déduisent, notamment et à juste titre nous semble-t-il, que le système a été conçu autour du dialogue fructueux entre la jurisprudence et la loi².

312. L'élaboration de la norme par la Cour de cassation. Ce choix de la complémentarité entre le juge et le législateur trouve une traduction dans la technique de cassation. Si nous postulons que la Cour de cassation n'a pas pour mission de créer des règles de droit, à la manière du législateur, alors cela doit apparaître dans les prérogatives techniques dont elle dispose. Quelles sont ces prérogatives techniques ? Dans sa thèse, M. Charbonneau met en avant plusieurs moyens permettant à la Cour de cassation de contribuer à l'élaboration de la norme au-delà du strict cadre du litige : le relevé d'office³, les *obiter dicta*, les avis⁴ et le *Rapport annuel*⁵ ; étant précisé que, selon l'auteur, la contribution à l'élaboration de la norme par l'interprétation et l'affirmation de principes relèveraient en revanche du strict cadre du litige⁶.

Force est de constater qu'en l'absence de procédure permettant de rendre des arrêts de règlement, tous ces moyens sont indirects et peu appropriés pour créer une règle de droit à l'image de la loi. Il n'est pas anodin que Héron ait pu évoquer « l'infériorité technique de la norme jurisprudentielle⁷ ». Il est possible d'aller plus loin en affirmant que ces moyens sont détournés de leur fin lorsqu'ils sont soumis à un objectif de création de la norme. Ainsi, le relevé d'office ne doit permettre en principe que de mettre en œuvre une règle de droit déjà existante, non d'en créer une ; en droit, les avis ne lient ni la juridiction demanderesse⁸ ni la Cour de cassation⁹, tout comme le rapport annuel ne lie personne et ne permet que d'exprimer de simples suggestions de réformes à l'adresse du législateur. Quant à la pratique de l'*obiter dictum*, qui n'est prévue, concernant la Cour de cassation, par aucun texte, elle n'est pas d'une clarté exemplaire. L'*obiter dictum* est une règle de droit énoncée lors d'une décision, n'ayant cependant pas de lien direct avec les faits du litige dont il est question. Pour le dire autrement, l'*obiter dictum* est « une règle de droit énoncée par le juge sans pouvoir utilement jouer le rôle de

¹ Art. préc., n° 22, p. 146.

² *Ibid.*

³ art. 620 CPC.

⁴ Officiels, ceux des articles L. 441-1 et s. COJ, ou officieux, ceux rendus spontanément par la Cour de cassation, sur lesquels cf. les références citées *supra*, note 1, p. 114.

⁵ R. 431-9 et R. 431-10 COJ.

⁶ C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, IRJS Editions, 2011.

⁷ J. HERON, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ* 1993, p. 1083 et s.

⁸ Art. L 441-3 COJ.

⁹ Bien qu'en fait cela puisse être le cas. Il convient alors d'y voir des arrêts de règlement.

prémisse majeure au syllogisme¹. » Il est alors parfois délicat d'arriver à percevoir ce qui relève de la simple précision concernant le litige, de l'erreur de plume, ou encore de la véritable création². Il ressort de tout cela que, manifestement, la Cour de cassation n'a pas été mise en place pour établir des règles de droit *ex nihilo*. Les mots de Rivero sont à cet égard limpides : « Au fond, il y a un contraste évident entre la technique du jugement, et la fonction de création d'une règle générale qu'elle assume. Ce n'est pas en vue de cette fin qu'elle a été conçue³ ». C'est pourquoi Ripert, dès 1949, voyant que la création du droit, censée se faire espèce après espèce, était mal réalisée, se demandait s'il ne valait pas mieux restaurer l'arrêt de règlement⁴.

313. La rétroactivité comme un grincement. Ce décalage entre les techniques du juge et sa volonté de créer du droit à la manière du législateur est parfaitement exprimée par Rivero à travers l'analogie sonore du grincement. Quand un mécanisme est utilisé pour autre chose que ce pour quoi il a été conçu, il grince. « La rétroactivité est un de ces grincements⁵ », générée par l'édition judiciaire d'une norme générale. Conscient qu'il doit respecter l'article 5 du Code civil, le juge n'en crée pas moins, parfois, des règles à la manière du législateur. En essayant de concilier ces deux éléments, la déclarativité se transforme en rétroactivité, par le jeu constant de l'incorporation. Le grincement devrait alors être perçu par le juge comme une sonnette d'alarme, lui rappelant qu'il doit se contenter de remplir son office. Force est de constater toutefois que c'est la rétroactivité même qui a pu être recherchée par le juge.

§ 2. La rétroactivité exploitée

314. Le grincement de la rétroactivité est loin d'avoir été toujours perçu comme une sonnette d'alarme et on remarque aisément, à partir de quelques exemples, que la rétroactivité peut aussi être pour le juge une source de pouvoir. La Cour de cassation a ainsi su utiliser l'incorporation pour étendre dans le passé les solutions qu'elle consacrait. Quelques illustrations seront données de cette pratique (A), avant d'en apprécier l'opportunité (B).

¹ S. TOURNAUX, « L'*obiter dictum* et la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011, n° 23, p. 56.

² Sur l'*obiter dictum*, *adde. infra*, n° 337.

³ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 18, 2^e col.

⁴ G. RIPERT, « Discussions », *Le rôle du juge*, Trav. ass. Capitant 1949, Dalloz, 1950, p. 79. En ce sens également : Ch. EISENMANN, *op. cit., loc. cit.*

⁵ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 18, 2^e col.

A. Illustrations

315. L'incorporation au service de la puissance du juge : l'utilisation d'un rattachement fictif et manipulation du visa. Malgré ce grincement, la rétroactivité peut être une arme pour le juge qui cherchera à étendre la nouvelle solution à des faits lointains, en modifiant la norme à laquelle il souhaite incorporer la solution. L'incorporation serait au juge ce que l'eau est au nageur : ce qui apparaît de prime abord comme une contrainte se révèle *in fine* être un remarquable appui. En effet, la technique la plus simple, pour modifier l'étendue temporelle d'une jurisprudence, reste de modifier le texte auquel on souhaite rattacher cette jurisprudence, puisque la règle créée par le juge rétroagira jusqu'à l'entrée en vigueur du texte auquel elle est rattachée. En modifiant ce rattachement, il est possible alors pour la Cour de cassation de limiter¹ ou d'augmenter les effets dans le temps d'un revirement. Seule cette augmentation nous intéressera ici, puisqu'il convient de montrer comment le juge peut s'appuyer sur l'incorporation pour étendre la portée temporelle de sa solution.

316. Exemple de rattachement fictif à un texte. Un arrêt célèbre du 9 octobre 2001² illustre cette rétroactivité augmentée. En l'espèce, un médecin délivre une information à une patiente en 1974 conformément au droit positif de l'époque, c'est-à-dire sans évoquer les risques exceptionnels liés à l'opération. En 1998³, dans une autre affaire, la Cour de cassation impose désormais au médecin de prévenir des risques exceptionnels au simple visa de l'article 1147. La patiente, qui n'avait pas reçu l'information en 1974 portant sur un risque exceptionnel, lequel s'est réalisé, agit contre son médecin. C'est cette affaire qui est examinée en 2001 par la Cour de cassation. Dans l'arrêt du 9 octobre 2001, la Cour de cassation vise les articles 1165 et 1382 et affirme que l'obligation d'information « trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». Selon les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, « la haute juridiction a ici, de manière tout à fait artificielle, relié la règle jurisprudentielle à une norme fondamentale antérieure aux faits litigieux afin d'amplifier sa portée rétroactive, alors qu'il aurait été aisé d'en borner l'application dans le temps (par exemple en la reliant à l'article 35 du Code de déontologie médicale du 6 septembre 1995 qui impose au médecin un devoir

¹ Sur cette technique de modulation de la rétroactivité jurisprudentielle, cf. *infra*, n° 399 et s.

² Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.*, n° 249, *D.* 2001, p. 3470 et s., rapp. SARGOS ; p. 3474 et s., D. THOUVENIN ; *JCP* 2002, II, 10045, O. CACHARD ; *RTD civ.* 2002, p. 176 et s., R. LIBCHABER, *GAJC*, n° 11, p. 85 et s.

³ Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 97-10.267, *Bull. civ.*, n° 291, pour une opération datant du 3 février 1987.

d'information du patient)¹ ». Effectivement, le fait de mentionner le principe constitutionnel permet de donner un fondement unique aux deux arrêts (de 1998 et de 2001), et évite de fonder la solution tant sur le contrat, que sur le Code de déontologie qui ne date que de 1995, et n'a de valeur que décrétole². On voit parfaitement avec cet exemple que la rétroactivité est parfois un instrument aux mains du juge afin d'appliquer le plus largement possible leur solution³.

317. Les revirements d'anticipation. On peut voir également dans les revirements d'anticipation la puissance du juge qui rend une loi rétroactive quand le législateur ne peut, ou ne souhaite pas, le faire. Le revirement d'anticipation est l'arrêt de la Cour de cassation qui abandonne une solution afin de précipiter l'entrée en vigueur d'une loi. On a également pu qualifier ces arrêts d'anticipation d'arrêts rétrospectifs⁴. L'adjectif « rétrospectif » signifiant « qui regarde en arrière⁵ », cette dénomination sera ici écartée paraissant peu explicite. La situation donnant lieu à un revirement d'anticipation est la suivante : la Cour de cassation est fidèle à une interprétation, puis vient une loi nouvelle nécessitant que cette interprétation soit abandonnée à l'avenir. Confrontée à un cas où la loi ancienne doit être appliquée, la Cour de cassation a pu décider alors d'opérer un revirement de jurisprudence, afin que la solution portée par la nouvelle loi soit appliquée tout de suite, sans attendre son entrée en vigueur. Par un revirement d'anticipation, la Cour de cassation choisit donc d'appliquer la solution légale à des faits antérieurs, non couverts par la nouvelle loi⁶.

Dans ces deux hypothèses, manipulation du visa et revirement d'anticipation, la Cour de cassation profite de la théorie de l'incorporation pour étendre la portée rétroactive soit de la solution qu'elle pose, soit de la solution prévue par la loi pour l'avenir uniquement.

¹ GAJC, n° 11, § 6, p. 126-127. Adde. D. THOUVENIN, *D.* 2001, p. 3476 : « ce rattachement permet de ne plus relier l'obligation d'informer au contrat – et par là même autorise la Cour de cassation à échapper à la question posée ».

² Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale.

³ Comp. X. PIN, « Le glas de la religion de l'aveu a sonné », *JCP* 2011, note 819, sous Cass. crim. 11 mai 2011, n° 10-84.251, *Bull. crim.*, n° 97. Selon l'auteur, la solution de la Cour de cassation n'est pas rétroactive car elle prend appui sur des « principes immuables », elle n'est donc que déclarative. On peut penser toutefois que l'invocation de tels principes sert à masquer la rétroactivité d'une solution nouvelle, quel que soit son fondement.

⁴ P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ*, 2001, n° 38 et s., p. 96 et s. ; Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso éditions, 5^e éd., 2014, n° 400, p. 331.

⁵ *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007, v° rétrospectif.

⁶ Pour des exemples, cf. *infra*, n° 320 (concernant l'art. 1527 C. civ.) et n° 347 et s. (Arrêt Law King).

B. Appréciation

318. Résolution des conflits de règles dans le temps. Comment expliquer que la Cour de cassation étende ainsi la portée temporelle de ses créations ? Trois justifications semblent envisageables, aucune n'emportant totalement la conviction. Nous les exposerons de la moins convaincante à la plus convaincante. Tout d'abord, La rétroactivité a pour mérite de faciliter grandement la résolution des conflits de jurisprudence dans le temps puisque, de conflit, il n'y a plus¹. La nouvelle règle aura vocation à remplacer l'ancienne sans distinction, pour les faits à venir comme pour les faits passés.

Justifier la rétroactivité comme une simple commodité intellectuelle pour éviter d'aborder le problème des conflits de règles de droit dans le temps ne paraît pas tenable. Une telle atteinte à la sécurité juridique ne saurait reposer sur la simple volonté de simplicité. Les conflits de jurisprudence dans le temps révèlent d'ailleurs bien plus le problème de la création du droit par le juge qu'ils ne permettent de le résoudre. Il faut renverser le problème : la création par le juge n'est pas simplifiée par la rétroactivité, mais la rétroactivité révèle le problème de la création du droit par le juge. Si l'entrée en vigueur d'une règle jurisprudentielle est difficile à déterminer, c'est bien parce que le juge n'a pas vocation à créer de toute pièce une règle. La justification paraît donc insuffisante.

319. La tentation d'une rétroactivité *in mitius*. Une autre explication à l'exploitation de la rétroactivité par le juge pourrait être la volonté d'instaurer une rétroactivité *in mitius*. Nous entendons par là une rétroactivité qui déploie ses effets dans le temps dans le but d'avantager une partie. Par exemple, dans un arrêt du 31 janvier 2008, la Cour de cassation a pu décider de faire jouer la rétroactivité de sa jurisprudence pour exonérer un avocat de sa responsabilité². En l'espèce, l'avocat n'avait pas soulevé un moyen opérant, qui, par l'effet d'un revirement de jurisprudence ne l'était plus, et, par la grâce de la rétroactivité, ne l'a jamais été. L'avocat ne pouvait donc être responsable pour n'avoir pas soulevé un moyen inopérant. La Cour de cassation, sous couvert du jeu normal de la rétroactivité protège l'avocat à l'époque fautif, offrant une figure de rétroactivité *in mitius* en sa faveur. Il s'agit bien d'une rétroactivité *in mitius*, car on sait que, désormais, la

¹ On a ainsi pu écrire qu'il n'y a pas de problème de droit transitoire à propos des règles de conflit en droit international privé, celles-ci étant essentiellement jurisprudentielles. Cf. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, p. 567 et s. sous Cass., 1^{re} civ., 13 janv. 1982, *Ortiz-Estacio c. Mme Rodriguez*. Adde. C. GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Sirey, 1955, n° 155 et s., p. 200 et s, spéc. n° 157, p. 203-204.

² Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2008, n° 04-20.151, *Bull. civ.*, n° 31, *D.* 2008, p. 1448 et s., A. AYNES ; *RTD civ.* 2008, p. 442 s., P. DEUMIER.

Cour de cassation estime en principe que « les éventuels manquements de l'avocat à ses obligations professionnelles ne s'apprécient qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention¹ ». Ainsi, en principe, la rétroactivité d'un revirement ne joue pas pour apprécier le manquement d'un avocat à son devoir de conseil. Le seul moyen de concilier ces deux solutions, qui alternent entre rétroactivité et absence de rétroactivité, est d'y voir une posture de soutien systématique de la Cour de cassation à l'égard des avocats. Au regard de l'avocat, la rétroactivité de la jurisprudence est donc à géométrie variable, mais toujours à son bénéfice : il bénéficie d'une rétroactivité *in mitius*.

Il ne faut toutefois pas oublier que, pour le client de l'avocat, l'absence ou la présence de rétroactivité jurisprudentielle jouent toujours à son désavantage. Par où l'on voit que la rétroactivité *in mitius* en matière civile n'a pas grand sens : en habillant Pierre, on déshabille Paul². La rétroactivité *in mitius* ne saurait donc s'imposer comme justification à l'extension de la rétroactivité d'une jurisprudence³.

320. L'égalisation des situations. Enfin, l'attitude de la Cour de cassation pourrait se justifier par la volonté de promouvoir la règle la meilleure. En effet, sans sombrer dans un darwinisme juridique, il est raisonnable de penser que la nouvelle solution est meilleure que l'ancienne, sans quoi on ne voit pas ce qui justifierait le changement. La règle supposée meilleure et appliquée de manière rétroactive règne donc sans partage. La rétroactivité a ainsi pour effet d'instaurer une égalité entre tous les plaideurs ; il n'y a pas un avant et un après revirement. On a alors pu voir dans la rétroactivité une « expression particulière du principe d'égalité de traitement⁴. » La rétroactivité serait l'« efficacité renforcée⁵ » de la jurisprudence.

¹ Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2011, 10-24.550, *Bull. civ.*, n° 214, *JCP* 2012, note 169, H. SLIM ; *RTD civ.* 2012, p. 318 et s., P. JOURDAIN.

² Selon l'image explicite de J. HERON, « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, n° 35, p. 302.

³ Cf. F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, n° 117, p. 264 et s. ; P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 233 : « Nous aurons l'occasion de montrer que la théorie de la rétroactivité des lois favorables n'a pu sérieusement être défendue en dehors du droit pénal. Dans les procès civils, notamment où les deux parties ont des droits égaux, c'est une véritable monstruosité juridique de parler de "faveur", là où il ne peut être question que de justice. Encore une fois, l'article 2 du Code civil et la non-rétroactivité de la loi constituent une règle dont le bénéfice est égal pour les deux parties. » *Adde.* p. 285 : « Il y a une objection décisive contre la prétendue rétroactivité des lois favorables ; c'est que, dans un litige entre particuliers, ceux-ci ont un droit égal à se prévaloir de la règle de l'article 2 du Code civil. » *Contra* : P.-Y. GAUTIER, « Pour la rétroactivité *in mitius* en matière civile », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 235 et s. ; C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994, I, 3776, n° 33.

⁴ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse dactyl., 2007, n° 162, p. 133.

⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 10^e éd., 2014, v° Rétroactivité.

En ce sens, concernant la loi, il a pu être soutenu que l'absence de rétroactivité pouvait être un « non-sens », lorsqu'elle concerne des droits politiques, comme le droit de vote. Selon Laurent, « en cette matière, le pouvoir social régit le passé aussi bien que le présent. La non-rétroactivité ne se conçoit même pas : comprendrait-on que dans un même Etat, tel citoyen fut électeur en vertu d'une loi ancienne, tandis que tel autre ne le serait pas en vertu de la loi nouvelle, quoique tous les deux remplissent les mêmes conditions d'âge et de fortune ? La question est un non-sens¹. »

Concernant la jurisprudence, le Procureur général Jean-François Burgelin a pu justifier un revirement² en matière d'obligation d'information du médecin en faisant appel à une valeur qui lui paraît désormais essentielle, incontournable, au point de devoir s'imposer rétroactivement : la transparence. Selon le magistrat, « il est bon également de tenir compte d'une évolution générale de notre société qui tend à abolir les distances traditionnelles entre la supériorité de ceux qui savent et l'infériorité des ignorants. Nous sommes à l'époque du dialogue, de l'explication, voire de la vulgarisation du savoir. Les malades veulent savoir comment on veut les soigner comme les justiciables veulent savoir comment on va les juger. Aucun domaine n'échappe à présent à cette nécessité de clarté, propre d'ailleurs à créer un climat de collaboration confiante patient-praticien³. »

Par ailleurs, la volonté d'égaliser les situations est particulièrement présente en cas de revirement d'anticipation. Un exemple peut être pris dans le domaine du droit patrimonial de la famille. L'article 1527 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que les époux peuvent s'accorder des avantages matrimoniaux. Or, pour éviter que les avantages consentis ne viennent entamer la réserve successorale des enfants nés d'un premier mariage du conjoint prédécédé, l'article 1527 leur accordait une action à fin de réduction de cet avantage, dite action en retranchement⁴. Seuls les enfants légitimes pouvaient ainsi demander la diminution d'un avantage matrimonial trop important consenti par leur géniteur à son nouveau conjoint. La loi du 3 janvier 1972⁵, intervenue pour limiter « l'incidence du mariage sur le statut de l'enfant⁶ », autrement dit pour tenter d'aligner les droits de l'enfant naturel non adultérin sur ceux de l'enfant légitime, n'a pourtant pas modifié cette disposition. Par conséquent, la jurisprudence n'a pas modifié son

¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 1, Bruylant-Christophe & C^{ie}, 3^e éd., 1878, n° 154, p. 227.

² Cass 1^{er} civ., 7 oct. 1998, n° 97-10.267, *Bull. civ.*, n° 291, imposant désormais aux médecins d'informer des risques même exceptionnels.

³ Rapport annuel 1999, p. 76.

⁴ Sur l'action en retranchement, cf. B. VAREILLES, *Rép. civ. Dalloz*, v° Avantage matrimonial, n° 64 et s.

⁵ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

⁶ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Cours, 3^e éd., 2013, n° 372, p. 336.

interprétation de l'article 1527 du Code civil. Une discrimination demeurerait donc entre les enfants naturels et légitimes en ce domaine, l'alinéa 2 de l'article 1527 faisant toujours et uniquement référence aux « enfants d'un précédent mariage ».

Mais, dès que loi du 3 décembre 2001 vint élargir le bénéfice de l'action à tous les enfants, la jurisprudence, par un revirement opéré en 2002¹, appliquait rétroactivement la nouvelle solution « de manière à unifier pour le passé comme pour l'avenir la condition des enfants naturels et des enfants légitimes². » La solution de la loi fut ainsi appliquée à une situation pourtant non régie par la nouvelle loi. La jurisprudence avait anticipé son application. Le but du revirement d'anticipation est donc de faire pénétrer plus vite dans le droit une solution estimée plus juste.

321. Réponse : la sécurité juridique comme juste limite au progrès. Que penser de cette volonté d'égaliser les situations ? A suivre la Cour de cassation, seule compterait la date à laquelle les juges statuent, sans considération de l'époque des faits litigieux. Cependant, raisonner ainsi c'est oublier que le progrès est relatif, faire fi de la sécurité juridique. Ce n'est pas parce qu'une valeur semble impérative aujourd'hui qu'il faut forcément tenir rigueur à des comportements anciens de l'avoir ignorée ou négligée. L'anachronisme des valeurs, justifié uniquement par « l'air du temps », provoque une atteinte patente à la sécurité juridique³. Cette explication de la rétroactivité qui fait primer trop systématiquement la justice sur la sécurité juridique est largement insuffisante. On peut d'ailleurs se demander si une solution battant en brèche les prévisions les plus légitimes des justiciables mérite le qualificatif de « juste »⁴.

322. Rôle du juge et inopportunité des revirements d'anticipation. Une telle justification fondée sur l'égalisation des situations méconnaît par ailleurs très largement la place du juge dans notre système juridique qui n'est pas chargé de corriger les injustices du passé par voie de « légisprudence » rétroactive. C'est

¹ Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 2002, n° 99-21.134 99-21.135, *Bull. civ.*, n° 32, *RTD civ.* 2002, p. 278 et s., J. HAUSER. L'arrêt vise « l'article 1527, alinéa 2, du Code civil, tel qu'il doit être interprété au regard de l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14 de cette Convention » : la condamnation de la France par l'arrêt *Mazurek* (CEDH, 1^{er} fév. 2000), n'est sans doute pas étrangère à ce revirement, tout comme elle a incité à voter la loi du 3 déc. 2001.

² C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 156.

³ Cf. W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », *D.* 2006, n° 7, p. 474 : « La mission du juge est, en l'absence de loi, de trancher le litige selon ce qui est juste, et cela non pas selon ce qui est juste dans la société française au moment où il se prononce, mais selon ce qui était juste dans la société française au moment où le comportement contesté a eu lieu. »

⁴ Comp. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, Sirey, 15^e éd., 2012, n° 411, p. 412 : « Une décision qui serait économiquement néfaste ne serait pas moralement justifiée. » Les auteurs atténuent ensuite le propos, relatif à la révision pour imprévision.

pourquoi on ne peut être que réservé face à la pratique des revirements d'anticipation, qui entre directement en contradiction avec l'article 2 du Code civil, le juge rendant une loi, d'application immédiate ou future, rétroactive¹. De même, par un revirement d'anticipation, le juge « viole la norme qu'il prétend appliquer [en lui attribuant] une date d'entrée en vigueur différente de celle qu'a posée le législateur² ». Si le législateur n'a pas rendu l'application de la loi rétroactive, alors qu'il est reconnu que l'article 2 n'a de valeur que législative, pourquoi le juge en prendrait-il l'initiative ? Car il ne s'agit pas, pour les juges, d'effectuer un revirement pour résoudre des cas iniques sans espoir de salut du côté du Parlement, ni de chercher à provoquer une réforme, mais de hâter la mise en œuvre de celle-ci. Puisque la justice viendra, pourquoi négliger la sécurité juridique quand le législateur n'a pas fait ce choix³ ? Le Conseil constitutionnel a pu rappeler à cet égard « que la différence de traitement qui résulte de la succession de deux régimes juridiques dans le temps n'est pas, en elle-même, contraire au principe d'égalité⁴ ». Ainsi qu'a pu l'écrire un physicien, versant dans la philosophie, il conviendrait d' « apprendre à aimer l'irréversible⁵. »

Par conséquent, si la Cour de cassation étend la rétroactivité de ses revirements en opérant une incorporation peu raisonnable, rien ne semble justifier une telle pratique. Ni la volonté de simplifier le droit transitoire, ni l'idée d'une rétroactivité *in mitius*, ni le souci d'égaliser les situations n'emportent totalement la conviction.

323. Conclusion de la section. En définitive, la rétroactivité se présente comme un grincement, signalant une sortie de son office par le juge. Celui-ci ne disposant pas des moyens techniques de créer une règle de droit à la manière du législateur, il est contraint de recourir aux procédés propres au jugement. La rétroactivité témoignerait de ce décalage entre les moyens et la fin poursuivie.

¹ Discours de BOULAY, XI, in LOCRE, p. 526 : l'article 2 du Code civil donne une directive au juge pour respecter ce principe : les juges, « dans les contestations qu'ils sont chargés de juger, [...] doivent considérer le temps où ces contestations ont pris naissance, et les lois sous l'empire desquelles les causes de ces contestations se sont formées ; et si depuis il est intervenu des lois nouvelles différentes des premières, ce n'est pas par celles-ci, mais par celles-là qu'ils doivent se décider. » Discours de FAURE, XVIII, in LOCRE, p. 612, à propos de l'article 2 : « Cette disposition ne contient pas seulement un précepte pour les législateurs ; elle contient de plus une obligation pour les juges, et une garantie pour les citoyens. »

² J. HERON, « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, n° 33, p. 301. *Adde.* Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso éditions, 5^e éd., 2014, n° 400, p. 331. *Comp.*, plus nuancé : P. HEBRAUD, « Jurisprudence. Influence d'un changement de législation sur le maintien de la jurisprudence antérieure [...] », *RTD civ.* 1972, p. 437 et s.

³ Pour une exclusion très nette de la rétroactivité d'une loi et le refus d'opérer un revirement d'anticipation : *Rapport annuel*, 2013, p. 543-544, sous Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-17.776 et n° 12-17.777, *Bull. civ.*, n° 217. *Adde.* Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 1971, n° 70-13.385, *Bull. civ.*, n° 310, *D.* 1971, p. 173 et s., A. BRETON

⁴ Cons. const., déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC du 21 oct. 2011.

⁵ E. KLEIN, *Les tactiques de Chronos*, Flammarion, coll. Champs, 2009, p. 216.

Pourtant, il est arrivé que le juge décide de s'appuyer au contraire sur la rétroactivité pour étendre la portée temporelle de sa jurisprudence, faisant primer, abusivement peut-être, la justice sur la sécurité juridique. Il est donc temps de rechercher des remèdes à la nocivité d'une telle rétroactivité, en prenant soin de ménager et la justice et la sécurité juridique.

Conclusion du Chapitre

324. L'article 5 du Code civil interdit au juge, et à la Cour de cassation, de créer du droit à la manière du législateur. Par conséquent, la seule manière officielle pour le juge de créer du droit est de procéder par voie de coutume : à chaque espèce, par l'interprétation de la règle appliquée, le juge peut modifier, par petites touches, l'état du droit positif. La rétroactivité apparaît lorsque le juge sort de son office : il crée une règle de droit, mais, soucieux de respecter de manière apparente l'article 5 du Code civil, il considère que sa création doit être traitée comme une interprétation. L'interprétation comme la création du juge vont donc s'incorporer à la règle de droit prétendument appliquée par le juge. De là naît la rétroactivité de la jurisprudence. La rétroactivité de la jurisprudence rappelle alors au juge qu'il ne doit pas créer du droit à la manière du législateur, en même temps qu'elle est pour lui un moyen formidable d'imposer le plus largement dans le temps la solution qu'il estime la meilleure.

CONCLUSION DU TITRE

325. La théorie de l'incorporation, en ce qu'elle permet de rendre compte de l'étendue de la rétroactivité, doit être conservée pour ses vertus explicatives, mais nécessite d'être fondée, tant elle peut paraître à certains égards insuffisantes. Le juge ne pouvant créer des règles de droit comme le fait le législateur, la jurisprudence ne devrait apparaître que par touches successives, par voie coutumière, sans que la rétroactivité, qui n'est alors qu'une déclarativité, se fasse sentir. La rétroactivité n'émerge que lorsque le juge sort de son rôle ; elle permet de souligner combien son office n'est pas ordonné à la création de règles de droit générales et impersonnelles. En définitive, la rétroactivité n'existerait que parce que l'incorporation des créations jurisprudentielles est la conséquence de l'assimilation de toute création à une interprétation, assimilation due à la volonté de respecter au moins en apparence la prohibition des arrêts de règlement.

Conclusion de la Deuxième partie

326. Puisque ni la rétroactivité naturelle des règles de droit, ni le mécanisme de la rétroactivité juridictionnelle ne permettent de justifier de manière satisfaisante la rétroactivité de la jurisprudence, seule la théorie de l'incorporation, liée à l'interdiction des arrêts de règlement, permet de rendre compte du phénomène. Etablir ainsi la cause de la rétroactivité, c'est également affirmer que la jurisprudence est une source originale du droit, le juge n'ayant pas le droit de créer à la manière du législateur. La création doit donc se faire par la continuité et l'imitation, la règle générale devant être dégagée par induction des cas particuliers.

C'est au regard de ces éléments qu'il convient de rechercher désormais des remèdes aux effets néfastes de la rétroactivité jurisprudentielle.

Partie III – Les remèdes à la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle

327. Chercher des remèdes à la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle n'est pas une démarche originale¹. La méthode retenue ici sera celle de l'élimination. Avant tout, il ne faut trouver des remèdes qu'aux effets néfastes de la rétroactivité jurisprudentielle, ce qui implique la volonté de ne pas supprimer toute rétroactivité, ou tout revirement. Cette précision faite, il est possible d'affirmer que face aux effets néfastes, il existe des bons et des mauvais remèdes. Qu'est-ce qu'un bon remède ? Dans un premier temps, le bon remède est celui qui est efficace au regard de la sécurité juridique. Ce critère de la sécurité juridique s'impose quand il est question de rétroactivité, puisque c'est justement à la sécurité juridique que la rétroactivité porte atteinte². Une fois la discrimination effectuée entre les remèdes efficaces et inefficaces dans la lutte contre l'insécurité juridique (Titre 1), il convient de ne pas s'arrêter en chemin. En effet, la sécurité juridique ne saurait constituer l'*alpha* et l'*omega* d'une réflexion sur la rétroactivité jurisprudentielle et, comme on a pu le dire, « la sécurité juridique constitue seulement un besoin, un intérêt que le législateur doit prendre en compte, mais parmi d'autres³. » Les mesures retenues pour leur utilité au regard de la sécurité juridique devront donc être examinées à l'aune de leur conformité à l'ensemble d'un système juridique que l'on présentera comme idéal (Titre 2).

¹ Cf. not. *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005 (Rapport Molfessis) ; F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, n° 115 et s., p. 228 et s. ; C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 123 et s.

² Sur la nocivité de la rétroactivité et la sécurité juridique, cf. *supra*, n° 16 et s., n° 38.

³ F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 490-491.

TITRE I – REMEDES ET SECURITE JURIDIQUE

328. Moyens à écarter. Invocation d'un principe. Parmi les remèdes à apporter à la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle, certains peuvent être écartés aisément. Ainsi, une technique doit tout de suite être rejetée, qui consiste à masquer le revirement par l'invocation d'un principe. Le procédé consiste à fonder la nouvelle solution sur un principe, laissant ainsi entendre que l'arrêt n'est que déclaratif, puisque fondé sur une règle ayant toujours existé, fût-ce à l'état latent. Une telle opération ne résout en rien concrètement le problème de l'insécurité juridique¹, étant donné que cela revient à cacher la rétroactivité derrière le masque de la déclarativité, sans améliorer aucunement le sort des plaideurs.

329. Relecture rétrospective de la jurisprudence. De même, doit être écartée la volonté d'atténuer après coup la portée du revirement en exhibant d'anciens arrêts d'espèces qui auraient prétendument annoncé la nouvelle solution. La méthode est exposée par Rivero en ces termes : « les commissaires du gouvernement sont passés maîtres dans l'art d'émousser la hardiesse du revirement de jurisprudence qu'ils sollicitent en le présentant au juge sous la simple confirmation de l'acquis, par la mise en lumière de tout ce qui, dans la jurisprudence antérieure, peut apparaître comme un germe ou une préparation de la règle nouvelle² ». Le Conseil d'Etat n'a pas le monopole de cette manipulation et la Cour de cassation, si elle s'efforce de trouver des précédents à ses décisions, ira jusqu'à qualifier un arrêt non publié de revirement pour montrer l'absence de nouveauté d'une solution³. Cette justification *a posteriori* ne permet évidemment pas de lutter contre la rétroactivité de la jurisprudence⁴.

330. Suppression de la jurisprudence. Puis, doit être rejetée la solution qui consisterait à faire en sorte de supprimer toute jurisprudence en favorisant, par l'absence de publication, l'isolement des décisions. L'œuvre de la justice serait alors réduite à du cas par cas sans aucun souci d'égalité et d'unité. Il n'est pas certain que le gain issu de la suppression de la notion même de revirement de

¹ Cf. J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 16, 2^e col.

² *Ibid.*

³ Cf. *Rapport annuel 2006*, p. 354 : « Le principe selon lequel il n'existe aucune solidarité entre les dirigeants de droit et de fait d'une même personne morale au regard de l'action en paiement de l'insuffisance d'actif avait déjà été énoncé par la chambre commerciale dans un arrêt non publié du 26 octobre 1999 (pourvoi n° 97-10.464) qui constituait un revirement par rapport à un précédent arrêt du 2 juillet 1991 (pourvoi n° 89-18.561) lequel avait été critiqué par la doctrine ».

⁴ F. KERNALGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, n° 116, p. 263.

jurisprudence par la mise à mort de celle-ci compense la perte de sécurité juridique qui s'en suivrait. La remise en cause de certaines prévisions par les revirements ne saurait justifier un système qui empêcherait toute prévision.

331. Inscription de la loi supplétive dans le contrat. Enfin, il est possible de conseiller aux parties à un contrat d'y inscrire la règle émanant d'une loi supplétive. Ce qui est d'ordinaire inutile pourrait s'avérer utile si la loi venait à changer par l'effet d'une nouvelle interprétation jurisprudentielle. La clause deviendrait ainsi *contra legem*, ce qui n'est pas gênant tant que la règle demeure supplétive. Le remède a cependant une portée limitée et n'empêchera pas la jurisprudence soit de trouver le moyen d'écarter la clause soit de déclarer la nouvelle règle d'ordre public¹.

332. Moyens à envisager. Roubier constatait que, confronté à la rétroactivité de la loi, le législateur pouvait mettre en place, au profit des victimes de l'insécurité juridique, une indemnisation financée par les bénéficiaires de la réforme ou par l'Etat². En ce qui concerne la rétroactivité jurisprudentielle, la doctrine ne semble pas avoir retenu l'idée d'une indemnisation. Il convient pourtant de l'envisager, tout en repoussant son étude à plus tard, puisqu'elle ne permet pas à proprement parler de lutter contre la rétroactivité³. En effet, l'indemnisation rend inoffensive la rétroactivité, mais elle ne permet pas lutter véritablement contre le problème, à savoir celui de l'effet de surprise produit par la rétroactivité, dont on rappellera que le fondement se trouve dans la sortie du juge de son office⁴. Quant à la prescription, si elle est utile en ce qu'un bref délai évite les remises en cause tardive et protège de la rétroactivité, elle ne sera pas envisagée ici non plus⁵.

L'objet des développements sera ici de voir si les techniques proposées au juge pour lutter contre la rétroactivité de la jurisprudence, au nom de la sécurité juridique, sont réellement efficaces à l'aune de ce critère.

Doivent être écartées les différentes méthodes d'annonce du revirement ou d'innovation jurisprudentielle (chapitre 1), ainsi que la plupart des méthodes de

¹ Pour la transformation d'une règle supplétive en règle d'ordre public : Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012, n° 11-13.791, *Bull. civ.*, n° 56, *JCP*, 2012, note 607, C. BRENNER ; *D.* 2013, p. 1386 et s., A. POSEZ ; *RTD civ.* 2013, p. 300 et s., J. HAUSER. Comp. précédemment Cass. 1^{re} civ. 13 déc. 2005, n° 02-14.135, *Bull. civ.*, n° 491. La portée de l'arrêt de 2012 est douteuse. En effet, l'arrêt est publié, mais seul l'arrêt de 2005 est mentionné au *Rapport annuel* de 2013 (p. 271), consacré pourtant à l'ordre public.

² P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, n° 33, p. 156 et s.

³ Cf. *infra*, n° 525 et s.

⁴ Cf. *supra*, Partie II, spéc., n° 304 et s.

⁵ Elle ne sera d'ailleurs que mentionnée pour les raisons indiquées *infra*, n° 524.

modulation dans le temps (chapitre 2), avant d'examiner les recours à la loi par le juge (Chapitre 3).

Chapitre 1 –La contre-productivité des moyens d’annonce

333. Les moyens d’annonce semblent contre-productifs puisqu’annoncer un arrêt apériteur paraît inutile pour lutter contre sa rétroactivité (Section 1) et semble néfaste au regard de la sécurité juridique (Section 2).

Section 1. L’inutilité des moyens d’annonce

334. L’annonce d’un arrêt apériteur. De nombreux moyens existent pour alerter de la survenance d’un revirement ou d’une solution particulièrement innovante tout en préservant plus ou moins les parties au litige. La Cour de cassation peut lancer un indice dans son *Rapport annuel*¹, dans un avis, dans un arrêt rendu sur pourvoi dans l’intérêt de la loi, procéder par voie d’*obiter dictum*, adopter le système des opinions séparées², mettre en œuvre la technique des petits pas ou de l’arrêt blanc. Précisons que l’arrêt blanc peut être défini comme un arrêt qui formule une nouvelle solution dont l’application à l’espèce est indolore : elle emporte les mêmes conséquences que si l’ancienne solution avait été appliquée. L’arrêt blanc, l’*obiter dictum* et l’arrêt rendu sur pourvoi dans l’intérêt de la loi ont ceci en commun de pouvoir changer une règle sans que la rétroactivité juridictionnelle se fasse ressentir puisque, pour les parties au litige, le changement de règle est indolore³. La résistance des juges du fond et les critiques doctrinales devraient également être des indices laissant présager un revirement de jurisprudence⁴.

¹ *Rapport annuel* 1999, p. 428 : « Il convient d’observer que, si cet arrêt maintient pour le passé la solution classique relative à l’incidence des remises gracieuses sur la peine absorbante, il annonce, pour l’avenir, un revirement fondé sur les dispositions du nouveau Code pénal. » Le revirement est annoncé dans l’arrêt mais est explicité dans le rapport. Autre figure : la suggestion d’un changement législatif non prise en compte vaudrait annonce de revirement. Cf. J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11/2001, p. 10 (pagination du document PDF en ligne sur le site du Conseil constitutionnel). Un exemple peut être pris dans le *Rapport annuel* de 1992 suggérant la modification de l’article 25 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence afin de supprimer la présence du rapporteur du Conseil de la concurrence au délibéré de ce dernier, puisque ce serait contraire à l’article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l’Homme (*Rapport annuel* 1992, p. 19). La suggestion n’ayant pas été suivie, la Cour de cassation opérera elle-même la suppression (Cass. com., 5 oct. 1999, *Bull. civ.*, n° 158, CCC, 2001, n° 1, chron. 2, p. 7 et s., D. BARTHE). Selon M. HUGLO, *op. cit.*, *loc. cit.*, la Cour de cassation « devait décider, devant l’inaction du législateur et compte tenu du temps écoulé depuis sa mise en garde, de franchir le pas et de déclarer la présence du rapporteur du Conseil de la concurrence au délibéré contraire à l’article 6, § 1, de la convention ».

² Cf. *infra*, n° 483 et s.

³ Ce qui n’est pas le cas avec la technique des petits pas, laquelle nous apparaît ainsi particulièrement peu recommandable.

⁴ A. LACABARATS, « Point de vue d’un président de chambre à la Cour de cassation », *Repenser le droit transitoire*, dir. G. DRAGO, D. LE PRADO, B. SEILLER, Ph. THERY, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 118-119. *Adde. GAJC*, n° 191, p. 342 et s., spéc. § 4, p. 346-347, à propos de l’arrêt rendu par la Chambre mixte le 6 novembre 1974 en matière d’indexation des rentes viagères.

335. L'inefficacité des moyens d'annonce quant à la rétroactivité. Si les moyens sont nombreux, leur efficacité doit être mise en cause. En effet, en cas de rétroactivité de la règle, les moyens d'annonce sont inutiles puisque de toute façon la règle nouvelle aura vocation à s'appliquer à tous les faits, futurs comme passés. Dès lors, en quoi prévenir que le mal va, inévitablement, survenir, permet d'empêcher la survenance de ce mal ? A quoi bon prévenir le justiciable que ce qu'il a fait il y a deux ans est contraire au droit, quand il est impossible pour lui de revenir sur ce qui a été fait ? L'erreur, invitant à louer l'efficacité des moyens d'annonce, tient en ce raisonnement : puisque la rétroactivité déjoue les prévisions, la solution réside dans la facilitation des prévisions de l'état futur du droit positif. On voit cependant que les deux éléments ne sont pas du tout sur le même plan, puisque ce qui est reproché à la rétroactivité n'est pas d'empêcher de faire des prévisions, auquel cas les moyens d'annonce seraient utiles, mais de contredire des prévisions qui ont été faites.

336. Exemple tiré du quotidien. Afin de bien percevoir l'effet de la rétroactivité, un exemple peut être pris de la traversée du passage piéton. Pendant que la personne traverse, on peut la prévenir que le feu va passer du vert au rouge, par le clignotement du signal vert par exemple. Ainsi, la personne courra afin d'abrèger sa traversée. Une fois arrivée, le feu passe au rouge. Si la règle est d'application immédiate, le fait de prévenir le piéton a joué un rôle indéniable, en permettant à la personne de se mettre à l'abri de la règle nouvelle : le feu rouge et l'interdiction de traverser dans notre exemple. En revanche, prévenir du changement est strictement inutile si la règle est appliquée rétroactivement, puisque la situation sera réexaminée sous l'angle de la règle nouvelle : la traversée sera revue comme ayant été faite avec un signal rouge depuis le début.

Ainsi, la rétroactivité produisant ses effets sur les situations intervenues depuis l'annonce de ce revirement, mais également sur les situations constituées antérieurement, annoncer un revirement est totalement vain tant que demeure sa rétroactivité. La critique à faire des moyens d'annonce est donc radicale : ils sont littéralement inutiles¹. Personne ne songe d'ailleurs à développer des moyens d'annonces pour lutter contre la rétroactivité de la loi. A cette inutilité s'adjoint une nocivité des moyens d'annonce.

¹ Comp. « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

Section 2. La nocivité des moyens d'annonce.

337. L'introduction d'un doute sur l'état du droit positif. Par ailleurs, les moyens d'annoncer un arrêt apériteur, par l'introduction d'une nouvelle touche à l'état du droit positif, sans en modifier totalement la couleur, introduisent un doute quant au maintien de cet état. En cela, annoncer un changement, qui demeure incertain, porte atteinte à la sécurité juridique.

Par exemple, la méthode des petits pas, qui consiste à arriver au revirement petit à petit, par une succession d'arrêts modifiant pas à pas l'état du droit positif, n'est pas d'une grande efficacité. Comment, en effet, distinguer entre les arrêts d'espèce, ceux qui ne font que résoudre un point particulier et isolé, et ceux qui effectivement ont vocation à annoncer une nouvelle solution ?

L'idée est la même concernant l'*obiter dictum*. L'*obiter dictum* est une règle de droit énoncée lors d'une décision, n'ayant cependant pas de lien direct avec les faits du litige dont il est question : elle est inutile à la résolution du litige. L'*obiter dictum* permet ainsi d'annoncer une nouvelle règle, dans un arrêt, sans que la Cour ait été saisie du problème auquel l'*obiter dictum* répond. C'est d'ailleurs la raison qui a poussé la Cour de cassation à énoncer un *obiter dictum* dans un arrêt du 20 mai 1969¹, l'avocat général ayant insisté sur le fait que personne n'osait plus saisir la Cour de cassation quant au point de droit à faire évoluer². Force est de constater que la technique de l'*obiter dictum* peut nuire à la sécurité juridique. En effet, la distinction entre ce qui relève de la simple précision et entre ce qui doit être pris en compte comme une nouvelle règle est un réel problème : le repérage de la nouvelle norme portée par l'*obiter dictum* peut s'avérer peu évident. Dans un arrêt de 1998³, l'emploi de l'adverbe « exactement » a ainsi pu faire débat, la doctrine ne sachant s'il fallait y voir le signe annonciateur d'un revirement ou une simple erreur de plume⁴.

¹ Cass. 1^{re} Civ., 20 mai 1969, *Bull. civ.*, n° 193, *D.* 1969, p. 429 et s., concl. R. LINDON ; *RTD civ.* 1969, p. 607 et s., P. HEBRAUD, P. RAYNAUD ; *GAJC*, n° 49, p. 345 et s.

² Concl. R. LINDON, préc., p. 431 : « Or, précisément, la question dont nous parlons, vous la posera-t-on avant longtemps ? Depuis votre arrêt de 1959, il n'y a pas de praticien, dans la province la plus reculée, qui ne sache que vous refusez le bénéfice de l'art. 342, al. 2, aux enfants naturels simples. Si une cliente vient le consulter et qu'il apparait que l'on ne peut recourir à l'art. 340, comment pourrait-il encourager un procès, coûteux comme tous les procès, et voué à l'échec ? Ainsi [...] si vous ne sortez pas du moyen, il n'y aura pas avant longtemps de pourvoi qui vous offre l'occasion de statuer sur l'application de l'art. 342, al. 2, aux enfants naturels simples ».

³ Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, *RCDIP* 1999, p. 509 et s., Y. LEQUETTE.

⁴ Il s'est avéré que c'était une erreur de plume. Cf. Y. LEQUETTE, art. préc., note 2 : « Dans sa version initiale l'arrêt employait l'adverbe "exactement", ce qui pouvait être compris comme le signe annonciateur d'un revirement de jurisprudence conduisant au contrôle de l'interprétation de la loi étrangère par les hauts magistrats (B. Fauvarque-Cosson, *D.* 1999, p. 51, n° 1). L'introduction du contrôle de la dénaturation de la loi étrangère n'avait-elle pas été annoncée par de tels signes, notamment avec les arrêts *Moens* (Civ. 1^{re}, 4 nov. 1958, cette Revue, 1959.303, note Ph. Francescakis) et *Consorts Liou-Sang* (Civ. 1^{re}, 13 juin 1960, cette Revue, 1961.540, note Jambu-Merlin) ? [...] Il s'agissait d'une... erreur de plume qui a ultérieurement fait l'objet d'une procédure en rectification. » *Adde.* N.

Faute de moyen réellement efficace pour annoncer un changement de jurisprudence, la Cour de cassation ne peut qu'introduire des doutes quant à l'état du droit positif et quant à sa volonté de maintenir telle ou telle solution. Les moyens d'annoncer un arrêt apériteur ne permettent donc pas d'établir efficacement des prévisions.

Conclusion du Chapitre

338. Les moyens d'annonce d'une modification jurisprudentielle se révèlent largement inutiles, en ce qu'ils ne permettent pas de limiter la rétroactivité de la nouvelle règle à venir ; ils ne sont efficaces qu'en cas d'application immédiate de la règle de droit, auquel cas il faudrait en outre parvenir à fixer une date opportune d'entrée en vigueur de la nouvelle règle jurisprudentielle. De plus, il est toujours délicat de distinguer *a priori* ce qui constitue véritablement une annonce d'une simple exception, et la confirmation du changement annoncé peut être tardive, la Cour de cassation ne pouvant s'autosaisir. Les moyens d'annonce sont donc eux-mêmes facteurs d'insécurité juridique en ce qu'ils limitent, paradoxalement, la possibilité d'établir des prévisions. Ils sont donc contre-productifs.

L'enseignement est clair : il faut agir directement sur la rétroactivité. La modulation est-elle pour autant la panacée ?

Chapitre 2 – La modulation de la rétroactivité

339. Puisqu'il est vain de chercher à annoncer un revirement qui sera, de toute façon, rétroactif, il apparaît nécessaire d'agir sur la rétroactivité elle-même. C'est ainsi que la question de la modulation vient à se poser. Comme énoncé précédemment¹, la modulation sera définie comme la technique qui consiste à modifier de quelque manière que ce soit l'application normalement rétroactive de la règle de droit créée. Il y a modulation dès que le régime de la rétroactivité jurisprudentielle se distingue de celui de la déclarativité.

Il est possible de distinguer la modulation de la rétroactivité jurisprudentielle de la modulation de la rétroactivité juridictionnelle. La rétroactivité jurisprudentielle est la rétroactivité de la règle créée par le juge. Moduler cette rétroactivité, c'est refuser que la règle s'applique à des faits survenus avant la date du revirement². La rétroactivité juridictionnelle correspond quant à elle à l'application au litige de la règle rétroactive. Moduler une telle rétroactivité, c'est refuser d'appliquer la nouvelle règle aux faits qui ont donné lieu au litige ayant permis à la Cour de cassation de poser cette règle³. Sera présentée en premier lieu l'alternance des modulations, c'est-à-dire le choix par le juge de moduler soit la rétroactivité jurisprudentielle, soit la rétroactivité juridictionnelle (Section 1), puis, en second lieu, sera examiné le cumul des modulations, c'est-à-dire la création par le juge d'une règle qui ne serait absolument pas rétroactive (Section 2).

Section 1. L'alternance des modulations

340. Il est possible soit d'intervenir uniquement sur la rétroactivité jurisprudentielle (§ 1), en appliquant tout de même la nouvelle solution au litige (maintien de la rétroactivité juridictionnelle), soit d'intervenir sur la rétroactivité juridictionnelle uniquement en choisissant de ne pas appliquer la nouvelle solution au litige, tout en maintenant la rétroactivité jurisprudentielle pour les autres litiges (§ 2).

¹ *Supra*, n° 39.

² Les exceptions à l'application rétroactive de la jurisprudence mentionnées *supra*, n° 197 et s. et n° 203 et s., sont donc en ce sens des modulations de la rétroactivité jurisprudentielle.

³ Rappelons que la rétroactivité juridictionnelle n'est que la mise en œuvre pour le litige dont est saisi le juge de la rétroactivité jurisprudentielle ; c'est une partie de la rétroactivité jurisprudentielle, mais une partie spéciale en ce qu'elle correspond à l'application de la règle au litige qui a permis de poser cette règle. C'est pourquoi il est permis de distinguer ces deux rétroactivités. Sur la distinction, *adde. supra*, n° 216 et n° 226 et s.

**§ 1. La modulation de la rétroactivité jurisprudentielle
uniquement**

341. La modulation de la rétroactivité jurisprudentielle peut être totale (A) ou partielle (B).

**A. La modulation totale de la rétroactivité
jurisprudentielle**

342. A la présentation théorique (1) succéderont la mise en avant des manifestations pratiques du phénomène (2) et l'appréciation de cette technique au regard de la sécurité juridique (3).

1. Présentation théorique

343. Les trois éléments de la modulation. Il est possible de maintenir la rétroactivité juridictionnelle, et d'exclure toute rétroactivité jurisprudentielle. Dans ce cas de figure, la solution nouvelle s'applique au litige qu'elle résout, puis n'aura vocation à être à nouveau appliquée que pour les situations constituées après la date de la décision, voire à une date ultérieure. Pour les situations constituées avant la date de l'arrêt, la solution ancienne devra être appliquée à nouveau. En somme la solution nouvelle sera appliquée au litige qui lui a permis d'être exprimée, puis, ne sera à nouveau appliquée que pour les situations prenant naissance après la date de son édicton. Il y a donc, dans ce cas de figure, trois éléments : l'édiction de la règle nouvelle rétroactive appliquée à l'espèce (la rétroactivité est totale), un effacement rétroactif de la règle nouvelle (suppression de la rétroactivité jurisprudentielle de la règle) pour ne conserver qu'une application pour l'avenir de la règle nouvelle. Au final, la règle ancienne s'applique jusqu'à l'entrée en vigueur de la règle nouvelle, laquelle a déjà fait l'objet d'une application ponctuelle.

2. Pratique de la Cour de cassation

344. La jurisprudence donne des exemples de cette modulation jurisprudentielle totale, avec toutefois le maintien de la rétroactivité juridictionnelle. Comment a-t-elle procédé pour opérer un revirement et ne l'appliquer qu'à l'espèce qui lui était soumise ? Il lui a été possible de le faire en opérant un revirement sur un revirement. Dans ce cas, le second revirement vient

« effacer » le premier, dont l'application particulière n'est cependant pas remise en cause. Le tout, intervenant dans un contexte où une loi allait survenir par la suite pour reprendre plus ou moins la solution du premier revirement, celui dont la rétroactivité a été effacée. C'est ce qui se pourrait se produire à la suite d'un revirement d'anticipation (a), c'est ce qui se produit à la suite d'un arrêt de provocation (b). Dans les deux cas, la solution nouvelle est appliquée au cas jugé, puis effacée, avant que n'entre en vigueur la loi prônant la solution nouvelle. On retrouve les trois éléments énoncés précédemment : édicition rétroactive, effacement rétroactif, existence de la règle nouvelle pour l'avenir. C'est dans cet effacement que réside la modulation, suppression volontaire et rétroactive de la règle nouvelle qui était elle-même rétroactive.

a. Revirement suite à un revirement d'anticipation

345. Définition. Rappel. Le revirement d'anticipation est utilisé lorsqu'une loi porte une solution incompatible avec la jurisprudence établie de la Cour de cassation. Il consiste pour la Cour de cassation à précipiter l'entrée en vigueur d'une loi en opérant un revirement de jurisprudence. Le procédé entre donc en contradiction avec l'article 2 du Code civil et, le cas échéant, avec les dispositions transitoires de la loi nouvelle. En cela, il paraît inopportun¹.

346. Avertissement. Peut-être la Cour de cassation a-t-elle pu être effrayée par ses propres audaces. L'exemple qui suivra, tiré de l'affaire *Law King*, a été mis en avant par un auteur pour démontrer que certains revirements d'anticipation n'ont été appliqués qu'une fois². En d'autres termes, la nouvelle solution, prônée par la loi, est posée par un revirement d'anticipation dont la rétroactivité sera supprimée par un autre revirement, venant anéantir le revirement d'anticipation. Ainsi, la règle nouvelle aura été appliquée rétroactivement avec le revirement d'anticipation, la rétroactivité aura été supprimée par un revirement postérieur et, enfin, la règle nouvelle sera appliquée avec l'entrée en vigueur de la loi. On retrouve bien là les trois éléments de la modulation totale de la rétroactivité jurisprudentielle.

¹ Cf. *supra*, n° 322.

² T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, n° 175, p. 342 et s. et n° 176, p. 346 et s. L'auteur donne un autre exemple dans le domaine de la responsabilité du fait des produits défectueux. Ici encore l'exemple n'est pas totalement convaincant, l'arrêt étant censé limiter le revirement d'anticipation étant un arrêt certes commenté par un auteur, mais non publié. Il vaudrait mieux y voir deux décisions d'espèce, plutôt que deux arrêts faisant respectivement naître puis disparaître une jurisprudence.

Si, concernant l'affaire *Law King*, nous nous séparons de l'analyse faite par l'auteur, la séquence jurisprudentielle mérite cependant d'être mentionnée. D'une part parce que la lecture qui en est faite ici n'est pas partagée, d'autre part et surtout, parce qu'il est possible que ce schéma soit survenu ou survienne à l'avenir ; auquel cas il est utile de pouvoir l'identifier rapidement pour en déduire au plus vite l'état du droit positif¹.

347. Le droit de la filiation à l'épreuve des revirements d'anticipation.

Le revirement d'anticipation dont il est question est l'arrêt *Law King* rendu le 9 juillet 1982 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, en matière de droit de la filiation².

348. La loi applicable. L'affaire est complexe car est en jeu une question de conflits de la loi dans le temps. La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation³ ne prévoyait pas expressément la possibilité d'établir une filiation naturelle par la possession d'état. La loi était entrée en vigueur le 1^{er} août 1972⁴. Elle s'appliquait aux enfants nés avant cette date⁵ mais ne pouvait avoir d'incidence sur les successions ouvertes avant le 1^{er} août 1972⁶. Fut votée la loi du 25 juin 1982, offrant la possibilité d'établir la filiation naturelle par possession d'état. La possession d'état, à elle seule, pouvait désormais permettre l'établissement de la filiation naturelle. Manifestement, la loi de 1982 était interprétative de celle de 1972⁷. Dès lors, elle devait être appliquée rétroactivement, mais dans les limites des dispositions transitoires de la loi de 1972. En effet, si la loi de 1982 interprète celle de 1972, elle ne saurait en modifier les dispositions transitoires. Comme le remarque M. Théry, « parce que la loi est interprétative, elle ne peut s'appliquer indépendamment de la loi interprétée ; c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée

¹ Une telle possibilité est relativement faible cependant : le but du revirement d'anticipation étant justement de faire entrer en vigueur une réforme de manière rétroactive, il est peu probable que la Cour de cassation se déjuge par la suite.

² Cass. Ass. plén., 9 juill. 1982, n° 80-17.084, Bull. Ass. plén., n° 4, *JCP* 1983, II, 19993, concl. J. CABANNES ; Ph. THERY, « La possession d'état d'enfant naturel : état de grâce ou illusion ? », *JCP* 1984, I, 3135 ; *GAJC*, n° 45-46, p. 320 et s. *Adde.* P. GERBAY, « Law-King (la loi sur la filiation revue et corrigée par la Cour de cassation) », *La Cour de cassation, l'Université et le Droit. Etudes en l'honneur de André Ponsard*, Litec, 2003, p. 167 et s.

³ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

⁴ Art. 11 de la loi.

⁵ Art. 12 de la loi.

⁶ Art. 14 de la loi.

⁷ Cf. les propos de Jean Foyer, rapportés dans les conclusions de J. CABANNES, préc. : « La proposition de loi que j'ai l'honneur de vous rapporter au nom de votre commission des lois est l'exemple même de la proposition de loi interprétative. Elle n'a, en effet, ni d'autre portée, ni d'autre sens que de vous inviter à confirmer et à expliciter la volonté qui avait été celle du législateur lorsque, par la loi du 3 janvier 1972, il avait réécrit le titre de la filiation. Il s'agit très précisément du rôle de la possession d'état en tant que mode de preuve de la filiation paternelle naturelle. » *Adde.* Ph. THERY, « La possession d'état d'enfant naturel : état de grâce ou illusion ? », *JCP* 1984, I, 3135.

que dans une succession ouverte après le 1^{er} août 1972¹ ». Par ailleurs, la loi de 1982 limitait sa rétroactivité naturelle, qu'il conviendrait d'appeler déclarativité, puisque son article 2 disposait que les enfants naturels ne peuvent s'en prévaloir dans les successions déjà liquidée. Dès lors, si l'on combine les dispositions transitoires des deux lois, l'enfant naturel pouvait établir sa filiation par possession d'état, dans le but d'hériter, si la succession avait été ouverte après le 1^{er} août 1972 et si elle n'avait pas déjà été liquidée.

349. L'affaire *Law King*. Dans l'affaire *Law King*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation accueille l'action en établissement de la filiation naturelle par la possession d'état, conformément à la nouvelle loi². La loi de 1982 avait vocation à s'appliquer puisque la succession n'était pas liquidée et avait été ouverte le 29 novembre 1972, soit après le 1^{er} août 1972. Toutefois, l'arrêt se fonda sur le sens de « l'article 334-8 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 25 juin 1982 ». Ce faisant, en appliquant l'ancien droit, la Cour de cassation opérait un revirement d'anticipation. Revirement, puisque désormais la loi de 1972 était interprétée comme permettant l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état, solution que ne retenait pas auparavant la Cour de cassation. D'anticipation, car la Cour de cassation n'appliquait pas la loi de 1982, elle rejetait son caractère interprétatif, mais rendait un arrêt parfaitement conforme à celle-ci. Elle anticipait sur l'état futur du droit positif.

350. L'éviction de l'arrêt *Law King*. La jurisprudence issue du revirement allait-elle produire tous ses effets ? Selon un auteur, « seul l'enfant naturel de sieur *Law King* aura finalement profité du revirement³ ». La rétroactivité jurisprudentielle aurait donc été totalement supprimée par la suite. En effet, l'arrêt de la première chambre civile, rendu le 27 janvier 1987⁴, serait venu limiter la portée du revirement d'anticipation. Dans cette espèce, la Cour de cassation visa « l'art. 334-8 C. civ., dans la rédaction de la loi n° 82-536 du 25 juin 1982, ensemble l'art. 2 de cette loi⁵. » Tandis que l'arrêt *Law King* avait écarté la loi de

¹ Ph. THERY, art. préc., n° 7. C'est l'article 14 de la loi de 1972 qui précise que « les droits successoraux institués par la présente loi ou résultant des règles nouvelles concernant l'établissement de la filiation ne pourront être exercés dans les successions ouvertes avant son entrée en vigueur. »

² Loi n° 82-536 du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 du code civil relatif à l'établissement de la filiation naturelle.

³ Th. PIAZZON, thèse préc., n° 175, p. 343. Notons que deux arrêts ont cependant retenu la solution de l'arrêt *Law King* : Cass. 1^{re} civ., 1 déc. 1982, n° 81-12.706, *Bull. civ.*, n° 347, *D.* 1983, jur. p. 573, E. AGOSTINI ; Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 1982, n° 81-15.741, *Bull. civ.*, n° 352, cité par Ph. THERY, *JCP* 1984, I, 3135, n° 12 et note n° 28.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1987, n° 85-13.686, *Bull. civ.* n° 35, *D.* 1987, jur. p. 378 et s., J. MASSIP ; *RTD civ.* 1988, p. 152 et s., J. PATARIN.

⁵ Art. 2 disposant que « les dispositions de la présente loi sont applicables aux enfants naturels nés avant son entrée en vigueur. Ceci ne pourront néanmoins demander à s'en prévaloir dans les successions déjà liquidées. »

1982, l'arrêt de 1987 l'appliqua. La solution posée ne tenait donc absolument pas compte de celle de l'arrêt *Law King*, ce qui laisse l'impression d'un arrêt combattant le revirement d'anticipation.

351. le maintien de la solution posée. Il convient de se poser la question suivante : pourquoi la Cour de cassation s'est-elle appuyée cette fois-ci sur la loi de 1982 ? Était-ce réellement pour combattre la rétroactivité de l'arrêt *Law King* ? Il semblerait que non. Si la Cour de cassation appliquait la loi de 1982, c'était pour passer outre la limite des dispositions transitoires de la loi de 1972. En l'espèce, la succession avait été ouverte le 22 novembre 1943, soit avant le 1^{er} août 1972, date d'entrée en vigueur de la loi de 1972. Ni la loi de 1972, ni, par conséquent, l'interprétation faite par l'arrêt *Law King* de cette loi, ne pouvaient jouer. Dès lors, la Cour de cassation choisit d'appliquer purement et simplement la loi de 1982 : c'était pour passer outre les mesures transitoires de la loi de 1972 que la Cour de cassation visait cette fois-ci la loi de 1982. Ignorant une fois de plus le caractère interprétatif de la loi de 1982, la Cour de cassation évinça totalement la loi de 1972, comme si elle avait été abrogée par celle de 1982. La Cour ne retint donc comme mesure de droit transitoire que celle de la loi de 1982 : la loi s'appliquait à toutes les successions, sauf si elles avaient déjà été liquidées. Peu importait alors la date d'ouverture de la succession, critère exigé par la loi de 1972.

Il est possible d'en déduire que l'arrêt du 27 janvier 1987 avait pour objet de **permettre** l'action de l'enfant. Autrement dit, la décision de 1987 participait de **la même inspiration** que l'arrêt *Law King*, à savoir la volonté d'établir le lien de filiation de l'enfant. C'est la raison pour laquelle il nous semble douteux d'affirmer que « la Cour de cassation n'a pas admis que les dispositions transitoires expresses de la loi du 25 juin 1982 soient ainsi neutralisées au détriment de la sécurité juridique¹ ». La sécurité juridique n'aurait-elle pas commandé de limiter au contraire les actions en établissement de la filiation naturelle devenues, rétroactivement, possibles ? Retenons toutefois que l'hypothèse pourrait exister : un revirement peut venir effacer la rétroactivité d'un précédent revirement. L'hypothèse se vérifie d'ailleurs avec l'arrêt de provocation.

¹ T. PIAZZON, *op. cit.*, *loc. cit.*

b. Revirement suite à un arrêt de provocation

352. Présentation. L'arrêt de provocation consiste, pour la Cour de cassation, à rendre une solution inacceptable dans ses conséquences¹ afin de provoquer une réaction de la part du législateur. Une fois la loi obtenue, la Cour de cassation applique à nouveau son ancienne jurisprudence en opérant un revirement. Ainsi, d'une part, la rétroactivité jurisprudentielle est supprimée et, d'autre part, l'article 2 du Code civil et les dispositions transitoires de la loi nouvelle sont respectées.

353. Exemple. L'exemple le plus connu d'une telle séquence jurisprudentielle est l'arrêt *Desmares*², rendu par la Cour de cassation afin de provoquer une réforme en matière d'accidents de la circulation. Le moyen de provoquer la réforme fut de limiter le rôle exonératoire de la faute de la victime, qui ne devait jouer que si celle-ci avait les caractéristiques de la force majeure. Une fois la loi votée³, la Cour de cassation est revenue à son ancienne jurisprudence, celle précédant l'arrêt de provocation, s'agissant de faits non couverts par la loi nouvelle⁴.

354. Rétroactivité sur rétroactivité vaut. Nous voyons dans cette hypothèse qu'il est possible de limiter la rétroactivité d'un revirement par la survenance d'un revirement postérieur. La rétroactivité jurisprudentielle de ce dernier va venir couvrir celle du premier, laissant intacte uniquement la solution posée par l'arrêt de provocation, et éventuellement celles d'arrêts survenus entre-temps. La limitation de la rétroactivité jurisprudentielle est alors totale, ou presque, et parfaitement volontaire.

3. Appréciation

355. Le sacrifice d'une partie. Que penser de ces revirements venant effacer un précédent revirement ? Que penser de cette modulation totale de la rétroactivité jurisprudentielle ? Force est de constater que malgré la modulation de la rétroactivité jurisprudentielle, une partie, au moins, est tout de même sacrifiée

¹ Caractéristique qui distingue l'arrêt de provocation d'autres créations jurisprudentielles devant pallier les lacunes de la loi. Cf. F. POLLAUD-DULIAN, « L'appel à la réforme législative selon la Cour de cassation », *RRJ* 2002, p. 1145 et s.

² Cass. 2^e civ., 21 juill. 1982, *GAJC*, n^o 211-213, p. 428 et s. Il s'agit ici d'un revirement. V. *GAJC*, p. 435.

³ Loi n^o 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, dite « loi Badinter ».

⁴ Cass. 2^e civ., 6 avr. 1987, *GAJC*, n^o 211-213, p. 428 et s.

sur le plan de la sécurité juridique, à savoir celle qui perd son procès lors de l'arrêt apériteur. De plus, la faveur faite à la partie qui obtient le revirement est difficilement justifiable puisque, lorsqu'il s'agit d'un arrêt de provocation, la solution n'est pas rendue dans un souci d'amélioration de sa situation, mais dans un souci de provoquer une intervention du législateur. L'atteinte à la sécurité juridique du perdant n'est donc pas contrebalancée par le souci de justice, souci propre à justifier les revirements de jurisprudence.

356. Difficulté de mise en œuvre. De plus, la technique du revirement sur un revirement est peu aisée à mettre en œuvre. Le juge ne pouvant s'autosaisir, il n'est jamais certain qu'il ait un jour l'occasion de revenir sur un de ses revirements¹.

357. Conclusion. La modulation totale de la rétroactivité jurisprudentielle est donc réalisée parfois par la Cour de cassation, lorsqu'elle opère un revirement sur un précédent arrêt apériteur. Il n'en demeure pas moins que, d'un maniement peu aisé, cette technique sacrifie un plaideur sur le plan de la sécurité juridique. La modulation jurisprudentielle totale n'est donc pas la panacée. *A fortiori* en est-il de même pour la modulation limitée de la rétroactivité jurisprudentielle.

B. La modulation limitée de la rétroactivité jurisprudentielle

358. Présentation. Nous venons d'envisager des cas où la règle dégagée ne devait s'appliquer qu'à l'espèce lui permettant d'être exprimée, avant d'être à nouveau applicable, plus tard. Il est également possible, cependant, d'appliquer la solution non seulement à l'espèce mais aussi aux instances en cours au jour de l'arrêt apériteur. Cette fois-ci, plusieurs bandes de temps se succèdent : la règle ancienne, la règle nouvelle, appliquée en fonction de la date du procès, à nouveau la règle ancienne pour les litiges qui sont nés de situations constituées avant la date de l'arrêt de revirement ou novateur, puis la règle nouvelle pour les situations nées après son édicton.

359. Exemple. Soit un revirement intervenu le 1^{er} janvier 2000, à propos de faits datant de 1998. Les instances en cours à ce moment se verront appliquer la

¹ Touffait évoque un cas où la Cour de cassation a dû attendre vingt-deux ans pour pouvoir unifier sa jurisprudence en matière de résiliation judiciaire d'un contrat de travail d'un représentant du personnel. Cf. A. TOUFFAIT, *D.* 1974, jur. p. 593, 2^e col.

nouvelle règle, peu important la date des faits ayant donné lieu à ces litiges : 1990, 1995, 1997, 1998... Pourtant, en 2001, pour des faits également survenus en 1990, ou 1995, ou 1997... ou à une toute autre date située avant le 1^{er} janvier 2000, le juge devra à nouveau appliquer l'ancienne règle. La nouvelle règle ne jouera que pour les litiges dont les faits sont survenus après le 1^{er} janvier 2000. Ainsi, pour deux situations constituées à la même période, disons 1997, la solution variera selon que le litige est en cours le 1^{er} janvier 2000 ou n'a pas encore été introduit en justice. Pour résumer, la règle ancienne devra s'appliquer à **tous les faits** survenus avant le 1^{er} janvier 2000. Dans cette période, la règle nouvelle sera cependant appliquée **aux procès** en cours au 1^{er} janvier 2000.

360. Appréciation. Contre la modulation partielle. Une telle modulation n'est pas sans soutiens. En jurisprudence, c'est la technique qu'a pu retenir le Conseil d'Etat¹ et que pratique la Cour de justice de l'Union européenne². Du côté des professionnels, une telle modulation semble avoir la faveur du MEDEF³. Comment justifier que la nouvelle règle doive s'appliquer aux procès en cours, mais pas à ceux qui suivent ? La justification pourrait être la suivante : la nouvelle règle est appliquée aux faits de l'arrêt apériteur pour récompenser, en quelque sorte, le plaideur. Puis, par souci d'égalité, la nouvelle règle est appliquée aux litiges en cours.

On pourrait s'interroger sur les fondements de cette modulation : le plaideur qui obtient le revirement mérite-t-il plus d'égards que celui qui s'était, à juste titre, fondé sur le droit antérieur ? Le principe d'égalité impose-t-il vraiment d'appliquer une solution nouvelle à des situations qui ne doivent qu'au hasard d'être des litiges en cours ? Héron avait bien montré l'étrangeté qu'il y a à traiter de la même manière des personnes que seul le hasard réunit *via* le critère du procès en cours⁴. Une telle modulation, invitant à distinguer au final pas moins de trois périodes d'application de la règle dans le temps, n'est pas forcément porteuse de sécurité juridique. En effet, certains justiciables voient tout de même leurs

¹ CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Sté Tropic travaux signalisation*, JCP 2007, II, 10160, B. SEILLER ; GAJA, n° 113, p. 906 : « Eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ». Comp. CE, 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens dentistes*, qui décide de ne pas appliquer la nouvelle règle au litige (GAJA, p. 909). Il semblerait que le Conseil d'Etat ne se soit pas encore donné de directives précises en la matière. S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011, n° 765 et s., p. 598 et s.

² C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'union européenne*, LexisNexis, coll. Manuel, 5^e éd., 2013, n° 978, p. 725-726.

³ Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 147, avec la proposition du texte, p. 149.

⁴ J. HERON, « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, n° 36, p. 302.

prévisions remises en cause par le revirement : ceux, précisément, qui ont leur instance en cours au moment du revirement. Par ailleurs, la primauté accordée à l'exercice de l'action en justice sur la date de constitution de la situation semble faire dépendre le contenu du droit substantiel de l'exercice du droit d'action, ce que rien n'impose¹. Il paraît regrettable de les lier aussi fortement. On comprend alors que la doctrine ait pu conseiller au juge de ne pas retenir la modulation partielle de la rétroactivité jurisprudentielle².

361. Conclusion du paragraphe. Toutes les tentatives de modulation de la rétroactivité jurisprudentielle paraissent présenter deux défauts. Elles sont, d'une part, globalement peu aisées à mettre en œuvre, et, d'autre part, elles pénalisent toujours *a minima* le plaideur de l'affaire donnant lieu à l'arrêt apériteur. C'est d'ailleurs pour préserver ce plaideur que fut mise en place la modulation de la rétroactivité juridictionnelle.

§ 2. La modulation de la rétroactivité juridictionnelle uniquement

362. Présentation. Afin de protéger le plaideur qui devrait perdre son procès en cas d'arrêt apériteur, le juge peut décider de poser la nouvelle règle, de ne pas l'appliquer à l'espèce, tout en décidant qu'elle s'appliquera à tous les autres litiges. Ainsi, le juge n'applique pas la règle au litige, il n'y a pas de rétroactivité juridictionnelle, mais il l'appliquera pour tous ceux qu'il aura à trancher ensuite, il y a une rétroactivité jurisprudentielle.

363. Exemples tirés de la technique de cassation : faiblesses de l'*obiter dictum* et de l'arrêt blanc. Avec la technique de l'*obiter dictum*, la Cour de cassation énonce une règle lors d'un litige qui n'est pas concerné par l'application de celle-ci. Avec la technique de l'arrêt blanc, la Cour de cassation applique la nouvelle règle, mais dans une espèce où, que l'on applique l'ancienne ou la nouvelle règle, la solution aurait été la même. Ainsi, les méthodes de l'*obiter dictum* et de l'arrêt blanc ménagent les parties au litige ayant donné lieu à l'arrêt énonçant et annonçant la nouvelle solution. En revanche, lors d'un arrêt postérieur,

¹ Sur la distinction entre le droit substantiel et le droit d'action, cf. H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, t. 9, Sirey, 1964, p. 215 et s. ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 8^e éd., 2013, n° 327, p. 243.

² Cf. « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 43. Comp. P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 28-29.

qui pourra tout à fait porter sur des faits antérieurs à ceux ayant donné lieu à l'arrêt blanc ou à l'*obiter dictum*, la rétroactivité de la règle dégagée précédemment jouera. Pour le dire autrement, la rétroactivité juridictionnelle est paralysée, mais la rétroactivité jurisprudentielle demeure. Notons que le raisonnement serait exactement le même si la Cour de cassation voulait opérer un revirement dans un arrêt rendu suite à un pourvoi effectué dans l'intérêt de la loi. L'éventuelle cassation n'est platonique que pour les parties aux litiges, mais, ensuite, la règle dégagée s'applique à tous de manière rétroactive.

364. La solution du Rapport Molfessis. C'est peut-être ce type de modulation, à savoir la modulation de la rétroactivité juridictionnelle uniquement, que propose de mettre en place le Rapport Molfessis. L'absence de rétroactivité juridictionnelle est justifiée par l'absence de spécificité de la situation du plaideur qui obtient le revirement tandis que le maintien de la rétroactivité jurisprudentielle est justifié par le respect de l'article 5 du Code civil. Ces deux éléments suffisent-ils à emporter la conviction ? Le premier peut être discuté quant à son opportunité, le second quant à son efficacité en matière de sécurité juridique.

365. Modulation et sentiment d'injustice. Concernant le premier élément, à savoir l'absence d'application du revirement à l'espèce, selon le Rapport Molfessis, « la situation du plaideur qui obtient le revirement n'est pas particulière. En admettant que la solution consacrée par le revirement doive ne pas être appliquée aux faits qui lui sont antérieurs, et ce pour des raisons de sécurité juridique et de confiance légitime, il devra en être de même à l'égard de la partie qui aura obtenu le revirement¹. » Sur le plan de l'opportunité, cette modulation de la rétroactivité juridictionnelle a pu être critiquée en remarquant que la partie qui a obtenu le revirement, sans qu'il lui soit appliqué, avait raison, mais trop tôt². Le sentiment d'injustice ressenti est exprimé avec éclat par Alceste dans *Le Misanthrope* de Molière : « Cependant je me vois trompé par le succès : / J'ai pour

¹ « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 43. Le caractère non obligatoire du revirement a d'ailleurs été contesté en doctrine : T. REVET, « La légisprudence », *Mélanges offerts à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 389 : « Loin d'établir le caractère non contraignant, pour elle, de l'arrêt portant revirement pour l'avenir, la circonstance que la Cour de cassation peut toujours procéder à un revirement démontre exactement l'inverse : si seul un revirement peut mettre fin à un précédent revirement c'est qu'à défaut de nouveau revirement, le revirement "actuel" est obligatoire. » *Adde.* V. HEUZE, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* 2005, I, 130, n° 10.

² *Cf.* V. DELAPORTE, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 168 ; F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 502 ; J.-L. AUBERT, « Faut-il "moduler" dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ! », *RTD civ.* 2005, p. 302 et s.

moi la justice, et je perds mon procès¹ ! » Ce sentiment d'injustice sera exacerbé si cette partie apprend que, par un arrêt postérieur, la solution issue du revirement est appliquée à une situation constituée antérieurement à celle ayant donné lieu à l'arrêt modulant la rétroactivité juridictionnelle. Schéma tout à fait possible puisque, en principe, la rétroactivité jurisprudentielle demeure². C'est le second élément.

366. Modulation et sécurité juridique. Concernant ce second élément, à savoir l'application de la nouvelle règle lors des procès à venir pour des situations constituées avant le revirement, le Rapport Molfessis n'exclut pas toute rétroactivité jurisprudentielle afin de respecter l'article 5 du Code civil. Ainsi, il est écrit que « la Cour de cassation reste [...] parfaitement libre de ses jugements à venir au point de pouvoir revenir sur la solution retenue – un nouveau revirement – ou de décider autrement de l'application de la solution à la nouvelle espèce. **Pas plus que le revirement lui-même, la modulation dans le temps, dès lors qu'elle ne vaut de façon obligatoire que dans le cadre du litige qui en est l'occasion, ne possède de caractère réglementaire³.** » Un doute est maintenu donc sur la modulation de la rétroactivité proprement jurisprudentielle. Selon le Rapport Molfessis, la Cour de cassation aurait la possibilité de tenir compte de la modulation ou non. Dès lors, sur le plan de la sécurité juridique, le gain risque d'être faible, seule la partie à l'instance étant finalement protégée de la rétroactivité. La modulation n'aura été efficace que pour une seule partie : un îlot de non-rétroactivité dans un océan de rétroactivité⁴.

367. Un simple obiter dictum. Il est alors tout à fait juste de soutenir que la solution préconisée par le rapport « relève d'un raffinement de l'*obiter dictum*. On objectera qu'un *obiter dictum*, comme dans l'arrêt de la première chambre civile du 20 mai 1969, doit demeurer étranger à la question discutée ? Mais, si l'*obiter dictum* est "une incidente ajoutée au raisonnement mais inutile à la solution" (rapport p. 33), en quoi la nouvelle interprétation de [la règle de droit]

¹ MOLIÈRE, *Le Misanthrope*, Acte V, scène 1. On s'est interrogé sur la violation de l'article 4 du Code civil en cas de pareille solution. Cf. X. BACHELLIER, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 307.

² Ce risque avait été mis en avant par A. Legoux dans son avis sous Cass. Ass. plén., 21 oct. 2006, comparant cependant non pas la date des faits mais la date d'introduction de l'instance. Cf. A. Legoux *BICC*, 1^{er} mars 2007, n° 656, p. 46 : « Le fait est là : l'action qui a abouti à la décision de revirement du 8 juillet 2004 a été engagée le 14 février 1997. Dans la présente affaire, l'action a été engagée antérieurement, le 11 avril 1996. Comment pourrait-on redouter de priver la victime d'un procès équitable dans un cas et ne pas le redouter plus encore lorsque le justiciable a engagé son action auparavant ? »

³ Rapport préc., p. 37.

⁴ En ce sens, v. déjà F. KERNALÉGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, n° 116, p. 264.

s'en distingue-t-elle puisqu'il est admis qu'elle n'a pas vocation à s'appliquer au litige, finalement résolu en fonction d'autres considérations ? [...] Pas plus que l'*obiter dictum* classique, la règle nouvelle n'est nécessaire à la solution du litige¹ ». *In fine*, le revirement privé de rétroactivité juridictionnelle uniquement voit son rôle réduit à celui de simple moyen d'annonce, dont on a essayé de montrer la contre-productivité². La modulation de la seule rétroactivité juridictionnelle n'est donc pas une solution satisfaisante à l'insécurité juridique, une seule partie étant protégée de la rétroactivité jurisprudentielle. A moins qu'il ne faille considérer que la modulation doit jouer dès que des prévisions légitimes sont remises en cause. Il s'agit alors d'une modulation au cas par cas, que nous devons envisager désormais, comme exemple de cumul des modulations.

368. Conclusion de la section. La modulation de la rétroactivité jurisprudentielle, totale ou partielle, est peu aisée à mettre en œuvre et sacrifie au minimum un plaideur au regard de la sécurité juridique. La modulation de la rétroactivité juridictionnelle est quant à elle très largement inefficace, voire, comme tout moyen d'annonce, contre-productive. Dès lors, l'examen du cumul des modulations s'impose.

Section 2 – Le cumul des modulations

369. Le choix d'alterner entre les différentes modulations s'avérant décevant au regard de la sécurité juridique, il convient d'être plus radical et d'entrer dans une logique du tout ou rien. Le cumul des modulations semble-être la seule solution totalement satisfaisante en matière de sécurité juridique (§ 1). La Cour de cassation a pu en avoir plus ou moins conscience, soit parce qu'elle a été contrainte de moduler la rétroactivité d'un de ses arrêts (§ 2), soit parce qu'elle l'a fait volontairement (§ 3). La figure de l'arrêt de règlement s'impose alors avec netteté.

¹ Ph. THERY, « A propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les œufs », *RTD civ.* 2005, p. 178-179.

² *Cf. supra*, n° 334 et s.

§ 1. L'efficacité du cumul des modulations

370. Le cumul des modulations recouvre deux situations : d'une part la modulation au cas par cas, où le juge module dès que des prévisions méritent d'être protégées (A) et, d'autre part, l'absence totale de rétroactivité (B).

A. La modulation au cas par cas

371. Le difficile critère de la modulation au cas par cas. La solution de la modulation au cas par cas, c'est-à-dire au gré des espèces, a été proposée en doctrine par M. Lagarde¹. Selon l'auteur, en cas de dispositions rétroactives, il importe de protéger uniquement les justiciables s'étant auparavant inquiétés de l'état du droit positif². Nous n'avons pas à discuter ici de l'opportunité d'une telle solution, qui accepte la création d'une règle de droit par le juge à la manière du législateur³. Qu'en penser sur le plan de la sécurité juridique ? Le raisonnement est parfaitement logique : la rétroactivité n'étant nocive qu'en ce qu'elle remet en cause des prévisions⁴, ceux qui n'ont pas formé de prévisions ne peuvent se plaindre d'une atteinte à la sécurité juridique. Par conséquent, le juge pourrait moduler pour tous les cas où des prévisions ont été remises en causes par un des ses arrêts apériteurs et l'arrêt ne serait rétroactif que pour les imprévoyants.

Pourtant, il paraît délicat de savoir qui est prévoyant et qui ne l'est pas. L'auteur semble ainsi hésiter sur l'appréciation à apporter suite à la condamnation rétroactive du médecin qui ne se serait pas spécifiquement inquiété de l'état du droit en vigueur. En 2006, l'auteur paraît accepter la jurisprudence condamnant le médecin rétroactivement⁵, tandis qu'en 2007 il semble estimer que le médecin mériterait d'être protégé⁶. Peut-être est-ce le seul défaut de cette vision des

¹ X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 77 et s. ; « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678 et s. ; « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP* 2007, II, 10111.

² X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 83, qui montre qu'en appliquant la théorie de l'erreur invincible on évite « les effets d'aubaine ». V. encore du même auteur, *JCP* 2007, II, 10111. *Adde.* E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2008, n° 227, p. 184 qui parle également de revirement « anti-effet d'aubaine ».

³ Pour la discussion sur une telle opportunité, cf. *infra*, Titre II, Chapitre 1 et Chapitre 2.

⁴ Cf. *supra*, n° 22.

⁵ X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, n° 12, p. 682 ; « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 83-84 : « la jurisprudence peut avec cohérence estimer qu'un médecin ne bénéficie pas de la même protection. En effet, si le praticien s'est contenté d'accomplir les actes médicaux sans chercher à connaître le droit applicable à ses obligations, sa confiance légitime n'est pas caractérisée. »

⁶ X. LAGARDE, « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP* 2007, II, 10111, p. 30 : « Il est de fait qu'en privilégiant ceux qui se sont intéressés aux aspects juridiques de leur situation, on donne l'impression d'un certain corporatisme. À ce régime, ce sont en effet les professionnels du droit qui bénéficient en priorité de la solution adoptée. Ne seront pas protégés les médecins, qui, non sans raisons d'ailleurs, auront eu à cœur de caler leur pratique sur les règles de l'art plutôt que sur les règles de droit.

choses : sa difficile mise en œuvre. Comment trier le bon grain des prévoyants, de l'ivraie des inconséquents ? Quel critère retenir pour estimer qu'une personne mérite ou non d'être protégée de la rétroactivité ? Le critère de l'action en justice, qui consisterait à écarter la rétroactivité pour ceux qui ont agi, c'est-à-dire pour les procès en cours, n'est pas pleinement satisfaisant car, même dans le domaine délictuel, le fait d'agir en justice n'est pas la seule marque de prévision : peut-être les parties n'ont-elles pas agi car elles ont voulu précédemment chercher un accord, ou bien elles ont attendu pour agir de recueillir des preuves, ou bien encore la situation s'est constituée trop tard pour permettre une action avant la survenance de l'arrêt apériteur¹.

Faudrait-il alors protéger, plus largement, tous ceux qui se sont conformés « aux normes en usage dans la profession ou l'activité considérée² » ? On peut se demander si, en suivant ce critère, la modulation ne sera pas totale. En effet, soit la personne s'est correctement comportée et le juge estimera que l'application rétroactive ne doit pas avoir lieu, soit la personne s'était mal comportée déjà au regard de l'ancien droit, et, dans ce cas, elle mériterait d'être condamnée au regard de cet ancien droit. Qu'on lui applique l'ancien ou le nouveau droit est alors sans conséquence. Pourquoi ne pas alors opérer une modulation totale ? Confronté à cette difficulté de trouver un critère de modulation pleinement satisfaisant, on peut alors penser que seule la modulation totale, et non plus au cas par cas, est satisfaisante.

Chacun dans leur domaine, ces deux professionnels auront fait preuve de la même honnêteté. Et pourtant, ils ne seront pas traités de la même manière. Là où le juriste s'en sort, le médecin "plonge". [...] Finalement, la meilleure protection de la confiance des justiciables passerait plutôt par une extension du domaine des règles susceptibles d'être prises en considération lors de leur contrôle de connaissance. Seraient protégés non seulement ceux – en fait, les juristes – qui ont fait l'effort de connaître les règles de droit, mais également ceux – par exemple, les médecins – qui se sont conformés aux normes en usage dans la profession ou l'activité considérée. Juridiquement, cette extension n'est pas choquante. La coutume est une source du droit parce que ceux qui la respectent ont le sentiment qu'elle exprime l'état du droit. On peut en dire autant de nombreux usages professionnels, de métier ou de place. Que ceux qui les respectent n'aient pas à craindre les hésitations de la coutume savante, en un mot, de la jurisprudence. »

¹ Comp. X. LAGARDE, « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP* 2007, II, 10111, p. 30 : « L'objectif est de conforter ceux qui ont fait l'effort de s'informer et auxquels il ne peut être reproché d'avoir méconnu l'avenir. En revanche, il n'y a pas de protection générale au bénéfice de ceux qui, par indifférence, ignoraient l'état du droit antérieur comme ses modifications ultérieures. Toutes choses égales, c'est cette distinction qu'entérine implicitement la Cour européenne lorsqu'elle sanctionne l'application de la loi anti-Perruche aux enfants ayant engagé une action antérieurement à son entrée en vigueur [...]. Pour eux, la rétroactivité n'est pas supportable car elle trahit des attentes auxquelles leur action a donné la légitimité requise. En revanche, il n'y a pas lieu d'avantager de la même manière ceux qui n'ont pas agi. Leur inaction était le signe de leur manque d'intérêt. Il n'y a alors pas d'attente à protéger. »

² X. LAGARDE, cité à la note 6, p. 267.

B. L'absence totale de rétroactivité

372. La modulation des rétroactivités juridictionnelle et jurisprudentielle. Le cumul des modulations le plus absolu correspond au cas où le juge décide de n'appliquer le revirement ni aux faits en cause (absence de rétroactivité juridictionnelle), ni à aucun de ceux qui seraient intervenus avant la date de l'arrêt rendu (absence de rétroactivité jurisprudentielle). Ainsi, toutes les prévisions sont préservées puisque la rétroactivité disparaît. C'est, semble-t-il, la seule modulation pleinement satisfaisante sur le plan de la sécurité juridique. Afin que toutes les prévisions soient réellement sauvegardées, il convient de moduler tant la rétroactivité jurisprudentielle que la rétroactivité juridictionnelle. Cette double modulation, aboutissant pour le juge, d'une part, à poser une règle et, d'autre part, à le faire de manière ouverte, c'est-à-dire sans s'abriter derrière le manteau de la déclarativité, manifeste clairement une atteinte à l'article 5 du Code civil. Pour autant, le cumul des modulations n'est pas inconnu en droit français.

§ 2. L'imposition du cumul des modulations

373. Présentation. Un arrêt de la Cour de cassation a pu être dépourvu de toute rétroactivité à la suite d'une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme. Lors de l'affaire du sang contaminé, un doute existait quant à la possibilité pour les victimes d'agir en justice après avoir accepté, avec réserves, l'offre du Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles. La Cour de cassation, dans l'affaire *Bellet*, décida le 26 janvier 1994¹ que si l'offre d'indemnisation avait été acceptée, toute autre demande était irrecevable. Les victimes n'ayant pas été indemnisées intégralement et se voyant opposer une fin de non-recevoir ont saisi la Cour européenne des droits de l'Homme.

374. Absence de rétroactivité jurisprudentielle. Dans l'affaire *F.E. c. France*, la Cour européenne des droits de l'Homme décida le 30 octobre 1998 que la solution posée par l'arrêt du 26 janvier 1994 ne pouvait avoir d'effet qu'à compter de cette date². La Cour européenne des droits de l'Homme retint qu'avant l'arrêt de la Cour de cassation, l'état du droit était incertain et qu'ainsi le requérant ne pouvait prévoir qu'en acceptant l'offre du fonds il renonçait à demander un complément d'indemnisation en justice. Le requérant avait donc été privé du droit

¹ Cass. 2^e civ., 26 janvier 1994, n° 93-06.009, *Affaire Bellet*, *Bull. civ.*, n° 41, *Rev. dr. san. et soc.* 1994, p. 420 et s., J.-S. CAYLA.

² CEDH, 30 oct. 1998, n° 60/1998/963/1178, *F.E. c. France*, § 47.

concret et effectif à un tribunal. Par conséquent, l'irrecevabilité ne pouvait être opposée qu'aux offres d'indemnisation acceptées depuis le 26 janvier 1994. L'arrêt *Bellet*, rendu à cette date, se voyait ainsi privé de toute rétroactivité jurisprudentielle.

375. Absence de rétroactivité juridictionnelle. Par ailleurs, puisque la règle devait, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, entrer en vigueur le 26 janvier 1994, elle ne pouvait pas être appliquée rétroactivement et ne devait donc pas l'être aux faits ayant donné lieu à l'arrêt *Bellet*. La rétroactivité juridictionnelle devait donc disparaître. Cette disparition fut imposée par la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle se prononça sur les faits de l'arrêt *Bellet* et condamna la France¹. Privée de toute rétroactivité, la jurisprudence posée par l'arrêt *Bellet* de la Cour de cassation fut donc assimilée à une loi, dont la date d'entrée en vigueur fut fixée au 26 janvier 1994.

La solution sera suivie par la première chambre civile comme en témoigne la décision rendue le 6 juin 2000² dans une affaire où l'acceptation de l'offre du Fonds était intervenue avant la date du 26 janvier 1994. La Cour de cassation mentionne la solution de l'arrêt de Cour européenne des droits de l'Homme pour accepter l'action en indemnisation du complément. La solution posée par la Cour de cassation du 26 janvier 1994 a donc véritablement été transformée en règle quasi-législative par la Cour européenne des droits de l'Homme par la suppression de toute rétroactivité. Le cumul des modulations ici imposé a également pu être adopté par la Cour de cassation.

§ 3. L'adoption volontaire du cumul des modulations

376. En pratique, la Cour de cassation module la rétroactivité juridictionnelle, sans se prononcer sur la rétroactivité jurisprudentielle. Appliquerait-elle ce faisant la solution préconisée par le Rapport Molfessis ? Il est permis d'en douter eu égard à l'évolution récente de la jurisprudence. La Cour de cassation semble adopter le cumul des modulations en cas de privation de l'accès au juge (A). Une telle modulation est toutefois cantonnée à ce domaine (B) avec une exception notable (C).

¹ CEDH, 4 déc. 1995, n° 23805/94, *Bellet c. France*.

² Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2000, n° 98-22.117, *Bull. civ.*, n° 179, *Rapport annuel 2000*, p. 391.

A. Le principe de la modulation en cas de privation de l'accès au juge

377. L'absence de rétroactivité juridictionnelle. Le premier arrêt modulant la rétroactivité juridictionnelle au nom du droit à un procès équitable est semble-t-il un arrêt du 8 juillet 2004¹ rendu en matière de prescription. A l'origine du litige se trouve une différence de rédaction entre les articles 65 et 65-1 de la loi du 29 juillet 1881. Si les deux articles mentionnent un délai de prescription de trois mois, seul l'article 65 impose de réitérer tous les trois mois la volonté de poursuivre l'action pour interrompre la prescription, puisqu'il n'y a pas ici d'effet suspensif. La question se posait de savoir si ce régime, dérogoratoire au droit commun², devait être étendu aux dispositions de l'article 65-1. Dans un arrêt du 4 décembre 1996³ la Cour de cassation soumit l'article 65-1 au droit commun, avant d'opérer un revirement par l'arrêt précité du 8 juillet 2004.

En l'espèce, les juges décident, au moment d'affirmer la nouvelle solution, que « si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée [il s'agit de revirement], la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [il s'agit de la modulation de la rétroactivité juridictionnelle] ». L'absence de rétroactivité juridictionnelle ne fait aucun doute en l'espèce, tout comme son fondement : la privation d'un procès équitable.

378. L'absence de rétroactivité jurisprudentielle. Qu'en est-il de la rétroactivité jurisprudentielle ? L'absence totale de rétroactivité de la nouvelle règle posée en 2004 apparaît avec l'arrêt d'Assemblée plénière rendu le 21 décembre 2006⁴. L'arrêt reprend la règle dégagée par l'arrêt du 8 juillet 2004 et limite lui aussi la rétroactivité de cette jurisprudence : la nouvelle règle n'est pas appliquée à l'espèce. La répétition tant de la solution que de sa modulation par l'Assemblée plénière, formation la plus solennelle de la Cour de cassation, invite à

¹ Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004, n° 01-10.426, *Bull. civ.*, n° 387 ; *D.* 2004, p. 2956 et s., C. BIGOT ; *D.* 2005, p. 247 et s., P. MORVAN ; *RTD Civ.* 2005, p. 176 et s., Ph. THERY. En droit public le premier arrêt semble être CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Sté Tropic travaux signalisation*, *GAJA*, n° 113, p. 905 et s.

² V., depuis la réforme du 17 juin 2008, art. 2242 C. civ. : « L'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance. »

³ Cass. 2^e civ., 4 déc. 1996, n° 94-18.896, *Bull. civ.*, n° 279.

⁴ Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, *Bull. Ass. plén.* n° 15, *BICC*, 1^{er} mars 2007, n° 656, p. 29 et s., rapp. A. LACABARATS, p. 44 et s., avis A. LEGOUX ; *D.* 2007, p. 835 et s., P. MORVAN ; *RTD civ.* 2007, p. 72 et s., P. DEUMIER ; *RTD civ.* 2007, p. 168 et s., Ph. THERY ; *JCP* 2007, II, 10040, E. DREYER ; *JCP* 2007, II 10111, X. LAGARDE.

penser que suite à l'arrêt du 8 juillet 2004 est née une règle de droit non rétroactive, probablement d'application immédiate à compter du 8 juillet 2004¹.

379. La date de naissance de la jurisprudence en cas de modulation. La modulation de la rétroactivité a pu apparaître de manière encore plus patente lorsque la Cour de cassation a décidé de fixer la date d'entrée en vigueur de sa jurisprudence. Plusieurs arrêts rendus en 2012 par la première chambre civile sont à cet égard riches d'enseignements.

380. Le problème. Ces arrêts sont intervenus dans un domaine unique, à savoir l'interprétation de l'article 978 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Selon ce texte, « à peine de déchéance constatée par ordonnance du premier président ou de son délégué, le demandeur en cassation doit, au plus tard dans le délai de quatre mois à compter du pourvoi, remettre au greffe de la Cour de cassation un mémoire contenant les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée. Le mémoire doit, sous la même sanction, être notifié dans le même délai aux avocats des autres parties. » Cependant, toujours selon l'article 978 alinéa 1^{er}, le délai est porté à cinq mois si le défendeur n'a pas constitué avocat. La question est alors de savoir quel délai retenir lorsque le défendeur est le Procureur général près la cour d'appel, qui n'a bien évidemment pas constitué avocat.

381. La solution. Un arrêt du 28 mars 2012² interprète pour la première fois le texte, en décidant que le délai pour signifier un mémoire au Procureur général près la cour d'appel n'est pas celui de cinq mois, mais de quatre mois. La Cour de cassation retient donc le délai le plus court. Le demandeur se voit en l'espèce opposer la déchéance de son pourvoi ; il est privé de l'accès au juge. Consciente de cela, la Cour de cassation décide de rabattre l'arrêt, par une décision du 11 mai 2012³.

Puis, est soumise à la Cour de cassation une affaire similaire. La Cour de cassation décide de retenir la même solution sur le fond, mais de moduler la rétroactivité juridictionnelle, par un arrêt du 5 juillet 2012⁴.

¹ Cf. X. LAGARDE, note préc. ; E. DREYER, note préc.

² Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2012, n° 10-28.032.

³ Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2012, n° 10-28.032. L'arrêt évoque explicitement le caractère créateur de celui qui fait l'objet de la procédure de rabat : « Attendu que cet arrêt [celui du 28 mars 2012] a ainsi, pour la première fois, interprété le texte précité en ce sens que [...] ; Que l'application immédiate d'une telle règle de déchéance dans une instance en cours aboutirait à interdire au demandeur au pourvoi l'accès au juge, partant à le priver d'un procès équitable ». Par où l'on voit également que la référence au procès équitable n'est intéressante qu'en ce qu'elle concerne le droit au procès tout court.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2012, n° 11-18.132, *Bull. civ.*, n° 157, *Rapport annuel* 2012, p. 462 et s. : « Mais attendu que l'application immédiate d'une telle règle de procédure dans les instances introduites par un pourvoi dont le mémoire en

Enfin, il convenait de juger à nouveau l'affaire ayant fait l'objet du rabat. Cela sera fait par l'arrêt du 26 septembre 2012¹. Or, l'arrêt semble retenir comme date d'entrée en vigueur de la règle la date du 5 juillet 2012, à savoir la date de l'arrêt modulant, pour la première fois, la rétroactivité juridictionnelle de la nouvelle solution. Selon la Cour de cassation, « l'application immédiate d'une telle règle de procédure dans les instances introduites par un pourvoi dont le mémoire en demande aurait dû être signifié avant le 5 juillet 2012, (1^{re} Civ., pourvoi n° 11618. 132 [*sic*]), aboutirait à interdire au demandeur au pourvoi l'accès au juge, partant à le priver d'un procès équitable ; qu'il convient donc de ne pas faire application de la déchéance encourue et d'examiner le pourvoi ». Cet arrêt module donc la rétroactivité jurisprudentielle suite à la modulation de la rétroactivité juridictionnelle effectuée par l'arrêt du 5 juillet 2012. La Cour de cassation refuse d'appliquer la règle aux situations constituées avant le 5 juillet 2012.

382. Date d'entrée en vigueur de la règle et date de l'arrêt. Il faudrait en déduire que la règle jurisprudentielle entre en vigueur le jour où l'arrêt est rendu, non lors de sa publication au *Bulletin*, ou après un délai fixe ou raisonnable. La solution avait déjà pu être affirmée de manière implicite par la Cour de cassation². Elle l'est ici de manière beaucoup plus explicite. La particularité de la séquence jurisprudentielle de 2012 invite toutefois à être prudent. La règle nouvelle est énoncée ici par le premier arrêt, le 28 mars 2012, et n'entre en vigueur que le 5 juillet 2012 ; peut-être la Cour de cassation a-t-elle jugé que ce délai était suffisant pour que les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation prennent en compte la nouvelle solution.

demande aurait dû être signifié avant le 5 juillet 2012, date du présent arrêt, aboutirait à interdire aux demandeurs aux pourvois l'accès au juge, partant à les priver d'un procès équitable ; qu'il convient donc de ne pas faire application de la déchéance encourue et d'examiner le pourvoi ».

¹ Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 10-28.032, *Bull. civ.*, n° 181, : « Mais attendu que l'application immédiate d'une telle règle de procédure dans les instances introduites par un pourvoi dont le mémoire en demande aurait dû être signifié avant le 5 juillet 2012, (1^{re} Civ., pourvoi n° 11618. 132), aboutirait à interdire au demandeur au pourvoi l'accès au juge, partant à le priver d'un procès équitable ; qu'il convient donc de ne pas faire application de la déchéance encourue et d'examiner le pourvoi ».

² V. déjà, estimant que la jurisprudence prend naissance à la date de l'arrêt et non de sa publication au *Bulletin* : Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 04-10.101, *Bull. civ.*, n° 136, *RTD civ.* 2006, p. 521 et s., P. DEUMIER. Mme Deumier, note préc. p. 526, 1^{re} col., constate que « la cour d'appel fait référence à la première publication de l'arrêt du 27 mars 1985 ; la Cour de cassation fait pour sa part remonter la proposition de droit au 7 décembre 1983 [date de l'arrêt amorçant le changement de solution] et dès lors ne s'interroge guère sur la connaissance réelle que pouvaient en avoir les professionnels du droit intervenant en 1985. » *Adde.* la position de la Chambre criminelle suite à un revirement survenu en droit du travail, refusant d'incriminer le comportement des employeurs pour les faits étant intervenus avant la date du revirement mais acceptant ensuite : E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2008, n° 219, p. 175, à propos des arrêts *Perrier* (Cass. mixte, 21 juin 1974, *Bull. civ.*, n° 3 ; *D.* 1974, p. 593 et s., concl. A. TOUFFAIT, lequel demandait l'indulgence des juges, en faisant jouer l'absence d'élément moral de l'infraction. V. concl. préc., p. 603, 1^{re} col.).

383. Présentation du rabat d'arrêt. Par ailleurs, l'utilisation du rabat est assez surprenante eu égard à sa définition et à ses conditions de mise en œuvre. Il est permis de penser que l'usage de cette technique aura une incidence sur la volonté de la Cour de cassation de supprimer toute rétroactivité des arrêts privant une partie de l'accès au juge. C'est pourquoi il convient de présenter cette procédure absente des textes, mais dont la légitimité a été reconnue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹, avant d'en tirer les conséquences quant à la modulation.

Le rabat d'arrêt est défini comme la « rétractation [d'un arrêt rendu] motivée par une erreur de procédure qui a affecté le jugement de l'affaire et n'est imputable à aucune des parties, l'erreur étant due à un dysfonctionnement des services de la cour² ». Ont notamment été rabattus des arrêts ne prenant pas en compte un désistement de pourvoi³, ou des arrêts rendus alors que les parties et leur conseil n'avaient pas été informés de l'état de la procédure ou d'un moyen relevé d'office suite à une erreur purement matérielle⁴.

384. Pertinence de la mise en œuvre du rabat d'arrêt. *Contra.* L'utilisation de cette procédure exceptionnelle en matière de rétroactivité juridictionnelle laisse entendre que l'absence de modulation est due à un dysfonctionnement de la cour et donc que la modulation s'imposait sans l'ombre d'un doute, ce qui est pour le moins étonnant. La surprise augmente lorsqu'on examine les trois conditions dégagées par M. Perdriau pour qu'il y ait rabat d'arrêt⁵ : il faudrait en premier lieu une erreur de procédure, une erreur matérielle – c'est-à-dire non intellectuelle, qui ne tienne pas au raisonnement juridique, car il serait délicat de reprocher à la Cour de cassation une erreur de droit –, en deuxième lieu une erreur ayant substantiellement influé sur la décision, et enfin, en troisième lieu, une erreur ne venant pas du demandeur en rabat ou ayant été provoquée par son incurie ou sa négligence. Une faute doit donc être imputée à la Cour de cassation. En l'espèce, il paraîtrait étonnant d'affirmer que la rétroactivité de l'arrêt fût due à une erreur : dès lors que la jurisprudence est habituellement rétroactive, ne pas faire jouer l'exception peut tout aussi bien être considéré comme un choix. Si la Cour de cassation accepte parfois de rabattre des arrêts pour

¹ Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull. Ass. plén.* n° 4, *JCP* 1995, II, 22478, concl. M. JEOL, obs. A. PERDRIAU.

² J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 2008, n° 123.62, p. 695. *Adde.* A. PERDRIAU, « Les rabats d'arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1994, I, 3735 ; C. ATIAS, « Le rabat d'arrêt. De la rectification d'erreur matérielle de procédure au repentir du juge », *D.* 2007, p. 1156 et s.

³ Cass. 3° civ., 29 juin 2011, n° 09-15.925 ; 13 juill. 2010, n° 08-70.316 ; 16 déc. 1998, n° 96-10.579.

⁴ Cass. soc., 4 mars 2009, n° 05-45.696 ; Cass. soc., 17 sept. 2002, n° 01-41.062.

⁵ A. PERDRIAU, « Les rabats d'arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1994, I, 3735, n° 19 et s.

des erreurs de droit, ces erreurs apparaissent plus comme des bévues, des erreurs manifestes¹, qualifications difficilement acceptables en l'espèce.

385. Pro. Au soutien de la solution de la Cour de cassation, on peut souligner le fait que le rabat d'arrêt entretient des liens particuliers avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, tout comme la modulation. M. Boré rappelle que la première condition du rabat est que « la Cour ait commis une erreur de procédure, qui doit avoir été matérielle [...], c'est-à-dire avoir porté sur un point de fait et non sur un raisonnement d'ordre juridique. Et le demandeur en rabat a la charge de prouver cette erreur qui l'a privé d'un procès équitable au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme². » Ainsi, la technique procédurale du rabat serait génétiquement liée à celle de la modulation : elles sont nées du droit à un procès équitable et en assurent le respect.

Ce rapprochement ne suffit néanmoins pas, nous semble-t-il, à expliquer que l'absence de modulation soit assimilable à une erreur grossière, une négligence procédurale, tant que l'on vit dans un système où la rétroactivité de la jurisprudence est le principe et la modulation l'exception.

386. Conséquence de l'utilisation du rabat d'arrêt. Que l'on estime le recours au rabat d'arrêt pertinent ou non, il n'en demeure pas moins qu'une nouvelle voie procédurale est ouverte aux avocats des parties victimes d'un arrêt apériteur. Si la Cour de cassation ne procède au rabat de ses arrêts que d'office, il est possible d'écrire « directement au président de la Chambre concernée pour lui demander de procéder au rabat de l'un de ses arrêts³ », le Procureur général pouvant également saisir la Cour de cassation⁴. Dès lors, toute décision qui priverait le justiciable de l'accès au juge à cause de la rétroactivité de la jurisprudence aurait vocation à disparaître⁵.

¹ La Cour de cassation accepte toutefois maintenant de rabattre des arrêts affectés d'une erreur de droit. Cf. J. BORE, L. BORE, *op. cit.*, n° 123.65, p. 696. Néanmoins, au regard des exemples donnés par les auteurs, il s'agit toujours d'erreurs grossières de procédure. Par exemple, ils citent un arrêt rabattu car n'ayant pas tenu compte du fait « que le délai du pourvoi était prorogé d'un jour puisqu'il était échu un dimanche ».

² J. BORE, « Une institution originale franco-belge : le rabat d'un arrêt de la Cour de cassation », *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 7.

³ J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 123.71, p. 697.

⁴ A. PERDRIAU, « Les rabats d'arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1994, I, 3735, n° 38.

⁵ La conclusion de l'article de M. Boré (J. BORE, art. préc., p. 10) invite cependant à la prudence : « Une observation finale, cependant, doit tempérer l'enthousiasme des usagers. Ce que nous ont enseigné quarante années de pratique de la cassation, c'est que le rabat d'arrêt est une institution dont la nécessité n'a d'égale que son caractère exceptionnel et la rareté de son succès. »

B. Le champ d'application du principe : uniquement la privation de l'accès au juge

387. Limitation du domaine de la modulation. Seule la privation de l'accès au juge semble justifier, pour la Cour de cassation, la modulation de la rétroactivité de sa jurisprudence. La Cour de cassation a en effet refusé de moduler dès lors que l'accès au juge était préservé¹. La formule utilisée par la première chambre civile le 11 juin 2009 est à cet égard particulièrement explicite : « attendu que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge² ».

388. Singularité de la position de la Cour de cassation. La position de la Cour de cassation est singulière en ce qu'elle limite la nécessité de moduler à un domaine très particulier³ : ce qui semble justifier la modulation est uniquement le fait de passer de la possibilité d'accéder au juge à une impossibilité. Ce faisant, la Cour de cassation verrouille les possibilités de moduler à une hypothèse parfaitement définie, la privation de l'accès au juge. En conférant à la sécurité juridique un contenu concret aisément identifiable, la solution a le mérite d'éviter que l'invocation de la sécurité juridique ne puisse *in fine* devenir facteur d'insécurité juridique. La Cour de cassation se distingue ainsi des autres juridictions qui ouvrent un peu plus les critères de la modulation. Le Conseil d'Etat a pu moduler pour éviter que soit portée une atteinte excessive à des relations contractuelles en cours⁴ ou pour éviter une atteinte aux biens¹, la Cour de

¹ V. not. Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008, *Bull. civ.*, n° 346, *RTD civ.* 2005, p. 159 et s., P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2005, p. 625 et s., Ph. THERY ; *RDC* 2005, p. 871 et s., A. DEBET : « Mais attendu que l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ; que, loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel en a au contraire fait une exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate ; que le moyen n'est pas fondé ». De manière moins explicite : Cass. soc., 22 sept. 2010, 09-409.68, *Bull. civ.* n° 191.

² Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n° 07-14.932 et 08-16.914 (deux arrêts), *CCC* 2009, comm. 240, L. LEVENEUR ; *D.* 2009, p. 2567 et s., N. MOLFESSIS ; *D.* 2009, chron. p. 2058 et s., spéc. p. 2064, C. CRETON ; *RTD civ.* 2009, p. 495 et s., P. DEUMIER ; *JCP* 2009, n° 38, 237, X. LAGARDE. Ce dernier estime cependant que la Cour de cassation ne ferme pas la porte à d'autres cas de modulation.

³ Le critère de modulation est jugé trop étroit par certains : cf. N. MOLFESSIS, note préc. et A. DEBET, note préc.

⁴ CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Sté Tropic travaux signalisation*, *JCP* 2007, II, 10160, B. SEILLER ; *GAJA*, n° 115, p. 905 et s., spéc. p. 906 : « Considérant qu'il appartient au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ». Comp. CE, 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-*

justice de l'Union européenne ferait usage de trois critères, financier, juridique et administratif pour savoir si l'atteinte à la sécurité juridique impose ou non de moduler², et la Cour européenne des droits de l'Homme laisse ouverte les possibilités de modulation en ne mentionnant que la sécurité juridique³.

389. L'absence de preuve de cette privation. La Cour de cassation est par ailleurs plutôt sévère quant à la prise en compte de la privation du droit à l'accès au juge⁴. Il convient donc d'établir cette privation et la Cour de cassation a pu refuser de moduler faute de démonstration suffisante des parties de la privation de l'accès au juge⁵. Le rejet n'est alors pas catégorique, simplement hypothétique, puisque subordonné à l'apport de la preuve que la partie a été privée de l'accès au juge.

390. L'absence de prise en compte d'un autre motif que la privation du droit à l'accès au juge. Un arrêt de la deuxième chambre civile, rendu le 3 février 2011 en matière de contrat de travail, semble s'éloigner de cette limitation de la modulation à la privation de l'accès au juge. L'arrêt précise, pour refuser de moduler, que « le revirement allégué n'a pas eu pour effet de modifier l'état du droit existant, ni de priver la partie concernée du droit au procès équitable⁶ ». Il est étonnant de constater tout d'abord que la Cour de cassation opère des revirements

dentistes de Paris où le droit au recours est cette fois en cause, puis CE, 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille* : « il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, sauf si cette application a pour effet de porter rétroactivement atteinte au droit au recours ». Sur les évolutions de la jurisprudence administrative en ce domaine, et les interprétations possibles de cet arrêt, cf. S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011, n° 777 et s., p. 606 et s.

¹ CE, 22 oct. 2014, n° 368904, *Centre hospitalier de Dinan* : « Considérant, toutefois, que les requérants sont fondés à se prévaloir des stipulations de l'article 1 du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, pour soutenir que la détermination du préjudice indemnisable en fonction de l'ampleur de la chance perdue ne saurait avoir pour effet, en l'espèce, afin de préserver le droit au respect des biens de C...B..., de remettre en cause les sommes versées sous forme de rente par le centre hospitalier de Dinan en application du jugement du 20 avril 1994, qui doivent être regardées comme définitivement acquises et ne pourront être déduites de l'évaluation faite de ses droits ».

² Cf. N. CHARBIT, « La limitation de l'effet rétroactif des arrêts par le juge communautaire », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 74 et s.

³ CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c. Belgique*, § 58 ; 21 juill. 2011, n° 16574/08, *Fabris c. France*, § 57 citant l'arrêt *Marckx*. Il faut noter que dans l'affaire *Fabris*, la Cour européenne des droits de l'Homme refuse finalement de moduler : CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08, *RTD civ.* 2013, p. 333 et s., J.-P. MARGUENAUD.

⁴ L'appréciation faite par les juges de l'atteinte à l'accès au juge peut paraître parfois sévère : A. MARAIS, « Le temps, la loi et la jurisprudence : le bon, la brute et le truand », *Au-delà des codes. Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, n° 51, p. 423, citant Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-21.230. La Cour de cassation rejette le pourvoi tant pour la prétendue privation de l'accès au juge que pour la prétendue privation d'un bien.

⁵ Cass. soc. 26 janv. 2005, n° 02-42.656, *Bull. civ.*, n° 20. Selon le résumé de Legifrance : « Manque en fait le moyen qui invoque une interprétation jurisprudentielle nouvelle, alors que l'arrêt se borne à requalifier la relation contractuelle entre les parties, après avoir constaté la réunion des éléments constitutifs du contrat de travail. »

⁶ Cass. 2^e Civ., 3 février 2011, n° 09-16.364, *Rev. dr. travail*, 2011, p. 446 et s., S. MILLEVILLE.

qui ne changent pas le droit existant. En réalité, la formule s'expliquerait par le fait que l'obligation de sécurité créée est tirée du contrat de travail¹. Cependant, que la Cour de cassation modifie l'interprétation d'une loi ou crée une obligation pour tout un type de contrats, les conséquences semblent être les mêmes puisqu'une obligation de sécurité est ici imposée à tous les employeurs².

391. Des exigences cumulatives ? Quoi qu'il en soit, il reste à savoir si les deux éléments présentés, modification du droit existant et absence d'accès au procès équitable, sont cumulatifs ou alternatifs pour obtenir une modulation. S'ils sont cumulatifs, mentionner le changement de l'état du droit existant est inutile, puisque seuls les effets de ce changement importeraient alors, à savoir la privation du droit au procès équitable. A quoi bon exiger que l'état du droit positif soit changé, s'il faut en outre examiner les effets de ce changement ? Autant exiger uniquement et directement l'effet du changement, à savoir l'absence d'accès à un procès.

392. Des exigences alternatives ? Il faudrait donc retenir que les deux conditions sont alternatives, auquel cas seule la première importe, le changement du droit positif, puisque la seconde, la privation de l'accès au juge, en est une conséquence. Comment imaginer qu'un arrêt prive une partie d'un droit, auquel elle avait droit avant, sans que cet arrêt ne modifie l'état du droit existant ? En allant au bout du raisonnement, le juge devrait moduler dès qu'un revirement change l'état du droit existant, autrement dit, dès qu'il y a véritablement revirement. C'est sans doute faire dire beaucoup à cet arrêt non publié soucieux d'indemniser un travailleur avant que la législation ne le permette en rattachant l'obligation de sécurité de l'employeur au contrat de travail. *In fine*, seule la référence au procès équitable apparaît pertinente pour justifier le refus de la modulation.

¹ Selon S. MILLEVILLE, note préc. : « En l'espèce, l'artifice consistant à dire que l'obligation de sécurité de résultat trouve sa source dans le contrat interdit tout questionnement quant au statut et aux conséquences de la norme jurisprudentielle. Et l'arrêt l'illustre parfaitement puisque la Cour de cassation, relève bien que le "revirement allégué n'a pas eu pour effet de modifier le droit existant, ni de priver la partie concernée du droit au procès équitable". »

² Comp. E.-H. PERREAU, « Technique de la jurisprudence pour les transformations du droit privé », *RTD civ.* 1912, p. 653 : « Si l'appel fait aux actes juridiques, exprimés ou sous-entendus, n'est peut-être pas le procédé prétorien le plus employé pour la réformation du droit, c'est en tout cas le plus énergique, et sa force réformatrice est supérieure à celle des procédés de technique prétorienne plus fréquemment mis en œuvre, comme l'usage ou l'analogie. »

C. L'exception au principe de modulation : l'obligation de concentration des moyens

393. Principe et exception à la modulation. En l'état actuel du droit positif, telles semblent être les règles : la jurisprudence est rétroactive (principe), sauf lorsque cela aboutit à priver le justiciable de l'accès au juge, auquel cas le jugement ou l'arrêt qui méconnaîtrait cette exigence peut être cassé ou rabattu (exception). Reste à envisager l'exception à l'exception, l'exception à la modulation : la rétroactivité joue, bien qu'elle aboutisse à priver le justiciable de l'accès au juge. Une exception à la modulation existe, une autre pourrait exister.

394. La jurisprudence *Cesareo* : une exception en acte. En 2012¹, tout comme elle l'avait fait en 2009² et en 2011³, la Cour de cassation a refusé de reporter les effets dans le temps de l'arrêt *Cesareo* de 2006 imposant la concentration des moyens⁴. Ce faisant, la Cour de cassation déclare la demande irrecevable alors qu'à l'époque de la première assignation l'obligation de concentration des moyens n'existait pas. Le plaideur est privé de l'accès au juge de manière rétroactive. Il y aurait donc un domaine, au sein de celui qui ouvre normalement la voie de la modulation, qui échappe à celle-ci. La rétroactivité de la jurisprudence *Cesareo* a par ailleurs reçu la bénédiction de la Cour européenne des droits de l'Homme⁵.

395. Vers une exception en puissance ? On pourrait trouver un second domaine où il n'y pas de modulation. Il s'agit d'un cas où la Cour de cassation a modifié le point de départ de la prescription, modification pouvant aboutir à priver de l'accès au juge. On pense ici à l'arrêt du 8 février 2011⁶ concernant la prescription prévue par l'article L. 225-42 du Code commerce et relative à l'action en nullité d'une convention conclue sans autorisation du conseil d'administration, en contrariété aux dispositions de l'article L. 225-38 du Code de commerce. Selon le deuxième alinéa de l'article L. 225-42, « l'action en nullité se prescrit par trois ans, à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été

¹ Cass. 2^e civ., 12 juill. 2012, n° 11-20.587, *JCP* 2012, 1134, F. MEURIS ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012, n° 11-24.359. Dans le second arrêt, la première demande était fondée sur les vices cachées, la seconde sur le manquement au devoir d'information.

² Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *Bull. civ.* n° 177, *JCP* 2009, n° 45, 401, C. BLERY ; *RDC* 2010, p. 144 et s., P. PUIG.

³ Cass., 2^e civ., 17 nov. 2011, n° 10-25.538.

⁴ Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, *Bull. Ass. plén.*, n° 8.

⁵ CEDH, 26 mai 2011, n° 23228/08, *Legrand c. France*, *JCP* 2011, act. 742, A. MARAIS. Le recours avait été formé suite à Cass. 2^e civ., 25 oct. 2007, n° 06-19.524, *Bull. civ.*, n° 241, *RTD civ.* 2008, p. 159 et s., R. PERROT.

⁶ Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11.896, *Bull. civ.*, n° 20, *D.* 2011, p. 1314 et s., N. MOLFESSIS, J. KLEIN ; *D.* 2011, p. 1321 et s., F. MARMOZ ; *RTD civ.* 2011, p. 493 et s., P. DEUMIER.

dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée. » Par l'arrêt du 8 février 2011, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence et sanctionne la cour d'appel pour avoir accueilli l'action du plaideur, sans avoir recherché si les conventions litigieuses avaient été **volontairement** dissimulées. La Cour de cassation passe ainsi d'un critère objectif de la dissimulation à un critère subjectif : la dissimulation ne saurait être que volontaire¹. En cas de dissimulation volontaire, le point de départ flottant prévu par l'article L. 225-42 s'applique et la prescription ne court qu'à la date de révélation de la convention. En l'absence de dissimulation volontaire, la prescription court à compter de la date de la convention. En précisant que la dissimulation doit être volontaire, la Cour de cassation restreint le champ de la dissimulation au sens de l'article L. 225-42, ce qui aboutit à restreindre le champ d'application du point de départ flottant de la prescription prévu par le deuxième alinéa de cet article et donc à raccourcir les délais de prescription en cas de dissimulation non volontaire.

Dès lors, suite à l'arrêt du 8 février 2011, si les conventions avaient été volontairement dissimulées, la cour de renvoi devra accepter l'action, faite dans les temps, et la cassation sera, pratiquement, sans conséquence. En revanche, si les conventions n'avaient pas été volontairement dissimulées, alors le point de départ de la prescription court à compter de la conclusion de celles-ci, et l'action devrait être déclarée irrecevable, car prescrite. La Cour de cassation invite donc les juges du fond à procéder à cette recherche, la cassation étant intervenue pour manque de base légale. En donnant plein effet à ce revirement, la cour d'appel priverait le justiciable de l'accès au juge. Malgré les regrets d'un auteur qui aurait souhaité que la Cour de cassation modulât sa jurisprudence², il nous paraît normal que la Cour de cassation n'invite pas la cour d'appel à moduler. Ce serait aller au-delà de ce que sa solution exige. La question ne sera posée que si elle doit être posée, *i.e.* si les conventions n'avaient pas été dissimulées. Ce domaine d'exception à la modulation n'existe donc qu'en puissance : il faut attendre que la Cour de cassation confirme explicitement l'application rétroactive de son revirement.

396. Conclusion. Le cumul des modulations permet de sauvegarder pleinement la sécurité juridique. La Cour de cassation a ainsi pu voir la rétroactivité de ses arrêts anéantie à la suite d'une condamnation de la Cour européennes des droits de l'Homme, tout comme elle a pu moduler

¹ N. MOLFESSIS, J. KLEIN, note préc., n° 5, p. 1315 et n° 9, p. 1316.

² F. MARMOZ, note préc., p. 1324.

cumulativement et de manière spontanée les rétroactivités jurisprudentielle et juridictionnelle de ses arrêts afin d'éviter qu'un justiciable ne soit privé de l'accès au juge. Cette privation est l'unique critère que retient pour l'instant la Cour de cassation en vue de justifier un cumul des modulations. Le critère est donc nécessaire et peut apparaître suffisant. Toutefois, la jurisprudence issue de l'arrêt *Cesareo* est insusceptible, semble-t-il et jusqu'alors, de modulation.

Conclusion du Chapitre

397. Tout panachage des modulations des différentes rétroactivités, juridictionnelle ou jurisprudentielle, avec une limitation plus ou moins grande de cette dernière, s'avère décevant au regard de la sécurité juridique. En cas de modulation de la rétroactivité jurisprudentielle, une partie est sacrifiée *a minima*, en cas de modulation de la rétroactivité juridictionnelle, seule une partie est préservée. C'est pourquoi le cumul des modulations peut paraître satisfaisant, en ce qu'il permet de supprimer toute rétroactivité. La Cour de cassation rend alors ostensiblement des arrêts de règlements, sa création s'assimilant à celle d'une loi ; loi à laquelle la Cour de cassation a d'ailleurs parfois recours pour limiter la rétroactivité jurisprudentielle.

Chapitre 3 – Le recours à la loi

398. La rétroactivité jurisprudentielle pourrait être évitée ou limitée par le recours à la loi, soit de manière indirecte (Section 1), soit de manière directe (Section 2).

Section 1. Le recours indirect

399. Présentation : la manipulation du visa. Afin de limiter la portée de la rétroactivité jurisprudentielle, le juge a pu viser un texte qui, sans être totalement dénué de lien avec l'espèce, n'avait pas normalement vocation à s'appliquer. Le visa s'explique alors par la date du texte, date postérieure à celle de la norme normalement applicable. Ce faisant, l'interprétation délivrée par le juge s'incorpore au texte le plus récent et la rétroactivité qui en découle est ainsi limitée dans le temps. Le juge use alors habilement de la théorie de l'incorporation pour réduire la portée temporelle de la rétroactivité de son arrêt apériteur.

400. Exemple en droit bancaire. L'exemple le plus célèbre d'une telle manipulation du visa intervint en matière de droit bancaire. Lorsque la personne a un solde négatif sur son compte, il est considéré que la banque lui consent un prêt : puisque les sommes dépensées n'appartiennent pas à la personne, c'est la banque qui les lui prête. Or, il convient de déterminer un taux d'intérêt pour ce prêt. Le problème concernait ainsi l'application au « découvert en compte » des dispositions de l'article 1907, alinéa 2 du Code civil¹ et de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966², disposant que le taux d'intérêt doit être fixé par écrit. Que faire en l'absence d'un tel écrit ? Au visa unique de l'article 1907, la première chambre civile de la Cour de cassation décida le 9 février 1988 que ce serait le taux légal qui devrait être appliqué en l'absence de tout écrit³. La question qui devait se poser immédiatement était de savoir si « les clients ayant supporté un taux supérieur au taux légal sans que le taux effectif global (T.E.G.) eût été fixé

¹ « Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. »

² Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité, art. 4 : « Le taux effectif global déterminé comme il est dit ci-dessus doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente loi. »

³ Cass. 1^{re} civ., 9 fév. 1988, n° 86-11557, *Bull. civ.*, n° 34 : « Attendu que le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit ; que cette règle, prescrite pour la validité même de la stipulation d'intérêt, est d'application générale et qu'il ne peut y être dérogé même en matière d'intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant ».

dans un écrit, peuvent dans les limites de la prescription, obtenir le remboursement du trop versé¹. »

401. Le *floodgates argument*. Les sommes pouvant être réclamées par les emprunteurs semblaient représenter un montant colossal, estimé à plusieurs milliards de francs². Il n'est pas impossible donc que la Cour de cassation fût sensible en l'espèce au *floodgates argument*. L'argument de la vanne, ou du barrage, est un argument invoqué en Grande-Bretagne contre la rétroactivité d'un changement de jurisprudence qui correspond à « l'effet économique désastreux qu'entraînerait la multiplication d'actions en dédommagement ou en restitution si on devait désormais tenir pour faux ou erroné dès l'origine ce que les justiciables ont cru vrai ou acquis pendant une période prolongée³. »

402. La manipulation du visa en l'espèce. Consciente de ce risque, la Cour de cassation décida de limiter la portée de son revirement en rattachant la nouvelle solution au texte le plus récent possible. La Chambre commerciale choisissait dès le 12 avril 1988⁴ de viser en plus de l'article 1907 du Code civil et de la loi du 28 décembre 1966, l'article 2 du décret du 4 septembre 1985⁵. Elle transforma alors ce texte en décret d'application de la loi de 1966, ce qui est purement artificiel, la loi ayant déjà été appliquée avant ce décret⁶. La manipulation du visa devait cependant permettre de limiter la rétroactivité de la nouvelle solution : la jurisprudence devant s'incorporer à ce décret, le revirement

¹ Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, *JCP* 1988, II, 21026.

² « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 16 : « Christian Mouly fit ainsi savoir que l'application rétroactive de l'article 1907 du Code civil au régime de l'intérêt débiteur des comptes courants par une décision du 9 février 1988, alors que la Cour de cassation jugeait de façon constante le contraire, pourrait entraîner un coût évalué par le ministère des Finances à cinquante milliards de francs. » Le même chiffre est cité par UFC - que choisir, *ibid.*, p. 179. Selon l'Avocat général Jéol, il s'agirait d'« un total de plus de dix milliards de francs » : M. JEOL, *D.* 1988, p. 310, concl. sous Cass. com., 12 avr. 1988, n° 87-11.199, *Bull. civ.*, n° 130, qui reprend les chiffres du ministère des Finances.

³ H. MUIR WATT (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, n° 3, p. 54.

⁴ Cass. com., 12 avr. 1988, n° 87-11.199, *Bull. civ.*, n° 130, *D.* 1988, chron. p. 157 et s., M. VASSEUR, *JCP* 1988, II, 21026, Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET.

⁵ Décret n°85-944 du 4 septembre 1985 relatif au calcul du taux effectif global, art. 2 : « Lorsqu'il s'agit d'un découvert en compte, le montant du crédit à prendre en considération pour le calcul du taux effectif global est rapporté, selon la méthode des nombres, à une période d'un jour à l'expiration de laquelle il est réputé remboursé en même temps que les agios y afférents. A cet effet, chacun des soldes débiteurs successivement inscrits en compte au cours de l'intervalle séparant deux arrêts contractuels est multiplié par sa propre durée en jours.

Si le crédit prend la forme d'une ouverture de droits de tirage, le taux effectif global est calculé sur la totalité des droits mis à la disposition du client. »

⁶ Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, *JCP* 1988, II, 21026, Comp. M. JEOL, *D.* 1988, p. 310.

du 9 février 1988 ne s'appliquait qu'à partir de l'entrée en vigueur du décret du 4 septembre 1985¹.

403. Exemple en droit des successions. Cette technique de manipulation du visa fut, peut-être fortuitement, mise en œuvre le 2 avril 1996 par la première chambre civile² en matière successorale. Avant cette décision, la jurisprudence avait étendu les dispositions de l'article 1100 du Code civil, relatives à l'interposition de personnes pour des donations, aux cas de legs. L'article 1100 disposait que « seront réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage³ ». Le but était semble-t-il d'éviter que l'interposition de personnes aboutisse à faire au conjoint des legs d'un montant supérieur à la quotité disponible entre époux. Une telle manœuvre aurait pu entraîner une atteinte à la réserve héréditaire de l'enfant du disposant⁴. La loi de 1972 étant venue, selon la Cour de cassation, modifier la quotité disponible entre époux, le fondement de cette extension aux legs réalisée par la jurisprudence n'avait plus lieu d'être. La Cour de cassation la supprima, en prenant soin de préciser que le revirement, du moins le changement de jurisprudence, était bien dû à cette loi, ce qui en limita la rétroactivité. Il convient de relever toutefois que le revirement aurait pu être pris dès la loi du 16 juillet 1963 augmentant la quotité disponible entre époux⁵. En se présentant comme une conséquence de la loi de 1972, le changement de jurisprudence voit ainsi sa rétroactivité limitée de manière certaine à l'entrée en vigueur de cette loi⁶.

¹ Probablement le 9 septembre 1988 à Paris, et plus tard pour le reste de la France (G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit Civil. Introduction générale au droit*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 85, p. 160 : « le délai est d'un jour franc après celui où le numéro du *Journal officiel* qui contient le texte est arrivé au chef-lieu de l'arrondissement. »), selon l'ancien art. 1^{er} C. civ. et le décret du 5 nov. 1870, le décret de 1966 ne comportant aucune indication et ayant été publié le 8 septembre au *Journal officiel*.

² Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 1996, n° 94-12.935, *Bull. civ.*, n° 160, D. 1996, p. 609 et s., rapp. J. THIERRY ; *RTD civ.* 1996, p. 965 et s., J. PATARIN ; *JCP* 1996, II, 22702, R. LE GUIDEDEC ; *LPA* 13 août 1996, n° 65, C. BRENNER : « la donation faite à l'enfant né d'un précédent mariage du conjoint du donateur est irrévocable, tandis que tout legs est révocable par le testateur, de son vivant, de telle sorte que, depuis la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, il n'y a plus lieu d'étendre aux legs la présomption édictée par l'article 1100 du Code civil ».

³ La disposition a été abrogée par l'article 10 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁴ L'autre objectif de ce texte était aurait été de protéger la libre révocabilité des libéralités faites entre époux pendant le mariage. Cf. J. PATARIN, *RTD civ.* 1996, p. 966 ; C. BRENNER, note préc., qui passe en revue les justifications possibles du texte et montre que, selon la lettre de l'arrêt, les deux fondements, libre révocation des donations entre époux et protection des réservataires, sont ici à retenir.

⁵ Cf. C. BRENNER, note préc. Il s'agit de la loi n° 63-699 du 13 juillet 1963 augmentant la quotité disponible entre époux, en particulier de son article 1^{er}.

⁶ C. BRENNER, note préc., estime cependant que la solution devrait remonter à l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1963 : « si, contrairement à ce que soutient la Haute juridiction, les raisons d'étendre la présomption de l'article 1100 aux legs ont réellement disparu avec la loi du 13 juillet 1963 et non pas seulement avec celle du 3 janvier 1972, il faut certainement, à qui adhère à son raisonnement, corriger cette erreur de datation, s'agissant d'un argument de logique et non d'autorité. Ainsi, ce n'est pas, comme elle énonce, à compter de la loi du 3 janvier 1972 ou plus précisément de son entrée en vigueur qu'il conviendrait rationnellement de faire application de la solution nouvelle mais, semble-t-il, à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1963. »

404. Appréciation. Cette technique de manipulation du visa, sorte de recours indirect à la loi, si elle a pu être efficace à deux reprises au moins, n'en demeure pas moins peu praticable. La Cour de cassation n'a pas toujours à sa disposition un texte pouvant être raisonnablement visé pour limiter la rétroactivité de sa jurisprudence. Si le procédé est efficace lorsqu'il convient de tirer les conséquences d'une réforme, sa praticabilité demeure limitée pour les véritables arrêts apériteurs. Le recours direct pourrait s'avérer plus utile.

Section 2. Le recours direct

405. L'intervention du législateur. Voirin, s'interrogeant sur les conséquences des revirements de jurisprudence, préconisait que le législateur « inscrive dans la loi la décision élaborée par la Cour de cassation et confirmée par une série de décisions conformes. Par la suite, pour modifier la règle, il faudra une loi nouvelle qui, en principe, ne sera pas rétroactive¹. » A suivre l'auteur, la règle jurisprudentielle étant devenue une loi, seule la loi pourrait la modifier. Néanmoins, le fait que le législateur enregistre une jurisprudence constante ne semble pas exclure, à terme, la possibilité d'un revirement. En effet, si une loi intervient pour enregistrer une jurisprudence, le juge fondera certes désormais ses décisions sur la loi, mais cela ne l'empêchera nullement d'opérer un revirement par la suite. On ne voit pas en quoi le fait d'inscrire une jurisprudence dans une loi figerait le pouvoir d'interprétation du juge, pouvoir qu'il a de manière générale pour toute loi, enregistrant ou non une jurisprudence².

406. L'adresse du juge au législateur. Il faut retenir cependant des propos de Voirin l'idée suivante, qui a figure d'évidence : si une loi intervient pour modifier une règle jurisprudentielle, la nouvelle règle ne sera pas, en principe, rétroactive. On peut imaginer alors que le législateur intervienne non pas pour combattre une jurisprudence, ni pour l'enregistrer, mais pour introduire dans le système juridique une nouvelle règle afin d'éviter que le changement ne résulte d'un arrêt apériteur. Il importe alors que le juge puisse demander au législateur d'intervenir à sa place, afin qu'une règle nouvelle soit posée de manière non

¹ P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (A propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP* 1959, I, 1467, n° 7.

² Encore faut-il concéder que si la loi est suffisamment claire et précise la marge d'interprétation raisonnable du juge se voit réduite. Jusqu'à ce que le texte révèle ses insuffisances.

rétroactive. L'avantage d'un tel référé législatif est de permettre à la Cour de cassation d'interpeller le législateur sur une difficulté, laquelle sera résolue par une loi et non par un arrêt apériteur. Si la loi n'est pas rétroactive, alors la sécurité juridique sera préservée.

407. Aperçu historique du référé législatif. Historiquement, le référé législatif n'est pas inconnu de nos institutions. Il a couvert deux cas de figure : d'un côté, la nécessité, pour les juges du fond, d'en référer au législateur pour interpréter une loi ou en créer une nouvelle¹, d'un autre côté, la nécessité de faire cesser la résistance des juges du fond à la Cour de cassation². Ce second type de référé, qui était obligatoire, n'est pas en cause ici. Désormais, la résistance des juges du fond est résolue de manière satisfaisante, grâce au pouvoir conféré à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation d'imposer sa solution³. Seul le référé législatif à fin d'interprétation ou de création d'une loi, c'est-à-dire le référé des juges du fond, qui était facultatif, nous retiendra.

408. Origine du référé des juges du fond. Le référé des juges du fond a laissé une trace peu glorieuse dans l'histoire de nos institutions. Il fut institué par l'article 12 du Titre II de la loi des 16-24 août 1790 sous la forme d'un référé avant dire droit. L'article 12 disposait que les tribunaux « ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en rendre une nouvelle. » Ainsi, le juge qui pensait qu'une interprétation était nécessaire devait d'abord saisir le Corps législatif, puis statuer conformément à la loi rendue⁴. La loi était

¹ Art. 12 de la loi des 16-24 août 1790, cité *supra*, note 1, p. 192.

² Cf. art. 21 de la loi du 27 nov.-1^{er} déc. 1790, intégré à la constitution de 1791, art. 21 du chap. V du titre III : « Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer. »

³ C'est ce référé qui a duré le plus longtemps et qui a disparu depuis la loi du 1^{er} avril 1837. Cf. désormais art. L. 431-6 COJ : « Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens. » et L. 431-4 al. 2 COJ : « Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci. »

⁴ Sur la possibilité ou non pour les juges d'interpréter suite à cette disposition, cf. P. RAYNAUD, « La loi et la jurisprudence, des Lumières à la Révolution française », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 71 : « Les idées de Montesquieu sur le juge "muet" ou de Beccaria sur le syllogisme parfait auquel se ramènerait le jugement interdisaient en effet toute interprétation des lois, même in concreto, par le juge. » Or les constituants ne sont pas allés jusque-là. « La loi sur le référé législatif des 16-24 août 1790, en particulier n'interdit pas vraiment toute interprétation des lois par les tribunaux, mais vise simplement une interprétation réglementaire : "plutôt que de faire un règlement, il faut demander une interprétation au législateur, mais rien n'indique qu'une interprétation dans une forme non réglementaire soit prohibée" ; de même l'institution du référé législatif obligatoire en cas de conflit d'interprétation entre les tribunaux ordinaires et le tribunal de cassation suppose que les tribunaux ont un certain pouvoir d'interprétation (sans quoi il n'y aurait pas de

donc automatiquement rétroactive, *lato sensu* : l'interprétation faite devait s'appliquer aux faits de l'espèce.

409. Modification prétorienne du référé. Cependant, le 15 floréal an IV (4 mai 1796), le Tribunal de cassation mit fin à l'obligation, pour les tribunaux, de saisir le Corps législatif afin d'obtenir une interprétation pour l'affaire en cours¹. Le référé demeurerait, mais n'était plus avant dire droit. Les membres du Tribunal de cassation manifestaient ainsi leur hostilité à toute forme de loi rétroactive et tâchaient de protéger l'office du juge en lui imposant de trancher le litige avant de faire un référé². La possibilité de faire un référé était intacte, pourvu que ce ne fût pas pour l'affaire en cours.

410. Abrogation du référé des juges du fond. C'est cette possibilité qui a disparu depuis le Code civil. Selon un auteur, « la volonté d'en finir avec le référé législatif [est] la cause exclusive de l'art. 4 du Code Civil, c'est une évidence³. » L'interdiction du déni de justice inscrite à l'article 4 du Code civil, inchangé depuis 1804, interdirait donc tout référé législatif. Il faut relever cependant qu'avec la décision du 15 floréal an IV, le référé pouvait parfaitement cohabiter avec l'interdiction du déni de justice.

411. Proposition de rétablissement du référé. Si l'on veut rétablir le référé législatif, il convient de bien distinguer interprétation et création d'une règle. L'article 12 de la loi de 1790 envisageait en effet deux problèmes

conflit) et que, symétriquement, « l'organe législatif (peut) se substituer à eux s'ils (révèlent) par leurs désaccords leur impuissance à appliquer la loi »

¹ 4 mai 1796.

² Arrêt du 15 floréal an IV (4 mai 1796), *Journal de la justice civile, militaire et criminelle*, t. I, p. 328, cité par Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, coll. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1965, p. 78 : « Attendu que l'arrêté du tribunal du département du Gard, du 11 frimaire dernier, faisant, ainsi que celui du 1^{er} brumaire précédent, un référé au législateur dans une affaire particulière soumise à la décision dudit tribunal, il s'est, par là, dépouillé des fonctions judiciaires dont il était revêtu, pour les attribuer au Corps législatif qui ne peut pas les exercer ; attendu que si les tribunaux ordinaires avaient le droit de référer autrement que par la correspondance avec le ministre de la Justice, conformément à l'art. 149 dudit acte constitutionnel, ce ne pourrait être que pour demander, ou une loi générale, ou l'interprétation d'une loi applicable à des cas à venir, et non à des cas arrivés, puisque alors cette loi ne pourrait s'y appliquer que par un effet rétroactif ; attendu que les tribunaux saisis d'une contestation doivent y statuer ; que s'ils le font conformément à la loi, le jugement est exécuté ; que s'ils y contreviennent, il est sujet à la cassation et que s'ils refusent de juger, ils commettent un vrai déni de justice. »

³ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, coll. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1965, p. 93. *Adde.* M. SAUZAY, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, A. Rousseau, 1904, p. 9 qui évoque « la suppression du référé législatif par l'article 4 du Code civil ».

différents : l'interprétation de la loi et la nécessité d'en rendre une nouvelle¹. Il apportait une solution unique, le référé. Pourquoi cependant ne pas disjoindre les problèmes d'interprétation et de création ? Il serait alors possible d'y apporter des solutions différentes. Le problème de la création d'une loi pourrait, selon nous, à nouveau donner lieu à référé, pourvu que celui-ci soit facultatif, afin que l'article 4 du Code civil ne soit pas contredit. La Cour de cassation aurait l'obligation de juger, et ne pourrait donc formuler un référé à fin d'interprétation, mais elle pourrait formuler une suggestion de réforme législative par la voie du référé². Ainsi, au lieu de prendre un arrêt apériteur pour modifier l'état du droit positif, elle inviterait le législateur à le faire à sa place, en prenant une loi non rétroactive. Le procédé, pour lutter contre la rétroactivité jurisprudentielle, est donc aussi efficace que l'arrêt de règlement en ce qui concerne la rétroactivité. Le référé est plus démocratique que l'arrêt de règlement mais semble moins aisé à mettre en œuvre. Reste à savoir donc s'il est opportun de rétablir l'arrêt de règlement et/ou le référé législatif.

¹ Les juges « ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, **soit** d'interpréter une loi, **soit** d'en rendre une nouvelle. » C'est nous qui soulignons.

² Sur la proposition d'un référé législatif facultatif, justifié par le fait que la règle posée concerne l'intérêt général et revêt un caractère politique : Y.-M. SERINET, « A propos de la jurisprudence : par elle, avec elle et en elle ? », *RTD civ.* 2005, n° 18, p. 333-334 : « Aussi nous semble-t-il qu'une voie médiane, seule, permettrait de sortir de l'impasse en respectant la cohérence de notre droit tout en évitant que les justiciables ne soient victimes du piège imprévisible de la rétroactivité. Elle consisterait, la proposition choquera sans doute, à restaurer un référé législatif d'un nouveau type, d'initiative judiciaire mais plus obligatoire. L'objectif serait d'ouvrir à la Cour de cassation la possibilité d'en appeler à l'intervention du législateur afin de fixer dans le temps le contenu du revirement qu'elle aura, par hypothèse, estimé nécessaire. Puisque la portée générale de la décision autant que ses possibles effets pervers requièrent un élargissement du débat à des organisations et représentants des intérêts en cause dans la décision à venir (N. Molfessis, rapp. préc. p. 41), autant que celui-ci ait lieu devant la représentation nationale, constitutionnellement apte à prendre des décisions de nature politique. Le caractère exceptionnel d'un tel revirement devrait encore permettre que la passerelle, facultative, puisse fonctionner en pratique sans connaître les blocages du passé » ; E. FISCHER-ACHOURA, « La consécration d'une conception réaliste de la norme », *RRJ* 2013, n° 24, p. 567-568.

Conclusion du Chapitre

412. Conscient de la rétroactivité de sa création, le juge a pu recourir à la loi de manière indirecte, en visant une règle entrée en vigueur récemment afin de limiter l'étendue de la rétroactivité jurisprudentielle. Le juge s'appuie ainsi sur la théorie de l'incorporation pour sauvegarder la sécurité juridique.

Ce recours indirect à la loi, peu utilisé car peu utilisable, met sur la voie d'un recours direct, qui consisterait, comme cela était le cas avec le référé législatif, pour le juge, à saisir directement le législateur afin que la réforme ne soit pas opérée de manière jurisprudentielle mais législative. Ainsi, la réforme serait effectuée de manière non rétroactive, en application de l'article 2 du Code civil.

CONCLUSION DU TITRE

413. Si, par nature, les moyens d'annonce des modifications de la règle de droit par le juge sont impropres à lutter contre la rétroactivité de la jurisprudence et à l'empêcher, il apparaît que les différents types de modulation possibles théoriquement ne sont pas tous satisfaisants. En réalité, seule la figure la plus législative de l'arrêt de règlement se révèle efficace en ce qu'elle met fin à toute rétroactivité. Il faudrait donc que le juge puisse poser une règle qui ne vaudrait que pour l'avenir et que soit précisée la date d'entrée en vigueur de la jurisprudence. Parallèlement, le juge a pu limiter la rétroactivité jurisprudentielle en visant un texte récent. Ce recours indirect à la loi invite à se souvenir de la technique du référé législatif, recours direct à la loi. Arrêt de règlement et référé législatif sont donc les deux moyens véritablement efficace pour lutter contre l'insécurité juridique engendrée par la rétroactivité d'un arrêt apériteur. Tous deux ayant été abolis, convient-il d'en proposer la réintégration au sein d'un ordre juridique imaginé comme idéal ?

TITRE II – REMEDES ET ORDRE JURIDIQUE IDEAL

414. Parmi les remèdes envisagés, deux seulement permettent de lutter efficacement contre l'insécurité juridique provoquée par la rétroactivité : l'arrêt de règlement et le recours direct à la loi, c'est-à-dire le référé législatif. Comment choisir entre les deux ? On ne peut se retrancher derrière le droit positif, qui interdit les arrêts de règlement avec l'article 5 du Code civil, ainsi qu'une certaine forme de recours direct à la loi avec l'article 4. Il convient d'aller plus loin, de dépasser le point de vue du technicien pour se forger une opinion sur ces deux techniques. Quelle est la meilleure, la plus souhaitable ?

Nous sommes ainsi invités à présenter notre ordre juridique idéal (chapitre 1), d'après lequel doit exister une certaine complémentarité entre les sources du droit. Par conséquent, afin de résoudre le problème des effets néfastes de la rétroactivité tout en respectant cette complémentarité, la pratique des arrêts de règlement est à écarter (chapitre 2), tandis qu'il sera proposé de rétablir une certaine forme de référé législatif, le référé-suggestion, afin de donner au juge véritablement le moyen de s'exprimer pour que le législateur remplisse son rôle et que le juge conserve le sien (chapitre 3).

Chapitre 1 – Présentation de l'ordre juridique idéal

415. Il n'est pas inutile de commencer par préciser les termes de la recherche. Par « ordre juridique » nous entendons la mise en place d'organes, le juge, le législateur par exemple, ainsi que leurs relations, permettant d'aboutir *in fine* à la résolution satisfaisante d'un litige par un de ces organes. La finalité est la résolution du litige car c'est elle qui confère la juridicité à cet ordre¹.

Quant au terme « idéal », il signifie simplement que nous nous permettons de prendre toute liberté par rapport au droit positif et de façonner les institutions selon nos convictions. Tout lien de parenté avec une utopie est cependant à rejeter. L'ordre juridique idéal doit prendre en compte la réalité. C'est dans cet état d'esprit qu'il convient de revenir sur la question de la démocratie et son aptitude à produire des règles justes (Section 1), avant d'envisager la réponse que lui apporte le libéralisme (Section 2).

Section 1 – La question de la démocratie et de l'élaboration des règles de droit

416. L'objectivité de la justice contre la démocratie. Notre question de départ est la suivante : est-il souhaitable que le juge puisse rendre des arrêts de règlement, ou convient-il plutôt de lui permettre de faire un référé législatif ? Le problème peut-il être résolu directement en se retranchant derrière l'argument démocratique ? Soutenir que la règle de droit ne doit pas être posée par le juge, parce qu'il n'est pas élu, est-il convaincant ? Il nous semble qu'il faut aller plus loin. Que penser si le juge se révèle être plus sage que le législateur ? Faudrait-il préférer des lois injustes à de justes jurisprudences au seul prétexte que cette source du droit n'est pas démocratique ? Notons que si nous sommes capables de nous entendre sur la qualité de juste ou d'injuste d'une règle sans prendre en compte son origine, c'est que nous sommes capables d'exprimer de manière objective sa valeur. On constate ainsi qu'à partir du moment où est accueillie l'idée qu'il existe une justice objective, naturelle, indépendante de la volonté de l'homme, indépendante d'un vote, fût-il majoritaire, alors le principe démocratique

¹ Cela découle du critère de la justiciabilité, retenu comme indicateur de la juridicité. Cf. *supra*, n° 105 et s.

perd de sa vigueur et de sa raison d'être¹. Il devient dès lors délicat de voir dans le processus démocratique la garantie d'obtenir des règles justes, car, même votée à la majorité, une loi injuste demeurerait injuste.

Cette opposition, ou du moins cette tension, entre la légitimité démocratique et la qualité de la règle de droit a été soulignée par Carbonnier, qui relevait que « dans nos époques de légalité formelle, contre la loi écrite, nous sommes désarmés. Nous disons : c'est la volonté de la nation, de l'Etat, et nous l'entourons d'une vénération qui n'ose pas discuter. Nous savons, pourtant, qu'une volonté, quelle qu'elle soit, peut être troublée par la passion² ». De manière plus explicite encore, on a pu soutenir que « la conformité au bien public [d'une action] n'est assurée par aucun mécanisme³ », y compris donc le mécanisme démocratique.

417. Détermination du juste et de l'injuste. Evoquer ainsi la faiblesse de la démocratie, en soutenant qu'il existerait une justice objective, c'est s'exposer à l'objection selon laquelle est impossible de déterminer ce qui est juste. Ce à quoi il est tout aussi couramment répondu que, si ce qui est juste est en effet difficile à établir, il est en revanche plus aisé de dire ce qui est injuste⁴. Ainsi, la règle de droit a bien plus pour vocation d'empêcher certains comportements que de prescrire certaines conduites de manière positive, ce qui rejoint la philosophie de l'ordre spontané prônée par Hayek⁵. L'analogie avec le Code de la route peut être éclairante : interdire certains comportements aux automobilistes, fixer des règles

¹ H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 110 : « De fait, la cause de la démocratie apparaîtra désespérée si l'on part de l'idée que l'homme peut accéder à des vérités et saisir des valeurs absolues. »

² J. CARBONNIER, « Caractères juridiques », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 429. Comp. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 27 et s., p. 48 et s.

³ S. WEIL, « Remarques sur le nouveau projet de Constitution (1943) », *Note sur la suppression générale des partis politiques*, L'Herne, coll. Carnets, 2014, p. 61. La philosophe ajoute : « Si un pays est conduit à sa perte, on se demande quel réconfort il y a pour lui à y être conduit par les voies les plus rigoureusement parlementaires. »

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », *Mélanges P. Bézard – Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 49 : « le droit naturel, la nature des choses, le sentiment objectif de justice n'ont pas pour but premier de guider le droit vers le juste mais ont pour fin d'éviter le droit catastrophique, le droit dévorant lui-même la justice. Voilà la fonction négative mais primordiale du sentiment de justice. » Puis, p. 51 : « C'est le sentiment qu'autrui subit une injustice qui fait le sentiment objectif de justice. [...] C'est la désapprobation de tous de l'injustice commise par le juge dans un cas extérieur aux observateurs qui pose problème. » *Adde.* P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. manuel, 2^e éd., 2013, n° 37, p. 36-37 ; R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 31, p. 37. Comp. A. SERIAUX, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1999, p. 49 et s. ; Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 8^e éd., 2014, p. 15.

⁵ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audouin revue par Ph. Nemo, PUF, coll. Quadrige-Grands textes, 2007, p. 567 : « Alors qu'une règle de conduite limite seulement la gamme des choix ouverts aux individus (ou exige d'eux qu'ils satisfassent à des attentes qu'eux-mêmes ont délibérément créées), le commandement leur enjoint d'agir d'une façon déterminée, tandis que d'autres ne sont pas soumis à la même exigence. L'on désigne de façon appropriée comme "immixtion" ou "intervention" le genre de commandements spécifiques qui, à la différence des règles de juste conduite, ne tendent pas à la formation d'un ordre spontané mais visent des résultats définis. »

de priorité, n'est pas la même chose qu'imposer un itinéraire précis pour parvenir à une destination.

Dès lors, si la règle juste peut être trouvée autrement que de manière démocratique, pourquoi interdire au juge de rendre des arrêts de règlement ? Est-il possible d'aller plus loin en soutenant que l'idéal démocratique ne se justifie plus ?

418. Le fondement de la démocratie : le choix pacifique des gouvernants. Puisque la démocratie n'est pas le gage de l'élaboration de justes règles, pourquoi conserver le procédé démocratique de désignation des gouvernants ? Comme le souligne M. Bénétou, « la démocratie moderne signifie le choix libre et périodique de la minorité dirigeante par le peuple¹. » La véritable valeur de la démocratie est donc de fournir « le moyen d'écarter une équipe de gouvernants et d'essayer d'en trouver une meilleure. En d'autres termes, c'est la seule convention que nous ayons pu trouver pour rendre possible le changement pacifique². » L'idéal démocratique mérite ainsi d'être défendu avec fermeté, en ce qu'il permet de responsabiliser pacifiquement ceux qui ont le pouvoir d'édicter des règles générales.

En effet, s'il existait un moyen infaillible d'élaborer des règles justes, alors la démocratie serait superfétatoire. Ce moyen n'existant pas, elle est nécessaire. La démocratie, prenant en compte le risque de l'erreur, qui est humaine, fournit le moyen d'une responsabilisation pacifique. En d'autres termes, « c'est parce que la démocratie admet ses propres erreurs et ses propres insuffisances – reconnaissant ainsi la finitude de la condition humaine – qu'elle donne aux citoyens le pouvoir de corriger leurs choix précédents et de contester les décisions prises par ceux qu'ils ont élus³. » Justifier ainsi la démocratie c'est en souligner les limites.

419. L'effet pervers de l'élection. La démocratie repose sur le système de l'élection. Or, l'élection est une arme à double tranchant. D'un côté, elle peut être perçue comme un moyen de pression sur les dirigeants pour qu'ils prennent des règles justes, mais, d'un autre côté, si les électeurs ne veulent pas de règles justes mais uniquement des avantages à leur profit, l'élection devient un formidable

¹ Ph. BENETON, *Introduction à la politique*, PUF, coll. Premier Cycle, 1997, p. 281.

² F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, op. cit., p. 848. *Adde.* H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 98 et s. ; ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Gallimard, coll. Folio essais, 1985, n° 79, p. 214 : « Où est donc la Démocratie, sinon dans ce troisième pouvoir que la Science Politique n'a point défini, et que j'appelle le Contrôleur ? Ce n'est autre chose que le pouvoir continuellement efficace, de déposer les Rois et les Spécialistes à la minute, s'ils ne conduisent pas les affaires selon l'intérêt du plus grand nombre. Ce pouvoir s'est longtemps exercé par révolutions et barricades. Aujourd'hui, c'est par l'Interpellation qu'il s'exerce. »

³ D. SCHNAPPER, *L'esprit démocratique des lois*, Gallimard, coll. nrf essais, 2014, p. 36. *Adde.* H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 108 et s.

moyen de pression partisan. Sera réélu non l'homme juste, mais l'homme dévoué à sa majorité. La question qui se pose est alors la suivante : comment faire pour que les élus, disposant de l'organe législatif pour mener à bien leur politique, produisent des règles justes, malgré leurs engagements partisans¹ ? La réponse à cette question est fondamentale. S'il n'y en a pas de satisfaisante, alors peut-être vaut-il mieux mettre en place l'arrêt de règlement, le juge n'étant pas élu. S'il y en a une qui paraît suffisamment satisfaisante, alors l'article 5 du Code civil mérite d'être maintenu et le référé législatif doit être envisagé sérieusement. Il nous semble que c'est le libéralisme qui est le plus à même de répondre à cette question.

Section 2 – La réponse du libéralisme

420. Il importe de montrer dans un premier temps que le libéralisme est apte à répondre de manière pertinente à la question posée (§ 1), puis, dans un deuxième temps, de dégager le fondement de ce libéralisme (§ 2) pour, enfin, dans un troisième temps, en déterminer les conséquences sur les sources du droit (§ 3).

§ 1. La pertinence de la réponse libérale

421. La crainte de l'arbitraire. Tourné vers la résolution d'un litige, l'ordre juridique doit être capable d'y apporter une réponse acceptable. Il semble que le risque principal pour l'ordre juridique est que les litiges soient résolus de manière insatisfaisante. Le danger auquel est confronté le droit est alors l'arbitraire, c'est-à-dire la résolution d'un litige indépendamment de raisons valables pour tous, uniquement selon la décision individuelle d'une personne qui ne serait tenue par aucune contrainte. Le libéralisme présentant une méfiance

¹ Ripert estimait en 1936 que « les trois quarts des propositions de lois sont dictées aux parlementaires par les soucis de leur situation électorale. » Cf. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 7, p. 13. Adde. M. SAUZAY, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, A. Rousseau, 1904, p. 17, expliquant « l'abondance extraordinaire des lois ouvrières » et « le délaissement presque absolu des réformes de pur droit civil » par le fait que des hommes « consacrés soudain législateurs par les masses populaires, ne voient souvent dans la réalisation des exigences de leurs commettants, qu'une garantie probable du renouvellement de leur mandat ». Comme le souligne ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Gallimard, coll. Folio essais, 1985, n° 34, p. 97 : « La justice exige que l'on se prive souvent de cette friandise, l'Admiration. » Comp. N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2006, p. 398 : « Ose-t-on l'évidence ? Toute action sur un symptôme – les dispositions floues dans les textes de lois – requiert une action sur les causes – ici la concession faite aux lobbies ou encore la volonté d'afficher une politique publique, etc. Constate-t-on l'incapacité des acteurs du système à tenir le cap qu'ils se fixent eux-mêmes – analyser l'opportunité des réformes envisagées, en anticiper les coûts et les effets, en faire l'évaluation –, et ce parce qu'ils subissent des contraintes antagonistes ? Pourquoi alors ne pas davantage confier à des autorités extérieures aux processus de production des normes, le soin d'en contrôler et d'en améliorer les rouages ? »

naturelle envers les détenteurs du pouvoir, et souhaitant sauvegarder avant tout la liberté de l'individu, il paraît opportun d'y recourir¹.

Précisons que le libéralisme dont il est question est juridique, ou politique, avant d'être économique et qu'il est possible de voir un lien étroit entre le droit et le libéralisme. En effet, selon M. Tavoillot, « d'un côté le droit permet d'affirmer l'autonomie de la société civile ; de l'autre, il établit le fonctionnement (idéalement) équilibré des instances de la puissance publique. Par où l'on voit que le libéralisme est, philosophiquement, **juridique** avant d'être économique². » Le droit, instrument de lutte contre l'arbitraire, serait ainsi libéral par nature.

422. Le souhait de justice. Ce premier postulat, que l'on pourrait qualifier de négatif en ce qu'il vise à éviter un mal, l'arbitraire, peut être complété par un autre, positif, puisqu'il serait question cette fois-ci de chercher à obtenir un bien : la justice. Il se trouve, en effet, que le libéralisme est un système tourné vers la justice impartiale, ce qui ne peut que satisfaire les juristes. Ainsi que l'affirme Hayek, en opposant le libéralisme au socialisme³, « dans un ordre tel que celui du socialisme, dans lequel les règles gouvernant les activités individuelles sont subordonnées à des résultats préconçus, de telles règles ne relèvent pas de la justice parce qu'elles pèsent les intérêts affectés selon l'importance qu'ils ont dans les plans du gouvernement. Le socialisme est d'ailleurs largement une révolte contre la justice impartiale, qui ne considère que la conformité des actions individuelles à des règles qui ne visent point d'objectif, une justice qui ne tient pas compte des effets de l'application des règles sur la situation des intéressés⁴. » En

¹ Sur la liberté, cf. F. A. HAYEK, « La composante morale de la libre entreprise », *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, trad. C. Piton, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2007, p. 341-342 : « Par liberté, j'entends, dans ce contexte, suivant la grande tradition anglo-saxonne, indépendance de la volonté arbitraire d'autrui. C'est la conception classique de liberté sous le règne de la loi, un état des choses dans lequel un homme ne peut être contraint que lorsque la coercition est rendue nécessaire par les règles générales de la loi également applicables à tous, et jamais par la décision discrétionnaire d'une autorité administrative. »

² P.-H. TAVOILLOT, « Une triomphale défaite », *Commentaire*, n° 142, été 2013, p. 247, 2^e col. Comp. R. SEVE, « L'avenir libéral du droit », *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Editions du Juris-classeur, 1999, p. 56 : « on ne peut dire : "le marché (le développement économique), puis l'Etat de droit", puisque sans le second on n'a pas le premier mais à sa place le *crony capitalism*² ; et l'on ne peut dire davantage : "l'Etat de droit puis le marché", puisque le premier ne tombe pas du ciel et exige déjà un développement économique suffisant. » Il est possible de concilier les deux points de vue en considérant que, théoriquement, le libéralisme philosophique est premier, mais que, pratiquement, il est dans un rapport de concomitance avec le libéralisme économique.

³ Hayek entend par là tout ce qui est totalitaire, ce qui n'est pas libéral. Il ne s'agit donc aucunement de la dénonciation d'un parti politique en particulier. On pourrait d'ailleurs dire que le socialisme désigne tout ce que Hayek rejette, tout ce qui mène à la servitude. Cf. J. BAUDOUIN, « Relire *La route de la servitude* de F. A. Hayek. Une lecture paradoxale du totalitarisme », *Droit, politique et littérature. Mélanges en l'honneur du professeur Yves Guchet*, Bruylant, 2008, p. 356 : « pour Hayek, le doute n'est pas permis, le "Socialisme" est le maillon qui conduit nécessairement du Libéralisme au Totalitarisme. »

⁴ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, op. cit., p. 276. Adde. F. A. HAYEK, « Le résultat de l'action humaine mais non d'un dessein humain », *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, trad. C. Piton, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2007, p. 166-167 : « Le positivisme juridique [...] s'accroche toujours à la vieille idée anthropomorphique qui considère toutes les règles de la justice comme le produit d'une invention ou d'un dessein délibéré, et elle s'enorgueillit même d'avoir enfin échappé à toute influence de cette conception "métaphysique" »

d'autres termes, le bandeau qui masque les yeux de la justice n'existe que dans un ordre libéral où la règle est posée dans l'unique but d'éviter certaines conduites, pour maintenir un ordre général, une justice objective, et non pour parvenir à un résultat particulier, à une justice déterminée subjectivement.

423. Législation clinique et législation globale. L'opposition formulée par Hayek entre les règles abstraites, impartiales, et les règles subordonnées à des résultats préconçus, peut être rapprochée de la distinction qu'opère Carbonnier entre la législation clinique et la législation globale. La législation clinique « s'attache aux situations particulières qui lui paraissent réclamer remède, aux catégories d'individus qui demandent protection. » En revanche, la législation globale « s'efforce de dégager et de faire prévaloir l'intérêt général [...], quitte à lui sacrifier des intérêts individuels ou catégoriels immédiats. » L'auteur relève que les deux peuvent s'opposer, prenant l'exemple d'une loi visant à alléger le poids du surendettement, laquelle est cliniquement justifiée, alors qu'elle ne l'est pas au regard de l'intérêt général, en ce qu'elle contribuera à augmenter le coût du crédit¹. Il semble que souscrire au postulat libéral invite à accorder sa préférence, car il s'agit bien de préférence et non d'exclusivisme, à la législation globale².

424. Objections et réponses. Il est possible d'objecter que le libéralisme ne produit pas nécessairement un ordre souhaitable moralement, ou juste, ou encore que la liberté ne saurait être octroyée qu'une fois que les individus sont éduqués et moraux³. Les deux objections ne sont pas sans réponses. A la première, Hayek répond par l'absurde : mieux vaudrait vivre dans une société libre

du "droit naturel" d'où, comme nous venons de le voir, découle toute la compréhension théorique des phénomènes sociaux. [...] Cependant, la crainte de la contamination par ce qui était considéré comme une conception métaphysique a non seulement entraîné la théorie juridique vers des illusions encore moins scientifiques, mais en plus **ces illusions ont eu pour effet de priver le droit de tout rapport avec la justice, qui en faisait un instrument intelligible pour induire un ordre spontané.** » C'est nous qui soulignons.

¹ Pour les citations ainsi que pour l'exemple, cf. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2004, p. 281. Un exemple récent de cette opposition pourrait être trouvé dans l'opposition des opinions relatives au sort de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger. La Cour de cassation, en refusant de faire produit tout effet à l'opération, se situerait du côté de la législation globale, la Cour européenne des droits de l'Homme, en se focalisant, à tort ou à raison, sur le sort de l'enfant, se situerait du côté de la législation clinique. Cf. l'affaire *Mennesson*, Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *Bull. civ.*, n° 72 et CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11.

² *Adde.* les remarques de Carbonnier concernant la loi du 23 décembre 1985 en matière de régimes matrimoniaux, critiquant les motivations de cette réforme : « Un juge a le devoir de s'efforcer à être juste dans tous les cas ; la loi sait d'avance qu'elle ne tombera pas juste dans tous les cas. [...] En d'autres termes, il faut se garder d'une législation de cas cliniques – ces cas cliniques tels que nous les rencontrons au hasard des procès (relativement bien rares dans notre domaine) –, des difficultés non contentieuses de liquidation, des "petites requêtes" à la Chancellerie. » J. CARBONNIER, « Les régimes matrimoniaux », *Essais sur les lois*, Deffrénois, 2^e éd., 1995, p. 57-58.

³ Contrôler l'octroi de la liberté semble être une des tentations du technocrate européen. Cf. B. OPPETIT, « L'omnipotence technocratique et eurocratique », *Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 31 et s., spéc. p. 36.

dépourvue de fondements moraux que dans une société à la fois immorale et privée de liberté, puisque la première « offre au moins l'espoir d'une apparition progressive de convictions morales, alors qu'une société non-libre l'empêche¹. » A la seconde objection, Hayek répond en citant T. B. Macaulay² : « beaucoup d'hommes politiques de notre époque ont coutume d'administrer comme une proposition allant de soi qu'aucun peuple ne doit être libre avant d'être prêt à utiliser sa liberté. Cette maxime est digne de celle de l'idiot qui refusait d'aller dans l'eau avant d'avoir appris à nager. Si les hommes doivent attendre la liberté jusqu'à ce qu'ils deviennent sages et bons, il se pourrait bien qu'ils attendent éternellement³. » Par ailleurs, il est permis de se demander qui aurait la légitimité suffisante pour apprécier la capacité d'autrui à user correctement de sa liberté. Nul ne semble en effet si parfait qu'il mène une vie intégralement bonne, justifiant d'un usage satisfaisant de sa liberté⁴. Dès lors, c'est parce que personne n'est digne de la liberté qu'il convient de l'accorder à tous⁵.

En définitive, le libéralisme paraît souhaitable afin de tendre vers une société fondée sur des rapports de justice⁶. Si la réponse libérale est pertinente pour répondre à notre question, sur quoi est-elle fondée ?

§ 2. *Le fondement de la réponse libérale*

425. L'impossible omniscience. Sur quoi faire reposer le libéralisme juridique ? La pensée libérale semble philosophiquement extrêmement solide en ce

¹ F. A. HAYEK, « La composante morale de la libre entreprise », *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, trad. C. Piton, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2007, p. 343-344.

² Thomas Babington Macaulay †1859.

³ F. A. HAYEK, « La composante morale de la libre entreprise », *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, trad. C. Piton, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2007, p. 344.

⁴ Cf. ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Gallimard, coll. Folio essais, 1985, n° 29, p. 91 et s., spéc. p. 92 : « Car il faut juger ces hommes qui voudraient le tenir en tutelle. Ils ont aussi des passions, et bien visibles. Cette folie du luxe, cette soumission aux femmes brillantes ; cette éloquence puérole, qui cherche l'applaudissement, ces lieux communs usés, dans lesquels ils retombent ; cette injustice dans le détail, qui leur semble naturelle ; ces marchandages, ces services échangés, cette indulgence aux intrigues, cette faiblesse devant les flatteurs ; cet art des grandes affaires qu'ils apprennent si vite ; enfin cette ivresse de la puissance, que je devine au son de leur voix. Voilà nos sages. Voilà ceux qui prétendent décider si leur peuple est mûr pour la liberté. »

⁵ Tel est le principe. Il convient de faire preuve de réalisme et de tempérer ce principe pour les déments et les enfants. Cf. M. et R. FRIEDMAN, *La liberté du choix*, trad. G. Casaril, Belfond, 1980, p. 47 : « La liberté n'est un objectif défendable que pour des individus responsables. Nous ne croyons pas à la liberté pour les fous ou les enfants. Nous devons, d'une manière ou d'une autre, tirer un trait entre les individus responsables et les autres – bien que ceci introduise une ambiguïté fondamentale dans notre objectif final de liberté. Nous ne pouvons pas rejeter catégoriquement un certain paternalisme pour ceux que nous considérons comme irresponsables. »

⁶ Notons que l'idéal d'une société libérale semble d'ailleurs être l'objectif du marxisme à certains égards. Cf. K. MARX, *Manifeste du parti communiste*, Bibliothèques 10/18, 2004, p. 48 : « Le pouvoir politique à proprement parler est le pouvoir organisé d'une classe pour l'oppression d'une autre. Si le prolétariat, dans sa lutte contre la bourgeoisie, se constitue nécessairement en classe, s'il s'érige par une révolution en classe dominante et, comme classe dominante, détruit par la violence l'ancien régime de production, il détruit, en même temps que ce régime de production, les conditions de l'antagonisme des classes, il détruit les classes en général et, par là même, sa propre domination en tant que classe. A la place de l'ancienne société bourgeoise, avec ses classes et ses antagonismes de classes, surgit une association où le libre développement de chacun est la condition du libre développement de tous. »

qu'elle donne sa juste place à la politique, perçue comme une simple finalité intermédiaire, comme un moyen, et non comme une fin. S'il importe qu'un certain ordre existe, c'est afin de préserver la liberté des citoyens, qui peuvent ainsi chercher leur propre finalité, leur propre bonheur. Cette recherche du bonheur de la personne humaine n'incombe pas à l'Etat, mais il lui appartient de la permettre¹. Pourquoi l'Etat, ou un organe centralisé, ne pourrait-il pas veiller directement au bonheur de tous ? Hayek, cherchant « les fondements intellectuels d'un droit et d'une législation conçus dans et pour une société d'hommes libres² » part du constat que les prévisions de l'homme sont limitées, que l'intelligence humaine est imparfaite³. C'est donc une théorie de la connaissance et le souci de la liberté, et non l'appât du gain ou un quelconque égoïsme malveillant, qui sont à l'origine de la pensée, libérale, de Hayek. Selon celui-ci, l'être humain est incapable de prévoir de manière satisfaisante les effets de ses actions sur une grande échelle. Il lui est impossible de raisonner de manière parfaitement déductive et rationnelle sur ce qu'il convient de faire ou non à l'échelle d'une nation. Si un pays, son économie incluse, n'est pas géré comme un régiment de militaires, c'est tout simplement que cela est impossible, et ce serait une erreur **intellectuelle** que de vouloir le faire. Carbonnier, présentant la pensée de Hayek, écrit que « la loi qui prétend tout connaître d'avance pour les autres, et parfaitement, est une impossibilité rationnelle⁴ ». Le plus à même de s'adapter en cas de changement est celui qui est

¹ Cf. la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776 : « Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. » M. et R. FRIEDMAN, *La liberté du choix*, trad. G. Casaril, Belfond, 1980, p. 152, commentent : chaque personne « a le droit de tendre à ses propres fins et de ne pas être traité simplement comme un instrument servant les fins de quelqu'un d'autre. »

² A.-J. ARNAUD, « Autour d'un dialogue imaginaire entre Michel Villey et Friedrich A. Hayek », *Droit et société*, 2009/1, n° 71, p. 11.

- Pour une présentation synthétique de la pensée de Hayek : G. DOSTALER, « Friedrich Hayek, hétérodoxe et libéral », *Alternatives économiques*, n° 222, févr. 2004.

- Pour une critique de la pensée de Hayek : Ph. LEGE, « Hayek : penseur génial ou incohérent ? », *L'Economie politique*, n° 36, oct. 2007, disponible sur http://www.alternatives-economiques.fr/hayek--penseur-genial-ou-incoherent_fr_art_631_33302.html ; J. BAUDOUIN, « Relire *La route de la servitude* de F. A. Hayek. Une lecture paradoxale du totalitarisme », *Droit, politique et littérature. Mélanges en l'honneur du professeur Yves Guchet*, Bruylant, 2008, p. 349 et s.

- Sur la crise du libéralisme actuellement : P. MANENT, « La crise du libéralisme », *Commentaire*, n° 141, printemps 2013, p. 91 et s. ; v. le dossier « Le libéralisme politique. Victoire ou défaite », *Commentaire*, n° 142, été 2013, p. 245 et s.

- Pour des éléments historiques relatifs à la problématique de la démocratie libérale, cf. Ph. BENETON, *Introduction à la politique*, PUF, coll. Premier Cycle, 1997, p. 277 et s.

³ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, op. cit., p. 82 : « en un certain sens, c'est une banalité de dire que notre civilisation consiste à faire reculer l'ignorance. Mais précisément, parce que l'idée nous est familière, elle tend à nous dissimuler ce qu'elle contient de plus important : à savoir que la civilisation repose sur le fait que nous bénéficions tous de connaissances **que nous ne possédons pas**. » Précisons que selon Robert M. Solow, il est alors question du « Bon Hayek », par opposition au « Mauvais Hayek » essayant d'aller plus loin et de propager ses idées à partir notamment de son ouvrage *La route de la servitude*. Cf. R. M. SOLOW, « De Hayek à Friedman. L'idéologie du libéralisme économique », *Commentaire*, n° 144, Hiver 2013-2014, p. 905 et s., spéc. p. 905 : « Le Bon était un universitaire sérieux qui s'intéressait tout particulièrement au rôle du savoir dans l'économie (et dans le reste de la société). »

⁴ J. CARBONNIER, « Toute loi en soit est un mal ? », *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 328.

sur le terrain et le principe de subsidiarité commande que l'initiative soit laissée à celui qui en est le plus capable. Si la planification a échoué, c'est parce qu'elle est humainement impossible, c'est parce que l'idée que la raison peut organiser un pays avec autant de précision qu'elle résout une équation est une utopie¹ ; c'est parce qu'un homme dans un bureau, fût-il aidé par toute la documentation du monde, ne peut savoir quels sont les désirs et les rêves cachés de ses compatriotes². R.-M. Solow le résumera ainsi : « Puisque le savoir – portant sur les possibilités techniques, les préférences des citoyens, leurs interrelations et bien d'autres choses – est nécessairement et entièrement décentralisé, la centralisation des décisions est vouée à provoquer des erreurs sans parvenir ensuite à les corriger. Les conséquences pour la société peuvent être calamiteuses, ce que confirme l'histoire de la planification centralisée³. » La preuve en est d'ailleurs que « le droit soviétique, notamment, a fait du contrat un instrument de réalisation et d'ajustement du plan ; celui-ci ne peut tout prévoir, c'est par des discussions interentreprises suivies d'accords contractuels que seront réalisées les adaptations nécessaires⁴. » Il est permis de tirer les conséquences d'un tel fondement pour notre sujet, en le reliant à une critique de la loi, du droit venu d'en haut, du droit mis au service d'une volonté de refonte de la société et non plus de la justice.

426. Une critique du constructivisme et de l'Etat. Le libéralisme jette un regard critique sur un certain constructivisme d'après lequel l'action humaine devrait être entièrement dirigée par un raisonnement conçu *a priori*. Selon le rationalisme constructiviste, en effet, le succès d'une action ne devrait dépendre en rien du hasard, mais d'un raisonnement vrai ; l'action humaine devrait être dirigée par un raisonnement aussi certain qu'un syllogisme scientifique : « Seule la raison

¹ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, op. cit.*, p. 835 : « Seuls les fous croient tout savoir, mais leur nombre est grand. » Comp. F. TERRE, « Avant-Propos », *Les mots de la loi*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. VII, qui cite une circulaire du 26 janvier 1998 précisant que « l'objet de l'étude d'impact est [...] d'évaluer *a priori* les effets administratifs, juridiques, sociaux, économiques et budgétaires des mesures envisagées et de s'assurer, d'une manière probante, que la **totalité de leurs conséquences** a été appréciée préalablement à la décision publique. » C'est nous qui soulignons.

² Le raisonnement est le même que l'on se situe en matière économique ou juridique, puisqu'il s'agit toujours de l'action humaine. Cf. L. HUSSON, « Réflexions d'un philosophe sur un revirement de jurisprudence », *APD*, t. 16, Sirey, 1971, p. 329 : « les exigences de l'équité apparaissent différentes suivant les termes que l'on met en balance pour établir entre eux un équilibre ; l'effort du juge, comme celui du législateur, doit tendre, non seulement à réaliser tel ou tel équilibre partiel, mais aussi à ne pas créer pour y réussir d'autres déséquilibres ; et il est toujours à reprendre, parce que les réalités en cause sont des réalités mouvantes, en voie de transformation perpétuelle. Or aucun esprit humain ne peut embrasser ces réalités dans leur totalité d'un même regard, ni, quelle que soit sa pénétration, prévoir toutes les conséquences d'une décision. » D'où la nécessité de corrections. Sur les conséquences imprévues des lois, qui n'atteignent pas leur but et le phénomène d'incidence : cf. J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908, p. 276 et s. ; J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 149 et s.

³ R. M. SOLOW, « De Hayek à Friedman. L'idéologie du libéralisme économique », *Commentaire*, n° 144, Hiver 2013-2014, p. 905.

⁴ L. BOYER, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Contrats et conventions », n° 23.

de l'homme devait le rendre capable de bâtir à neuf la société¹. ». Hayek dénonce alors le mépris du constructivisme pour « la tradition, la coutume et l'histoire en général². » La critique de l'idolâtrie de la raison mathématique a été menée également par Oppetit, évoquant la « régression du droit depuis que celui-ci, désormais œuvre exclusive de la volonté et de la raison humaines, est devenu le vecteur d'un "rationalisme constructiviste" effréné³. » L'auteur précise que « la rationalisation, issue de la philosophie cartésienne, a affecté au premier chef la gestion administrative et s'est étendue à toute la sphère politique, débouchant sur la confusion de celle-ci avec un Etat bureaucratique omnipotent⁴. » Enfin, on peut relever que, récemment, l'approche centralisatrice et planificatrice du droit a été condamnée par un rapport du 26 mars 2013 relatif à l'inflation législative. Les auteurs du rapport dénoncent « un tropisme avéré pour la norme descendante, obligatoire et contraignante, comme s'il n'existait pas d'autre façon d'organiser les situations et les rapports humains qu'en produisant un texte normatif⁵. » On vérifie ainsi que la vision que l'on se fait de l'organisation des rapports humains n'est pas sans incidence sur les moyens pris. Apparaît déjà une opposition entre la retenue libérale, favorable à la coutume, et le constructivisme planificateur, favorable à la loi.

427. Le maintien l'Etat. Précisons que de tels propos ne conduisent aucunement à préconiser la disparition l'Etat ou toute forme de gouvernement, mais à en apprécier avec mesure la nécessité et la place. Hayek n'a ainsi jamais prôné la suppression de l'Etat, quand bien même il souhaitait privilégier l'ordre spontané. Afin de lutter contre cette idée reçue faisant de Hayek le héraut d'un libéralisme anarchiste⁶, il suffirait de le citer⁷ ou de rappeler qu'il propose un

¹ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, op. cit.*, p. 72.

² F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, op. cit.*, p. 72.

³ B. OPPETIT, « L'apparition de tendances régressives », *Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 120. V. déjà, ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 2007, livre VI, 12, p. 327-328 : « les paroles et les opinions indémontrées des gens d'expérience, des vieillards et des personnes douées de sagesse pratique sont tout aussi dignes d'attention que celles qui s'appuient sur des démonstrations, car l'expérience leur a donné une vue exercée qui leur permet de voir correctement les choses. » Comp. l'opposition faite par Mme Delsol entre l'enracinement et l'émancipation : C. DELSOL, « Le peuple et les normes élitaires », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. MAZEAUD, C. PUIGELIER, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 124 et s.

⁴ *Ibid.* Adde. ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Gallimard, coll. Folio essais, 1985, p. 103 et s.

⁵ *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, établi par A. LAMBERT, J.-C. BOULARD, 26 mars 2013, p. 78. Adde. M. BORGETTO, A. GARAPON, V. HEUZE et alii (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 16.

⁶ Comp. M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation versus concurrence », *Au-delà des codes. Mélanges en l'honneur de M.-S. Payet*, Dalloz, 2011, n° 5, p. 173 : « La doctrine économique qui prétend que le marché concurrentiel est spontané et ne requiert ni Etat ni droit ni institution, est minoritaire. On la retrouve représentée par l'Ecole autrichienne dont les travaux de Friedrich Hayek sont le fleuron et ont réussi à perdurer jusqu'à ce jour. »

⁷ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, op. cit.*, p. 296-297 : « Il n'est pas contesté qu'il faille un gouvernement pour imposer l'obéissance aux lois et diriger l'organisation fournissant d'autres services ; mais cela n'implique pas, en

projet de constitution¹. L'auteur se montre d'ailleurs favorable à une certaine aide sociale en affirmant qu' « il n'y a pas de raison pour que le gouvernement d'une société libre doive s'abstenir d'assurer à tous une protection contre un dénuement extrême, sous la forme d'un revenu minimum garanti, ou d'un niveau de ressources au-dessous duquel personne ne doit tomber² ». Même économique, le libéralisme n'est pas assimilable à la loi de la jungle, à la loi du plus fort.

428. Conclusion du paragraphe. Ainsi, le libéralisme juridique est fondé sur l'incapacité de l'être humain à prévoir toutes les conséquences de toutes les actions de ses semblables, ce qui implique la recherche d'une justice abstraite, impartiale, et non l'obtention d'effets particuliers. Il n'appartient pas aux dirigeants de chercher à rendre directement l'homme heureux en essayant d'établir, de créer directement un monde juste ; il ne leur appartient que de rendre possible cette recherche du bonheur, en établissant des règles générales, abstraites, permettant de sanctionner les comportements injustes, les comportements ne respectant pas les règles du jeu. La vision libérale insiste donc sur un droit impartial, qui fixe les règles du jeu de manière générale, par opposition à un droit partial, cherchant à obtenir des résultats déterminés, soumis à d'autres impératifs que la justice. Ces éléments étant précisés, il est temps de répondre à notre question de départ : quelle place donner à l'élaboration démocratique des règles de droit, quelle place donner à la loi ?

§ 3. Le contenu de la réponse libérale : la complémentarité des sources du droit

429. Impartialité de la loi et rôle de la coutume. Notre souci principal est que la loi soit impartiale, conçue en vue du bien commun et non en vue du bien de quelques uns. Où trouver une règle générale, élaborée indépendamment des enjeux de réélection, indépendamment de toute volonté particulière d'organisation constructiviste de la société ? C'est certainement vers la coutume que doivent se porter nos regards. Demante soulignait ainsi qu' « un usage constant est peut-être ce qui manifeste le mieux les vœux et les besoins du peuple. Les coutumes doivent

temps ordinaire, que le citoyen privé ait besoin d'être gouverné, au sens où le gouvernement dirige les ressources en personnel et en matériels qui lui sont octroyés pour assurer ces services. » *Adde., op. cit.*, p. 141.

¹ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, op. cit.*, chapitre 17 : « Un modèle de constitution », p. 793 et s.

² F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, op. cit.*, p. 493.

donc être prises pour base d'une bonne législation¹. » Elaborée petit à petit et de manière diffuse, la coutume ne saurait être soupçonnée d'asservissement à un projet politique².

Peut-on reprocher malgré tout à la coutume son manque de justice ? Ce reproche, s'il peut être formulé, a cependant peu de chances d'être fondé, pour deux raisons. Premièrement, il est peu crédible qu'une coutume foncièrement injuste perdure et, secondement, en cas de litige il est également probable que le juge écarte la règle spontanée injuste³, contribuant ainsi à l'élaboration de justes coutumes. C'est pourquoi la coutume est ici à prendre au sens large, incluant le droit spontané et la jurisprudence. La coutume est ce qui est répété, ce qui est éprouvé dans le temps par les différents acteurs de l'ordre juridique, du simple contractant au juge de la Cour de cassation. Si, malgré tout, la coutume s'avérait injuste, la loi pourrait tout à fait intervenir pour la corriger : le bris de jurisprudence n'est pas inconnu de nos institutions⁴.

¹ A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, G. Thorel, 4^e éd., 1849, n° 8, p. 5. Adde. O. W. HOLMES, *The Common law*, 1881 : « *the life of the law has not been logic : it has been experience* », cité par A. TUNC, « La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », *RIDC* 1978, p. 825. L'aphorisme pourrait se traduire ainsi : « la vie du droit ne s'est pas développée suivant la logique : elle l'a été suivant l'expérience. » L'auteur met ainsi en garde contre l'assimilation du raisonnement juridique au raisonnement mathématique, géométrique. En ce sens égal. : ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Gallimard, coll. Folio essais, 1985, n° 83, p. 223 : « une réforme efficace ne fait jamais que mettre en règle des usages auxquels l'expérience a conduit. » Adde. ALAIN, *op. cit.*, n° 95 et s., p. 248 et s.

² Cf. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audouin revue par Ph. Nemo, PUF, coll. Quadrige-Grands textes, 2007, p. 214 : « La liberté des britanniques, qu'au XVIII^e siècle le reste de l'Europe se prit à admirer si fort, ne fut pas originellement le fruit de la séparation des pouvoirs entre le législatif et l'exécutif comme le crurent les britanniques tout les premiers et comme ensuite Montesquieu l'enseigna au monde entier. Ce fut plutôt la conséquence du fait que la loi qui gouvernait les décisions des tribunaux était le droit coutumier, une loi existant indépendamment de la volonté de quiconque et qui, à la fois, s'imposait à des juges indépendants et se développait par eux ; une loi dans le domaine de laquelle le Parlement n'intervenait que rarement, et surtout pour éclaircir des points douteux dans le cadre d'un corps de droit donné. » C'est ce caractère qui expliquerait, notamment, le refoulement de la coutume par l'Etat, lequel, ayant annexé le droit, a réduit celui-ci à un moyen de mettre en œuvre sa politique. Cf. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 270, p. 361. *Nota bene* : en faisant l'éloge de la coutume on se rapproche ainsi de l'école historique du droit (cf. *supra*, n° 76 et s.). Avoir écarté cette théorie en tant que modèle descriptif ne nous empêche absolument pas d'y recourir en tant que modèle prescriptif : si cette théorie ne rend pas bien compte de la réalité, il n'empêche qu'on peut souhaiter que la réalité ressemble un jour à ce que dit cette théorie.

³ J. CARBONNIER, « Caractères juridiques », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 429 : « Dans les pays qui sont régis par des coutumes non écrites, comme la France sous l'ancien régime, comme aujourd'hui encore, pour partie, les pays anglo-saxons, il est de principe que la coutume n'est obligatoire qu'autant qu'elle est raisonnable, et les tribunaux se reconnaissent à cet égard un pouvoir de censure. » Ce rôle de filtre joué par le juge est en réalité le même que lorsque celui-ci applique une loi avec équité. Le juge joue dans les deux cas un rôle majeur pour rendre la règle plus juste, et l'on ne peut s'empêcher de penser alors à Ripert qui écrivit que « plus le juriste défend le pouvoir du juge et l'autorité de la jurisprudence, plus il élève la puissance intellectuelle contre la puissance politique si toutefois le juge est indépendant de cette puissance. » (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 15, p. 25).

⁴ Pour des exemples, cf. J.-L. BERGEL, « La loi du juge, dialogue ou duel », *Etudes offertes à P. Kayser*, t. 1, PUAM, 1979, p. 36 et s. ; T. BONNEAU, « Variations sur la jurisprudence "source du droit triomphante mais menacée" », *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, *Economica*, 2004, n° 6, p. 130-131 ; A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, 1932, n° 425, p. 452.

430. La nécessité de la loi. Cette fonction de correction suffirait à justifier qu'il faille des lois¹. De manière plus fondamentale, la loi est nécessaire pour révéler la coutume, l'exprimer, la poser. Ainsi que l'écrivait Simone Weil, « l'activité législative consiste à penser les notions essentielles à la vie d'un pays. Le peuple a des aspirations mais n'a pas la possibilité d'en faire des idées claires. Il doit nommer des hommes, non afin de le "représenter" (qu'est-ce que ce mot peut vouloir dire ?), mais afin de penser pour lui². » Le contrôle des gouvernants par l'élection est alors souhaitable afin que ceux qui sont peu habiles ou peu scrupuleux soient remplacés pacifiquement.

431. L'abstraction de la loi. La loi, devant être impartiale, sera mécaniquement abstraite, c'est-à-dire impersonnelle. L'accord se fait entre l'économiste libéral et le codificateur. Un célèbre passage de la littérature juridique l'illustre : « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application³. » Les gouvernants n'ont donc pas, en principe, à s'occuper du détail, de la situation personnelle de telle ou telle personne, mais doivent exprimer clairement les principes de justice que tout un chacun ressent sans avoir forcément la capacité de les dire clairement. Il faut donc retenir de ces développements la complémentarité très forte pouvant exister entre la coutume, *lato sensu*, et la loi. Cette complémentarité mériterait d'être mise en avant, nous semble-t-il, au détriment de la primauté absolue de la loi.

¹ En ce sens, F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audouin revue par Ph. Nemo, PUF, coll. Quadrige-Grands textes, 2007, p. 219 et s.

² S. WEIL, « Idées essentielles pour une nouvelle Constitution (1943) », *Note sur la suppression générale des partis politiques*, L'Herne, coll. Carnets, 2014, p. 65-66. La philosophe précise : « Pour cela, il faut qu'il désigne des hommes et non des partis. Les partis ne pensent pas. Ils pensent **moins** que le peuple. » Comp. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^e éd., 1919, rééd. 1954, t. 1, n° 92, p. 241. *Adde.* sur la nécessité d'une législation : F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audouin revue par Ph. Nemo, PUF, coll. Quadrige-Grands textes, 2007, p. 220 ; Th. d'AQUIN, *Les lois*, Téqui, 2013, qu. 95, a. 1, p. 195 et s. ; J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908, p. 76 et s.

³ J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire », *in* LOCRE, p. 258. Pour le point de vue de Hayek, *cf.* F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, not., p. 115-116 : « Bien que l'abstraction élargisse la sphère des phénomènes que nous pouvons maîtriser intellectuellement, elle ne le fait qu'en limitant le degré auquel nous pouvons prévoir les effets de nos actions, et par conséquent aussi en limitant à certains aspects généraux le degré auquel nous pouvons modérer le monde selon nos préférences. Pour cette raison, le libéralisme borne le contrôle délibéré sur l'ordre d'ensemble de la société à la sanction des règles générales qui sont nécessaires à la formation d'un ordre spontané, dont nous ne pouvons prévoir les détails. [...] Le constructivisme rationaliste rejette l'idée de soumettre la raison à cette discipline-là, parce qu'il s'imagine que la raison est capable de s'assurer de tous les détails d'une situation ; il est ainsi conduit à préférer le concret à l'abstrait, le particulier au général, parce que ses adeptes ne voient pas combien ils en arrivent à limiter le champ du véritable contrôle rationnel. »

432. Sécurité juridique, loi et coutume. Rappelons d'ailleurs que, dans l'ordre juridique actuel, l'élaboration coutumière de la jurisprudence respecte mieux la sécurité juridique que son élaboration législative¹. Par où l'on voit que la complémentarité entre les sources du droit, que la complémentarité entre l'office du juge et le rôle du législateur, est également facteur de sécurité juridique. Il faut admettre en outre que l'excès de lois est nuisible et que le justiciable est capable de déterminer ce qui est juste ou injuste en dehors de la loi.

D'une part, dès qu'il est question de sécurité juridique, surgit, comme un réflexe, le sentiment que la loi est la panacée. L'inflation législative prouve le contraire et commande de préciser que la loi n'est utile que tant qu'elle est claire, accessible et cohérente. Le Conseil d'Etat n'a pas manqué de critiquer l'idolâtrie législative, en des termes peu ambigus : « La force symbolique de la loi, caractéristique propre de la société française, ne favorise pas la recherche de solutions alternatives à l'élaboration de normes, et conduit à faire passer toute réforme importante par cet instrument. L'une des caractéristiques de l'exception française [...] réside en effet dans la propension à attendre des miracles de la loi [...] et à faire appel à l'Etat législateur à tout propos, en escomptant de la loi des résultats à la fois prompts, bienfaisants et exempts d'effets pervers². » La tempérance devrait donc être une des vertus cardinales du législateur³.

D'autre part, ce culte de la loi est assis, semble-t-il, sur la perception d'un être humain désincarné qui n'acquerrait le sens du juste et de l'injuste que par ce qu'indique la loi. Si l'affirmation a sa part de vérité, qui justifie qu'il faille des lois pour exprimer ce qui est juste, il apparaît exagéré de soutenir qu'en l'absence de texte écrit et préétabli, il n'existe aucune sécurité juridique et que, faute de loi, le justiciable ne saurait dans quelle direction se diriger, qu'il serait dans un état absolu et permanent d'indécision. Il convient de le réaffirmer : l'absence de législation n'est pas l'absence de droit. La loi doit être perçue comme une

¹ Cf. *supra*, n° 279 et n° 304 et s.

² Rapport public du Conseil d'Etat, La Documentation française, coll. Etudes et documents du Conseil d'Etat, 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, p. 231.

³ Cf. J. CARBONNIER, « L'inflation des lois », *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 313 : « il faudrait élaborer, pour les faire entrer dans une politique de la législation, quelques critères de non-intervention législative ; et persuader le législateur qu'il n'est pas moins législateur quand il repousse la tentation de légiférer. Si les bonnes lois sont d'argent, le silence législatif est d'or. » *Adde.* ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Gallimard, coll. Folio essais, 1985, n° 108, p. 281 : « Le premier article d'un bréviaire du gouvernement, c'est une paresse héroïque. » ; A. SERIAUX, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1999, p. 37 : « Il y eut paraît-il une époque où, à Athènes, quiconque demandait une modification des lois existantes devait démontrer que sa proposition était plus juste que la solution précédemment retenue, sinon il encourait la peine de mort. » V. encore F. TERRE, « Avant-Propos », *Les mots de la loi*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. V et s. et les références citées ; H. BATIFFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD*, t. 12, Sirey, 1967, p. 338 : « Un paralogsme répandu de nos jours prétend que la vie se manifestant par le changement, tout changement est signe de vie. Les anciens pensaient au contraire que le changement de législation entraîne en soi des inconvénients qui doivent être pesés en rapport avec ses avantages. De fait, les problèmes positifs soulevés par la succession de règles dans le temps sont bien le signe que les règles de droit ont vocation à une certaine permanence. »

perfection de l'ordre juridique, non comme une nécessité. Il n'est pas vain de réaffirmer que la sécurité juridique est un idéal et que l'insécurité juridique est une nécessité, au sens où elle ne peut pas ne pas exister, puisqu'elle est une conséquence de la liberté humaine¹.

433. Conclusion de la section. Le libéralisme est séduisant pour le juriste en ce qu'il craint l'arbitraire et recherche la justice. Fondé sur les limites de l'entendement humain, le libéralisme invite à se méfier d'un droit mis au service d'objectifs déterminés : mieux vaut élaborer des règles abstraites, impartiales, des sortes de règles du jeu pour que les joueurs jouent loyalement, plutôt que de chercher à établir le résultat final. Pour cela, afin de prendre en compte le risque que comporte toute élection, le mieux est encore de s'en remettre à la coutume, la loi venant éclaircir et promulguer son contenu. La complémentarité des sources du droit doit être maintenue. Le libéral est donc conscient de la nécessité de la loi, mais s'en méfie. Il veut peu de lois et des lois faites par des personnes pouvant être démisées lors des élections. C'est pourquoi, dans cette perspective, il ne paraît pas opportun de conférer le pouvoir de légiférer à une personne qui ne pourrait pas être remplacée pacifiquement par le jeu de l'élection, qui ne serait pas responsable démocratiquement.

¹ Sur ce lien entre la liberté humaine et l'insécurité juridique, cf. X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, n° 7, p. 80-81.

Conclusion du Chapitre

434. Afin d'apprécier l'opportunité de certaines techniques, comme l'arrêt de règlement ou le référé législatif, il nous a paru nécessaire de présenter rapidement nos outils d'évaluation. Il semble juste d'affirmer que la démocratie n'est pas un gage de sauvegarde contre l'arbitraire, mais qu'elle a l'avantage de permettre de changer pacifiquement de dirigeants. Par conséquent, ce sont ces dirigeants qui devraient poser des règles générales, des lois. Toutefois, afin d'éviter que par gratitude ou souci de réélection ces dirigeants ne votent des lois injustes, il convient de rappeler les précieux avantages des lois abstraites, générales, et de la coutume, largement entendue, permettant au droit de s'élaborer peu à peu. Le libéralisme invite donc à sauvegarder une complémentarité des sources du droit, il invite à une collaboration pacifique des pouvoirs. Quel rôle confier alors précisément à la Cour de cassation ?

Chapitre 2 – Le maintien de la fonction actuelle de la Cour de cassation

435. Dire que le législateur n'est pas le seul à pouvoir décider de ce qui est juste ou injuste, n'est-ce pas plaider en faveur de l'arrêt de règlement ? S'il paraît raisonnable de rejeter l'arrêt de règlement, ce n'est pas par crainte du juge, aussi capable que le législateur de poser une règle juste, mais bien par crainte de la loi de manière générale, de toute législation. Puisqu'il faut malgré tout des règles de type législatif, c'est un moindre mal qu'elles soient posées par un organe dont on peut modifier pacifiquement la composition. Il semble alors opportun de refuser, d'une part, d'offrir un nouveau pouvoir à la Cour de cassation, à savoir celui de faire des arrêts de règlement et d'autre part, de la soustraire à cette prohibition en la transformant en un organe purement législatif. Le maintien de la prohibition des arrêts de règlement (Section 1) rejoint ainsi le maintien du caractère hybride de la Cour de cassation (Section 2).

Section 1 – Le maintien de la prohibition des arrêts de règlement

436. Avantages de l'arrêt de règlement. L'arrêt de règlement, dans sa forme législative la plus pure, est, avec le référé législatif, une des alternatives efficaces pour résoudre le problème de la rétroactivité de la jurisprudence. Le juge poserait une règle qui ne connaîtrait ni rétroactivité jurisprudentielle, ni rétroactivité juridictionnelle. La solution a le mérite de la simplicité, de l'efficacité et d'être peu onéreuse. Certains juges ont d'ailleurs pu exprimer leur frustration face à la prohibition des arrêts de règlement. La cour d'appel de Paris a rendu un arrêt en 2001 possédant à cet égard une valeur symbolique, affirmant qu'elle « ne cesse de rappeler à longueur d'arrêts (ce dont elle pourrait se dispenser si les arrêts de règlements n'avaient pas été inopportunément interdits par l'article 5 du code civil) que de simples relevés informatiques ne sauraient établir la réalité de la créance¹ ». Deux obstacles semblent devoir être levés avant d'admettre les arrêts de règlement : l'obstacle de la compétence et l'obstacle de la légitimité des juges.

¹ Paris, 23^e ch., section B, 29 nov. 2001, n° 2000/20160, n° JurisData 2001-161615, *Syndicat des copropriétaires 45-53 rue Jean Jaurès Ile Saint Denis / Dimitrov*. Sur cette décision, cf. F. BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation. De L'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003, n° 58, p. 171. Sur la question, adde. A. AUDINET, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlements ? », *Mélanges J. Brethe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 99 et s.

437. Compétence des juges. Est-il possible d'opposer aux partisans de l'arrêt de règlement le manque de compétence des juges, en ce sens qu'ils n'ont pas les capacités techniques d'établir des règles générales, ce qui inclut l'absence d'études sociologiques ou d'impacts ? L'obstacle est relativement facilement contournable, ne serait-ce que par l'audition d'*amici curiæ* ou le renforcement du service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

438. Légitimité des juges. Reste donc le problème de la légitimité. L'absence d'élection des juges constitue-t-il un empêchement dirimant à l'adoption de l'arrêt de règlement ? De manière directe non, puisque la démocratie n'est pas le seul moyen d'obtenir une règle juste. Quand il s'agit de lutter contre l'injustice, on pourrait même être tenté de donner plus de pouvoir au juge. Comme a pu l'écrire Boulouis, « parce qu'il est le seul des pouvoirs publics à être reconnu sage, tout incline à s'en remettre à la sagesse du juge¹. » Récemment, on a pu légitimer de la sorte le pouvoir créateur des juges en rappelant combien la jurisprudence administrative était, sur le fond, parfaitement acceptable. M. Seiller écrit en effet que, « au regard du rôle joué par la jurisprudence dans la détermination d'un juste équilibre entre les indispensables prérogatives de l'administration et le respect des droits et libertés des individus, la mise en cause du caractère non démocratique, voire contraire à l'Etat de droit, des règles prétoriennes n'emporte évidemment pas l'adhésion². » Il semblerait que le propos puisse être traduit de la sorte : les règles posées par le juge étant bonnes, les critiques relatives à leur élaboration sont hors de cause. La fin justifierait les moyens.

439. Responsabilité des juges. Cependant, et à bien y réfléchir, si une règle prise par le juge s'avère injuste, l'irresponsabilité totale de celui-ci peut paraître dangereuse et peu souhaitable³. L'essor d'une fonction législative devrait s'accompagner d'une responsabilité démocratique. Comme on a pu l'écrire, « dans la mesure où le pouvoir normatif des juges est assimilé à celui du législateur, la production de règles de droit ne devrait-elle pas répondre au même mode d'élaboration, à savoir la création des règles de droit par des représentants élus par

¹ J. BOULOUIS, « Rapport de synthèse », *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Trav. Ass. Capitant 1978, t. XXIX, Economica, 1980, p. 5.

² B. SEILLER, « Le contentieux administratif », *Repenser le droit transitoire*, dir. G. DRAGO, D. LE PRADO, B. SEILLER, Ph. THERY, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 103.

³ Cf. Y. LEQUETTE, « Des juges littéralement irresponsables... », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 309 et s., spéc. p. 321 et s.

les citoyens et susceptibles de répondre de leur acte devant eux¹ ? » L'argument mérite d'être retenu. Comme il a déjà été soutenu, la démocratie doit prévaloir, non pas parce qu'elle permet infailliblement de créer des règles justes, non pas parce que les juges sont incapables de poser des règles justes, mais parce qu'elle permet, en cas de règles injustes, de sanctionner l'auteur de cette règle de manière pacifique.

Dès lors, que penser d'un système où les juges seraient responsables démocratiquement, pour les règles de droit qu'ils créent ? La difficulté vient de la différence des deux fonctions qu'assurerait le juge : une fonction juridictionnelle et une fonction législative, la seconde déconnectée de la première. A ces deux fonctions correspondraient deux responsabilités différentes. Si une responsabilité est envisageable pour la fonction juridictionnelle², elle ne saurait être en aucun cas démocratique ; tandis que la responsabilité pour la fonction législative ne saurait être que démocratique. Comment cumuler alors sur les mêmes têtes deux fonctions différentes avec deux responsabilités différentes ? Un tel cumul paraît extrêmement compliqué à mettre en œuvre, en particulier lorsqu'est en cause l'action de juger. Comment soutenir qu'un juge serait à la fois irresponsable quant à son jugement, mais responsable politiquement de la règle fondant ce jugement ? Comment préserver son impartialité s'il doit être soumis lui aussi aux règles du jeu électoral ? Un tel schéma paraît très délicat à mettre en œuvre, raison pour laquelle l'arrêt de règlement doit être rejeté. L'article 5 du Code civil mérite d'être maintenu. Faut-il le contourner en faisant de la Cour de cassation un second législateur et en lui ôtant son caractère hybride ?

Section 2 – Le maintien du caractère hybride de la Cour de cassation

440. La Cour de cassation, auxiliaire du Parlement. L'article 5 du Code civil devant être maintenu, au moins quant à son esprit, la solution pourrait être de transformer la Cour de cassation en pur organe législatif. La Cour de cassation, saisie par les juges du fond, connaîtrait ainsi des différents procès, mais dans l'unique but de modifier la loi. Elle ne remplirait plus aucune fonction juridictionnelle. Il s'agirait en quelque sorte de généraliser le mécanisme du

¹ Contribution de la CFE CGC, *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 182.

² Ph. ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, LGDJ, 1956, spéc., p. 260 et s. ; F. HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Systèmes, 2010, p. 167 et s., spéc. p. 186 et s. Comp. M.-A. FRISON-ROCHE, « La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », *JCP* 1999, I, 174. Pour le droit positif, cf. F. HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Systèmes, 2010, p. 167 et s.

pourvoi dans l'intérêt de la loi afin de soulager le législateur d'une partie de son travail.

441. Cour de cassation et élaboration coutumière du droit : une fonction irremplaçable. Cependant, outre le problème de l'absence d'élections des conseillers à la Cour de cassation, la transformation de la Cour de cassation en un organe purement législatif semble inopportune. La mission propre de la Cour de cassation dans l'élaboration du droit, par l'interprétation et la répétition de ses solutions, apparaît fondamentale et nécessaire. Pourquoi créer un autre législateur, avec tous les défauts que cela emporte, quand un organe tel que la Cour de cassation peut prendre le temps de faire émerger une règle de conduite éprouvée par les différents juges du fond et par le temps ? Il serait regrettable d'ôter à la jurisprudence tout ce qu'il y a en elle de prudence, et on ne peut que souscrire aux propos de M. Lamanda, selon qui la jurisprudence « a cette chance de se construire pas à pas, à la faveur des moyens soulevés. Elle s'éprouve dans la durée, comme dans le dialogue entre juges, ainsi qu'avec les acteurs du procès et les partenaires de justice. [...] La jurisprudence se fortifie ainsi de l'autorité de solutions, non pas imposées d'en haut, mais mûries et patiemment construites avec les cours des tribunaux¹. »

Ainsi, en matière d'élaboration de la règle de droit, de deux maux, il faut choisir le moindre : avoir une règle instantanée et imparfaite, faite dans le feu de l'action, ou bien attendre qu'elle se forge et se perfectionne au contact des faits et de l'expérience. Cette seconde voie nous paraît préférable pour guider l'action de la Cour de cassation². Puisqu'il existe déjà un législateur, il nous paraît souhaitable de maintenir la Cour de cassation, avec son aspect juridictionnel, serait-il ambigu et mâtiné d'un certain pouvoir normatif, jurisprudentiel et non législatif. L'alliance du pouvoir disciplinaire et du pouvoir normatif, du juridictionnel et du jurisprudentiel, ne semble pas devoir être rompue. Tunc affirmait en ce sens que « la mission essentielle unanimement reconnue à une cour suprême est de veiller à la bonne application des règles juridiques par les juridictions inférieures et, par là-même, d'assurer au droit unité, clarté, certitude³ », pour souligner ensuite que, « indissociable de cette mission est celle, moins souvent mentionnée, mais que personne sans doute n'oserait nier, de moderniser le droit – c'est-à-dire de

¹ *Rapport annuel*, 2013, p. 15.

² En ce sens : D. DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980, p. 343 : avec l'arrêt de règlement, « la jurisprudence ne résulterait plus alors d'un assentiment volontaire et réfléchi. La valeur juridique ne s'appuierait plus sur la conviction que telle solution, compte tenu de l'ensemble des matériaux dégagés des différentes expériences que constitue chaque instance, apparaît comme la meilleure. »

³ A. TUNC, « Conclusions : La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978, p. 435-436.

l'adapter aux nouvelles conditions sociales et aux aspirations contemporaines – dans des limites à la fois assez claires et difficiles à exprimer. C'est là une fonction dans laquelle la cour suprême est irremplaçable¹. » Ces deux missions sont indissociables, la seconde, la mission jurisprudentielle, puisant sa légitimité dans le première, la mission juridictionnelle.

442. Un organe au service des justiciables. L'utilité de la Cour de cassation est particulièrement mise en avant pour les plus petits litiges, ceux qui ne sont pas susceptibles d'appel. En effet, « le caractère indispensable du pourvoi en cassation s'observe aussi dans le fait que les jugements rendus en premier et dernier ressort sont susceptibles de pourvoi, alors qu'ils ne sont pas susceptibles d'appel. Quitte à se passer d'un degré de juridiction, le législateur préfère se passer de l'appel que du pourvoi, car celui-ci constitue le vecteur privilégié pour assurer l'égalité de tous devant la loi, et cela, même pour les litiges les plus modestes². »

Pour l'ensemble de ces considérations – rôle normatif de modernisation et d'adaptation du droit par voie coutumière, souci d'égalité entre les justiciables – il nous semble que la Cour de cassation ne devrait pas se débarrasser de son ambiguïté, ne devrait pas sacrifier sa fonction juridictionnelle, source de légitimité de sa création jurisprudentielle.

¹ A. TUNC, « Conclusions : La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978, p. 436. V. déjà, H. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, thèse dactyl., 1897, p. 32 et s. qui attribue à la jurisprudence le rôle de corriger et de suppléer la loi, au motif notamment qu' « on ne peut constamment changer la législation ; les espèces des procès, au contraire, se présentent tous les jours, et le juge suit pas à pas l'évolution des mœurs. » (*op. cit.*, p. 33). *Adde.* J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908, p. 72 et s. ; P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en questions », *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, dir. E. CARPANO, Bruylant, 2012, p. 68 qui dénonce la tendance doctrinale à juger les revirements de jurisprudence avec des critères empruntés aux caractéristiques de la loi : « ces touches évolutives, ces adaptations aux circonstances, cette formation par la prudence et l'expérience sont peut-être les principaux défauts du revirement, mais ils sont dans le même temps la raison d'être de la jurisprudence et sa plus grande qualité, qui mérite le respect, sa capacité d'adaptation permanente du droit à la richesse infinie des faits. »

² L. BORE, J. de SALVE DE BRUNETON, « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.* 2005, n° 4, p. 180. Il en est de même pour le Conseil d'Etat dans l'ordre administratif : *cf.* CE, 7 févr. 1947, *d'Aillères*, *GAJA*, n° 57, p. 375 et s., spéc. p. 379.

Conclusion du Chapitre

443. L'arrêt de règlement a l'avantage de permettre au juge de poser une norme dénuée de toute rétroactivité. Rien n'empêche par ailleurs de donner au juge les moyens techniques pour qu'il puisse avoir la possibilité de rendre de tels arrêts en ayant les renseignements nécessaires. Toutefois, se pose la question de la responsabilité des membres de la Cour de cassation en cas de mauvais usage de cette technique, le cumul d'une irresponsabilité pour la fonction juridictionnelle et d'une responsabilité pour la fonction normative semblant peu aisé à mettre en œuvre. Quant à l'idée supprimer toute fonction juridictionnelle de la Cour de cassation pour lui permettre de se consacrer au pouvoir normatif, elle ne paraît pas opportune, l'adaptation du droit espèce par espèce semblant nécessaire. En outre, la Cour de cassation a une utilité propre pour maintenir une certaine égalité entre les plaideurs, dont elle est l'ultime recours en droit interne lorsqu'il est impossible d'interjeter appel. Par conséquent, plutôt que d'ériger la Cour de cassation en législateur, une réaffectation du pouvoir législatif entre les mains du Parlement paraît préférable.

Chapitre 3 – L'accueil du référé législatif

444. L'arrêt de règlement devant être écarté, instituer un référé législatif paraît souhaitable. Cet appel au législateur pourrait être complété par une amélioration des méthodes de la Cour de cassation ainsi par l'indemnisation des plaideurs victimes de certaines décisions. Seront ainsi présentées l'institution du référé législatif, dénommé référé-suggestion (Section 1), la perfection des méthodes de la Cour de cassation (Section 2) et la perfection de l'ordre juridique à travers l'indemnisation du perdant (Section 3).

Section 1 – L'institution du référé législatif : le référé-suggestion

445. Une fois l'institution du référé justifiée (§ 1), il conviendra d'en présenter la technique (§ 2).

§ 1. La justification du référé-suggestion

446. Un premier constat, révélant que les créations jurisprudentielles ont souvent pour cause les défaillances de la loi (A), joint à un second constat relatif à l'absence de possibilité, pour la Cour de cassation, de modifier le droit positif de manière satisfaisante (B) justifient que la loi intervienne pour pallier ses propres défaillances, sans que cela ne heurte les leçons ou le sens de l'histoire (C).

A. Les défaillances de la loi

447. **Répercussion des défaillances de la loi sur la jurisprudence.** Force est de constater que bien souvent ce sont les défaillances de la loi qui poussent le juge à l'audace créatrice. Dans un système où le juge doit s'appuyer sur une norme qui préexiste¹, il paraît logique que les défauts de la loi se répercutent sur la jurisprudence. Ce jeu de vases communicants entre la faiblesse du législateur et le pouvoir du juge a été fortement dénoncé dès 1960 en des termes ne souffrant d'aucune ambiguïté : « L'impotence du législateur ne fait que favoriser

¹ Art. 12 et 604 CPC.

"l'impérialisme" latent des juges¹ ». Des exemples permettent de vérifier ce « transfert de l'isoloir vers le prétoire² ».

448. Exemple en matière de clause abusive. Même s'il ne s'agit pas de la loi à proprement parler, une illustration de ce lien entre décadence du texte et « impérialisme » de la jurisprudence, réside dans un arrêt du 14 mai 1991³. Par cet arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé spontanément de reconnaître le caractère abusif d'une clause, tandis que la loi conférait une telle prérogative au seul pouvoir réglementaire⁴. La Cour de cassation a ainsi réagi à l'inaction de ce dernier, un seul décret ayant été pris⁵. L'inertie de l'un aurait justifié le zèle de l'autre⁶.

449. Exemple en matière d'anticipation des transpositions des directives et des réformes du droit positif. L'inertie du législateur dans la transposition d'une directive a d'ailleurs pu pousser le juge à opérer un revirement d'anticipation, dont nous avons déjà pu apprécier l'inopportunité au plan de la sécurité juridique⁷. Les intentions de la Cour de cassation sont limpides en la matière : « Si la Cour de cassation ne cède pas aux sollicitations d'abandon anticipé de sa jurisprudence, il en est autrement lorsque, en vertu de la théorie de l'interprétation conforme dégagée par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt *Von Colson et Kamann*⁸, elle interprète la loi à la lumière d'une directive non transposée ou incorrectement transposée, à partir de la date limite fixée pour la transposition⁹. »

¹ O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 374. *Adde.* H. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, thèse dactyl., 1897, p. 218-219 sur les rapports entre la codification de 1804 et le rôle de la jurisprudence, appelant à une réforme du Code civil ; E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. 1, V. Giard & E. Brière, 1903, p. 809 et s. ; S. MARGUERY, *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse dactyl., 1984, n° 607, p. 962 ; N. MOLFESSIS, « Deux figures législatives en vogue : l'abrogation par mégarde et la résurrection fortuite », *RTD civ.* 2001, p. 694 ; X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, n° 5, p. 67 ; Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 8^e éd., 2014, p. 108.

² Selon l'expression de A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, Economica, 5^e éd., 2013, p. 135.

³ Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *GAJC*, n° 159, p. 137 et s.

⁴ Art. 35, loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, devenu L. 132-1 C. conso. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif. »

⁵ *GAJC*, p. 141.

⁶ *Adde.* pour une présentation sociologique du phénomène : E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, coll. « Critique du droit », 1985, p. 280 et s.

⁷ *Cf. supra*, n° 321 et s.

⁸ CJCE, 10 avril 1984, Affaire C-14/83, Rec., p. 1891, V. *Rapport annuel* 2006, p. 137.

⁹ *Rapport annuel* 2007, p. 57 avec des exemples.

Permettant l'inscription plus rapide en droit interne d'une directive, le revirement d'anticipation a également pu permettre d'obvier à la lenteur du législateur dans la discussion de réformes préparées par des groupes de travail¹.

450. Exemple en matière de définition des termes législatifs. Récemment, dans une décision du 1^{er} août 2013², le Conseil constitutionnel a mis en évidence le lien entre malfaçon législative et audace jurisprudentielle. En effet, dans cette affaire, la Cour de cassation avait dû définir la notion « d'entreprise publique » mentionnée dans une ordonnance du 21 octobre 1986, relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés³. L'enjeu était simple : si l'entreprise est publique, les salariés n'ont pas à être intéressés, sauf exception prévue par un décret d'application. La Cour de cassation a donc procédé en 2000 à cette définition⁴, retenant la nature de l'activité, et non la détention du capital comme on aurait pu s'y attendre⁵. Profitant de cette nouvelle définition, des salariés ont assigné leur entreprise afin de la voir condamner à verser les sommes manquantes. L'affaire étant parvenue devant le Conseil constitutionnel par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil blâma le législateur pour n'avoir pas fourni de critère précis, plutôt que de censurer la rétroactivité de la jurisprudence. Comme l'indiquait le rapporteur du Conseil d'Etat qui a transmis la question au Conseil constitutionnel : « la question de la modulation ne se serait pas posée si le législateur avait défini la notion d'entreprise publique, le cas échéant par renvoi⁶. »

451. Pour le référé : la restauration du législateur. La montée en puissance du juge suite à l'abaissement du législateur doit être prise en compte pour imaginer des solutions aux effets néfastes de la rétroactivité jurisprudentielle. Face au traitement du problème des revirements à l'échelle du seul juge, un auteur s'interroge : « ne traite-t-on alors pas la question de l'insécurité juridique trop en aval de ses véritables sources⁷ ? », tandis qu'un autre formule « un vœu, ou plutôt [fait] un rêve, [et] souhaiterait que le législateur remplisse mieux sa fonction, ce

¹ Cf. L. ANDREU, « L'intégration jurisprudentielle des projets de réforme dans le droit positif », *D.* 2013, p. 2108 et s.

² Décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, *RTD civ.* 2014, p. 71 et s., P. DEUMIER.

³ Ordonnance n° 86-1134.

⁴ Cass. soc., 6 juin 2000, n° 98-20.304.

⁵ P. DEUMIER, art. préc., p. 71 ; commentaire de la décision du Conseil par le Conseil, p. 3-4.

⁶ Cité par P. DEUMIER, art. préc., p. 73, 2nd col. Remarquons cependant que la définition retenue par la Cour de cassation n'était pas la plus raisonnable non plus. Le législateur fera donc les frais de la politesse qu'a bien voulu avoir le Conseil constitutionnel à l'égard de la Cour de cassation en l'espèce. Peut-être faudrait-il, parfois, pour définir les mots de la loi faire appel au pouvoir réglementaire. La loi en conserverait ainsi sa généralité et il ne serait pas nécessaire d'attendre l'intervention du juge.

⁷ F. MELLERAY, « Réjouissant mais déroutant », *RTD civ.* 2005, p. 321.

qui éviterait au juge d'avoir parfois à s'écarter de la sienne pour pallier les carences de la loi. Si le législateur était plus attentif à adapter la loi aux besoins nouveaux, peut-être y aurait-il moins matière à revirement de jurisprudence¹. » C'est alors que peut germer l'idée du référé comme le résume M. Pichard : « Puisque les maux proviennent de l'indétermination de la norme à appliquer, d'une carence du travail législatif, le premier réflexe est d'envisager le recours sur l'initiative du juge au législateur, de manière informelle ou spécialement organisée². »

452. Contre le référé : l'encombrement du Parlement. Réponse.

Cependant, l'auteur rejette ce mécanisme à cause de l'encombrement du Parlement³. Cet encombrement n'est pas niable. Pour autant, l'argument est de peu de force pour une raison qui nous paraît déterminante. Si le Parlement ploie sous le travail, il en est de même des juges. Or, les juges sont obligés de trancher les litiges qui leurs sont soumis, l'article 4 du Code civil le leur impose, tandis que le Premier ministre et les députés ne sont pas obligés de proposer sans cesse de nouvelles lois. Autrement dit, le législateur peut maîtriser le flux de son travail, tandis que le juge ne le peut pas. Pourquoi transférer la charge du travail législatif vers le juge qui, d'une part, n'a pas la compétence de sa compétence, et qui, d'autre part, n'a pas les outils nécessaires pour légiférer, puisque ce n'est pas sa fonction ? Au législateur de prendre ses responsabilités et de se concentrer sur l'essentiel : « Lorsqu'il s'agit de problèmes fondamentaux de société, on ne conçoit pas [...] qu'ils puissent trouver leur solution ailleurs que dans une véritable loi⁴ ».

453. Contre le référé : l'inflation législative. Réponse.

Accusera-t-on le référé de soigner un mal par un autre, d'obvier à la rétroactivité par l'inflation législative⁵ ? Un tel argument confondrait augmentation du nombre de lois avec inflation législative. L'inflation, certes, se traduit par un gonflement du stock, mais s'accompagne corrélativement d'une dépréciation de la valeur de ce stock. Or, le référé a pour vocation de répondre à un besoin : la loi est attendue et sa nécessité a déjà été éprouvée par les magistrats. Puisse cette nécessité exclure toute campagne médiatique autour du référé, dissuadant ainsi les magistrats de toute velléité de

¹ Ph. MALINVAUD, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005, n° 13, p. 318.

² M. PICHARD, *Le droit à. Etude de législation française*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006, n° 251, p. 329.

³ M. PICHARD, thèse préc., n° 251, p. 331.

⁴ A. BRÉTON, « A propos de la filiation non classique », *RTD civ.* 1992, p. 341.

⁵ Cf. J. CARBONNIER, « L'inflation des lois », *Essais sur les lois*, Deffrénois, 2^e éd., 1995, p. 307 et s.

vedettariat. Puisse, corrélativement, le législateur avoir l'humilité de reconnaître la pertinence de la demande des magistrats.

454. Pour le référé : la possible entente du législateur et de la jurisprudence. Le projet est-il utopique ? Un bon exemple de collaboration entre la loi et la jurisprudence nous est donné par la mise en place de l'astreinte. Selon Messieurs Terré et Lequette, « née du besoin tôt perçu d'assurer l'exécution des décisions de justice, l'astreinte a été créée par les tribunaux sans le secours d'aucun texte. Un moment combattue par le législateur (L. 21 juill. 1949), elle a finalement été entérinée par la loi du 5 juillet 1972, dont les dispositions relatives à l'astreinte ont été abrogées et remplacées par la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution [...]. La matière illustre ainsi l'un des aspects des rapports entre les grands arrêts de principe et la législation : celle-ci a souvent été préparée par ceux-là¹ ».

La collaboration entre le juge et le législateur est donc à la fois possible et souhaitable et accuser le référé de participer à l'inflation normative serait lui faire un mauvais procès. D'autant plus que la Cour de cassation n'a pas toujours les moyens de réformer le droit de manière satisfaisante.

B. L'insuffisance des moyens de la Cour de cassation

455. Le référé législatif est opportun lorsque la Cour de cassation ne peut plus modifier l'état du droit sans causer de graves dommages. Il arrive en effet que la Cour de cassation ne puisse plus opérer de revirement eu égard aux conséquences qui s'en suivraient (1). Cette impossibilité politique d'effectuer un revirement entraîne une certaine paralysie qui ne peut être résolue de manière satisfaisante actuellement, la Cour de cassation n'ayant pas de moyen satisfaisant pour demander au législateur d'intervenir (2). La conjonction de ces deux facteurs plaide en faveur du référé législatif.

¹ *GAJC*, n° 247-248, p. 599. *Adde.* Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 605 : la loi du 28 nov. 1949, ajoutant un alinéa 2nd à l'art. 1675 C. civ., « a purement et simplement entériné une jurisprudence séculaire ». A. AZARI, *Essai sur le rôle de la jurisprudence comme source du droit appliqué*, thèse dactyl., 1969, p. 152 : « la loi du 11 mars 1957 [en matière de droit d'auteur] est, dans la plupart de ses 82 articles, une reprise plus ou moins intégrale de solutions déduites par les juges au jour le jour, des principes "sous-entendus" dans les lois de 1791 et 1793 ». V. encore H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, t. I/premier volume, Leçons de droit civil, Montchrestien, 12^e éd., 2000, n° 109, p. 170-171.

1. L'impossibilité politique d'effectuer un revirement

456. La nécessité de la loi : le revirement impossible. Si, techniquement, le revirement peut paraître toujours possible¹, il ne paraît cependant pas devoir être opéré lorsque son intervention risque de porter une atteinte trop grave à la sécurité juridique. Le revirement est alors impossible non pas techniquement mais politiquement, en ce qu'il affecterait la vie de la cité de manière trop importante. Tel est le cas lorsqu'une jurisprudence est établie de manière particulièrement solide. Pour Hayek, « le développement de la jurisprudence est sous certains aspects une sorte de voie à sens unique : lorsqu'elle s'est déjà avancée dans une direction sur une distance considérable, souvent elle ne peut pas revenir en arrière bien que certaines implications des décisions passées apparaissent clairement comme indésirables². » Par conséquent, la nécessité de changer l'état du droit doit être l'œuvre du législateur, un changement inverse par voie de coutume jurisprudentiel prenant trop de temps, et le revirement jurisprudentiel, qui a le mérite de l'instantanéité, portant trop atteinte à la sécurité juridique. Le point de vue de Hayek n'est pas isolé. En 1961, Boulanger relevait qu'un « revirement peut même devenir impossible, parce que la jurisprudence s'est à ce point solidifiée, qu'elle a été constitutive de coutume.³ » Cruet, pour sa part, ne parlait-il pas à ce sujet « d'ossification » du droit jurisprudentiel⁴ ?

Ainsi, pour qu'un revirement devienne particulièrement malvenu, il faut supposer que le juge, ainsi que les différents destinataires de la norme, n'imaginent pas que la solution change ; à l'image d'un écrivain qui serait tenu par le début de

¹ Sauf dans le cas où le Conseil constitutionnel, en répondant à une question prioritaire de constitutionnalité, examine une jurisprudence constante et la valide. Il paraît dans ce cas impossible juridiquement pour la Cour de cassation d'opérer un revirement de jurisprudence.

² F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, op. cit., p. 220.

³ J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, p. 427, n° 19. *Adde.* I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003, n° 33, p. 38 : « En dehors des hypothèses où un ancien principe de *common law* a fait l'objet d'un précédent de la *House of Lords*, cette juridiction a parfois refusé d'écarter ou de développer un tel principe en arguant que cette tâche revenait au Parlement. Il semble donc que certaines règles de *common law* soient tellement enracinées dans le droit que seul le législateur est compétent pour les modifier. » L'auteur cite ensuite des exemples en sens contraire, montrant ensuite que la position de la *House of Lords* est mitigée.

Comp. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruylant, 3^e éd., 1962, n° 212 bis, p. 308 : La mission véritable et fondamentale de la Cour de cassation « est d'assurer la **paix judiciaire**, la fixité de la jurisprudence, et cette mission est, en principe, remplie dès qu'une décision, dûment motivée, a été adoptée par la cour. A cette règle, il n'y a que trois exceptions :

- a) A la suite de l'arrêt, la paix ne s'est pas faite dans la jurisprudence ;
- b) La solution adoptée, au lieu de mettre fin aux controverses, les a multipliées ;
- c) Depuis l'arrêt qui a statué, les mœurs ou les conditions de vie ont changé.

p. 310 : « Il faut ajouter que si une interprétation de la loi "est dépassée par la marche des idées et des faits", c'est, semble-t-il, au **législateur** qu'il incombe d'intervenir, plutôt qu'au juge. »

⁴ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908, p. 82, où, dans un paragraphe intitulé « L'ossification finale du droit jurisprudentiel. La routine judiciaire », l'auteur explique que « lorsqu'il existe sur un point de droit une jurisprudence constante et uniforme, elle finit par acquérir une fixité presque comparable à celle de la loi même. »

son roman pour en écrire une suite cohérente¹. Il existerait ainsi une obligation pour le juge de respecter la cohérence du droit², tandis qu'il reviendrait au législateur d'opérer les réformes nécessaires. Une fois la règle jurisprudentielle figée, c'est au législateur que revient naturellement le rôle de modifier l'état du droit positif. Ainsi, il remplit son rôle et évite que le juge ne sorte outre mesure de sa fonction, sous peine de générer une rétroactivité difficilement justifiable. Cependant, la Cour de cassation ne semble pas pouvoir actuellement prévenir le législateur de manière efficace.

2. *L'impossibilité pratique d'inviter le législateur à intervenir*

457. Méthode dure et méthode douce. La Cour de cassation dispose actuellement de deux moyens pour essayer d'obtenir du législateur une modification du droit positif. Ce sont d'une part la méthode dure, l'arrêt de provocation et, d'autre part, la méthode douce, les mentions faites au *Rapport annuel*³. Aucune de ces deux techniques n'est pleinement satisfaisante.

458. L'arrêt de provocation. La figure jurisprudentielle de l'arrêt de provocation, déjà rencontrée, a été définie comme le fait, pour la Cour de cassation, de rendre une solution inacceptable afin de provoquer une réaction de la part du législateur, qui est alors censé légiférer dans le domaine concerné⁴. Il s'agit par exemple de l'arrêt *Desmares*⁵, suivi de la loi *Badinter*⁶.

Un auteur estime favorablement les arrêts de provocation, jugeant qu'il vaut mieux sacrifier un plaideur que d'attendre dans la douleur par la suite l'intervention du législateur⁷. Le choix est cependant tout dicté entre le référé et

¹ Cette analogie entre l'élaboration de la jurisprudence et l'écriture d'un roman, analogie de la cohérence narrative, est empruntée à Dworkin. Cf. R. DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1-1985, p. 61 et s. *Adde.* F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 424 et s.

² D. GUTMANN, « "Le juge doit respecter la cohérence du droit". Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, *Economica*, coll. Etudes juridiques, 2003, p. 123 : « L'office du juge [...] relève de la politique. Ses contours procèdent de la nécessité d'aménager un équilibre entre une inévitable activité d'interprétation et de création, et l'existence d'une primauté ultime du législateur. Partant, l'obligation pour le juge de respecter la cohérence du droit n'a peut-être qu'une vertu, mais une vertu suffisante : celle de faire ressortir, non sa servitude, mais sa responsabilité. »

³ Les expressions de méthode dure et de méthode douce sont empruntées à F. POLLAUD-DULIAN, « L'appel à la réforme législative selon la Cour de cassation », *RRJ* 2002, p. 1145 et s.

⁴ Cf. *supra*, n° 352 et s..

⁵ Cass. 2^e civ., 21 juill. 1982, *GAJC*, n° 211-213, p. 428 et s.

⁶ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

⁷ F. CHABAS, « Le cœur de la Cour de cassation (Le droit à réparation de la concubine adultère) », *D.* 1973, chron., p. 211 et s., spéc., p. 213 : « Dans l'affaire Franck, la Cour de cassation n'a pas eu de cœur et grâce à cela quelques années plus tard le fonds de garantie allait être créé qui devait soulager – et plus vite que par un procès terminé devant la Cour

l'arrêt de provocation qui comporte de sérieux défauts : « une partie des justiciables fait les frais du désir de réforme du juge, qui impose une interprétation anormale. [...] La situation n'est pas comparable avec celle d'un revirement, par lequel le juge change l'interprétation pour adopter celle qui lui paraît la meilleure ou la plus adaptée¹. » L'application au cas d'espèce d'une situation insoutenable serait évitée par le référé et la Cour de cassation éviterait ainsi de forcer la main du législateur².

Il convient de mentionner en ce sens les deux arrêts de la Chambre mixte du 6 novembre 1974³. Le procureur général, le lendemain des décisions, alerta le garde des sceaux « pour lui signaler qu'il était souhaitable que le législateur intervienne rapidement pour combler les lacunes de la situation juridique et financière ainsi créée⁴. » Sera prise rapidement la loi n° 74-1118 du 27 décembre 1974 relative à la revalorisation de certaines rentes allouées en réparation du préjudice causé par un véhicule terrestre à moteur. Sans que ces arrêts soient forcément de provocation, on ne peut que s'étonner de la dictée normative imposée par le juge au législateur dans cette affaire. N'aurait-il pas été souhaitable d'avertir d'abord le législateur, et de n'opérer un revirement qu'en cas d'inaction de celui-ci ? C'est ce que permettrait de faire le référé législatif, et, il est vrai, ce que permet de faire le *Rapport annuel*.

459. Le *Rapport annuel*. En effet, le *Rapport annuel* de la Cour de cassation invite périodiquement le législateur à légiférer sur certains points⁵. Ses

de cassation – tant de misères. A l'inverse, si la petite Lise Jand'heur avait été sacrifiée – à l'avantage des plus riches Galeries belfortaises – et si le législateur s'était ému de ce scandale, quel gaspillage d'intelligence et de réflexion aurait été épargné, que de procès, peut-être, évités. »

¹ F. POLLAUD-DULIAN, « L'appel à la réforme législative selon la Cour de cassation », *RRJ* 2002, p. 1162. *Adde* : C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, IRJS Editions, 2011, n° 835, p. 490.

² Sur ce reproche fait à l'arrêt de provocation de forcer la main du législateur, cf. F. POLLAUD-DULIAN, « L'appel à la réforme législative selon la Cour de cassation », *RRJ* 2002, p. 1163.

³ Cass. mixte, 6 nov. 1974, n° 73-90.244, *Bull. mixte*, n° 5 et *Bull. crim.*, n° 314, *JCP* 1975, II, 17978, R. SAVATIER ; *GAJC*, n° 191, p. 342 et s.

⁴ Cité par C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, IRJS Editions, 2011, n° 832, p. 489, *adde*. R. SAVATIER, note préc. ; S. MARGUERY, *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse dactyl., 1984, n° 412, p. 672 et s.

⁵ On a pu y voir un procédé déplacé, empiétant sur le pouvoir législatif. Cf. L. BACH, *Rép. civ. Dalloz*, n° 167 ; H. MAZEAUD, « L'enfant adultérin et la "super-rétroactivité" des lois », *D.* 1977, chron. n° 10, p. 5 : « Il est permis surtout de se demander si le rôle des magistrats de devrait pas se borner à appliquer la loi sans en discuter les mérites. [...] Mais, bien qu'ils empiètent ainsi sur le pouvoir législatif, ils n'entendent pas, pour autant, laisser le Parlement porter atteinte à leur autorité ». *Contra* : J. DEPREZ, « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation, "Sois juge et tais-toi", (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », *RTD civ.* 1978, p. 503 et s., spéc. n° 4, p. 507 : « N'est-il pas singulier de lire sous la plume de M. Mazeaud qu'en distribuant critiques et conseils au législateur les magistrats empiètent sur le pouvoir législatif. Suggérer la réforme n'est tout de même pas rendre des arrêts de règlement et ne porte en rien atteinte au monopole du législateur ! »

indications de réformes sont relativement suivies¹. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a pu donner une force toute particulière à une des suggestions du rapport de 2012 concernant l'article 411-74 du Code rural et de la pêche maritime. Dans son rapport, la Cour de cassation proposait soit la modification, soit la suppression, du 2^e alinéa *in fine* de cet article, dont elle avait pu juger de l'inopportunité au cours d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été soumise². Le Conseil constitutionnel, le 27 septembre 2013, a décidé que cette partie de l'article était inconstitutionnelle et devait être abrogée à compter du 1^{er} janvier 2014, délai laissé au législateur pour prendre une nouvelle loi³. On remarquera au passage que le Conseil constitutionnel dispose d'un type original de référé législatif puisqu'il peut imposer au législateur de prendre des lois. Le commentaire de sa décision par le Conseil ne laisse en l'espèce aucun doute quant au dialogue des juges, la suggestion du *Rapport annuel* y étant mentionnée⁴. *Via* le Conseil constitutionnel, la suggestion de réforme présentée dans le *Rapport annuel* s'est trouvée consacrée. Le *Rapport annuel* a donc bénéficié de ce type original de référé législatif dont dispose, à sa discrétion, le Conseil constitutionnel.

Le principal défaut du rapport annuel réside malgré tout dans le peu de publicité dont il fait l'objet ainsi que dans sa fréquence de publication relativement faible. Il peut être souhaitable d'instaurer un instrument plus souple permettant à la Cour de cassation de faire connaître son avis dès que possible, sans lier pour autant le législateur, qui serait à la fois plus visible et qui mettrait en place une véritable collaboration des pouvoirs. Tel est l'objectif du référé-suggestion.

460. Conclusion. En définitive, l'insuffisance de ces deux techniques, la méthode dure de l'arrêt de provocation et la méthode douce de la suggestion dans le rapport annuel, invitent à mettre en place un référé, afin de rappeler au

¹ Le *Rapport annuel* de 2001 fait un rapide bilan des suggestions qui ont été suivies. Force est de constater, en revanche, que la Cour de cassation reprend souvent les mêmes suggestions dans ses rapports successifs, ce qui montre qu'elle ne disperse pas ses efforts et estime nécessaire les réformes proposées (F. POLLAUD-DULIAN, « L'appel à la réforme législative selon la Cour de cassation », *RRJ* 2002, p. 1152-1153), et que ses suggestions demeurent le plus souvent sans réponses. Le *Rapport annuel* de 2011 mentionne ainsi, p. 9, qu'« à sept reprises depuis 1990, les *Rapports annuels* ont soulevé la question de la suspension du délai de prescription pendant la durée des pourparlers avec l'assureur. » Le *Rapport annuel* apporte toutefois ici la réponse du directeur des affaires civiles et du sseau.

Adde. *Rapport annuel* 2012, p. 433 : « A cinq reprises, dans son *Rapport annuel* (*Rapport* 2007, p. 14, *Rapport* 2008, p. 12, *Rapport* 2009, p. 11, *Rapport* 2010, p. 14, *Rapport* 2011, p. 14), la Cour de cassation avait signalé une difficulté [...]. Le législateur n'étant pas intervenu, la chambre sociale avait tenté d'élaborer une jurisprudence limitant les conséquences du statut protecteur attaché à un mandat dont l'employeur n'avait pas eu connaissance. »

² *Rapport annuel*, p. 53.

³ Décision n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013.

⁴ Cf. le commentaire proposé par le Conseil constitutionnel de sa décision du 27 septembre 2013, n° 2013-343, sur son site, p. 5 du PDF. Le législateur devrait prendre en compte la censure et modifier le texte : v. *Rapport annuel*, 2013, p. 32-33

législateur quelle est sa mission. Le référé apparaît ainsi comme une nécessité à l'égard de laquelle l'histoire peut être riche d'enseignements.

C. Dimension historique du référé législatif

461. Contre le référé : le sens de l'histoire. Réponse. M Pichard, toujours pour refuser l'instauration du référé législatif, fait appel au sens de l'histoire¹, pronostiquant qu'un acte de « défiance à l'égard du pouvoir du juge tel que l'instauration du référé législatif, alors que le mouvement général des démocraties européennes et américaines est à l'accroissement de l'emprise de la fonction judiciaire sur la société, ne semble appelé à aucune postérité². » L'argument ne convainc pas, le sens de l'histoire n'étant que l'expression d'un effet de mode enthousiasmant ou d'un défaitisme désabusé. Invoquer le sens de l'histoire c'est « nier la liberté humaine. C'est ignorer la distinction entre le possible et le nécessaire³. » La fatalité historique n'existe pas⁴.

462. Pour le référé : un nouveau pouvoir de la Cour de cassation. Il faut concéder qu'il est possible de voir dans le référé un acte de défiance à l'égard du juge, en ce qu'il limite son pouvoir en lui refusant la possibilité juridique de rendre des arrêts de règlement. Pourtant, la création du référé donne bien plus d'opportunités au juge que le maintien du *statu quo*. Au silence succéderait une parole humble et mesurée : n'est-ce pas le signe d'un avenir plus serein ? Plutôt que d'un affrontement, pouvant être la source d'un certain désordre, n'est-il pas permis de rêver d'une meilleure collaboration des pouvoirs ? L'expérience anglaise, bien que très différente de celle d'un référé, de l'institution d'une commission chargée des réformes à laquelle peuvent s'adresser directement les juridictions suprêmes semble d'ailleurs être un succès : « il existe bien ainsi une sorte de recours, plus que symbolique, offert aux juridictions suprêmes ; elles ne se trouvent plus obligatoirement amenées à opérer un choix impossible entre le

¹ M. PICHARD, *Le droit à. Etude de législation française*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006, n° 251, p. 329 : « une telle initiative viendrait prendre l'histoire à rebours. »

² M. PICHARD, thèse préc., n° 251, p. 331.

³ L. KOŁAKOWSKI, « Jésus. Essai apologétique et sceptique », *Commentaire*, n° 147, automne 2014, p. 534, 1^{re} col.

⁴ ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Gallimard, coll. Folio essais, 1985, n° 102, p. 266-267 : « Il n'y a de fatalité historique que parce qu'on y croit. Il faut résister aux prêcheurs. Si les hommes croyaient en l'homme et ne cherchaient pas l'esprit où l'esprit n'est point, ils s'arrangeraient de politique comme ils s'arrangent des éléments, les détournant et soumettant par leur industrie. Ils feraient l'histoire, ou plutôt ils la déferaient, sans respect ni religion. » *Adde*. G. BLANDIN, « L'ingratitude, vice moderne d'un peuple », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. MAZEAUD, C. PUIGELIER, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 73-74. On pourrait s'interroger longuement sur la notion même de sens de l'histoire : s'il y a une évolution historique dans une direction, par qui cette direction est-elle fixée ? Et s'il y a un sens de l'histoire, qui nous dit que la direction empruntée est la bonne ?

maintien de solutions anciennes dépassées et leur revirement¹ ». L'avenir pourrait donc bien être le référé.

463. Contre le référé : les leçons du passé. Réponse. Le sens de l'histoire peut être invoqué différemment, mais également contre le référé, en rappelant cette fois-ci les leçons du passé. Si le référé n'a duré que six ans dans sa forme initiale, de 1790 à 1796², puis a été supprimé en 1804 par l'article 4 du Code civil, c'est qu'il était par trop source de blocage. Demander au juge de saisir le législateur dès que se pose un problème d'interprétation est, en effet, assurément inopportun. Il est cependant possible d'imaginer un référé qui ne soit que facultatif. Surtout, le référé proposé ne porte pas sur l'interprétation mais sur la création d'une nouvelle règle, ce que le juge ne peut normalement pas faire *ex nihilo*. C'est donc bien plutôt conférer à celui-ci une nouvelle prérogative – s'adresser au législateur – que de l'empêcher de faire quelque chose qu'il serait déjà habilité à faire – interpréter. C'est un renforcement de l'article 5 qui est souhaité, non la disparition de l'article 4³. La manière dont sera techniquement organisé le référé est à cet égard déterminante.

464. Conclusion du paragraphe. Les mauvaises lois provoquant les audaces jurisprudentielles, il importe que la Cour de cassation puisse inviter le législateur, de manière ni trop ferme ni trop douce, à intervenir, lorsqu'elle ne peut d'elle-même modifier de manière satisfaisante le droit positif. L'institution d'un référé-suggestion apparaît donc nécessaire, malgré sa suppression en 1804. Les leçons du passé doivent servir à préparer l'avenir, à mettre en place techniquement le référé-suggestion.

¹ O. SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl., 1983, n° 529, p. 475

² Année où l'arrêt du 15 floréal en IV a été rendu, supprimant la nécessité pour le juge de saisir le législateur avant de dire le droit.

³ L'absence de sanction en cas de violation de l'article 5 du Code civil a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, en invoquant une incompétence négative du législateur. La Cour de cassation a répondu que « l'article 5 du code civil, en ce qu'il permettrait à la Cour de cassation, selon la question prioritaire de constitutionnalité, de procéder par arrêts de réglemets, n'a pas été appliqué à l'encontre du requérant par la juridiction compétente, ni invoqué par celui-ci devant la cour d'appel ou à l'occasion de son pourvoi en cassation » (Cass. 2^e civ., 27 févr. 2014, n° 13-23.107). Par conséquent, la question est irrecevable sur ce point, d'après l'article 23-2, 1^o de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel disposant que la question ne peut être transmise que si « la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ».

Pour les sanctions possibles en cas de violation de l'article 5 par la Cour de cassation : L. CORBION-CONDE, *Juris-cl. civ*, art. 5, n° 37 et s., la seule sanction directe étant le bris de jurisprudence par la loi. *Adde.*, mettant en avant des tempéraments à l'essor de la jurisprudence : F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 p. 103 et s., spéc. p. 106 et s. où est décrit le contrôle de la société civile sur les juges. L'instauration du référé législatif pourrait durcir ce contrôle, puisque le justiciable comprendrait mal que le juge viole l'article 5 de manière démesurée alors qu'il avait le moyen de recourir au législateur.

§ 2. La technique du référé-suggestion

465. Quelles sont les textes à modifier pour introduire en droit français le référé-suggestion ? Le référé ayant vocation à faire entendre la voix de la Cour de cassation, trois précisions s'imposent. Premièrement, ce sont les juges qui s'expriment, et non le justiciable. Le référé n'est pas une nouvelle arme procédurale entre les mains de celui-ci, comme peut l'être la question prioritaire de constitutionnalité. La réforme du Code de procédure civile paraît donc être hors de propos, et le mécanisme sera plus opportunément inscrit dans le Code de l'organisation judiciaire.

Deuxièmement, à qui la Cour de cassation va-t-elle s'adresser ? Elle peut s'adresser théoriquement au ministère de la Justice, au Gouvernement, aux commissions des lois des deux assemblées du Parlement, ou encore à ces deux assemblées, l'Assemblée nationale et le Sénat. Il est possible de songer également à créer une commission ou un organe spécifique pour traiter ce genre de problèmes. Nous reviendrons sur ces différentes options. Quelle que soit l'alternative choisie, il est question de rapports entre des institutions dont certaines représentent directement le pouvoir souverain, à savoir la nation ou le peuple¹. Une réforme de la Constitution paraît donc, dans tous les cas, nécessaire.

Troisièmement, car ce sont les articles symboliques de l'office du juge en droit français, une réforme des articles 4 et 5 du Code civil est à envisager. Une réécriture serait la bienvenue pour mettre en évidence leur complémentarité.

Sont donc à modifier la Constitution (A), le Code de l'organisation judiciaire (B) et le Code civil (C).

A. La réforme de la Constitution

466. La création d'un Conseil supérieur du droit. A qui la Cour de cassation doit-elle exprimer son désir de réforme, sa suggestion ? Il est possible d'envisager, en premier lieu, la création d'un organe *ad hoc*, par exemple un

¹ Souveraineté nationale ou souveraineté populaire, la Constitution ne semble pas avoir tranché : cf. art. 3 Const. *Adde.* G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Editions du Seuil, coll. Points, 9^e éd., 2009, n° 19, p. 50. *Contra* : D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain 2, Le régime politique de la France*, Dalloz, 6^e éd., 2013, n° 190, p. 153-154. Selon l'auteur, la souveraineté appartient au peuple. *Comp.* F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Manuel, 34^e éd., 2013, n° 193 et s., p. 161 et s. : selon les auteurs, il ne faudrait pas prêter une trop grande attention aux termes employés. *V.* encore pour une autre analyse L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 16^e éd., 2014, n° 57, p. 52-53. Pour une critique de la notion même de souveraineté nationale, cf. S. WEIL, « Remarques sur le nouveau projet de Constitution (1943) », *Note sur la suppression générale des partis politiques*, L'Herne, coll. Carnets, 2014, p. 52 et s.

Conseil supérieur du droit à l'image de la *Law commission* britannique¹. Le Conseil supérieur du droit, s'il devait copier son homologue anglais², n'aurait pour tâche que de préparer en profondeur les réformes. Il pourrait recueillir les avis de tous, même des simples citoyens en dehors de toute procédure contentieuse³. L'avantage d'un tel conseil est qu'il préparerait les réformes en étant soustrait aux enjeux électoraux, ses membres n'étant pas élus. Cependant, l'élaboration de la norme serait ralentie alors que la réforme pourrait être urgente et, surtout, un tel Conseil n'a aucune compétence pour légiférer. Le référé risquerait alors de n'avoir aucune utilité. En réalité, rien n'empêche de créer un tel interlocuteur en parallèle d'une procédure plus spécifique de référé auprès du pouvoir législatif.

Il faut rappeler néanmoins qu'une loi du 14 juin 1996 avait créé l'Office parlementaire d'évaluation de la législation⁴. L'article unique de la loi avait inséré un article 6 quater à l'ordonnance n° 58-1100 de 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. Selon cet article, l'office avait pour mission, « sans préjudice des compétences des commissions permanentes, de rassembler des informations et de procéder à des études pour évaluer l'adéquation de la législation aux situations qu'elle régit. L'office [était] également investi d'une mission de simplification de la législation⁵. » L'article 6 quater a cependant été abrogé par une loi de 2009⁶ et ainsi fut supprimé l'Office parlementaire d'évaluation de la législation. Cette récente suppression invite à laisser pour l'instant de côté la création d'un Conseil supérieur du droit, trop peu utilisé lors de son existence⁷.

467. Le Parlement. Les commissions des lois. La Cour de cassation pourrait adresser sa suggestion à l'une des deux chambres du Parlement, ou à leur

¹ P. LESCOT, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP*, 1966, I, 2007, n° 13 proposait la création d'un Conseil supérieur du droit privé. Il paraît opportun de l'ouvrir au droit public, le Conseil d'Etat en sa fonction contentieuse pouvant connaître les mêmes problèmes que la Cour de cassation, comme en témoignent ses propres modulations de la rétroactivité jurisprudentielle. Comp. A. TUNC, « Pour un conseil supérieur de droit privé », *Etudes L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 617 et s.

² Sur les *Law commissions*, héritières du *Law Revision Committee*, devenu le *Law Reform Committee*, cf. O. Salvat, *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl., 1983, n° 525 et s., p. 471 et s.

En anglais : http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/who_we_are_text_updated_reduced.pdf.

³ Cf. le document en PDF, p. 5, disponible sur :

http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/who_we_are_text_updated_reduced.pdf.

⁴ Loi n° 96-516 du 14 juin 1996 tendant à créer un Office parlementaire d'évaluation de la législation.

⁵ Art. 6 quater. - I.

⁶ Loi n° 2009-689 du 15 juin 2009 tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le code de justice administrative.

⁷ Rapport n° 425 (2008-2009) de M. Patrice Gélard, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009, p. 18 : « L'activité de l'OPEL est restée limitée malgré la qualité des travaux conduits dont certains font référence. Aucune nouvelle étude n'est en cours ou envisagée. [...] Les commissions permanentes demeurent le cadre privilégié de l'évaluation de la législation. Elles peuvent, du reste, si elles le souhaitent, recourir à des moyens d'investigation en tous points comparables à ceux reconnus à l'OPEL. »

commission des lois¹. En ce qui concerne les commissions des lois, il ne semble pas très cohérent de faire part d'une réforme possible directement à une commission qui n'est chargée que d'examiner les projets et propositions de lois qui existent déjà. Sauf à considérer que la commission est saisie directement par la Cour de cassation d'une nouvelle catégorie d'embryons législatifs : à côté des projets et des propositions, existeraient les suggestions de loi. Une telle procédure n'est cependant pas souhaitable puisque la suggestion sera ensuite directement examinée par l'Assemblée nationale et le Sénat. Or, l'intervention de ces deux chambres n'est pas forcément opportune.

468. L'Assemblée nationale. En effet, la saisine de l'Assemblée nationale ne semble pas devoir être mise en place à cause de sa trop grande proximité avec l'électorat. Le jeu des partis, eu égard au mode de scrutin, qui est selon l'article 24 de la Constitution un « suffrage direct² », y est trop important pour qu'une réforme puisse être prise rapidement et avec sérénité, en particulier si elle doit viser le long terme.

469. Le Sénat. Quant au Sénat, son mode de scrutin indirect, par un collège électoral, garantit un certain éloignement des électeurs et donc de la tentation de satisfaire une part d'électorat³. Il est vrai que les sénateurs sont très liés aux collectivités locales. Cet inconvénient apparaît mineur pour les réformes qui ne relèvent que du droit civil : on imagine mal un sénateur essayer d'amender une réforme suggérée par la Cour de cassation, par exemple en matière de divorce, en réclamant une exception géographique, même déguisée. Peut-être cet inconvénient est-il plus important en matière de droit public ; or, il est permis de penser que le référé pourrait être utile également au Conseil d'Etat. Par ailleurs, le jeu de la navette parlementaire revenant à saisir également l'Assemblée nationale, la réforme pourrait alors être mise à mal ou par trop ralentie. Le référé ne semble donc pas devoir être adressé au Parlement.

En définitive, si la création d'un Conseil supérieur du droit privé ne serait pas d'une grande efficacité pour répondre rapidement au souhait de la Cour de cassation, mais pourrait toutefois être utile de manière générale, et si la voie

¹ Cf. art. 43 de la Constitution : « Les projets et propositions de loi sont envoyés pour examen à l'une des commissions permanentes dont le nombre est limité à huit dans chaque assemblée.

A la demande du Gouvernement ou de l'assemblée qui en est saisie, les projets ou propositions de loi sont envoyés pour examen à une commission spécialement désignée à cet effet. »

² Il s'agit d'un scrutin uninominal majoritaire à deux tours.

³ Sur les élections sénatoriales : cf. D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain 2, Le régime politique de la France*, Dalloz, 6^e éd., 2013, n° 338 et s., p. 255 et s. Le collège électoral comprend 577 députés, 1870 conseillers régionaux, 4000 conseillers généraux et 142000 délégués de conseils municipaux.

parlementaire emporte trop d'inconvénients, en particulier sur le plan de la célérité et de la qualité des textes, peut-être convient-il de s'adresser au Gouvernement.

470. Le Gouvernement. Au sein du Gouvernement, la Cour de cassation pourrait s'adresser au ministère de la Justice, auquel elle adresse déjà ses suggestions dans le *Rapport annuel*¹, ou bien à l'ensemble du Gouvernement, à travers le Premier ministre. L'adresse au Gouvernement présente l'avantage de viser directement l'organe qui est le plus à l'origine de la loi en droit interne². Le référé visant une modification importante de l'état du droit positif, il est fort possible qu'elle relève du domaine de la loi, selon la partition opérée par l'article 34 de la Constitution. Dans ce cas, le Gouvernement pourrait demander, conformément à l'article 38 de la Constitution, l'autorisation d'opérer par voie d'ordonnances. Cette possibilité présente quelques avantages : la norme est prise rapidement sans être soumise au jeu parfois dangereux des amendements et de la navette parlementaire. Puis, la loi de ratification vient instiller un peu de démocratie dans l'élaboration de la norme, tout en permettant d'en corriger les imperfections³. Il est permis d'espérer que l'importance de la réforme invite le Gouvernement à agir avec célérité mais sans précipitation. De même, il faut souhaiter que le Gouvernement soit soustrait à la logique partisane quant au contenu de la réforme. Il lui suffirait de s'en remettre à la sagesse des juges qui ont eu l'humilité de ne pas modifier le droit positif par voie de revirement. Gageons qu'il est plus aisé de réclamer une certaine ingratitude électorale de la part du gouvernement que des parlementaires. Enfin, l'ordonnance n'ayant pas en elle-même valeur de loi, elle ne devrait pas pouvoir être rétroactive sans enfreindre l'article 2 du Code civil.

A dire vrai, ce point est discutable. Premièrement, parce que la nature de l'ordonnance est foncièrement ambiguë⁴. Si l'ordonnance est d'un même niveau

¹ Art. R. 431-10 COJ : « Le premier président et le procureur général peuvent appeler l'attention du garde des sceaux, ministre de la justice, sur les constatations faites par la Cour à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui leur paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées. »

² B. TEYSSIE, « Variations sur la fonction législative du Parlement », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. MAZEAUD, C. PUIGELIER, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, n° 6, p. 166 et s.

³ Sur les ordonnances, v. en dernier lieu P. DEUMIER, « Le code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014, p. 597 et s.

⁴ C. BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes. (propos autour du contentieux relatif aux ordonnances portant réforme de la Sécurité sociale) », *RFDA* 1998, p. 924 et s. L'ordonnance tend tantôt vers le législatif si l'on retient un critère matériel, tantôt vers le réglementaire, si l'on retient un critère organique. Ainsi, elle est susceptible d'un contrôle de légalité, ne serait-ce que par rapport à la loi d'habilitation, mais son contenu, puisqu'il relève du domaine de l'article 34, ne peut être modifié que par une loi (art. 38, al. 3, Const.). Comp. F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Manuel, 34^e éd., 2013, n° 130, p. 119 ; n° 750, p. 653 et s. Les auteurs distinguent clairement la nature selon sa ratification : tant qu'elle n'est pas ratifiée, c'est un acte réglementaire, après, c'est un acte législatif. V. encore L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 16^e éd., 2014, n° 2101 et s., p. 865 qui mettent l'accent

que la loi dans la hiérarchie des normes, alors elle n'est pas soumise à l'article 2 du Code civil. Deuxièmement, parce que la loi d'habilitation devrait pouvoir prévoir une dérogation à l'article 2¹. Quoi qu'il en soit, il faut laisser au Gouvernement le choix de s'orienter vers une loi classique, notamment s'il estime nécessaire politiquement de le faire, ou bien encore s'il veut éviter d'être contraint par une loi d'habilitation trop restrictive.

Le référé de la Cour de cassation devra donc être adressé au Premier ministre, chef du Gouvernement, plutôt qu'au ministre de la Justice. Le Président de la République est hors de cause puisqu'il ne dispose pas du pouvoir législatif², sauf sous la forme du référendum, dont la proposition émane tout de même du Gouvernement³. Le Président de la République interviendra classiquement pour signer les ordonnances⁴.

471. Proposition. Voici comment pourrait être rédigé l'alinéa 5 de l'article 21 de la Constitution :

« Le Premier ministre est saisi des suggestions de modifications réglementaires ou législatives par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Il en présente le contenu au conseil des ministres suivant la réception de la suggestion, il informe les deux juridictions de la réception de la suggestion. Dans le mois suivant la tenue de ce conseil il adresse un avis positif ou négatif aux deux juridictions.

En cas d'avis positif, si la réforme relève du domaine législatif, la procédure suivie sera celle de l'article 38, sauf décision contraire du Gouvernement.

En cas d'avis négatif, celui-ci est motivé et la juridiction à l'origine de la suggestion ne peut la formuler à nouveau avant le délai d'un an à compter de sa réception.

sur le problème de délimitation de la ratification. Pour un tableau récapitulatif, cf. O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, LexisNexis, coll. manuel, 2^e éd., 2013, n° 864, p. 971.

¹ Ce qui ne pourra se faire de toute manière qu'en respectant le critère du motif impérieux d'intérêt général retenu par la Cour de cassation : Cass. Ass. plén. 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *Bull. Ass. plén.*, n° 2, D. 2004, p. 1108 et s., P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2004, p. 341 et s., Ph. THERY, *RTD civ.* 2004, p. 371 et s., J. RAYNARD ; *JCP* 2004, II, 10030, M. BILLIAU ; *RDC* 2004, p. 791 et s., A. MARAIS ; *Def.* 2004, art. 37917-1, p. 525 et s., L. RUET : « Attendu qu'il ne résulte ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du Code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours ; que dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application ».

² Art. 39 Const. : « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement. »

³ Art. 11 Const. : « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi ».

⁴ Art. 13 Const.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique. »

472. Commentaire. Les différents délais relativement brefs s'imposent pour que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation connaissent rapidement l'avenir de leur suggestion. En cas d'avis négatif, il paraît opportun que le Gouvernement explique brièvement les raisons qui le poussent à ne pas faire de projet. Une éventuelle asymétrie d'information pourrait ainsi être résolue. Le Gouvernement a par ailleurs intérêt à être le plus convaincant possible afin que les juges ne choisissent pas de mépriser l'avis négatif et de passer outre par un arrêt apériteur¹. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne peuvent faire des suggestions à répétition sur un même point : il serait fâcheux que le référé devienne le moyen de harceler le Gouvernement.

Il paraît nécessaire enfin d'avertir les deux juridictions du référé. Le procédé se révélera particulièrement utile en cas de proposition de réforme susceptible d'être à cheval sur plusieurs domaines relevant tantôt de l'ordre juridictionnel, tantôt de l'ordre administratif. En ce qui concerne plus particulièrement l'ordre judiciaire, une réforme du Code de l'organisation judiciaire doit être envisagée.

B. La réforme du Code de l'organisation judiciaire

473. Le Code de l'organisation judiciaire. Puisque c'est dans le Code de l'organisation judiciaire que se trouvent décrits l'institution, les compétences, l'organisation et le fonctionnement de la Cour de cassation, c'est ce dernier qu'il convient de modifier pour organiser le référé la concernant. Le référé pourrait faire l'objet d'un article au sein du titre 1^{er} – institution et compétence – du livre IV de la partie législative, livre consacré à la Cour de cassation. Cependant, puisque la procédure pour avis fait l'objet d'un titre à part², ainsi que la question prioritaire de constitutionnalité³, il convient de créer un titre VII intitulé « Suggestions au gouvernement ».

¹ A défaut, si le référé-suggestion ne devait pas être mis en place, pourrait être retenue la proposition formulée par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 159 : « A l'instar du mécanisme existant des réponses ministérielles, instaurer un dispositif de réponse, de la part des commissions parlementaires ou des ministères concernés, aux interrogations et/ou pistes de réforme ainsi émises de façon répétitive [c'est-à-dire pour la 2^e ou 3^e fois dans son rapport annuel] par la Cour de cassation. »

² Titre IV.

³ Titre VI.

474. Le recours au référé-suggestion. Quand la Cour de cassation peut-elle légitimement formuler une suggestion à l'adresse du gouvernement ? Pour répondre, il est nécessaire de revenir à l'origine du référé-suggestion, à sa raison d'être. Le référé a pour but de permettre au juge de lutter contre l'insécurité juridique d'un arrêt apériteur. Il ne devrait donc être mis en œuvre que lorsque la Cour de cassation ne peut résoudre de manière satisfaisante un certain type de litiges et qu'une nouvelle règle lui paraît alors nécessaire. Autrement dit, il faudrait faire un référé-suggestion uniquement dans les cas où la Cour de cassation aurait la tentation de moduler la rétroactivité de la règle qu'elle poserait à cette occasion. Il n'est pas question, par ce référé, de supprimer insidieusement les revirements de la Cour de cassation, quand bien même ils porteraient une atteinte à la sécurité juridique. Seules les atteintes intolérables doivent faire l'objet du référé-suggestion.

Faut-il alors limiter le référé-suggestion aux cas où la nouvelle règle viendrait limiter le droit d'accès au juge, puisque la Cour de cassation semble avoir retenu cet unique critère de modulation¹ ? Cela ne paraît pas souhaitable. Il importe de laisser ouverte la possibilité d'un tel référé pour les cas où la Cour de cassation voudrait une nouvelle règle, mais ne pourrait pas opérer un revirement de jurisprudence sous peine de causer, par exemple, une catastrophe économique. Le référé-suggestion doit aussi permettre de prendre en compte le *floodgates argument*².

Enfin, le référé n'a pas pour objet de permettre la consolidation de la jurisprudence. La volonté d'enregistrer une jurisprudence estimée opportune ne porte pas atteinte à la sécurité juridique : le référé n'a donc pas vocation à être utilisé à cette fin. Si la Cour de cassation souhaite qu'une de ses jurisprudences soit consacrée, rien ne l'empêche de le suggérer dans son rapport annuel.

475. Modalités du référé-suggestion. Afin de ne contrevenir ni à l'article 4 ni à l'article 2 du Code civil, le référé-suggestion serait totalement indépendant d'un quelconque procès en cours. La Cour de cassation n'aurait donc ni à suspendre une procédure en cours, ni à appliquer rétroactivement la nouvelle règle de droit.

¹ Cf. *supra*, n° 387 et s.

² Le *floodgates argument* (l'argument de la vanne, du barrage) est un argument souvent invoqué en Angleterre contre la rétroactivité d'un changement de jurisprudence qui correspond à « l'effet économique désastreux qu'entraînerait la multiplication d'actions en dédommagement ou en restitution si on devait désormais tenir pour faux ou erroné dès l'origine ce que les justiciables ont cru vrai ou acquis pendant une période prolongée. » Cf. H. MUIR WATT (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* », *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, n° 3, p. 54. Pour une de ses prises en compte dans la jurisprudence française : cf. *supra*, n° 400 et s.

La décision de soumettre un référé-suggestion au Gouvernement n'appartiendrait qu'à l'Assemblée plénière pour deux raisons. Tout d'abord, cela manifesterait le sérieux de la suggestion au Gouvernement, ensuite, cela témoignerait du caractère exceptionnel d'un tel référé également pour la Cour de cassation. Celle-ci ne doit user qu'avec parcimonie de cette procédure tout à fait exceptionnelle.

476. La réforme par une loi organique. La loi venant instituer le référé-suggestion serait une loi organique, puisque visant à mettre en œuvre une disposition de la Constitution. Il est vrai qu'une loi organique ne s'impose que lorsque la Constitution le prévoit¹ : il aurait été tout à fait possible de ne rien dire dans notre hypothétique article 21 alinéa 5, et une loi ordinaire serait venue modifier le Code de l'organisation judiciaire. Pourquoi proposer de réformer *via* une loi organique ? Les avantages de la loi organique résident dans la saisine obligatoire du Conseil constitutionnel², et dans la majorité absolue nécessaire pour son adoption à l'Assemblée nationale en cas de désaccord entre les deux chambres du Parlement³. C'est pourquoi elle apparaît souhaitable ici puisqu'est en cause le travail législatif ainsi que la place de la jurisprudence dans notre ordre juridique.

477. Proposition. Le titre VII créé dans le Code de l'organisation judiciaire pourrait compter un article unique LO 471-1 : « En cas de nécessité impérieuse d'obtenir la modification ou la création d'une règle de droit, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation peut adresser une suggestion de réforme au Premier ministre si une telle modification ou création ne peut être opportunément obtenue par voie jurisprudentielle pour des raisons de sécurité juridique. »

¹ Art. 46 Const. *Adde.* D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain 2. Le régime politique de la France*, Dalloz, 6^e éd., 2013, n° 491, p. 354.

² Art. 61 Const. : « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. »

³ Art. 46 Const. : « Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes.

Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration des délais fixés au troisième alinéa de l'article 42 [six semaines pour la première assemblée saisie puis quatre semaines pour la seconde]. Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.

La procédure de l'article 45 est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres.

Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution. » *Cf.* G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Editions du Seuil, coll. Points, 9^e éd., 2009, n° 306 et s., p. 227 et s. trouvant ces exigences assez peu importantes au regard de l'importance de telles lois.

478. Précisions. Un article, inscrit dans la partie réglementaire, viendrait préciser la publication d'une telle mise en œuvre du référé. La suggestion, ainsi que l'avis positif ou négatif du Gouvernement, seraient par exemple publiés dans le *Bulletin* des arrêts de la Cour de cassation de manière automatique, ainsi que sur le site du Gouvernement, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Il serait par ailleurs fort dommage que la Cour de cassation décide, une fois la loi obtenue, de faire un revirement d'anticipation : le référé en perdrait sa raison d'être.

Le pouvoir créateur de la jurisprudence est reconnu dans notre hypothétique article LO 471-1, tout en étant limité. La création jurisprudentielle par voie de coutume est seule consacrée. En effet, l'état du droit positif, permettant une telle création tout en prohibant toute création de manière législative, nous semble parfaitement satisfaisant¹. Du moins pourrait-on se permettre de le rendre plus explicite en retouchant les articles 4 et 5 du Code civil.

C. La réforme du Code civil

479. Fusion des articles 4 et 5. La réforme à opérer concernant le Code civil est assez peu substantielle. Elle consisterait à regrouper les articles 4 et 5 du Code civil en un article unique afin d'en montrer la complémentarité². Le nouvel article 4 pourrait être ainsi formulé, avec deux alinéas, correspondant à chacune des phrases suivantes : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. – Cependant, il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire serait-ce pour combler le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. »

Quelques précisions s'imposent quant à ce regroupement. En premier lieu, fallait-il maintenir ces dispositions dans le Code civil ? On peut légitimement penser qu'elles ont leur place dans la Constitution³ ou dans le Code de procédure civile⁴. Il nous semble, en effet en toute rigueur, que l'interdiction du déni de

¹ Sur l'état du droit positif, résultant des articles 4 et 5 du Code civil, cf. *supra*, n° 267 et s.

² Élément qui ne ressort pas suffisamment selon nous de la proposition du doyen Cornu, bien que le rôle du juge y soit parfaitement circonscrit. Cf. G. CORNU, « Réflexions sur une hypothétique révision du titre préliminaire du Code civil », 1804-2004, *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1035 et s.

L'article 6 actuel pourrait devenir l'article 5 et l'article 6-1 l'article 6, afin d'éviter qu'il n'y ait plus d'article 5 : il est déjà assez fâcheux d'avoir un titre 1^{er} du livre 1^{er} qui ne comporte pas de chapitre 1^{er} depuis les lois n° 93-933 du 22 juill. 1993 (suppression des chapitres) et n° 94-653 du 29 juill. 1994 (établissement des autres chapitres).

³ En ce sens, cf. L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Travaux de la commission de réforme du Code civil, année 1950-1951*, Sirey, 1952, p. 17.

⁴ Cf. *Travaux de la commission de réforme du Code civil, année 1950-1951*, Sirey, 1952, p. 11 et 18. Ce sont d'ailleurs les articles 5 et 6 du Code judiciaire belge.

justice devrait être mentionnée dans le Code de procédure civile et l'interdiction faite au juge de légiférer ou de réglementer dans la Constitution. Cependant, si les dispositions méritent, à notre sens, de demeurer, malgré tout, dans le Code civil, c'est en vertu de la portée symbolique de ce code. En effet, on a pu dire que « livre-symbole et livre de symboles¹ », « symbole du temps arrêté² », le Code civil « sublime tout ce qu'il enferme – inoubliable coffret, citadelle, autel des lois, *arca, arx, ara legum*³. » La présence continue et remarquable de ces textes dans le Code civil mérite d'être prolongée.

C'est cette continuité qui explique, en second lieu, que les termes des articles n'aient quasiment pas été changés. Il convenait de préserver au mieux la portée symbolique de ces textes, seule leur fusion nous ayant paru nécessaire.

480. Conclusion du paragraphe. Le référé-suggestion devrait permettre à la Cour de cassation de faire connaître au Gouvernement, de manière officielle, et avec une publicité relativement large, les problèmes qu'elle rencontre. Le Gouvernement disposerait ensuite des outils pour mener la réforme assez rapidement par voie d'ordonnance, ce qui laisserait *in fine* la porte ouverte au processus démocratique par la loi de ratification. Le référé-suggestion devant rester exceptionnel et facultatif, il est nécessaire de s'interroger sur les perfectionnements qu'il serait possible d'apporter à la Cour de cassation pour le reste de son activité.

Section 2 – La perfection des méthodes de la Cour de cassation

481. La Cour de cassation étant un organe essentiel dans l'élaboration du droit, il est possible, parallèlement à l'institution du référé-suggestion, d'envisager des réformes touchant directement aux méthodes de la Cour de cassation, en vue d'améliorer la sécurité juridique et de maintenir la complémentarité entre l'office du juge et le rôle du législateur. Quatre points sont à examiner : l'expression d'opinions séparées, l'intervention de l'*amicus curiae*, le système de publicité des arrêts, l'amélioration de la motivation. Il nous apparaît, en premier lieu, que les deux premières propositions doivent être rejetées, les travaux préparatoires paraissant suffisants, bien que devant être plus largement diffusés (§ 1), en

¹ J. CARBONNIER, « Le Code civil », *Les lieux de mémoire*, t. 2, dir. P. NORA, Gallimard, 1986, p. 305.

² *Ibid.*, p. 308.

³ *Ibid.*, p. 309.

deuxième lieu que le système de publication doit être maintenu en l'état (§ 2) et, en troisième lieu, que la motivation doit être effectivement améliorée (§ 3).

§ 1. Pour une diffusion plus large des travaux préparatoires

482. L'existence de travaux préparatoires, c'est-à-dire l'avis de l'avocat général et le rapport du conseiller rapporteur, ainsi que leur plus large diffusion, justifieraient que le risque des opinions séparées (A) et de l'*amicus curiæ* ne soit pas pris (B).

A. Le risque des opinions séparées quant à la sécurité juridique

483. Les opinions séparées : présentation et avantages. Les opinions séparées recouvrent deux réalités différentes : les opinions dissidentes et les opinions concordantes. Par les opinions dissidentes, le juge fait connaître son désaccord avec la solution retenue et explique pourquoi. En cas d'opinions concordantes, le juge est d'accord avec la solution, mais pas avec son fondement ou sa justification. Les opinions séparées sont pratiquées notamment dans les systèmes anglais et américain, ainsi que par les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme¹. Les avantages et les inconvénients d'une telle pratique ont été parfaitement résumés par Aubert dans un article paru dans les mélanges offerts à Pierre Drai². Les avantages liés aux opinions séparées seraient les suivants : le caractère collégial ainsi que la fragilité de la solution consacrée sont mis en avant, ce second élément portant l'attention sur un risque de revirement³ ; la motivation est enrichie ; le sens et la portée de la décision sont précisés. Enfin, est satisfait le magistrat qui se détache de la solution qu'il désapprouve ; il peut soulager sa conscience⁴.

¹ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse dactyl., 2007, n° 1 et s., p. 15 et s. *Adde.* pour une liste plus complète bien que non exhaustive des pays pratiquant les opinions séparées : Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, note 3, p. 197.

² J.-L. AUBERT, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Mélanges offerts à P. Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 7 et s., spéc. p. 12 et s. *Adde.*, faisant également mention du pour et du contre, A. TUNC, « Conclusions : La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978, p. 456 et s.

³ En ce sens également, cf. A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse dactyl., 2007, n° 164, p. 136 : « On trouve dans les opinions séparées les futurs éléments de la jurisprudence. C'est en laissant tous les juges s'exprimer, que l'on verra se dégager avec le temps une évolution. Le ralliement de plusieurs juges pourra constituer un indice d'un revirement proche. L'énoncé d'opinions séparées peut être envisagé comme une étape dans la préparation des revirements. »

⁴ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2002, n° 106, p. 114 : « En Europe leur existence [...] peut être admise pour décharger la conscience des juges, auquel cas les

484. Inutilité : absence de consolation du perdant. Toutefois, la technique des opinions séparées ne semble pas devoir être adoptée, pour quatre raisons. Dans un premier temps, on peut douter de l'utilité des opinions séparées pour la partie qui perd son procès. Comme le relève M. Croze, « croit-on consoler la partie perdante en lui expliquant qu'à une voix près elle aurait gagné ou en lui laissant entendre que, la prochaine fois peut-être, le juge qui lui a donné tort lui donnera gain de cause, alors que, par définition, il lui est interdit de représenter la même demande¹ ? » Les opinions séparées ne sauraient donc panser les plaies des justiciables déçus.

485. L'obstacle du secret du délibéré. Dans un deuxième temps, on peut estimer les opinions séparées contraires au secret du délibéré². En effet, par les opinions séparées, il est possible de refaire le délibéré, de percevoir quels ont été les arguments des uns et des autres. Faut-il alors maintenir le secret du délibéré ? Son maintien semble nécessaire, car justifié. En effet, un tel secret est « de nos jours justifié par la nécessité de soustraire le juge à toute pression extérieure³ », ce qui en fait le « corollaire de la notion de collégialité⁴ ».

486. Collégialité et autorité de la justice. Quant à la collégialité elle-même, est-elle également nécessaire ? Aubert rappelle la nécessité qu'il y a à considérer que la solution a été rendue de manière unanime ou comme si elle émanait d'une seule personne, afin de « favoriser une image nette de la jurisprudence de la Cour de cassation » et « d'amplifier ainsi l'autorité de ses arrêts⁵ ». En outre, « est-il forcément bénéfique, dans une société qui a tendance à

votes minoritaires seront consignés au procès-verbal, mais ne recevront nulle publicité (Allemagne, Espagne : *votos secretos*). »

¹ H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », *Liber amicorum offert à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 194. Comp. Y. LECUYER, art. préc., p. 211 : « Apôtres des opinions séparées ou détracteurs, la plupart seront tout de même d'accord pour admettre qu'il existe un lien de cause à effet entre la motivation et l'autorité morale de la chose jugée. Une décision correctement motivée sera davantage acceptée, surtout par la partie déçue. »

² Art. 448 CPC : « Les délibérations des juges sont secrètes. » et art. 6 ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment en ces termes : "Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat." Il ne peut, en aucun cas, être relevé de ce serment. » *Adde.* Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 197 et s.

³ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Faut-il annoncer un revirement de jurisprudence par voie de presse ? Propos sur l'autorité du président de la chambre sociale de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2004, p. 593, 1^{re} col.

⁴ *Ibid.*

⁵ J.-L. AUBERT, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Mélanges offerts à P. Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 13. *Adde.* J.-L. AUBERT, « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 25.

douter de sa justice, de mettre en évidence les hésitations qui président, inévitablement et somme toute heureusement, à l'œuvre de justice¹ ? » En définitive, c'est l'autorité de la justice qui explique l'aversion que l'on peut avoir à l'égard des opinions séparées.

Serait-on tenté d'objecter que, là où elles sont pratiquées, les opinions séparées n'entament en rien la légitimité des juges ? Tout d'abord, il n'est pas établi que ces pays échappent aux inconvénients des opinions séparées². Ensuite, force est de constater que les systèmes consacrant les opinions séparées, Etats-Unis, Royaume-Uni, sont des systèmes où le juge a déjà une grande légitimité, puisque le droit y est principalement jurisprudentiel et que cela semble parfaitement accepté³. Les cours suprêmes y bénéficient ainsi d'une grande autorité. En France, un tel respect du juge et de son pouvoir créateur nous paraît moins évident, tant la loi tient une place importante. M. Costa, conseiller d'Etat honoraire et ancien Président de la Cour européenne des droits de l'Homme, ayant eu à connaître le système à la française et le système des opinions séparées, estime ainsi dangereux de transposer un système venant du droit étranger. Si les opinions séparées existent dans ces droits, c'est que le plus souvent il n'y a pas d'avocat général. Or, si l'on devait accepter les opinions séparées, en particulier dissidentes, ainsi que l'avis contraire de l'avocat général, on peut se demander quelle autorité aurait la décision rendue⁴.

487. Clarté de la décision. Dans un troisième temps, le recours à l'opinion séparée semble dépourvu de nécessité en France. Un des arguments en faveur des opinions séparées est qu'elles permettent d'améliorer la compréhension de la décision ainsi que sa portée. Or, concernant le sens de la décision, si le justiciable veut avoir accès aux considérations prises en compte par les juges, il lui suffit de se rapporter à l'avis, au rapport, ou encore au communiqué délivré par la Cour de cassation. Il est vrai que ces moyens intervenant en amont et en aval du délibéré ne

¹ J.-L. AUBERT, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Mélanges offerts à P. Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 13. L'auteur invoque aussi, page 12, une difficulté pratique tenant au grand nombre d'arrêts rendus par la Cour de cassation, et estime que la prohibition des arrêts de règlement s'oppose aux opinions séparées. Ces arguments paraissent moins probants : le grand nombre d'arrêts car les opinions séparées ne sont pas obligatoires, la prohibition des arrêts de règlement car donner son avis n'est pas légiférer.

² H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, n° 8, p. 60 : « L'examen de la pratique anglo-américaine révèle aussi que le rejet des contraintes argumentatives va parfois de pair avec celui de la rationalité, et que la dissidence rend parfois la détermination de l'état du droit positif aussi difficile que la phrase unique trop économe. » *Adde.* S. CASTILLO-WYSZOGRODZKA, « La motivation des décisions de justice : perspectives comparatiste », *D.* 2014, p. 1838 et s.

³ Cf. not. Ch. N. FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 139 avec des nuances p. 140 ; J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *APD*, t. 30, 1985, not. p. 114.

⁴ J.-P. COSTA, intervention à l'université Panthéon-Assas, amphi III, vendredi 23 mars 2012.

permettent pas de faire part des hésitations ayant pu survenir lors de celui-ci. Toutefois, comme on l'a vu, il n'est pas sûr qu'aller plus loin en les révélant constitue un progrès. Les travaux préparatoires nous paraissent fournir un accès suffisant à l'intimité du délibéré. Il conviendrait alors d'élargir la diffusion de ces travaux préparatoires, ou du moins de les fournir aux parties qui les demanderaient. Quant à la pratique des communiqués, elle n'est pas forcément du meilleur aloi, et il paraît juste de soutenir que les raisons qui ont déterminé la Cour de cassation devraient mieux apparaître dans l'arrêt, et non dans le communiqué, sous peine de « brouiller le sens des arrêts¹ » ainsi commentés. C'est pourquoi devrait être envisagée une plus grande diffusion des travaux préparatoires ainsi qu'une amélioration de la motivation des décisions². Quant à la portée de la décision, le système de publication actuel nous paraît être satisfaisant³.

488. Clarté du droit positif et sécurité juridique. Enfin, quatrième, les opinions séparées auraient l'avantage de pouvoir permettre aux justiciables d'anticiper un revirement de jurisprudence. Néanmoins, comme tout moyen permettant d'annoncer la survenance d'un revirement, les opinions séparées risquent de troubler la surface du droit positif, sans pour autant permettre de lutter contre la rétroactivité du revirement⁴. Instituer les opinions séparées en pensant lutter ainsi contre l'insécurité juridique est illusoire.

489. Conclusion. Les opinions séparées, inutiles pour consoler le plaideur vaincu, risquant d'affaiblir l'autorité des décisions de justice et la clarté du droit positif, paraissent donc devoir être écartées. Les avantages espérés d'une telle méthode paraissent pouvoir être obtenus par l'élargissement de l'accès aux travaux préparatoires, qui pourraient par exemple être librement disponibles sur le site de la Cour de cassation pour tous les arrêts publiés au *Bulletin*. Ce recours aux travaux préparatoires justifie également l'éviction de l'*amicus curiae*.

¹ P. ANCEL, « Faut-il "faire avec" ? », *RDC* 2007, note 9, p. 540. *Adde.* P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.* 2006, p. 510 et s. ; T. LE BARS, « Positivism, dogmatism, realism and the Court of Cassation », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 306 en ce qui concerne le *Rapport annuel*.

² *Cf. infra*, n° 509 et s.

³ *Cf. infra*, n° 503 et s.

⁴ Sur le caractère contre-productif des moyens de prévention, *cf. supra*, n° 334 et s.

B. Le risque de l'*amicus curiæ* quant à la complémentarité du juge et du législateur

490. L'*amicus curiæ* : présentation. L'« ami de la cour » a pu être défini comme « un mécanisme procédural par lequel un tribunal invite ou autorise une personne ou une entité à participer à une instance existante entre des parties afin qu'elle lui fournisse des informations susceptibles d'éclairer son raisonnement¹. » Selon M. Canivet, il y a trois sortes d'amis de la cour : l'expert au sens général et non judiciaire, qui fait autorité sur une question non juridique, le consultant en droit comparé, et la personne qui intervient de sa propre initiative pour défendre son point de vue². L'*amicus curiæ* ne rentre donc dans aucune catégorie procédurale connue : il n'est ni une partie, ni un expert au sens du Code de procédure civile³.

491. La pratique de l'*amicus curiæ*. En droit interne, certains textes prévoient désormais l'intervention d'un *amicus curiæ*⁴. Ainsi en est-il du décret n° 2010-164 du 22 février 2010, qui a créé l'article R. 625-3 du Code de la justice administrative⁵ ou de l'article L. 621-20 du Code monétaire et financier⁶. En droit civil, l'*amicus curiæ* est apparu en 1988 devant les juges du fond⁷, puis en 1991

¹ S. MENETREY, *L'amicus curiæ, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, n° 5, p. 4.

² J. ARRIGHI DE CASANOVA, G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, « Experts et procédure : l'*amicus curiæ* », *RDA*, n° 6, oct. 2012, p. 88-89

³ Ce qui a pour conséquence qu'il n'est pas soumis aux règles de la récusation, mais l'est en revanche à celles relatives au principe du contradictoire et au respect des droits de la défense : Paris, 27 nov. 1992, *D.* 1993, p. 172 et s., Y. LAURIN. La référence est celle permettant d'accéder à la note en ligne.

⁴ En droit de l'Union européenne, l'article 15, § 3, du Règlement 1/2003 du 16 déc. 2002 dispose que « Les autorités de concurrence des États membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 ou 82 du traité [101 ou 102 TFUE désormais]. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales. »

⁵ « La formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine.

L'avis est consigné par écrit. Il est communiqué aux parties.

Dans les mêmes conditions, toute personne peut être invitée à présenter des observations orales devant la formation chargée de l'instruction ou la formation de jugement les parties dûment convoquées. »

⁶ « Pour l'application des dispositions entrant dans le champ de compétence de l'Autorité des marchés financiers, les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent appeler le président de celle-ci ou son représentant à déposer des conclusions et à les développer oralement à l'audience sans préjudice des dispositions de l'article L. 466-1. »

Peut également être cité l'article 6 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel sur la procédure suivie pour les questions prioritaires de constitutionnalité dont l'alinéa 2 prévoit que « lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité avant la date fixée en application du troisième alinéa de l'article 1^{er} et mentionnée sur le site internet du Conseil constitutionnel, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er}. Il leur est imparti un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission. » Sur cet article, cf. J. ARRIGHI DE CASANOVA, G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, « Experts et procédure : l'*amicus curiæ* », *RDA*, n° 6, oct. 2012, p. 90-91.

⁷ Paris, 21 juin et 6 juill. 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 2, 700, note Y. Laurin. Il s'agissait du bâtonnier du barreau de Paris.

devant la Cour de cassation¹ et fut, depuis cette date, sollicité relativement rarement². Suffisamment toutefois pour qu'un glissement de sa fonction soit notable : M. Canivet, comparant la première intervention de l'*amicus curiæ* devant la Cour de cassation, à l'intervention d'*amici curiæ* concernant les contrats d'assurance-vie en 2004, note qu'« à l'*amicus curiæ* qui est intervenu uniquement en tant que "**sachant**", ont fait suite les *amici curiæ* directement intéressés par les enjeux économiques de l'affaire³. »

492. Le danger de l'*amicus curiæ*. Ce glissement est regrettable. Comme le souligne à juste titre M. Terré, « la participation d'une sorte de "**sachant**" servant à conseiller les magistrats, généralement de cassation, à la recherche d'une solution est d'autant plus étrange lorsque l'on connaît à l'avance l'opinion de la personne consultée⁴. » Une mise en garde doit être faite alors sur un éventuel effet pervers accompagnant l'accueil de tels « amis » : « quelle association d'intérêts importants ne tâcherait de profiter de ce nouveau mécanisme pour défendre, influencer, voire carrément faire agrandir ses intérêts ? Et bien entendu, plus la Cour s'y montrera sensible, plus de tels intérêts se présenteront devant elles⁵. » Un cercle vicieux risque donc de se mettre en place avec l'accueil d'une telle pratique, aboutissant à transformer le procès en véritable débat législatif.

493. Absence de nécessité de l'*amicus curiæ*. De plus, L'*amicus curiæ* ayant pour objectif de renseigner le juge, soit sur un élément de droit, soit sur un élément de fait, sa présence ne semble jamais justifiée auprès de la Cour de cassation. D'une part, les renseignements touchant au droit peuvent être fournis par le service de documentation ou par les travaux préparatoires du rapporteur et de l'avocat général. D'autre part, concernant les renseignements relatifs aux faits, ils ne sont normalement pas les bienvenus, puisque les faits ont été arrêtés par les juges du fond et que la Cour de cassation n'a à en connaître qu'à travers leur décision. Ici encore, en rappelant le déroulement de l'affaire, les travaux préparatoires semblent suffire. Par ailleurs, si l'*amicus curiæ* a pour rôle de renseigner le juge par son expertise, on ne voit pas en quoi sa mission diffère de

¹ Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass. plén.*, n° 4, *GAJC*, n° 50, p. 351 et s. (mères porteuses).

² Paris, 27 nov. 1992, *D.* 1993, p. 172 et s., Y. LAURIN, préc. (fonds d'indemnisation pour transfusés hémophiles contaminés par VIH) ; Cass. Ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, *Bull. Ass. plén.*, n° 8, *JCP* 2001, II, 10569, M.-L. RASSAT (qualification d'homicide involontaire pour embryon) ; Cass. mixte, 23 nov. 2004, n° 02-17.507, 03-13.673, 02-11.352 et 01-13.592, *Bull. mixte*, n° 4, *GAJC*, n° 132, p. 742 et s. (qualification du contrat d'assurance vie).

³ G. CANIVET, « L'*amicus curiæ* en France et aux Etats-Unis », *RJ com.* 2005, p. 104.

⁴ F. TERRE, préface in C. Puigelier, *Temps et création jurisprudentielle*, Bruylant, 2012, p. 11.

⁵ M. LASSER, « Les modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD civ.* 2006, p. 700, 2^e col.

celle de l'avocat général, lequel a toute liberté de s'adresser aux personnes compétentes¹.

Face à ces critiques, il a été répondu, concernant l'arrêt de 1991 relatif aux mères porteuses, qu'il y avait eu là un délicat problème de société. De plus, le juge avait été confronté au silence du législateur. Il n'aurait alors pas été incongru de faire appel à un tiers². La réponse ainsi proposée montre bien le fond du problème de l'*amicus curiae* : en élargissant le débat, en essayant d'apporter une réponse générale à un problème de société, le juge prend la place du législateur muet. Le juge augmente ainsi sa compétence technique, sans qu'augmente cependant sa responsabilité. Or, pour établir une règle abstraite et générale, il paraît préférable d'avoir les deux, compétence technique et responsabilité³. L'*amicus curiae* ne semble être ainsi qu'une solution à court terme, traitant de l'effet – gérer un problème de société – sans toucher à la cause – le silence du législateur sur un important débat de société. Il ne faut donc voir dans l'*amicus curiae* qu'une solution en trompe-l'œil, un leurre. Il paraît donc préférable de maintenir la complémentarité entre le juge et le législateur plutôt que de transformer de manière imparfaite la Cour de cassation en petit législateur.

494. Le contradictoire comme seul ami du juge. Il faut le réaffirmer : le rôle du juge civil étant de trancher un litige entre des particuliers, les conseils quant à la portée générale de sa solution sont secondaires. Seul le contradictoire s'impose. Comme l'affirme Mme Frison-Roche, « c'est la contradiction qui, par nature, est l'amie du juge⁴. » C'est dans la confrontation des points de vue et des arguments des parties que le juge doit trouver la matière de sa solution. Au législateur par la suite d'assumer pleinement son rôle.

495. Conclusion du paragraphe. Aucune évolution n'est donc particulièrement souhaitable en ce qui concerne le recours aux opinions séparées ou à l'*amicus curiae*. Seul un accès facilité aux travaux préparatoires serait souhaitable pour les arrêts publiés. Il apparaît d'ailleurs que le système de publication des arrêts mérite d'être maintenu en l'état.

¹ Cf. R. de GOUTTES, « Le parquet général de la Cour de cassation et la problématique des effets rétroactifs des revirements de jurisprudence », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 253-254 et s. Il est vrai que dans ce cas, l'*amicus curiae* est sollicité, seule sa présence étant écartée. Il n'en demeure pas moins que l'avocat général peut ainsi jouer un rôle de filtrage important. Surtout, l'*amicus curiae* ne sera écouté par l'avocat général que parce qu'il aura été consulté, et non parce qu'il l'aura spontanément souhaité.

² G. CANIVET, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ Cf. *supra*, n° 418, n° 433 et n° 439.

⁴ J. ARRIGHI DE CASANOVA, G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, « Experts et procédure : l'*amicus curiae* », *RDA*, n° 6, oct. 2012, p. 94.

§ 2. Le maintien du système de publication des arrêts

496. Le maintien du système de publication des arrêts passe par la nécessité de hiérarchiser les arrêts de la Cour de cassation selon leur portée (A), hiérarchisation dont la publication est l'outil le plus efficace (B).

A. La nécessité d'une hiérarchie des arrêts de la Cour de cassation

497. La hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation est utile en matière de sécurité juridique tant de manière générale (1) que de manière plus spécifique pour mettre en œuvre le référé-suggestion (2).

1. Hiérarchisation et sécurité juridique

498. La hiérarchie des arrêts de la Cour de cassation. La hiérarchisation des arrêts apparaît nécessaire afin de discriminer les arrêts selon leur plus ou moins grande portée. Pouvoir déterminer la portée d'un arrêt est utile afin de savoir s'il a vocation à être maintenu ou non, afin de savoir si la Cour de cassation souhaite véritablement s'engager dans la route tracée ou s'il ne s'agit que d'une tentative d'orientation.

499. La nécessité de hiérarchiser les arrêts pour différencier les « arrêts d'espèce » et les « arrêts de principe ». Il importe que les arrêts de principe puissent émerger de la masse des arrêts rendus, que la Cour de cassation puisse choisir quelles sont les solutions qu'elle veut soumettre au feu doctrinal, ne serait-ce que pour éviter que la publication massive des arrêts perde le justiciable¹ ou les juges du fond². Hiérarchiser, c'est faciliter le travail des juristes en les invitant à se concentrer sur l'essentiel.

500. La nécessité des arrêts d'espèce. Il importe aussi de laisser la possibilité à la Cour de cassation de rendre de « petits » arrêts, en particulier sur des litiges où la loi n'a pas tranché un grand débat de société, ou encore lorsqu'elle

¹ Ph. MALAURIE, « La Cour de cassation au XXème siècle », *Rapport annuel 1999*, p. 17.

² M. PINAULT (dir.), « Rapport du groupe de travail n° 1 », *Incertitude et sécurité juridique*, p. 32 : « Pour le juge du fond, la masse des informations est manifestement excessive, la publication massive signe là son inefficacité. »

Le rapport est disponible sur : http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/rapport_general_8048.html

souhaite rendre une décision équitable. Il faut se souvenir ici de la remarque de M. Libchaber, commentant l'arrêt du 9 octobre 2001 par lequel la Cour de cassation condamne un médecin pour un acte fait en 1974 au regard d'un devoir posé par le juge en 1998¹. La comparaison avec un arrêt de 1997, qui avait au contraire refusé de condamner un notaire suite à un revirement², lui fait dire ceci : « en la forme, il n'était pas difficile à la Cour de sauvegarder tous les intérêts en présence : il lui suffisait de rendre un arrêt d'espèce – cet arrêt non publié où la Cour s'autorise, au nom de l'équité inhérente à sa mission judiciaire, à écarter la rigueur d'une loi exceptionnellement inadéquate pour y substituer une appréciation souplement adaptée aux circonstances³. » L'auteur mérite d'être suivi : la Cour de cassation, comme n'importe quel juge, peut être amenée à rendre des arrêts qui ne se justifient que par le cas très précis de l'espèce⁴. Il importe alors que la solution rendue ne puisse être soumise à un raisonnement par analogie.

501. Arrêt d'espèce et sécurité juridique. L'avantage de rendre des arrêts d'espèce réside aussi dans l'économie qu'ils emportent : rendre un petit arrêt, sans portée jurisprudentielle, évite de devoir anéantir un revirement par un autre revirement, la rétroactivité du second venant détruire celle du premier, afin d'opérer un retour au droit préexistant. La manœuvre, effectuée pour les arrêts de provocation, ne saurait être une solution à la rétroactivité de la jurisprudence, la Cour de cassation ne pouvant choisir le moment du second revirement, et envoyant deux forts signaux contraires successivement : elle risque assurément de perdre en crédibilité, la sécurité juridique en serait compromise.

2. Hiérarchisation et référé-suggestion

502. Utilité de l'arrêt d'espèce avant le référé-suggestion. Par ailleurs, pour que le référé-suggestion fonctionne, il faut que les juges gardent la possibilité de rendre ce type de solutions purement casuistiques en attendant que le législateur, *via* le pouvoir exécutif, intervienne, si cela lui paraît nécessaire. On souhaite par là éviter le système proposé par certains, qui serait de compléter l'article 4 du Code civil ainsi : « Toutefois, lorsque la décision à rendre suppose la

¹ Sur cet arrêt, *cf. supra*, n° 172.

² Sur cet arrêt, *cf. supra*, n° 200.

³ R. LIBCHABER, « Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence », *RTD civ.* 2002, p. 180-181.

⁴ Il a pu être dit avec justesse, à propos des obligations naturelles et de l'enrichissement sans cause, que « seul le doigté du Juge peut porter remède aux situations concrètes ou s'enchevêtrent les circonstances les plus diverses ou les plus délicates. » *Cf.* A. MAURIN, *Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadienne et française comparées*, Rousseau, 1938, p. 9.

prise de position de principe sur l'une des matières énumérées à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, le juge doit surseoir à statuer et en référer au législateur¹ ». Le fait de surseoir à statuer nous paraît inopportun, en ce qu'il suspend le cours de la justice et force le législateur à intervenir.

Le schéma combinant référé-suggestion et arrêt d'espèce serait alors le suivant. La Cour de cassation, confrontée à une affaire où elle estime que la règle à appliquer n'est pas bonne, ne juge cependant pas opportun de revirer pour des considérations de sécurité juridique. Il lui revient alors de rendre un arrêt purement d'espèce, appliquant l'ancienne solution, la mauvaise, et de former un référé-suggestion. Afin que la partie qui perd son procès ne soit pas victime d'une trop grande injustice, il sera alors proposé de l'indemniser².

Le système inverse ne saurait être retenu : il s'agirait, pour la Cour de cassation, de rendre un arrêt d'espèce anticipant sur la réforme proposée. Dans un premier temps, la sécurité juridique d'un plaideur serait atteinte. Dans un second temps, que ferait la Cour de cassation une fois la réforme obtenue ? Si elle continuait à rendre la solution qui lui paraîtrait préférable, le référé n'aurait servi à rien : la loi serait bien votée, mais elle serait appliquée de manière anticipée par la Cour de cassation. La rétroactivité demeurerait donc. Mais, inversement, dans le cas où la Cour de cassation déciderait d'appliquer l'ancienne solution une fois la loi votée pour les faits qui ne lui seraient pas soumis, comment expliquer qu'elle revienne à une solution appliquant le droit ancien qu'elle aurait jugé insatisfaisant ? Pourquoi avoir traité de manière favorable le seul plaideur qui a eu la chance de soumettre le litige qui allait donner lieu au référé-suggestion ?

Il paraît donc beaucoup plus simple d'inviter la Cour de cassation à toujours appliquer la règle ancienne, ce qui permet de sauvegarder la sécurité juridique, mais en rendant des arrêts d'espèce afin de manifester sa soumission résignée à une loi dont l'opportunité laisserait à désirer. Reste à savoir comment établir la hiérarchie entre les différents arrêts rendus par la Cour de cassation.

B. La publication comme moyen efficace de hiérarchisation des arrêts

503. Les différents moyens de hiérarchisation. La Cour de cassation dispose actuellement de différents moyens pour montrer l'importance qu'elle souhaite donner à sa décision. Il lui est loisible de rendre plusieurs arrêts le même

¹ A. BRETON, « A propos de la filiation non classique », *RTD civ.* 1992, p. 341 ; D. MAINGUY, « De la légitimité des normes et de son contrôle », *JCP* 2011, doct. 250.

² Cf. *infra*, n° 525 et s.

jour affirmant la même solution – effet de répétition –, de rendre un arrêt important à la suite de plusieurs arrêts rendus dans le même sens – effet de préparation – ou encore de consacrer à la solution nouvelle un communiqué ou une étude dans le *Rapport annuel* – effet de promotion¹. La Cour de cassation, par l'utilisation de certains termes précis peut également manifester quelle portée normative elle confère à l'arrêt au regard du contrôle exercé, qu'il soit lourd ou léger². De même, la rédaction d'un attendu de principe peut être un indice sur la portée de la décision.

504. La publication des arrêts de la Cour de cassation. Parmi tous les moyens de hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation, le plus lisible, le plus certain et le plus facile à manier est leur mode de publication, favorisant l'effet de promotion. La publication de la jurisprudence au *Journal officiel* n'est pas prévue par le droit positif. Il n'y a là rien qui doive choquer. En effet, le juge n'a pour fonction que de trancher un litige, la Cour de cassation que de vérifier la conformité de la décision qui lui est déférée aux règles de droit. La publicité est donc organisée autour de ces fonctions et ne dépasse pas ce cadre. Cela explique que, contrairement à certains arrêts du Conseil d'Etat³, aux décisions du Conseil constitutionnel⁴ et aux avis de la Cour de cassation⁵, les arrêts de la Cour de cassation ne puissent pas bénéficier d'une publication au *Journal officiel*. La publication des arrêts de la Cour de cassation au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, au *Bulletin des arrêts*, au *Rapport annuel* ou sur le site de la Cour, aide cependant à élargir leur diffusion, dans la mesure où la Cour de cassation le souhaite.

¹ Pour un exemple de ces trois effets, annonce, répétition, promotion, cf. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, p. 677. Nous empruntons d'ailleurs les termes à ces auteurs.

² E. g. pour les arrêts de rejet, cf. « Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *BICC* n° 661, 15 mai 2007, p. 7 : « le contrôle entier et rigoureux se traduit par "... la cour d'appel a exactement..." ou "... a, à bon droit/à juste titre..." ou "... a, justement..." ou "... a fait l'exacte application..." », tandis que le contrôle léger est exprimé par "...les juges du fond ont pu..." ».

³ Le Conseil d'Etat a pu ainsi publier un arrêt au *Journal officiel* afin de faire connaître des mesures transitoires qu'il avait posées : *JORF* n° 268 du 19 nov. 2006 p. 17398, publiant CE, 27 oct. 2006, *Société Techna SA*, ou des modification d'une disposition législative affectée de malfaçon : *JORF* n° 130 du 6 juin 2002 p. 10119, publiant un extrait de CE, 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin et autres*. Cf. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 13^e éd., 2008, n° 1210-1°, p. 1095 : « l'autorité absolue de l'annulation justifie la pratique (depuis le 1^{er} janvier 1974) de la mention au *Journal officiel* des arrêts du Conseil d'Etat prononçant l'annulation pour excès de pouvoir des règlements administratifs relevant de sa compétence directe ».

⁴ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, v. not. art. 20 et 23-11.

⁵ Art. 1031-6 CPC. La distance prise avec les faits donnant lieu au litige lors de cette procédure justifierait une telle mesure.

En effet, le type de publication est décidé au terme du délibéré des chambres qui choisit d'accoler à l'arrêt les lettres D, B, P, I et R¹. A ces lettres correspondent divers cercles concentriques d'interlocuteurs. La lettre D indique la diffusion minimale de l'arrêt, qui n'est diffusé que dans la base de données de la Cour de cassation. La lettre B correspond à la publication au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, publié tous les quinze jours à l'attention des magistrats. L'objectif est d'informer rapidement les juges du fond. La lettre P mentionne la publication de l'arrêt au *Bulletin de la Cour de cassation*, édité mensuellement de manière numérique. Il est dit de cette publication qu'elle a « une portée doctrinale² » en ce qu'elle répond à trois objectifs : montrer une solution nouvelle, manifester l'évolution d'une interprétation par rapport à une jurisprudence antérieure, réaffirmer la constance d'une solution n'ayant pas été rappelée depuis un certain temps, à savoir environ dix ans³. La lettre I renvoie à une publication de l'arrêt directement sur le site de la Cour de cassation. L'intention de la Chambre est alors de toucher le grand public lorsqu'elle estime avoir tranché un litige relevant « d'une question de société ou parce que la solution a des incidences pratiques évidentes pour la vie quotidienne de nos concitoyens⁴. » C'est pour ces arrêts que la Cour de cassation établit parfois un communiqué afin de préciser le sens et la portée de l'arrêt. Enfin, la lettre R est celle qui confère la plus grande portée à l'arrêt. Celui-ci est publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation, accompagné d'un commentaire rédigé par les magistrats.

505. Création d'une nouvelle lettre pour marquer un revirement. A ces cinq lettres, D, B, P, I et R, faut-il en ajouter une sixième indiquant les revirements de jurisprudence ? Le Rapport Molfessis n'est pas hostile à une telle solution⁵. Il est vrai qu'elle est séduisante : elle permet de gagner en sécurité juridique quant à l'identification du revirement. Le seul reproche que l'on pourrait lui faire est de montrer que par un seul arrêt la Cour de cassation a décidé de changer le droit de manière définitive : n'y aurait-il pas violation ouverte de l'article 5 du Code civil ?

¹ Le choix est ensuite transmis au service de documentation et d'études de la Cour de cassation par le président de la formation qui a rendu l'arrêt ou l'avis, cf. art. R. 433-4 COJ : « Le service de documentation et d'études établit deux bulletins mensuels, l'un pour les chambres civiles, l'autre pour la chambre criminelle, dans lesquels sont mentionnés les décisions et avis dont la publication a été décidée par le président de la formation qui les a rendus. Le service établit des tables périodiques. »

² J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702, 15 mai 2009, p. 9.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 49.

Marquer ainsi le revirement revient à reconnaître la création d'une véritable loi, rétroactive qui plus est, par le juge.

Quelle solution retenir ? En réalité, si le marquage de l'arrêt de revirement est séduisant, c'est qu'il permet de transformer la règle jurisprudentielle en règle légale. Or, cette transformation n'est pas forcément souhaitable. Le référé-suggestion invite en tout cas à ne pas la consacrer, l'esprit de la réforme étant de différencier, par souci de complémentarité, la loi de la jurisprudence. Par conséquent, évitons d'enfermer la jurisprudence dans un trop grand formalisme de type légaliste, privilégions l'élaboration coutumière de la jurisprudence, la réforme législative, et gageons que si un revirement est nécessaire, les juges sauront malgré tout faire passer le message. A nouveau, de deux maux il faut choisir le moindre et si la solution tendant au maintien du *statu quo* n'est pas idéale elle a le mérite de maintenir une complémentarité entre l'acte de le juger et la mission de légiférer¹.

506. La sélection des pourvois. C'est également pour préserver cette complémentarité qu'il ne paraît pas opportun d'opérer un filtrage important en sélectionnant les pourvois². Actuellement, la seule procédure de sélection est celle de l'article 1014 du Code de procédure civile selon lequel, après dépôt des mémoires, la formation restreinte³ de la chambre concernée « déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation. » Est-il souhaitable que la Cour de cassation puisse librement sélectionner les litiges auxquels elle entendrait donner une solution ? En premier lieu, la sélection des pourvois paraît difficilement acceptable tant que le pourvoi en cassation demeure le seul recours lorsqu'un jugement est insusceptible d'appel et que la cassation est ainsi la seule garantie du justiciable suite à la décision de première instance. En second lieu, permettre à la Cour de cassation de ne rendre que des arrêts importants, en lui offrant par ailleurs la possibilité de renvoyer à ses arrêts précédents⁴, reviendrait à la rapprocher du législateur en consacrant peu ou prou le système du précédent. Il n'est pas certain qu'une telle pratique soit en accord avec l'esprit de l'article 5 du Code civil.

¹ Maintenir la possibilité d'un revirement c'est accepter qu'un arrêt change l'état du droit positif et donc accepter que soit enfreint l'article 5 actuel du Code civil. Il faut cependant considérer deux choses. D'une part, que nécessité fait ici loi : les revirements sont issus de la pratique, leur utilité suffit à fonder une coutume *contra legem* qui nous semble acceptable. D'autre part, il ne convient pas pour autant de consacrer leur existence, cette absence de consécration et la rétroactivité alors attachée au revirement devant inciter le juge à la modestie et à la tempérance. Une analogie peut être faite avec l'abrogation de la loi par désuétude : la consacrer c'est permettre à tout le monde de désobéir à la loi en vue de créer une coutume *contra legem* ; la nier et vouloir l'interdire de manière absolue, c'est oublier sa nécessité et son utilité.

² Sur la question, cf. not. A. TUNC, « La Cour de cassation en crise », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 162 et s.

³ Selon l'article L. 431-1 COJ, la formation restreinte est composée de trois magistrats.

⁴ Cf. A. TUNC, art. préc., p. 164.

507. Conclusion du paragraphe. Hiérarchiser les différentes solutions rendues par la Cour de cassation semble important. A cet effet, la publication est un outil essentiel. Pour autant, créer une lettre spécifique pour indiquer la survenance d'un revirement de jurisprudence ou permettre à la Cour de cassation de sélectionner les pourvois ne semble cohérent avec notre souhait de maintenir l'article 5 du Code civil. La complémentarité entre la loi et la jurisprudence imposée par cet article peut également se manifester à travers la motivation.

§ 3. L'amélioration de la motivation

508. La publication et la motivation ont pour point commun de répondre à un même désir de pédagogie : faire passer un message par la Cour de cassation¹. Il apparaît nécessaire d'inviter la Cour de cassation à améliorer la motivation de ses arrêts. Cette invitation est justifiée par la pratique elle-même : si la Cour de cassation rend des communiqués pour expliquer sa décision, c'est que celle-ci n'est pas suffisamment explicite². L'intelligibilité de la règle de droit jurisprudentielle doit être améliorée, *via* une amélioration de l'intelligibilité des arrêts de la Cour de cassation. Un effort devant être fourni dans ce domaine, dans quelle direction aller ? Quelles mesures prendre ? Pour répondre à ces questions, il convient d'aborder la finalité de l'amélioration à effectuer (A), pour constater qu'aucune des contraintes rédactionnelles actuelles ne doit être supprimée (B), et, qu'ainsi, aucun texte n'est à modifier ou à créer (C). Seule la pratique doit évoluer, spontanément.

A. La finalité de l'amélioration : promouvoir la création jurisprudentielle par voie coutumière

509. Fonctions de la motivation. De manière générale, la motivation peut avoir, selon M. Théry, trois fonctions : être un modèle pour les procès identiques, justifier le dispositif, permettre le recours³. On pourrait ramasser ces trois fonctions sous les trois termes suivants : unification, justification, exposition (en ce que la juridiction s'expose à un recours). La Cour de cassation n'offre ici

¹ E. LESUEUR DE GIVRY, « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de J. Buffet*, Petites affiches, 2004, p. 317.

² *Adde.* CEDH, 19 févr. 1998, n° 134/1996/753/952, *Higgins et autres c. France*, § 42 et s.

³ Ph. THERY, « Observations conclusives », *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, G. GUERLIN, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, n° 15 et s., p. 227 et s. Comp. S. CASTILLO-WYSZOGRODZKA, « La motivation des décisions de justice : perspectives comparatiste », *D.* 2014., p. 1839-1840, qui distingue cinq fonctions : autocontrôle pour le juge, fonction pédagogique, garantie contre l'arbitraire, évolution du droit, garantie de paix sociale.

aucune particularité : il est souhaitable qu'à des situations identiques elle rende des solutions identiques (fonction d'unification de la jurisprudence et principe d'égalité), il faut que sa décision de rejet ou de cassation soit justifiée (fonction de justification à l'égard du juge du fond sanctionné et de la cour de renvoi en cas d'arrêt de cassation ou à l'égard du plaideur en cas d'arrêt de rejet) et il importe que le justiciable puisse soumettre la décision à la Cour européenne des droits de l'Homme ou à la Cour de justice de l'Union européenne, le cas échéant (fonction d'exposition). M. Zenati considère cependant que la motivation pour la Cour de cassation est différente, en ce qu'elle « a une finalité interprétative ; il s'agit de donner une interprétation des sources formelles à l'intention des juridictions pour éclairer et unifier leur propre interprétation¹. » Il n'en demeure pas moins que la Cour doit *in fine* se prononcer sur le pourvoi ; le juge de cassation interprète et juge, l'interprétation ayant pour finalité le rejet ou la cassation. Par conséquent, la Cour de cassation ne paraît pas présenter ici d'originalités particulières. Convient-il de chercher à améliorer la motivation des décisions de la Cour de cassation ?

510. Revirement et motivation. La Cour de cassation semble désormais faire l'effort, en cas de revirement, de préciser sa motivation, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme² et à la volonté de la Cour de justice de l'Union européenne³, comme en témoigne, notamment, un arrêt du 8 février 2011⁴. Cependant, améliorer la motivation d'un revirement de jurisprudence permet de l'identifier, de le comprendre, de le justifier⁵, mais ne

¹ F. ZENATI, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1554.

² CEDH, 14 janvier 2010, n° 36815/03, *Atanasovski c. ex-République yougoslave de Macédoine*, § 38 : la cour condamne cette ex-République car sa cour suprême avait changé de jurisprudence sans donner les raisons substantielles expliquant le revirement.

Adde. CEDH, 30 août 2011, n° 32820/08, *Boumaraf c. France*, décision sur la recevabilité de la requête (déclarée irrecevable) : « La Cour observe que les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante (*Unédic c. France*, n° 20153/04, § 74, 18 décembre 2008). La Cour rappelle à cet égard qu'une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice, dès lors que l'absence d'une approche dynamique et évolutive empêcherait tout changement ou amélioration (*Atanasovski c. « l'ex - République yougoslave de Macédoine »*, n° 36815/03, § 38, 14 janvier 2010). Dans cet arrêt, toutefois, la Cour a jugé que lorsqu'existe une jurisprudence bien établie (« *well-established jurisprudence* ») sur la question en jeu, **la juridiction suprême a l'obligation de donner des raisons substantielles pour expliquer son revirement de jurisprudence**, sauf à violer les droits du justiciable d'obtenir une décision suffisamment motivée ». C'est nous qui soulignons.

Une exigence supplémentaire pourrait être à terme imposée aux juges qui appliqueraient la solution issue du revirement, à savoir de respecter le contradictoire en permettant aux parties de débattre d'une telle application. C'est du moins ce que semble imposer le Conseil d'Etat (*cf.* P. DEUMIER, « Appliquer la jurisprudence, respecter le contradictoire », *RTD civ.* 2013, p. 561 et s., note sous CE, 19 avr. 2013, *CCI d'Angoulême*), dont la solution pourrait prospérer dans l'ordre judiciaire par application de l'article 16 du Code de procédure civile.

³ *Rapport annuel* 2012, p. 441, sous Cass. soc., 31 janv. 2012, n°s 11-20.232 et 11-20.233, *Bull. civ.*, n° 37. Le *Rapport* affirme que l'arrêt, qualifié de revirement alors qu'il ne fait que prendre en compte une nouvelle loi, a été motivé conformément aux exigences de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁴ Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11.896, *Bull. civ.*, n° 20, *D.* 2011, p. 1314 et s., N. MOLFESSIS, J. KLEIN ; *D.* 2011, p. 1321 et s., F. MARMOZ ; *RTD civ.* 2011, p. 493 et s., P. DEUMIER.

⁵ Sur les critères permettant de justifier le revirement et pouvant apparaître dans la motivation, *cf.* M. van de KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, normes internes

permet pas de lutter contre la sécurité juridique provoquée par sa rétroactivité. Pour autant, il ne faudrait pas considérer que la motivation n'a aucun rôle à jouer en ce domaine.

511. Une motivation au service du rôle juridictionnel du juge. Il nous semble en effet que, dans tous les cas, la motivation doit permettre de montrer que le juge rend sa décision au regard du droit positif, et non en tant que créateur de normes, pour une espèce particulière. En effet, « si l'on force les magistrats à motiver leur décision et à recourir aux principes généraux du droit, c'est justement pour dire qu'ils ne sont pas, à propos d'un cas particulier, des créateurs d'une règle juridique générale¹. » C'est d'ailleurs une des fonctions historique de la motivation : « le droit de la Révolution se caractérise par les projets de code civil mais surtout par l'obligation imposée aux Juges de motiver leurs décisions, dans le but avéré de soumettre les magistrats trop indépendants à la volonté de la nation et de la loi². »

Seule cette conception de la motivation semble en accord avec le souci de sécurité juridique qui passe par un plus grand respect de l'article 5 du Code civil. La motivation doit à la fois rendre compte de l'interprétation par voie de doctrine plutôt que par voie d'autorité et l'encourager³. La motivation montre que le juge

infraconstitutionnelles, dir. I. Hachez *et alii*, Anthemis, 2012, p. 710, qui expose quatre critères : « 1) l'hypothèse, bien rare, où la décision de la Cour, loin de mettre fin aux controverses, les a au contraire multipliées ; 2) quand la solution est l'objet d'une réaction immédiate du pouvoir judiciaire ; 3) quand, par suite de la vie même, du mouvement des idées ou des changements dans les choses, il peut être opportun, soit de revoir des solutions d'une sévérité contraire à l'esprit social nouveau, soit de préciser la portée de certaines règles à appliquer à des situations de fait qui n'existaient pas lors des interprétations premières. » Enfin, 4), « le fait que des modifications apportées par le législateur à d'autres dispositions sont de nature à exercer une influence sur la première⁵ ». V. encore A. VANWELKENHUYZEN, « La motivation des revirements de jurisprudence », *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, p. 258-259. L'auteur propose en substance de retenir trois critères : p. 269 pour les deux premiers, « soit lorsque la paix judiciaire ne règne pas, soit lorsque les changements "dans les choses", dans la vie sociale, se sont produits depuis que la règle de droit a, une première fois, été énoncée par le juge » et p. 283-286 pour le troisième : « le juge est soucieux d'éviter que des contradictions se révèlent dans le système juridique. Il conçoit celui-ci comme un tout cohérent. Il veut une règle plus **juste** dans un ordre juridique plus **harmonieux**. [...] Le juge peut donc trouver dans la nécessité de maintenir cette cohérence, des motifs objectifs de réviser sa jurisprudence. »

¹ G. RIPERT, « Discussions », *Le rôle du juge*, Trav. ass. Capitant 1949, Dalloz, 1950, p. 78.

² L. SILANCE, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, p. 221. *Adde.* Ch. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, p. 417-418 ; C. BLERY, « Les fondements historiques de la motivation des sanctions », *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, G. GUERLIN, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, p. 5 et s.

Les explications historiques sur l'absence de motivation des décisions sont diverses. *cf.* C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 132 ; J. HILAIRE, « Jugement et jurisprudence », *APD*, t. 39, Sirey, 1995, p. 184 ; P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », *La motivation*, Trav. Ass. Capitant, 1998, LGDJ, 2000, p. 5 et s. ; J.-P. ANDRIEUX, *Histoire de la jurisprudence*, Vuibert, 2012, p. 162 et s.

³ Sur la distinction, *cf. supra*, n° 272.

peut contribuer à la sécurité juridique en se conformant aux règles de droit et en expliquant l'application¹. La motivation doit inciter le juge à créer du droit, si besoin est, par voie coutumière plutôt que par voie législative, la voie coutumière étant éminemment préférable en matière de rétroactivité². C'est la raison pour laquelle il convient de traiter de la motivation, afin d'en faire un outil d'élaboration coutumière de la jurisprudence. Le syllogisme judiciaire se révèle alors être d'une grande importance.

512. Le raisonnement du juge comme syllogisme pratique. Que faut-il entendre par syllogisme judiciaire ? On pourrait penser qu'il est question du **raisonnement** que tient le juge, partant d'une règle générale et abstraite, majeure du syllogisme, l'appliquant au cas particulier, mineure de syllogisme, pour en déduire une conséquence, conclusion du syllogisme³. Il est acquis, cependant, que le juge raisonne également de manière inverse, partant de la solution qu'il estime la plus juste pour ensuite établir un syllogisme. Le raisonnement du juge ne s'effectue pas alors sous la forme d'un syllogisme scientifique : le juge n'est pas parti de la règle pour en déduire les conséquences, mais a procédé à la démarche inverse. Un tel raisonnement prend alors la forme de ce qu'on appelle un syllogisme « inversé » ou « régressif » : on ne déduit pas de prémisses une conclusion, mais, à partir d'une solution apparaissant comme la meilleure, seront recherchés les moyens de l'atteindre⁴. En réalité, peu importe la démarche du juge.

513. La rédaction de la décision sous forme de syllogisme. En effet, un tel syllogisme, qui est relatif au raisonnement du juge, nous intéresse peu. La motivation intéresse bien plutôt la **construction** de sa décision. Ainsi convient-il de bien distinguer le raisonnement syllogistique du syllogisme de construction⁵. Le

¹ L'histoire de la motivation le montre également. Au cours des Etats généraux de 1560 et de 1614, la noblesse et la bourgeoisie revendiquaient la motivation des arrêts car « il s'agissait de renforcer la validité et la stabilité des **constructions juridiques** (plus que de la justice), **et par là d'accroître la prévisibilité du droit là où elle apparaissait la plus nécessaire.** » Cf. E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, coll. « Critique du droit », 1985, p. 47.

² Cf. *supra*, n° 279.

³ On doit la figure du syllogisme judiciaire à Duport, corrigé par Garat l'aîné. Cf. not. E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé – Théorie d'une pratique*, PUL, coll. « Critique du droit », 1985, p. 70 : « Pour maintenir la séparation [entre le législatif et le judiciaire], les constituants furent obligés d'imaginer un processus d'application de la loi exempt de toute interprétation : le syllogisme judiciaire. Présenté par Duport, puis corrigé par Garat l'aîné, ce syllogisme plaçait en majeure la loi, en mineure "le rapport particulier du sujet contentieux à la vérité générale", et en conclusion "la déclaration de ce que la loi ordonne du sujet contentieux" ». Sur la différence entre le syllogisme scientifique et le syllogisme pratique, dont relève le jugement, cf. C. MICHON, « L'*epieikeia* aristotélicienne comme *correctif* de la loi », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2011, p. 35 et s.

⁴ Pour un exemple de ce type de raisonnement et son analyse : D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 236, 1994, p. 107 et s. *Adde.* C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 329, 2000, n° 194 et s., p. 118 et s.

⁵ Sur la distinction entre raisonnement syllogistique et syllogisme de construction, cf. Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 89 et s.

syllogisme ne doit pas être perçu comme « une manière de penser mais [comme] une façon de rédiger¹ ». Ce qui importe ici, c'est que, quelle que soit la démarche du juge, le raisonnement apparaisse *in fine* sous la forme d'un syllogisme : soit la norme A, établie sous la forme « si B alors C », or le comportement B, donc l'effet C. Cet effort de formalisation doit permettre au juge de se rendre compte de la distance qu'il prend avec la règle de droit en l'appliquant au cas particulier. C'est, semble-t-il, une bonne garantie afin que la Cour de cassation interprète par voie de doctrine et non par voie d'autorité : « le syllogisme judiciaire représente à la fois le **symbole** de cette limitation et une contrainte **pratique** imposée sur les capacités normatives des juges français². » La formulation de la décision sous la forme d'un syllogisme se justifie d'autant plus qu'elle contribue, « par l'apparence de cohérence et d'impartialité qu'elle confère à la décision, à ce que cette dernière soit mieux comprise et, partant, mieux admise des plaideurs³. »

514. Contenu de la motivation. Il importe donc que la Cour de cassation ne s'épanche pas sur des considérations diverses et variées, tant il est vrai que « la Cour de cassation n'est ni un "auteur" ni un commentateur. Elle rend des arrêts, non des consultations. Il ne lui appartient pas de relayer les débats doctrinaux, dont les argumentaires n'ont pas leur place dans une décision judiciaire. Il suffit que la cour les connaisse⁴. » Une telle motivation permet d'éviter par ailleurs qu'en justifiant la solution par des motifs de politique sociale ou économique la Cour de cassation quitte « la protection de la technique juridique pour s'exposer à une critique parfois mieux informée⁵ » qu'elle ne l'est elle-même.

Par ailleurs, la méthode consistant à exposer et discuter l'ensemble des arguments évoqués dans la résolution du litige, afin de convaincre les parties, nous paraît devoir être rejetée en ce qu'elle affaiblit la décision, nuit à sa clarté⁶ et surtout est relativement inutile pour comprendre réellement ce qui a été décidé par le juge. En effet, face à une liste A d'arguments, et face à une liste B, il n'est pas

¹ Ph. THERY, « Observations conclusives », *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, G. GUERLIN, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, n° 24, p. 231.

² M. LASSER, « Les modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD civ.* 2006, p. 694, 1^{er} col. *Adde.* G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Sirey, 1929, n° 2, p. 12 ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, n° 49, p. 48.

³ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 90.

⁴ B. HATOUX, *BICC*, n° 353, 1^{er} oct. 1992, p. 21-22, cité par D. TRICOT, « L'interrogation sur "la jurisprudence aujourd'hui" », *RTD Civ.* 1993, p. 88.

⁵ H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 60-61.

⁶ P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges P. Couzinet*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1974, p. 347 : « l'expérience anglaise montre [...] que la richesse de ces considérations doctrinales trouble le débat et rend insaisissables les assises de la décision. »

toujours évident de dire pourquoi la liste A a été préférée ; le choix peut être purement circonstanciel¹. Le modèle ne serait efficace que si le juge avait les moyens de contester les arguments de la liste B, ce qui revient à dire que cette liste est inutile, et donc que la solution a quelque peu les traits de l'évidence². Est-il nécessaire de rappeler des évidences dans un arrêt ?

De plus, présenter l'ensemble des arguments et chercher à les contester viendrait brouiller la limite qui existe entre le délibéré et la motivation. Le délibéré, soumis au secret, a pour but de permettre le débat entre les juges des différents arguments en présence. Or, la motivation n'a évidemment pas pour fonction de faire état de ce délibéré, puisqu'il est soumis au secret. La motivation a pour fonction, une fois la décision prise, de la rendre acceptable. Ainsi a-t-on pu écrire à propos du droit pénal que « la motivation ne consiste pas à "reconstituer un processus intellectuel dans le chef des jurés, mais [à] dire pourquoi l'accusé doit être considéré comme coupable et doit être condamnée à une telle peine"³. » C'est pourquoi il ne nous paraît pas nécessaire de faire état de tous les arguments en présence : seuls ceux qui justifient la solution, ceux qui permettent de comprendre l'interprétation faite de la règle de droit doivent apparaître⁴. Cela est d'ailleurs suffisant tant pour fonder la solution que pour permettre de la discuter.

515. Conclusion. La motivation des arrêts de la Cour de cassation doit avoir pour finalité de justifier l'application à l'espèce d'une règle de droit. Une telle finalité est servie par la rédaction sous forme de syllogisme, laquelle devrait encourager la création jurisprudentielle par petites touches plutôt que de manière législative, création dont on sait qu'elle peut ne pas être rétroactive. Dès lors, les contraintes rédactionnelles pesant actuellement sur la Cour de cassation paraissent justifiées et devraient être maintenues.

¹ En ce sens : D. TRICOT, « L'interrogation sur "la jurisprudence aujourd'hui" », *RTD Civ.* 1993, p. 88 : « la marge est étroite entre la motivation obligatoire (art. 455 CPC) et l'explication facultative qui renverrait à une justification contestable lorsque la Cour suprême fait un choix entre deux ou plusieurs thèses exclusives les unes des autres mais néanmoins fondées. »

² L'argument mériterait d'être nuancé, le droit français semblant proposer un contre exemple dans l'arrêt *Jand'heur* (Cass. Ch. réun., 13 févr. 1930, *GAJC*, n° 199, p. 381 et s.) puisque selon M. Malaurie, « contrairement à l'habitude, l'arrêt répond à tous les arguments opposés en la cause et comporte des motifs explicites, afin de mettre un terme à des débats antérieurs. » Cf. Ph. MALAURIE, « La Cour de cassation au XXème siècle », *Rapport annuel* 1999, p. 23.

³ M. van de KERCHOVE, « Les fondements philosophiques de la motivation des sanctions », *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, G. GUERLIN, Dalloz, coll. *L'esprit du droit*, 2013, n° 6, p. 27, citant le Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par MM. DELPEREE et VAN PARYS, *Doc. parl.*, Sénat 2008-2009, n° 4-924/4, p. 35.

⁴ En ce sens, pourrait être retenue la proposition n° 6 du *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avril 2012, p. 29 : « Indiquer la méthode d'interprétation (référence aux travaux préparatoires ; par analogie ; portée utile ou raisonnement téléologique ; etc.) par laquelle la juridiction explicite la portée d'une règle de droit. » Le rapport précise auparavant, p. 29, que « ces explications ne doivent pas conduire à un exposé théorique sur la place ou la fonction de la norme, sur le rôle du juge, ou sur les méthodes d'interprétation. »

B. Le maintien des contraintes rédactionnelles

516. Brièveté de la motivation et clarté de la décision. Concrètement, la volonté d'orienter la motivation vers la rédaction d'un syllogisme invite à ne pas abandonner les différentes contraintes rédactionnelles imposées au juge. Parmi celles-ci, la brièveté de la motivation doit être examinée. La motivation devant montrer en quoi la décision de la Cour de cassation applique le droit positif ou cherche à l'améliorer, de longs développements ne s'imposent aucunement. Au contraire, le souci de clarté devrait inviter à une motivation relativement brève. Un auteur pose à ce sujet la question rhétorique suivante : « qu'est-ce qui est plus clair : une motivation longue, redondante, dubitative et, à la limite, alambiquée ou une motivation brève et tranchante¹ ? » Si la critique de l'obscurité de la motivation des arrêts de la Cour de cassation est relativement récurrente, et la comparaison souvent faite avec un passé plus enviable², personne ne souhaite cependant le passage à une motivation longue à l'anglo-saxonne³, et la brièveté a ses défenseurs⁴.

517. Brièveté et prudence du juge. La brièveté peut également être facteur de sécurité juridique lorsqu'elle prend la forme d'un certain laconisme. En effet, « ce laconisme ne participe-t-il pas lui aussi (en ce qu'il traduit la prudence du juge qui ne peut encore préjuger des effets indirects de sa position nouvelle, et qui n'est peut-être pas en mesure de dire ce qu'il décidera dans une affaire voisine

¹ H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », *Liber amicorum offert à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 196.

² Cf. notamment : R. DEMOGUE, *Les Notions Fondamentales du Droit privé. Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001, p. 220 : « La Cour de cassation a été moins bien inspirée en faisant un certain emploi de la loi de l'économie des moyens (...). Peut-être une bonne technique de la jurisprudence s'accommoderait-elle plus facilement du procédé opposé, car en donnant à toute question soulevée la solution qu'elle comporte, la Cour enrichirait ainsi la collection des cas tranchés et donnerait d'heureuses certitudes. » ; A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487 et s., spéc. note 15 bis, p. 490 : « Les arrêts [de la Chambre criminelle] de la période du Second Empire jusqu'aux environs des années 1880 dénotent une conception différente de celle qui prévaut actuellement, conception qui manifeste un soin particulier dans la motivation confinant même à l'explication comme si la Cour avait été inspirée par le désir d'emporter la conviction » et note 29, p. 493 : « La difficulté de pénétrer une décision si l'on n'est pas "initié" est telle qu'un conseiller à la Cour de cassation peut se surprendre à dire à un autre : "Vous ne pouvez pas comprendre cette décision puisque vous ne participiez pas au délibéré". » ; F. ROME, « Autres présidents, autre lettre... », *D.* 2007, p. 1713 : « la question cruciale de la motivation des arrêts doit être posée. Après les décisions souvent didactiques du XIX^e (au style paraissant aujourd'hui fleuri), après les motivations plus sobres du XX^e, le XXI^e siècle semble s'engager sous le signe d'un laconisme confinant souvent à l'hermétisme, au point que la plupart des arrêts requièrent désormais un arsenal instrumentaire de complément (sommaire au Bulletin, moyens annexés, voire Rapport et communiqués de la Cour elle-même), sans lesquels sens et portée sont l'objet de plus de conjectures que d'enseignements. » ; F. BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation. De L'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003.

³ A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, n° 19, p. 504-505 ; T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2009, n° 136, p. 254-255.

⁴ A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Université des sciences sociales, 1975, p. 7 et s. ; H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », *Liber amicorum offert à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181 et s.

mais non identique) de la sécurité juridique¹ ? » Le laconisme du juge lui évite ainsi de s'aventurer trop avant dans un sentier jurisprudentiel pourtant semé d'embûches. Il semble qu'il vaille mieux laisser planer le doute sur une solution pendant un certain temps, plutôt que de l'affirmer clairement et d'être contraint par la suite d'opérer un revirement. De deux insécurités juridiques, il faut choisir celle qui ne fait pas naître des espoirs risquant d'être déçus, un flou temporaire paraissant préférable à une claire certitude remise en cause ultérieurement.

518. Brièveté et humilité du juge. En fait de brièveté, il est enfin possible de parler de sobriété, dont l'éloge a été fait par le professeur Malaurie : « La sobriété est la sœur jumelle de la modestie, parce qu'elle est la simplicité, la modération, la mesure, la réserve, et même le bon sens [...]. Pas un mot de trop, pas de recherche de l'effet : le contraire de l'ivresse, c'est aussi l'étymologie qui l'enseigne, de l'ivresse de soi, de l'ivresse de la pensée, de l'ivresse des lois². » La brièveté est ainsi au service de la motivation sous la forme syllogistique, en ce qu'elle rappelle au juge qu'il lui incombe principalement de résoudre un litige, non de faire part de ses tergiversations aux justiciables ou de légiférer.

519. Utilité de la phrase unique. Avec la brièveté, la phrase unique semble également devoir être conservée³. Comme a pu le rappeler Breton, « la phrase unique a l'avantage d'appeler constamment l'attention du rédacteur de l'arrêt sur le fait qu'il ne doit dire que ce qui conduit à la décision qu'il va prendre. Il freine chez lui la tentation – sans toujours être assez fort pour l'empêcher d'y céder – de parler à côté de la question et de se livrer à des digressions⁴. » Un éminent publiciste faisait le même constat : « le système de la phrase unique a évidemment pour lui, outre l'élégance des décisions ainsi construites, le caractère de solidité et de cohérence qu'il donne à la décision ; en particulier, il met en évidence l'accord qui existe entre motifs et dispositif, le second apparaissant comme la conséquence logique des premiers ; enfin, il favorise certainement une rédaction des arrêts précise et méthodique⁵. » Tout comme la brièveté donc, la

¹ M. BORGETTO, A. GARAPON, V. HEUZE *et alii* (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 32.

² Ph. MALAURIE, « La sobriété », *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, Lextenso éditions, 2012, p. 599.

³ L'abandon pourrait cependant avoir lieu au Conseil d'Etat : cf. *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avril 2012, proposition 14, p. 42, qui en rappelle néanmoins les avantages p. 38.

⁴ A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Université des sciences sociales, 1975, p. 25.

⁵ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 86.

phrase unique rejoint l'exigence de clarté et de cohérence véhiculées par le syllogisme judiciaire.

520. Maintien des attendus. En ce sens, il est également permis de penser que le maintien des attendus est souhaitable. Ainsi que l'expose M. Chartier, « ces attendus [...] ont l'avantage essentiel d'imposer une grande rigueur dans le raisonnement. Alors que la forme littéraire permet de prendre le chemin de l'écolier, d'emprunter des voies de traverse, les attendus obligent la pensée à s'ordonner, à se maîtriser ; ils exigent la précision¹. » Le maintien des attendus rejoint donc le même objectif que la brièveté et la phrase unique : il convient que le juge fasse preuve de rigueur, dans un souci de sécurité juridique relevant ici de la clarté et de la cohérence interne des décisions.

521. Le visa. Enfin, si l'article 1020 du Code de procédure civile dispose que « l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée », rien n'empêche la Cour de cassation de chercher à viser une règle de droit pour les arrêts de rejet. Il ne s'agit pas à proprement parler de l'amélioration de la motivation, mais un tel effort peut participer d'un souci de pédagogie. Une pratique de la Cour de cassation pourrait s'inscrire en ce sens, sans qu'une réforme de l'article 1020 soit nécessaire². Il en irait de même pour l'amélioration de la motivation en général.

C. L'absence de réforme textuelle

522. L'absence de proposition de réformes des sources écrites. Au terme de cette brève étude de la motivation, il apparaît que, formellement, aucun changement n'est nécessaire. La seule réforme à faire tient au contenu même de la motivation aucune des contraintes formelles actuelles ne devant être changées.

Faut-il alors envisager une réforme, en créant des textes à l'attention des membres de la Cour de cassation³ ? Ce serait mal percevoir la source du problème

¹ Y. CHARTIER, « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *Mélanges offerts à P. Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 277. *Adde.* sur l'intérêt de la phrase unique et des attendus : F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, n° 51 et s., p. 107 et s.

² Sur la question, *cf.* A. PERDRIAU, « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP* 1995, I, 3866. *Adde.* P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 1999, n° 369 et s., p. 320 et s., spéc. n° 372, p. 322 pour les arrêts de rejet.

³ La réforme toucherait l'article 455 du Code de procédure civile selon lequel « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé.

Il énonce la décision sous forme de dispositif. »

qui réside avant tout dans la pratique et le bon vouloir des magistrats. La preuve en est que la motivation des juges a évolué sans que les textes ne changent¹. Il est donc tout à fait inutile de légiférer sur ce point et l'on ne voit pas bien l'intérêt d'écrire une disposition invitant en substance le juge à motiver correctement sa décision puisque cela tombe sous le sens à partir du moment où il est invité à motiver. Il ne faut souhaiter qu'une chose : que le juge entende les reproches ou louanges doctrinaux afin qu'il perçoive de quelle motivation la pratique et le justiciable ont besoin.

523. Conclusion de la section. En définitive, les seules véritables améliorations à opérer sont celles tenant à l'accès aux travaux préparatoires et au contenu de la motivation. Ni les opinions séparées ni la procédure de l'*amicus curiae* ne semblent devoir être introduites en droit français, afin de préserver la sécurité juridique et la complémentarité entre le juge et le législateur. Cette complémentarité justifie également que ne soit pas créée une lettre spéciale indiquant que tel ou tel arrêt de la Cour de cassation est un revirement de jurisprudence. Le système de publication des arrêts doit ainsi être maintenu, en particulier si le référé-suggestion est adopté. Son adoption justifierait également l'indemnisation du perdant.

Section 3 – La perfection de l'ordre juridique : l'indemnisation du perdant

524. Eviction de la prescription. En matière de lutte contre les effets néfastes de la rétroactivité jurisprudentielle, l'ordre juridique a déjà été quelque peu amélioré avec la réforme de la prescription. En effet, la volonté d'instaurer un délai plus bref de prescription permet de limiter le temps pendant lequel une

La jurisprudence est venue préciser que la motivation doit être suffisante et en langue française. Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 31^e éd., 2012, n° 1051, p. 729, et Cass. 2^e civ., 11 janv. 1989, n° 87-13.860, *Bull. civ.*, n° 11, *RTD civ.* 1989, p. 619 et s., R. PERROT, arrêt qui vise l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539. Il est arrivé que la Cour de cassation sanctionne des motivations fantaisistes ou faites en termes injurieux : Cass. 2^e Civ., 18 juin 1997, n° 95-20.652 ; Cass. 2^e Civ., 14 sept. 2006, n° 04-20.524, *Bull. civ.* n° 222. La Cour de cassation s'est alors fondée sur l'exigence d'impartialité (arrêt de 2006, violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme) ou l'interdiction de statuer par des considérations générales sans lien avec les faits de l'espèce (arrêt de 1997, bien que le visa concerne les troubles anormaux du voisinage. La cassation fut prononcée pour manque de base légale).

¹ Sur cette évolution, son explication et sa critique : F. BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation. De L'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003. Adde. F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979, n° 52, p. 109 montrant que le changement d'auteur de la motivation suffit à la modifier.

contestation peut être initiée. La prescription permet donc de bloquer une fois pour toute une situation, peu important alors qu'un revirement survienne puisque le justiciable ne pourra agir pour profiter de la nouvelle solution rétroactive. Une réforme ayant été opérée récemment, il n'est pas utile de revenir sur ce point, une autre réforme d'ensemble étant actuellement peu probable¹.

En revanche, il nous appartient de développer un moyen nécessaire pour accompagner la réforme du référé-suggestion, à savoir l'indemnisation du perdant dans certaines espèces bien particulières. Il convient d'aborder trois points si l'on souhaite que la partie lésée obtienne une indemnisation : le créancier de l'indemnisation, à savoir le perdant (§ 1), l'ordonnateur de l'indemnisation, à savoir la Cour de cassation (§ 2) et enfin, le débiteur de l'indemnisation, à savoir un fonds d'indemnisation (§ 3).

§ 1. Le créancier de l'indemnisation : définition du perdant

525. Les cas d'indemnisation du perdant. Théoriquement, le plaideur pourrait être indemnisé dans deux cas de figure, soit qu'il ait été victime d'un revirement de jurisprudence que les juges ont cru bon d'opérer, soit qu'il ait été la victime d'un arrêt rendu de manière ouvertement injuste, mais dans le but de sauvegarder la sécurité juridique. Dans les deux cas une partie est sacrifiée, soit à cause d'un revirement, soit à cause du refus d'un tel revirement. Dans le cadre de notre sujet, ce second cas est celui d'un arrêt rendu juste avant la formation d'un référé-suggestion. En effet, le juge reconnaît dans ce cas que la solution est injuste (puisqu'il forme un référé-suggestion ensuite), mais, au nom de la sécurité juridique, n'a pas voulu opérer de revirement de jurisprudence.

En effet, si le référé-suggestion devait être mis en place, il aboutirait à demander à la Cour de cassation de continuer à rendre des solutions injustes, afin de respecter le droit positif et de ne pas opérer de revirement en attendant que la réforme survienne². La sauvegarde de la sécurité juridique pourrait paraître chèrement payée pour le justiciable qui échoue, alors que la formulation d'un

¹ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. Sur cette réforme, v. not. B. FAUVARQUE-COSSON, J. FRANÇOIS, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512 et s. ; Ph. MALAURIE, « La réforme de la prescription civile », *JCP* 2009, I, 134 ; C. BRENNER, H. LECUYER, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, n° 1169 et n° 1197 ; Ph. CASSON, « Le nouveau régime de la prescription », *La réforme de la prescription en matière civile. Le chaos enfin régulé ?*, dir. Ph. CASSON, Ph. PIERRE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 25 et s. *Adde.*, concernant plus spécifiquement la prescription et la rétroactivité de la jurisprudence, les remarques de X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, n° 13, p. 682-683.

² Si la réforme législative ne survient pas et que la Cour de cassation estime la situation intenable, libre à elle d'opérer un revirement. Il importe donc que le Gouvernement motive de manière pertinente son avis négatif afin que la Cour de cassation comprenne pourquoi une réforme ne sera pas engagée et qu'ainsi un revirement soit évité.

référé-suggestion manifesterait qu'il avait pourtant raison de plaider le revirement. Reste donc à envisager *in fine* l'indemnisation de ce plaideur, afin que la justice ne soit pas complètement écartée au profit uniquement de la sécurité juridique¹.

526. L'absence d'indemnisation du perdant en cas de revirement rétroactif. Les deux situations, revirement ou refus d'opérer un revirement, sont-elles similaires ? Assurément non, puisque dans le cas du revirement, la règle la plus juste, qui est estimée la meilleure, profite au plaideur. Seule la sécurité juridique est atteinte. Il est vrai que c'est la sécurité juridique de toute une catégorie de plaideurs qui est atteinte. Il faudrait alors envisager d'indemniser tous ceux qui perdront leur procès à cause du revirement². Situation pour le moins schizophrénique : pourquoi indemniser des personnes qui n'ont pas eu la conduite la plus juste ? Parce qu'ils seraient victimes d'une atteinte à la sécurité juridique qui leur serait due ? Si l'on décide d'indemniser, c'est que l'on considère que le revirement n'est pas si justifié que cela, que les inconvénients l'emportent sur les avantages : la sécurité juridique devrait l'emporter sur la justice. Mais, alors, la Cour de cassation aurait dû utiliser la procédure du référé-suggestion ou ne pas revirer. Si elle n'a retenu aucune de ces deux options, c'est-à-dire si elle a choisi malgré tout d'opérer un revirement rétroactif, c'est qu'elle n'a pas jugé l'atteinte à la sécurité juridique intolérable. L'impératif de justice l'emporte alors sur celui de la sécurité juridique, et aucune indemnisation n'est à accorder.

Par conséquent, seule la partie qui s'entend dire qu'elle a raison, mais trop tôt, mérite d'être indemnisée. C'est donc la partie qui subit une décision précédant un référé-suggestion qui doit pouvoir être indemnisée. La sécurité juridique est préservée, mais au prix d'une injustice peu justifiable. Il convient d'accorder une indemnisation au plaideur sacrifié sur l'autel de la sécurité juridique.

527. L'absence d'originalité de l'indemnisation. Une seule partie pourrait donc bénéficier de cette procédure d'indemnisation, celle qui perd son procès, lequel a déclenché la procédure du référé-suggestion. La solution ne serait

¹ Cette indemnisation a également été envisagée par D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012, n^{os} 1439, p. 495 et s. ; J. MONEGER, « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTD civ.* 2005, p. 323 et s., spéc. p. 328.

² Situation qui semble avoir les faveurs de M. Monéger. Cf. J. MONEGER, « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTD civ.* 2005, p. 328 : « Le problème à résoudre est [...] de savoir qui paiera les conséquences du revirement inéluctable dans l'intérêt général. Sans doute, la tentation est grande de faire supporter aux grandes sociétés, aux compagnies d'assurance les coûts éventuels de l'évolution et du revirement jurisprudentiel, mais il est plus qu'incertain que cela soit conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'atteinte ne serait-elle pas jugée disproportionnée ? Il faut alors imaginer qu'un fonds d'indemnisation, existant ou à créer, reçoive compétence pour réparer la perte individuelle subie au profit de l'intérêt général. ».

d'ailleurs pas révolutionnaire : « si l'on a admis qu'un automobiliste blessé par un conducteur inconnu¹, qu'un chasseur atteint d'une balle égarée², qu'un ouvrier malade de l'amiante³, qu'un patient atteint d'une maladie nosocomiale⁴, qu'un patient contaminé lors d'une transfusion⁵, que le client d'une assurance devenue insolvable⁶, qu'un particulier victime de risques miniers ou technologiques⁷, qu'une personne victime d'actes de terrorisme ou d'autres infractions⁸, puisse bénéficier de la compassion de la collectivité, **il doit en être de même** pour le plaideur, victime d'une décision intermédiaire défavorable et ultérieurement reconnue inadéquate sans même que la responsabilité du juge ou de l'Etat n'ait à être abordée⁹. »

528. Personnes pouvant être indemnisées. Pourraient éventuellement bénéficier de cette indemnisation les justiciables dont l'affaire relève du même domaine. Ainsi, pour toutes les situations constituées avant la publication du référé-suggestion¹⁰, la Cour de cassation peut décider d'indemniser les plaideurs qui perdent leur procès mais dont il est reconnu qu'une telle défaite est injuste, puisqu'il a été demandé au législateur de changer la règle fondant la condamnation.

Si l'avis est positif, c'est-à-dire si le Gouvernement décide qu'une réforme est nécessaire, la Cour de cassation peut décider d'indemniser tous les perdants dont la situation est constituée avant l'entrée en vigueur de la future ordonnance ou du futur décret.

Si l'avis est négatif, c'est-à-dire si le Gouvernement estime qu'une réforme n'est pas nécessaire et donc que le référé ne doit pas être suivi d'effets, la Cour de cassation n'aura pas à indemniser les plaideurs. Soit elle est convaincue par les arguments du Gouvernement, et la solution doit être maintenue sans qu'il y ait de raison d'indemniser qui que ce soit, soit elle opérera un revirement rétroactif.

¹ Loi du 31 déc. 1951 instituant le fonds de garantie automobile devenu le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage.

² Loi n° 66-497 du 11 juill. 1966 et décret n° 68-170 du 19 févr. 1968. V. art. L. 421-1 et s. et R. 421-1 et s. C. ass.

³ Art. 53, loi du 20 déc. 2000 sur le financement de la sécurité sociale et décret n° 2001-963 du 23 oct. 2001 instaurant le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante.

⁴ Art. L. 1142-1 C. sant. publ.

⁵ Loi n° 91-1406 du 31 déc. 1991 ; décret n° 92-183 du 26 févr. 1992, n° 92-759 du 31 juill. 1992, n° 93-906 du 12 juill. 1993 sur le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH.

⁶ Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 sur l'épargne et la sécurité financière.

⁷ Loi n° 2003-699 du 30 juill. 2003 et décret n° 2005-1130 du 7 sept. 2005 instituant une garantie contre les risques technologiques.

⁸ Loi n° 90-589 du 6 juill. 1990 instituant le fonds de garantie des actes de terrorisme et d'autres infractions.

⁹ J. JUNILLON, « Un fonds de garantie pour la justice civile ? », *Justice et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme procédural. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 129.

¹⁰ Cf. *supra*, n° 478. Après cette publication les justiciables savent que la règle peut changer : il n'y a donc pas lieu de les indemniser.

Enfin, que faire si une ou plusieurs parties ont déjà été indemnisées, et que le référé-suggestion est suivi d'un avis négatif de la part du Gouvernement¹ ? Il nous semble que les sommes reçues devraient être remboursées par moitié, sur décision de la Cour de cassation, si la elle a été convaincue par la motivation de l'avis gouvernemental². Ce système entend clairement « couper la poire en deux ». D'un côté, on ne voit pas pourquoi les bénéficiaires pourraient garder une somme visant à compenser une injustice que somme toute la Cour de cassation, après réception de l'avis négatif, estime supportable. D'un autre côté, puisqu'il y a quand même eu un doute sur la pertinence de la règle, il ne faudrait pas que ce « revirement indemnitaire » exalte le sentiment de frustration du justiciable ayant pu bénéficier légitimement pendant un temps d'une indemnisation. C'est pourquoi il paraît raisonnable d'exiger un remboursement de moitié de la somme perçue, cette possibilité de remboursement étant mentionnée dans la décision accordant l'indemnisation³. Décision qui dépend de la Cour de cassation.

§ 2. L'ordonnateur de l'indemnisation : la Cour de cassation

529. La Cour de cassation. Qui doit décider d'indemniser ? En réalité, le choix d'indemniser ou non est fortement limité, puisque cette indemnisation n'est justifiée que lorsque la Cour de cassation rend un arrêt qui sera suivi ou a été précédé d'un référé-suggestion. C'est donc à la Cour de cassation de dire s'il est nécessaire d'indemniser le perdant. Elle pourra inscrire dans le dispositif de la décision rendue une mention permettant au plaideur, une fois qu'il aura reçu l'arrêt, de le présenter au fonds d'indemnisation, qui devra dès lors prendre sa requête en compte.

§ 3. Le débiteur de l'indemnisation : un fonds d'indemnisation

530. Un fonds plutôt que l'Etat. La charge d'indemniser est laissée aux soins d'un fonds d'indemnisation. L'intervention d'un fonds nous semble justifiée à deux égards puisque d'une part l'intervention d'un fonds s'avère légitime et que d'autre part la responsabilité de l'Etat ne paraît pas devoir être retenue. En premier lieu, quant à la légitimité de l'intervention d'un fonds, l'indemnisation par un

¹ L'hypothèse devrait être rare en pratique eu égard aux brefs délais imposés au Gouvernement.

² Le fonds d'indemnisation mentionné *infra* étant chargé d'obtenir ce remboursement.

³ Ces précisions pourraient constituer un article LO 471-2 du titre VII du Code de l'organisation judiciaire intitulé « Suggestions au gouvernement », créé pour mettre en œuvre le référé-suggestion du côté de la Cour de cassation et comprenant jusque là un article unique.

fonds peut survenir lorsqu'il « est des situations où l'éthique sociale commande de faire bénéficier d'un dispositif d'indemnisation les victimes d'un dommage, soit parce qu'elles ne disposent d'aucune autre voie d'indemnisation, soit en raison des difficultés liées à l'exercice du droit de la responsabilité¹. » Or, les justiciables ne peuvent être actuellement indemnisés en cas d'absence de revirement pourtant souhaitable pour changer une règle de droit injuste. L'intervention d'un fonds paraît donc légitime. Ne serait-il pas alors possible, en second lieu, d'imaginer le recours à une responsabilité sans faute de l'Etat ? D'autant plus que les deux mécanismes, indemnisation et responsabilité de l'Etat, sont extrêmement proches, au point d'être parfois confondus² ? La mise en place d'un fonds d'indemnisation paraît cependant préférable, l'avantage du fonds résidant dans la séparation qu'il opère avec toute idée de responsabilité, fût-elle sans faute : c'est la vertu pacificatrice du fonds qui est ici recherchée. Parler de responsabilité pour les situations envisagées paraît d'ailleurs abusif. Il ne faut pas que le perdant estime avoir droit à la réparation d'un préjudice qui n'est que la conséquence d'un ensemble de causes dont on serait bien en peine d'identifier un responsable : comme tout un chacun, il subit le poids de la vie en société et les dysfonctionnements des institutions mises en place. Il s'agit de lui donner une indemnisation, non une réparation. Cet objectif permet de délimiter le montant de l'indemnisation.

531. Le montant de l'indemnisation. Si la Cour de cassation donne l'ordre de payer, c'est au fonds qu'il appartient de déterminer librement le montant de la somme à allouer³. Il ne s'agit pas de réparer uniquement et automatiquement le préjudice initialement subi par le perdant (par exemple il n'est pas nécessaire de lui allouer les sommes demandées lors du procès), ni d'indemniser uniquement le préjudice constitué par le refus de la Cour de cassation d'accéder à sa demande. Le fonds pourrait très bien prendre en compte les deux, le préjudice initial non réparé et l'injustice causée par le refus de la Cour de cassation de prendre un arrêt apériteur, d'où résulte un préjudice moral. On comprend alors que le principe de réparation intégrale n'est pas de rigueur⁴. Il ne s'agit pas non plus de récompenser

¹ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité civile et les fonds d'indemnisation*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 548, 2013, n° 396, p. 271-272.

² Sur ce point, cf. J. KNETSCH, thèse préc., n° 348, p. 234-235.

³ Quitte à prévoir un recours pour le justiciable qui refuserait ce montant devant la cour d'appel de Paris.

⁴ Ce qui est par ailleurs relativement fréquent quand il est question de fonds d'indemnisation et de responsabilité civile. Cf. J. KNETSCH, thèse préc., n° 677, point 12, p. 500-501 : « Le droit des fonds d'indemnisation connaît différentes dérogations au principe de réparation intégrale qui régit la responsabilité civile. Ce constat ne traduit pas nécessairement une défaillance des régimes spéciaux, lesquels appréhendent des dommages pouvant, en partie seulement, être appréhendés par le droit commun de la responsabilité. La variabilité du niveau d'indemnisation peut s'expliquer

le plaideur qui aura permis de faire prendre conscience au juge des lacunes du droit positif. Le fondement d'une telle indemnisation réside bien plus dans l'« injustice » subie par le justiciable qui se voit refuser l'application de la « bonne » règle ; injustice qui n'a en théorie pas de responsable et n'est donc qu'un désagrément, puisqu'elle relève de l'imperfection de toute institution humaine et d'un compromis recherché entre la sécurité juridique et la justice. Puisque le choix est fait pour le bien de tous, dans ce cas, de faire primer la sécurité juridique, il ne paraît toutefois pas aberrant d'indemniser le justiciable avec lequel tout le monde est d'accord pour admettre que la solution est injuste.

532. L'absence de création d'un nouveau fonds. Est-il nécessaire de créer un nouveau fonds ? Une telle création ne semble pas s'imposer, eu égard à la rareté des cas qui devraient être soumis au fonds. Une extension des prérogatives, ainsi que du nom, du *fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme ainsi que d'autres infractions* paraît possible. La composition en personnel de ce fonds, qui s'appellerait alors *fonds d'indemnisation des victimes d'infractions et d'indemnisation équitable*, est pleinement satisfaisante pour résoudre le problème qui nous préoccupe. Et ce, quand bien même on déciderait d'étendre le référé-suggestion et la procédure d'indemnisation au Conseil d'Etat¹.

Il est utile de souligner qu'il est prévu par l'article R. 422-1 du Code des assurances que « le conseil d'administration se réunit sur convocation de son président aussi souvent que l'intérêt des victimes l'exige et au moins une fois par trimestre. » Cette souplesse nous paraît tout à fait opportune. De même, le mode de financement fondé sur les primes d'assurance des biens n'apparaît pas dirimant, et

notamment par le modèle de la gradation des "responsabilité collectives" sur lequel repose la notion d'indemnisation sociale. »

¹ Art. R. 422-1 Code des assurances : un tel fonds est géré par un conseil d'administration composé, notamment, de : « 1° Un président nommé par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et des finances et du Garde des sceaux, ministre de la justice, parmi les membres en activité ou honoraires du Conseil d'Etat ayant au moins atteint le grade de conseiller d'Etat ou parmi les membres en activité ou honoraires de la Cour de cassation ayant au moins atteint le grade de conseiller ou d'avocat général ; 2° Un représentant du ministre chargé de l'économie et des finances, nommé par arrêté ; 3° Un représentant du ministre de la justice, nommé par arrêté ; 4° Un représentant du ministre de l'intérieur, nommé par arrêté ; 5° Un représentant du ministre chargé de la sécurité sociale, nommé par arrêté ; 6° Trois personnes ayant manifesté leur intérêt pour les victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, nommées par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et des finances, du ministre de la justice, du ministre de l'intérieur et du ministre chargé de la sécurité sociale ; 7° Un professionnel du secteur de l'assurance, nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances. » Hormis les trois personnes énoncées au 6°, les autres membres sont tout à fait compétents pour s'accorder sur la somme à verser. Peut-être pourrait-on nommer un vice-président, choisi parmi la juridiction dont n'émane pas le président, selon la même procédure de nomination que celle du président.

il est tout à fait envisageable, sinon, d'imaginer une dotation spécifique provenant de l'Etat¹.

533. Conclusion de la section. La mise en place d'une procédure d'indemnisation pourrait donc être envisagée au bénéfice de la partie qui se voit sciemment appliquer une solution injuste dont on espère qu'elle disparaîtra suite à un référé-suggestion. C'est à la Cour de cassation de décider d'allouer la somme ou non, tout comme c'est à elle de décider son remboursement par moitié ou non si l'avis rendu suite au référé-suggestion est négatif. Un fonds est alors chargé tant de verser la somme que de la récupérer.

¹ Tel est le cas pour l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales pour l'indemnisation particulière des dommages causés par des vaccinations obligatoires. Art. L. 1142-23 al. 2, 5° C. sant. publ.

Conclusion du Chapitre

534. Pour permettre au juge de s'exprimer, de proposer une réforme souhaitable sans passer par un arrêt apéritif ou un arrêt de règlement, devrait être mis en place le référé-suggestion, notamment grâce à trois textes :

l'alinéa 5 de l'article 21 de la Constitution :

« Le Premier ministre est saisi des suggestions de modifications réglementaires ou législatives par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Il en présente le contenu au conseil des ministres suivant la réception de la suggestion, il informe les deux juridictions de la réception de la suggestion. Dans le mois suivant la tenue de ce conseil il adresse un avis positif ou négatif aux deux juridictions.

En cas d'avis positif, si la réforme relève du domaine législatif, la procédure suivie sera celle de l'article 38, sauf décision contraire du Gouvernement.

En cas d'avis négatif, celui-ci est motivé et la juridiction à l'origine de la suggestion ne peut la formuler à nouveau avant le délai d'un an à compter de sa réception.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique. »

l'article LO 471-1 du titre VII du Code de l'organisation judiciaire intitulé « Suggestions au gouvernement » :

« En cas de nécessité impérieuse d'obtenir la modification ou la création d'une règle de droit, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation peut adresser une suggestion de réforme au Premier ministre si une telle modification ou création ne peut être opportunément obtenue par voie jurisprudentielle pour des raisons de sécurité juridique. »

Le nouvel article 4 du Code civil, intégrant l'actuel article 5¹ :

« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. – Cependant, il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire serait-ce pour combler le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. »

¹ L'article 6 actuel devenant l'article 5 et l'article 6-1 l'article 6.

En outre, afin que la complémentarité entre la loi et le juge soit sauvegardée, ainsi que la sécurité juridique, ne nous paraissent pas devoir être accueillies les opinions séparées et l'*amicus curiæ*. La méthode de publication des arrêts de la Cour de cassation doit être maintenue, et leur motivation certainement améliorée, afin que le juge montre exactement en quoi il applique la règle de droit ou la corrige au cas par cas.

Enfin, une procédure d'indemnisation pourrait être mise en place afin que les plaideurs qui se voient appliquer une règle reconnue injuste, car ayant fait l'objet d'un référé-suggestion, puissent recevoir une compensation. La justice ne serait ainsi pas sacrifiée sur l'autel de la sécurité juridique.

CONCLUSION DU TITRE

535. Afin de savoir s'il convenait d'opter pour le rétablissement des arrêts de règlement et/ou du référé législatif, ont été présentés les fondements d'un ordre juridique que nous estimons idéal. La démocratie s'avère être utile afin de pouvoir changer pacifiquement de gouvernants. Le problème est alors d'éviter le danger de la démagogie, de l'élu qui cherche avant tout sa réélection et non l'édiction de règles justes, conformes au bien commun. La solution adéquate semble être fournie par le libéralisme qui se méfie du droit venu d'en haut, de la loi, au profit de la coutume, *lato sensu*, c'est-à-dire le droit spontané et la jurisprudence. La loi est nécessaire, mais elle ne doit pas tout faire. Une complémentarité doit donc être mise en œuvre entre la coutume et la loi qui est censée la révéler, la mettre en forme, la poser.

Par conséquent l'arrêt de règlement nous a paru devoir être rejeté, en ce qu'il aboutissait à conférer le pouvoir de légiférer à des personnes ne pouvant être remplacée par le jeu de l'élection. La Cour de cassation doit conserver sa fonction actuelle, fonction combinant un pouvoir disciplinaire et un pouvoir normatif, fonction pour laquelle elle est irremplaçable.

Cependant, pour ne pas laisser le juge dénué de tout moyen d'action lorsqu'il est confronté à une règle injuste, pour éviter qu'il n'ait d'autre choix que de rendre un arrêt apériteur à grands frais, il faudrait consentir à lui permettre de faire part, d'une manière officielle et constitutionnelle, de ses suggestions : ce serait le référé-suggestion. Pour le reste de son office, tant la pratique des opinions séparées que l'intervention de l'*amicus curiæ* nous ont paru inutiles, voire inopportunes tant sur la plan de la sécurité juridique que de la complémentarité à préserver entre le juge et le législateur. Demeure essentielle en revanche la possibilité pour la Cour de cassation de hiérarchiser ses arrêts, notamment en conservant le système actuel de publication, sans qu'apparaisse nécessaire de créer une lettre spécifique pour mentionner la survenance d'un revirement. Enfin, la motivation, sans changer fondamentalement de forme, devrait être plus explicite afin que soit manifesté le respect du juge envers le droit positif et que soit mis en avant la création jurisprudentielle par voie de coutume, afin de favoriser la sécurité juridique.

De surcroît, afin de tendre un peu plus vers la perfection de notre ordre juridique, pourrait être mise en place une procédure d'indemnisation du justiciable qui se serait vu appliquer une règle profondément injuste, injustice révélée par le référé-suggestion formé par la Cour de cassation concernant cette règle.

Conclusion de la Troisième partie

536. Il a fallu trouver des remèdes à l'insécurité juridique provoquée parfois par la rétroactivité de la jurisprudence. Le premier moyen de sélection des remèdes ne pouvait donc être que leur efficacité en matière de sécurité juridique. Il est apparu alors que les moyens de prévention sont tous à écarter en ce qu'ils ne permettent de prévenir que de la nouveauté de la règle, non de limiter son caractère rétroactif, tout comme l'immense majorité des moyens de modulation, excepté l'arrêt de règlement en sa forme la plus législative.

Faut-il permettre à la Cour de cassation de poser une règle qui ne sera appliquée qu'à une date postérieure, pour les situations constituées après la survenance de l'arrêt ? La nécessaire responsabilité démocratique de ceux qui ont la charge de poser des règles abstraites, générales et impersonnelles s'y oppose. C'est pourquoi la mise en place d'un référé propre à faire parvenir au pouvoir législatif, à travers le Gouvernement, les suggestions de la Cour de cassation, nous a paru être le prolongement nécessaire de la recherche. Le dispositif pourrait être complété par une procédure d'indemnisation de certains plaideurs. Un accès facilité aux travaux préparatoires et une amélioration de la motivation des arrêts paraissent souhaitables sans qu'une réforme des textes s'impose.

Conclusion

537. Synthèse. Le fil conducteur de la thèse fut le suivant : à admettre que la jurisprudence soit rétroactive, encore convient-il de savoir pourquoi, afin de lutter de manière ajustée contre les effets néfastes que la rétroactivité de certains arrêts apériteurs provoque.

Après avoir défini la règle de droit comme la règle qui a vocation à être utilisée par un tiers impartial en vue de résoudre un litige, il nous est apparu, en recourant aux règles de reconnaissance de notre ordre juridique, que le juge posait des règles de droit. Source du droit, la jurisprudence serait donc parfois rétroactive et non uniquement déclarative.

La rétroactivité jurisprudentielle s'explique alors par l'incorporation de la création jurisprudentielle au texte auquel elle est rattachée. La création est ainsi soumise au régime de l'interprétation, interprétation considérée comme purement déclarative. Ce régime unique est imposé par l'article 5 du Code civil qui interdit au juge de créer du droit à la manière du législateur. Il ressort de l'article 4 du Code civil que la création du droit par voie coutumière est cependant permise au juge, création aboutissant à une règle dénuée de rétroactivité. La rétroactivité de la jurisprudence n'est donc que la conséquence de la sortie de son office par le juge.

Afin de lutter contre l'insécurité juridique générée par les arrêts apériteurs, la solution la plus efficace et la plus en accord avec un idéal démocratique et libéral vient alors de l'instauration d'une sorte de référé, appelé référé-suggestion, qui permettrait à la Cour de cassation, sans se substituer au législateur, de lui indiquer les réformes utiles et nécessaires.

538. Ouverture. Il est important de se rendre compte qu'en ces domaines de la justice et du bon fonctionnement des institutions il est surtout question d'Hommes, de personnalités, de tempéraments. Toutes les réformes imaginables ne résoudreont pas les problèmes si elle ne s'opèrent pas en premier dans les mentalités. Cela ne revient pas à sous entendre que ces dernières sont actuellement déplorables ou néfastes, mais plutôt à affirmer que c'est par la force de la conviction et non par la force juridique des réformes que des améliorations peuvent être apportées. En réalité, le prolongement de cette recherche devrait aboutir à une suggestion de réforme, non pas de nos institutions, mais de

l'enseignement du droit, enseignement tourné vers la maîtrise des techniques juridiques et de leur discussion afin de retrouver la trace de la vertu de justice ; enseignement tourné vers l'art de juger, d'estimer, d'apprécier, afin de retrouver la trace de la vertu de prudence¹. Une étude sur la rétroactivité de la jurisprudence nous aura donc conduit à renouer avec le sens ancien du mot jurisprudence, indiquant que le juriste est celui qui applique la vertu de prudence au domaine plus spécifique de la justice².

Les propos tenus, les réformes proposées, paraissent-ils trop sévères ou trop optimistes ? Certainement les deux, ce qui n'est nullement paradoxal, pourvu que l'on accorde du crédit à la pensée de Chesterton³. Laissons la parole pour terminer à cet étranger à double titre, puisqu'il s'agit d'un Anglais non juriste, qui s'interroge de la sorte : l'Homme peut-il haïr assez le monde « pour le changer et néanmoins l'aimer assez pour estimer qu'il vaille la peine d'être changé ? »

Nous ferons nôtre sa réponse : « dans cette aventure c'est, je le maintiens, l'optimiste rationnel qui échoue, l'optimiste irrationnel qui réussit⁴. »

¹ Adde. J.-F. CESARO, « Le scepticisme et la loi », *La loi. Bilan et perspectives*, dir. C. PUIGELIER, Economica, coll. Etudes juridiques, 2005, p. 285 et s., spéc. n° 8 et s., p. 289 et s.

² Cf. l'étude de F. SENN, *Les origines de la notion de Jurisprudence*, Sirey, 1926, cherchant à expliquer le texte de Ulpien reproduit au Digeste : « *Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* », la jurisprudence est, étant connues les choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste. L'auteur montre que la définition a trois éléments, allant du général au particulier. La connaissance des choses divines et humaines est la sagesse, la philosophie, que tout un chacun doit chercher, peu important son activité (*op. cit.*, p. 15). Ce premier élément est complété par la mention de la prudence, science des choses qu'on doit rechercher et la science des choses qu'on doit éviter (*op. cit.*, p. 17). La prudence, en tant que vertu invite également à passer à l'action, il ne suffit pas de connaître, il faut agir (*op. cit.*, p. 22-23) : être prudent, c'est **agir** prudemment, ce n'est pas uniquement **savoir** ce qu'est la prudence. Enfin, cette vertu est appliquée au droit : le droit est la science du juste et de l'injuste (*op. cit.*, p. 25 et s.). L'auteur (*op. cit.*, p. 48-49) peut ainsi conclure que « appliquée au droit, cette vertu de prudence est la *iuris prudentia*. Elle suppose le recours à la sagesse ; et elle est la science du juste à réaliser et de l'injuste à éviter. » Par définition les jurisconsultes « indiquaient aux prudents la réelle portée de leur mission : la jurisprudence est à la fois science et art, [...] théorie et pratique [...]. Ils affirmaient ainsi l'existence et la nécessité des rapports de la philosophie et du droit ; du droit et de la pratique. » Comp. J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 173 et 174, p. 198 et s. Adde. sur l'enseignement du droit et le rôle de la doctrine : B. OPPETIT, « Retour à un droit commun européen », *Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 81-82 ; J.-D. BREDIN, « Remarques sur la doctrine », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse*, 1981, p. 111 et s. ; Actes du colloque « L'avenir de l'enseignement du droit », *RDA*, n° 8, oct. 2013, p. 84 et s. ; V. LASSERRE, « Du progrès et de la promotion des savoirs à l'Université et l'enseignement du droit au XXI^e siècle », *RDA*, n° 8, oct. 2013, p. 24 et s. ; Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004.

³ Gilbert Keith Chesterton, †1936.

⁴ G. K. CHESTERTON, *Orthodoxie*, Climats, 2010, p. 115.

Bibliographie des documents cités

- I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies
- II. Traités, manuels et cours
- III. Monographies
- IV. Thèses et mémoires
- V. Rapports et articles issus de recueils de contributions¹
- VI. Articles de mélanges
- VII. Articles de doctrines et notes de jurisprudence

I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies

- Bach** (L.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Jurisprudence
- Brenner** (C.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Partage (2° droit commun)
- Cadiet** (L.), « Justice – Les institutions », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté sur <http://www.universalis.fr/encyclopédie/justice-les-institutions/>
- Corbion-Condé** (L.), *Juris-cl. civ.*, art. 4
- *Juris-cl. civ.*, art. 5
- Cornu** (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 10^e éd., 2014
- Duhamel** (O.), **Mény** (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992
- Gutmann** (D.), *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland, S. Rials, Lamy, PUF, 2003, v° Temps
- Halpérin** (J.-L.), « Exégèse école de l' » , *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté sur <http://www.universalis.fr/encyclopedia/ecole-de-l-exegese/>
- Troper** (M.), *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland, S. Rials, Lamy, PUF, 2003, v° Interprétation
- Vareilles** (B.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Avantage matrimonial

II. Traités, manuels et cours

- Ancel** (B.), **Lequette** (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006
- Andrieux** (J.-P.), *Histoire de la jurisprudence*, Vuibert, 2012
- Aubert** (J.-L.), **Savaux** (E.), *Introduction au droit*, Sirey, 15^e éd., 2014
- Aubry** (C.) et **Rau** (C.-F.), *Cours de droit civil français*, t. 1, Marchal et Billard, 5^e éd. par G. Rau, C. Falcimaigne et M. Gault, 1897
- Aynès** (A.), **Larroumet** (Ch.), *Introduction à l'étude du droit privé. Traité de droit civil*, t. 1, Economica, 6^e éd., 2013
- Batiffol** (H.), **Lagarde** (P.), *Traité de droit international privé*, t. 1, LGDJ, 8^e éd., 1993

¹ Articles parus dans les *Archives de philosophie du droit*, la revue *Droits*, les publications de colloques, les études thématiques, les rapports, les ouvrages célébrant un centenaire, un bicentenaire etc., autres que les articles de Mélanges.

Batteur (A.) (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, dir., LGDJ, Lextenso éditions, 2012

Baudry-Lacantinerie (G.), *Précis de droit civil*, t. 1, L. Larose et Forcel, 1882

Beignier (B.), **Bléry** (C.), **Thomat-Raynaud** (A.-L.) *Introduction au droit*, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. Cours, 3^e éd., 2011

Beignier (B.), **Torricelli-Chrifi** (S.), *Régimes matrimoniaux, Pacs, Concubinage*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Cours, 2014

Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., coll. Méthodes du droit, 2012

Bergel (J.-L.), **Bruschi** (M.), **Cimamonti** (S.), *Les biens. Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, LGDJ, Lextenso éditions, 2^e éd., 2010

Bienvenu (J.-J.), **Lambert** (T.), *Droit fiscal*, PUF, coll. Droit fondamental, 4^e éd., 2010

Blumann (C.), **Dubouis** (L.), *Droit institutionnel de l'union européenne*, LexisNexis, coll. Manuel, 5^e éd., 2013

Boré (J.), **Boré** (L.), *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd., 2008

Cabrilac (R.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, 10^e éd., 2013

Cadiet (L.), **Jeuland** (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 7^e éd., 2011
- *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 8^e éd., 2013

Carbonnier (J.), *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis droit privé, 27^e éd. 2002

Carcassonne (G.), *La Constitution*, Editions du Seuil, coll. Points, 9^e éd., 2009

Chagnollaud (D.), *Droit constitutionnel contemporain 2, Le régime politique de la France*, Dalloz, 6^e éd., 2013

Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 13^e éd., 2008

Cornu (G.), *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007

Cornu (G.), **Foyer** (J.), *Procédure civile*, PUF, Thémis, 3^e éd., 1996

Cozian (M.), **Viandier** (A.), **Deboissy** (F.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 26^e éd., 2013

David (R.), **Jauffret-Spinosi** (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2002

Delsol (J.-J.), *Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, A. Cotillon & C^{ie}, 3^e éd. 1878

Demante (A. M.), *Cours analytique de Code civil*, t. 1, G. Thorel, 4^e éd., 1849

Demolombe (C.), *Cours de Code Napoléon*, t. 1, A. Durand, L. Hachette et C^{ie}, 4^e éd., 1869

De Page (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruylant, 3^e éd., 1962

Deumier (P.), *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. manuel, 2^e éd., 2013

Douchy-Oudot (M.), *Droit civil 1^{re} année. Introduction, personnes, familles*, Dalloz, coll. Hypercours, 4^e éd., 2007
- *Droit civil 1^{re} année. Introduction, personnes, familles*, Dalloz, coll. Hypercours, 7^e éd., 2013

Dross (W.), *Droit civil. Les choses*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012

Favoreu (L.), **Gaïa** (P.), **Ghevontian** (R.) *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 16^e éd., 2014

Fenouillet (D.), *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Cours, 3^e éd., 2013

Flour (J.), **Aubert** (J.-L.), **Savaux** (E.), *Droit civil. Les obligations*, t. 1, Sirey, 15^e éd., 2012

Flour (J.), **Aubert** (J.-L.), **Savaux** (E.), *Droit civil. Les obligations*, t. 3, Sirey, 7^e éd., 2011

Flour (J.), **Champenois** (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, coll. U, 2^e éd., 2001

Ghestin (J.), **Goubeaux** (G.), **Fabre-Magnan** (M.), *Introduction générale. Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, LGDJ, 4^e éd., 1994

Godechot (J.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, GF Flammarion, 1995

Gohin (O.), *Droit constitutionnel*, LexisNexis, coll. manuel, 2^e éd., 2013

Grimaldi (M.), *Droit civil. Successions*, Litec, 5^e éd., 1998

Guinchard (S.), **Chainais** (C.), **Ferrand** (F.), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 31^e éd., 2012

Hamon (F.), **Troper** (M.), *Droit constitutionnel*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Manuel, 34^e éd., 2013

Hébraud (P.), *Cours de droit civil*, 1^{re} année, Toulouse, 1949-1950 (cours donné en 1943)

Héron (J.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 5^e éd. par T. Le Bars, 2012

Huc (T.), *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. 1, F. Pichon, 1892

Jobard-Bachelier (M.-N.), **Bachelier (X.)**, *La technique de cassation*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 8^e éd., 2013

Josserand (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 3^e éd., 1938

Laurent (F.), *Principes de droit civil français*, t. 1, Bruylant-Christophe & C^{ie}, 3^e éd., 1878

Le Balle (R.), *Genèse du droit jurisprudentiel*, Cours de doctorat, Paris, 1960-1961

Le Pourhiet (A.-M.), *Droit constitutionnel*, Economica, 5^e éd., 2013

Long (M.), **Weil (P.)**, **Braibant (G.)**, **Delvolvé (P.)**, **Genevois (B.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^e éd., 2013

Malaurie (Ph.), **Aynès (L.)**, *Les biens*, Defrénois, Lextenso éditions, coll. Droit civil, 5^e éd., 2013

Malaurie (Ph.), **Morvan (P.)**, *Introduction au droit*, Defrénois, Lextenso éditions, 5^e éd., 2014

Malinvaud (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. manuel, 14^e éd., 2013

Marais (A.), *Introduction au droit*, Vuibert, 4^e éd., 2013

Marcadé (V.), *Elémens du droit civil français*, t. 1, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 1844

Marty (G.), **Raynaud (P.)**, *Droit Civil. Introduction générale au droit*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1972

Mayaud (Y.), *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010

Mazeaud (H.), **Mazeaud (L.)**, **Mazeaud (J.)**, **Chabas (F.)**, *Introduction à l'étude du droit*, t. I/premier volume, Leçons de droit civil, Montchrestien, 12^e éd., 2000

Oberdorff (H.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Lextenso éditions, LGDJ, coll. manuel, 2^e éd., 2010

Oppetit (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1^{re} éd., 1999

Pélissier (J.), **Auzero (G.)**, **Dockès (E.)**, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 25^e éd., 2010

Pérochon (F.), *Entreprises en difficulté*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. manuel, 9^e éd., 2012

Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 1906

Ripert (G.), **Boulangier (J.)**, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, LGDJ, 1956

Roland (H.), **Boyer (L.)**, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999

- *Introduction au droit*, Traités, Jurisclasseur, Litec, 2002

Sériaux (A.), *Le Droit : une introduction*, ellipses, 1997

Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2012

Terré (F.), **Lequette (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, t. 1 et 2, 12^e éd., 2007

Terré (F.), **Simler (Ph.)**, *Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2014

Zoller (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 1^{re} éd., 2010

III. Monographies¹

Alain, *Propos sur les pouvoirs*, Gallimard, coll. Folio essais, 1985

Aquin (Th. d'), *Les lois*, Téqui, 2013

Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 2007

Béchillon (D. de), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997

Bénéton (Ph.), *Introduction à la politique*, PUF, coll. Premier Cycle, 1997

Bréhier (E.), *Histoire de la philosophie*, PUF, coll. Quadrige manuels, 2^e éd., 2012

Carbonnier (J.), *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995

- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001

- *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2004

Cardozo (B. N.), *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. Calvès, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011

¹ Figurent également ici les recueils d'articles d'un même auteur.

Cruet (J.), *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908

Dabin (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969

Demogue (R.), *Les Notions Fondamentales du Droit privé. Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001

Descombes (V.), *Le raisonnement de l'Ours*, Editions du Seuil, coll. La couleur des idées, 2007

Fabre-Magnan (M.), *Introduction au droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2010

Friedman (M. et R.), *La liberté du choix*, trad. G. Casaril, Belfond, 1980

Gaudemet (E.), *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Editions La Mémoire du Droit, 2002 [1934]

Gény (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, A. Chevalir-Marescq & C^{ie}, 1899
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^e éd., 1919, rééd. 1954, t. 1 et 2.

Halpérin (J.-L.), *L'impossible Code civil*, PUF, coll. Histoires, 1992

Hart (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005

Hayek (F. A.), *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audouin revue par Ph. Nemo, PUF, coll. Quadrige-Grands textes, 2007
- *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, trad. C. Piton, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2007

Hourquebie (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Systèmes, 2010

Jestaz (Ph.), *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005
- *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 8^e éd., 2014

Jestaz (Ph.), **Jamin** (C.), *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004

Jhering (R. von), *La lutte pour le droit*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006 [1890]

Kelsen (H.), *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004 [1932]
- *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999 [1962]

Klein (E.), *Le facteur temps ne sonne jamais deux fois*, Flammarion, coll. Champs, 2009
- *Les tactiques de Chronos*, Flammarion, coll. Champs, 2009

Kojève (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981

Lambert (E.), *La fonction du droit civil comparé*, t. 1, V. Giard & E. Brière, 1903
- *Le gouvernement des juges*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005 [1921]

Libchaber (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013

Montesquieu (C.-L. de), *De l'esprit des lois*, Garnier-Flammarion, 1979

Oppetit (B.), *Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998

Ost (F.), **Kerchove** (M. van de), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002

Puigelier (C.), *Temps et création jurisprudentielle*, Bruylant, 2012

Rigaux (F.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966

Ripert (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955

Roubier (P.), *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005 [1951]
- *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2008 [1960]

Schnapper (D.), *L'esprit démocratique des lois*, Gallimard, coll. nrf essais, 2014

Senn (F.), *Les origines de la notion de Jurisprudence*, Sirey, 1926

Sériaux (A.), *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1999

Vecchio (G. del), *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, [1953]

Villey (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001 [1984-1986]

Virally (M.), *La pensée juridique*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2010

Weber (J.-F.), *La Cour de cassation*, La Documentation française, 2006

- Weil (S.)**, *La pesanteur et la grâce*, Plon, Agora, 1988
 - *Note sur la suppression générale des partis politiques*, L'Herne, coll. Carnets, 2014
Zenati (F.), *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991

IV. Thèses et mémoires

- Albiges (C.)**, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 329, 2000
Ambra (D. d'), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 236, 1994
Amrani-Mekki (S.), *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2002
Ardant (Ph.), *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, LGDJ, 1956
Azari (A.), *Essai sur le rôle de la jurisprudence comme source du droit appliqué*, thèse dactyl., 1969
Balat (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse dactyl., 2014
Béchillon (M. de), *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998
Belaïd (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, thèse dactyl., 1970
Bérenger (F.), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation. De L'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003
Bonneau (T.), *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1990
Charbonneau (C.), *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, IRJS Editions, 2011
Colson (R.), *La fonction de juger, Etude historique et positive*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont Ferrand, LGDJ, Collection des thèses, vol. 29, 2006
Connil (D.), *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2012
Cresp (M.), *Le temps juridique en droit privé général. Essai d'une théorie juridique*, PUAM, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2013
Chrétien (M.), *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, L. Danel, 1936
Debat (O.), *La rétroactivité et le droit fiscal*, thèse dactyl., 2002
Dedeurwaerder (G.), *Théorie de l'interprétation et droit fiscal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2010
Delon (D.), *La jurisprudence source de droit*, thèse dactyl., 1980
Deumier (P.), *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002
Ferrari (S.), *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactyl., 2011
Gallet (A.), *Etude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1903
Gaudemet (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du Droit, 2014
Gavalda (C.), *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Sirey, 1955
Gerry-Vernières (S.), *Les « petites » sources du droit. A propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012
Hufteu (Y.-L.), *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, coll. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1965
Jeansen (E.), *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2008
Kernaléguen (F.), *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dactyl., 1979
Knetsch (J.), *Le droit de la responsabilité civile et les fonds d'indemnisation*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 548, 2013
Langlois (H.), *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, thèse dactyl., 1897

Le Berre (H.), *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'Etat et Tribunal des conflits)*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 207, 1999

Lebrun (A.), *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, 1932

Langenieux-Tribalat (A.), *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse dactyl., 2007

Malhière (F.), *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013

Malpel-Bouyjou (C.), *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2014

Marguery (S.), *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse dactyl., 1984

Markovitch (B. S.), *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, Rousseau, 1930

Marty (G.), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Sirey, 1929

Maurin (A.), *Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadienne et française comparées*, Rousseau, 1938

Mayer (P.), *La distinction des règles et des décisions et son incidence sur la solution des problèmes de droit international privé*, Dalloz, 1973

Menétrey (S.), *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010

Merle (R.), *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Rousseau, 1949

Mercier (M.), *La rétroactivité (Essai d'une théorie générale)*, thèse dactyl., 2003

Molfessis (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 287, 1997

Mornet (M.), *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile. 1804-1904*, Rousseau, 1904

Morvan (P.), *Le principe de droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 1999

Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002

Payen (Ph.), *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1997

- *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1999

Piazzon (Th.), *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2009

Pichard (M.), *Le droit à. Etude de législation française*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006

Rorive (I.), *Le revirement de jurisprudence. Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003

Salvat (O.), *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl., 1983

Saluden (M.), *Le phénomène de la jurisprudence : Etude sociologique*, thèse dactyl., 1983

Sauzay (M.), *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, A. Rousseau, 1904

Serverin (E.), *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, coll. « Critique du droit », 1985

Tascher (M.), *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse dactyl., 2011

Wicker (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 253, 1997

V. Rapports et articles issus de recueils de contributions

- Actes du colloque « L’avenir de l’enseignement du droit », *RDA*, n° 8, oct. 2013, p. 84 et s.
- « Rapport général », *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, LexisNexis Litec, 2005, p. 3 et s.
- Rapport public du Conseil d’Etat, La Documentation française, coll. Etudes et documents du Conseil d’Etat, 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*.
- *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avril 2012
- *Travaux de la commission de réforme du Code civil, année 1950-1951*, Sirey, 1952
- Allard (J.)**, Van den Eynde (L.), « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme », *Les sources du droit revisitées*, vol. 3, normativités concurrentes, dir. I. Hachez *et alii*, Anthemis, 2012, p. 285 et s.
- Batiffol (H.)**, « La règle de droit en droit international privé », *La règle de droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1971, p. 215 et s.
- « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD*, t. 12, Sirey, 1967, p. 335 et s.
- « Questions de l’interprétation juridique », *APD*, t. 17, Sirey, 1972, p. 9 et s.
- Bayart (A.)**, « Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ? », *Les présomptions et les fictions en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1974, p. 27 et s.
- Blandin (G.)**, « L’ingratitude, vice moderne d’un peuple », *Le peuple et l’idée de norme*, dir. P. Mazeaud, C. Puigelier, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 69 et s.
- Bléry (C.)**, « Les fondements historiques de la motivation des sanctions », *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, dir. C. Chainais, D. Fenouillet, G. Guerlin, Dalloz, coll. L’esprit du droit, 2013, p. 5 et s.
- Bobbio (N.)**, « Kelsen et les sources du droit », *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 135 et s.
- « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *La règle de droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1971, p. 104 et s.
- Boré (J.)**, « La Cour de cassation, juge du droit », *L’image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentations française, 1994, p. 53 et s.
- Borgetto (M.)**, **Garapon (A.)**, **Heuzé (V.) et alii** (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l’incertitude*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008
- Boulouis (J.)**, « Rapport de synthèse », *L’interprétation par le juge des règles écrites*, Trav. Ass. Capitant 1978, t. XXIX, Economica, 1980, p. 1 et s.
- Brenner (C.)**, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 149 et s.
- Breton (A.)**, « L’arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l’université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Université des sciences sociales, 1975, p. 7 s.
- Brunet (P.)**, Champeil-Desplats (V.), « La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, théorie des sources du droit, dir. I. Hachez *et alii*, Facultés universitaires Saint Louis, 2012, p. 385 et s.
- Buffet (J.)**, « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », *La Cour de cassation et l’élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 113 et s.
- Bureau (D.)**, « Les regards doctrinaux sur le Code civil », *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 171 et s.
- « L’ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation », *La Cour de cassation et l’élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 181 et s.
- Burgelin (J.-F.)**, « L’organisation de la Cour de cassation favorise-t-elle l’élaboration de sa jurisprudence », *La Cour de cassation et l’élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 21 et s.
- Canivet (G.)**, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 7 et s.
- Carbonnier (J.)**, « Le Code civil », *Les lieux de mémoire*, t. 2, dir. P. Nora, Gallimard, 1986, p. 293 et s.

Casson (Ph.), « Le nouveau régime de la prescription », *La réforme de la prescription en matière civile. Le chaos enfin régulé ?*, dir. Ph. Casson, Ph. Pierre, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 25 et s.

Cercle Montesquieu, « Le droit à la sécurité juridique : une nécessité vitale pour les entreprises et les échanges internationaux », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 165 et s.

Cesaro (J.-F.), « Le scepticisme et la loi », *La loi. Bilan et perspectives*, dir. C. Puigelier, Economica, coll. Etudes juridiques, 2005, p. 285 et s.

Chambre de commerce et d'industrie de Paris, « L'application dans le temps de la règle jurisprudentielle », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 151 et s.

Charbit (N.), « La limitation de l'effet rétroactif des arrêts par le juge communautaire », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 73 et s.

Chevallier (J.), « L'interprétation des lois », *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. Fauré et G. Koubi, Economica, coll. Etudes juridiques, 2003, p. 125 et s.

Choucrocy (C.), « La résistance des juges du fond », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 197 et s.

CFE CGC, *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 181 et s.

Cornu (G.), « Réflexions sur une hypothétique révision du titre préliminaire du Code civil », *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1035 et s.

Courrèges (A.), **Stahl** (J.-H.), « Note à l'attention de M. le président de la section du contentieux », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 105 et s.

Delaporte (V.), « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 159 et s.

Delsol (C.), « Le peuple et les normes élitaires », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. Mazeaud, C. Puigelier, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 123 et s.

Deumier (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts de la Cour de cassation », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 49 et s.

- « Le revirement de jurisprudence en questions », *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, dir. E. Carpano, Bruylant, 2012, p. 49 et s.

Dijon (X.), « Le regard du jusnaturaliste : la nature humaine, source du droit », *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, théorie des sources du droit, dir. I. Hachez *et alii*, Facultés universitaires Saint Louis, 2012, p. 809 et s.

Drago (R.), « Pouvoir législatif et pouvoir judiciaire », *Le discours et le code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Editions du Juris-classeur, 2004, p. 35 et s.

Dufour (A.), « La théorie du Droit dans l'Ecole du Droit historique », *APD*, t. 27, 1982, Sirey, p. 85 et s.

Dupeyroux (H.), « Les grands problèmes du droit (Quelques réflexions personnelles, en marge) », *APD soc. jur.*, Sirey, 1938, p. 7 et s.

Eisenmann (Ch.), « Discussions », *Le rôle du juge*, Trav. ass. Capitant 1949, Dalloz, 1950, p. 73 et s.

Fardet (C.), « La place des décisions de justice dans la hiérarchie des normes », *Droits*, n° 50, PUF, 2009, p. 221 et s.

Fleury-Le Gros (P.), « Les techniques d'application de la loi et de la jurisprudence dans le temps : unité ou diversité ? », *Le temps et le droit. Acte du colloque organisé à la faculté du Havre les 14 et 15 mai 2008*, dir. P. Fleury-Le Gros, LexisNexis Litec, coll. Colloques et débats, 2010, p. 35 et s.

Foriers (P.), « Règles de droit, Essai d'une problématique », *La règle de droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1971, p. 7 et s.

- « Les lacunes du droit », *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1968, p. 9 et s.

- Gérard** (Ph.), « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, théorie des sources du droit, dir. I. Hachez *et alii*, Facultés universitaires Saint Louis, 2012, p. 19 et s.
- Ghica-Lemarchand** (C.), « L'interprétation de la loi pénale par le juge », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, p. 168 et s.
- Gobert** (M.), « Rapport de synthèse », *Repenser le droit transitoire*, dir. G. Drago, D. Le Prado, B. Seiller, Ph. Théry, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 145 et s.
- Grzegorzczuk** (Ch.), « Observations sur "La règle de droit" », *APD*, t. 17, Sirey, 1972, p. 437 et s.
- « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *APD*, t. 30, 1985, Sirey, p. 35 et s.
- Gutmann** (D.), « "Le juge doit respecter la cohérence du droit". Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. Fauré et G. Koubi, Economica, coll. Etudes juridiques, 2003, p. 109 et s.
- Haarscher** (G.), « Le temps du droit et l'expérience totalitaire », *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, dir. Ost, van Hoecke, Bruylant, 1998, p. 159 et s.
- Hauser** (J.), « L'inspiration doctrinale du législateur », *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, dir. B. Saintourens, Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 1 et s.
- Héron** (J.), « L'application des jugements dans le temps », *Le temps et le droit*, Actes du 4^e congrès international de l'association internationale de méthodologie juridique, dir. P.-A. Côté, J. Frémont, éd. Yvon Blais, 1996, p. 237 et s.
- Hilaire** (J.), « Jugement et jurisprudence », *APD*, t. 39, Sirey, 1995, p. 181 et s.
- Huberlant** (Ch.), « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1968, p. 31 et s.
- Husson** (L.), « Réflexions d'un philosophe sur un revirement de jurisprudence », *APD*, t. 16, Sirey, 1971, p. 293 et s.
- Muir Watt** (H.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 53 et s.
- (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 53 et s.
- Husson** (L.), « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *APD*, t. 17, 1972, Sirey, p. 115 et s.
- Jaeger** (M.), « Propos introductifs », *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, dir. E. Carpano, Bruylant, 2012, p. 25 et s.
- Jolowicz** (J.-A.), « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *APD*, t. 30, 1985, p. 105 et s.
- Kalinowski** (G.), « Théorie, métathéorie ou philosophie du droit », *APD*, t. 15, Sirey, 1970, p. 179 et s.
- Kanayama** (N.), « Les sources du droit au Japon : aspects contemporains », *Les sources du droit : Aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007, p. 55 et s.
- Kerchove** (M. van de), « Jurisprudence et rationalité juridique », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 207 et s.
- « La jurisprudence revisitée », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, normes internes infraconstitutionnelles, dir. I. Hachez *et alii*, Anthemis, 2012, p. 667 et s.
- « Les fondements philosophiques de la motivation des sanctions », *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, dir. C. Chainais, D. Fenouillet, G. Guerlin, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, p. 25 et s.
- Lacabarats** (A.), « Point de vue d'un président de chambre à la Cour de cassation », *Repenser le droit transitoire*, dir. G. Drago, D. Le Prado, B. Seiller, Ph. Théry, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 117 et s.
- « La genèse d'un revirement de jurisprudence », *Justice & Cassation* 2012, p. 57 et s.
- Lagarde** (X.), « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 77 et s.
- Lambert** (A.), **Boulard** (J.-C.), *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, 26 mars 2013, disponible sur

<http://www.ccen.dgcl.interieur.gouv.fr/documents/8fe1583cc860181c4539bce438ed5939/rapporinflationnormative.pdf>

Le Bars (T.), « La perte de fondement juridique en droit judiciaire privé », *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, dir. J. Foyer, C. Puigelier, Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 269 et s.

Le Berre (H.), « La jurisprudence et le temps », *Droits*, n° 30, 2000, p. 71 et s.

Le Prado (D.), « Point de vue d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation », *Repenser le droit transitoire*, dir. G. Drago, D. Le Prado, B. Seiller, Ph. Théry, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 127 et s.

Leroyer (A.-M.), « La motivation des lois », *La motivation*, Trav. Ass. Capitant, 1998, LGDJ, 2000, p. 87 et s.

Libchaber (R.), « Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. Fauré et G. Koubi, Economica, coll. Etudes juridiques, 2003, p. 143 et s.

Locré (J.-G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. 1, Paris, 1827

Lombardi Vallauri (L.), « Jurisprudence », *APD*, t. 35, Sirey, 1990, p. 191 et s.

Malaurie (Ph.), « Rapport français », *Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge*, Trav. Ass. Capitant, 1980, t. 31, Economica, 1982, p. 81 et s.

Malinvaud (Ph.), « L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives », *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 671 et s.

Marguénaud (J.-P.), « Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 219 et s.

Mathieu (B.), « La norme, le juge et la sécurité juridique », *Justice & Cassation*, Dalloz, 2012, p. 67 et s.

Michaels (R.), « Sources du droit contemporaines aux Etats-Unis », in *Les sources du droit - Aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007, p. 97 et s.

Motulsky (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, t. 9, Sirey, 1964, p. 215 et s.

Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), « Pour de nouvelles règles d'application dans le temps des décisions de justice », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 145 et s.

Michon (C.), « L'*epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, Dalloz, coll. Les fondements du droit, 2010, p. 35 et s.

Molfessis (N.), « Les revirements de jurisprudence », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 135 et s.

- « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2006, p. 391 et s.

Mouly (C.), « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, p. 123 et s.

Oakley (F.), « Théories médiévales de la loi naturelle. Guillaume d'Occam et le sens de la tradition volontariste », *Droits*, n° 11, PUF, 1990, p. 131 et s.

Oppetit (B.), « Le droit hors de la loi », *Droits*, n° 10, PUF, 1989, p. 47 et s.

Ors (A. d'), « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits*, n° 10, PUF, 1989, p. 51 et s.

Ost (F.), « Les multiples temps du droit », *Le droit et le futur*, PUF, Travaux de recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1985, p. 115 et s.

- « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, dir. Ost, van Hoecke, Bruylant, 1998, p. 91 et s.

Ost (F.), **Kerchove** (M. van de), « "juris-dictio" et définition du droit », *Droits*, n° 10, PUF, 1989, p. 53 et s.

Perelman (Ch.), « Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse », *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1968, p. 537 et s.

- « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, p. 415 et s.
- « Ontologie juridique et sources du droit », *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 23 et s.
- Petev** (V.), « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *APD*, t. 30, Sirey, p. 181 et s.
- Petit** (J.), « A propos de la qualification : le juge et les qualifications légales », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, p. 148 et s.
- Picard** (E.), « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 42 et s.
- Pinault** (M.) (dir.), « Rapport du groupe de travail n° 1 », *Incertitude et sécurité juridique*, disponible sur : http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/rapport_general_8048.html
- Pros-Phalippon** (C.), « La référence aux précédents de la juridiction », *Le raisonnement juridique*, dir. P. Deumier, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, p. 33 et s.
- Raynaud** (P.), « La loi et la jurisprudence, des Lumières à la Révolution française », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 61 et s.
- Rebut** (D.), « Les revirements de jurisprudence en matière pénale », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 95 et s.
- Ripert** (G.), « Discussions », *Le rôle du juge*, Trav. ass. Capitant 1949, Dalloz, 1950, p. 73 et s.
- Rivier** (M.-C.), **Laulom** (S.), « Questions aux intervenants », *Les divergences de la jurisprudence*, dir. P. Ancel et M.-C. Rivier, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 39 et s.
- Rorive** (I.), « Aborder la question du droit transitoire jurisprudentiel dans une perspective comparative », in « Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative », *Revue de la Faculté de droit – Université libre de Bruxelles*, vol. 26, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. VII et s.
- Seiller** (B.), « Le contentieux administratif », *Repenser le droit transitoire*, dir. G. Drago, D. Le Prado, B. Seiller, Ph. Théry, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 97 et s.
- Sève** (R.), « Brèves réflexions sur le droit et ses métaphores », *APD*, t. 27, 1982, Sirey, p. 259 et s.
- Sicard** (G.), « Les lois de la Révolution Française et le temps », *Le temps et le droit*, Actes des journées internationales de la société d'histoire du droit, Nice 2000, Serre, 2002, p. 147 et s.
- Silance** (L.), « La règle de droit dans le temps », *La règle de droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1971, p. 50 et s.
- « La motivation des jugements et la cohérence du droit », *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, p. 219 et s.
- Souriaux** (J.-L.), « Le concept de source du droit », *Les sources du droit – Aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007, p. 25 et s.
- Terré** (F.), « Les lacunes du droit », *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1968, p. 143 et s.
- « Avant-Propos », *Les mots de la loi*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. V et s.
- « Observations sociologiques sur les nouvelles sources de la loi », *La loi. Bilan et perspectives*, dir. C. Puigelier, Economica, coll. Etudes juridiques, 2005, p. 7 et s.
- « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 305 et s.
- « Le peuple seul créateur de la norme », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. Mazeaud, C. Puigelier, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 21 et s.
- Texier** (P.), « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », *La motivation*, Trav. Ass. Capitant, 1998, LGDJ, 2000, p. 5 et s.
- Teyssié** (B.), « Variations sur la fonction législative du Parlement », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. Mazeaud, C. Puigelier, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 165 et s.
- Théry** (Ph.), « Observations conclusives », *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, dir. C. Chainais, D. Fenouillet, G. Guerlin, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, p. 223 et s.

- Théry** (R.), « Puniton et vengeance », *La vengeance*, dir. C. Puigelier, F. Terré, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 185 et s.
- Thibierge** (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, t. 51, Dalloz, 2008, p. 341 et s.
- Troper** (M.), « Hans Kelsen et la jurisprudence », *APD*, t. 30, 1985, Sirey, p. 83 et s.
- « Pour une définition stipulative du Droit », *Droits*, n° 10, PUF, 1989, p. 101 et s.
- « La liberté de l'interprète », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 28 et s.
- Tunc** (A.), « Conclusions : La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978, p. 433 et s.
- « La Cour de cassation en crise », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 157 et s.
- UFC - que choisir**, *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, dir. N. Molfessis, LexisNexis Litec, 2005, p. 177 et s.
- Vanwelkenhuyzen** (A.), « La motivation des revirements de jurisprudence », *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, p. 251 et s.
- Virville** (M. de), *Pour un code du travail plus efficace, rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La Documentation française, janv. 2004
- Vullierme** (J.-L.), « Les anastomoses du droit (Spéculation sur les sources du droit) », *APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 5 et s.
- « L'autorité politique de la jurisprudence », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 95 et s.
- Weil** (P.), « Création du droit par le juge dans le monde », *APD*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 237 et s.
- Willmann** (C.), « La norme interprétée : le rescrit », *Le peuple et l'idée de norme*, dir. P. Mazeaud, C. Puigelier, Editions Panthéon-Assas, coll. Académie, 2012, p. 93 et s.
- Winckler** (A.), « Précédent : l'avenir du droit », *APD*, t. 30, Sirey, 1985, p. 131 et s.
- Zenati** (F.), « La notion de divergence de jurisprudence », *Les divergences de la jurisprudence*, dir. P. Ancel et M.-C. Rivier, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 53 et s.

VI. Articles de mélanges

- Atias** (C.), « Le droit à la limite », *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 161 et s.
- Aubert** (J.-L.), « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Mélanges offerts à P. Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 7 et s.
- « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 19 et s.
- Audinet** (A.), « Faut-il ressusciter les arrêts de règlements ? », *Mélanges J. Brethe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 99 et s.
- Bach** (L.), « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !) », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ – Lextenso, 2008, p. 47 et s.
- Barthélemy** (J.), « Le droit au pourvoi », *Mélanges offerts à P. Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 185 et s.
- Baudouin** (J.), « Relire *La route de la servitude* de F. A. Hayek. Une lecture paradoxale du totalitarisme », *Droit, politique et littérature. Mélanges en l'honneur du professeur Yves Guchet*, Bruylant, 2008, p. 349 et s.
- Béchillon** (D. de), « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 5 et s.
- « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 29 et s.
- Bellet** (P.), « Le juge et l'équité », *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9 et s.

- Bergel** (J.-L.), « La loi du juge, dialogue ou duel », *Etudes offertes à P. Kayser*, t.1, PUAM, 1979, p. 21 et s.
- Bonneau** (T.), « Variations sur la jurisprudence "source du droit triomphante mais menacée" », *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 127 et s.
- Boulanger** (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 51 et s.
- Boré** (J.), « Une institution originale franco-belge : le rabat d'un arrêt de la Cour de cassation », *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 3 et s.
- Boré** (L.), « L'obscurité de la loi », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 27 et s.
- Boyer** (L.), « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Dalloz et Sirey, 1960, p. 257 et s.
- « Le délai de l'article 29 de la Convention de Varsovie. Un combat douteux de la Cour de cassation », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 85 et s.
- Bredin** (J.-D.), « Remarques sur la doctrine », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 111 et s.
- Cabanis** (A.), « L'utilisation du temps par les rédacteurs du code civil », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 171 et s.
- Canivet** (G.), « L'influence de la comparaison des droits dans l'élaboration de la jurisprudence », *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 133 et s.
- Canivet** (G.) et **Molfessis** (N.), « L'imagination du juge », *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de J. Buffet*, Petites affiches, 2004, p. 131 et s.
- Carbonnier** (J.), « Sur le caractère primitif de la règle de droit », *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. 1, 1961, Dalloz et Sirey, p. 109 et s.
- Costa** (J.-P.), « Le droit à un tribunal, et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de J. Buffet*, Petites affiches, 2004, p. 159 et s.
- Croze** (H.), « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », *Liber amicorum offert à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181 et s.
- Demogue** (R.), « Valeur et base de la notion de rétroactivité », *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*, t. 1, Modène, 1930, p. 163 et s.
- Deumier** (P.), « Autopsie d'une polémique : la QPC, la Cour de cassation et la doctrine », *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 171 et s.
- Chartier** (Y.), « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *Mélanges offerts à P. Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 269 et s.
- Dupeyroux** (O.), « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 349 et s.
- « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463 et s.
- Fleury-Le Gros** (P.), « De l'application de la loi dans le temps à l'application de la jurisprudence dans le temps : le paradoxe de l'échelle de verre », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 221 s.
- Fragistas** (Ch. N.), « Les précédents judiciaires en Europe continentale », *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 139 et s.
- Frisson-Roche** (M.-A.) « Le juge et son objet », *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 21 et s.
- « Le juge et le sentiment de justice », *Mélanges P. Bézard – Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 41 et s.
- « Régulation versus concurrence », *Au-delà des codes. Mélanges en l'honneur de M.-S. Payet*, Dalloz, 2011, p. 171 et s.
- Gautier** (P.-Y.), « Pour la rétroactivité *in mitius* en matière civile », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 235 et s.

Gerbay (P.), « Law-King (la loi sur la filiation revue et corrigée par la Cour de cassation) », *La Cour de cassation, l'Université et le Droit. Etudes en l'honneur de André Ponsard*, Litec, 2003, p. 167 et s.

Gothot (P.), « Origène et le procureur ou la nature de la Cour de cassation », *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 139 et s.

Gouttes (R. de), « Le parquet général de la Cour de cassation et la problématique des effets rétroactifs des revirements de jurisprudence », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 247 et s.

Hébraud (P.), « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Etudes offertes à P. Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 1 et s.

- « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges P. Couzinet*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1974, p. 329 et s.

Jeantin (M.), « Réformer la Cour de cassation ? », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 465 et s.

Josserand (L.), « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 369 et s.

Julien (P.), « Remarques sur la contrariété de décisions de justice », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 498 et s.

Junillon (J.), « Un fonds de garantie pour la justice civile ? », *Justice et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme procédural. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 125 et s.

Krings (E.), « La cassation n'est pas un troisième degré de juridiction », *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 125 et s.

Le Bars (T.), « Positivism, dogmatism, realism and the derivation of the Cour de cassation », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 297 et s.

Lemontey (J.), « De la Cour de cassation considérée comme une Cour suprême », *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses universitaires de Nancy, 2009, p. 577 et s.

Lequette (Y.), « Des juges littéralement irresponsables... », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 309 et s.

Lesueur de Givry (E.), « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de J. Buffet*, Petites affiches, 2004, p. 309 et s.

Libchaber (R.), « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2010, p. 505 et s.

Malaurie (Ph.), « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 et s.

- « La sobriété », *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, Lextenso éditions, 2012, p. 599 et s.

Marais (A.), « Le temps, la loi et la jurisprudence : le bon, la brute et le truand », *Au-delà des codes, mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 383 et s.

Maury (J.), « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 28 et s.

Moderne (F.), « Les revirements prospectifs dans les contentieux administratif et judiciaire : une problématique commune », *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 805 et s.

Motulsky (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. 2, 1961, Dalloz et Sirey, p. 175 et s.

Pelletier (C.), « Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation », *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, 2006, p. 429 et s.

Revet (T.), « La légisprudence », *Mélanges offerts à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 377 et s.

Rivero (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de Droit », *Etudes L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457 et s.

- Savatier** (R.), « Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif », *Mélanges J. Dabin*, t. 1, Sirey, Bruylant, 1963, p. 293 et s.
- Sériaux** (A.), « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, 1998, Litec, p. 171 et s.
- Sève** (R.), « L'avenir libéral du droit », *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Editions du Juris-classeur, 1999, p. 53 et s.
- Terré** (F.), « Légiférer. Les trois unités ? », *Ecrits en hommage à J. Foyer*, PUF, 1997, p. 171 et s.
- Thibierge** (C.), « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519 et s.
- Tournafond** (O.), « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 547 et s.
- « Les deux métamorphoses du droit français, observations hétérodoxes d'un civiliste sur la double mutation du droit des obligations et des sources du droit », *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 629 et s.
- Tunc** (A.), « Pour un conseil supérieur de droit privé », *Etudes L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 617 et s.
- Virally** (M.), « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 453 et s.
- Waline** (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *La technique et les principes du droit public. Mélanges en l'honneur de G. Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 613 et s.
- Wiederkehr** (G.), « Qu'est-ce qu'un juge », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575 et s.
- « Le juge gérant », *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-LexisNexis, 2011, p. 385 et s.
- Woehrling** (J.-M.), « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 749 et s.
- Zenati-Castaing** (F.), « Le Code civil et la coutume », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 607 et s.
- « Pour un droit des revirements de jurisprudence », *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 501 et s.

VII. Articles de doctrines et notes de jurisprudence

- Collectif / anonyme** : « Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *BICC* n° 661, 15 mai 2007, p. 6 et s.
- Agostini** (E.), *D.* 1983, jur. p. 573, note sous Cass. 1^{re} civ., 1 déc. 1982,
- Ancel** (P.), « Faut-il "faire avec" ? », *RDC* 2007, p. 538 et s., note sous Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006.
- Andreu** (L.), « L'intégration jurisprudentielle des projets de réforme dans le droit positif », *D.* 2013, p. 2108 et s.
- Arnaud** (A.-J.), « Autour d'un dialogue imaginaire entre Michel Villey et Friedrich A. Hayek », *Droit et société*, 2009/1, n° 71, p. 9 et s.
- Arrighi de Casanova** (J.), **Canivet** (G.), **Frisson-Roche** (M.-A.), « Experts et procédure : l'*amicus curiae* », *RDA*, n° 6, oct. 2012, p. 88 et s.
- Artur** (E.), « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP* 1900, p. 214 et s.
- Atias** (C.), « L'ambiguïté des arrêts de principe en droit privé », *JCP* 1984, I, 3145
- « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon », *D.* 2000, p. 593 et s., note sous Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000
- « Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique » *D.* 2003, p. 513 et s., note sous Cass. 3^e Civ., 2 oct. 2002
- « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTD civ.* 2007, p. 23 et s.

- « Le rabat d'arrêt. De la rectification d'erreur matérielle de procédure au repentir du juge », *D.* 2007, p. 1156 et s.

Aubert (J.-L.), « L'erreur du payeur n'est plus une condition de la répétition de l'indu objectif », *Def.* 1993, art. 35663-133, p. 1380 et s., note sous Cass. Ass. plén., 2 avril 1993

- « Détermination des clauses abusives par le juge », *D.* 1991, somm. p. 320 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991

- « La substance du devoir de conseil du notaire », *Def.* 1998, art. 36753, p. 354 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997

- « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ! », *RTD civ.* 2005, p. 300 et s.

Aynès (A.), « Responsabilité des avocats et avoués face aux revirements de jurisprudence », *D.* 2008, p. 1448 et s. note sous Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2008

Bachellier (X.), Jobard-Bachellier (M.-N.), « Les revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 304 et s.

Barthe (D.), « Propos critiques sur la disparition des rapporteurs au délibéré du conseil de la concurrence au regard des exigences de l'article 6 § 1 de la CEDH », *CCC*, 2001, chron. 2, note sous Cass. com., 5 oct. 1999.

Barthélemy (J.), « De l'interprétation des lois par le législateur », extrait de la *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Etranger*, n° 3, 1908, p. 1 et s.

Beignier (B.), « Les arrêts de règlements », *Droits*, n° 9, PUF, 1989, p. 45 et s.

- « L'autre avocat », *D.* 2005, p. 3028 et s.

Besson (A.), *D.P.* 1928, 1, 121, sous Cass. req., 23 nov. 1927

Boyer (L.), « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.* 1951, p. 163 et s.

Boyer-Mérentier (C.), « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes. (propos autour du contentieux relatif aux ordonnances portant réforme de la Sécurité sociale) », *RFDA* 1998, p. 924 et s.

Bigot (C.), « Atteinte à la présomption d'innocence : changement du régime de la prescription », *D.* 2004, p. 2956 et s., note sous Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004

Billiau (M.), « De la "conventionalité" des lois rétroactives en droit interne français et de quelques unes de ses conséquences », *JCP* 2004, II, 10030, note sous Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004

Blanc (N.), chronique de droit du sport, *JCP* 2012, doct. 779

Bléry (C.), « Principe de concentration des moyens : nouvelle pierre à l'édifice », *JCP* 2009, n° 45, 401, note sous Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2009

Bolze (A.), « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *RRJ* 1997, p. 855 et s.

Bonneau (T.), « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, chron. p. 24 et s.

Boré (L.), Salve de Bruneton (J. de), « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.* 2005, p. 180 et s.

Boulangier (J.), *D.* 1946, p. 301 et s., note sous Cass. civ., 26 oct. 1943

- « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, p. 417 et s.

Brenner (C.), *LPA* 13 août 1996, n° 65, note sous Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 1996

- « Donations de biens présents entre époux : la clause de non-divorce hors la loi », *JCP*, 2012, note 607, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012

Brenner (C.), Lécuyer (H.), « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, n° 1169 et n° 1197

Breton (A.), *D.* 1972, p. 173 et s., note sous Cass. 1^{re} Civ., 7 déc. 1971

- « A propos de la filiation non classique », *RTD civ.* 1992, p. 340 et s.

Cabannes (J.), *JCP* 1983, II, 19993, concl. sous Cass. Ass. plén., 9 juill. 1982

Cachard (O.), « La contagion rétroactive de l'obligation médicale d'information », *JCP G* 2002, II, 10045, note sous Cass. 1^{re} Civ., 9 oct. 2001

Cadiet (L.), « L'attribution à la Cour de cassation d'une fonction consultative », *JCP* 1992, I, 3587

Canivet (G.), « L'*amicus curiae* en France et aux Etats-Unis », *RJ com.* 2005, p. 99 et s.

Capitant (H.), « Une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses inanimées », *D.* 1930, chron. p. 61 et s.

Casile (J.-F.), « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », *RRJ* 2004, p. 639 et s.

Cassia (P.), « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190 et s., note sous CE, *Sté KPMG*, 24 mars 2006

Cassia (P.), Saulnier-Cassia (E.), « La QPC peut-elle être "prioritaire" ? », *D.* 2010, p. 1636 et s. note sous Cass. ass. plén., 29 juin 2010

Castillo-Wyszogrodzka (S.), « La motivation des décisions de justice : perspectives comparatiste », *D.* 2014, p. 1838 et s.

Cayla (J.-S.), « Effet de l'acceptation des offres du Fonds d'indemnisation des transfusés contaminés par le VIH », *Rev. dr. san. et soc.* 1994, p. 420 et s., note sous Cass. 2^e civ., 26 janvier 1994

Chabas (F.), « Le cœur de la Cour de cassation (Le droit à réparation de la concubine adultère) », *D.* 1973, chron., p. 211 et s.

Charbonnier (L.), *D.* 1982, p. 449 et s., concl. sous Cass. 2^e civ., 21 juill. 1982

Chartier (Y.), « Le Rapport de la Cour de cassation. A propos du Rapport pour l'année 1999 », *JCP G* 2000, I, 238

Chénéde (F.), « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, p. 2744 et s.

- « QPC et interprétation jurisprudentielle : entre ralliement officiel et résistance ponctuelle de la Cour de cassation », *JCP* 2011, note 1197, note sous Cass. 1^{re} civ., QPC, 27 sept. 2011
- « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2013, p. 179 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013.

Chevallier (J.), *RTD civ.* 1967, p. 150, note sous Cass. soc., 20 juin 1966

Cholet (D.), « Irrecevabilité du pourvoi contre un arrêt non signifié », *JCP* 2008, II, 10009 note sous Cass. com. 13 nov. 2007

Colson (R.), « Genèse du revirement de jurisprudence », *RRJ* 2000, p. 991 et s.

Cornu (G.), « Un point de vue », *RTD civ.* 1992, p. 342 et s.

Couret (A.), « Les solutions de la Cour de cassation concernant l'article 1843-4 sont-elles véritablement prévisibles ? », *D.* 2013, p. 342 et s., note sous Cass. com., 15 janv. 2013

Creton (C.), *D.* 2009, p. 2058 et s., note sous Cass. 1^{re} Civ., 11 juin 2009

David (R.), « La jurisprudence », *RRJ* 1985, p. 775 et s.

Debet (A.), La rétroactivité jurisprudentielle, l'article 6 et le contrat », *RDC* 2005, p. 871 et s., note sous Cass. soc. 17 déc. 2004

Deumier (P.), « Lois interprétatives : d'une scission à l'autre », *RTD civ.* 2004, p. 603 et s., note sous Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004

- « Les règles de droit obsolètes et le juge », *RTD civ.* 2005, p. 78 et s.
- « La "doctrine de la Cour de cassation" : opinion ou précédent ? », *RTD civ.* 2006, p. 73 s., note sous Cass. com. 8 nov. 2005 et Cass. soc. 13 sept. 2005
- « Incompatibilité entre loi antérieure et Constitution : conflit hiérarchique ou conflit chronologique ? », *RTD civ.* 2006, p. 75 et s., note sous CE, ass., 16 déc. 2005
- « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.* 2006, p. 510 et s.
- « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », *RTD civ.* 2006, p. 521 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006
- « Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD civ.* 2007, p. 72 et s., note sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006
- « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2007, p. 536 et s., note sous Cass. soc., 13 juin 2007
- « Le pourvoi dans l'intérêt de la loi et l'autorité de chose jugée (révélateur de l'autorité de chose interprétée des arrêts des juges du fond ?) », *RTD civ.* 2008, p. 71 et s., note sous CE, 14 sept. 2007

- « Effet rétroactif de la jurisprudence : le retour », *RTD civ.* 2008, p. 442 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2008
- « Identification d'un revirement de jurisprudence : de l'évolution presque prévisible au vrai faux revirement », *RTD civ.* 2009, p. 493 et s., note sous Cass. 1^{re} Civ., 5 fév. 2009
- « Application de la jurisprudence dans le temps : retour vers le passé », *RTD civ.* 2009, p. 495 et s., note sous Cass. 1^{re} Civ., 11 juin 2009
- « Quand la Cour de cassation assume ses revirements », *RTD civ.* 2011, p. 493 et s., note sous Cass. com., 8 févr. 2011
- « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur résorption », *RTD civ.* 2013, p. 557 et s., note sous Cass. Ass. plén., 15 févr. 2013
- « Appliquer la jurisprudence, respecter le contradictoire », *RTD civ.* 2013, p. 561 et s., note sous CE, 19 avr. 2013
- « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? », *RTD civ.* 2014, p. 71 et s., note sous Cons. const., 1^{er} août 2013
- « Le code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014, p. 597 et s.
- « La loi condamnée », *RTD civ.* 2014, p. 610 et s., note sous TGI Nantes, 24 avr. 2014
- Déprez (J.)**, « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation, "Sois juge et tais-toi", (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », *RTD civ.* 1978, p. 503 et s.
- Dionisi-Peyrusse (A.)**, « Procréation médicalement assistée : adoption plénière par l'épouse de la mère », *D.* 2014, p. 1876, note sous avis C. Cass. 22 sept. 2014
- Dostaler (G.)**, « Friedrich Hayek, hétérodoxe et libéral », *Alternatives économiques*, n° 222, févr. 2004
- Dreyer (E.)**, « Application dans le temps du revirement de jurisprudence sur la prescription de l'action en réparation de l'atteinte à la présomption d'innocence », *JCP* 2007, II, 10040, note sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006
- Dross (W.)**, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », *D.* 2006, p. 472 et s.
- Dworkin (R.)**, « Un adoucissement du *stare decisis* à la Chambre des Lords », *RIDC*, 1967, p. 185 et s., note sous le *Practice Statement* du 26 juill. 1966
- « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1-1985, p. 61 et s.
- Dyevre (A.)**, « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Jus Politicum*, n°4, 2010, disponible sur <http://juspoliticum.com/Comprendre-et-analyser-l-activite.html>.
- Encinas de Munagorri (R.)**, « Faut-il annoncer un revirement de jurisprudence par voie de presse ? Propos sur l'autorité du président de la chambre sociale de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2004, p. 590 et s.
- « Application immédiate d'un décret à des contrats en cours : le Conseil d'Etat exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique », *RTD civ.* 2006, p. 527 et s., note sous CE, ass., 24 mars 2006
- Esmein (A.)**, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *RTD civ.* 1903, p. 5 et s.
- Esmein (P.)**, « La jurisprudence et la loi », *RTD civ.* 1952, p. 17 et s.
- Fauvarque-Cosson (B.)**, **François (J.)**, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512 et s.
- Ferey (S.)**, *Incohérence temporelle et théories de l'interprétation constitutionnelle*, disponible sur http://www.gredeg.cnrs.fr/Documents/2010/Ferey_gredeg.pdf
- Fischer-Achoura (E.)**, « La consécration d'une conception réaliste de la norme », *RRJ* 2013, p. 547 et s.
- Fleury-Le Gros (P.)**, *JCP E* 2007, n° 1529, note sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006
- Frison-Roche (M.-A.)**, « La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », *JCP* 1999, I, 174
- « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.* 2013, p. 28 et s.
- Fulchiron (H.)**, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2013, p. 153 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013
- Gaudemet (Y.)**, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, p. 1617 et s.

Gautier (P.-Y.), « Résiliation unilatérale du contrat de prêt à usage, ou comment le droit commun n'est pas forcément approprié », *RTD civ.* 2004, p. 312 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004

- « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le Bicentenaire du code civil », *D.* 2004, p. 1108 et s., note sous Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004
- « Rétroactivité de la jurisprudence et arrêts de règlement : au sujet de la contrepartie à la clause de non concurrence », *RTD civ.* 2005, p. 159 et s., note sous Cass. soc. 17 déc. 2004

Gavaldà (Ch.) et **Stoufflet** (J.), *JCP* 1988, II, 21026, note sous Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1988 et Cass. com., 12 avr. 1988

Ghestin (J.), « Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives », *D.* 1991, jur. p. 449 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991

Gibirila (D.), *Def.* 2008, art. 38783-3, p. 1223 et s., note sous Cass. com. 13 nov. 2007

Gobert (M.), « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992, p. 344 et s.

Gouttenoire (A.), **Porchy-Simon** (S.), « Suite de l'affaire Perruche : condamnation de la rétroactivité du dispositif issu de la loi du 4 mars 2002 », *JCP* 2006, II, 10062, note sous Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 2006

Gouttes (R. de), avis sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006, disponible sur le site de la Cour de cassation (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/avis_m._gouttes_9770.html)

Graulich (L.), « A propos du gouvernement des juges », *RTD civ.* 1932, p. 77 et s.

Guillaume (G.), « L'autorité du juge en démocratie », *Commentaire*, n° 143, automne 2013, p. 630 et s.

Guyader (H.), « Conditions d'examen des pourvois dirigés contre des arrêts de renvoi conformes à la position déjà acquise », *JCP* 2007, II, 10016, note sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006

Hauser (J.), « L'enfant naturel rétroactif (suite) : relire Roubier, Nerson et Rubellin-Devichi avant de légiférer ! », *RTD civ.* 2002, p. 278 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 2002

- « Bail judiciaire sur le logement après divorce : date de la demande et conditions », *RTD civ.* 2002, p. 492, note sous Cass. 2^e civ., 28 mars 2002
- « Y a-t-il un droit au divorce ? », *RTD civ.* 2013, p. 300 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012
- « L'administration légale aux biens donnés ou légués peut porter sur la réserve : René Savatier avait raison et Labbé avait tort ! », *RTD civ.* 2013, p. 346 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013

Hébraud (P.), « L'autorité de chose jugée comme moyen de preuve par présomption simple », *RTD civ.* 1950, p. 538 et s., note sous Cass. soc., 14 janv. 1950

- « De l'incertitude du droit pendant la période où une jurisprudence est en cours de formation », *RTD civ.* 1959, p. 146 et s., note sous Trib. Strasbourg, 9 juill. 1958
- « Formation et valeur de la jurisprudence ; exonération des dépens accordée à la partie trompée par un revirement de jurisprudence », *RTD civ.* 1964, p. 781, note sous CA Paris, 15 avril 1964
- « Revirement de jurisprudence ; rôle de la Cour de cassation dans l'élaboration et la direction du droit prétorien », *RTD civ.* 1969, p. 607 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1969
- « De l'autorité de la Cour de cassation dans la formation de la jurisprudence : irrecevabilité du pourvoi formé contre l'arrêt de renvoi qui suit la doctrine de l'arrêt de cassation », *RTD civ.* 1971, p. 691 et s., note sous Cass. ch. mixte, 30 avr. 1971
- « Jurisprudence. Influence d'un changement de législation sur le maintien de la jurisprudence antérieure [...] », *RTD civ.* 1972, p. 437 et s., note sous Cass. 1^{re} Civ., 7 déc. 1971

Henry (X.), « La jurisprudence accessible – Mégacode civil : théorie d'une pratique », *RRJ* 1999, p. 631 et s. et p. 979 et s.

- « Vidons les greffes de la République ! De l'exhaustivité d'accès aux arrêts civils des cours d'appel », *D.* 2011, p. 2609 et s.

Héron (J.), « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, p. 277 et s.

- « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ* 1993, p. 1083 et s.

Hervieu (A.), « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989, p. 257 et s.

Heuzé (V.), « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* 2005, I, 130

Hocquet-Berg (S.), « Devoir de conseil quant à une évolution jurisprudentielle acquise », *RCA* 2009, comm. 219, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2009

Huet (J.), « Union européenne et démocratie : prohibition des arrêts de règlement et avis de décès de l'article 5 du Code civil », *JCP* 2011, act. 473.

Huglo (J.-G.), « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11/2001, p. 1 et s. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel, la pagination indiquée est celle du PDF

Jambu-Merlin (R.), « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *RTD civ.* 1948, p. 271 et s.

Jemmaud (A.), « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. p. 199 et s.

Jéol (M.), *D.* 1988, p. 309 et s., concl. sous Cass. com., 12 avr. 1988

- « La fin d'un mythe : la Cour de cassation renonce, définitivement, à faire de l'erreur du solvens une condition de la répétition de l'indu », *D.* 1993, p. 373 et s., concl. sous Cass. Ass. plén., 2 avril 1993

- « L'Assemblée plénière de la Cour de cassation consacre la légitimité des rabats d'arrêts », *JCP* 1995, II, 22478, concl. sous Cass. ass. plén., 30 juin 1995

Jestaz (Ph.), « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts », *RTD civ.*, 1979, p. 480 et s.

- « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. p. 11 et s.

- « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996, p. 299 et s.

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197 et s.

Jestaz (Ph.), **Marguénaud** (J.-P.), **Jamin** (C.), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 et s.

Jourdain (P.), « La responsabilité de l'avocat et les revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2009, p. 725 et s., note sous Cass. 1^{re} Civ., 5 fév. 2009

- « La responsabilité de l'avocat et les revirements de jurisprudence (suite) », *RTD civ.* 2012, p. 318 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2011

Kolakowski (L.), « Jésus. Essai apologétique et sceptique », *Commentaire*, n° 147, automne 2014, p. 531 et s.

Lacabarats (A.), *BICC*, 1^{er} mars 2007, n° 656, p. 29 et s., rapp. sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006

Lagarde (X.), « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678 et s.

- « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP* 2007, II, 10111, note sous Cass. ass. plén., 21 déc. 2006

- « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », *JCP* 2009, n° 38, 237, note sous Cass. 1^{re} Civ., 11 juin 2009

Lamy (B. de), « Le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle », *D.* 2003, p. 573 et s., note sous Cass. crim., 30 janv. 2002

Landraud (D.), « A propos des revirements de jurisprudence », *JCP* 1982, I, 3093

Lasser (M.), « Les modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD civ.* 2006, p. 691 et s.

Lasserre (V.), « Du progrès et de la promotion des savoirs à l'Université et l'enseignement du droit au XXI^e siècle », *RDA*, n° 8, oct. 2013, p. 24 et s.

Lasserre-Kiesow (V.), , « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279 et s.

Laurin (Y.), *Gaz. Pal.* 1988, 2, 700, note sous Paris, 21 juin et 6 juill. 1988

- « Désignation d'un amicus curiae pour permettre à une cour d'appel de recueillir tous éléments d'information concernant la contamination par le virus du sida », *D.* 1993, p. 172 et s.

Lavergne (B.), « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », *RRJ* 2008, p. 283 et s.

Lécuyer (Y.), « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 197 et s.

Ledru-Rollin (A.), « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence. », *Journal du Palais*, t. 1, 3^e éd. par Ledru-Rollin, F.-F. Paris, 1838, p. IX et s.

Légé (Ph.), « Hayek : penseur génial ou incohérent ? », *L'Economie politique*, n° 36, oct. 2007, disponible sur http://www.alternatives-economiques.fr/hayek--penseur-genial-ou-incoherent_fr_art_631_33302.html

Le Guidec (R.), « La présomption d'interposition de personnes prévue par l'article 1100 du Code civil ne s'applique plus aux legs », *JCP* 1996, II, 22702, note sous Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1996

Legoux (A.), *BICC*, 1^{er} mars 2007, n° 656, p. 44 et s., avis sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006

Lequette (Y.), « Inexistence du mariage par application de la loi étrangère, filiation et ordre public », *RCDIP* 1999, p. 509 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998

Lescot (P.), « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP*, 1966, I, 2007

Levade (A.), « QPC et interprétation : quand la Cour de cassation se fait gardienne de l'esprit de la réforme ! », *D.* 2011, p. 2707 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., QPC, 27 sept. 2011

Leveneux (L.), « Évolution jurisprudentielle et sécurité juridique », *CCC* 2009, comm. n° 240, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009

Libchaber (R.), « Arrêt de règlement et Coupe du monde de football », *RTD civ.* 1998, p. 784 et s., note sous TGI Paris, 5 juin 1998

- « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD civ.* 2000, p. 197 et s., note sous Cass. soc., 27 oct. 1999
- « Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? », *RTD civ.* 2001, p. 226 et s., note sous Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000.
- « Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence », *RTD civ.* 2002, p. 176 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001
- « La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel », *RTD civ.* 2003, p. 157 et s., sous Avis. C. cass. 22 nov. 2002 ; Avis CE 6 déc.
- « La singulière conception de la rétroactivité du Conseil d'Etat », *Def.* 2006, art.38498-73, p. 1868 et s., note sous CE, 24 mars 2006

Lienhard (A.), *D.* 2013, p. 2100, note sous Cass. com. QPC, 5 sept. 2013

Lindon (R.), *D.* 1969, p. 429 et s., concl. sous Cass. 1^{re} Civ., 20 mai 1969

- « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, 2681
- *JCP* 1971, II, 16800, concl. sous Cass. ch. mixte, 30 avr. 1971

Mainguy (D.), « De la légitimité des normes et de son contrôle », *JCP* 2011, doct. 250

Malaurie (Ph.), « La Cour de cassation au XX^{ème} siècle », *Rapport annuel* 1999, p. 9 et s.

- « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Def.* 2005, art. 38203, p. 1205 et s.
- « La jurisprudence parmi les sources du droit », *Def.* 2006, art. 38352, p. 476 et s.
- « La révolution des sources », *Def.* 2006, art. 38465, p. 1552 et s.
- « La réforme de la prescription civile », *JCP* 2009, I, 134

Malinvaud (Ph.), « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 312 et s.

Manent (P.), « La crise du libéralisme », *Commentaire*, n° 141, printemps 2013, p. 91 et s.

Marais (A.), « Le contrôle de conventionnalité de la loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF », *RDC* 2004, p. 791 et s., note sous Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004

- « Refus d'application des dispositions rétroactives de la loi du 4 mars 2002 aux dommages concernant des enfants handicapés nés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si la demande en justice a été introduite postérieurement », *RDC* 2008, p. 909 et s. note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2008
- « Modulation dans le temps et revirements de jurisprudence. *Requiem* européen en si(x) bémol(s) », *JCP* 2011, act. 742, note sous CEDH, 26 mai 2011

Marguénaud (J.-P.), « L'obligation de motiver les décisions juridictionnelles dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD civ.* 1998, p. 516 et s., note sous CEDH, 19 févr. 1998

- « La lente émergence d'un droit européen au respect des modes de vie minoritaires », *RTD civ.* 2001, p. 448 et s., note sous CEDH, 18 janv. 2001
- « Deuxièmes prolongements européens de l'arrêt Perruche », *RTD civ.* 2005, p. 743 et s., sous CEDH, 6 oct. 2005
- « L'épilogue européen de l'affaire du tableau d'amortissement », *RTD civ.* 2006, p. 261 et s., note sous CEDH, 14 févr. 2006

- « Soubresaut national de l'arrêt Perruche », *RTD civ.* 2006, p. 263 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 2006
- « La protection de la paix des familles contre les retombées rétroactives de la jurisprudence Mazurek », *RTD civ.* 2009, p. 288 et s., note sous CEDH 21 oct. 2008
- « La Cour européenne des droits de l'homme empêtrée dans les difficultés transitoires d'application de l'arrêt Mazurek ou l'art européen de se tirer une balle dans le pied », *RTD civ.* 2011, p. 732 et s., note sous CEDH, 21 juill. 2011
- « Mazurek revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg », *RTD civ.* 2013, p. 333 et s., note sous CEDH, 7 févr. 2013
- Marmoz** (F.), « La Cour de cassation révèle sa nouvelle jurisprudence en matière de prescription de l'action en nullité des conventions réglementées dissimulées », *D.* 2011, p. 1321 et s., note sous Cass. com., 8 févr. 2011
- Massip** (J.), *D.* 1987, jur. p. 378 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1987
- Mazeaud** (D.), « Le non-respect du formalisme informatif imposé par la loi dans l'offre de crédit immobilier est sanctionné par la nullité du contrat de prêt », *Def.* 1995, art. 36024, p. 350 et s., note sous Cass. 1^{re} Civ., 20 juillet 1994,
- Mazeaud** (H.), « La maxime "*error communis facit jus*" », *RTD civ.* 1924, p. 929 et s.
- « L'enfant adultérin et la "super-rétroactivité" des lois », *D.* 1977, chron. p. 1 et s.
- Mazeaud** (L.), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », *RTD civ.* 1929, p. 17 et s.
- Maziaü** (N.), « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *D.* 2011, p. 529 et s.
- « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 2811 et s
- « Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC. Comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution », *D.* 2012, p. 1833 et s.
- Melleray** (F.), « Réjouissant mais déroutant », *RTD civ.* 2005, p. 318 et s.
- Mestre** (J.), « De l'erreur sur la valeur », *RTD civ.* 1987, p. 741 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987, Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1987
- « Le professionnel du droit n'est pas tenu d'un devoir de divination. », *RTD civ.* 1998, p. 367 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997
- « Répétition de l'indu et erreur du solvens (suite et sans doute fin) », *RTD civ.* 1993, p. 820 et s., note sous Cass. Ass. plén., 2 avril 1993
- Meuris** (F.), « Proposition de limitation dans le temps de la jurisprudence Cesareo », *JCP* 2012, note 1134, note sous Cass. 2^e civ., 12 juill. 2012
- Milleville** (S.), « Obligation de sécurité de résultat de l'employeur : retour aux sources », *Rev. dr. travail*, 2011, p. 446 et s., note sous Cass. 2^e Civ., 3 févr. 2011
- Molfessis** (N.), « La portée des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 1998, p. 210 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997
- « Remarques sur l'efficacité des décisions de justice. (A propos des effets de l'arrêt *Chronopost.*) », *RTD civ.* 1998, p. 213 et s.
- « Les "avancées" de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 660 et s.
- « Deux figures législatives en vogue : l'abrogation par mégarde et la résurrection fortuite », *RTD civ.* 2001, p. 688 et s.
- « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699 et s.
- « La notion de loi interprétative », *RTD civ.* 2002, p. 599 et s., note sous Cass. 3^e Civ., 27 févr. 2002
- « La Cour de cassation réfute l'existence d'un ordre constitutionnel », *RTD civ.* 2002, p. 169 et s., note sous Cass. Ass. plén., 10 oct. 2001

- « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD civ.* 2003, p. 567 et s., note sous Cass. com., 9 juill. 2002, Cass. soc., 26 sept. 2002, Cass. soc., 10 sept. 2002, Cass. com., 4 mars 2003, Cass. com., 25 mars 2003, Cass. soc., 17 juin 2003.
- « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 37 et s.
- « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première chambre civile du 11 juin 2009) », *D.* 2009, p. 2567 et s., note sous Cass. 1^{re} Civ., 11 juin 2009
- « La jurisprudence *supra-constitutionem* », *JCP* 2010, doctr. 1039
- Molfessis** (N.), **Klein** (J.), *D.* 2011, p. 1314 et s., note sous Cass. com., 8 févr. 2011
- Monéger** (J.), « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTD civ.* 2005, p. 323 et s.
- Morelli** (N.), « L'article 1859 du code civil : du revirement prospectif à l'illusion rétrospective », *Rev. des sociétés*, 2011, p. 359 et s., note sous Cass. com. 26 oct. 2010
- Morvan** (P.), « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001, p. 77 et s
- « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247 et s., note sous Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004
- « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », *D.* 2007, p. 835 et s., note sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006
- Mouly** (C.), « Le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994, I, 3776
- « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n° 33, p. 15 et s.
- « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirements ? », *LPA* 4 mai 1994, n° 53, p. 9 et s.
- Noblot** (C.), « Terme du commodat à durée indéterminée : retour à la case départ », *D.* 2004, p. 903 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004
- Oppetit** (B.), « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, chron. p. 105 et s.
- Paricard-Pioux** (S.), « Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce... et ne convainc pas », *D.* 2003, p. 1648 et s., note sous Cass. Ass. plén., 24 janv. 2003
- Patarin** (J.), « Existence et preuve de la qualité d'héritier [...] », *RTD civ.* 1988, p. 152 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1987
- « Libéralités entre époux : cessation d'application de la présomption d'interposition de personnes de l'article 1100 du code civil aux libéralités testamentaires », *RTD civ.* 1996, p. 965 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1996
- Perdriau** (A.), « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *JCP* 1990, I, 3468
- « Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ? », *JCP* 1993, I, 3683
- « Les rabats d'arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1994, I, 3735
- « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP* 1995, I, 3866
- « L'Assemblée plénière de la Cour de cassation consacre la légitimité des rabats d'arrêts », *JCP* 1995, II, 22478, note sous Cass. Ass. plén., 30 juin 1995
- Perreau** (E.-H.), « Technique de la jurisprudence pour les transformations du droit privé », *RTD civ.* 1912, p. 609 et s.
- Perrot** (R.), *RTD civ.* 1985, p. 621 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1985
- *RTD civ.* 1989, p. 619 et s., note sous Cass. 2^e civ., 11 janv. 1989
- « Chose jugée. Sa relativité quant à la cause : qu'en reste-t-il ? », *RTD civ.* 2006, p. 825 et s., note sous Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006
- « Chose jugée : les aléas du principe de concentration en cas de relaxe par une juridiction répressive », *RTD civ.* 2008, p. 159 et s., note sous Cass. 2^e civ., 25 oct. 2007
- Petit** (F.), *Dr. soc.* 2010, p. 826 et s., note sous Cass. soc. 26 mai 2010
- Pfersmann** (O.), « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002, p. 279 et s. (republié p. 789 et s.)

- « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC* 2002, p. 758 et s.

Pin (X.), « Le glas de la religion de l'aveu a sonné », *JCP* 2011, note 819, note sous Cass. crim. 11 mai 2011

Plaisant (R.), *JCP* 1961 II, 12052, note sous Cour d'appel de Paris, 7 février 1961

Plouvin (J.-Y.), « Pouvoir du premier président de retirer du rôle de la Cour le pourvoi en cassation formé par l'Etat à l'encontre d'un jugement le condamnant », *D.* 1990, jur. p. 322 et s., note sous ordonnance du Premier président de la Cour de cassation du 24 janv. 1990

Paul-Loubière (C.), « L'autorité de la chose jugée gage de la sécurité juridique », *D.* 2009, p. 1060 et s., note sous Cass. 2^e Civ., 5 févr. 2009

Pérès (C.), *RDC* 2006, p. 1038 et s., note sous CE, 24 mars 2006

- « L'erreur de droit sur la jurisprudence », *RDC* 2007, p. 229 et s.

- « L'avenir compromis des lois de validation consécutives à un revirement de jurisprudence », *D.* 2007, p. 2439 et s., note sous Cass. soc. 13 juin 2007

Pollaud-Dulian (F.), « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 487 et s.

- « L'appel à la réforme législative selon la Cour de cassation », *RRJ* 2002, p. 1145 et s.

Porchy-Simon (S.), « Refus d'application du dispositif « anti-Perruche » aux dommages survenus antérieurement à la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2008, p. 2765 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2008

Posez (A.), « La soumission des donations entre époux au principe de l'irrévocabilité spéciale des donations », *D.* 2013, p. 1386 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012

Puig (P.), « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD civ.* 2010, p. 517 et s., note sous Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC ; 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC ; 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC ; 2 juill. 2010, n° 2010-10 QPC ; 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC

- « Un revirement privé d'avenir : le prêt à usage peut encore être perpétuel ! », *RDC* 2010, p. 144 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2009

Radé (C.), « L'application rétroactive des nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence », *RDC* 2003, p. 145 et s., note sous Cass. soc., 7 janv. 2003

- , « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988 et s.

- « La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *Droit social* 2010, p. 1150 et s.

Rassat (M.-L.), « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP* 2001, II, 10569, note sous Cass. Ass. plén., 29 juin 2001

Raynard (J.), « Loyer commercial et loi interprétative : de la portée générale du principe d'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice », *RTD civ.* 2004, p. 371 et s., note sous Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004

Rémy (Ph.), « Eloge de l'exégèse », *Droits*, n° 1, PUF, 1985, p. 115 et s.

Revet (T.), *RDC* 2006, p. 289 et s., note sous CEDH, 14 févr. 2006

Rivero (J.), « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, chron. p. 21 et s.

- « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15 et s.

Rome (F.), « Autres présidents, autre lettre... », *D.* 2007, p. 1713

- « Avis de tempête ! », *D.* 2014, p. 1865

Ruet (L.), *Def.* 2004, art. 37917-1, p. 525 et s., note sous Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004

Sargos (P.), « Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin », *D.* 2001, p. 3470 et s., rapp. sous Cass. 1^{re} Civ., 9 oct. 2001

- « L'horreur économique dans la relation de droit (Libres propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence") », *Dr. soc.* 2005, p. 123 et s.

Sauvel (T.), « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, chron. p. 93 et s.

Savatier (R.), *JCP* 1975, II, 17978, note sous Cass. mixte, 6 nov. 1974

Sériaux (A.), « Beaucoup de bruit pour rien (brèves remarques sur un arrêt récent de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation). », *D.* 1993, chron. p. 229 et s., note sous Cass. Ass. plén., 2 avril 1993

Seiller (B.), « Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif », *JCP* 2007, II, 10160, note sous CE, ass., 16 juill. 2007

Serinet (Y.-M.), « A propos de la jurisprudence : par elle, avec elle et en elle ? », *RTD civ.* 2005, p. 328 et s.

Seube (J.-B.), « La durée du prêt à usage : revirement de jurisprudence », *RDC* 2004, p. 714 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004

Sinay (H.), « La résurgence des arrêts de règlements », *D.* 1958, chron. p. 85 et s.

Slim (H.), « Les avocats déchargés du devoir d'anticipation », *JCP* 2012, note 169, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2011

Solow (R. M.), « De Hayek à Friedman. L'idéologie du libéralisme économique », *Commentaire*, n° 144, Hiver 2013-2014, p. 905 et s.

Soulas de Russel (D.), **Raimbault** (Ph.), « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC* 2003, p. 85 et s.

Stoffel-Munck (P.), « Terme du contrat », *RDC* 2004, p. 647 et s., note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004

Tavoillot (P.-H.), « Une triomphale défaite », *Commentaire*, n° 142, été 2013, p. 245 et s.

Texier (S.-L.), « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116 et s.

Théry (Ph.), « La possession d'état d'enfant naturel : état de grâce ou illusion ? », *JCP* 1984, I, 3135

- « Le droit à une législation figée ? », *RTD civ.* 2004, 341, note sous Cass. Ass. plén., 23 janv. 2004
- « A propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les œufs », *RTD civ.* 2005, p. 176 et s., note sous Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004
- « Où l'on constate que l'aménagement des revirements de jurisprudence n'est pas si simple... », *RTD civ.* 2005, p. 625 et s., note sous Cass. soc., 17 déc. 2004
- « Pouvoirs du juge : pas de revirement de jurisprudence sur les revirements », *RTD civ.* 2007, p. 168 et s., note sous Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006
- « Inconstitutionnalité de la saisine d'office du tribunal de commerce : variations sur la nature des procédures collectives... », *RTD civ.* 2013, p. 889 et s
- « Relativité de la qualification de juridiction : arbitrage forcé et recours préjudiciel en interprétation », *RTD civ.* 2014, p. 434 et s.

Thierry (J.), « La présomption d'interposition de personnes, édictée par l'article 1100 du code civil, ne s'applique qu'aux donations entre vifs, et non aux legs », *D.* 1996, p. 609 et s., rapp. sous Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1996

Touffait (A.), *D.* 1974, p. 593 et s., concl. sous Cass. mixte, 21 juin 1974

Touffait (A.), **Tunc** (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487 et s.

Thouvenin (D.), « Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin », *D.* 2001, p. 3474 et s., note sous Cass. 1^{re} Civ., 9 oct. 2001

Tournaux (S.), « L'*obiter dictum* et la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011, p. 45 et s.

Tricot (D.), « L'interrogation sur "la jurisprudence aujourd'hui" », *RTD Civ.* 1993, p. 87 et s.

Troper (M.), « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002, p. 335 et s.

Tunc (A.), « L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales des Etats-Unis (*Erie Railroad Co. v. Tompkins*) », *RIDC* 1951, vol. 3, p. 5 et s.

- « La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », *RIDC* 1975, p. 817 et s.

Vallens (J.-L.), « La saisine d'office ne garantit pas l'impartialité du tribunal », *D.* 2013, p. 338 et s., note sous Cons. const., 7 déc. 2012

Vasseur (M.), « La fixation du taux d'intérêt et du taux effectif global en matière de découvert en compte (après les arrêts Civ. 1^{re}, 9 févr. 1998 et Com. 12 avr. 1988) », *D.* 1988, chron. p. 157 et s.,

Vedel (G.), *JCP* 1953, II, 7371, note sous Trib. civ. Seine, 5 déc. 1952

Viennois (J.-P.), « Réflexions sur un conflit : effet déclaratif de la jurisprudence et objectif d'accessibilité aux normes. (A propos de l'arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation le 9 octobre 2001) », *RRJ* 2002, p. 2061 et s.

Voirin (P.), « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (A propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP* 1959, I, 1467

Weber (J.-F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC*, 15 mai 2009, n° 702, p. 6 et s.

Weiller (L.), « Renouvellement des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *D.* 2006, p. 2135 et s., note sous Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006

Wiederkehr (G.), « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP* 2007, II, 10070, note sous Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006

Zenati (F.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992, chron. p. 247 et s.

- « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », *RTD civ.*, 1992, p. 359 et s.

- « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avr. 2003, n° 575

- « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1553 et s.

Annexe : évolution du nombre de revirements 1999-2013

L'objectif de la recherche était de répondre à la question : y a-t-il plus ou moins de revirements qu'avant. Cela permet d'expliquer la grande imperfection des critères retenus, le but n'étant pas d'évaluer exactement le nombre de revirements, mais simplement d'avoir une idée approximative de l'évolution de leur nombre.

La difficulté principale étant de définir et d'identifier le revirement, le choix a été fait de s'en remettre à la Cour de cassation et à ses propres appréciations figurant dans ses rapports annuels, pour la période allant de 1999 à 2013. En effet, les revirements « figurent en principe tous dans le rapport, puisqu'il est essentiel d'en faciliter la connaissance pour que les juges du fond, les avocats, les parties, en tirent les conséquences¹. »

La Cour parlant parfois d'infléchissement, d'évolution, d'abandon ou de revirement, il aurait été rigoureux de ne retenir que ces derniers cas : si la Cour accepte de parler de revirement, c'est donc que l'abandon d'une ancienne solution n'est pas un revirement. Cette option n'a pas été prise, l'abandon étant largement synonyme de revirement, la Cour de cassation, par coquetterie de style, pouvant souhaiter ne pas se répéter. La recherche a donc été très légèrement élargie, et il a fallu parfois trancher, le moins arbitrairement possible sur l'existence ou non d'un revirement. Néanmoins, l'appréciation a gardé ce qu'elle avait de subjectif, et une fois de plus les chiffres indiqués ne sont pas des valeurs absolues. C'est pourquoi en 1999 nous ne dénombrons que 12 revirements quand M. Chartier en dénombre 16². En revanche, dès que la Cour parle de revirement, il a fallu le comptabiliser, bien que l'utilisation du terme ait pu parfois paraître abusive. Ainsi en est-il pour la qualification de revirement d'un arrêt non publié³ et ou de revirement alors que visiblement il s'agissait d'une divergence des chambres¹.

¹ Y. CHARTIER, « Le Rapport de la Cour de cassation. A propos du Rapport pour l'année 1999 », *JCP G* 2000, I, 238, n° 20.

² *Ibid.*

³ Dans le rapport de 2006, mention est faite d'un arrêt non publié mais qualifié de revirement : p. 354 sous Cass. com., 7 novembre 2006, *Bull.* n° 218 : « Le principe selon lequel il n'existe aucune solidarité entre les dirigeants de droit et de fait d'une même personne morale au regard de l'action en paiement de l'insuffisance d'actif avait déjà été énoncé par la chambre commerciale dans un arrêt non publié du 26 octobre 1999 (pourvoi no 97-10 464) qui constituait un revirement

La volonté de rester dans les traces des rapports peut conduire l'observateur à voir certaines lacunes : des arrêts célèbres, présentés en doctrine comme des revirements, n'apparaissent pas. C'est que, pour la Cour de cassation, certaines sagas jurisprudentielles sont parfaitement cohérentes. L'exemple le plus topique est peut-être celui relatif à l'image des biens. L'arrêt du 7 mai 2004 est présenté par les auteurs des *Grands arrêts* comme un revirement par rapport à l'arrêt *Café Gondrée*², quand la Cour de cassation n'y voit qu'un ensemble parfaitement cohérent³.

Dans les rapports, seule la partie sur la jurisprudence de la Cour a été prise en compte, sauf quand de cette partie, un renvoi a été fait dans une autre partie. Ont été pris également en compte les revirements même s'il n'en est fait mention que dans un rapport d'une année postérieure.

N'ont pas été prises en compte en revanche les solutions des Chambre criminelle, Chambre mixte, Assemblée plénière. En ce qui concerne la Chambre criminelle, il s'agissait uniquement de restreindre le champ de l'étude. Pour les deux autres formations, c'est qu'il est délicat de savoir si ces deux formations posent des revirements ou non. Si l'on refuse de dire que la Cour de cassation opère un revirement quand il y a une simple divergence, il devient délicat de dire que l'Assemblée plénière a opéré un revirement en consacrant simplement la solution d'une chambre, mais infirmant celle d'une autre. De plus, si de telles formations interviennent c'est pour affirmer une solution, laissant penser que l'état antérieur de la jurisprudence n'était pas fixé : dans ce cas, peut-on parler de revirement ?

En revanche, si suite à un arrêt d'Assemblée plénière, une chambre reconnaît avoir changé de solution, alors cela a été compté comme un revirement.

par rapport à un précédent arrêt du 2 juillet 1991 (pourvoi no 89-18 561) lequel avait été critiqué par la doctrine (D. 1991, SC, p. 329, Obs. Adrienne Honorat). »

¹ *Rapport annuel* 2001, p. 459, sous Cass. 2^e civ. 18 janv. 2001, *Bull.*, n° 10 : l'arrêt a « précisé que le lieu de "livraison effective" s'entend non seulement de celui où la livraison de la chose a été effectuée, mais aussi de celui où elle doit l'être. Il ne s'agit donc pas uniquement, comme la chambre commerciale l'avait précédemment jugé (Com. 3 novembre 1988, *Bull.* n° 291 ; 14 juin 1994, *Bull.* n° 221), du lieu de la livraison matériellement réalisée. »

² Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, *SCP Hôtel de Girancourt*, revirement par rapport à Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, *Café Gondrée*. *GAJC*, n° 68-69, p. 439 et s., spéc. p. 442, les auteurs parlant même à propos de l'arrêt de 1999 de grand arrêt jetable, reprenant l'expression de M. Dreyer.

³ Cf. *Rapport annuel* 2007, p. 283 PDF. La Cour de cassation explique *a posteriori* toute sa jurisprudence, refusant la qualification de revirement expressément à un autre arrêt du 5 juin 2003, pourtant perçu comme tel par la doctrine. L'arrêt de 2007 n'est pas non plus un revirement, cherchant seulement à être plus clair.

Ex : *Rapport annuel* de 2003, p. 362 PDF : « La chambre commerciale revient ainsi sur la solution qui avait été retenue dans un arrêt du 27 mars 2001 (*Bull.* n° 68) et qui avait admis une solution contraire, et se conforme ainsi à la règle dégagée le 6 juillet 2001 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (*Bull.* n° 9) selon laquelle toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence doit surseoir à statuer lorsqu'elle a à connaître de moyens de défense relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction. »

Pour accéder au tableau collectant les données et permettant d'aboutir au graphique :
<https://www.dropbox.com/sh/afdhc66cbg4324j/AAAkSz7tntFQe01yq9xi-5fAa/Dénombrement%20revirements%20-%20copie.xlsx>

Index

(les numéros renvoient aux paragraphes)

Accès au juge

v. Procès équitable

Affaire

- du sang contaminé, 373 et s.
- des tableaux d'amortissements, 155
- *Law King*, 347 et s.

Amicus curiae, 490 et s.

Arrêt

- apériteur (définition), 38
- blanc, 334, 363
- d'espèce, 277
- de principe et d'espèce, 499 et s.
- de provocation, 352 et s., 458
- publication, 504

Arrêt de règlement, 185, 217, 255 et s., 372, 436 et s.

- définition, 268
- et arrêt de principe, 269

Autorité de chose jugée, 263 et s.

Avis (de la Cour de cassation), 312, 334

Avocat

V. Erreur de droit

Clauses

- abusives, 448
- de non concurrence, 207

Concentration des moyens, 193, 394

Conseil supérieur du droit, 466

Contradictoire (principe du-), 289, 299, 494

Contraintes juridiques, 90

Contra non valentem..., 39

Contrariété de jugements, 295

Contrat social, 70, 115

Cour de cassation

- absence de renvoi, 296
- Assemblée plénière, 294
- doctrine de la –, 203
- fonction, 441 et s.

Déclarativité, 13, 148

V. égal. Jurisprudence-déclarativité

Démocratie

- et élection, 419
- et justice objective, 416
- fondement, 418

Déni de justice, 271, 274, 293

- et référé législatif, 410, 463, 502

Désuétude, 130

Divergence

- de solutions et de jurisprudences, 145

Doctrina legal, 265

Droit étranger

- contrôle de sa violation par la Cour de cassation, 58

Droit naturel, 114

Ecole du droit libre, 79

Ecole historique, 76 et s.

Equité, 276

Erreur de droit

- avocat, 201, 319
- définition, 197
- notaire, 200

Exégèse, 34

Fiction

- et rétroactivité, 7 et s.

Floodgates argument, 401

Incorporation, 187, 234 et s., 399

Inflation législative, 432, 453

Interprétation

- et question prioritaire de constitutionnalité, 165, 238 et s.
- dans la théorie kelsénienne, 88
- dans la théorie réaliste de l'interprétation, 89
- par voie de doctrine et par voie d'autorité, 272

Juge

- autosaisine, 290
- collégialité, 486
- notion, 108
- responsabilité, 439

Juridiction

- traits caractéristiques, 288

Jurisprudence

- création par la –, 243

- constante (absence de droit à une –), 171
- combattue par la loi, 153
- contrôle de sa violation par la Cour de cassation, 57
- déclarativité, 36, 304 et s.
- définition, 27
- des juges du fond, 174
- formation de la –, 278
- rétroactivité, 306 et s.
- répétition des décisions (justification), 61
- source du droit en fait-en droit, 55
- valeur, 236, 244

Justiciabilité, 106 et s.

Lacunes, 275

Législation

- clinique et globale, 423

Loi

- caractère abstrait de la –, 431
- définition des mots de la –, 450
- de validation, 153, 155, 158
- d'interprétation, 247 et s.
- dite « anti-Perruche », 164, 165
- dite de Hume, 65, 69
- dite du Talion, 118
- et coutume, 429 et s.
- et jurisprudence, 447 et s., 454, 493
- v. égal. Jurisprudence-combattue par la loi*
- nécessité de la –, 430
- principes de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la –, 94
- supplétive, 331

Médecin

- obligation d'information du-, 172, 316, 320

Modulation de la rétroactivité, 173

- critères, 388
- définition, 39
- par les juges du fond, 163
- rapport Molfessis, 364 et s.

Motivation, 291

- brièveté, 516 et s.
- des revirements de jurisprudence, 510
- finalité, 511
- fonctions, 509
- outil de généralisation de la solution, 62
- phrase unique, 519

Nominalisme, 115

Norme

- primaire et secondaire, 127

Norme fondamentale, 70

Notaire

V. Erreur de droit

Obiter dictum, 220, 312, 334, 337, 363, 367

Obligation de sécurité, 390

Office du juge, 223, 243, 267, 311, 322

Opinions séparées, 334, 483 et s.

Petits pas, 334, 337

Pourvoi(s), 301

- dans l'intérêt de la loi, 220, 285, 334
- sélection des –, 506

Prescription

- art. 65 et 65-1 L. 29 juill. 1881, 377
- art. L. 225-42 C. com., 395
- réforme de la –, 524

Principe général, note sous 27, 328

Procès équitable

- privation, 377, 381, 387, 389 et s.

Question prioritaire de constitutionnalité

V. Interprétation

Pyramide des normes, 69

Rabat d'arrêt, 383 et s.

Rapport annuel, 312, 334, 459

Recours en manquement, 162

Référé législatif, 407 et s., 461 et s.

Règle de droit

- définition, 110, 129
- règle et décision, 136
- structure, 134

Règle de reconnaissance, 129

Rescrit, 249

Résistance des juges du fond, 334

Responsabilité du notaire, de l'avocat

V. Erreur de droit

Rétroactivité

- définition, 11
- de la coutume, 14, 279
- de la jurisprudence et évolution du litige (art. 555 et 564 CPC), 170
- de la loi, 224
- des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, 470
- et sécurité juridique, 17
- *in mitius*, 21, 43, 319
- juridictionnelle, 216, 218 et s., 227 et s.
- V. égal. Jurisprudence-rétroactivité ; Revirement-rétroactivité*

Rétrospectivité juridictionnelle, 226

Revirement d'anticipation, 317, 320, 322, 345, 449

Revirement(s) de jurisprudence

- absence de changement du droit existant, 390 et s.
- définition, 38
- effet immédiat, 207
- existence, 171
- heurt de –, 191
- identification, 505
- impossibilité d'opérer un –, 456
- rétroactivité, 172, 207 et s.

Secret du délibéré, 485**Sécurité juridique,**

- définition, 17
- et principe de confiance légitime, 19
- valeur, 23

Source du droit

- distinction source du droit et source de droit, 46
- distinction source matérielle et source formelle du droit, 49, 77, 87
- significations de l'expression –, 49

Syllogisme judiciaire, 512 et s.**Temps**

- application de la règle de droit dans le –, 5, 188
- linéarité du -, 4

Texture ouverte du droit, 116**Théorie des trois plans, 96 et s.*****Ubi lex non distinguit...*, 186****Visa**

- des arrêts de rejet, 521
- manipulation du –, 315 et s., 399 et s.

Tables des matières

(Les numéros renvoient aux pages)

Introduction	1
Partie I – Les présupposés de la rétroactivité jurisprudentielle	41
Titre I – Le concept de règle de droit	43
Section préliminaire – La nécessité d’une définition	44
§ 1. Le passage du droit à la règle de droit.....	44
§ 2. Le rejet de l’argument purement sociologique	47
A. Présentation de l’argument.....	48
B. Une question de fait et non de droit	48
C. L’insuffisance de l’argument purement sociologique	51
Chapitre 1 – Le concept de droit.....	57
Section 1. Le rejet du positivisme kelsénien et du normativisme	57
§ 1. Le postulat	57
§ 2. La critique du postulat	58
Section 2. Le rejet des théories réalistes	62
§ 1. Le droit fruit de l’histoire ou de la société	62
A. Présentation	63
B. Appréciation.....	65
§ 2. Le juge comme source unique du droit.....	67
A. Présentation de la théorie réaliste de l’interprétation	67
1. Une théorie réaliste	67
2. Une théorie de l’interprétation	69
B. Le perfectionnement de la théorie réaliste de l’interprétation	71
C. Les excès de la théorie réaliste de l’interprétation	73
1. Une théorie irréaliste	73
2. Une théorie inutile	78
Section 3. Le choix du critère de la justiciabilité	80
§ 1. Etablissement du critère	80
§ 2. Promotion du critère	84
A. Justiciabilité et philosophie du droit	84
1. Justiciabilité, droit naturel et positivisme	85
2. Droit et justice	88
B. Justiciabilité et sources du droit.....	91
§ 3. Mise à l’épreuve du critère.....	92
A. Objection quant à l’absence de juge.....	93
B. Objection quant au rôle du juge.....	94
Conclusion du Chapitre.....	100
Chapitre 2. Le concept de règle	101
Section 1. Structure de la règle et justiciabilité	101
Section 2. Règle et décision	103

Conclusion du Chapitre	107
Conclusion du Titre	108
Titre II – La reconnaissance de la jurisprudence comme règle de droit ..	109
Chapitre 1. La reconnaissance par le législateur	110
Section 1. L’absence de reconnaissance expresse dans la loi	110
Section 2. L’existence d’une reconnaissance tacite par le législateur	113
§ 1. Une reconnaissance tacite	114
A. L’anéantissement de la jurisprudence	114
B. La préservation de la jurisprudence	115
§ 2. Une reconnaissance insuffisante	118
Conclusion du Chapitre	120
Chapitre 2. La reconnaissance par les juges	121
Section 1. La reconnaissance par les juges extérieurs à la Cour de cassation ...	122
Section 2. La reconnaissance indirecte par la Cour de cassation	126
Section 3. La reconnaissance directe par la Cour de cassation	127
§ 1. La reconnaissance de la jurisprudence comme élément de persuasion ..	127
§ 2. La reconnaissance du changement de jurisprudence	128
§ 3. La modulation de la rétroactivité d’un revirement	130
Conclusion du Chapitre	135
Chapitre 3. La force de la reconnaissance populaire	136
Conclusion du Chapitre	139
Conclusion du Titre	140
<i>Conclusion de la Première partie</i>	<i>141</i>
<i>Partie II – Le fondement de la rétroactivité jurisprudentielle.....</i>	<i>143</i>
Titre I – L’absence de nécessité de la rétroactivité jurisprudentielle.....	145
Chapitre 1 – Le rejet de la théorie naturaliste.....	146
Section 1. La rétroactivité naturelle des règles de droit	146
Section 2. L’absence de rétroactivité jurisprudentielle	149
§ 1. L’absence involontaire.....	150
§ 2. L’absence volontaire.....	151
A. L’absence d’erreur de droit suite à un changement rétroactif de la règle applicable.....	152
B. L’absence de remise en cause de la doctrine de la Cour de cassation suite à un revirement.....	156
Section 3. La rétroactivité potentielle des revirements.....	158
Conclusion du Chapitre	161
Chapitre 2 – Le rejet de la théorie mécaniste.....	162
Section 1 – Les lacunes de la théorie mécaniste	162
Section 2 – Le fondement de la rétroactivité juridictionnelle	165
§ 1. Le choix du droit applicable par le juge	165
§ 2. Rétrospectivité et rétroactivité juridictionnelles	167
Conclusion du Chapitre	169

Conclusion du Titre	170
Titre II – L’assimilation de la création à l’interprétation jurisprudentielles	171
Chapitre 1 – L’explication technique : l’incorporation de la jurisprudence à la norme interprétée.....	172
Section 1 – Pertinence de l’incorporation.....	172
§ 1. Vertus explicatives	172
§ 2. Nécessité constitutionnelle.....	175
Section 2 – Insuffisances de l’incorporation.....	178
§ 1. Incorporation et création jurisprudentielle.....	179
§ 2. Incorporation et unicité de l’interprétation	181
Conclusion du Chapitre.....	187
Chapitre 2 – La justification juridique : la prohibition des arrêts de règlement.....	188
Section 1 – L’encadrement de l’office du juge	188
§ 1. Article 5 du Code civil et interdiction de légiférer.....	188
A. Approche historique de l’arrêt de règlement.....	189
B. Signification actuelle de l’article 5 du Code civil	193
1. Arrêt de règlement et relativité de l’autorité de chose jugée	193
2. L’interdiction de poser une règle de droit abstraite et permanente ..	196
§ 2. Article 4 du Code civil et création par voie de coutume	199
A. Complémentarité des articles 4 et 5 du Code civil	199
B. Légitimité et absence de rétroactivité de la création jurisprudentielle .	201
Section 2 – La naissance de la rétroactivité.....	207
§ 1. Soumission de la Cour de cassation à l’article 5 du Code civil	207
A. Un organe para-législatif.....	208
B. Un organe juridictionnel	212
1. La Cour de cassation, un juge	212
2. La Cour de cassation, juge du litige	216
a. Le recours en cassation, voie d’achèvement du procès	216
b. L’image juridictionnelle de la Cour de cassation	218
C. Un organe hybride	220
§ 2. De la déclarativité à la rétroactivité jurisprudentielle.....	224
Section 3 – L’ambiguïté du rôle la rétroactivité jurisprudentielle	227
§ 1. La contrainte de la rétroactivité	228
§ 2. La rétroactivité exploitée	230
A. Illustrations	231
B. Appréciation.....	233
Conclusion du Chapitre.....	239
Conclusion du Titre	240
<i>Conclusion de la Deuxième partie</i>	<i>241</i>
<i>Partie III – Les remèdes à la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle</i>	<i>243</i>
Titre I – Remèdes et sécurité juridique	245

Chapitre 1 – La contre-productivité des moyens d’annonce	248
Section 1. L’inutilité des moyens d’annonce	248
Section 2. La nocivité des moyens d’annonce	250
Conclusion du Chapitre	252
Chapitre 2 – La modulation de la rétroactivité	253
Section 1. L’alternance des modulations	253
§ 1. La modulation de la rétroactivité jurisprudentielle uniquement	254
A. La modulation totale de la rétroactivité jurisprudentielle	254
1. Présentation théorique	254
2. Pratique de la Cour de cassation	254
a. Revirement suite à un revirement d’anticipation	255
b. Revirement suite à un arrêt de provocation	259
3. Appréciation	259
B. La modulation limitée de la rétroactivité jurisprudentielle	260
§ 2. La modulation de la rétroactivité juridictionnelle uniquement	262
Section 2 – Le cumul des modulations	265
§ 1. L’efficacité du cumul des modulations	266
A. La modulation au cas par cas	266
B. L’absence totale de rétroactivité	268
§ 2. L’imposition du cumul des modulations	268
§ 3. L’adoption volontaire du cumul des modulations	269
A. Le principe de la modulation en cas de privation de l’accès au juge ...	270
B. Le champ d’application du principe : uniquement la privation de l’accès au juge	275
C. L’exception au principe de modulation : l’obligation de concentration des moyens	278
Conclusion du Chapitre	281
Chapitre 3 – Le recours à la loi	282
Section 1. Le recours indirect	282
Section 2. Le recours direct	285
Conclusion du Chapitre	289
Conclusion du Titre	290
Titre II – Remèdes et ordre juridique idéal	291
Chapitre 1 – Présentation de l’ordre juridique idéal	292
Section 1 – La question de la démocratie et de l’élaboration des règles de droit	292
Section 2 – La réponse du libéralisme	295
§ 1. La pertinence de la réponse libérale	295
§ 2. Le fondement de la réponse libérale	298
§ 3. Le contenu de la réponse libérale : la complémentarité des sources du droit	302
Conclusion du Chapitre	307
Chapitre 2 – Le maintien de la fonction actuelle de la Cour de cassation	308
Section 1 – Le maintien de la prohibition des arrêts de règlement	308
Section 2 – Le maintien du caractère hybride de la Cour de cassation	310

Conclusion du Chapitre.....	313
Chapitre 3 – L'accueil du référé législatif.....	314
Section 1 – L'institution du référé législatif : le référé-suggestion	314
§ 1. La justification du référé-suggestion.....	314
A. Les défaillances de la loi.....	314
B. L'insuffisance des moyens de la Cour de cassation.....	318
1. L'impossibilité politique d'effectuer un revirement	319
2. L'impossibilité pratique d'inviter le législateur à intervenir	320
C. Dimension historique du référé législatif	323
§ 2. La technique du référé-suggestion	325
A. La réforme de la Constitution.....	325
B. La réforme du Code de l'organisation judiciaire.....	330
C. La réforme du Code civil	333
Section 2 – La perfection des méthodes de la Cour de cassation	334
§ 1. Pour une diffusion plus large des travaux préparatoires	335
A. Le risque des opinions séparées quant à la sécurité juridique	335
B. Le risque de l' <i>amicus curiae</i> quant à la complémentarité du juge et du	
législateur.....	339
§ 2. Le maintien du système de publication des arrêts	342
A. La nécessité d'une hiérarchie des arrêts de la Cour de cassation	342
1. Hiérarchisation et sécurité juridique.....	342
2. Hiérarchisation et référé-suggestion	343
B. La publication comme moyen efficace de hiérarchisation des arrêts ...	344
§ 3. L'amélioration de la motivation.....	348
A. La finalité de l'amélioration : promouvoir la création jurisprudentielle	
par voie coutumière	348
B. Le maintien des contraintes rédactionnelles	354
C. L'absence de réforme textuelle.....	356
Section 3 – La perfection de l'ordre juridique : l'indemnisation du perdant.....	357
§ 1. Le créancier de l'indemnisation : définition du perdant	358
§ 2. L'ordonnateur de l'indemnisation : la Cour de cassation.....	361
§ 3. Le débiteur de l'indemnisation : un fonds d'indemnisation	361
Conclusion du Chapitre.....	365
Conclusion du Titre	367
Conclusion de la Troisième partie	368
Conclusion	369
Bibliographie des documents cités	371
Annexe : évolution du nombre de revirements 1999-2013.....	397
Index.....	401
Tables des matières.....	405



Résumé

La rétroactivité étant un mode d'application d'une règle de droit dans le temps, il convient de se demander en premier lieu si le juge crée des règles de droit afin de savoir si la jurisprudence est rétroactive ou seulement déclarative. Pour répondre à cette interrogation, il a paru nécessaire de définir la règle de droit comme la règle ayant vocation à être utilisée par un juge pour trancher un litige. Puis, pour savoir si plus précisément le juge posait de telles règles de droit, il a été fait recours aux règles de reconnaissance de Hart, invitant à regarder l'attitude du législateur, du juge et du peuple pour voir si la jurisprudence était considérée comme source du droit. La réponse est affirmative en ce qui concerne celle de la Cour de cassation.

Il devient alors nécessaire en deuxième lieu de s'interroger sur la cause de cette rétroactivité. La théorie naturaliste, soutenant que toute règle de droit est naturellement rétroactive, et la théorie mécaniste, expliquant la rétroactivité par la nécessité pour le juge d'appliquer la règle créée au litige qui lui est soumis, ont paru devoir être écartées. Le fondement de la rétroactivité serait la théorie de l'incorporation, dont l'application aux créations jurisprudentielles et aux changements d'interprétation serait justifiée par la prohibition des arrêts de règlement.

Dès lors, et en troisième lieu, comment lutter contre l'insécurité juridique produite par la rétroactivité jurisprudentielle ? Deux solutions paraissent efficaces : soit permettre à la Cour de cassation de rendre des arrêts de règlement, soit introduire une sorte de référé législatif permettant à la Cour de cassation de demander au législateur de modifier la norme, plutôt que d'opérer un revirement rétroactif. Puisqu'il nous paraît opportun de conserver une complémentarité entre la loi et la jurisprudence, seule la création d'un référé-suggestion semble être une solution satisfaisante au problème de la rétroactivité de la jurisprudence.

Descripteurs : Arrêt de règlement. Déclarativité. Incorporation. Jurisprudence. Modulation. Office du juge. Référé législatif. Rétroactivité. Sécurité juridique. Source du droit.

Title and Abstract

The retroactivity of the case law. Study on the legal certainty in French private law.

As retroactivity constitutes an application process of the law in time, it is worth first asking whether a judge's rulings are considered as a rule of law whether such case law is retroactive or declarative. To answer this question, it seemed necessary to define the rule of law as the rule that is intended to be used by a judge to settle a dispute. Then, to check whether the judge do make such rules of law, the Hart recognition rules were applied, inviting us to look at the attitude of the legislator, the judge and of the people to see if case law was considered as a source of law. The answer is yes with respect to the French Supreme Court's case law (Cour de cassation).

It then becomes necessary to question the cause of this retroactivity. The naturalistic theory, which provides that any rule of law is naturally retroactive; and the mechanistic theory which justifies retroactivity by the need for the judge to apply the rule created by its ruling to the dispute brought before him had to be excluded. The basis of retroactivity would be the incorporation theory, the application of which to case law as well as to changes in interpretation would be justified by the prohibition of regulatory judgements (arrêts de règlement).

Therefore one may wonder how to avoid the legal uncertainty produced by the retroactivity of case law ? Two solutions seem to be effective: either to enable the French Supreme Court to make regulatory judgements, or to introduce a kind of legislative summary proceedings enabling the French Supreme Court to request from the legislator to amend the rule, instead of creating a retroactive overruling decision. As it seems appropriate to maintain the complementarity between statutory law and case law, the creation of a legislative summary proceeding appears to be the only satisfying solution to the case law retroactivity issue.

Keywords : Regulatory judgments. Declarativity. Incorporation. Case Law. Modulation. Office of the judge. Legislative summary proceeding. Retroactivity. Legal certainty. Sources of law.
