Université de Franche-Comté – Besançon

Faculté de droit

Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation

Thèse pour le doctorat en droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 15 décembre 2011 par

Maïwenn TASCHER

Directeur de recherches :

M. Emmanuel DREYER, Professeur à l'Université de Paris XI

Membres du jury :

M. Christophe ALLEAUME, Professeur à l'Université de Caen

M. Jean-René BINET, Professeur à l'Université de Franche-Comté

M. Hubert BOSSE-PLATIERE, Professeur à l'Université de Bourgogne

M^{me} Nathalie MARTIAL, Professeur à l'Université de Franche-Comté

2011

Université de Franche-Comté – Besançon

Faculté de droit

Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation

Thèse pour le doctorat en droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 15 décembre 2011 par

Maïwenn TASCHER

Directeur de recherches :

M. Emmanuel DREYER, Professeur à l'Université de Paris XI

Membres du jury :

M. Christophe ALLEAUME, Professeur à l'Université de Caen

M. Jean-René BINET, Professeur à l'Université de Franche-Comté

M. Hubert BOSSE-PLATIERE, Professeur à l'Université de Bourgogne

M^{me} Nathalie MARTIAL, Professeur à l'Université de Franche-Comté

2011

L’Université n’entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions contenues dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

Que Monsieur le Professeur E. DREYER trouve ici l’expression de ma gratitude la plus vive pour sa grande disponibilité et ses conseils avisés.

Merci aux enseignants-chercheurs, doctorants et employés de la bibliothèque de la faculté de droit de Besançon qui ont apporté un soutien, direct ou indirect, à ce travail.

Sommaire

INRODUCTION.....13

PARTIE 1 : LA POSSIBILITE DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE 52

Titre 1 : L'approche contemporaine des revirements de jurisprudence..... 54

Chapitre 1 : Le préalable aux revirements de jurisprudence..... 56

Chapitre 2 : Les revirements de jurisprudence : source du droit..... 151

Titre 2 : Les problèmes engendrés par les revirements de jurisprudence.... 179

Chapitre 1 : L'impalpable notion de sécurité juridique..... 181

Chapitre 2 : Les revirements de jurisprudence confrontés à l'exigence de la sécurité juridique..... 204

PARTIE 2 : L'ENCADREMENT DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE..... 248

Titre 1 : Les possibilités d'amélioration des techniques d'encadrement actuelles des revirements de jurisprudence..... 251

Chapitre 1 : L'encadrement des revirements de jurisprudence au travers de la décision 253

Chapitre 2 : L'encadrement des revirements de jurisprudence extérieur à la décision 282

Titre 2 : Le revirement pour l'avenir : le complément des modalités encadrant les revirements de jurisprudence 310

Chapitre 1 : Les conditions de la réalisation de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence..... 312

Chapitre 2 : La procédure de modulation dans le temps des revirements de jurisprudence 358

Conclusion générale..... 389

Liste des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa(s)
APD	Archives philosophiques du droit
art.	Article(s)
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
c.civ.	Code civil
ccl.	Conclusion(s)
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
chron.	Chronique(s)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CPC	Code de procédure civile
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz (depuis 1945) et recueil Dalloz-Sirey (depuis 1965)
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789
dir.	Direction
DP	Dalloz périodique
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948
éd.	Edition
ex.	Exemple
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IR	Informations rapides

JCP G.	Juris-Classeur périodique, édition générale (la Semaine Juridique)
JORF	Journal officiel de la République française
jur.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro(s)
obs.	Observations
op. cit.	Opere citato
p.	Page(s)
préc.	Précité
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.D.U.S.	Revue de droit de l'université de Sherbrooke (Canada)
RDP	Revue de droit public
RDT Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rec.	Recueil
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit civil
RLDC	Revue Lamy Droit civil
s.	Suivant((e)s)
soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	Spécialement
t.	Tome
trad.	Traduction, traduit
V°	Voir

Introduction

1. Le revirement de jurisprudence est une notion qui depuis plus d'un siècle a fait couler beaucoup d'encre. La recherche de ces termes dans les bases de données juridiques permet de comprendre l'ampleur du phénomène et d'appréhender la multitude de travaux portant sur le sujet, que ce soit au travers d'ouvrages[1], de thèses[2], d'articles[3], de rapports[4] ou de colloques[5].

2. L'acceptation de la jurisprudence comme source du droit a entraîné de nouvelles réflexions portant entre autres, sur les revirements de jurisprudence. Ces questionnements ne se sont pas limités au domaine du droit privé. En effet, les auteurs publicistes[6] sont également nombreux à s'interroger sur le phénomène. Cependant, en raison de la nature spécifique de l'ordre administratif[7], les théories portant sur la jurisprudence et donc, sur son revirement, s'avèrent différentes[8]. Notre étude se limitera aux revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, exception faite de

---

[1] Par exemple, K. LUCAS-ALBERNI, F. SUDRE (dir.), *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Droit et Justice, Bruylant, 2009.

[2] Par exemple, O. SALVAT, *Le revirement de jurisprudence, Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl., Paris II, 1983.

[3] Par exemple, C. MONTFORT, « Application immédiate d'un revirement de jurisprudence », *D.* 2005 p. 878 ; X. LAGARDE, « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », *JCP G.* 2009, 237 ; J.-F. CASILE, « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », *RRJ* 2004-2, p. 639.

[4] Par exemple, 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, coll. Les rapports officiels, 2004, p. 35 et s., : proposition visant à permettre au juge social de maîtriser la temporalité des effets de ses décisions opérant un revirement de jurisprudence.

[5] Par exemple, *Le revirement de jurisprudence en droit européen et comparé*, Colloque, CEE-Univ. Lyon 3, 22-23 novembre 2010, Université Jean Moulin Lyon 3.

[6] Par exemple, H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 - Conseil d'Etat et Tribunal des conflits*, LGDJ, 1999.

[7] J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 22ème éd., 2008, p. 6 et s. : le juge administratif a pour mission de trancher les litiges entre l'administration et les particuliers. Or, l'administration est soumise à des règles dérogatoires au droit commun. Le droit administratif a longtemps été considéré comme un droit jurisprudentiel même si aujourd'hui cela est plus discuté ; V° F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA* 2005, p. 637 et s.

[8] S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974.

la matière pénale[9] en raison des principes dirigeants cette dernière et qui lui sont propres.

3. Notre étude va ainsi s'attacher à cerner la notion de revirement de jurisprudence et ses implications. A titre liminaire, il convient de définir la jurisprudence car il n'y a pas de revirement possible s'il n'y a pas de jurisprudence (I). De ce fait, il convient également d'étudier la mission du juge de cassation en tant qu'auteur de la jurisprudence. La conception classique de la mission du juge de cassation a longtemps perduré et a laissé une empreinte dont il est aujourd'hui difficile de se défaire (II). Cependant, ayant évolué, elle a entraîné de nouveaux questionnements quant à la jurisprudence et ses revirements (III).

I) La notion de revirement de jurisprudence

4. La notion de jurisprudence est difficile à cerner[10]. Au cours de l'histoire, et encore actuellement, la jurisprudence a reçu différentes acceptions.

5. A l'époque de la Rome antique, la jurisprudence va résulter de l'activité des *jurisconsultes*[11] qui délivrent des consultations, dans le cadre de procès et ce, afin d'éclairer le juge. Les *jurisconsultes* sont considérés comme des *prudents* car ils disposent des connaissances, des qualités pour dire le droit. Ils sont ainsi reconnus comme une source du droit. La procédure qui se déroulait en deux étapes va évoluer : le prêteur qui ne s'occupait que de la demande sur le fond va désormais également s'occuper de la demande sur la forme. Il va ainsi s'affranchir des *jurisconsultes* et

[9] Principe de la légalité des délits et des peines : *nullum crimen, nulla poena sine lege* ; V° également les articles 5 et 8 de la DDHC et 111-3 du code pénal.
[10] C. ATIAS, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTD Civ.* 2007, p. 23.
[11] Les *jurisconsultes* sont des praticiens du droit.

créer lui-même du droit[12] au travers d'édits. Par conséquent, les *jurisconsultes* ne sont plus les seules sources du droit. Vont ainsi apparaître des règles de droit d'origine prétorienne. Le rôle des *jurisconsultes* va évoluer pour remplir peu à peu le rôle de la doctrine. Commentant les précédents, ils vont, au travers de leurs travaux, faire ressortir des solutions dégagées par le prêteur[13], un droit cohérent. Le droit prétorien va ainsi acquérir force de loi permettant une unification de la pratique judiciaire. Cependant, si le prêteur peut aménager le droit il ne peut aller à l'encontre de l'Edit. A partir du III^{ème} siècle, le prêteur va perdre ses prérogatives au profit du juge. Les *jurisconsultes* et les prêteurs vont alors former la doctrine.

6. Le droit franc est marqué par une transmission orale. Les rachimbourgs, experts intégrés aux jurys, lors des jugements, déclamaient le droit. De plus en plus sollicités, ils vont se spécialiser et va ainsi se constituer « une mémoire des précédents »[14]. Cependant, la conservation étant orale, il n'en reste que peu de traces aujourd'hui. Plus tard, des recueils de coutumes vont apparaître dans le but de servir de preuve concernant l'existence de ces dernières. Vont également être publiées des compilations d'arrêts[15].

7. Avec la monarchie absolue, les sources du droit furent profondément bouleversées. Le droit non écrit fut progressivement codifié, les coutumes devenant des lois. L'étude des décisions juridictionnelles allait alors laisser la place à l'étude des lois. L'école moderne du droit naturel[16] influença ainsi la méthode et l'esprit juridique, provoquant un glissement du sens de la jurisprudence qui devint alors la jurisprudence des arrêts. En effet, les docteurs se conduisaient plus comme des législateurs que comme des *jurisconsultes*. Cette évolution allait avoir pour conséquence de faire disparaître petit à petit la coutume orale. L'écrit se répandit.

---

[12] Le droit prétorien se définit comme « le droit que les prêteurs ont introduit pour seconder, suppléer ou corriger le droit civil » : PAPINIEN, Digeste, 1, 7, 1. On retrouve cette idée avec les règles issues de l'*equity* venant corriger les règles de droit trop strictes dans les régimes de *common law*.
[13] Ce dernier, va peu à peu perdre ses pouvoirs au profit de fonctionnaires rendant la justice au nom de l'Empereur.
[14] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 20.
[15] *Les coutumes notoires du Châtelet* (depuis 1300), *Les questions de J. LE COQ* (XIV^{ème} siècle)…
[16] DUMOULIN, DOMAT, POTHIER…

Les précédents allaient ainsi plus aisément être diffusés au travers des travaux des praticiens.

8. Les arrêts des Parlements allèrent également évoluer. Alors, qu'initialement, ils avaient pour but d'administrer, par la suite ils permirent de rendre la justice. Le roi ordonna, en 1454, la rédaction de toutes les coutumes de France[17]. Ces dernières furent déclarées lois perpétuelles en 1494. Cela entraîna la diminution des pouvoirs des Parlements qui se devaient désormais, de les respecter. Les coutumes furent réformées au XVI^{ème} siècle en s'inspirant de la doctrine et de la pratique judiciaire. Le pouvoir législatif du roi s'accrût. Les juges se devaient désormais de respecter les ordonnances de ce dernier[18], ils ne pouvaient ni les modifier ni les adapter.

9. Etymologiquement, jurisprudence vient du latin *jurisprudentia* : *jus, juris* qui veut dire « droit » et *prudentia*, « connaissance ». La jurisprudence est donc la science du droit. La jurisprudence était toujours considérée ainsi lorsque le code civil fut adopté. En effet, dans le *Discours préliminaire* sur le projet du code civil, PORTALIS écrivait : « dans l'état de nos sociétés il est trop heureux que la jurisprudence forme une science (…). Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et défendre eux-mêmes »[19].

Les révolutionnaires, désirant mettre fin aux abus des Parlements, avaient pour volonté de priver de tout pouvoir de création les juges, estimant que la seule source de droit devait être la loi.

10. Au milieu du XIX^{ème} siècle, la définition de la jurisprudence est toujours la même puisque DEMOLOMBE[20] estime qu' « on emploie (le terme droit) comme

---

[17] Ordonnance de Montil-Lès-Tours, avril 1454.
[18] Le roi avait la possibilité de déclarer nulles des décisions de justice et de renvoyer l'affaire devant un autre juge.
[19] PORTALIS, *Discours préliminaire de premier projet de Code civil*, http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.doc, p. 14.
[20] DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, 2ème éd., 1860, t. 1, n°13.

synonyme de jurisprudence ; c'est ainsi qu'on dit : étudier le droit ou la jurisprudence, c'est-à-dire la science du droit, des lois ».

11. Aujourd'hui, la notion de jurisprudence est plus limitative. Elle emporte deux définitions principales.

La jurisprudence peut-être entendue comme l'ensemble des décisions rendues par les juridictions nationales (Conseil d'Etat, Cour de cassation…) ou internationales (Cour européenne des droits de l'Homme, Cour de justice de l'Union européenne…). Le terme est entendu ici au sens large et personnifie l'action des différentes juridictions.

La jurisprudence peut également être entendue d'un point de vue plus étroit. Elle sera alors considérée comme l'ensemble des décisions rendues dans une branche du droit (jurisprudence publique, jurisprudence privée…) ou dans une matière précise (jurisprudence pénale, jurisprudence commerciale…) ou concernant un point de droit précis (la répétition de l'indu…). Dans cette acception de la jurisprudence, il s'agit d'englober les solutions connues et utilisées par les juridictions pour trancher tel ou tel point de droit dans telle ou telle situation juridique. Ces décisions allant toutes dans le même sens vont constituer une jurisprudence. On retrouve cette idée avec la compilation, en fonction de la matière, des plus importants arrêts dans des recueils de jurisprudence.

12. Certains auteurs sont revenus aujourd'hui à une définition large et ancienne de la jurisprudence. Ainsi, le Professeur LOMBARDI VALLAURI définit « la jurisprudence comme une science pratique du droit »[21]. L'auteur englobe ainsi tous les participants du droit au sens large, c'est-à-dire « les juristes, les experts en droit : qu'ils soient législateurs, administrateurs publics ou privés, juges, avocats, notaires, consultants, professeurs… ». L'auteur ne prend pas en considération les personnes ayant formellement la possibilité de dire le droit, « mais le phénomène de l'investiture intellectuelle à dire le droit avec l'autorité-considération, avec l'autorité

[21] L. LOMBARDI VALLAURI, *Jurisprudence*, *APD* 1990, n° 35, p. 191 et s.

d'ascendant qui découle de la connaissance, avec efficacité persuasive ». Cette notion ne coïncide donc pas avec celle de doctrine au sens purement professoral.

Selon le professeur JESTAZ, la jurisprudence doit avoir une reconnaissance populaire, c'est-à-dire une reconnaissance émanant d'une communauté de juristes dont le « noyau se compose de juristes professionnels : magistrats, avocats, notaires, etc.…, sans oublier les gens de doctrine ». Gravitent autour de ce noyau dur « les juristes des entreprises intéressés à l'affaire, les organisations professionnelles, des praticiens non spécialisés dans la pratique du droit, mais qui côtoient le droit, etc. »[22]. Il semble donc que dans cette acceptation du terme de jurisprudence, la doctrine soit englobée. Cette idée est confortée par le fait que la Cour de cassation évoque dans certaines de ses décisions une « doctrine » de la Cour[23].

Nous ne retiendrons pas ces acceptions de la jurisprudence dans notre étude car elles sont beaucoup trop larges. Nous leur préférerons celles plus limitatives.

13. Aujourd'hui, la jurisprudence est une notion incontournable dans la connaissance du droit. Il en va ainsi, par exemple, des avocats qui ne peuvent simplement s'en tenir à leur connaissance de la loi pour défendre leurs clients. Ils doivent impérativement connaître les différentes jurisprudences ayant trait aux problèmes juridiques qui leur sont soumis.

14. Notre étude ne portera que sur la jurisprudence de la Cour de cassation et ses revirements. En effet, même si les juridictions du fond ont également une jurisprudence qui leur est propre[24], seule celle de la Cour de cassation peut vraiment être considérée comme source du droit[25]. Ces conséquences résultent de la mission particulière de la Cour de cassation qui est de dire le droit. Elle va ainsi imposer son

---

[22] P. JESTAZ, « Réflexion sur un malentendu », *D.* 1997, p. 15.
[23] Cass. soc., 27 octobre 1999, *Bull. civ.*, V, n° 420 ; *RTD Civ.* 2000, p. 197, obs. R. LIBCHABER.
[24] C. LARHER-LOYER, « La jurisprudence d'appel », *JCP G.* 1989, I, 3407.
[25] A. MAZEAUD, « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 387 : « les juges du fond participent à la création jurisprudentielle, dans un mouvement parfois dialectique, comme le révèle le succès des revues régionales de jurisprudence, la force doctrinale à ce niveau. Une orientation générale peut ainsi se dessiner, sans attendre que la question de droit remonte à la Cour de cassation ». Ils ont également la possibilité, à leur niveau, d'opérer des revirements de jurisprudence.

interprétation aux juges du fond afin que la loi soit appliquée uniformément sur le territoire français. La jurisprudence de la Cour de cassation est spécifique en ce qu'elle est issue de la Cour suprême de l'ordre judiciaire et seules les juridictions suprêmes peuvent « exercer la force de la loi » car elles sont « investies d'un pouvoir de cassation »[26].

15. Le revirement de jurisprudence peut être défini comme « l'abandon par les tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient jusqu'alors admise ; (l') adoption d'une solution contraire à celle qu'ils consacraient ; (le) renversement de tendance dans la manière de juger »[27]. Par conséquent, lorsque le juge opère un revirement de jurisprudence, il modifie son interprétation de la loi et le nœud du problème est là. Quelle est la valeur de cette interprétation ? Le juge ne fait-il qu'appliquer la loi ou dans certains cas crée-t-il du droit ? En fonction de la réponse apportée à ces questions, le problème du revirement se pose différemment.

16. « Les revirements de jurisprudence sont liés à la conception normative de la jurisprudence : il n'y a de revirement que s'il y a précédent à modifier ; et il n'y a de précédent que si le jugement n'est pas seulement l'art de trouver, par prudence, la plus juste solution contingente mais s'il véhicule aussi une règle à vocation générale »[28]. Il en résulte que dans l'étude du revirement, nous ne pouvons faire l'économie d'écarter la jurisprudence. En effet, le revirement n'est pas une notion indépendante résultant de mécanismes propres mais fait partie intégrante de la jurisprudence. Ainsi, « il y a revirement de jurisprudence chaque fois que la Cour, à propos d'une affaire, varie dans l'interprétation de la loi qu'elle retenait

---

[26] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 130.
[27] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008, V° *Jurisprudence (revirement de).*
[28] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 123.

jusqu'alors »[29]. Par conséquent, le revirement est un moment clé de la jurisprudence marquant son évolution et entraînant une rupture dans l'ordre juridique[30].

17. Le revirement de jurisprudence peut intervenir dans trois cas de figures[31].

Premièrement, le revirement de jurisprudence peut faire suite à la constatation des juges que la règle jurisprudentielle n'est plus appropriée et que, par conséquent, il convient de la modifier.

Deuxièmement, le revirement de jurisprudence peut être « forcé » suite à une décision de la Chambre mixte ou de l'Assemblée plénière tranchant une divergence d'interprétation au sein des Chambres de la Cour de cassation. La Chambre dont la solution n'a pas été consacrée doit alors se plier à la solution retenue. Ce fut ainsi le cas concernant la définition de l'abus de fonction dans le cadre de la responsabilité des commettants[32]. La deuxième Chambre civile optait pour l'exclusion de la responsabilité du commettant dès lors que le préposé n'avait pas eu l'intention d'agir pour le compte de celui-ci et avait poursuivi un but personnel[33]. Quant à la Chambre criminelle, elle optait pour une définition restrictive et estimait que la responsabilité du commettant était engagée chaque fois que le préposé avait trouvé dans ses fonctions « l'occasion et les moyens de sa faute »[34]. Afin de mettre fin à la discordance qui régnait entre les deux Chambres, les Chambres réunies se sont prononcées, en date du 9 mars 1960[35], en faveur de la Chambre criminelle.

Troisièmement, le revirement peut intervenir « par erreur » lors d'une mauvaise étude des précédents en raison de la surcharge de travail des Conseillers référendaires ou des Conseillers rapporteurs, dans le cadre d'affaires de peu d'importance. Aujourd'hui, ce type d'erreur est quasi inexistant en raison du travail

---

[29] G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *JCP G*. 2004, I, 189.
[30] J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 10.
[31] M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, thèse dactyl., Paris II, 1983, p. 320 et s.
[32] P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, Litec, 2ème éd., 2009, p. 290.
[33] Cass. civ. 2ème, 14 juin 1957, *D.* 1958, p. 53, note R. SAVATIER.
[34] Cass. crim., 20 mars 1958, *Bull. crim.*, n° 280.
[35] Cass. ch. réun., 9 mars 1960, *D.* 1960, p. 329, note R. SAVATIER.

d'aide fourni par le service de documentation de la Cour de cassation et du principe de la collégialité[36]. L'erreur peut également résulter « de précipitations commises en se prononçant avant que le débat soit nourri et que la solution soit mûre »[37] ou lorsque « des magistrats se rendent compte que la solution retenue n'est pas satisfaisante, par exemple parce qu'elle s'articule mal avec l'interprétation donnée à une autre partie du même texte : ils rectifieront leur position à l'occasion d'une autre affaire »[38].

18. L'étude des revirements de la Cour de cassation est complexe car elle fait intervenir de nombreuses discussions portant sur la Cour de cassation, les juges suprêmes et la jurisprudence. La réflexion est d'autant plus compliquée que l'appréhension classique de la jurisprudence s'oppose à ce que les revirements de jurisprudence aient de réels effets. Or, si cette conception est réfutée aujourd'hui, elle avance cependant des arguments qu'il convient de contredire pour réellement appréhender les revirements de jurisprudence.

II) L'appréhension classique des revirements de jurisprudence

19. Classiquement, les revirements de jurisprudence n'ont un effet circonscrit qu'au litige ayant donné lieu à leur réalisation. Ceci tient au rôle que l'on confère classiquement au pouvoir judiciaire dans le cadre de la théorie de la séparation des pouvoirs (A) et plus spécialement au juge de cassation dont les pouvoirs ont évolué (B). Cependant, malgré cette évolution le juge n'est pas regardé comme source du

---

[36] J.-L. AUBERT, « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 24 : « S'il peut arriver - c'est en pratique exceptionnel - qu'un Conseiller rapporteur passe à côté d'un précédent, il se trouve toujours au moins un opinant, sans parler de l'Avocat général dans ses conclusions, pour alerter d'un risque de revirement et intégrer cet élément à la réflexion de la Chambre ».

[37] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 124.

[38] Y. CHARTIER, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 152.

droit que ce soit par les auteurs classiques (C) ou les auteurs modernes (D). Par conséquent, si l'on s'en tient à l'approche classique des revirements de jurisprudence, ces derniers n'emportent pas de réelles conséquences dont il convient de se préoccuper.

A) La place attribuée classiquement au pouvoir judiciaire au sein de la théorie de la séparation des pouvoirs

20. Empreint des idées révolutionnaires, le rôle de la Cour de cassation est initialement compris *stricto sensu*. En effet, sous la Révolution, un nouvel ordonnancement des institutions est mis en place sur la base de la théorie de la séparation des pouvoirs[39]. Cette dernière trouve ses racines en Grèce antique et sera repensée par différents auteurs[40] à travers les âges. MONTESQUIEU, reprenant les travaux de LOCKE[41], va adapter cette théorie en y introduisant le pouvoir judiciaire. Il prône ainsi la séparation du pouvoir en trois « puissances », trois fonctions : la fonction législative (édiction des règles générales), la fonction exécutive (exécution des règles générales) et la fonction juridictionnelle (règlement des litiges). A chaque

[39] La théorie de la séparation des pouvoirs fait l'objet de réflexions depuis des temps anciens. ARISTOTE, dans *La politique* (Bibliothèque des textes philosophiques, Librairie philosophique J. Vrin, 1995), distingue trois parties de l'Etat : l'Assemblée générale (qui équivaut au Parlement), le corps des magistrats (qui équivaut au gouvernement) et le corps judiciaire. Cependant, les travaux d'ARISTOTE ne conduisent qu'à une simple distinction des composantes de l'Etat, à une simple distinction fonctionnelle. En effet, les pouvoirs ne sont pas séparés puisque les membres de l'Assemblée peuvent siéger au tribunal et les magistrats jugent en même temps qu'ils siègent à l'Assemblée. Au XVII^{ème} siècle, LOCKE, va dégager trois pouvoirs au sein de l'Etat : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif (qui mène les relations internationales). Ses travaux vont être repris par MONTESQUIEU (*De l'esprit des lois*, livre XI ch. 6, « De la Constitution d'Angleterre ») qui constate que « pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » car « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ». En effet, « tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exercer des résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différents des particuliers ».

[40] ARISTOTE (384-322 av. J.-C.), LOCKE (1532-1704), MONTESQUIEU (1689-1755), ROUSSEAU (1712-1778), l'Abbé SIEYES (1748-1836), A. EISMEIN (1848-1913), L. DUGUIT (1859-1928), R. CARRE DE MALBERG (1861-1935)…

[41] J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. Mazel, Paris, Garnier-Flammarion, 1992.

fonction correspond un pouvoir : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Et à chaque pouvoir correspondent des institutions différentes[42]. Le pouvoir judiciaire est ainsi exercé par les différentes juridictions de l'ordre judiciaire avec une place prépondérante pour la Cour de cassation. Pour MONTESQUIEU, le pouvoir judiciaire doit être nécessairement à distinguer des deux autres pouvoirs car « il n'y a point (…) de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutoire »[43]. Cependant, cet auteur n'envisageait pas le pouvoir judiciaire tel qu'il existe de nos jours : il proposait que les magistrats soient des gens du peuple ne siégeant pas de façon permanente. Il estimait que leur rôle était simplement de dire le droit en se fondant sur la loi : « 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 une société sans savoir précisément que l'on y contracte (…). Les juges de la nation ne sont que la bouche, qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer la force, ni la rigueur»[44]. Cependant, à la Révolution, les propositions de MONTESQUIEU ne seront pas appliquées strictement : les révolutionnaires vont mettre en place des tribunaux fixes, composés de juges élus, marquant ainsi la fin des offices.

21. L'intérêt de cette théorie[45] réside dans le fait que chaque pouvoir est indépendant vis-à-vis des deux autres. Cette indépendance qui, certes, ne peut être totale, doit être la plus large possible. Il doit y avoir un équilibre entre les pouvoirs afin qu'il ne s'en trouve pas un supplantant les autres[46]. Cet équilibre va avoir pour

---

[42] Le pouvoir législatif est confié aux assemblées représentatives qui sont en France l'Assemblée nationale et le Sénat. Le pouvoir exécutif est confié au chef de l'Etat (dans notre cas, le Président de la République), voire au chef du gouvernement et aux ministres.

[43] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, liv. XI, Ch. 6, « De la Constitution d'Angleterre ».

[44] MONTESQUIEU, *op. cit.*

[45] La théorie de la séparation des pouvoirs présente également l'intérêt d'une « spécialisation » des acteurs. En effet, l'exercice de chacune des fonctions de l'Etat nécessite des aptitudes différentes spécifiques qui ont plus de chance de se concrétiser dans des institutions spécialement conçues pour chaque fonction.

[46] M. TROPER, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme, Mélanges offerts à J. Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 829 : « Dans l'acceptation commune, la séparation des pouvoirs est une organisation de l'Etat dans laquelle

conséquence qu'un pouvoir ne puisse s'emparer d'une souveraineté n'appartenant qu'au peuple et ainsi, éviter tout abus que la concentration en une seule main entraînerait certainement. Aussi, afin d'empêcher le retour de l'absolutisme, les révolutionnaires ont intégré dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen un article 16 disposant que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

22. Si les révolutionnaires ont consacré la théorie de la séparation des pouvoirs[47], c'était afin d'unifier et de transformer le droit mais également en raison de la méfiance qu'ils ressentaient vis-à-vis des magistrats suite aux abus perpétués par les Parlements[48] de l'Ancien régime, interférant dans la sphère législative[49]. Ils entendaient, ce faisant, limiter strictement le rôle du juge[50] et par conséquent, l'importance de la jurisprudence. Les remarques à son encontre étaient d'ailleurs d'une extrême sévérité. Pour ROBESPIERRE, « ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'Ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau ; (il) doit être effacé de notre langue. Dans un Etat, qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence »[51] « et si une autorité autre que celle du législateur pouvait interpréter les lois, elle élèverait sa volonté au-dessus de

---

les organes sont spécialisés et mutuellement indépendants de telle manière qu'ils puissent se limiter les uns les autres, se faire équilibre et garantir ainsi la préservation de la liberté ».

[47] Article 22 de la Déclaration des droits de la Constitution l'An III (1795).

[48] Les Parlements ont, certes, commis des abus mais ils sont également les principaux acteurs d'un droit plus adapté et plus juste sous l'impulsion des *jurisconsultes* tels que DUMOULIN ou DOMAT : J. IMBERT, *Histoire du droit privé, Que sais-je*, PUF, 1950, p. 75.

[49] Les Parlements ont la possibilité de refuser d'enregistrer les édits, les ordonnances et les lettres patentes émanant du roi et de faire des remontrances. Si les Parlements refusent d'enregistrer les actes du roi, ce dernier peut se rendre aux Parlements pour effectuer l'enregistrement lui-même. Cependant, même en cas de lit de justice, les Parlements peuvent toujours être réfractaires et refuser d'appliquer le texte royal. Ce qui peut entraîner l'emprisonnement, par le roi, des magistrats insoumis : M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice. Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, Paris, 1960, p. 26 et s.

[50] M. TROPER, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme, Mélanges offerts à J. Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 829 : « Le système juridique repose (...) sur un double présupposé que le droit se confond avec la loi formelle et que les tribunaux ont pour tâche exclusive d'appliquer la loi. Ils ne peuvent par conséquent ni participer à sa confection, ni refuser de l'appliquer sous prétexte qu'elle serait contraire au droit supérieur ».

[51] ROBESPIERRE, discours de la séance à l'Assemblée constituante du 18 novembre 1790, *Archives parlementaires*, 1ère série, t. 20, p. 516, col. I.

celle du législateur »[52]. Pour LE CHAPELIER, « le Tribunal de Cassation, pas plus que les Tribunaux de districts, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions existait dans le Tribunal de Cassation, il faudrait la détruire »[53].

23. Afin d'éviter toute immixtion du pouvoir judiciaire dans la sphère du pouvoir législatif, fut votée la loi des 16 et 24 août 1790 qui disposait, en ses articles 10 et 13, que « les tribunaux ne peuvent prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ni suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le Roi »[54]. Ainsi, il était fait expressément interdiction aux tribunaux judiciaires « de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit »[55]. Le législateur, élu par le peuple, est le représentant de la volonté générale et lui seul peut créer des règles de droit. Par conséquent, le pouvoir judiciaire ne peut s'opposer à ses décisions et ne peut « légiférer »[56] à sa place.

24. Certains textes révolutionnaires, encore d'actualité, renforcent l'idée que seul le législateur peut être source du droit[57]. Tel est le cas de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Inspirés des philosophies humanistes, les révolutionnaires vont consacrer de nouveaux principes[58] tel que la primauté de l'individu. Cette notion apporte un éclairage tout à fait nouveau sur la société et plus particulièrement sur le droit, donnant naissance aux libertés individuelles et à leur

---

[52] ROBESPIERRE, discours de la séance à l'Assemblée constituante du 25 mai 1790, *Archives parlementaires*, 1ère série, t. 15.
[53] LE CHAPELIER, discours de la séance à l'Assemblée constituante du 18 novembre 1790, *Archives parlementaires*, 1ère série, t. 20, p. 517, col. I.
[54] Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ne sont pas soumis, à cette époque, au contrôle du juge. C'est en 1799 que sera institué le Conseil d'Etat. Cette particularité d'une dualité de juridictions a donné naissance à la « conception française de la séparation des pouvoirs ». V° Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *JORF* du 25 janvier 1987, p. 924.
[55] Décret du 16 Fructidor an III (1795).
[56] H. KELSEN , *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, 1997, p. 351 : « légiférer c'est au sens propre établir des règles juridiques générales » ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.
[57] L. HUSSON, « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *RTD Civ.* 1976, p. 439.
[58] J. IMBERT, *Histoire du droit privé, Que sais-je*, PUF, 1950, p. 81.

protection. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen va ainsi préciser dans quel cas il peut leur être porté atteinte et par qui.

En effet, certaines libertés individuelles ne peuvent être conciliées et afin d'éviter l'empiètement des droits des uns sur les autres, il est nécessaire de leur fixer un cadre. Les révolutionnaires, conscients de ce phénomène, définirent la liberté comme le « pouvoir (de) faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »[59]. Ainsi, le rôle du législateur est de mettre en place des règles de droit prohibant les comportements nuisant aux libertés individuelles. Les révolutionnaires ont fixé la mission du législateur et ses limites aux articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » et elle « ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». La loi a ainsi pour but de définir le cadre dans lequel se réaliseront les différentes activités de la société.

Dans le but d'éviter tout risque d'arbitraire, les révolutionnaires n'ont conféré le pouvoir d'encadrer les libertés individuelles qu'au législateur et ce, en tant que représentant du peuple : « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs Représentants, à sa formation »[60]. Le juge n'étant pas le représentant du peuple, il ne peut se substituer à lui : « tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut-être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »[61]. La dernière partie de la phrase est extrêmement importante quant à la répartition des pouvoirs : « nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Par conséquent, ce qui n'est pas interdit par la loi ne peut l'être par le juge. Ce dernier ne peut donc statuer que dans le cadre de la loi et n'a pas la possibilité de fixer lui-même des limites aux droits[62], rôle réservé au législateur. Même si la loi est entendue dans un sens large, il est évident que les révolutionnaires n'envisageaient pas d'inclure dans cette notion la

[59] Article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.
[60] Article 6 Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.
[61] Article 5 Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.
[62] On retrouve cette idée à l'article 29 al. 2 de la DUDH qui dispose que « chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement ».

jurisprudence. Par conséquent, le juge n'est que le gardien des libertés individuelles, il ne peut en être la source[63].

25. La théorie de la séparation des pouvoirs va constituer le socle du nouvel ordre étatique instauré par les révolutionnaires. Cependant, ces derniers n'allaient pas appliquer de manière stricte cette théorie car ils entendaient contrôler l'activité du juge. C'est dans cette optique que fut créé le Tribunal de cassation[64], qui placé sous l'égide du pouvoir législatif, contrôle le respect de la loi par les juridictions. Pour GOUPIL DE PREFELNE « 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 »[65]. Les révolutionnaires vont ainsi faire une entorse à la théorie de la séparation des pouvoirs puisque le pouvoir législatif s'arroge le droit de contrôler le pouvoir judiciaire s'attribuant la possibilité d'annuler les décisions du Tribunal de cassation par le biais de décrets d'annulation.

26. Cependant, cette institution va évoluer et ses pouvoirs vont s'accroître. En créant le Tribunal de cassation les révolutionnaires s'inspirèrent d'une institution née sous l'Ancien régime[66]. A cette période, il n'existait qu'un seul pouvoir concentré entre les mains du roi. Ce dernier institua la cassation au XVI^{ème} siècle en raison de la multiplication des Parlements et des libertés que ces derniers prenaient vis à vis de son autorité[67]. Cette procédure permit au roi de contrôler l'activité des Parlements et de limiter leur pouvoir. Le souverain avait ainsi la possibilité de leur interdire de statuer en contradiction de ses ordonnances et pouvait annuler les arrêts des Parlements pour inobservation ou mauvaise interprétation de ses ordonnances, des

---

[63] F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 2ème éd., 1919, p. 200 : « Pour qu'il en soit ainsi, il faut - étant admise préalablement la séparation des pouvoirs - que ces limites soient établies par la loi écrite positive, et ne puissent résulter d'une autre source, forcément incertaine, sinon arbitraire ».

[64] J.-L. HALPERIN, « Le tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799) », in *Annales historiques de la Révolution française*, 1986, n°263, p. 99.

[65] GOUPIL DE PREFELNE, *Réimpression de l'ancien moniteur*, Paris, 1840, p. 451.

[66] J. F. WEBER, *La cour de cassation*, La documentation française, 2006, p. 13 et s.

[67] M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, thèse dactyl., Paris II, 1983, p. 457 et s.

coutumes ou du droit romain. A cette époque, la cassation était une institution au service du législatif : le roi faisait la loi et les Parlements l'appliquaient[68].

27. Sous la Révolution naquît le Tribunal de cassation « unique et sédentaire auprès du Corps législatif »[69]. Ce dernier fût institué par la loi des 27 novembre et 1er décembre 1790[70]. Il se voyait attribuer le pouvoir d'annuler « toutes procédures dans lesquelles les formules auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ». Pour ROBESPIERRE, cette institution « n'est point le juge des citoyens, mais le protecteur des lois, le surveillant et le censeur des juges»[71].

28. Une procédure spécifique va être instaurée pour permettre au Tribunal de cassation de contrôler les décisions rendues par les juridictions judiciaires. Cette procédure reprenait celle mise en place sous l'Empire romain : lorsque l'empereur était consulté sur une question de droit, il rendait un rescrit, texte de l'autorité impériale ayant force exécutive. Ainsi, lorsqu'il était saisi d'une contestation, le Tribunal de cassation devait rendre une décision. Cette dernière n'avait pas à être obligatoirement suivie pas la Cour d'appel de renvoi. Cependant, s'il y avait résistance de la part des juridictions du fond, la loi était alors considérée comme silencieuse ou obscure. Dans ce cas, le Tribunal de Cassation avait l'obligation de saisir le législateur par le biais d'un référé législatif[72], mécanisme existant sous l'Ancien régime[73]. Le législateur donnait alors son interprétation du texte qui

---

[68] En vertu de l'article 7 du Titre Premier de l'ordonnance de 1667, le roi est, en principe, le seul interprète de la loi.
[69] Séance du 12 août 1790, *Réimpression de l'ancien moniteur*, Paris, 1840, t. 5, p. 375.
[70] M. LESAGE, Les *interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice. Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, Paris, 1960, p. 31 et s.
[71] Cité par A.T.V. DE LAMETH, *Histoire de l'assemblée constituante*, Volume 2, Paris, Moutardier Libraire-éditeur, 1826, p. 415.
[72] Article 12 de la loi des 16 et 27 août 1790 selon lequel, « les tribunaux s'adresseront au Corps législatif, toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle » ; Article 21 de la loi des 27 novembre et 1er décembre 1790 ; Loi du 16 septembre 1807 : le référé législatif devient un référé au gouvernement avec pour but principal de permettre à l'exécutif de contrôler l'interprétation judiciaire. Ce texte sera abrogé par la loi du 1er avril 1837.
[73] Procédure reprise de l'Ancien droit à l'article 7 de l'ordonnance de 1667, confirmée par l'arrêté du Conseil du roi en date du 20 août 1718 : « si dans nos jugements des procès qui seront pendants à nos

s'imposait au juge : « les juges ne sont plus des juridictions, mais de simples administrateurs. Le juge ne dit plus le droit, il exécute des commandements juridiques »[74]. Le référé législatif empêchait ainsi toute interprétation et *a fortiori*, toute création du droit de la part du juge. En effet, la procédure autorisait les juridictions à ne pas suivre la position du Tribunal de cassation mais les obligeait à se soumettre à l'avis du législateur. Ce dernier avait donc le dernier mot, ne permettant pas qu'une jurisprudence puisse se former au sein du Tribunal de cassation.

29. Les limites de la nouvelle institution vont rapidement être atteintes et « l'utopie légaliste révolutionnaire »[75] ne va pas perdurer. En raison de la résistance du Tribunal de cassation, le statut de ce dernier va être progressivement modifié. Sous le Directoire, l'institution s'opposa à plusieurs reprises au pouvoir législatif et affirma une indépendance grandissante. Les décrets d'annulation vont ainsi, être supprimés en l'An III (1795). Par la suite, le recours au référé législatif va rapidement être restreint par le Tribunal de cassation lui-même[76] pour finalement tomber en désuétude sous le coup de l'article 4 du code civil. Il disparaîtra avec les lois du 30 juillet 1828 puis du 1er avril 1837[77].

30. En 1799, le Tribunal de cassation est détaché du « Corps Législatif » et placé « au sommet de l'ordre judiciaire ». Par la loi du 15 floréal an XII (1804), il devient Cour de cassation. Cette dernière acquiert de plus en plus de liberté et d'amplitude dans l'interprétation des textes. Alors qu'elle n'avait initialement que pour mission de casser les décisions pour violation de la loi, elle va étendre son contrôle à d'autres motifs de cassation : fausse interprétation de la loi, insuffisance de motifs… Ainsi, en l'An VII (1799), le Tribunal de cassation fit preuve d'innovation

---

Cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par devers nous pour apprendre ce qui sera notre institution ».

[74] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 50.

[75] M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, thèse dactyl., Paris II, 1983, p. 463.

[76] Tribunal de cassation, 15 floréal an IV : après avoir admis que le référé n'est pas obligatoire pour le juge, le Tribunal de cassation déclara que l'interprétation relève du juge et non du législateur.

[77] M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice. Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, Paris, 1960, p. 59.

puisqu'il sanctionna les contraventions expresses à la loi et la fausse application de cette dernière en matière criminelle mais également civile. C'est à cette période, que l'on assiste à l'essor de la motivation des jugements de cassation et de rejet mais également à une meilleure publicité des décisions. Ces évolutions vont avoir pour conséquence de permettre la diffusion des décisions du Tribunal de Cassation jusqu'aux juridictions du fond et donc d'asseoir ses positions.

31. La procédure de contrôle des juridictions inférieures va être modifiée. La loi du 27 ventôse an VIII (loi du 18 mars 1800) prévoyait qu'après une première cassation, si une seconde décision était attaquée par les mêmes moyens, les chambres réunies devaient trancher. Cette procédure fut instituée afin d'apporter plus de poids à l'interprétation du Tribunal de cassation. Par la suite, grâce la loi du 1er avril 1937, la Cour de cassation va asseoir sa souveraineté. Elle a désormais, la possibilité d'imposer sa décision aux juridictions inférieures puisque au bout de deux renvois, la troisième Cour d'appel à l'obligation de se soumettre à sa décision.

32. L'évolution de la Cour de cassation[78] va être extrêmement rapide puisque moins de cinquante ans après l'instauration du Tribunal de cassation, la juridiction supérieure de l'ordre judiciaire va présenter un visage tout à fait différent de son ancêtre. Cette évolution va d'ailleurs se poursuivre au XXème siècle. Alors qu'elle était initialement instituée pour uniquement contrôler la bonne application de la loi[79] par les juridictions du fond, l'évolution de sa mission va la conduire à interpréter cette dernière et à imposer son interprétation.

---

[78] G. CANIVET, « Préface », in *La cour de cassation*, de J. F. WEBER, La documentation française, 2006, p. 7 : « la Cour de cassation a considérablement évolué. Elle a forgé sa méthode, elle l'a perfectionnée, elle l'a adaptée aux réalités juridiques, économiques et sociales. Ses structures se sont transformées ».

[79] La loi est, dans cette étude, entendue dans un sens large, qu'il s'agisse de la loi *stricto sensu*, d'un règlement, d'une norme supranationale ou de la loi des parties afin de permettre une comparaison des règles jurisprudentielles et des règles légales.

B) Les méthodes d'interprétation classiques de la loi

33. L'évolution de la Cour de cassation était incontournable. Si les pouvoirs de la juridiction suprême étaient restés cantonnés à ceux attribués initialement au Tribunal de cassation, cela aurait abouti à un blocage de l'institution. En effet, la lourdeur et la lenteur de mécanisme obligeaient la Cour de cassation à requérir l'avis du législateur chaque fois qu'une interprétation de la loi s'avérait nécessaire. Par conséquent, les révolutionnaires ont creusé la tombe du Tribunal de cassation, instrument au service du législatif, en même temps qu'ils le faisaient naître.

34. Cependant, malgré l'importante modification des prérogatives du juge de cassation, cette évolution n'aboutit que partiellement. En effet, si la Cour de cassation était allée au bout du processus de son évolution, il lui aurait été reconnu le pouvoir de remédier officiellement aux carences du législateur, ce qui n'est pas le cas puisque son rôle principal est classiquement réduit au contrôle de la bonne application de la loi. « L'interprète n'est plus le grand « tisseur » du réseau juridique qu'il était pendant la saison du *jus commune*, mais un simple verbalisateur d'un sens normatif qui lui vient d'en haut, moulé dans la lettre de la loi. Désormais, ce qui est demandé au juge n'est rien d'autre que de sortir ce droit de l'enceinte de l'écriture législative, afin qu'il puisse féconder la matière passive du fait »[80]. Le juge a pour mission de « trancher, de façon définitive, des contestations portant sur des droits et réaliser ainsi, dans l'espèce litigieuse, la volonté de la loi »[81]. La mission traditionnelle du juge est donc de mettre fin aux litiges qui lui sont soumis « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »[82]. Ainsi, le juge va dire le droit : c'est la *juris dictio.* Il s'agit d' « une fonction étatique qui consiste à découvrir - généralement à la suite d'une contestation, d'un litige, d'un procès - quelle est, parmi les règles de droit préexistantes, celle dont

---

[80] M. VOGLIOTTI, « Penser l'impensable : le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal *in malam partem*. La perspective italienne », in *Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative*, Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2002-2, vol. 26, p. 336.
[81] F. OST, « Juge-pacificateur, Juge-arbitre, Juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformation et déplacement*, dir. P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 45.
[82] Article 12 du code de procédure civile.

les dispositions abstraites recouvrent les circonstances concrètes du cas - de l'espèce - de déclarer ainsi la règle de droit applicable, et d'en faire application »[83].

35. En vertu de l'article 4 du code civil, le juge a l'obligation de trancher le litige qui lui est soumis. Ainsi, il va devoir, pour appliquer, la loi faire appel au syllogisme judiciaire[84]. Il va opter pour une « solution dont les conséquences concordent le mieux avec l'effet utile » de la décision replacée « dans son contexte »[85]. Ainsi, « le raisonnement judiciaire vise à dégager et à justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à un moment donné »[86].

Si le syllogisme est pleinement appliqué par les juges du fond, il en va de même pour le juge de cassation, qui bien que juge du droit, n'est pas seulement limité à trancher le sens qu'il convient de donner à la règle de droit mais doit également exercer son contrôle sur la correcte application de cette dernière au vu de la pertinence des faits retenus par les juges du fond[87]. Ainsi, ces derniers vont constater les faits et les qualifier alors que le juge de cassation ne procédera qu'à une qualification de ces derniers[88].

---

[83] J. CARBONNIER, *Droit civil Introduction*, PUF, Quadrige manuels, 2004, p. 19.

[84] Lorsque le problème est complexe le juge va devoir faire appel à différents syllogismes. La majeure du syllogisme est constituée de la règle juridique et la mineure des faits constatés par le juge. Ce dernier va ainsi dégager les faits pertinents et les qualifier juridiquement. La conclusion constitue la décision que va prendre le juge pour trancher le litige.

[85] L.-M. DUONG, « La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 227.

[86] C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, Paris, 1984, p. 122 et s.

[87] Un juge de cassation ayant été interrogé par M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, thèse dactyl., Paris II, 1983, p. 71 et s., a déclaré que « la Cour (de cassation) refait le cheminement de la pensée du juge, mais elle tient pour acquis toutes les constatations de fait ; elle prend ces données de fait et reconstruit le raisonnement juridique. Il y a tel fait ; cela conduit à telle solution » ; B. HEMERY, « Pour un contrôle de la dénaturation des faits par la Cour de cassation », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 289 et s.

[88] La cour de cassation a cependant la possibilité de se substituer au juge du fond si un moyen invoque la dénaturation des faits (grief de dénaturation) ; X. BACHELLIER, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p.100 et s.

Le syllogisme a la particularité de lier inextricablement le juge à la règle de droit car sans cette dernière, le juge ne peut arriver à une conclusion. Cependant, cette opération intellectuelle, n'est pas immédiate. En effet, pour que le juge puisse considérer qu'une loi est applicable au litige, il va devoir, dans le cadre d'un acte juridictionnel, interpréter cette dernière.

36. Selon l'adage *interpretatio cessat in claris* (l'interprétation cesse quand le texte est clair et précis), le juge ne fait qu'appliquer la loi sans l'interpréter lorsque cette dernière ne semble pas présenter de difficulté. Cependant, cet adage ne reflète pas la réalité, car le juge, quelle que soit la clarté du texte, doit obligatoirement interpréter la loi pour en dégager la règle de droit afin de l'appliquer au litige. En effet, la norme n'est pas le texte mais la signification de ce dernier. Par conséquent, toute loi étant polysémique[89], il est nécessaire au juge de procéder à son interprétation et pour cela, il lui appartient de faire un choix entre les différents sens des termes du texte[90], l'interprétation se révélant alors plus ardue lorsque le législateur a fait appel à des notions vagues. En faisant le choix entre les différentes interprétations possibles de la loi, la Cour de cassation va « veiller à la correcte application de (cette dernière) par les juges (du fond), afin que chacun soit assuré d'une véritable égalité des citoyens devant la justice »[91]. Les interprétations d'un texte étant multiples, des disparités entre des décisions judiciaires ayant à trancher des problèmes juridiques semblables peuvent apparaître et donc, être source d'inégalité puisque deux causes semblables ne trouveront pas la même solution. La Cour de cassation va ainsi, unifier l'interprétation de la loi en n'en donnant qu'une seule, tenue pour vraie.

De plus, le juge doit, interpréter la loi pour que de la règle générale, il en déduise une application particulière. Le juge est ainsi, la passerelle entre la loi et les faits, transposant une règle abstraite en une solution concrète.

---

[89] E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », in *La normativité, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 60 : l'article 13 de la Constitution dispose que « le Président de la République signe… ». Le terme « signe » est polysémique car il peut soit vouloir dire que le Président de la République a l'obligation de signer soit qu'il dispose du pouvoir de choisir entre signer ou ne pas signer.

[90] J.-F. WEBER, « Digressions sur le sens des mots à la Cour de cassation », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 504 et s.

[91] J. F. WEBER, *La cour de cassation*, La documentation française, 2006, p. 9.

37. Cependant, la méthode préconisée pour l'interprétation effectuée par le juge varie en fonction de l'obédience de la doctrine. Alors que la doctrine classique voue un culte à la loi, la doctrine moderne est plus nuancée.

38. Au lendemain de la codification, la suprématie du code civil est entière. C'est l'air du légicentrisme, du monisme législatif. Les nouvelles doctrines qui voient le jour rejettent toute vision d'un juge source du droit. Selon ces dernières, pour remplir sa mission, le juge doit se fonder sur la loi, seule applicable au litige et ce, en raison de la plénitude de l'ordre légal[92]. Par conséquent, le juge ne peut apporter une solution qu'au travers du prisme de la loi, son action étant limitée à l'application de cette dernière.

39. Cependant, bien que l'article 4 du code civil impose au juge de statuer, il ne lui en donne pas la méthode[93]. Pour y remédier, les écoles classiques vont construire différentes théories[94] concernant la voie que doit emprunter le juge pour interpréter la loi.

---

[92] S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974, p. 19.

[93] D. GUTMANN, « Le juge doit respecter la cohérence du droit ». Réflexion sur un imaginaire article 4 ½ du code civil », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 109.

[94] L'école historique du droit (JOURDAN, KLIMRATH, LERMINIER, LABOULAY …) ne reçut que peu de reconnaissance en France durant le XIX^{ème} siècle, à la différence de l'Allemagne. C. VON SAVIGNY et G. FRIEDRICH sont considérés comme les fondateurs de l'école historique du droit. Cette dernière reconnaît la primauté du code civil mais estime que pour éclairer le juge dans l'application de la loi, il était nécessaire de connaître le droit ancien, les origines historiques du texte, afin d'appréhender le droit en général tel qu'il doit être (O. JOUANJAN, « Présentation », in *L'esprit de l'école historique du droit*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série, n°7, 2004). Pour ses partisans, le droit est lié à la philosophie et à l'histoire. Dans ce contexte, le code civil est considéré comme un moment de l'histoire, fruit d'un long processus, codifiant les coutumes et de ce fait, unifiant le droit. L'étude historique du droit permet donc d'interpréter le code civil. Cette école a reçu une audience limitée en France où elle était qualifiée de « petite secte »[94]. En effet, à cette époque, l'histoire du droit n'était pas considérée comme nécessaire à sa compréhension (P. STUMEL, « L'école historique française du droit a-t-elle existée ? », RG1 (2002), p. 90). L'école historique du droit n'ayant fait que peu d'émules, sa méthode ne fut pas reprise par les juges. V° pour une critique de l'école historique : R. SALEILLES, « Ecole historique et droit naturel », *RTD Civ.* 1902, p. 80 et s.

40. Au XIX[ème] siècle, l'école de l'exégèse[95] reçut un bon accueil et s'imposa naturellement au sein de la communauté des juristes. Ses partisans[96] estimaient que la loi était complète et que, pour cette raison, tout le droit était contenu dans le code civil. Pour VALETTE, « il serait étonnant de trouver un cas resté tout à fait en dehors des prescriptions législatives »[97]. Pour HUC, « les cas dans lesquels la loi est véritablement insuffisante, sont extrêmement rares, et presque toujours un argument d'analogie fournira au juge un principe de solution »[98]. Pour MOURLON, un seul droit existe : le droit positif réduit à l'ensemble des textes promulgués par le législateur[99].

L'école exégétique, oubliant la sagesse des rédacteurs du code civil, vénérait le culte de la loi, le respect de la lettre du texte et l'interprétation de l'intention du législateur. Il fallait, cependant, distinguer selon la nature du texte. Si la loi était claire et précise, le juge n'allait rencontrer aucune difficulté et appliquait plus aisément le texte au litige. Il précisait le sens que le législateur avait attribué au texte, sa portée. Si la loi était obscure[100], le juge devait pousser son interprétation. Il recherchait quelle aurait été la volonté du législateur s'il avait eu à se prononcer sur le point de droit. Il approfondissait les dispositions du texte pour en pénétrer l'esprit. Pour ce faire, il se référait aux précédents historiques quand la loi trouvait ses racines dans des textes anciens, aux travaux préparatoires du texte (exposés des motifs, rapports, débats parlementaires), à son préambule… Le juge pouvait aussi opérer une étude d'ensemble de la loi afin d'appréhender le sens de la disposition qu'il pensait utile à la solution du litige.

41. Le juge devait également faire appel à des procédés logiques. Ainsi, l'utilisation d'arguments *a fortiori*[101], *a contrario*[102], *a pari*[103] permettait de donner au

---

[95] B. BASDEVANT-GAUDEMET, J. GAUDEMET, *Introduction historique au droit, XIII[ème] - XX[ème] siècles*, LGDJ, 2[ème] éd., 2003, p. 415 et s.
[96] A. DURANTON, C. DEMOLOMBE, R.T. TROPLONG, P.A. MERLIN…
[97] A. VALETTE, *Cours de droit civil*, t. 1, Paris, 1872, p. 35.
[98] T. HUC, *Commentaires théoriques et pratiques du code civil*, t. 1, Paris, 1892, p. 165.
[99] F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, 1877, t. 1, p. 3 et s.
[100] L. BORE, « L'obscurité de la loi », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 27 et s.
[101] Technique permettant d'étendre une solution prévue par la loi pour un cas précis à un autre cas en raison du fait que la solution se justifie également pour ce nouveau cas. V° Cass. civ. 1[ère], 20 mai 1969,

texte un maximum de significations. Mais pour cela, la disposition ne devait pas être exceptionnelle ou anormale, ce devait être un texte consacrant un droit général[104]. En utilisant les techniques de l'induction[105] et de la déduction, le juge dégageait un principe général des solutions données par le législateur pour l'appliquer par la suite à de nouveaux cas. Si malgré ces moyens un doute persistait concernant la volonté du législateur, le juge tranchait le point de droit litigieux le plus équitablement possible. Dans cette perspective, il devait opérer par conjoncture et rechercher l'esprit du texte.

42. Cependant, malgré les différents instruments à son service, le juge restait un simple lecteur de la loi dont le travail était tourné entièrement vers la recherche de l'intention de l'auteur du texte. Par conséquent, même en cas de loi imparfaite, le juge devait trouver dans l'étude du texte, la règle de droit lui permettant de résoudre le litige. L'interprétation était donc un acte de connaissance.

43. Cette théorie n'était cependant, pas sans limite. En effet, si une nouvelle situation juridique apparaissait, le juge était contraint de la faire entrer dans une règle de droit qui pouvait s'avérer ancienne et donc inadaptée[106]. De plus, lorsque l'interprète tentait de découvrir la pensée du législateur, qui n'était pas toujours certaine, il risquait de substituer sa propre pensée à celle de l'auteur du texte et de ce fait, possiblement, de dénaturer la loi. En définitive, les abstractions dégagées par le juge, selon la méthode de l'exégèse, conduisaient à prêter au législateur des intentions

---

D. 1969, p. 429, concernant une réclamation d'aliment. *A minori ad majus* : argument *a fortiori* le plus fort ; si l'on admet le plus petit, à plus forte raison, on admettra le plus grand. *A majori ad minus* : argument *a fortiori* le plus faible ; qui peut le plus, peut le moins.

[102] Technique permettant d'adopter une solution contraire à celle prévue pour un cas par la loi lorsque les conditions d'application sont réunies. Le raisonnement va alors d'une disposition exceptionnelle au principe.

[103] Technique par laquelle la règle de droit énoncée pour un cas va être étendue à un cas analogue alors que la loi n'apporte aucune solution pour trancher le litige. V° Cass. civ. 1ère, 1er juillet 2003, pourvoi n° 01-11.419, concernant la recherche de paternité.

[104] *Exceptio est strictissimoe interpretationis.*

[105] Le juge va constater qu'un principe général se dégage d'un certain nombre de cas.

[106] G. MARTY, P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit. Droit civil*, Sirey, 2ème éd., 1972, t. 1, p. 143.

qu'il n'avait pas et ne pouvait avoir, lors de la création des textes[107] et ce, en raison de l'évolution de la société.

44. La théorie de l'interprétation dégagée par l'école de l'exégèse va ainsi atteindre ses limites entraînant sa disparition et une importante remise en question de la mission du juge. Durant le XIX^{ème} siècle, le code civil était le principal sujet d'enseignement au sein des universités[108]. La jurisprudence, quant à elle, ne faisait l'objet d'aucune considération scolaire[109]. Ce n'est qu'à partir de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle (à partir des années 1860), avec le développement des écoles sociologiques[110], l'apparition de recueils de jurisprudence et les travaux de grands auteurs[111], que va s'opérer une lente évolution remettant en cause les méthodes classiques d'interprétation dont les limites sont dénoncées[112]. L'éloignement dans le temps du code civil et l'avènement de l'ère industrielle poussèrent les auteurs à constater que certains problèmes juridiques trouvaient leur source dans les nouvelles évolutions de la société et de ce fait, ne pouvaient être tranchés par le code civil trop ancien. Ce dernier ne contiendrait donc pas la solution à tout problème juridique[113]. Le code civil n'est ainsi plus considéré comme une source complète de solutions[114].

---

[107] L. HUSSON, « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *RTD Civ.* 1976, p. 431 : en reconnaissant les limites du pouvoir du législateur, le juge n'aurait plus à étendre la portée des dispositions des textes législatifs « au-delà de la pensée et de la volonté effective et effectivement exprimée par les textes … et on libérerait pour le surplus sa recherche des entraves que la méthode de l'exégèse, même assortie d'excipients, lui impose ».

[108] Il fait l'objet d'études suivant l'ordre de ses articles : arrêté du Conseil royal de l'Instruction publique de 1843 ; V° R.T. TROPLONG : *Le code civil expliqué suivant l'ordre des articles du code* ; C. DEMOLOMBE : *Cours de code Napoléon* ; F. LAURENT, *Principes du droit civil français* ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil* (même si son plan suit plus la logique que les divisions du code). V° pour une liste plus détaillée : G. MARTY, P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit. Droit civil*, Sirey, 2ème éd., 1972, t. 1, p. 237 et s.

[109] Si ce n'est pour étayer l'étude du code civil.

[110] F. GENY, *Science et technique en droit positif*, t. 1, Sirey, 1921, p. 87 et s.

[111] C. BUFNOIR, E. LAMBERT (*La fonction du droit civil comparé*, éd. V. GIARD et E. BRIERE, Paris, 1903), J.E. LABBE, C. BEUDANT, R. SALEILLES, F. GENY…

[112] R. SALEILLES, « Ecole historique et droit naturel », *RTD Civ.* 1902, p. 80 et s.

[113] L. HUSSON, « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *RTD Civ.* 1976, p. 431.

[114] Il est à noter que la méthode exégétique retrouve un regain d'intérêt lors de codifications nouvelles. La loi étant plus récente, cette dernière trouve à s'appliquer plus strictement.

45. La conception du rôle du juge va évoluer et vont apparaître des méthodes modernes d'interprétation du droit[115]. Sa mission fait alors l'objet de diverses considérations qui ne débouchent pas sur un consensus concernant la méthode d'interprétation du droit à adopter.

46. GENY critique ainsi le « fétichisme de la loi écrite et codifiée »[116]. Pour cet auteur, il convient de rechercher ce que le législateur a réellement voulu : sa volonté historique[117]. Ainsi, la loi a ses limites et on ne peut en attendre plus que ce que contient sa formule. En effet, si l'on ne prend pas considération la volonté vraie du législateur, il y a méconnaissance de l'essence et de la raison d'être de la loi, ce qui peut entraîner une trop grande déformation du texte et lui faire perdre sa substance originelle. « Dès lors, interpréter la loi revient simplement à chercher le contenu de la volonté législative à l'aide de la formule qui l'exprime. Et cette recherche doit être faite sans idée préconçue, ni sur la perfection plus ou moins idéale de la règle à découvrir, ni sur son adaptation plus ou moins complète au milieu social dans lequel elle doit s'appliquer »[118].

GENY préconise la libre recherche scientifique[119], méthode avec laquelle le droit ne se trouve plus attaché artificiellement à la règle de droit. En effet, la loi reste la source principale du droit, aux côtés de la coutume, la libre recherche scientifique n'intervenant que lorsque la loi est lacunaire ou obscure. Ainsi, le juge

---

[115] La méthode téléologique préconise l'étude de la finalité du texte. La méthode évolutive propose la libre adaptation du texte aux besoins juridiques nouveaux de la société en se questionnant sur ce qu'aurait été la volonté du législateur s'il avait eu à se prononcer sur le problème. Cette méthode a l'inconvénient de donner au texte des significations différentes en fonction de la période à laquelle il est interprété. Ou encore, la méthode structuraliste qui repose sur l'étude littérale du texte.

[116] F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 2ème éd., 1919, p. 70 et s.

[117] F. GENY, *op. cit.* : sans la volonté de l'auteur, le texte serait une « outre vide ». La tâche de l'interprète consiste à tenter pleinement mais uniquement de « reconstituer cette volonté dans sa pureté et son énergie première » (p. 264), de « retrouver l'esprit historique du législateur » (p. 288).

[118] F. GENY, *op. cit.*, p. 265.

[119] F. GENY, *op. cit.*, p. 89 : la libre recherche scientifique est « libre » car se fait sans être soumise « à l'action propre d'une autorité positive » et scientifique car ne peut avoir de base solide que dans des éléments objectifs qui ne peuvent être révélés que par la science. L'interprétation du juge doit trouver un appui objectif dans « la nature des choses, envisagées comme source du droit positif » reposant « sur ce postulat, que les rapports de la vie sociale ou, plus généralement, les éléments de fait de toute organisation juridique, portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir ».

doit dans un premier temps effectuer l'inventaire des sources du droit pour déterminer si une loi ou une coutume est applicable au litige. Si c'est le cas, le juge en fait une application stricte. Ainsi, le rôle de ce dernier est « essentiellement, de transformer une règle, parfois abstraite et toujours sèche, en un cadre vivant et concret, où puissent trouver leur satisfaction les intérêts de la vie juridique »[120]. Cependant, si les sources du droit se révèlent muettes, le juge doit constater ouvertement la lacune et se fier à la libre recherche scientifique pour trancher le litige et ce, en vertu de l'article 4 du code civil. Pour cela, il crée une règle de droit comme s'il était le législateur en s'inspirant de données historiques, rationnelles, de considérations d'opportunité, de principes de raison, de justice, d'équité[121]… Pourtant, « les décisions des tribunaux, de quelque ordre que se soit, n'ont pas le pouvoir d'émettre une règle générale qui prétende s'imposer, à titre abstrait, en dehors de l'espèce, pour laquelle elle serait légitimement formulée »[122] même si elles bénéficient « d'une autorité considérable »[123].

La méthode de GENY n'a pas réellement convaincu car considérée comme trop détachée de la loi. En effet, si les juges ont commencé à prendre des libertés avec les textes, ils l'ont toujours fait sous le couvert du respect de ces derniers. Les juridictions de cette époque ont plutôt adopté la méthode de l'interprétation déformante de SALEILLES. Cependant, la proposition d'une libre recherche scientifique a eu le mérite de soulever directement sur le problème de rôle réel du juge en cas d'imperfection de la loi. En effet, si la méthode préconisée par GENY peut paraître radicale, elle n'hésite cependant pas à constater que le juge ne tire pas toute la matière première de sa réflexion dans la loi. GENY marqua ainsi un tournant important dans la conception de la mission du juge puisqu'il reconnaissait la jurisprudence comme une autorité.

47. SALEILLES ayant une approche moins radicale que GENY préconisa l'application du « système de l'interprétation déformante ou constructive ». Selon

---

[120] F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 2ème éd., 1919, p. 30.
[121] R. SALEILLES, « Ecole historique et droit naturel », *RTD Civ.* 1902, p. 89.
[122] F. GENY, *op. cit.*, p. 35 et 36.
[123] F. GENY, *op. cit.* p. 49.

cette théorie, le juge dispose d'une liberté modérée : la bonne solution sera issue d'une recherche dans des références objectives tirées de l'interprétation par analogie des textes et de la connaissance du droit comparé. L'interprète a la possibilité de déformer la loi lorsque cette dernière apparaît obsolète ou imparfaite[124]. Par conséquent, les interprétations du texte vont varier en fonction de l'époque car « la règle de droit est toujours fonction du fait social »[125]. L'interprète doit ainsi réaliser une extension des textes telle que le législateur l'aurait opérée s'il avait eu à considérer les faits.

Cependant, la théorie du « texte évolutif » présente également des limites. En effet, en conférant à la loi une signification différente selon les époques, cette dernière, qui se voudrait stable, ne permet pas de garantir une certaine fixité de la solution jurisprudentielle, entraînant de la sorte une inégalité de traitement. De plus, l'interprète se trouve enserré dans le cadre du texte qu'il applique et ce, même quand il le déforme. Par conséquent, certaines décisions vont se retrouver artificiellement rattachées à la loi.

48. On voit, à l'étude des différentes théories modernes, que ces dernières marquent un tournant important dans l'appréhension de la mission du juge. En admettant que, lorsque la loi est imparfaite, le juge puisse forger lui-même une règle de droit, elles reconnaissent un pouvoir créateur. Cependant, ce pouvoir n'est pas assimilé à celui du législateur si bien que le juge n'est pas considéré comme une source du droit.

49. La notion de « source du droit » n'est pas facile à cerner. Elle a fait l'objet de nombreuses études[126] et en la matière, aucun consensus n'existe. Il suffit pour s'en

---

[124] R. SALEILLES, *préc.*, p. 101 et s. : l'auteur demande que soit attribué au juge « un large pouvoir d'interprétation, qui lui permette, à défaut de solution légale nettement imposée, d'orienter (…) l'adaptation et l'évolution organique de la loi (…) dans le sens des nécessités juridiques et sociales qui s'imposent à la conscience collective du pays ».

[125] E. GAUDEMET, « L'œuvre de SALEILLES et l'œuvre de GENY en méthodologie juridique et philosophie du droit », in *Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, Rec. Sirey* 1934, t. 2, p. 8.

[126] Par exemple, V. VARNEROT, *Les sources privées du droit fiscal*, dir. G. MARTIN et J. SPLINDLER, Thèse Nice, 2001 ; P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 2005.

convaincre d'ouvrir les nombreux ouvrages traitant du sujet, qu'ils portent sur l'introduction générale au droit ou sur des matières spécifiques.

Cependant, il est possible de définir de manière large les sources du droit comme « des modes de formation des règles juridiques au sein d'une société donnée, les différentes façons dont ces règles sont établies »[127]. Cependant cette définition reste vague. Ainsi les sources du droit peuvent être considérées comme des « pôles émetteurs de droit », des « pôles d'édiction du droit », des « lieux de production du droit »[128]…

Cette disparité de définitions est due au fait que la notion de « source du droit » est ambivalente, désignant à la fois l'origine du droit et sa production. Ainsi, le terme coutume désigne à la fois la répétition d'un usage qui donne naissance à une règle de droit et la norme coutumière issue de la répétition de cet usage.

A cela s'ajoute la prolifération des sources du droit[129]. En effet, suite aux codifications napoléoniennes et durant la plus grande partie du XIX^{ème} siècle, la loi est considérée comme l'unique source du droit. Par la suite, de nombreuses autres sources vont être consacrées donnant naissance à la pluralité des sources du droit. Aujourd'hui, on assiste à une décentralisation de la loi laissant apparaître une « recomposition de l'éventail des sources »[130].

50. Pour bien cerner la notion, il convient de faire une distinction entre source du droit et source de droits. Dans l'expression « source du droit » le terme « droit » est entendu comme règle de droit[131]. Dans l'expression « source de droits » le terme « droit » est entendu plus largement puisqu'il englobe les normes juridiques quelle que soit leur nature, qu'elles soient individuelles ou générales, obligatoires ou non et

---

[127] V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.
[128] P. JESTAZ, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD Civ.* 1993, p. 73.
[129] P. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit (Sources supérieures et sources inférieures) », Defrénois 2006, n° 06, 38352, p. 479.
[130] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{e} éd., 2003, n° 43-1.
[131] C. THIBIERGE, *Sources du droit, sources de droit : une cartographie*, in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 532 et 544.

pouvant faire l'objet d'une sanction ou non. La terminologie « source du droit » est donc plus réductrice que celle de « source de droits ».

51. L'évolution du droit a entraîné l'apparition d'une multitude de définitions des sources du droit, qui s'entrecroisent en fonction du terrain sur lequel on se place. Si on opte pour celui de la production du droit, il est possible d'en dégager six[132].

Concernant l'origine du droit, on parlera de source fondatrice : Dieu, l'Etat, le peuple, la norme fondamentale…

Concernant la genèse du droit on parlera de sources inspiratrices non juridiques[133], des forces créatrices (substantielles[134]), du donné[135], de sources matérielles[136], de sources idéales[137], de sources réelles[138] : forces politiques, sociales,

---

[132] P. JESTAZ « Source délicieuse … (remarques en cascade sur les sources du droit) », *RTD Civ.* 1993, p.73 : cet auteur propose une classification différente comportant cinq grandes catégories. Ce peut être le fondement idéologique d'un système juridique donné (Etat, Dieu.. .) ou, la résultante d'un certain nombre de forces sociales créatrices de droit ou l'ensemble des discours qui constituent la partie visible de la matière juridique (lois, décisions de justice, publications doctrinales, coutumes, débats de colloques, etc.) ou, les sources documentaires qui ont le statut de normes juridiques dotées de la force obligatoire (règles légales, coutumières, précédents judiciaires, normes jurisprudentielles, principes) ou, les activités productrices de droit (Parlement, ministères, tribunaux, éditions juridiques, notariat, etc.) ; V° également V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279 ; C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droits : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 523.

[133] Selon G. CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens*, 12ème éd. Montchrestien, 2005, n° 72 : le terme « source du droit » désigne « l'ensemble des données économiques, sociales, politiques, psychologiques qui déterminent l'évolution du droit ; l'ensemble des facteurs de tous ordres (besoins, aspirations, mouvements d'opinion, situations nouvelles, évènements, etc.) que le législateur prend en considération pour édicter une règle de droit ».

[134] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 71 et s. : « toutes les données de la vie sociale sont « méta-juridiques » : elles sont étrangères au droit », ce sont des sources substantielles du droit (p. 79).

[135] F. GENY, *Science et technique en droit positif*, Sirey, 1921 : le donné relève de l'observation des faits et de la nature des choses positives : donné naturel, donné historique, donné rationnel et donné idéal. L'étude du donné va permettre d'aboutir au construit : la technique juridique.

[136] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 140.

[137] P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale au droit*, Defrénois, 3ème éd., 2009, p. 28 et s. : les sources idéales peuvent être définies comme les idéaux à l'origine des actions de l'Homme (tradition, religion, droits de l'Homme…).

[138] Les sources réelles sont les sources qui par leur existence ou manifestation donnent directement naissance au droit ou à la création du droit : ce peut-être des revendications, une révolution… Elles trouvent ainsi leur essence dans la société, ses évolutions, ses impératifs. Selon E. EHRLICH, « le centre de gravité du développement du droit, à notre époque, comme en tout temps, ne doit être recherché ni dans la législation, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même » : cité par S. CHASSAGNARD-PINET, « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 157.

morales, économiques, historiques, religieuses, la normalité… En effet, le droit ne repose pas sur un système de valeurs qui lui est propre, il s'inspire d'autres systèmes de normes. Pour le Professeur MALAURIE, « les vraies sources sont dans notre culture, dans l'histoire de notre nation, dans les bases de notre civilisation - l'humanisme, la conception que nous nous faisons de la personne humaine - dans les exigences profondes de l'esprit, de la raison, tout ce qui entend maîtriser les puissances de l'instinct »[139].

Concernant le contenant des normes juridiques, on parlera d'actes juridiques, d'instruments créateurs : lois, règlements, ordonnances, arrêtés, conventions collectives… GENY « entend, par source formelle du droit positif, les injonctions d'autorités, extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, compétemment formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle, qui serve à la direction de la vie juridique »[140]. Une source formelle du droit est donc une source « autorisée du droit »[141], c'est-à-dire « adoptée par les pouvoirs publics »[142] ou « par une autorité institutionnellement investie d'un pouvoir d'énoncer des propositions juridiques valides»[143]. Par conséquent, le caractère formel d'une norme découle de la qualité de son auteur : elle émane d'une autorité habilitée à créer du droit. Les sources formelles, établies étatiquement[144], sont statiques et de ce fait ne répondent pas aux évolutions de la société. Elles peuvent être définies comme les procédés par lesquels le droit s'exprime. « Une norme juridique est formelle quand elle est valide en la forme» et elle « est officielle quand elle est irréfutable en la forme» [145]. Dans le cas de la loi, ces

---

[139] P. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit (Sources supérieures et sources inférieures)», Defrénois 2006, n° 06, 38352, p. 479.
[140] F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 1919, n° 91 : l'auteur englobe ainsi la loi et la coutume.
[141] C. THIBIERGE, *Sources du droit, sources de droit : une cartographie*, in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 539.
[142] P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Mélanges en l'honneur de G. Ripert*, LGDJ, 1950, tome 1, p. 11.
[143] V. VARNEROT, *Les sources privées du droit fiscal*, dir. G. MARTIN et J. SPLINDLER, Thèse Nice, 2001, p. 139.
[144] Les sources non formelles du droit sont des sources officieuses telles que la pratique professionnelle ou la doctrine.
[145] P. JESTAZ, « Source délicieuse… Remarques en cascades sur les sources du droit », *RTD Civ.* 1993, p. 73.

deux notions coïncident car lorsqu'elle est adoptée selon la forme requise elle est automatiquement officielle puisque incontestable.

Concernant les institutions créatrices du droit, on parlera d'organes créateurs : Parlement, Gouvernement, Autorités administratives indépendantes…

Concernant les auteurs du droit, on parlera de créateurs. On peut ainsi distinguer les créateurs directs (législateur…) des créateurs indirects (doctrine, pratique…). Ces derniers, cependant, n'édictent pas directement des normes, ils aiguillent, inspirent ceux qui les édictent.

Concernant la création de droit spontanément, on parlera de processus créateurs tels que l'usage ou la coutume ou d'activités créatrices telles que les pratiques juridictionnelles ou professionnelles.

Dans le système juridique français, les sources de droit listées précédemment ne sont pas toutes reconnues comme telles. Par exemple, seul le droit public reconnaît officiellement les décisions issues de juridictions administratives comme source du droit[146].

52. Il apparaît donc à la lumière de ce classement que les sources du droit peuvent être définies de différentes façons. Il convient alors de s'interroger sur la possibilité pour le juge, la décision judiciaire ou la jurisprudence d'entrer dans une de ces catégories.

En vertu de cette classification, il ressort que, selon l'acceptation classique de la mission du juge, ce dernier ne peut être regardé comme créateur de règles de droit. C'est donc qu'il ne remplit aucune des conditions lui permettant d'intégrer une des différentes catégories des sources du droit.

53. Ainsi, le juge ne peut être assimilé ni à une source fondatrice car notre système juridique ne découle pas des décisions judiciaires, ni à une source inspiratrice non juridique puisque l'essence même des décisions judiciaires est d'être juridique.

---

[146] D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 1972.

De même, le juge ne peut être considéré comme une source formelle puisque le pouvoir de créer du droit ne lui est accordé par aucun texte.

Il en découle que les juridictions ne peuvent être assimilées à des institutions créatrices du droit et le juge à un auteur du droit. Et par conséquent, les décisions judiciaires ne peuvent être des instruments créateurs de règles de droit.

Quant à la jurisprudence, elle ne peut être envisagée comme une activité créatrice puisque son contenu ne contient aucune règle de droit.

54. A l'étude du classement des sources du droit, on constate donc que classiquement, ni le juge, ni la décision judiciaire, ni la jurisprudence ne peuvent être sources du droit. Par conséquent, que l'on envisage l'interprétation de la loi selon l'angle de la doctrine classique qui impose qu'une décision judiciaire soit rendue sous le sceau de la loi ou sous celui des doctrines modernes qui refusent de reconnaître le juge en tant que créateur de règle de droit, le résultat est le même : la règle dégagée par le juge en cas d'imperfection de la loi ne peut être considérée comme une règle de droit. Le rôle du juge se limite donc strictement à dire le droit et à remédier, au cas par cas, aux insuffisances de la loi. Ainsi, la jurisprudence qui se dégage de son interprétation n'est pas un élément constitutif du droit[147].

55. Une nuance doit cependant être apportée à cette affirmation puisque au sein des auteurs du droit on distingue les créateurs directs des créateurs indirects. Or, les décisions judiciaires précédentes peuvent inspirer le juge ou le législateur. Par conséquent, la jurisprudence peut être assimilée à un créateur indirect puisqu'elle va guider ces derniers dans leur prise de décision.

56. Il en résulte que bien que le juge modifie son interprétation de la loi, le revirement de jurisprudence n'emporte pas de réelles conséquences, chaque litige faisant l'objet d'une interprétation particulière des textes sans lien avec les précédentes affaires.

---

[147] AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 1868, t. 1, p. 128.

57. Classiquement, le juge ne pouvant être source du droit, la jurisprudence est considérée simplement comme un ensemble de décisions allant dans le même sens. RIPERT, estime que « la règle jurisprudentielle n'est rien d'autre que l'application de la loi aux cas particuliers »[148]. « La jurisprudence n'est (donc) pas une véritable source du droit (...) mais est une autorité ». D'ailleurs elle « ne se reconnaît pas elle-même pour une source du droit »[149] sinon le juge fonderait certaines de ses décisions uniquement sur sa jurisprudence et se sentirait lié par les solutions précédemment dégagées.

Par conséquent, la jurisprudence « et alors même qu'elle serait constante sur tel ou tel point de droit, ne forme jamais une règle juridiquement obligatoire pour les citoyens ou les tribunaux »[150]. Selon le Doyen CARBONNIER, « la jurisprudence est une superposition de choses jugées. L'autorité de la chose jugée en s'accumulant, devient jurisprudence, *rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*. Mais, en s'accumulant, elle ne peut pas acquérir une efficacité qu'elle n'avait pas à l'état isolé »[151]. Par conséquent, la multiplication de solutions identiques ne fait pas de la jurisprudence une source du droit.

58. Certains auteurs mettent en avant la théorie de l'incorporation pour refuser de voir en la jurisprudence une source du droit. En vertu de cette dernière, la jurisprudence est réputée incorporée au texte qu'elle applique. En effet, lorsque le juge interprète la loi, il ne fait qu'exprimer le sens de cette dernière tel que voulu par le législateur. Cela entraîne deux principales conséquences.

La première conséquence a trait à la force obligatoire de la jurisprudence. S'intégrant à la loi qu'elle applique, la jurisprudence acquiert la même force obligatoire[152] que cette dernière. En faisant corps avec elle, elle adopte son autorité, et

---

[148] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1955, p. 385.
[149] J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, Quadrige manuels, 2004, p. 273 et s.
[150] AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, 4ème éd. 1869, § 39 bis, p. 129.
[151] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Forum, Flammarion, 1996, p. 249.
[152] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 3ème éd. 1990, n° 444.

ce, à l'image des lois interprétatives[153]. La jurisprudence tire donc son autorité uniquement de la loi et ne peut que suivre le sort de cette dernière. Il en résulte que seule la loi peut-être appliquée et non la jurisprudence, puisque cette dernière n'a aucune existence propre.

La seconde conséquence concerne l'application temporelle de la jurisprudence. Etant incorporée à la loi, elle est présumée exister à partir de l'entrée en vigueur de cette dernière. Par conséquent, la rétroactivité de la jurisprudence est considérée comme naturelle : l'interprétation, quelle qu'elle soit, que le juge fait de la loi sera considérée comme avoir toujours existé et s'appliquera aux faits s'étant déroulés après l'entrée en vigueur du texte. On parle de l'effet déclaratif de la jurisprudence, cette dernière ne faisant que conférer à la loi le sens qu'elle est supposée toujours avoir eu.

La question du revirement de jurisprudence ne se pose donc pas puisque, certes, le juge modifie sa position, mais comme la nouvelle interprétation est supposée avoir toujours existé, le justiciable n'en subit aucune conséquence.

59. Si le revirement de jurisprudence est déconsidéré, c'est en raison du discrédit des juges qu'il entraîne, ces derniers s'étant déjugés, ayant renié leur décision. Le revirement de jurisprudence apparaît, également, aux yeux des justiciables comme injuste en raison du fait que deux espèces similaires ne trouveront pas la même solution. Il y a ainsi, un sentiment d'inégalité de traitement. Ce sentiment d'injustice[154], s'il est tout à fait compréhensible, n'est pas justifié.

En effet, si la jurisprudence n'est qu'un amalgame de décisions judiciaires allant dans le même sens, sans aucune portée normative, le justiciable ne peut se fonder sur cette dernière pour faire valoir ses droits. Elle ne constitue pas un socle juridique sur lequel le justiciable doit s'appuyer pour conduire sa vie juridique. Et bien que le revirement de jurisprudence puisse être défini comme le fait qu'une juridiction soit amenée à rendre une décision dont « la solution est logiquement et

---

[153] B. OPPETIT, « Le rôle créateur de la Cour de cassation », in *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La documentation française, 1990, p. 159 et s. ; et, sous un titre différent, « L'affirmation d'un droit jurisprudentiel », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 65 et s.

[154] R. LIBCHABER, « Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence », *RTD Civ.* 2002, p. 180.

juridiquement inconciliable avec celle retenue antérieurement sur le même sujet »[155], cela ne prête pas à conséquence puisque le justiciable ne doit pas considérer le contenu des décisions juridiques comme des règles de droit. En effet, le fait qu'une interprétation prévaille auparavant n'a aucune incidence puisque cette interprétation n'est circonscrite qu'aux litiges passés et ne peut produire d'effet dans le cadre d'affaires ultérieures et ce, même si elles sont similaires. Ainsi, le plaideur n'a pas la possibilité d'invoquer la précédente jurisprudence.

60. De plus, pour qu'il y ait rétroaction, il faudrait que la nouvelle règle n'existe pas avant son apparition. Or, la jurisprudence étant incorporée à la loi, elle est présumée exister depuis l'entrée en vigueur de cette dernière. Il n'y a donc pas réellement d'effet rétroactif du revirement de jurisprudence. Le mécanisme selon lequel « une jurisprudence nouvelle s'applique toujours dans tous les procès nouveaux sans que l'on prenne en considération la date à laquelle les faits du procès se sont produits et quand bien même ces faits seraient antérieurs au changement de jurisprudence » s'explique par l'effet déclaratif de la jurisprudence[156]. Par conséquent, « la décision de justice présente un caractère déclaratif qui imprègne l'interprétation retenue sans que l'on puisse, malgré son application à des faits antérieurs, considérer qu'elle est appliquée rétroactivement »[157].

61. Ainsi, qu'il y ait ou non, revirement de jurisprudence, cela n'aura aucune conséquence pour les parties, chaque interprétation étant propre à l'affaire ayant donné lieu à sa réalisation : ce que des décisions ont admis, d'autres peuvent le rejeter ; il n'y a donc pas changement de la règle de droit mais divergences entre les solutions des interprètes[158]. Le revirement de jurisprudence ne défavorise ainsi aucun plaideur. Il n'est donc pas nécessaire de mettre en place de mécanismes permettant de

---

[155] O. SALVAT**,** *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl. Paris 2, 1983, p. 2.
[156] P. ROUBIER, *Le droit transitoire : conflit de lois dans le temps*, Dalloz, 2ème éd., 1960, p. 25.
[157] T. BONNEAU, **«** Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, p. 24.
[158] TRONCHET, Séance du 4 messidor an IV du Conseil des Anciens.

pallier ses effets prétendus néfastes puisque, en vertu de l'approche classique, il n'y en a pas.

62. Cependant, la conception du juge et de sa mission a évolué. Aujourd'hui il n'est plus vu comme le simple lecteur de la loi et la constatation de l'étendue de ses pouvoirs est inévitable bien que les questions sur ce constat soient encore nombreuses.

III) Les interrogations quant aux revirements de jurisprudence

63. La remise en cause de l'approche classique, il y a plus d'un siècle, a ouvert la voie à de nouvelles interrogations quant à la nature de la jurisprudence et à ses revirements. La controverse la plus dense, de nos jours, a trait aux inconvénients engendrés par leur rétroactivité. La rétroactivité se définit comme le caractère d'un acte ou d'un fait juridique qui produit des effets dans le passé. Cette dernière implique que soit traités de façon identique des faits qui se sont produits avant et après le revirement de jurisprudence et ce, en vertu du principe d'égalité. Le revirement apparaît alors comme injuste puisqu'il va entraîner l'application, à des faits, d'une interprétation jurisprudentielle qui n'existait pas au moment où ces derniers se sont déroulés et que, par conséquent, le justiciable ne pouvait prévoir.

64. Face à ce problème un groupe de travail a été constitué dans le but d'envisager les différentes possibilités qui s'offraient afin de pallier l'effet rétroactif des revirements de jurisprudence lorsque cela s'avèrerait nécessaire. Le rapport dit « MOLFESSIS »[159] a été rendu le 30 novembre 2004 et a fait l'objet d'un colloque organisé à la Grand' Chambre de la Cour de cassation en date du 12 janvier 2005, réunissant plus de cinq cents participants. Certes, « la question n'est pas nouvelle, mais elle a trouvé un regain d'actualité et un renouveau avec les valeurs véhiculées

[159] Ci-après Rapport.

par le droit européen : le droit au procès équitable, le droit à la sécurité juridique et à la confiance légitime qui s'opposent en principe à toute rétroactivité de la règle de droit »[160].

65. Ce rapport fait suite au constat d'insatisfaction face à l'automaticité de la rétroactivité des revirements de jurisprudence. La question de la modulation dans le temps s'est alors posée. Cependant, pour en arriver à cette question, le rôle du juge doit être repensé. En effet, classiquement le juge est considéré comme un simple lecteur de la loi, il ne fait qu'appliquer cette dernière et ne peut être source du droit. Par conséquent, le revirement de jurisprudence n'étant que l'application de la loi et non l'apparition d'une nouvelle règle de droit, aucune modulation n'est envisageable, ce pouvoir étant réservé au législateur.

66. Il n'y eut cependant, pas de suites concrètes au Rapport. Peut-être est-ce dû au fait qu'il ne soulève, principalement, que des questions, qu'il offre des possibilités sans apporter de réponses concrètes. Ou bien les controverses concernant la solution préconisée ont-elles été trop vives[161].

67. Dans une première partie, nous nous attacherons à démontrer que la conception classique de la jurisprudence est obsolète et que le revirement fait naître

---

[160] P. MALINVAUD, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 313.

[161] Auteurs s'opposant à la modulation dans le temps : V. HEUZE, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G.* 2005, I, 130, p. 671 considère que le Rapport « suscite l'indignation » ; E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, thèse de doctorat, Paris II, 2003, p. 106, estime qu'au regard de la sécurité juridique, tenter de mettre en place des « remèdes » à la rétroactivité des revirements de jurisprudence apparaît plus dangereux « encore que le mal qu'il s'agit d'éradiquer » ; 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. : la commission du Rapport est frappée d' « hémiplégie » et adepte d'une approche réductrice, sinon caricaturale, du rapport de droit à la seule dimension économique concurrentielle » ; J.-L. AUBERT, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence : faut-il moduler dans le temps des revirements de jurisprudence ? … J'en doute ? », *RTD Civ.* 2005, p. 300 et s.

Auteurs en faveur de la modulation dans le temps : P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247 et s. ; C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988 et s. ; J. MONEGER, « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTD Civ.* 2005, p. 323 et s.

une nouvelle règle de droit qui viendra modifier l'ordonnancement juridique rétroactivement, pouvant dans certains cas engendrer des effets néfastes.

68. Dans une seconde partie, nous envisagerons les différents mécanismes à même de prévenir ou de limiter ces effets.

Partie 1 : La possibilité des revirements de jurisprudence

69. La question de la création du droit par le juge est on ne peut plus classique. Depuis la fin du XIX[ème] siècle, elle fait l'objet de nombreuses réflexions doctrinales[162]. Cependant, il ne faut pas en déduire que ce sujet n'est plus d'actualité ou, tout au moins, qu'il a perdu de son importance. En effet, c'est « une discussion jamais close chez nous, de savoir si la jurisprudence constitue une source du droit ». Le débat « est sans issue, car il faut répondre non ou oui suivant qu'on se place dans le champ des idées pures ou qu'on considère la réalité des faits »[163].

70. L'évolution rapide de notre société, que ce soit au plan économique, social, moral ou industriel, a entraîné un bouleversement du droit qui a eu d'importantes répercussions sur ses sources[164]. Il n'est donc pas inutile, actuellement, de s'interroger sur la place de la jurisprudence au sein de l'ordonnancement juridique. Doit-on la considérer comme une source du droit?[165] Notre ordonnancement juridique le permet-il ? Et si oui, quelles en sont les conséquences lorsqu'un revirement de jurisprudence intervient ?

71. Si ces questions se posent encore, c'est parce que le statut de la jurisprudence ne fait pas l'objet d'un consensus[166] au sein de la doctrine. En effet, classiquement, la jurisprudence n'est pas une source du droit. Cette situation résulte

---

[162] H. DE PAGE, *Gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruylant et Sirey, 1931, p. 11 : « c'est un fait d'évidence que la doctrine contemporaine tend de plus en plus à n'accorder au code civil qu'un intérêt de politesse, pour reporter toute son attention sur les théories de la jurisprudence ».
[163] P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTD Civ.* 1952, p. 19.
[164] P. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit », Defrénois 2006, n° 6, art. 28352, p. 476.
[165] P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexion sur un malentendu », *D.* 1987, p.11 et s.
[166] G. CORNU *Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12[e] éd., 2005, p. 39 : cet auteur estime que « le droit s'entend des règles qui découlent de la loi, de la coutume et des normes collectives. La jurisprudence n'y figure pas » ; Pour J. CARBONNIER il s'agit de « l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens » : *Le procès et le jugement. Cours de sociologie juridique*, 1961-1962, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1962, p. 262 ; Pour J.-L. AUBERT, seules la loi et la coutume sont sources du droit : *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 9[ème] éd., Armand Colin, 2002, n°77.

de la conjoncture de différents facteurs institutionnels n'autorisant pas le juge à être source du droit.

Cependant, l'évolution de notre système juridique a entraîné un changement de la perception du juge de cassation et de sa mission et donc, de la jurisprudence. Ce changement a eu un impact direct sur la notion de revirement de jurisprudence (Titre 1).

72. Cette constatation a ouvert la voie à de nombreux questionnements quant aux conséquences de cette nouvelle acceptation et plus spécialement au regard de la sécurité juridique (Titre 2).

Titre 1 : L'approche contemporaine des revirements de jurisprudence

73. Aujourd'hui, on assiste à une « révolution des sources »[167] du droit. La hiérarchie des normes est en crise[168]. En effet, « le législateur français n'est plus le seul maître à bord »[169] et le constat d'un pluralisme juridique est incontestable. Se pose alors la question de la jurisprudence source du droit. Question à laquelle il est difficile d'apporter une réponse car « la jurisprudence est (…) une source du droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit »[170], le revirement de jurisprudence étant un instant clef dans la vie et l'évolution de la jurisprudence. Il en résulte que les remarques faites concernant cette dernière lui sont également applicables.

74. De nos jours, l'existence de règles jurisprudentielles ne peut être niée et les discussions actuelles portant « plus sur le point de savoir si la jurisprudence est source (du) droit ont beaucoup plus pour objet le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative »[171]. En effet, « dans une vision dogmatique courante, la loi (est présentée) comme la règle de droit figée, statique, et la jurisprudence comme le droit vivant, en marche, seul susceptible de permettre l'adaptation constante aux changements sociaux », adaptation qui n'est possible que si le juge dispose d'un certain pouvoir « législatif », lui permettant de faire évoluer l'interprétation de la loi voire de créer des règles de droit. Par conséquent, « la jurisprudence s'est dépouillée de sa livrée de serviteur de la loi »[172] et le recours aux revirements de jurisprudence permet l'adaptation du droit aux évolutions de la société.

---

[167] P. MALAURIE, « La révolution des sources », Defrénois 2006, n° 20, article 38465, p. 1552.
[168] P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.* 2001, p. 750.
[169] P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 3ème éd., 2009, p. 185.
[170] P. MALAURIE, *préc.*, p. 1557.
[171] H. BATIFFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD* 1967, n° 12, p. 335.
[172] C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G.* 1994, I, 3776, p. 326.

75. De ce fait, la jurisprudence peut être considérée comme une source du droit à part entière[173], jouant un rôle primordial dans certaines matières comme c'est le cas en droit du travail[174], en droit commercial[175], en droit des obligations[176], droit de la famille[177], en droit des successions[178] ou, encore, en droit bancaire[179]. La nouvelle acceptation de la mission du juge et l'interprétation contemporaine des textes, qui auparavant s'y opposaient, vont dans ce sens (Chapitre 1). Il en résulte que le revirement va venir modifier la jurisprudence, entraînant l'inscription dans le système juridique d'une nouvelle règle de droit (Chapitre 2).

---

[173] P. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit (Sources supérieures et sources inférieures) », Defrénois 2006, n° 06, article 38352, p. 476.

[174] Pour A. MAZEAUD, « Les sources du droit du travail à l'épreuve du dialogue social », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 356 : « la jurisprudence est la source essentielle du droit du travail » ; du même auteur, « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 383 et s. ; J.-Y. FROUIN, « Raison de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S.* 2009, chron. 1516 : parle de « rôle très créateur de la jurisprudence de la Cour de cassation en droit du travail » en raison des « défaillances du droit formel et (de) l'appropriation par le juge du droit de ce rôle créateur » ; B. TEYSSIER, « La jurisprudence en droit du travail », in *La création du droit par le juge*, *APD* 2007, n° 50, p. 163 et s.

[175] R. HOUIN, Préface de la 1ère éd. des *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 2ème éd., Bibliothèque de droit commercial, Sirey, 1976, p. XII et s.

[176] F.-R. BOULLOCHE, « La Cour de cassation et la responsabilité contractuelle des constructeurs », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 39 et s. ; G. VINEY, « Le droit de la responsabilité dans l'avant-projet CATALA », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 473 et s.

[177] M. GOBERT, « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *BICC* 2007, n° 673, p. 6.

[178] C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », in *La création du droit par le juge*, *APD* 2007, n° 50, p. 149 et s.

[179] S. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'évolution actuelle des sources du droit bancaire », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 445.

Chapitre 1 : Le préalable aux revirements de jurisprudence

76. Alors qu'au XIX^{ème} siècle, le rôle du juge est réduit à son minimum, le XX^{ème} siècle s'est ouvert sur les interrogations de la doctrine quant à la mission réelle du juge. En effet, s'il est reconnu au juge le pouvoir d'interpréter la loi, doit-on pour autant, en déduire qu'il dispose de la possibilité de poser des règles de droit lorsque cette dernière se révèle insuffisante ? Et par delà, peut-on considérer que la jurisprudence est une source du droit et donc, que lorsqu'il y aura un revirement de jurisprudence, il y aura modification d'une règle de droit? Le professeur JESTAZ a justement écrit : « à peine a-t-on formulé cette horrible question qu'on se hâte de répondre par la négative. Pourtant les mêmes professeurs qui viennent de clore ainsi le débat se rendent dans les amphithéâtres où ils enseignent la jurisprudence à leurs étudiants (…) comme droit, non comme tendance sociologique »[180].

77. Reconnaître à la jurisprudence le caractère de source du droit, c'est reconnaître qu'une règle générale puisse naître de décisions particulières. Mais « comment passer de la répétition de décisions judiciaires semblables, qui n'est qu'un fait, à une règle juridique, comment du fait, faire jaillir l'obligation ou encore, comment expliquer le pouvoir normatif de la jurisprudence »[181]?

78. La mission contemporaine du juge l'a conduit à pallier les insuffisances de la loi. Sa mission est ainsi clairement participative puisqu'il contribue pleinement à l'élaboration du droit positif : le juge « n'est plus seulement le gardien du temple. Il en est aussi l'un des architectes »[182] (Section 1).

---

[180] P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexion sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11.
[181] J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à G. Ripert,* LGDJ, 1950, t. 1, p. 31.
[182] Y. AGUILA, « Sur l'art de juger », *RD&J*, n° 24, automne 2006, p. 1.

79. La nouvelle jurisprudence qui va naître de la pratique judiciaire trouve alors sa place au sein des sources du droit. Il en résulte que lorsqu'un revirement de jurisprudence intervient, l'ordre juridique en est modifié (Section 2).

Section 1 : La reconnaissance du pouvoir prétorien

80. L'évolution de la conception du rôle du juge résulte de la prise de conscience de la nature réelle de son travail : « quiconque est investi de l'autorité absolue pour interpréter les lois écrites ou orales, celui-là est le véritable législateur, et non celui qui le premier a écrit ou proclamé ces lois, *a fortiori*, quiconque est investi de l'autorité absolue non seulement pour interpréter le droit, mais pour dire ce qu'est le droit, celui-là est le véritable législateur »[183]. Si cette affirmation semble toutefois extrême, elle a le mérite d'interpeller quant à la réelle mission du juge.

81. Au début du XX[ème] siècle s'est amorcé un changement de perception du rôle du juge au travers des travaux de grands auteurs tels que GENY, EISMEIN ou SALLEILES, puis plus tard JOSSERAND[184]. Cette impulsion va conduire la doctrine à s'interroger plus avant sur la mission du juge et la nature de la jurisprudence. Désormais, le juge n'est plus vu comme un simple lecteur de la loi mais comme une source du droit à part entière. « Lorsqu'on parle des juges comme étant des créateurs de droit, on ne fait qu'exprimer une évidente banalité ; il va de soi que toute interprétation a un caractère de création, que toute interprétation est *law making*. Pour citer (…) LORD RADCLIFFE : (…) il n'y a jamais eu de controverse plus stérile que celle touchant la question de savoir si le juge contribuait à créer le droit. Il est patent qu'il en est ainsi. Comment pourrait-il en être autrement »[185]? Ainsi, « le fait jurisprudentiel » [186] est-il la prise de conscience du rôle créateur du juge (§I).

---

[183] Phrase attribuée à l'évêque HOADLY par GRAY, *The nature and Sources of the law*, 2[ème] éd., New York, The Macmillan Cy, 1927, p. 102, cité par H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, 1997, p. 207.
[184] C. CHENE, « Jean CARBONNIER et la querelle de la source ou de l'autorité : permanence d'un vieux débat ? », texte inédit de la conférence *Arcades sur fond de droit*, www.courdecassation.fr/IMG/File/3-intervention_chene.pdf, p. 2 et s.
[185] M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica et PU d'Aix-Marseille, 1990, p. 33.
[186] G. MARTY, P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit. Droit civil*, Sirey, 1992, 2[ème] éd., t. 1, n° 117, p. 211.

82. Si aujourd'hui le juge est reconnu comme source du droit[187] par la plupart des auteurs[188], c'est en raison de la constatation de la pratique, mais également, de l'interprétation contemporaine de la théorie de la séparation des pouvoirs et des articles 4 et 5 du code civil qui, si classiquement refusaient tout pouvoir créateur au juge, aujourd'hui, le permettent (§ II).

§1) Le fait jurisprudentiel

83. Classiquement, il était considéré que le juge devait faire appel au syllogisme pour remplir sa mission. Or, ce dernier va s'avérer insuffisant lorsque le juge doit faire œuvre de création : il ne peut y avoir uniquement interprétation syllogistique lorsque le pouvoir du juge dépasse le cadre de la simple interprétation. Par conséquent, le juge ne pourra faire directement appel au syllogisme lorsqu'il crée du droit : le recours au syllogisme ne sera ainsi que la troisième phase de la réflexion du juge dans ce cas là, la première étant l'étude de la loi ou de la jurisprudence et la constations de son imperfection, et la deuxième la création ou la modification de la règle jurisprudentielle. Ce n'est qu'alors que le juge va pouvoir faire appel au syllogisme.

84. Pour comprendre en quoi le juge est source du droit, il est nécessaire de repenser la mission de ce dernier, d'appréhender pourquoi l'interprétation qui auparavant n'était considérée que comme une simple application de la loi par le juge permet aujourd'hui à ce dernier de dire le droit au-delà des textes (A).

---

[187] Même si aucun texte ne lui a jamais attribué cette mission : J. CHEVRAU, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 85 et s.

[188] J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 10ème éd., 2004, p. 172 et s. : « ce qui, à nos yeux, s'oppose irréductiblement à l'admission de la jurisprudence comme source du droit, c'est l'incertitude qui lui est inhérente. D'une part, l'apparition de la règle jurisprudentielle n'est jamais instantanée. Quelle que soit l'autorité naturelle de la juridiction qui s'est prononcée, le juriste doit toujours s'interroger sur la valeur et la portée de la décision considérée. D'autre part, lorsqu'une habitude constatée assure la consécration d'une solution jurisprudentielle, celle-ci peut, à tout moment et sans avertissement être gommée par un revirement ».

85. Cependant, reconnaître au juge le pouvoir de créer du droit amène la question des dérives pouvant découler d'un tel pouvoir. En effet, à la différence des lois qui sont adoptées après d'âpres discussions par un nombre conséquent d'individus, la jurisprudence va naître de la décision d'une poignée de juges. Comment alors être certain qu'ils ne dériveront pas vers l'arbitraire et que lorsqu'un revirement de jurisprudence interviendra, il sera réellement justifié (B) ?

A) La mission contemporaine du juge de cassation

86. RIPERT estime que « quand on continue à parler d'interprétation du droit, c'est parce que, plus ou moins confusément, demeure chez certains l'idée que le droit positif n'est pas tout le droit. Il y aurait alors, au-dessus ou tout au moins en dehors des lois, un droit dont le juge aurait la possibilité de dégager les règles. Comme ces règles ne seraient connues que par la décision du juge chargé de les appliquer, la jurisprudence apparaîtrait comme une source (du) droit. Les décisions de justice rendraient visibles aux intéressés les règles de droit jusqu'alors ignorées, et les modifications qu'elles subissent sans cesse. Une telle conception est inconciliable avec le positivisme juridique. Il n'existe pas d'autre droit positif que celui qui est établi par le pouvoir, sous la forme d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi. Le pouvoir d'interprétation du juge consiste simplement à dégager nettement le sens du texte, et, par conséquent, à préciser la règle. Donner une règle nouvelle supposerait un pouvoir que le juge n'a pas »[189]. Si cette analyse semblait compréhensible au début du XX^{ème} siècle, elle ne l'est plus aujourd'hui. En effet, le juge développe tellement certaines notions de droit, qu'il « y ajoute des éléments nouveaux qui sont son œuvre propre, et non plus celle du législateur »[190]. Par conséquent, en intégrant à l'ordre juridique des règles de droit qu'il ne contenait pas auparavant le juge de cassation fait bien oeuvre de création.

---

[189] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1955.
[190] M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public, Mélanges G. Scelle*, LGDJ, 1950, t. 2, p. 622.

87. L'interprétation de la loi par le juge va donc plus loin qu'une simple application des textes (1). La nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité a d'ailleurs permis à la Cour de cassation de se prononcer sur son pouvoir d'interprétation et d'abandonner définitivement la théorie de l'incorporation[191]. Dans le cadre de ce contrôle, elle a estimé qu'en vertu de l'article 61-1 de la Constitution, seules des dispositions législatives pouvaient faire l'objet d'un examen : elle exclue donc l'interprétation des dispositions législatives de ce contrôle[192]. Ainsi, concernant la théorie de la peine justifiée[193], elle n'a pas transmis la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel au motif que « la question ne présente par un caractère sérieux en ce qu'elle critique non pas l'article 598 du code de procédure pénale mais la « théorie de la peine justifiée », élaborée à partir de cette disposition législative »[194]. Par conséquent, l'interprétation se dégage du texte et acquiert une autonomie propre.

88. La Cour de cassation est de plus en plus explicite quant à la nature de sa jurisprudence même si elle n'a pas encore passé le cap et officiellement reconnu son pouvoir normatif. Cependant, les décisions y faisant référence se multiplient (2).

1) <u>L'application de la loi par le juge de cassation</u>

89. Le juge réalise sa mission au travers d'un acte juridictionnel. Ce dernier fait l'objet de différentes définitions qui varient en fonction de l'approche formelle[195]

---

[191] N. MOLFESSIS, « La jurisprudence supra-constitutionem », *JCP G.* 2010, 1039, p. 1955 et s.
[192] Le Conseil constitutionnel s'est opposé à cette pratique dans sa décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 au motif qu' « 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 ».
[193] L'article 598 du code de procédure pénale dispose que « lorsque la peine prononcée est la même que celle portée par la loi qui s'applique à l'infraction, nul ne peut demander l'annulation de l'arrêt sous le prétexte qu'il y aurait erreur dans la citation du texte de la loi ».
[194] Cass. QPC 19 mai 2010, n° 09-87.651, JurisData n° 2010-006619.
[195] Pour R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie de l'Etat*, t. 1, p. 768 : l'acte juridictionnel est « accompli par des organes spécialisés, hiérarchisés, indépendants et autonomes

ou matérielle[196] de la notion[197]. Mais que l'on se base sur le plan formel ou sur le plan matériel pour le définir, des critiques sont toujours possibles et seule la combinaison des deux approches peut nous permettre de cerner au plus près la notion[198].

L'acte juridictionnel peut ainsi être défini comme l'opération par laquelle une juridiction habilitée à dire le droit (critère formel) va appliquer ce dernier à une situation de fait dont elle est saisie (critère matériel). Par conséquent, l'acte juridictionnel est à distinguer de l'acte judiciaire qui ne se prononce pas sur le fond du litige et de l'acte d'administration judiciaire qui a pour finalité d'assurer le bon fonctionnement de la justice[199].

Ainsi, c'est dans le cadre de l'acte juridictionnel que le juge va rendre sa décision. En effet, « le juge n'a pas un pouvoir juridictionnel de constater d'une part, et un pouvoir de décision de nature différente d'autre part. Il n'a normalement

---

(critère organique) et en suivant des règles de procédure particulières donnant des garanties aux plaideurs (critère procédural) » ; CE, 2 février 1945, *Moineau*, *D.* 1945, p. 269, note C.-A. COLLIARD. Cependant cette définition apparaît trop large et peut recouvrir d'autres actes réalisés par les juges qui ne sont pas juridictionnels. De plus, certaines institutions telles que les jurys d'examens remplissent ces conditions mais ne sont pas pour autant auteurs d'actes juridictionnels. D'autres critères formels ont alors été mis en avant. Ainsi P. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3ème éd., 1935, n° 136 et 146 à 162, et G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP* 1913, p. 437 : ces auteurs retiennent le critère de la volonté du législateur de conférer à l'acte un caractère juridictionnel : un acte serait donc juridictionnel s'il est revêtu de l'autorité de la chose jugée. Cependant, le problème semble être pris à l'envers. En effet, n'est-ce pas parce qu'un acte est juridictionnel qu'il est revêtu de l'autorité de la chose jugée ? V° également P. HEBRAUD, *RTD Civ.* 1960, n° 10, p. 706.

[196] Les points de vues sont différents selon que l'on se base sur l'existence d'une contestation soumise au juge, sur la structure de l'acte ou son but. Ainsi dans le premier cas, l'existence d'une contestation serait le critère décisif permettant de définir l'acte juridictionnel. Le juge va ainsi intervenir pour trancher un litige. Cependant, cette théorie trouve ses limites dans le fait que le juge peut être saisi d'une prétention unilatérale même si en droit privé le juge intervient le plus souvent dans le cadre d'une contestation. Dans le second cas, c'est la structure de l'acte qui va conditionner la spécificité de l'acte juridictionnel. Ainsi, pour L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906, p. 446 : le juge aurait pour mission de constater les atteintes au droit et d'en dégager les conséquences par le biais d'une décision. Ainsi l'acte serait composé d'une prétention (question de droit posée au juge), d'une constatation (solution dégagée par le juge qui prend la forme d'un syllogisme), et d'une décision (conséquences de la constatation tendant à sa réalisation concrète). Il semble cependant que l'élément principal soit la constatation car cette dernière reste extérieure à l'acte et la décision n'est que la suite logique de la constatation. De plus, lorsque la demande est rejetée, la décision contenant le rejet n'est qu'une simple constatation. Dans le troisième cas, le critère fondé sur le but de l'acte repose sur l'idée que le juge va devoir, pour trancher le litige, vérifier si une atteinte est portée à la loi. Pour cela, il va confronter les faits à la règle de droit adéquate.

[197] V° également, pour les auteurs précités, M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice. Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, Paris, 1960, p. 4 et s.

[198] De plus, ne considérer l'acte juridictionnel que dans le cadre de la mission contentieuse du juge ne permet pas d'intégrer la mission gracieuse qu'il peut également être amené à remplir.

[199] Articles 107, 368, 499, 537, 817 et s., 963 et s. CPC.

pouvoir de constater que pour décider. La constatation et la décision sont indissociables et constituent un acte unique »[200].

90. La mission principale du juge, même vue au travers d'un oeil contemporain, reste la même : il doit trancher les litiges qui lui sont soumis, en vertu de la loi, sous peine d'être sanctionné pour déni de justice. Pour cela, il doit interpréter la loi. Mais « ce qu'on présente d'ordinaire comme l'interprétation de la loi, n'est-il pas, en réalité, l'œuvre créatrice de la jurisprudence »[201]? En effet, à partir du moment où le juge interprète la loi, il va « la préciser, quand elle est trop générale ; la clarifier, quand elle est obscure ; la désigner, quand elle est indéterminée ; l'inventer, quand elle est muette »[202]. « Le juge est la parole vivante du droit »[203] et il peut ainsi moduler la portée de la loi en la restreignant, en l'étendant considérablement ou en la faisant tomber en désuétude[204]. Ceci résulte du fait qu'une règle de droit est un cadre à l'intérieur duquel il existe différentes possibilités d'application. Le juge doit faire un choix entre ses différentes possibilités.

Par conséquent, l'interprétation n'est pas un simple acte de connaissance mais un acte de volonté « par lequel l'interprète intervient directement dans le processus de création des normes »[205]. Grâce à sa connaissance, le juge détermine la signification de la loi et c'est par un acte de volonté qu'il fait un choix. Dans le cas de l'application de l'article 1382 du code civil, le juge est venu définir la notion de faute. En définissant cette notion, il confère à la loi une certaine signification qu'elle n'avait pas auparavant. C'est en cela que le juge crée du droit lorsqu'il interprète la loi. Le

---

[200] G. WIEDERKEHR, « Le rôle de la volonté dans les actes judiciaires », in *Mélanges A. Rieg*, Bruylant, 2000, p. 885 ; V° pour une opinion contraire G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, M. Giard, 1925, t. 1, p. 50.

[201] J. BOULANGER, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD Civ.* 1961, p. 418.

[202] M. JEOL, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 37 et s.

[203] P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à P. Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329, spéc. n° 3, p. 333.

[204] S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974, p. 293.

[205] J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 128 et p. 135 : « non seulement l'interprétation donnée par » le juge « est un acte de volonté, mais encore cet acte de volonté produit des effets de droit conférant au texte sa portée normative ».

juge peut alors être considéré comme « un paralégislateur, chargé dans les limites permises par le Parlement, de parachever l'œuvre législative »[206].

Le juge de cassation a ainsi précisé le régime de l'article 16-1-1 du code civil qui dispose que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ». Dans un arrêt en date du 1er juillet 2010[207], la première Chambre civile est venue mettre fin aux dissensions[208] concernant les conditions selon lesquelles les proches d'une personne décédée pouvaient s'opposer à la reproduction de l'image de cette dernière. Désormais, « les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, dès lors qu'ils en éprouvent un préjudice personnel en raison d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort ». Or, si le juge n'avait pas la possibilité de créer du droit, il n'aurait pu procéder à une telle extension de l'article 16-1-1 du code civil.

91. Lorsque le juge est amené à statuer, il va étudier la législation en vigueur. Il peut alors rencontrer différents cas de figure. Ainsi, les cas dans lesquels il est amené à créer du droit sont de trois ordres.

Soit la loi est imprécise et nécessite une interprétation du juge conduisant ce dernier à définir son contenu. Le contenu des règles de droit s'étant progressivement et profondément modifié, on assiste à une prolifération[209] de notions cadres, du droit flou (sans précision)[210], du droit mou (sans sanction)[211], du droit doux (sans obligation)[212], d'un droit « à l'état gazeux »[213] laissant au juge une plus grande amplitude dans son interprétation. Ce dernier a, par exemple, dû déterminer, ce qu'il

---

[206] P. BELLET, « Grandeur et servitude de la Cour de cassation », *RIDC* 1980, p. 299 et s.
[207] Cass. civ. 1ère, 1er juillet 2010, G. LOISEAU, « La protection posthume de la personnalité », *JCP G.* 2010, 942, p. 1778 et s.
[208] Cass. crim., 21 octobre 1980, *Bull. crim.* 1980, n° 262 ; Cass. civ. 2ème, 8 juillet 2004, *Bull. civ.*, II, n° 486 ; Cass. civ. 1ère, 20 décembre 2000, *Bull. civ.*, I, n° 341.
[209] Y. CHARTIER, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 151.
[210] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Collection de thèse, Defrénois, Lextenso éd., 2009, p. 226 et s. ; M. DELMAS-MARTY, *Le droit flou*, PUF, 1986.
[211] E. CLAUDEL, B. THULLIER (codir.), *Le droit mou, une concurrence faite à la loi ?*, Actes du colloque du 3 décembre 2004, Paris, www.glose.org/cedcace.htm.
[212] C. THIBIERGE « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.* 2003, p. 599 et s.
[213] Dans son rapport public de 1991, le Conseil d'Etat constate une dégradation de la norme juridique : *De la sécurité juridique*, EDCE, n°43, La documentation française, p. 32 et s.

fallait entendre par « cause » à l'article 1131 du code civil[214]. La jurisprudence distingue ainsi, la cause de l'obligation et la cause du contrat[215].

92. Lorsque la loi est imprécise, le législateur crée la norme et le juge lui restitue sa véritable portée. Ainsi, dans le cadre de la loi PERBEN II du 9 mars 2004, le Conseil constitutionnel a estimé que si l'expression « bande organisée » pouvait paraître floue, « la jurisprudence dégagée (…) a apporté les précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs »[216].

93. Soit la loi est lacunaire et le juge se doit de créer une nouvelle règle de droit. On considère qu'il y a lacune du fait qu'aucune règle de droit ne donne de solution idéale. Ainsi, « l'homme qui combat pour sa liberté, pour son bien-être et sa dignité, dans un milieu économique et social inquiétant par sa complexité et âpre par ses exigences, a vu la Cour de cassation faire oeuvre de bâtisseur. Elle l'a fait, non dans le désir malsain de se substituer au législateur, mais parce que, dans le silence ou l'insuffisance de la loi, il lui faut, malgré tout, « dire le droit »[217]. « Ainsi les lacunes (de la loi) doivent être comblées par le juge, à l'occasion des litiges et, aucun autre agent de l'ordonnancement juridique ne peut le faire à la place du juge »[218].

A titre d'exemple, on peut citer le célèbre arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 1992[219], opérant revirement de jurisprudence. Dans un arrêt en date du 21 mai 1990[220], la Haute juridiction avait refusé d'accorder la modification de son

---

[214] Article 1131 du code civil : « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».
[215] Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1989, *JCP G.* 1989, II, 21546, note Y. DAGORNE-LABBE.
[216] Cons. const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, § 13, *JORF* du 10 mars 2004 p. 4637.
[217] P. DRAI, « Allocution prononcée lors de l'Audience solennelle de début d'année judiciaire, 6 janvier 1992 », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1991*, La documentation française, 1992, p. 51.
[218] S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974, p. 315.
[219] Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, *Bull. civ.*, A.P., n° 13.
[220] Cass. civ. 1ère, 21 mai 1990, *JCP G. 1990*, II, 21588, rapp. J. MASSIP et ccl. F. FLIPO, *Bull. civ.*, I, n° 119.

état civil à un transsexuel. Suite à la condamnation de cette position par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *B.… c/ France* du 25 mars 1992[221] en vertu du respect de la vie privée[222], la Cour de cassation a revu sa position et a estimé que « lorsque à la suite d'un traitement médicochirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme, ne possède plus tous les caractères de son sexe et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ». La loi étant muette, et sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation a ainsi, comblé le vide juridique concernant le statut spécifique des transsexuels vis-à-vis de leur état civil[223].

94. Soit la loi se révèle inadaptée et le juge va être contraint de statuer *contra legem*, posant ainsi une nouvelle règle de droit en contrariété avec les textes[224]. Par exemple, dans un arrêt en date du 8 mars 2011[225], la Cour de cassation a estimé qu'un cautionnement solidaire non revêtu de la mention prévue à l'article L. 341-3[226] du code de la consommation ne privait pas la banque de la possibilité de se prévaloir du cautionnement mais faisait dégénérer le cautionnement solidaire en cautionnement simple. Dans cette espèce la Cour de cassation réécrit la loi puisque l'article L. 341-3 prévoit la nullité de l'engagement de la caution.

Cette possibilité qui lui est offerte, est tolérée en raison du contexte sociétal. En effet, si le juge statue contrairement à une loi, ce n'est que dans le but

---

[221] CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, requête n° 13343/87.
[222] Article 8 de la Conv. EDH.
[223] R. DE GOUTTE, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 47.
[224] Ce fut ainsi le cas pour l'inaliénabilité de la dote mobilière, le principe de la validité des donations déguisées, la stipulation, l'astreinte…
[225] Cass. com., 8 mars 2011 : Y. PICOD, « Le juge au secours du législateur : comment la Cour de cassation réécrit l'article L. 341-3 du code de la consommation », *D.* 2011, p. 1193 ; P. CROSQ, « La violation de l'article L. 341-3 du code de la consommation n'entraîne pas la nullité du cautionnement en entier », *RTD Civ.* 2011, p. 375.
[226] L'article L. 341-3 du code de la consommation dispose que « lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : "En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X..." ».

d'adapter cette dernière qui, si elle était appliquée, pourrait aboutir à des solutions absurdes. Ainsi, « la position stratégique de l'autorité judiciaire est inexpugnable. Seule investie du pouvoir de juridiction, elle dispose d'une marge d'autonomie suffisante pour s'affranchir des commandements de la loi »[227].

A titre d'exemple de disposition légale absurde, on peut citer une ancienne disposition du décret relatif à la police des chemins de fer qui disposait que « lorsque le train (était) complètement arrêté », il était interdit aux voyageurs de descendre ou de monter[228].

95. On peut cependant s'interroger sur la possibilité du juge de statuer *contra legem*. En effet, la loi est issue de choix opérés par le législateur, représentant du peuple. Or, en allant à l'encontre de la loi, le juge estime que les choix faits par ce dernier ne sont pas ou ne sont plus les bons. On peut alors s'interroger sur la légitimité d'un tel procédé. Le juge ne va-t-il pas trop loin ? Certes, il doit adapter le droit à la société mais c'est également le travail du législateur. Il semble donc nécessaire que le juge n'adopte une position *contra legem* qu'après avoir informé et mis en position le législateur de modifier la loi. Il peut, pour cela, faire part de ses considérations au législateur par le biais du rapport annuel de la Cour de cassation. Le juge restera ainsi, pleinement dans les limites de sa mission, n'adoptant une position *contra legem* que lorsque le législateur restera inactif.

Bien sûr, on peut soulever l'argument selon lequel le temps de réaction du législateur peut être long et que le droit a besoin d'une adaptation rapide. Cependant, statuer *contra legem* ce n'est pas juste appliquer un droit juste, c'est clairement s'opposer au législateur et refuser d'appliquer la loi. Par conséquent, le juge ne doit avoir recours à cette extrémité que lorsqu'il n'a pas d'autre possibilité.

96. Les évolutions de la société ont conduit le juge à écarter, dans certains cas, purement et simplement la loi. L'ordre juridique du XX^{ème} siècle est un ordre nouveau puisque son contenu n'est plus déterminé uniquement par des institutions

---

[227] P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 107.
[228] Cass. crim., 8 mars 1930, *DP* 1930, 1, 101, note P. VOIRIN.

internes. En raison de la naissance de l'Europe ainsi que du développement du droit international, est apparu un droit externe que notre système juridique doit intégrer. Lorsque ce n'est pas le cas, le juge doit mettre en conformité l'ordre juridique interne avec les Conventions internationales auxquelles notre Etat est partie[229]. Ainsi, selon l'article 55 de la Constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ». Par conséquent, en vertu de ce principe, le juge a la possibilité d'écarter une loi lorsque cette dernière est en contradiction avec un texte international (contrôle de conventionnalité)[230]. Ce principe est renforcé par le fait que, généralement, ces normes juridiques sont d'application directe. Ne nécessitant pas de transcription, elles sont directement invocables par les justiciables. Le juge se trouve ainsi être le garant du respect des accords internationaux ratifiés par la France.

97. Au travers des différentes situations rencontrées par le juge, on constate que ce dernier ne peut toujours se contenter de la loi pour remplir son office. Par conséquent, l'indépendance du juge est, dans la conception contemporaine, beaucoup plus large que dans la conception classique où elle n'était qu'institutionnelle, puisque le juge, s'il se considère toujours lié par la loi, sait s'en détacher quand cela s'avère nécessaire à l'accomplissement de sa mission. « Contrairement à la thèse soutenue par l'école classique, le juge apparaît comme un organe souverain, dans la sphère d'action qui est la sienne. Sa tâche ne consiste nullement en une application mécanique et syllogistique de volontés extérieures à lui. Tout au contraire ! Dans le règlement des litiges dont il a à connaître, il est maître de déterminer la norme et la règle à appliquer »[231].

Classiquement, l'indépendance du juge est considérée comme limitée en raison de la possibilité offerte au législateur d'anéantir une jurisprudence en adoptant une loi contraire : il y a alors bris de jurisprudence. Cependant, il ne s'agit pas d'une

---

[229] G. CANIVET, « Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, 6 janvier 2000 », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 55.
[230] Cons. const., décisions n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671 et n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *JORF* du 5 septembre 1986, p. 10790.
[231] S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974, p. 294.

ingérence du pouvoir législatif dans la sphère du pouvoir judiciaire portant atteinte à son indépendance, mais simplement d'une concurrence de pouvoirs permettant la limitation de ces derniers : comme le juge peut adapter une loi, le législateur peut anéantir une jurisprudence. On ne peut donc déduire de cette possibilité offerte au législateur une atteinte à l'indépendance du juge le plaçant dans une situation d'infériorité par rapport au législateur. Lorsque ces deux institutions s'affrontent, il y en aura toujours une pour reconnaître la justesse de la position adoptée par l'autre : le juge se pliant à la disposition légale, le législateur adoptant une loi conforme à la jurisprudence. Certes, dans certains cas on peut penser que le législateur va imposer sa volonté au juge mais ce dernier aura toujours la possibilité de la contourner au gré des affaires qu'il aura à juger.

98. Si le juge est aujourd'hui considéré comme source du droit, quelle est sa nature? Si l'on reprend la classification des sources du droit précédemment établie, on peut estimer que le juge est un auteur du droit. Quant à la Cour de cassation, elle peut-être considérée comme une institution créatrice du droit.

99. Concernant le pouvoir prétorien des juges, certains auteurs parlent de « gouvernement » des juges[232]. Cette terminologie ne semble guère adaptée et ce, pour différentes raisons[233]. En effet, utiliser le terme « gouvernement » sous-entend que le juge outrepasse ses prérogatives et interfère dans le domaine réservé au législateur. Le terme « gouvernement », rattaché au juge, apparaît donc de manière négative. Cependant, gouverner et juger sont deux institutions complètement différentes. Alors que le législateur est libre de son ordre du jour, le juge ne peut choisir ni les affaires qui lui sont soumises ni le problème juridique qu'il a à trancher[234]. De plus, bien que créant des règles de droit, il ne peut ouvertement

---

[232] G. MARTY, P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit. Droit civil*, Sirey, 2ème éd., 1972, t. 1, p. 234 ; J. RIVERO, « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, p. 22 ; H. DE PAGE, « A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit », *S.* 1931, p. 161 et s. et du même auteur, *Gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruylant et Sirey, 1931.

[233] D. DE BECHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973 et s.

[234] Pour T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, p. 93 : « le juge n'avance jamais que sur un chemin qu'il ne choisit pas ».

utiliser ce pouvoir. Ainsi, il « doit faire mine de ne jamais sortir du système légal. Les normes qu'il applique doivent toujours sembler procéder d'autres règles juridiques, elles-mêmes réputées découler de principes juridiques supérieurs »[235]. Le juge va donc, le plus souvent, chercher à rattacher ses créations jurisprudentielles à un texte ou à un principe général du droit. Ainsi, on ne peut considérer que le juge gouverne car la possibilité qu'il a de créer du droit ne le laisse pas totalement libre de ses mouvements à la différence du législateur qui dispose de beaucoup plus d'amplitude.

100. Pour remplir pleinement sa mission, le juge doit trancher les litiges qui lui sont soumis en vertu de la loi ou en vertu de règles qu'il va devoir créer lorsque cette dernière se révèle imparfaite. Pour cela, il va prendre en considération le contexte sociétal dans lequel la règle de droit qu'il va poser s'inscrit. Etant en contact direct avec les litiges résultant de la vie en société, le juge est le plus à même d'adapter le droit[236], de le perfectionner[237]. Il va ainsi remédier aux « insuffisances et (…) défectuosités de la législation eu égard aux circonstances économiques et sociales actuelles »[238]. Ainsi, pour le Premier Président de la Cour de cassation G. CANIVET, « alors, enfin, les Chambres de la Cour pourraient concentrer leur activité sur la fonction normative qui est l'essentielle de leur mission : donner une interprétation de la loi qui comble ses lacunes, lève ses ambiguïtés, en précise le sens et la portée ou l'adapte à l'évolution des mœurs, des techniques, de la vie sociale, de l'économie, des mentalités et des cultures »[239].

---

[235] D. DE BECHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 977.
[236] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 151 et s. Il est cependant à noter que « la jurisprudence, ancrée dans les habitudes, tarde parfois à s'adapter à l'évolution des réalités socio-économiques ou à assimiler les effets d'une réforme législative » : B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5ème éd., 2000, p. 334.
[237] S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974, p. 316 et s ; Y. AGUILA, « Le juge et les réalités sociales », *RD&J*, n° 31, hiver 2008-2009, p. 1.
[238] P. LESCOT, « Les tribunaux face de la carence du législateur », *JCP G.* 1966, I, 2007.
[239] G. CANIVET, « Discours de rentrée solennelle 2001 », in *Rapport annuel de la Cour de cassation, La documentation française*, 2001, p. 32 ; Pour BOLLOT-BEAUPRE, « Discours de M. BALLOT-BEAUPRE », in *Le centenaire du code civil*, 1804-1904, Société de législation comparée, Paris, 1904, p. 26 et s. : « il n'existe pas, à proprement parler, d'autre source de droit civil que la loi », cependant, l'ambiguïté d'un texte confère au juge « les pouvoirs d'interprétation les plus étendus », l'autorisant à « adapter libéralement, humainement, les textes aux réalités et aux exigences de la vie moderne ».

101. En effet, « la loi est faite pour la société et non la société pour la loi »[240]. Le rôle du juge est ainsi primordial puisqu'il va être le lien entre la règle de droit abstraite et les problèmes sociaux juridiques concrets[241]. « La loi est lettre morte si le juge refuse d'en définir les éléments générateurs. La règle légale demeure une voix muette, bâillonnée par la généralité de sa formulation, si l'autorité judiciaire ne consent à la réaliser »[242]. Ainsi, le juge concrétise la règle de droit, il lui fait produire ses effets. En déterminant ces derniers, il peut adapter la règle au contexte sociétal. Par conséquent, « le revirement relève donc moins de l'erreur d'interprétation du juge que de la nécessité d'adapter la règle de droit aux faits sociaux »[243].

102. Le juge est ainsi devenu le garant de la bonne adéquation de la règle de droit à la société[244]. Il va devoir faire des choix circonstanciés. Il va s'en remettre à des valeurs « constituant la science sociale. Les juges sont des interprètes autorisés du sentiment collectif »[245]. Ceci résulte du fait que « ce qu'on appelle le droit positif n'est qu'une tradition incomplète et provisoire du sentiment de droit qu'éprouve une communauté donnée à un instant déterminé. Le rôle des sources du droit dites formelles est d'alimenter en permanence le droit formel de schémas nouveaux destinés à rendre compte de l'évolution de ce sentiment. En disant le droit, le juge ne

---

[240] M. CHRETIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle. Leur formation. Leurs caractères*, thèse dactyl, Droit, Lille, Impr. de L. Danel, 1936, p. 133.

[241] P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *D.* 1956, p. 774 et s. : cet auteur apporte un bémol au fait de considérer le juge comme le reflet de la société au sein de laquelle il évolue : le juge n'a pas connaissance de tous les problèmes juridiques puisque certains trouveront une solution en dehors de tout procès (règlement amiable...). Ainsi, « sous l'influence de ces phénomènes de prévention et de perte du contentieux, ou celle du règlement des différends par d'autres procédés que l'instance en justice, la jurisprudence tend à ne plus nous donner un reflet fidèle des difficultés rencontrées dans l'organisation de la vie sociale. (...) Renonçons, en tout cas, à trouver dans la jurisprudence un fidèle reflet de la vie économique d'un pays ».

[242] P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 105.

[243] J.-F. CASILE, « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », *RRJ* 2004-2, p. 640.

[244] H. DE PAGE, *Gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruylant et Sirey, 1931, p. 179 : « son but n'est pas de contredire le législateur, ni de contrecarrer son œuvre, mais de l'adapter, de l'améliorer et de la mettre en correspondance avec tout ce que la loi n'a pu définir, et que les mœurs précisent avec plus de clarté ».

[245] E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1960, p. 43.

répète pas nécessairement une conception acquise, du droit, il exprime le droit tel qu'il est perçu collectivement au moment où il statue »[246].

Les revirements de jurisprudence sont donc primordiaux puisqu'ils permettent d'éviter au droit de devenir obsolète surtout à une époque où les avancées technologiques sont plus rapides que les modifications de la législation[247]. En effet, « c'est une vertu majeure du droit jurisprudentiel de permettre une adaptation souple ou, si nécessaire, une transformation de la règle de droit »[248] lorsque la société en démontre le besoin suite aux changements qui interviennent en son sein.

103. A titre d'exemple, on peut citer la notion de « bonnes mœurs » qui en raison de l'évolution des mentalités a évolué au fil du XX^{ème} siècle. Alors qu'au début du siècle cette notion était empreinte des valeurs judéo-chrétiennes, aujourd'hui elle se fonde sur des valeurs humanistes. Le juge va donc apprécier la notion de « bonnes mœurs » en fonction des valeurs fondant la société de son époque. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle opéré un revirement de jurisprudence en date du 3 janvier 1999[249] estimant que « la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire n'est pas contraire aux bonnes mœurs » alors qu'auparavant, la libéralité était annulée pour cause immorale et illicite lorsqu'elle avait été consentie dans le but de favoriser, poursuivre, maintenir ou reprendre une relation adultère[250].

104. L'interprétation actuelle des articles 1384 et suivants du code civil est un exemple frappant de l'adaptation de la loi aux besoins de la société. Alors que pour les codificateurs, une personne ne pouvait voir sa responsabilité engagée que sur la

---

[246] V. PETEV, « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *APD* 1985, n° 30, p. 181.
[247] L.-M. DUONG, « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, p. 783 : « l'ineffectivité de la loi provient souvent du dépassement de la règle de droit par l'évolution technique d'internet et des pratiques de ses usagers ».
[248] J. CHEVRAU, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 87.
[249] Cass. civ. 1ère, 3 janvier 1999, *Bull. civ.*, I, n° 43 ; *D.* 1999, p. 267, rapp. SAVATIER, note LANGLADE - O'SUGHRUE ; V° également, Ass. plén., 29 octobre 2004, *Bull. civ.*, A.P., n° 12.
[250] Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1982, *Bull. civ*., I, n° 321 ; M. GOBERT, « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *BICC* 2007, n° 673, p. 8.

base de la commission d'une faute, le juge a fait évoluer ce régime. Initialement, les articles 1384 et suivants étaient considérés comme des applications de la théorie de la faute. Le juge va alors prévoir des cas où la responsabilité de la personne pouvait être engagée même sans faute. Cette évolution résulte du fait que certaines victimes, ayant subi un dommage, ne pouvaient se voir indemniser en l'absence de faute. Le justiciable ressentait un sentiment d'impuissance face à la législation apparaissant comme trop complaisante envers l'auteur du dommage. Le juge a donc fait évoluer le régime de la responsabilité d'un régime sanctionnant un comportement blâmable à un régime de nature réparatrice. A la notion de faute va se trouver substituée celle de risque. La responsabilité subjective va devenir objective, la présomption de faute va laisser la place à la présomption de responsabilité. Le juge a ici rempli pleinement sa mission, prenant en compte les justes attentes du justiciable, reflet d'une société se voulant plus « indemnisatrice ».

105. C'est dans le cas des revirements de jurisprudence que le juge remplit pleinement sa mission. En effet, c'est en modifiant l'interprétation de la loi qu'il va « faire coller » cette dernière au plus près du contexte sociétal. Cependant, « le juge se voit (...) pris entre ces exigences inconciliables que représentent la nécessité pour lui de contribuer à l'entreprise de la justice en adaptant le droit jurisprudentiel aux transformations irrésistibles des rapports sociaux, et celle de ne pas remettre trop visiblement en cause ses actions passées »[251].

106. « L'évolution de la jurisprudence, en l'absence de réforme législative, peut avoir deux origines distinctes. Ou bien le juge estime devoir reconnaître l'erreur qu'il avait précédemment commise (…) ou bien il prend acte d'un changement de fait ou de droit »[252]. Ainsi, le revirement de jurisprudence répond au besoin de ne pas « laisser perdurer les effets d'arrêts conçus dans l'ignorance d'éléments qui ne sont

[251] O. SALVAT**,** *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl. Paris II, 1983, p. 6.
[252] C. ATIAS, « Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique », *D.* 2003, p. 513.

connus que postérieurement ou encore de décisions que les changements du contexte économique et social commandent »[253].

107. Cet aspect de sa mission, s'il reste aujourd'hui primordial, est mis à mal par les problèmes que rencontre actuellement la justice : la diminution des crédits, l'augmentation du contentieux, la stagnation voire la diminution des effectifs[254] et un souci accru de célérité du traitement des dossiers ne rendent pas aisée l'adaptation du droit aux évolutions de la société. Le juge se trouve ainsi contraint à un « abattage des dossiers » ne lui permettant pas une réflexion poussée. La qualité de notre droit ne peut que malheureusement, en pâtir.

108. La position de la Cour de cassation quant à la reconnaissance de son pouvoir prétorien est ambiguë : autant elle reconnaît que sa jurisprudence est à intégrer au droit positif autant elle refuse de fonder ses décisions sur cette dernière et continue à en rattacher certaines artificiellement à la loi.

2) La reconnaissance ambiguë de son pouvoir créateur par le juge de cassation

109. Bien que dans la pratique il ne peut-être contesté que le juge soit source du droit, paradoxalement, la Cour de cassation ne semble pas assumer ouvertement ce rôle. « Dans tous les temps et dans tous les pays, (les juges) ont cherché et cherchent en effet à dissimuler leur rôle, pour se présenter comme les simples serviteurs d'un droit qui s'impose à eux et qui n'est nullement une preuve de leur création »[255]. En effet, si l'on consulte les fiches méthodologiques à l'attention des magistrats sur le site intranet de la Cour de cassation, il est précisé que le juge ne peut fonder ses

[253] G. GELINAUD-LARRIVET, « Le rôle des revirements de jurisprudence », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, 2004, p. 162.
[254] Le nombre de magistrats recrutés a diminué de presque de moitié depuis 2007 ; V° les chiffres sur le site de l'ENM : http://www.enm.justice.fr/
[255] R. DAVID, « La jurisprudence », *RRJ* 1985, p. 779.

décisions uniquement sur une jurisprudence. Ainsi, pour le Professeur DUPEYROUX, la jurisprudence est une source du droit « en quelque sorte honteuse, parce qu'officiellement inavouable et inavouée »[256].

110. A cela s'ajoute que le moyen tiré de la violation de la jurisprudence n'ouvre pas droit à cassation[257]. Il y a donc un paradoxe entre la position de la Cour de cassation estimant que sa jurisprudence est assimilable à du droit positif[258] et l'interdiction faite au juge d'utiliser cette dernière comme unique fondement de sa décision[259]. En effet, dans un arrêt en date du 25 novembre 1997[260], la Cour de cassation a estimé que la jurisprudence faisait partie du droit positif. Dans l'espèce en cause, une banque avait consenti un prêt (acte notarial en date du 7 juillet 1986) pour l'acquisition d'un bail commercial cautionné par deux époux. Le débiteur ne s'acquittant pas de sa dette, la banque se retourna contre les cautions. Cependant, par un arrêt en date du 31 mai 1988, la Cour de cassation imposa de soumettre le mandat de caution aux exigences de l'article 1326 du code civil. Ce n'était pas le cas en l'espèce et les cautions se trouvèrent libérées de leur engagement. La banque se retourna contre le notaire au motif qu'il avait manqué à son devoir de conseil ou tout au moins, qu'il ne s'était pas assuré de l'efficacité de l'acte. La question qui se posa alors était de savoir si la responsabilité du notaire pouvait être engagée sur la base d'une jurisprudence intervenue postérieurement à la rédaction et à la conclusion de l'acte. La Cour d'appel puis la Cour de cassation rejetèrent la demande au motif que « les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne

---

[256] O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 475.
[257] Cass. req., 21 décembre 1891, *D.* 1892, p. 543. Une nuance doit être apportée puisque aujourd'hui il est possible de contester les décisions de la Cour de cassation devant les juridictions européennes.
[258] H. SAVOIE, *RJDA* 5/98, p. 383 : il en va de même du Conseil d'Etat qui estime que la jurisprudence administrative est « une norme juridique supérieure »; CE Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, *AJDA* 1998, p. 458, chron. F. RAYNAUD et P. ROMBEUR ; *JCP G.* 1998, II, 10109, note P. CASSIA, et I, 181, obs. J. PETIT.
[259] Cass. req., 1er février 1882, *DP* 1882, 1, 113 : « s'il est défendu aux tribunaux de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises, non seulement ils peuvent, mais encore ils doivent indiquer les règles et principes généraux de droit sur lesquels ils fondent leurs décisions » ; P MIMIN, *Le style des jugements*, Librairies techniques, Libraire de la Cour de cassation, 1962, p. 273 et s.
[260] Cass. civ. 1ère, 25 nov. 1997, *D.* 1998, p. 7 ; N. MOLFESSIS, « La portée des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 1998, p. 210.

peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans qu'on puisse lui imputer la faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit ». Par conséquent, « en énonçant que l'on ne pouvait reprocher (au notaire) de n'avoir pas prévu un revirement de jurisprudence, la Cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ».

Si la Cour de cassation pose que la responsabilité du notaire ne peut s'apprécier « qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention » et qu'elle estime que le notaire n'avait pas à prévoir les revirements de jurisprudence, c'est bien qu'elle considère qu'il doit connaître la jurisprudence de l'époque et que par conséquent, cette dernière fait partie intégrante du droit positif.

Par la suite, la Cour de cassation est venue préciser les limites de la responsabilité du notaire dans un arrêt en date du 7 mars 2006[261]. Ce dernier doit connaître l'état de la jurisprudence au jour de l'acte mais il doit également envisager les possibles évolutions de cette dernière lorsqu'elles sont décelables, lorsqu'elles sont raisonnablement prévisibles. Cet arrêt, s'il vient alourdir la mission de conseil du notaire vient également asseoir la position de la Cour de cassation assimilant sa jurisprudence à du droit positif.

111. Concernant la responsabilité des professionnels du droit quant à la connaissance de la jurisprudence en tant qu'élément du droit positif, on peut rapprocher l'arrêt de la Cour de cassation en date du 14 mai 2009[262]. En l'espèce, un client reprochait à son avocat de ne pas avoir invoqué l'arrêt *Costedoat* au soutient de sa défense, ce qui lui aurait permis de ne pas voir sa responsabilité engagée. L'avocat soutenait pour sa défense que la solution n'avait été entérinée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation que trois semaines avant qu'il n'ait eu à plaider et qu'il ne pouvait matériellement en avoir connaissance. La Cour d'appel fit droit aux arguments de l'avocat puisqu'elle estima qu'il ne pouvait être fait obligation à ce dernier de « prévoir ou de tenir compte d'une évolution jurisprudentielle dès lors que

[261] P.-Y. GAUTIER, « Le notaire et l'agent immobilier auraient dû mieux connaître l'évolution de la Cour de cassation, dans l'intérêt de leur client », *RTD Civ.* 2006, p. 580 ; F. MARMOZ, « Nul n'est censé ignorer que la jurisprudence peut changer… », *D.* 2006, p. 2894 ; P. DEUMIER, « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.* 2006, p. 521.
[262] H. SLIM, « Les avocats rattrapés par les revirements de jurisprudence », *JCP G.* 2009, 94.

son obligation n'est que de moyen ». Saisie à son tour, la Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel sous le visa de l'article 1147 du code civil au motif que « tenu d'accomplir, dans le respect des règles de déontologie, toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client et investi d'un pouvoir de compétence, l'avocat, sans que puisse lui être imputé la faute de n'avoir pas anticipé une évolution imprévisible du droit positif, se doit de faire valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont il a la charge a des chances sérieuses de la faire prospérer ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation assimile également sa jurisprudence à du droit positif.

112. Doit-on alors considérer le juge comme une source officieuse ou une source officielle du droit ? Si l'on se place sur un plan purement légal, le juge ne peut être créateur du droit car aucun texte ne l'y autorise. Si l'on se place sur le plan des faits, on ne peut qu'en déduire que le juge est source du droit.

113. Si dans la pratique le juge est source du droit, il s'avère que son pouvoir de création n'est pas entouré des mêmes garanties que la loi. Comment alors être assuré qu'il n'y aura pas dévoiement de ses prérogatives par le juge et que lorsqu'un revirement de jurisprudence interviendra, il sera réellement motivé par de justes raisons ?

B) Les dangers possibles inhérents à la mission contemporaine du juge de cassation

114. Face à la constatation de l'ampleur des pouvoirs du juge se pose la question de leurs limites. En effet, source du droit, émancipé parfois de la loi, le juge pourrait flirter avec l'arbitraire[263] et ce, même involontairement. Cependant,

[263] P. CONTE, « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *JCP G.* 1988, I, 3343 ; C. JAMIN, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique », *BICC* n° 596, 2004, p. 3 et s.

conscient[264] de son pouvoir, ce dernier n'en abuse pas (1) et les méthodes qu'il utilise pour créer du droit ou modifier son interprétation en témoignent (2). Par conséquent, lorsque intervient un revirement de jurisprudence c'est dans l'unique but de faire évoluer le droit vers plus de justesse.

1) La limite aux abus du pouvoir créateur du juge de cassation

115. Le juge a conscience de son pouvoir de création. Il a également conscience des limites de ce dernier. La loi est comme une pâte à modeler pouvant prendre différentes formes permettant au juge de rendre la décision la plus juste. Cette plasticité a toutefois ses limites et le juge les respecte[265]. Par exemple, lorsque la loi fixe un montant déterminé, le juge ne peut aller contre. Il en va ainsi, de la compétence matérielle des juridictions que le juge ne peut interpréter extensivement.

116. Dans le cadre de sa mission, le juge de cassation a l'obligation de dire quel est le droit applicable, quelle est la bonne interprétation du texte. Ainsi, ce dernier ne va créer du droit que lorsque la loi ne lui permet pas d'apporter une juste réponse au litige. « Au vainqueur comme au vaincu, le juge doit s'attacher à montrer qu'il n'a usé de ses armes que dans la seule limite nécessité par le respect de la loi et le rétablissement de l'équilibre un jour rompu »[266]. La loi est donc, en elle-même, une limite au pouvoir créateur du juge, limite justifiée par le fondement même de la mission de ce dernier. « Le juge ne fait donc jamais que participer à la production de

---

[264] G. CANIVET, « Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, 6 janvier 2000 », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 60 : « Conscients de leur rôle au sein de l'Etat, (les juges) connaissent et respectent les devoirs de leur charge ».

[265] C. ATIAS, « La condition ajoutée à la loi par le juge (là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus distinguer) », OMNIDROIT, Newsletter 2009, n° 73, p. 19 et s.

[266] P. DRAY cité par J.-L. BERGEL « Introduction générale », in *L'office du juge*, Colloque des 29 et 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg.

la norme, dans le cadre tracé par l'auteur du texte et en usant de la marge, variable, de liberté que la formulation de celui-ci autorise »[267].

117. Lorsqu'une affaire est portée devant le juge, ce dernier va devoir mettre en balance la loi et les intérêts des parties. Le professeur JEOL distingue quatre cas de figures qui peuvent se présenter au juge[268].

Premier cas : lorsque la loi est limpide, elle sera appliquée sans de véritables discussions.

Deuxième cas : lorsque la loi est floue et que l'intérêt collectif est clair, la solution sera en faveur de la protection de cet intérêt.

Troisième scénario : la loi est claire mais les conséquences pratiques appellent à son application contraire. Vont alors s'affronter les arguments des « légalistes » et ceux des « réalistes » dont on ne sait à l'avance qui en sortira gagnant.

Quatrième cas : l'intention du législateur est indéterminable et le besoin social est discutable, la solution est alors imprévisible et dépendra des débats.

118. La loi n'est cependant pas la seule limite au pouvoir créateur du juge. En effet, lorsque ce dernier pose une nouvelle règle de droit, il doit veiller à ce que cette solution s'intègre dans l'ordonnancement juridique. Le juge doit s'interroger sur ce point pour permettre à la norme jurisprudentielle de prospérer : « il serait concevable que le juge puisse inventer des solutions juridiques qui bien que non formulées dans la loi soient néanmoins acceptables en raison de leur insertion cohérente dans le droit existant »[269]. Le juge doit donc s'assurer que la règle jurisprudentielle qu'il pose ne va pas à l'encontre d'autres règles de droit avec, bien sûr, des exceptions comme dans

---

[267] J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 136.
[268] M. JEOL, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 40.
[269] D. GUTMANN, « Le juge doit respecter la cohérence du droit ». Réflexion sur un imaginaire article 4½ du code civil », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 109.

le cadre des jurisprudences *contra legem*[270]. Il doit ainsi, prendre en compte la jurisprudence existante et s'il l'estime nécessaire, opérer un revirement.

119. En plus d'une solution juste apportée au litige et du respect de la loi et de l'ordre juridique, le juge doit prendre également en considération l'intégration de sa décision dans la société. Il doit veiller à l'adéquation de la solution avec les valeurs sociales[271] de son époque permettant ainsi, une bonne réception de la norme jurisprudentielle. Le juge ne peut faire fi de la société puisque c'est à elle que la norme jurisprudentielle s'adresse. En effet, le juge a pour mission de faire évoluer la loi lorsque cette dernière s'avère obsolète. Il ne peut donc se permettre de poser une règle jurisprudentielle d'un autre temps ni opérer un revirement de jurisprudence inadapté à l'environnement social dans lequel il vient s'inscrire.

120. Le juge voit aussi limiter son pouvoir de décision par le litige lui-même. En effet, se sont les parties qui, attrayant le litige devant lui, vont délimiter ce dernier et par conséquent définir le problème juridique sur lequel le juge va être amené à se prononcer[272]. Cette soumission au litige va ainsi éviter que le juge ne se prononce *proprio motu*[273].

---

[270] Ainsi, dans le cadre de l'arrêt *Lorthioir* du 14 mai 1991, (*Bull. civ*., I, n° 153 ; *D.* 1991, p. 449, note J. GHESTIN et somm. p. 320, obs. J.-L. AUBERT; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. J. MESTRE), la première Chambre civile de la Cour de cassation a estimé que le juge pouvait annuler toute clause insérée par un professionnel dans les contrats relevant du droit de la consommation, dès lors qu'elle correspondait à la définition d'une clause abusive donnée par le législateur. Or, la loi ne prévoyait la possibilité pour le juge d'annuler que les clauses qui étaient reconnues abusives par décret. Par la suite, la loi n° 95-96 du 1er février 1995 (*JORF* du 2 février 1995, p. 1757) concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial est venue entériner les pouvoirs du juge.

[271] J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 131 et s.

[272] C. CHAINAIS, S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 30ème éd., 2010, p. 385 et s. : principe de l'indisponibilité du litige en vertu duquel le juge ne peut spontanément modifier l'objet du litige. Il est lié par les conclusions des parties et doit statuer sur tous les chefs de la demande.

[273] Que le juge ne crée une règle de droit en dehors de tout litige.

121. A cela s'ajoute la neutralité et l'impartialité[274] du juge, qualités, entre autres[275], qui garantissent au justiciable la solution la plus juste. Ainsi, l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial »[276].

122. Ces différents éléments relevant de la mission même du juge limitent les pouvoirs de ce dernier. Cependant, ce ne sont pas les seules garanties opposables au possible arbitraire du juge : la méthode créative que ce dernier utilise constitue également un frein à l'abus qui pourrait être fait de ses prérogatives.

2) La méthode créative du juge de cassation

123. Opérer un revirement de jurisprudence n'est pas un acte anodin pour un juge, ce n'est qu'après mûres réflexions qu'il s'y résignera, conscient des conséquences que cela emporte. La méthode créative du juge permet de comprendre que ce dernier n'outrepasse pas ses pouvoirs mais au contraire qu'il poursuit le même but que le législateur : mettre en place un droit répondant aux attentes et aux besoins de la société.

124. Pour rendre sa décision, lorsque la loi ne lui est d'aucun secours, le juge va devoir puiser dans certaines notions extérieures au droit. La méthode qu'il va

---

[274] Article 6-1 de la Conv. EDH. Dans le cadre d'une enquête adressée aux magistrats sur l'image qu'ils se font de la justice, il est à noter le chiffre surprenant de 58 % représentant le pourcentage de magistrats estimant que les juges sont impartiaux : N. MOLFESSIS, « Le regard des français et des magistrats sur la justice », *RD&J*, n° 31, Hiver 2008-2009, p. 8 et s. ; Dans une autre étude publiée dans le magazine *Le point* (n° 1885, 30 octobre 2008, p. 52 et s.), 36% des magistrats estiment que la justice n'est pas la même pour tous (contre 61% du grand public), 8% qu'elle est inéquitable et injuste (contre 43% du grand public) ; N. FRICERO, « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 181 et s.

[275] J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS (dir.), *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008.

[276] B. BEIGNIER et C. BLERY, « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », *D.* 2001, p. 2427.

employer « peut donner le sentiment, de l'extérieur, de se livrer à une alchimie mystérieuse au résultat imprévisible »[277] mais le juge se fondant sur des notions qui sont déjà à la base du droit positif (sources matérielles) ne fait que poursuivre l'œuvre législative.

125. Le juge peut ainsi faire appel à la morale comme ce fut le cas lors d'un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 mai 1992[278]. En l'espèce, le juge avait statué que lorsque l'actif successoral ne permettait pas aux descendants de faire face aux frais d'obsèques d'un ascendant, ces derniers devaient quand même y participer à proportion de leurs ressources et ce, même s'ils avaient renoncé à leurs droits de succession. Ainsi, le juge a estimé qu'il « serait moralement choquant de considérer, comme l'avait fait le juge d'instance, que les frais funéraires (soient) seulement une charge successorale »[279].

126. Le juge peut aussi faire appel à l'équité. Il en appela, entre autres[280], à cette notion lorsqu'il se prononça sur la responsabilité du transporteur. Il avait estimé que l'obligation de ce dernier s'étendait à la sécurité du transporté, introduisant une nouvelle obligation de sécurité (obligation de résultat) à la charge du transporteur et ce, bien que le contrat de transport fut muet sur ce point, l'équité commandant l'imposition au transporteur de cette obligation en raison des risques et dangers que ce dernier devait prévenir. La jurisprudence en cette matière est donc protectrice des personnes transportées. Par la suite, le juge a étendu le bénéfice de cette garantie aux ayants droit du voyageur. La Cour de cassation avait estimé que, dans la mesure des intérêts de ces derniers, le contrat de transport comportait une telle clause sans qu'il eut besoin qu'elle soit formulée expressément car « l'exécution du contrat de transport comporte pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et

---

[277] M. JEOL, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 40.
[278] Cass. civ. 1ère, 14 mai 1992, *D.* 1993, p. 247, note J.-F. ESCHYLLE.
[279] Obs. de M. MASSIP, *Petites affiches,* 13 janvier 1993, n° 6, p. 21.
[280] N. MOLFESSIS, « L'équité n'est pas une source de droit », *RTD Civ.* 1998, p. 221 et s. : « la Cour de cassation censure en effet traditionnellement le recours exclusif à l'équité, soit que les juges en aient déduit un bénéfice, non reconnu par la loi, au profit de l'une des parties, soit qu'ils en aient tiré argument pour écarter une prétention inéquitable ».

sauf à destination »[281]. La victime avait donc simplement l'obligation de prouver l'accident. On est ici dans le cas d'une pure création prétorienne fondée sur l'équité et sous le couvert de l'article 1147 du code civil.

127. Le juge peut aussi se référer à des textes internationaux[282], à la jurisprudence d'autres juridictions, au droit comparé, à l'invocation de logiques dominantes[283], au principe du raisonnable[284] … mais également aux décisions des juridictions du fond constituant des « préjugés » importants[285]. « Préjugés » dans le sens où le juge de cassation va s'attacher à comprendre la logique des juges du fond et l'adopter lorsqu'il l'estime judicieuse.

128. La doctrine a également une place importante dans le processus de réflexion du juge[286]. Lorsqu'une nouvelle solution jurisprudentielle est adoptée par le juge, la doctrine va réagir. Soit elle accueille favorablement la solution, soit elle la critique. Lorsque la solution jurisprudentielle est critiquée, le juge peut maintenir ou non sa position. Lorsque le juge modifie sa solution suite à l'éclairage de la doctrine, il va opérer un revirement de jurisprudence car il s'est vu convaincre par les arguments avancés. En effet, au travers des différentes études de la jurisprudence, la doctrine n'hésite pas à faire des propositions d'amélioration de la règle jurisprudentielle[287].

---

[281] *DP* 1913-1-246.
[282] R. DE GOUTTE, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 48 : la Convention européenne des droits de l'Homme « peut permettre à la Cour de cassation (…) (d') enrichir (la loi), la vivifier, en dégager toutes les potentialités notamment dans le domaine de la protection des droits fondamentaux ».
[283] P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ.* 2006, p. 510.
[284] P. SARGOS, « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *JCP G.* 2009, 442.
[285] M. SALUDEN, « Le phénomène de la jurisprudence : J. CARBONNIER et la psychologie des juges », http://www.courdecassation.fr/IMG/File/4-intervention_saluden.pdf.
[286] P.-Y. GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2004, p. 2839.
[287] A. TUNC, « A propos de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 1992, p. 357.

Ainsi, en matière de détermination du prix, le juge a opéré un revirement de jurisprudence au travers de quatre arrêts en date du 1er décembre 1995[288]. Sous l'influence du Professeur AYNES, la Cour de cassation estima que l'article 1129 du code civil était inapplicable à la détermination du prix et que, dans le cadre des contrats cadres, l'indétermination du prix n'affectait pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celles-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation[289].

Le juge peut aussi, décider de maintenir sa solution et renforcer son argumentation afin d'asseoir sa position et permettre une meilleure compréhension, et donc acceptation, de la solution par la doctrine. Il arrive même, que dans certains cas, le juge prenne la plume pour défendre la solution adoptée[290]. La doctrine peut alors, soit reconnaître la justesse de la solution jurisprudentielle soit rester réfractaire. Si l'on reprend l'exemple de la détermination du prix, alors qu'en 1995 la Cour de cassation a accueilli les arguments de la doctrine, elle a refusé d'étendre cette jurisprudence à la vente en vertu de l'article 1591 du code civil, posant que la fixation du prix postérieurement à la conclusion du contrat de vente n'était pas possible[291] malgré les propositions de certains auteurs.

L'importance du travail de la doctrine, dans l'aide qu'elle apporte au juge pour remplir au mieux sa mission, que ce soit en critiquant les règles jurisprudentielles adoptées ou en proposant de nouvelles solutions[292], est incontournable. Malheureusement, aujourd'hui, les décisions jurisprudentielles ne sont pas nécessairement éclairées par la doctrine. En effet, l'importance quantitative du travail que le juge a à fournir ne lui permet pas toujours de prendre connaissance de l'ensemble des opinions doctrinales.

---

[288] Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995 (4 arrêts), *D.* 1996, p. 13, ccl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP G.* 1996, II, 22565, ccl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *Gaz. pal.*, 1995, 2, 626, ccl. M. JEOL, note P. DE FONTBRESSIN ; *RTD Civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE.

[289] H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11ème éd., 2000, n°151-154.

[290] P. GRIMALDI, « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », *D.* 2000 n° 16, Actualités, p. VI.

[291] N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », in « Le contrat : questions d'actualité », *Petites affiches*, 5 mai 2000, p. 44 et s.

[292] P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne de droit privé », *D.* 1956, p. 73.

129. Si dans la pratique il ne peut être nié que le juge dispose d'un pouvoir créateur du droit dont il use avec parcimonie, qu'en est-il des textes fixant le cadre de sa mission ? Malgré l'évolution de la société et donc du droit, sont-ils toujours les censeurs du pouvoir prétorien ?

§2) Le cadre contemporain de la mission du juge de cassation

130. La possibilité pour le juge de créer du droit résulte de l'appréciation contemporaine des textes encadrant sa mission. Désormais, la théorie de la séparation des pouvoirs n'est plus vue comme un empêchement dirimant au pouvoir créateur du juge (A) et l'étude contemporaine des articles 4 et 5 du code civil conforte cette analyse (B).

A) La théorie de la séparation des pouvoirs et le juge de cassation source du droit

131. La théorie de la séparation des pouvoirs est, aujourd'hui, encore d'actualité même si son application est beaucoup plus souple. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958, qui a permis l'élaboration de la Constitution, reprend ainsi cette théorie. Elle consacre ses titres II et III au pouvoir exécutif, son titre IV au Parlement et son titre VIII à l'autorité judiciaire.

Le Conseil constitutionnel, quant à lui, reconnaît explicitement « le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs »[293] car il a jugé, concernant les validations législatives, que le législateur ne pouvait adresser des injonctions au juge,

[293] Cons. const., décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *JORF* du 24 juillet 1980, p. 1868 ; *D.* 1981, p. 65, note C. FRANCK.

ni se substituer à lui, ni s'opposer à ses décisions dans le cadre d'un litige qui lui serait soumis. La séparation des pouvoirs est donc ici opérée au profit du pouvoir judiciaire.

132. L'indépendance du juge est consacrée par la Constitution à l'article 64 en son alinéa 1er. D'une façon générale, le Conseil constitutionnel estime que : « l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative »[294].

133. L'indépendance du juge est ainsi garantie sur un double fondement : le statut spécifique des magistrats et leur mission de protection de la liberté individuelle[295], mission rendue possible grâce à la protection de leurs compétences exclusives. Seules les juridictions de l'ordre judiciaire ont la possibilité de prendre des décisions pouvant porter atteinte à la liberté individuelle. Certes, le législateur a la possibilité de confier à une autorité administrative, dans le cadre de prérogatives de puissance publique, un pouvoir d'infliger des sanctions, mais ces sanctions sont exclusives de toute privation de liberté[296]. Ainsi, le Conseil constitutionnel a censuré une loi soumettant le pouvoir du tribunal de l'application des peines dans le cadre de mesures de libération conditionnelle des personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, à l'avis favorable d'une commission administrative[297].

Le Conseil constitutionnel veille également au respect du pouvoir d'appréciation des juges. Ainsi, a-t-il interdit les sanctions automatiques[298] tout en

---

[294] Cons. const., décision n° 2007-551 DC du 1er mars 2007, *JORF* du 6 mars 2007, p. 4230, concernant la loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.
[295] J.-L. DEBRE, « Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français », Intervention lors de la deuxième conférence régionale du monde arabe, DOHA, Quatar, 27 – 28 avril 2008.
[296] Cons. const., décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *JORF* du 1er août 1989, p. 9676.
[297] Cons. const., décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 concernant la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* du 26 février 2008, p. 3272.
[298] Sauf exception comme en matière de contraventions routières.

autorisant les peines minimales ou les mesures d'incarcération immédiate des personnes condamnées[299].

134. Le Conseil constitutionnel veille avec attention au respect de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Ainsi, il a censuré une loi organique confiant au Médiateur de la République, qui est une autorité administrative, le pouvoir de recevoir les réclamations formées à l'encontre des magistrats. Elle permettait que soit engagée la responsabilité disciplinaire des magistrats, dans le cadre de leur activité juridictionnelle, sans qu'il soit exigé que la faute commise ait été préalablement reconnue par une décision de justice et passée en force de chose jugée.

135. L'indépendance du juge permet à ce dernier de rendre des décisions sans peur de représailles hiérarchiques, dans le cadre d'une objectivité optimale[300]. « Le juge doit bénéficier d'une totale indépendance à l'égard de tous et, spécialement, à l'égard du pouvoir exécutif : l'indépendance est inhérente à la fonction de juge »[301]. En effet, comment pourrait-il remplir pleinement sa mission s'il ne lui était pas possible de pouvoir librement apprécier la règle de droit et son application ? Ainsi, l'indépendance du juge protège la sphère spécifique de ses prérogatives mais également son pouvoir d'interprétation.

136. A première vue, si l'on applique strictement la théorie de la séparation des pouvoirs, le juge ne peut être source de droit. En effet, chaque pouvoir dispose d'une sphère de prérogatives protégée de l'empiètement des autres pouvoirs[302]. Ainsi, le juge se présente-t-il comme le garde fou des dérives du législateur et il ne peut être source du droit.

---

[299] Cons. const., décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007 concernant la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *JORF* du 11 août 2007, p. 13478.
[300] C. LEMIEUX, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », *R.D.U.S.* n°29, 1998-99, p. 231.
[301] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 4ème éd., 1992, p. 329.
[302] De plus, en droit constitutionnel classique, le Parlement est le seul dépositaire de la souveraineté nationale ; la mission qui lui est dévolue exclut toute possibilité de création directe du droit par un autre organe.

Cependant, les différents pouvoirs, même s'ils sont indépendants, interagissent entre eux[303]. Ces interactions résultent de l'atténuation de la théorie de la séparation des pouvoirs qui se manifeste très clairement dans les relations entre le législatif et l'exécutif[304]. Ce dernier se voit offrir la possibilité de dégager des règles de droit[305]. En effet, la loi, règle de droit, par excellence, est votée par le Parlement. Cependant, les domaines relevant de cette dernière sont limités[306]. En effet, le pouvoir exécutif a la possibilité de créer des normes juridiques (règlement) dans les domaines ne relevant pas de la compétence exclusive du législateur[307]. De plus, le Parlement peut autoriser le Gouvernement, pour une durée limitée, à prendre des ordonnances dans les domaines réservés habituellement à la loi[308]. Si l'on appliquait strictement la théorie de la séparation des pouvoirs cela ne serait pas admissible car il y aurait atteinte aux prérogatives du pouvoir législatif, seul détenteur du pouvoir normatif.

Autre exemple d'empiètement : le législateur a le pouvoir de prononcer des amnisties[309]. En principe, la décision judiciaire doit recevoir pleine exécution. Cependant, il est possible pour le législateur de suspendre cette dernière[310]. Avec l'amnistie, il y a bien ingérence du pouvoir législatif dans la sphère du pouvoir judiciaire puisqu'en quelque sorte, les décisions judiciaires vont se trouver « annulées » par le législateur.

137. L'empiètement minime et nécessaire du juge, sur les prérogatives du pouvoir législatif, résulte du même phénomène : pour un fonctionnement harmonieux de l'Etat, il est nécessaire que les pouvoirs laissent certaines portes ouvertes car

---

[303] P. GAUDEMET, « La séparation des pouvoirs, mythe et réalité », *D.* 1961, p. 121. Il est à noter qu'il n'existe pas de sanction qui viendrait conférer force obligatoire au principe de la séparation des pouvoirs.
[304] P. DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^{ème} République », *JCP G.* 1959, I, 1470.
[305] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Forum, Flammarion, 1996, p. 28.
[306] Article 34 de la Constitution.
[307] Article 37 de la Constitution.
[308] Article 38 de la Constitution. On assiste sous la V^{ème} République à une prolifération des ordonnances : P. DELVOLVE, « L'été des ordonnances », *RFDA* 2005, p. 909.
[309] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008, V° *Amnistie* : « Mesure qui ôte rétroactivement à certains faits commis à une période déterminée leur caractère délictueux », elle est « obligatoirement décidée par le législateur ».
[310] Article 34 de la Constitution.

« nulle part ne voyons-nous les organes législatifs, exécutifs et judiciaires cantonnés dans leur sphère normale d'activité, c'est que la distinction tripartite ne correspond plus à la réalité de l'Etat moderne »[311]. En laissant au juge la possibilité de créer du droit, cela permet à l'ordre juridique d'être plus complet, puisque les notions sont précisées et les vides juridiques comblés.

138. Certains auteurs ont avancé la théorie selon laquelle le législateur délèguerait, tacitement, certaines de ses prérogatives au juge[312]. Cependant, cette théorie est critiquable au motif que le pouvoir ne se délègue pas, et surtout de « façon tacite »[313]. De plus, l'interdiction des arrêts de règlement s'oppose formellement à une délégation des pouvoirs législatifs au juge.

Le professeur WALINE avance une autre thèse : le pouvoir créateur du juge trouverait sa légitimité dans « la réception implicite » de la jurisprudence par le législateur. En effet, l'absence de réaction de ce dernier face à une jurisprudence « signifie que l'interprétation du droit objectif donnée par (cette dernière) ne (lui) a pas paru choquante ou si on veut, suffisamment choquante pour justifier une réaction. N'est-ce pas une approbation tacite de la jurisprudence ? Connaissant cette dernière, pouvant la condamner et ne le faisant pas, le législateur ne donne-t-il pas sa sanction à l'exercice que celle-ci a fait de son pouvoir normatif » [314]? Cependant, cette théorie semble plus tenir de la fiction que de la réalité. On ne peut légitimement entendre que le législateur, c'est-à-dire l'ensemble des parlementaires, ait connaissance de toutes les jurisprudences et se soit penché dessus. Il ne peut donc y avoir réception implicite pour l'ensemble de la jurisprudence.

---

[311] P. GAUDEMET, « Séparation des pouvoirs : mythe et réalité », *D.* 1961, p. 122.
[312] J. MAURY et O. DUPEYROUX estiment que « la question (de la force de la jurisprudence) serait résolue sans difficulté, s'il y avait délégation du législateur au juge, si le pouvoir était reconnu à celui-ci par celui-là de créer des règles de droit par une jurisprudence constante », cités par S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974, p. 49 et s ; V° pour une opinion contraire, P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexion sur un malentendu », *D.* 1987, p. 12 et s.
[313] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1955, p. 382.
[314] M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public, Mélanges G. Scelle*, LGDJ, 1950, tome 2, p. 627 et s.

139. Si la théorie de la séparation des pouvoirs ne s'oppose désormais plus à ce que le juge puisse être source du droit, ce n'est que sous certaines conditions dont les articles 4 et 5 du code civil nous donnent la clé.

B) Les articles 4 et 5 du code civil et le pouvoir créateur du juge de cassation

140. Les articles 4 et 5 du code civil permettent de déterminer la marge d'action ouverte au juge. Ces articles ont été intégrés simultanément dans le code civil initial afin d'encadrer le pouvoir du juge. L'article 4 a donné lieu à d'importants débats alors que l'article 5 fut adopté après de succinctes discussions.

141. Initialement, les études des articles 4 et 5 du code civil conduisaient à dénier tout pouvoir de création au juge (1). Cependant, le paysage juridique ayant subi de profondes modifications depuis la Révolution, le juge a vu la sphère de ses prérogatives étendue dans la pratique. Il en résulte une nouvelle lecture des articles 4 et 5 du code civil (2).

1) Les limites classiquement imposées aux pouvoirs du juge

142. Si les articles 4 et 5 du code civil ont trouvé leur place dans ce code et non, dans le code de procédure civile, c'est en raison de la volonté des codificateurs de marquer les esprits suite aux modifications apportées par ce nouveau code et plus spécialement, concernant la mission du juge. Ces articles démontrent la méfiance que ressentaient les codificateurs envers le juge. En effet, ils définissent de façon négative la mission de ce dernier, l'un lui interdisant de s'abstenir de statuer et l'autre de « légiférer » (a).

143. Les articles 4 et 5 du code civil sont centraux dans la définition de la mission du juge. Ils ne peuvent être pleinement interprétés si leur étude n'est pas conjointe. En effet, ils fonctionnent en « binôme »[315], l'un définissant la mission maximum du juge qui est de trancher les conflits qui lui sont soumis sans « légiférer » et l'autre, la mission minimum qui est de rendre une décision quelle que soit la précision du contenu de la loi. Les articles 4 et 5 du code civil, combinés, vont ainsi entraîner différentes conséquences quant à la délimitation de la mission du juge (b).

a) Les motivations de l'instauration des articles 4 et 5 du code civil

144. L'article 5 du code civil, dispose qu'il « est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises », trouve son origine dans le droit intermédiaire[316]. Avec cet article, les codificateurs entendaient interdire aux juridictions, et plus particulièrement aux Cours d'appel, de « légiférer ». Ainsi, l'instauration de l'article 5 du code civil visait à éviter toute immixtion du pouvoir judiciaire dans la sphère législative.

Cet article va plus loin qu'une simple interdiction d'une création *ex nihilo* d'une règle de droit puisque les codificateurs entendaient également limiter l'interprétation trop poussée que pourrait faire le juge de la loi entraînant ainsi, sa déformation. L'appropriation que le juge ferait du code civil aurait alors pour conséquence de détourner le texte et donc la volonté du législateur.

145. Cependant, le juge peut rencontrer des difficultés lorsqu'une loi est imparfaite. Il ne doit pas, pour autant, s'abstenir de juger. Par conséquent, les codificateurs vont intégrer dans le code civil l'article 4 qui dispose que « le juge qui

---

[315] R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 147.
[316] Article 12 de la loi des 16-24 août 1790.

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 », et ce, pour deux raisons.

La première a trait à la méfiance éprouvée par les auteurs du code à l'égard du juge. En refusant à ce dernier la possibilité de s'abstenir de statuer lorsque le code est silencieux, les codificateurs ont fait en sorte que leur création ne soit pas regardée comme un instrument incomplet, ne permettant pas de rendre pleinement la justice. Ils évitaient de le voir tomber en désuétude assurant ainsi la pérennité de leur œuvre.

La seconde raison tient en la clairvoyance des codificateurs. En effet, bien que vénérant la loi, ils avaient conscience de ses limites. Ne pouvant tout prévoir et interdisant au juge de créer du droit, la pratique judiciaire allait mettre à jour des vides juridiques qui aboutiraient à des litiges ne trouvant pas de solution. Les codificateurs vont ainsi admettre que le juge a un rôle à jouer différent de celui du simple lecteur de la loi. Pour PORTALIS, « il serait sans doute désirable que toutes les matières puissent être réglées par des lois. Mais à défaut de texte précis, sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables (...) tiennent lieu de loi (...) c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires (...) et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir ou qu'une prévoyance précipitée ne saurait définir sans danger. C'est à l'expérience de combler les vides que nous laissons. (...) il faut qu'il y ait une jurisprudence »[317]. Par conséquent, le juge voit au travers de cet article sa mission modifiée puisqu'il doit désormais pallier les imperfections de la loi. L'article 4 du code civil a permis au juge de recouvrer officiellement son pouvoir d'interprétation. Le juge n'a plus à faire appel au législateur pour qu'il l'éclaire dans la compréhension d'un texte. Mais le pouvoir d'interprétation du juge n'est cependant pas libre puisque les codificateurs estiment que le juge doit creuser la loi pour en dégager une solution. Cette vision de l'article 4 du code civil renvoie à la considération de l'ordre juridique comme un ensemble complet dont le juge doit en

[317] PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », 1801, http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours.html.

dégager les éléments[318]. Ainsi, pour PORTALIS, l'interprétation de la loi par le juge 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 » et ce, sans « résoudre les questions et les doutes par voies de règlements ou de dispositions générales »[319].

146. Une fois ces éléments posés, il convient de comprendre comment ces deux articles s'articulent pour délimiter classiquement, la mission du juge.

b) L'analyse classique des articles 4 et 5 du code civil

147. A première vue, on pourrait penser que les articles 4 et 5 du code civil sont inconciliables. Comment obliger le juge à trancher un litige alors que la loi ne lui donne pas les matériaux pour le faire et ce, sans faire œuvre de création ? En effet, le juge ne peut rendre sa décision, en vertu de l'article 12 du code de procédure civile, qu'en se fondant uniquement sur une règle de droit. Si le juge doit trancher un litige et que la loi ne lui est d'aucun secours, il va obligatoirement créer sa propre règle de droit et donc contrevenir à l'article 5 du code civil. Et inversement, si le juge ne crée pas du droit afin de trancher un litige lorsque la loi est muette, il ne va pouvoir y apporter une solution et de ce fait, il contreviendra à l'article 4 du code civil. C'est un peu l'histoire du serpent qui se mord la queue.

148. Cependant, l'étude conjointe des articles 4 et 5 du code civil permet de comprendre que ces derniers ne sont pas antinomiques mais complémentaires, conduisant, ainsi, à mieux cerner la mission du juge. Cette dernière présente trois facettes. La première concerne la limitation de l'étendue du pouvoir du juge, la

---

[318] M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public, Mélanges G. Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, tome 2, p. 616.
[319] Cité par B. BIEGNIER, « PORTALIS et le droit naturel dans le code civil », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit*, 1988, n° 6, p. 77.

seconde impose au juge d'accomplir pleinement sa mission et la troisième limite la force de sa décision.

149. Selon la première facette, « les juges ne se prononceront que sur les causes qui leur seront présentées »[320]. Par conséquent, le juge doit attendre qu'un litige intervienne et il ne peut se prononcer que sur les faits qui lui sont soumis[321] : il n'a pas la possibilité d'étendre sa décision à d'autres faits. Cette obligation condamne les règlements rendus *proprio motu* par les Parlements de l'Ancien régime. Ainsi, la règle que le juge applique doit avoir un lien direct avec les faits. En dépit des craintes des codificateurs, le Tribunal de cassation, puis la Cour de cassation, n'ont jamais tenté de se réapproprier les pouvoirs des Parlements en rendant des décisions en dehors de tout litige. Par conséquent, aucune décision ne sera rendue *proprio motu* et l'article 5 du code civil ne trouve à s'appliquer que dans le cadre d'arrêts rendus *inter partes*. Sa portée ne se limite donc, concrètement, qu'à interdire au juge de créer du droit à l'occasion d'un litige.

150. La seconde facette impose au juge de répondre aux requêtes[322], de ne pas négliger « les affaires en état ou en tour d'être jugées »[323] et de se prononcer sur l'ensemble des faits qui lui sont soumis[324]. S'il ne s'exécute pas, il sera coupable de déni de justice. Par conséquent, le juge ne pourra invoquer le fait qu'une loi est

---

[320] REGNIER, proposition de rédaction du futur article 5 du c. civ., lors de la discussion du Conseil d'Etat du 14 thermidor an IX et 2 août 1801, *Recueil Fenet*, t. 6, p. 20.
[321] T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, p. 95 : le juge « n'avance jamais que sur un chemin qu'il ne choisit pas ».
[322] V° Cass. civ. 3ème, 16 avril 1970 ; *D.* 1970, p. 474, note M. CONTAMINE-RAYNAUD : dans le cadre d'un litige portant sur la propriété d'un immeuble, les juges ont estimé que la Cour d'appel avait enfreint l'article 4 du code civil en statuant que l'immeuble appartenait bien à une des parties mais que les demandes devaient être rejetées au motif que ces dernières n'apportaient pas la preuve de la supériorité de leur droit et que les données de l'expertise ne permettaient pas d'appliquer les titres sur le terrain. Par conséquent, lorsque le juge se trouve confronté à un problème juridique, il doit obligatoirement le résoudre nonobstant les difficultés qu'il pourrait rencontrer.
[323] Ancien article 506 du code de procédure civile ; E. GARCON, « Déni de justice », *Rép. Dr. pén. et proc. pén.*, Dalloz, 2010, n° 26. V° également « Déni de justice devant les juridictions du travail », La lettre du SAF, avril 2011, concernant l'accès effectif à une juridiction dans un délai raisonnable : TGI Paris, 6 juillet 1994, *JCP G.* 1994, I, 3805, n° 2, obs. L. CADIET.
[324] V° Cass. crim., 20 février 1862 ; *S.* 1862.1.897 et *DP* 1863.1.271 : tribunal de police qui a omis de statuer sur une contravention visée au procès verbal et sur laquelle le prévenu avait été mis en demeure de se défendre.

imparfaite[325] pour s'abstenir de juger. La question qui se pose est « de savoir si, pour résoudre et en résolvant le cas non prévu par la loi, le juge ne pose qu'une règle individuelle valant pour ce cas seulement ou si, au contraire, quitte à déterminer par quel moyen il le fait, il aboutit à créer une règle abstraite, de portée générale »[326].

151. La troisième facette de la mission du juge répond à cette question puisqu'elle limite l'effet de la décision aux parties. Pour la doctrine classique, la création du droit par le juge doit être circonscrite au litige : ce dernier ne crée pas une norme juridique dont la portée est générale mais une norme juridique qui ne trouve à s'appliquer que dans le cadre du litige. En effet, l'article 5 du code civil interdit aux juges de « se lier pour l'avenir en déclarant qu'ils jugeront de même les questions d'après les principes posés par eux »[327]. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle sanctionné, sous le visa de l'article 5 du code civil, un Tribunal de commerce qui entendait organiser et régler les modalités de l'introduction de la procédure de recouvrement simplifié des petites créances commerciales non prévues par le décret du 30 octobre 1953. Pour la Cour, le Tribunal de commerce « ne pouvait, sans outrepasser les limites du pouvoir juridictionnel qui lui est dévolu et entreprendre sur les attributions du pouvoir législatif et réglementaire, décider de manière générale du sens de la loi »[328].

152. L'étude de la combinaison des articles 4 et 5 du code civil permet de déduire que, si le juge crée une règle de droit lui permettant de ne trancher que le litige qui lui est soumis, il ne commettra pas de déni de justice et ne peut donc poursuivi pour « (le) refus ou (la) négligence de juger »[329]. Ainsi, l'article 5 du code civil n'interdit pas au juge de pallier la défaillance du législateur en créant une nouvelle règle de droit. Il lui interdit de créer une nouvelle règle de droit dont l'aura dépassera le cadre du litige. En effet, « en laissant à l'exercice du ministère du juge

---

[325] Ou que les preuves sont insuffisantes : Cass. civ. 2ème, 21 janvier 1993, *Bull. civ.*, II, n° 28.
[326] J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle. Etudes offertes à G. Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 28, spéc. p. 30-31, note 4.
[327] Cass. civ. 2ème, 16 juin 1955, *Bull. civ.*, II, n° 346.
[328] Cass. civ. 1ère, 22 octobre 1957, *D.* 1957, p. 732, *JCP G.* 1957, II, 10278.
[329] Cass. civ., 12 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, 541.

toute latitude convenable, nous lui rappelons les bornes qui dérivent de la nature même de son pouvoir. Un juge est associé à l'esprit de législation ; mais il ne saurait partager le pouvoir législatif. Une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature »[330]. L'article 5 interdit donc au juge d'étendre au-delà du cas qui lui est soumis la règle de droit qu'il a dégagée pour trancher le litige ou de se prononcer sur une question de manière générale[331].

153. En effet, « si étendue soit la faculté d'appréciation personnelle, que nous reconnaissons aux juges, son exercice ne saurait constituer une emprise sur le terrain législatif, du moment que l'autorité de la décision judiciaire reste limitée à l'espèce sur laquelle elle statue(…)Si nous permettions au juge, de porter des règles générales, destinées à régir l'avenir et à s'imposer en de nouveaux procès assurément, il y aurait là usurpation de pouvoir, réprouvé par notre public »[332]. Le juge ne peut donc se lier lui-même ou lier les autres juridictions par une décision qu'il va rendre[333].

154. La mission du juge en est ainsi précisée puisqu'il s'agit, en « le considérant en tant que juge, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, de lui interdire d'user de celle-ci pour, en quelque sorte, donner une autorité générale à ses décisions »[334] et même si, pour cela, il doit « saisir le vrai sens des lois, (...) les appliquer avec discernement, et (...) les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés »[335].

---

[330] PORTALIS, « Titre préliminaire. De la publication des effets de l'application des lois en général, présentation au Corps législatif, exposé des motifs, 4 ventôse an XV-23 février 1803 », *Recueil Fenet*, 1828, t. 6, p. 361.

[331] CRASS Lille, 29 novembre 1957: « attendu qu'aux termes de l'article 5 du Code civil, il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ; attendu, en conséquence, que la commission doit se borner à dire si les cotisations sont dues » ; *RTD Civ.* 1958, p. 289, obs. P. HEBRAUD.

[332] F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, t. 2, LGDJ, 2ème éd., 1919, p. 33 et s.

[333] Cass. civ. 2ème, 16 juin 1955 : les juges « ne sauraient, sans enfreindre cette défense, se lier pour l'avenir en déclarant qu'ils jugeront les mêmes questions d'après les principes par eux posés » ; *Bull. civ.*, II, n° 213 ; *RTD Civ.* 1955, p. 696.

[334] Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 394.

[335] PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviose an IX », rapporté et commenté in *Le discours et le Code ; Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec 2004, p. 28.

155. La jurisprudence qui découle de l'activité judiciaire peut donc être classiquement définie comme un ensemble de décisions tranchant des litiges similaires et allant dans le même sens mais n'ayant aucune portée au-delà du litige, donc aucune portée normative. Le revirement de jurisprudence n'est donc qu'un changement de position du juge dans le cadre d'une affaire et n'a aucune conséquence au-delà de cette dernière.

156. Cette vision classique de l'encadrement de la mission du juge est cependant à remettre en cause en raison de la constatation dans la pratique de la possibilité pour le juge de poser des règles de droit dont l'application va dépasser le cadre du litige.

2) L'interprétation contemporaine des articles 4 et 5 du code civil

157. L'interprétation contemporaine des articles 4 et 5 du code civil, à la lumière de l'évolution des pouvoirs du juge, permet de comprendre qu'ils ne s'opposent pas réellement à ce que ce dernier puisse être source du droit (a). Il ne semble donc pas utile de les modifier en profondeur même si certaines propositions ont été avancées (b).

a) La modulation de la portée des articles 4 et 5 du code civil

158. Les articles 4 et 5 du code civil n'ont actuellement plus la même portée que lorsqu'ils étaient interprétés par l'école de l'exégèse alors que leur application stricte semblait nécessaire au lendemain de la Révolution. A cette époque, le déni de justice était incriminé à l'article 185 de l'ancien code pénal et l'infraction de

forfaiture, sanctionnant les arrêts de règlement, à l'article 127 de même code. Aujourd'hui, les choses sont toutes autres.

La réforme du code pénal de 1992 n'a maintenu que l'infraction relative au déni de justice à l'article 434-7-1[336]. La disparition de l'infraction de forfaiture et le maintien symbolique de celle du déni de justice résultent, en pratique, de la quasi-inexistence de poursuites à l'encontre du juge pour ces motifs[337].

159. La disparition de l'infraction de forfaiture répond à la constatation du déclin des effets de l'article 5 du code civil[338]. Déclin intervenu en raison de l'évolution du contenu des lois et de leur inflation[339] : « tantôt rédigées à la hâte pour satisfaire un besoin conjoncturel ou sectoriel, tantôt dépourvues de principes directeurs clairs, tantôt édictées pour compléter, corriger, valider ou réformer une réforme antérieure, les lois actuelles manquent de simplicité et souffrent de technicité »[340]. L'intervention du juge est donc nécessaire pour préciser la loi : « à cet égard, le juge poursuit en quelque sorte l'écriture de la loi par la plume de sa jurisprudence »[341].

---

[336] Article 434-7-1 du code pénal : « Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans ».

[337] Certes, le juge peut toujours voir sa responsabilité engagée sur le plan civil. Cependant, les conditions de l'engagement de sa responsabilité ou de celle de l'Etat sont si restrictives qu'elles rendent illusoire la sanction du juge. Quant au fait que désormais, le justiciable ait la possibilité de saisir directement le Conseil supérieur de la magistrature de tout manquement imputable à un magistrat et pouvant recevoir une qualification disciplinaire, l'avenir nous dira quelles en sont les implications réelles.

[338] Certains auteurs parlent même d'abrogation tacite : C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G.* 1994, I, 3776, p. 326. ; du même auteur : « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 53, p. 9.

[339] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V*^{ème} *République*, Forum, Flammarion, 1996, p. 107. Selon le Figaro, en 2007, on dénombrait 9 500 lois en vigueur. En plus de voir leur nombre augmenter, elles ont aussi vu leur volume devenir de plus en plus important. Ainsi, le *Recueil des lois de l'assemblée nationale* est passé de 433 pages en 1973 à 4 000 pages en 2004 : *Valeurs actuelles*, 23 mars 2007, p. 24.

[340] D. SCHMIDT, « A propos de la jurisprudence, source du droit des affaires », *D.* 2004, p. 2130.

[341] P. MUZNY, « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *D.* 2006, p. 2217.

Ainsi, dans un arrêt en date du 17 février 2010[342], la Cour de cassation est venue préciser le régime de l'action en répétition de l'indu. Elle a estimé « que l'absence de faute de celui qui a payé ne constitue pas une condition de mise en œuvre de l'action en répétition de l'indu, sauf à déduire, le cas échéant, de la somme répétée, les dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice résultant pour l'*accipiens* de la faute commise par le *solvens* ».

160. A cela s'ajoute le fait que le législateur peut parfois volontairement adopter des lois imparfaites. Ainsi, il va laisser une certaine marge d'appréciation au juge. Cette volonté de ne pas décider « à propos d'une définition qui lui paraissait trop difficile à donner, d'une notion trop délicate à cerner ou de quelque autre problème trop ardu à résoudre » résulte de la résolution « de s'en remettre aux tribunaux »[343]. Le législateur a pleinement conscience « du terrain laissé libre par la loi »[344] et des conséquences qu'entraîne un texte flou[345]. Par conséquent, en optant pour ce type de texte, il permet bien au juge de remplir certaines prérogatives qui, en apparence, pourraient appartenir au législateur mais, qui en fait, relèvent pleinement de la mission du juge.

161. Le maintien du déni de justice procède ainsi des même raisons : le juge doit obligatoirement et pleinement remplir sa mission. L'article 4 du code civil va donc retrouver la signification que les codificateurs entendaient lui donner. « Cet article dit que le juge qui se retranche derrière le silence de la loi pour refuser de juger, commet un déni de justice, c'est-à-dire trahit les devoirs de sa fonction. C'est donc que la fonction juridictionnelle ne se réduit pas au pouvoir d'appliquer exécutivement les lois aux espèces concrètes soumises aux tribunaux ; mais, outre l'application des lois, elle comprend aussi le pouvoir et le devoir de dire le droit, en vue de trancher les litiges dont les lois ne prévoient point le règlement. Dire le droit,

---

[342] Cass. civ. 1ère, 17 février 2010, Y. DAGORNE-LABBE, « Faute du solvens et répétition de l'indu subjectif », *JCP G.* 2010, 685.
[343] M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD Civ.* 1992, p. 348.
[344] F. TERRE, « Jurisprudence », *RTD Civ.* 1992, p. 353.
[345] Même si dans certains cas l'incertitude du texte est involontaire.

cela ne consiste pas seulement, de la part du juge à constater et à déclarer le droit légal ; mais cela consiste aussi parfois à créer du droit nouveau, lorsque sur une question déterminée, il n'y a point de droit établi par la loi elle-même »[346] ou qu'il se révèle insuffisant ou inadapté. Par conséquent, « ce que prohibe l'article 5, c'est l'exercice par le juge d'un pouvoir législatif, en la forme et la manière qui est celle du législateur »[347].

162. Cependant, afin de ne pas empiéter sur le domaine de compétence du législateur, lors de leur création, les normes jurisprudentielles doivent avoir un lien direct avec le litige[348]. La mission contemporaine du juge est ainsi, cernée : elle « n'est pas de rechercher la règle applicable au litige envisagé dans l'absolu, mais celle qui est applicable au litige tel qu'il a été limitativement fixé par les prétentions des parties »[349]. Etant lié à la question de droit qu'il a à trancher et ne pouvant fonder sa décision que sur des faits qui font l'objet du débat[350], il ne peut outrepasser ses prérogatives et usurper les pouvoirs du législateur puisque ses pouvoirs sont enserrés dans le litige qui lui est soumis. L'article 5 du code civil ne s'oppose donc à la création prétorienne que lorsqu'elle empiète sur les prérogatives du législateur[351], c'est-à-dire, lorsqu'elle a pour conséquence de poser des nouvelles règles de droit n'ayant pas pour but la solution directe du litige. Ainsi, « il suffit de s'assurer que l'ampleur de l'exercice des pouvoirs est corrélée au degré de légitimité de la source »[352]. Il en résulte que, « la prohibition des arrêts de règlement n'a donc pas empêché que les interprétations données par les juges acquièrent une autorité

---

[346] R. CARRE DE MALBERG cité par S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974, p. 266.
[347] P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à P. Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 339.
[348] Même si ce n'est pas toujours le cas, comme lorsque le juge se prononce par le biais d'*obiter dictum*.
[349] O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 2008, p. 1102.
[350] V° articles 4, 5 et 12 al. 3 du CPC.
[351] Ainsi, pour P. HEBRAUD**,** *préc.*, p. 339 : « ce que prohibe l'article 5 du code civil, c'est l'exercice par le juge d'un pouvoir législatif, en la forme et à la manière qui est celle du législateur ».
[352] M.-A. FRISON-ROCHE, « La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences », *RTD Civ.* 2005, p. 311.

particulière, en se présentant sous la forme d'un argumentaire, cohérent et relativement stable »[353].

163. A cela s'ajoute, que même si les pouvoirs du juge se sont considérablement étendus, il n'a pas pour autant acquis la possibilité de rendre des règles jurisprudentielles obligatoires. Ces dernières restent donc susceptibles de modifications et d'appréciation par les juges quant à leur application rendant ainsi possible les revirements de jurisprudence.

Le juge reste donc dans les limites posées par les articles 4 et 5 du code civil lorsqu'il fait oeuvre de création à l'occasion d'un litige.

164. Il est également à noter que c'est la Cour de cassation qui veille au respect de l'application de l'article 5 du code civil. En l'interprétant, elle lui donne sa portée. Or, elle a toujours veillé au respect de ce dernier et n'a jamais estimé qu'elle pouvait faire oeuvre de création librement. Elle reconnaît donc qu'elle n'a pas le pouvoir de poser des règles de droits similaires à celles du législateur et prend acte de cette situation ; ce qui ne l'empêche pas d'user pleinement de ses prérogatives.

165. Si désormais les articles 4 et 5 du code civil ne s'opposent plus au pouvoir créateur du juge, est-il judicieux, comme cela a été proposé, de modifier leur contenu afin de conférer au juge un pouvoir officiel de création du droit?

b) Le maintien des articles 4 et 5 du code civil

166. Certains auteurs ont avancé des propositions visant à la modification des articles 4 et 5 du code civil, voire à leur suppression.

---

[353] J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 136.

167. Ainsi, le Professeur BRETON a envisagé la possibilité d'ajouter un alinéa 2 à l'article 4 du code civil disposant que : « toutefois, lorsque la décision à rendre suppose la 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 législateur ». Et ceci, en raison du fait que certains domaines ne devraient relever que de la loi[354].

Cette proposition ne semble pas judicieuse. Certes, certains domaines du droit, comme les régimes de la responsabilité civile extra-contractuelle, ont plus d'importance que d'autres en raison de leur impact sur la société. Cependant, seul le juge est à même de cerner au mieux la règle de droit la plus adéquate à appliquer. Cette proposition aurait pour conséquence de réintroduire un ersatz de référé législatif, limitant strictement la mission du juge.

De plus, passer par la voie législative entraînerait une perte de temps dans la mesure où le problème juridique ayant été attrait devant la Cour de cassation après une procédure, dont la durée se compte en années[355], devrait à nouveau subir les affres du temps dans le cadre de la procédure législative et ce, à une époque où la société évolue rapidement et où le droit peine à rester adapté.

168. Le Professeur CHRETIEN[356] propose, quant à lui, que soit réintroduite la notion d'arrêt de règlement. La Cour de cassation aurait ainsi la possibilité de rendre ce type d'arrêt sous une forme spécifique entraînant l'obligatoriété de la norme jurisprudentielle et liant l'ensemble des juridictions. La règle jurisprudentielle deviendrait législative soit sur l'initiative de la Cour de cassation, soit sur décision de l'organe législatif. L'auteur précise que la règle législative d'origine jurisprudentielle

---

[354] A. BRETON, « A propos de la filiation non classique », *RTD Civ.* 1992, p. 340 : l'auteur propose que la filiation soit régie par des lois et ne relève pas d'interprétations jurisprudentielles car « lorsqu'il s'agit de problèmes fondamentaux de société, on ne conçoit pas (...), qu'ils puissent trouver leur solution ailleurs que dans une véritable loi ».

[355] On peut cependant noter une nette amélioration des délais devant la Cour de cassation puisqu'en 2001, la durée moyenne des affaires civiles était de 593 jours alors qu'en 2010, elle n'est plus que de 387 jours : V° pour d'autres chiffres le *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010*, La documentation française, 2011.

[356] M. CHRETIEN, *Les règles de Droit d'origine juridictionnelle. Leur formation. Leurs caractères*, thèse dactyl, Droit, Lille, Impr. de L. Danel, 1936, p. 190 et s. ; V° également H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958 p. 85 ; A. AUDINET, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges B. de la Gressaye*, 1967, p. 99.

n’aurait qu’une place inférieure dans la pyramide des normes afin de laisser la possibilité à la loi ordinaire de la modifier. Cependant, cette proposition appelle certaines critiques. En effet, laisser au juge le pouvoir de décider qu’une norme jurisprudentielle est obligatoire revient à modifier en profondeur ses prérogatives et à porter gravement atteinte à la théorie de la séparation des pouvoirs, même si de nos jours son application est plus souple. Il y aurait ainsi, directement ingérence du pouvoir judiciaire dans le pouvoir législatif. Quant à permettre au législateur de consacrer une norme jurisprudentielle cela existe déjà de nos jours puisque le législateur a la possibilité de reprendre une jurisprudence pour en faire une loi.

169. Il est nécessaire de bien penser les modifications proposées, car en fonction de leur degré de précision et en fonction de l’article modifié, les conséquences ne sont pas les mêmes. Ainsi, avec la proposition du Professeur BRETON nous assisterions à un retour en arrière privant le juge d’une grande partie de ses prérogatives, ce qui n’est pas souhaitable.

Quant à la proposition du Professeur CHRETIEN, elle tend tout simplement à supprimer l’article 5 de notre ordonnancement, permettant au juge de traiter à égal avec le législateur. Les prérogatives du juge seraient ainsi largement étendues et notre système juridique subirait un profond bouleversement.

170. Il découle de l’ensemble de ces constatations que le rôle du juge s’est accru et que désormais la jurisprudence doit être appréhendée différemment.

Section 2 : Le caractère normatif de la jurisprudence

171. « La jurisprudence a pris aujourd'hui une importance considérable et il est impossible de connaître le droit positif en la maintenant à l'écart. La manière de travailler des praticiens est, à cet égard, révélatrice ; l'avocat saisi d'un dossier ne s'empresse-t-il pas de rechercher l'arrêt susceptible de lui être appliqué »[357]? La jurisprudence étant mouvante, il est nécessaire de constamment s'informer des évolutions de cette dernière en raison des revirements de jurisprudence qui peuvent intervenir.

172. La jurisprudence naît de la pratique judiciaire. A travers elle, va se forger un droit jurisprudentiel en constante évolution (§1). Elle va acquérir une importance telle que le juge ne peut dire le droit sans la prendre en considération. Il ne faut cependant, pas en déduire que désormais le juge a la possibilité de rendre des arrêts de règlements, l'existence des revirements de jurisprudence va d'ailleurs à l'encontre de cette pratique (§2).

§1) L'incontournable jurisprudence

173. Alors qu'au XIX^{ème} siècle le droit positif est assimilé à la loi, au droit émanant de l'autorité publique, le XX^{ème} siècle est marqué par un assouplissement et un élargissement de la notion : le droit positif est désormais compris comme le « droit effectivement pratiqué, le droit apparent, perceptible »[358]. Le professeur ATIAS parle de « quasi-positivisme »[359]. Cette nouvelle conception permet donc à la jurisprudence d'y trouver sa place.

---

[357] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5ème éd., 2000, p. 327.
[358] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 135.
[359] C. ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD* 1982, n° 27, p. 221.

174. Alors que classiquement la jurisprudence était considérée par la doctrine comme un simple amalgame de décisions allant dans le même sens, le XX^{ème} siècle s'est ouvert sur de nouvelles considérations. Ainsi, les années 1930 sont-elles considérées comme « l'âge d'or »[360] de la jurisprudence. Cette dernière est désormais regardée comme une source du droit, reflet de notre société (A). Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle interdit le recours aux mères porteuses, elle a imposé le consentement au mariage du majeur sous tutelle[361], elle a posé la distinction entre une société et une association[362], elle a mis en place la théorie de l'abus de droit, l'usage du patronyme civil comme nom commercial[363], la faute par omission[364], elle a régi le domaine de la responsabilité civile extracontractuelle...

175. La jurisprudence est un pan entier de notre ordonnancement juridique. Son importance est telle que le législateur ne peut plus composer sans elle, s'en inspirant ou la combattant selon les cas (B).

A) La notion contemporaine de jurisprudence

176. La Cour européenne des droits de l'Homme a été la première à reconnaître à la jurisprudence interne le statut de source du droit[365]. La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme[366], dans le cas d'écoutes téléphoniques

---

[360] P. MALAURIE, « Rapport français », in *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux Association Henri Capitant, t. 31, 1980, p. 81.
[361] Cass. civ. 1ère, 24 mars 1998, *Bull. civ.*, I, n° 124 ; *D.* 1999, p. 19, note J.-J. LEMOULAND ; Defrénois, 1998, n° 22 , art. 36895, note J. MASSIP ; *RTD Civ.* 1998, p. 658, note J. HAUSER.
[362] Cass. ch. réun., 11 mars 1914, *Caisse rurale de la Commune de Manigod*, *DP* 1914, I, 257, note L. SARRUT, *S.* 1918, I, 103.
[363] Cass. com., 12 mars 1985, *Bordas*, *Bull. civ.*, IV, n° 95 ; *D.* 1985, p. 471, note J. GHESTIN ; *JCP G.* 1985 II, 20400, ccl. MONTANIER, note G. BONET ; *Gaz. Pal.* 1985, I, 245, note G. LE TALLEC.
[364] Cass. civ., 27 décembre 1951, *Branly*, *D.* 1951, p. 329, note H. DESBOIS ; *JCP G.* 1951, II, 6193, note MIHURA ; J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, p. 159.
[365] CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, Série A, n° 30, § 47, requête n° 4451/70 : « La notion de « droit » utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle ».
[366] CEDH, 24 avril 1994, *Kruslin* et *Huvig*, requête n° 11801/85 et requête n° 11105/84 ; *D.* 1990, Jur. p. 353, note J. PRADEL.

ordonnées par un juge d'instruction, en raison du fait que « le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré » alors que la Cour de cassation[367], en sa Chambre criminelle, estimait que les dispositions du droit français ne contrevenaient pas aux prescriptions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. La Cour européenne des droits de l'Homme considère donc que la jurisprudence, droit non écrit, trouve sa place au rang des sources du droit positif[368].

177. En droit interne, l'empreinte laissée par la conception classique de la jurisprudence n'est pas encore effacée. Il n'en reste pas moins que dans les faits cette dernière est une source du droit. Une source du droit cependant spécifique quant à son mode de création (1) même si elle n'est pas officiellement reconnue par la loi comme créatrice du droit (2).

1) La spécificité de la jurisprudence

178. La jurisprudence est une notion vivante : elle évolue en fonction des différents stades de son existence[369]. Lors de son apparition, elle peut être qualifiée d'incertaine en raison des fluctuations qu'elle peut subir[370] (arrêts contradictoires, définition plus ou moins précise de la notion…). On parlera alors de tendance jurisprudentielle[371].

---

[367] Cass. crim., 23 juillet 1985, *Bull. crim.*, n° 275 ; *D.* 1986, p. 61, note P. CHAMBON ; *D.* 1986, p. 120, obs. J. PRADEL.
[368] P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 84 et s.
[369] A. BOLZE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *RRJ* 1997-3, p. 858.
[370] Ce fut ainsi le cas pour la responsabilité du commettant fondée sur l'article 1384 alinéa 5 : G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré,* Dalloz, 2007, p. 79.
[371] Pour M. CHRETIEN, *Les règles de Droit d'origine juridictionnelle. Leur formation. Leurs caractères*, thèse dactyl, Droit, Lille, Impr. de L. Danel, 1936, p. 111 : « la tendance jurisprudentielle indique une direction des jugements dans tel ou tel sens, mais cette direction est encore imprécise ».

Lorsque la jurisprudence trouve sa source dans un arrêt unique, trois évolutions sont possibles. Soit l'arrêt « vieillit » et devient obsolète du fait des évolutions du droit[372]. Soit l'arrêt est « éternel » et sa portée perdure en raison du fait que la norme jurisprudentielle est reprise, donc confirmée, au travers d'autres arrêts s'étalant dans le temps[373]. Soit l'arrêt est récent et on ne peut augurer de sa destinée. Cependant, si l'arrêt récent n'est pas démenti pendant un certain laps de temps, on peut considérer qu'il s'agit d'une jurisprudence constante, d'une jurisprudence fixée[374] et la solution jurisprudentielle est consacrée.

179. Seule la jurisprudence constante peut être qualifiée de source du droit car la règle a acquis une certaine stabilité. Par jurisprudence constante, on entend à la fois « la durée et la persévérance »[375]. Ainsi, y aura-t-il généralisation, répétition et permanence de la règle jurisprudentielle. La constante de la jurisprudence n'est cependant pas acquise *ad vitam eternam*. En effet, il arrive que la solution jurisprudentielle soit remise en cause. La jurisprudence va alors traverser une période de troubles qui peut aboutir soit au maintien et donc au renforcement de la position de la Cour de cassation, soit à un revirement de jurisprudence.

180. Ayant atteint le stade de la jurisprudence constante, cette dernière peut acquérir le caractère de jurisprudence « superconstante »[376] lorsqu'il semblera presque impossible qu'elle soit modifiée. Il en va ainsi de l'arrêt *Jacques Vabre* de la Chambre mixte de la Cour de cassation en date du 24 mai 1975[377] prescrivant que le juge doit écarter la loi française lorsque cette dernière est contraire aux engagements internationaux.

---

[372] Cass. civ., 9 août 1854, *D.* 1854, 1, 265.
[373] Cass. civ., 13 août 1851, *D.* 1851, 1, 281.
[374] N. MOLFESSIS, « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.* 2000, p. 667 et s. : désormais la Cour de cassation fait référence à sa jurisprudence constante alors qu'avant elle condamnait son utilisation sur la base de l'article 5 c. civ.
[375] P. CAPOULADE, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 218 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008, V° *Constant* : prouvé de façon certaine, bien établi, avéré.
[376] P. JESTAZ, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 207 et s.
[377] Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Sté Jacques Vabre*, *D.* 1975, p. 497, ccl. TOUFFAIT.

181. L'apparition d'une jurisprudence constante n'emprunte pas toujours le même chemin. En effet, dans certains cas la réitération dans le temps de la solution jurisprudentielle est nécessaire alors que dans d'autres, un seul arrêt, voire plusieurs, rendus le même jour[378], suffisent à fixer une jurisprudence[379]. En effet, certaines jurisprudences sont devenues constantes sans qu'il y ait besoin qu'elles soient réitérées dans le temps[380]. Deux cas de figures sont donc possibles.

Le premier cas concerne la jurisprudence née suite à différents arrêts s'étalant dans le temps. Elle traversera donc une période d'incertitude pour finalement aboutir à sa fixation. Ainsi, « on peut dire qu'une théorie constitue vraiment une « règle » quand, entièrement élaborée dans ses traits principaux par d'assez nombreux arrêts et jugements, elle est considérée par la pratique et la doctrine comme solidement établie et susceptible de recevoir de nouvelles applications »[381].

Ainsi, le régime de la clause de non-concurrence s'est construit dans le temps. Après avoir posé les conditions de validité d'une clause de non-concurrence dans les arrêts du 10 juillet 2002[382], la Cour de cassation est venue préciser que le paiement de la contrepartie financière ne pouvait intervenir à la fin de la période d'interdiction[383], son montant ne pouvant dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat de travail ni son paiement intervenir avant la rupture dudit contrat[384]. Elle a ajouté qu' « une clause de clientèle interdisant à un ancien salarié de contracter avec les clients de son ex-employeur y compris lorsqu'ils envisagent spontanément de contracter directement ou indirectement avec lui en dehors de toute sollicitation ou démarchage de sa part, s'analyse en une clause de non-concurrence,

---

[378] Concernant trois arrêts rendus le même jour au sujet du cautionnement réel : Cass. civ. 1ère, 15 mai 2002, R. LIBCHABER, « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD Civ.* 2002, p. 604 et s.
[379] A. HERVIEU, « Observation sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989-2, p. 285.
[380] N. MOLFESSIS, « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.* 2000, p. 668.
[381] M. CHRETIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle. Leur formation. Leurs caractères*, thèse dactyl, Droit, Lille, Impr. de L. Danel, 1936, p. 110.
[382] Cass. soc., 10 juillet 2002 (3 arrêts), Y. SERRA, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, p. 2491 et s. ; C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 989.
[383] Cass. soc., 2 mars 2005, *JCP E.* 2005, 1018, obs. S. BEAL et A. GIROUD.
[384] Cass. soc., 7 mars 2007, D. CORRIGNAN-CARSIN, « Précision sur le régime de la contrepartie de la clause de non-concurrence », *JCP G.* 2007, II, 10077.

illicite car dépourvue de contrepartie financière et non limitée dans le temps et l'espace »[385].

Quant à la possibilité pour l'employeur de renoncer à la clause de non-concurrence, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence. Lorsqu'un délai est prévu à la convention ou au contrat de travail, l'employeur doit le respecter. Lorsque aucun délai n'est prévu, la Cour de cassation estimait que l'employeur devait libérer le salarié dans un « délai raisonnable » à compter de la rupture du contrat de travail[386]. Désormais, elle estime qu'une disposition du contrat de travail permettant à l'employeur de renoncer, à tout moment, au cours de l'exécution de l'obligation de non-concurrence n'est pas valable. Et si la convention collective ou le contrat de travail ne prévoit pas de délai de renonciation, l'employeur doit libérer le salarié de son obligation de non-concurrence « au moment du licenciement »[387].

Par un arrêt en date du 12 janvier 2011, la Cour de cassation a estimé que le fait d'insérer une clause de non-concurrence nulle dans un contrat suffisait à causer au salarié un préjudice que l'employeur devait réparer. La Cour entend ainsi mettre fin aux pratiques de certains employeurs ne respectant pas les conditions posées par la jurisprudence[388].

Récemment, la Haute juridiction a opéré un revirement de jurisprudence en étendant aux engagements de non-concurrence figurant dans les pactes d'actionnaires l'obligation de contrepartie financière[389].

On voit donc au travers de ces différents arrêts que la Cour de cassation construit patiemment le régime de la clause de non-concurrence.

182. Dans le second cas, donc si la jurisprudence ne se construit pas dans le temps, elle va devenir constante sans passer par le stade de la jurisprudence incertaine. Elle sera alors fixée par une ou plusieurs décisions rendues le même jour, qui en raison de la formation dont elle est issue et de son énoncé formel, va dès lors,

---

[385] Cass. soc., 27 octobre 2009 : D. CORRIGNAN-CARSIN, « Requalification d'une clause dite « de clientèle » en clause de non-concurrence », *JCP G.* 2010, 24.
[386] Cass. soc., 13 juillet 2007, *Bull. Civ.*, V, n° 98.
[387] Cass. soc., 13 juillet 2010, n° 09-41626.
[388] Cass. soc., 12 janvier 2011, n° 08-45280.
[389] Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13824.

constituer une jurisprudence constante. Il en est allé ainsi du régime de l'indétermination du prix concernant les contrats-cadres[390].

183. Si une jurisprudence peut naître à la suite d'un seul arrêt, il n'en demeure pas moins que c'est sa réitération et sa régularité qui vont asseoir sa reconnaissance permettant à cette dernière de se dégager de son support et de devenir une règle de droit. « Ainsi se constate le caractère collectif de l'élaboration jurisprudentielle du droit. Comme ces admirables cathédrales médiévales qui sous la direction d'architectes de génie (…) ont été édifiées par l'effort d'ouvriers qui ont exécuté, parfois avec un d'autant plus fervent qu'il devait demeurer plus anonyme, la tâche qui leur avait été assignée, la demeure du droit, sous laquelle s'abrite la vie du peuple, s'est bâtie, et ne cesse de se bâtir, par l'effort multiple et successif de tous »[391].

184. Lorsque la jurisprudence est constante, les arrêts intervenant postérieurement et confortant l'arrêt apériteur sont tout aussi importants : l'arrêt-illustration va favoriser la mémoire, l'arrêt-justification va asseoir la solution, l'arrêt-révélation va raviver la mémoire de l'arrêt apériteur et l'arrêt-consécration va poser avec plus d'éclat la norme jurisprudentielle dégagée par l'arrêt apériteur[392].

185. Le professeur JESTAZ distingue les arrêts « plébiscités » des arrêts « problématiques ». Alors que les premiers sont accueillis unanimement par la doctrine et les praticiens et qu'ils sont donc reconnus immédiatement comme jurisprudence constante, l'arrêt problématique va trancher un point de droit litigieux sans pour autant mettre fin à la controverse[393].

---

[390] Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995 (4 arrêts), *D.* 1996, p. 13, ccl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP G.* 1996, II, 22565, ccl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *Gaz. pal.*, 1995, 2, 626, ccl. M. JEOL, note P. DE FONTBRESSIN ; *RTD Civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE.

[391] J. BOULANGER, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD Civ.* 1961, p. 422.

[392] D. FOUSSARD, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 225 et 226.

[393] Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, 417, rapport CHARTIER, note D. THOUVENIN ; *JCP G.* 1991, II, 21752, note TERRE ; *RTD Civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; P. JESTAZ, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 207 et s.

186. La jurisprudence est un élément incontournable de notre système juridique en ce qu'elle « est l'agent actif par lequel l'ordre juridique se transforme en un ensemble intelligible et cohérent, le lubrifiant indispensable pour assurer un bon usage de la norme juridique et la doter d'une meilleure efficacité »[394]. Elle permet donc une meilleure compréhension de notre ordre juridique mais également de son adaptation par le biais des revirements de jurisprudence.

187. Cependant, en raison de son mode d'élaboration spécifique et de son évolution particulière, la jurisprudence est regardée comme une source officieuse du droit.

2) *La jurisprudence et les sources du droit*

188. De nos jours, la jurisprudence n'est pas considérée officiellement par les textes[395] comme une source principale[396] du droit. En effet, la doctrine la qualifie de

---

[394] J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 137.

[395] A la différence d'autres systèmes juridiques : article 1er al. 2 du code civil suisse (« 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 »), l'article 12 du code civil italien (« Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i princìpi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato » : dans l'application de la loi, il ne peut lui être attribué un autre sens que celui résultant du sens propre des termes, de leur interaction et de l'intention du législateur. Si une controverse persiste concernant une disposition précise, elle doit être interprétée au regard des dispositions qui règlent les cas semblables ou les matières analogues ; si un doute persiste, il doit être décidé selon les principe généraux de l'ordre juridique), article 16 du code civil portugais (« Si les questions relatives à des droits ou à des obligations ne peuvent être résolues soit par le texte de la loi, soit par son esprit, soit à l'aide des principes appliqués dans des cas analogues et prévus par d'autres lois, on devra recourir aux principes du droit naturel, en tenant compte des circonstances de fait »), article 6 al. 2 du code civil espagnol (« Lorsque la loi n'est pas exactement applicable à l'espèce discutée, on appliquera la coutume du lieu et les règles générales du Droit »), article 7 du code civil autrichien, l'article 7 du code civil brésilien...

[396] G. CORNU, « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *RTD Civ.* 1992, p. 342.

« source d'appoint »[397], de source secondaire, de « pouvoir subordonné »[398] principalement en raison du préjugé de la suprématie législative. Il en découle que la jurisprudence est considérée comme une source officieuse du droit puisque les juges ne peuvent ouvertement fonder leurs décisions sur des normes jurisprudentielles. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle estimé qu'un juge ne pouvait fonder sa décision sur une jurisprudence[399], sur un usage constant ou un barème[400] qu'il suivrait. Si le juge se fonde uniquement sur la jurisprudence pour mettre fin au litige, sa décision sera cassée pour défaut de base légale[401] ou défaut de motif[402]. En effet, seule une règle de droit officiellement reconnue comme telle peut fonder une décision de justice[403]. C'est pour cette raison que certains arrêts contiennent une solution artificiellement rattachée à un texte de loi.

La jurisprudence représente donc un paradoxe puisque « les juges font (…) naturellement des règles de droit, mais ils doivent veiller à ne pas le faire pour respecter l'ordre constitutionnel »[404].

Cependant, cette considération est trop rigide. En effet, à la relecture des articles 4 et 5 du code civil et de la théorie de la séparation des pouvoirs, au vu de l'évolution de la société et du rôle incontournable du juge dans notre ordonnancement juridique, il serait utile désormais de considérer la jurisprudence pour ce qu'elle est réellement : une source du droit. Certes, une source du droit spécifique mais la qualifier de secondaire ne semble pas adéquat car son impact sur l'ordonnancement juridique est incontournable, la jurisprudence ayant autant d'importance qu'un texte

---

[397] M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD Civ.* 1992, p. 345.
[398] J. BOULANGER, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD Civ.* 1961, p. 427 et s. : « Supposé en effet que le texte légal qui sert de support à la règle jurisprudentielle vienne à changer, ou à disparaître par abrogation ; supposé encore qu'en la place laissée vide jusque-là dans le droit positif, une règle légale surgisse qui formule une solution nouvelle, la création jurisprudentielle antérieure est réduite à néant ». Ainsi, « la création jurisprudentielle ne subsiste qu'à la condition de ne pas déplaire « aux princes qui nous gouvernent ».
[399] Cass. crim., 25 mai 1971, *JCP G.* 1971, IV, p. 173 : « viole l'article 5 du code civil l'arrêt qui, pour restreindre la latitude accordée aux juges relativement à la fixation de la peine, se fonde sur une règle générale édictée par la Cour d'appel en dehors des prescriptions de la loi » .
[400] Cass. crim., 3 novembre 1955, *D.* 1956, p. 557, note R. SAVATIER, *RTD Civ.* 1956, p. 763 note P. HEBRAUD.
[401] *Gaz. Pal.* 1969. 1. 23.
[402] Cass. soc., 8 juillet 1976, *Bull. civ.*, V, n° 437.
[403] Article 12 du code de procédure civile.
[404] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 118.

légal. Il serait ainsi judicieux et nécessaire de la traiter comme telle. Judicieux car cela permettrait d'être en adéquation avec la réalité de notre système juridique. Nécessaire car c'est seulement en considération de cet élément qu'il est possible d'apporter une réponse concrètement réalisable aux questions que soulèvent les conséquences néfastes des revirements de jurisprudence.

189. Considérer que la jurisprudence est source du droit entraîne par conséquent, une modification de l'appréhension que l'on peut avoir des sources du droit et donc une modification de la pyramide des normes dans la mesure où il semble nécessaire désormais d'y faire figurer la jurisprudence.

190. Le système juridique repose classiquement sur le principe de la pyramide des normes[405] élaborée par KELSEN dans le cadre de ses travaux. Cet auteur opère un classement des actes juridiques et donc, des normes juridiques qu'ils contiennent : « 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[406] formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »[407]. Pour qu'une norme juridique voie le jour, il est nécessaire qu'une norme juridique qui lui

---

[405] En matière jurisprudentielle, les juges reconnaissent la suprématie du traité sur la loi en vertu de l'article 55 de la Constitution. Il a également été jugé que des dispositions législatives incompatibles avec le contenu d'une directive communautaire pouvaient ne pas être appliquées en raison d' « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » (V° par exemple, CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, *JCP G.* 2000, I, 201, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX. V° également, CE, 3 décembre 1999, *Association Ornithologique et Mammalogique de Saône-et-Loire* (2 arrêts), *RDP* 2000.289, note P. CASSIA et E. SAULNIER ; *RTD Civ.* 2000, p. 194, obs. R. LIBCHABER). La loi a également consacré la théorie de KELSEN puisque certains textes législatifs donnent la possibilité aux codificateurs à droit constant de modifier les disposions des textes dans le but de respecter la hiérarchie des normes (L. n° 99-1071 du 16 déc. 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie Législative de certains codes, *RTD Civ.* 2000 p. 185, obs. C. JAMIN. V° également L. n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* du 13 avril 2000 p. 5646 ; *JCP G.* 2000, III, 20274).

[406] De façon générale, pour qu'un système soit qualifié de hiérarchique, les éléments le composant doivent remplir trois critères. Premièrement, les éléments inférieurs ne rétroagissent pas sur les éléments supérieurs. Deuxièmement, il existe un élément premier mais pas nécessairement un nombre limité d'éléments ultimes. Et troisièmement, un élément peut avoir plusieurs successeurs. Le système hiérarchique des normes de KELSEN reprend bien ces critères.

[407] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, 2ème éd., Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 224

soit supérieure prévoie sa création[408]. Ainsi, le droit s'organise et s'autorégule par degrés successifs[409]. En effet, la norme supérieure ne pouvant tout prévoir, il revient aux normes inférieures de préciser son contenu[410]. Le droit va se fixer par étapes successives selon un schéma pyramidal : du sommet (normes générales) à la base (normes particulières)[411]. « C'est seulement si l'acte a été accompli conformément à une norme supérieure qu'il présente la signification objective de norme »[412]. Le système étant pyramidal, chaque norme puise donc sa validité dans la norme supérieure.

191. KELSEN distingue deux types de systèmes pyramidaux : le système statique[413] et le système dynamique[414]. Le système juridique français ne relève pas

---

[408] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, 2ème éd. Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999 : « De ce que quelque chose est, il ne peut pas s'ensuivre que quelque chose doit être ; non plus que, de ce que quelque chose doit être, il ne peut s'ensuivre que quelque chose est. La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle ».

[409] La hiérarchie matérielle des normes tend à attribuer à chaque règle un niveau hiérarchique. Elle ne prend pas en compte seulement l'autorité hiérarchique de sa source. Par conséquent plus une norme est placée haut dans la hiérarchie plus les principes qu'elle défend doivent être protégés. Il faut distinguer le système hiérarchisé (validité, existence de la norme) du principe hiérarchisé (résolution des conflits de normes). Dans le cas du système hiérarchisé des normes il s'agit d'opérer un classement de ces dernières. Avec le principe hiérarchisé, il y également classement des normes, mais comme tout principe il peut subir des exceptions, il est donc beaucoup plus souple. Le raisonnement hiérarchique qui a pour fonction essentielle de faire des choix, est éclairé par le principe hiérarchique. L'argumentation permet quant à elle de décider.

[410] H. KELSEN, *op. cit.*, p. 336 : « La norme de degré supérieur ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera sous tous les rapports. Il demeure toujours inévitablement une certaine marge, réduite ou considérable, par le jeu du pouvoir discrétionnaire : la norme de degré supérieur n'a jamais, dans son rapport avec l'acte de création de norme ou d'exécution matérielle qui l'applique, que le caractère d'un cadre à remplir par cet acte ».

[411] Cependant pour KELSEN cette descente en pallier n'est pas absolue. En effet, les modalités d'élaboration d'une norme sont fixées par les normes se situant vers le haut de la pyramide. Par conséquent à partir d'un certain niveau on ne retrouvera plus directement dans la norme, les conditions de formation des règles de droit.

[411] M. TROPER, « KELSEN Hans, 1881-1973 » in *Dictionnaire de philosophes*, dir. D. HUISMAN, Paris, PUF, 2ème éd., 1993.

[412] M. TROPER, *préc.*

[413] Dans le système statique de normes, la validité d'une norme est conditionnée au contenu de la norme supérieure. Par conséquent, le contenu de la norme inférieure se retrouve dans le contenu de la norme supérieure, cette dernière contenant, par essence, des principes plus larges que la norme inférieure. Plus on descend dans la pyramide, plus les normes sont spéciales. La base de la pyramide est constituée de normes précises, son sommet regroupant l'ensemble des principes d'un point de vue général. On peut donc logiquement déduire les normes des unes des autres, en partant du haut vers le bas, du général vers le particulier. Dans le cadre du système statique, le contrôle de validité de la norme portera sur son contenu. Par conséquent, pour qu'une norme inférieure soit valable, elle doit être

strictement de l'un ou l'autre des systèmes dégagés par KELSEN. En effet, la hiérarchie des normes telle qu'elle est appliquée en droit positif emprunte autant au système statique qu'au système dynamique des normes. Par conséquent, pour qu'une norme juridique soit créée, il est nécessaire que sa procédure de création suive les prescriptions de la norme supérieure prévoyant une telle procédure mais qu'elle respecte également son contenu[415].

192. Si le juge n'est classiquement pas reconnu comme source du droit, il semble normal que la jurisprudence ne soit pas intégrée dans la pyramide des normes. Si aujourd'hui elle n'y figure pas, cela résulte du fait qu'aucune norme supérieure ne lui confère ce pouvoir, qu'aucune autorité n'habilite le juge à créer du droit. Doit-on par conséquent continuer de refuser le statut de source du droit à la jurisprudence ou abandonner la pyramide des normes ? Aucune des deux solutions ne semble satisfaisante et réellement envisageable. Mais alors, n'est-il pas possible de modifier l'approche de la pyramide des normes? En effet, cette théorie a vu le jour dans un contexte juridique particulier du début du XX^{ème} siècle où les interrogations au sujet de la jurisprudence en étaient à leurs balbutiements[416]. Ce contexte aujourd'hui, n'existe plus en raison du profond bouleversement des sources du droit. Le droit ne

---

conforme à la norme supérieure, au contenu de cette dernière. De ce fait, une norme inférieure ayant un contenu contraire à la norme supérieure ne sera pas applicable car ne trouvant pas sa légitimité dans la norme supérieure.

[414] Le système statique est à distinguer du système dynamique en raison du fait que dans le second système, la validité d'une norme n'est pas soumise au contenu de la norme supérieure mais au respect de ce que prescrit cette dernière pour la procédure d'élaboration de la norme inférieure. La norme inférieure doit respecter l'ensemble des prescriptions des normes supérieures. Dans ce système, la seule condition de validité d'une norme est donc de nature procédurale. On retrouve au sommet de la pyramide une norme supérieure contenant l'ensemble des prescriptions de création des normes inférieures c'est-à-dire une norme qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes spéciales qui relèvent de l'ordre juridique. De ce fait, le contrôle de validité de la norme ne porte que sur la procédure de création. Par conséquent, une norme inférieure peut être valable car créée dans les règles posées par la norme supérieure mais ne pas être conforme à cette dernière dans son contenu. Dans le cadre du système statique, c'est le contenu de la norme qui primera. Dans le cadre du système dynamique seule la procédure d'édiction de la norme revêtira une importance et déterminera sa validité. Ces deux systèmes sont donc très différents concernant l'interaction entre les normes, la classification de ces dernières dépendra, selon le système, soit de leur contenu soit de leur procédure de création.

[415] Il est possible de déroger au respect du contenu de la norme supérieure si une norme se trouvant plus haut dans la pyramide l'y autorise. Ainsi, des régimes spéciaux, dérogeant aux normes juridiques générales peuvent être mis en place en vertu de principes fondamentaux.

[416] P. REMY, « Cent ans de chroniques », *RTD Civ.* 2002, p. 665 et s.

peut être réduit à une cascade de normes chapeautées par la Constitution. Notre système normatif est beaucoup plus complexe. Il semble donc utile de remettre en question la théorie de la pyramide des normes[417] afin d'y intégrer toutes les modifications intervenues dans l'ordonnancement juridique[418].

193. Certains auteurs estiment que si la jurisprudence trouve sa place au sein des sources du droit, ce ne peut être qu'à une place inférieure à la loi en raison du fait qu'une loi peut briser une jurisprudence. Cependant, comme nous l'avons vu lors de l'étude contemporaine de la théorie de la séparation des pouvoirs, cette possibilité est offerte au législateur dans le but de permettre un fonctionnement harmonieux de l'Etat. Certes, sur le plan officiel le juge doit respecter la loi, mais dans les faits, l'existence de jurisprudences *contra legem* est bien réelle. Par conséquent, cet argument ne tient pas et la jurisprudence ne peut être considérée comme inférieure à la loi.

194. Si la jurisprudence n'est pas inférieure à la loi, peut-on considérer qu'elle lui est supérieure ? En effet, le juge ayant la possibilité de contrôler la conventionnalité d'une loi, peut écarter cette dernière s'il estime qu'elle ne respecte pas les accords internationaux ratifiés par la France[419]. Il condamne ainsi la loi[420]. Cependant, cette approche n'est pas pertinente puisqu'elle supporte les mêmes critiques que celles soulevées concernant la suprématie du législateur ayant la possibilité de briser une jurisprudence. Il relève donc du rôle de juge de s'assurer du respect par le législateur des textes internationaux, le juge ne faisant qu'exercer son pouvoir afin de limiter celui du législateur.

---

[417] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002 ; L.-M. DUONG, « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, p. 783 et s.
[418] P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.* 2001, p. 74 : désormais la hiérarchie des normes se trouve réduite à un but unique qui est de trancher les conflits de normes : « si déclin il y a, celui-ci n'affecte que la systématicité de la hiérarchie, non sa valeur opératoire qui reste effective ».
[419] N. MOLFESSIS, « Le contrôle de conventionnalité d'une loi conforme à la constitution », *RTD Civ.* 1999, p. 236.
[420] P. MALAURIE, « La révolution des sources », Defrénois 2006, n° 20, article 38465, p. 1560.

195. Pour répondre à la question de la place de la jurisprudence au sein de l'ordre juridique, il est nécessaire de se placer sur le plan de la pratique : le juge doit respecter la loi mais ce respect n'est pas aveugle et lui permet une certaine autonomie dans l'appréciation des textes. La jurisprudence existe en raison de l'imperfection des lois et de leur nécessaire adaptation à la société. Si la jurisprudence était inférieure à la loi, le juge ne pourrait pas remplir pleinement son office et adapter la loi, il devrait la respecter sans aucun pouvoir d'appréciation.

On peut donc en déduire que la jurisprudence et la loi ont une place similaire dans le classement des sources du droit. La loi et la jurisprudence sont ainsi, deux sources du droit complémentaires : « opposer la jurisprudence et la loi devient dans ces conditions absurde. Elles se complètent à un niveau de positivité quasi équivalent et sans même se quereller »[421]. Si parfois la loi l'emporte sur la jurisprudence ou inversement, c'est seulement en raison des jeux de pouvoirs nécessaires au bon fonctionnement de notre ordre juridique.

196. Si l'on approfondit l'étude de la pyramide des normes, elle présente de nombreuses difficultés. Elles proviennent principalement du pluralisme des normes qui vient bouleverser l'ordonnancement pyramidal. La coutume, la *lex mercatoria*, ainsi que les principes fondamentaux tendent à se faire une place au sein du système normatif. Il en va également de même des divers autres ordres juridiques. Mais alors comment justifier l'intégration de la jurisprudence dans ce système ?

197. Lorsque l'on étudie les différentes règles de droit existant dans notre système juridique on constate qu'elles ne procèdent pas toutes d' « autorités habilitées » à dire le droit. Il en va ainsi de la coutume. Cette dernière[422] peut être définie comme une règle qui n'est pas édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics, mais qui est issue d'un usage général et prolongé (*repetitio*) et de la

---

[421] P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 2005, p. 68.

[422] Du latin « *consuetudo, inis* » signifiant coutume, dérivé de « *scesco, ere* » : s'accoutumer à, lui-même dérivé de « *sui* » : ce qui est propre à un individu, à un groupe d'hommes : *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, A. ERNOULT et A. MEILLET, Klincksieck, 1939.

croyance en son obligatoriété (*opinio necessitatis*[423]). La coutume a ainsi, pour origine un usage. Ce dernier deviendra une coutume en raison de comportements répandus dans l'espace (milieu social, professionnel[424]...) et dans le temps (régulièrement suivi sur une certaine période) mais également, en raison du fait que l'usage est considéré comme obligatoire par les individus qui le suivent : élément psychologique résultant de la croyance générale répandue que l'usage est une règle de droit obligatoire[425].

198. La coutume ne trouve son origine dans aucun acte juridique formel, dans aucun *instrumentum*. Le propre de la coutume est d'être orale. Certes, elle peut être retranscrite par écrit[426] mais ce n'est que postérieurement à son élaboration et à son application que cela se produit.

La reconnaissance de la coutume peut se faire selon divers moyens. L'Etat peut reconnaître l'existence juridique d'une coutume en y faisant référence directement dans un acte juridique formel. Par exemple, la possibilité pour une femme mariée de porter le nom de son mari est restée une coutume jusqu'à sa reconnaissance par la loi du 6 février 1893[427]. Une décision de justice peut également conférer son caractère juridique à une coutume. Cependant, le juge va faire apparaître une nouvelle règle de droit, il ne la crée pas, il l'intègre seulement dans l'ordonnancement juridique.

---

[423] Elément psychologique de la coutume appelé au Moyen-âge « *opinio necessitatis* » ou « *opinio juris seu* ». Pour F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, LGDJ, 2ème éd., 1919, t. 1, p. 323 : le droit coutumier « a toujours la même source : un usage accepté dans un groupe social et exprimant un sentiment juridique de ceux qui composent ce groupe ».

[424] Cependant, les us et usages, dans le cadre professionnel, ont une importance qu'il convient de ne pas négliger. En effet, ils peuvent produire des effets de droit si leur existence est prouvée. Cette preuve est apportée par une attestation délivrée par les chambres de commerce ou les syndicats professionnels : la « parère ».

[425] F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, LGDJ, 2ème éd., 1919, t. 1, p. 356 et 357 : les éléments positifs d'une coutume sont « un long et constant usage » et « la conviction d'une sanction juridique, spécifiant et qualifiant, l'usage, comme coutume obligatoire ».

[426] A partir du XIIIème siècle, certains magistrats du roi (tel BEAUMANOIR) rédigèrent des « coutumiers » afin de fixer le droit dans leur ressort (par exemple, le *Grand coutumier de Normandie*).

[427] Actuellement article 264 du code civil.

Selon le Professeur TROPER[428], la coutume est le produit de l'acte d'interprétation donné par l'autorité chargée de son application : c'est le discours de l'autorité d'application qui donne au fait coutumier la signification d'une norme. Ainsi, pour LAMBERT, « 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 (…). 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 produits manufacturés »[429]. Pour le Professeur LABBEE, « la coutume ne devient obligatoire », acquiert « valeur normative», « que dans la mesure où le législateur y fait référence ou dans la mesure où elle est reconnue par le juge »[430].

199. Cependant, cette conception ne semble pas refléter la réalité. En effet, la thèse selon laquelle la coutume devient règle de droit au jour de sa consécration textuelle ou juridictionnelle n'est pas permise, la coutume existant avant qu'elle ne soit consacrée. La création et l'existence de la coutume restent bien antérieures à cette date. La coutume a la particularité de trouver son origine, non pas dans la volonté des gouvernants mais dans celle des gouvernés[431]. En effet, seule l'observation prolongée d'un usage pourra donner naissance à une coutume. Or l'observation prolonger ne peut venir que des gouvernés qui ne sont pas des autorités habilitées à dire le droit. La coutume relève donc d'une catégorie de règles de droit que l'on peut qualifier de spontanées en raison d'un besoin ressenti par la société et non comblé par le législateur ou le juge.

Ce phénomène résulte des besoins de l'ordre juridique. Le législateur ne pouvant tout prévoir laisse apparaître dans l'ordonnancement juridique des vides. Ces vides peuvent être comblés par le juge. Cependant, ils ne le sont pas tous. Ce sera

---

[428] M. TROPER, « *Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement* », *Droits*, 1986, p. 11 et 24.
[429] E. LAMBERT, *Etude de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, t. 1, Les conceptions étroites ou unilatérales, Paris, 1903, p. 802.
[430] X. LABBEE, *Les critères de la norme juridique*, PU de Lille, 1994, p. 65 et s.
[431] D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Collection Droit public positif, Economica, 1996, p. 393.

donc les justiciables, qui à travers leurs pratiques, les combleront et mettront en place des usages qui deviendront des coutumes. Certes, elles ne seront considérées comme des règles de droit officielles que lorsqu'elles seront intégrées dans l'ordonnancement juridique par le législateur ou le juge. Mais elles y existaient déjà puisque les individus, dans le cadre de leurs relations juridiques, les utilisaient auparavant.

Par conséquent, même si une coutume n'est pas consacrée par un texte ou une décision, elle peut quand même régir des situations juridiques et produire des effets de droit. Il en résulte que certaines sources du droit existent sans consécration officielle.

Au travers de cet exemple, on voit bien qu'une règle de droit n'a pas toujours pour origine une autorité habilitée à dire le droit. Il faut donc bien garder à l'esprit qu'une norme juridique est issue dans la majorité des cas de ce type d'autorité, mais que ce n'est pas une règle intangible. Ainsi, on pourra retrouver dans l'ordonnancement juridique des règles de droit non prévues par la pyramide des normes telle qu'appréhendée classiquement.

200. Pour la jurisprudence, il en va de même : l'imperfection de la loi appelant le juge à intervenir, vont apparaître de nouvelles règles de droit jurisprudentielles spontanément. Il s'agit d'un processus de création spontanée puisque la création de la jurisprudence n'est prévue par aucun texte et que la naissance du droit jurisprudentiel va résulter d'une impulsion autre que celle d'une norme contenue dans l'ordonnancement juridique. Ainsi, « le pouvoir normatif du législateur résulte d'une habilitation alors que celui de la jurisprudence est (…) le fruit d'une autorité. Cela confirme d'ailleurs qu'une conception formaliste des sources du droit conduit nécessairement à exclure la jurisprudence, mais qu'une vue réaliste et pluraliste doit au contraire aboutir à la reconnaissance de son pouvoir normatif »[432]. Il en résulte que « dans sa branche réaliste, le positivisme n'identifie le juridique ni à un droit étatique (positivisme étatique), ni à un droit formé de normes juridiques valables (positivisme

[432] A. HERVIEU, « Observation sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989-2, p. 283.

normativiste), ni à un droit auquel il faudrait par définition obéir (positivisme juridique) »[433].

201. Par conséquent, la pyramide des normes devrait être abandonnée[434] car insuffisante pour représenter l'ensemble des sources du droit. Les sources du droit devraient être considérées comme une grande famille comportant des « pièces rapportées » : la Constitution étant la matriarche et la jurisprudence, les conjoints des descendants. Bien que ne partageant pas le même sang, ils partagent la même famille des sources du droit.

202. Le modèle actuel de la jurisprudence n'est donc pas idéal. Cette dernière est dans les faits pleinement reconnue comme une source du droit mais officiellement n'est pas considérée comme telle. En ayant une approche nouvelle des sources du droit, on permettrait à la jurisprudence d'intégrer le cercle de ces dernières tout en conservant ses spécificités.

203. Cependant, si aujourd'hui la jurisprudence n'est pas officiellement reconnue par le législateur comme une source du droit, il n'en résulte pas moins que son impact sur l'ordonnancement juridique est incontournable comme le démontre les principes généraux du droit qui en sont le fruit.

B) Les principes généraux du droit : fruits de la jurisprudence

204. Certains arrêts sont qualifiés d'arrêts de principe en raison du fait qu'ils ne font pas qu'interpréter un texte de loi, ils créent une nouvelle règle, originale, échappant à la volonté du législateur. Un arrêt de principe est « une décision de justice qui tranche, en son principe, une question de droit en général controversée,

---

[433] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Les sources positives de la déontologie (à propos des avocats) », *RTD Civ.* 2007, p. 72.
[434] P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 102 et s.

qu'il s'agisse de l'interprétation de la loi ou d'une création prétorienne (…) ; décision à laquelle sa motivation générale est de nature à procurer une autorité morale en dehors de l'espèce jugée, sans cependant lui conférer de portée juridique supérieure »[435].

Dans trois cas il y aura arrêt de principe : « le juge extrapole une règle légale, le juge réforme ou contredit une règle légale et enfin le juge crée de son propre chef une règle quasi légale »[436]. Ainsi, les arrêts de principe « s'évadant des contingences de la cause, donnent une interprétation de la règle de droit selon une formulation générale qui lui donne aptitude à régir bien d'autres situations »[437].

205. Ce type d'arrêt est à distinguer des arrêts d'espèce ou arrêt-prétérition, en ce qu'ils sont porteurs d'une constance probable alors que les arrêts d'espèce sont entachés d'incertitude[438]. Les arrêts d'espèce sont « dominés par les considérations de fait, (ils) se bornent à une application circonstancielle de la norme, s'abstenant de traiter la question de droit dans toute sa dimension ». Seuls les arrêts de principe sont susceptibles de faire jurisprudence, les arrêts d'espèce ne posant pas de règles jurisprudentielles. Cependant, leur importance n'est pas négligeable car ils permettent, entre autres, de conforter une règle jurisprudentielle, d'asseoir une jurisprudence.

206. Le juge peut aller encore plus loin en posant des principes généraux du droit. Ces derniers sont considérés comme de la jurisprudence « superconstante » dont l'existence a peu de chance d'être remise en cause.

207. Les principes généraux du droit, « forment l'armature du droit »[439]. Au fil du temps, ils ont vu leur nombre grossir[440] et sont, aujourd'hui, dans certains

---

[435] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008, V° *Principe*. V° également F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 6e éd., 2003, p. 278.
[436] O. TOURNAFOND, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 554.
[437] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5ème éd., 2000, p. 328.
[438] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 146.
[439] 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. 492.

domaines incontournables. Cependant, s'ils « occupent la face immergée d'un très gros iceberg »[441] ils n'en forment pas le tout, ils ne sont que la face bien visible de la jurisprudence qui est un ensemble beaucoup plus conséquent[442].

Quant à leur définition et leur origine, elles soulèvent de nombreuses questions[443]. En effet, la Cour de cassation n'explicite pas les raisons qui l'ont poussée à poser ces principes, de la sorte que la portée de ces derniers reste incertaine[444].

« Les principes figurent avec les règles parmi les « normes de commandement » ; leur fonction dominante, comme celle des règles, est « directive ». Mais ils diffèrent des règles au point de vue structural quant au degré de détermination des cas d'espèce auxquels ils s'appliquent : si le cas d'espèce est décrit de manière détaillée et « fermée », il s'agit d'une règle ; si le cas d'espèce reste ouvert, indéterminé, on est en présence d'un principe »[445]. Il est donc nécessaire que le juge vienne préciser postérieurement le cadre d'application de ces derniers au travers de règles jurisprudentielles plus précises. Ainsi, les principes généraux sont des notions premières commandant « un ensemble de règles particulières qui viennent se ranger sous son application »[446].

---

[440] P. MALAURIE et P. MORVAN en recensaient 113 variétés en 2008, toute origine confondue : *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, 3ème éd., 2009, p. 299. Pour une étude approfondie V° P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, et plus spécialement n° 79 et s., p. 70 et s. ; P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », http://www.courdecassation.fr/IMG/File/ intervention_morvan.pdf, 2006, p. 28 : cet auteur dénombre l'apparition de 76 principes généraux du droit dans notre droit interne entre 1948 et 2006, tels que le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle, le principe selon lequel ce qui est réputé nul est censé n'avoir jamais existé , le principe selon lequel celui qui réclame le bénéfice d'un droit doit justifier de ses conditions d'application… ; N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2001, p. 699.

[441] D. DE BECHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 975 ; E. FRANCK, « L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergée de l'iceberg », *D.* 2003, p. 119 et s.

[442] M.- A. FRISON-ROCHE, « La jurisprudence massive », *D.* 1993, p. 287.

[443] F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 722.

[444] 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. 494 et s.

[445] F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 722.

[446] P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *JCP G.* 2001, I, 306.

208. Les principes sont des « axiomes à prétention normative, assis sur des sources matérielles que sont tantôt la tradition ou l'ordre social, tantôt la raison ou l'équité, sans lien nécessaire avec un texte précis, et fertiles en virtualité d'application »[447]. Ils sont souples et évolutifs du fait qu'ils doivent s'adapter à la société dont ils sont le reflet. Par conséquent, le système « tout à la fois permet l'édiction de principes généraux de solution à propos des litiges qui se présentent, mais n'empêche nullement de les modifier lorsque se présentent d'autres espèces »[448].

209. Certains auteurs, refusant de reconnaître le pouvoir normateur du juge[449] estiment que les principes généraux existent à l'état latent dans notre ordre juridique (positivisme légaliste) et que le juge ne fait que les mettre à jour, il ne les crée pas. Ainsi, le juge affirmerait « l'existence d'un certain nombre de principes indépendants de toutes règles écrites qui constituent en quelque sorte la philosophie politique de la nation et dont, se disant le gardien, il s'institue en fait le créateur puisque c'est lui qui, en leur donnant une sanction, les fait passer dans le droit positif »[450]. Selon cette théorie, le système juridique serait un ensemble complet de règles de droit dont le juge ne ferait que dégager celles qui existaient déjà à l'état latent. Cependant, il s'agit plus d'une fiction que d'une description réelle de notre système juridique. En effet, « la vision idyllique d'un juge qui se bornerait à se pencher sur un ordre juridique infaillible pour y recueillir le principe préexistant est anéantie par le spectacle des querelles qui déchirent la Cour suprême »[451]. Ainsi, la théorie de la plénitude de l'ordre juridique n'est plus envisageable de nos jours et la possibilité, l'obligation même, pour le juge de combler les vides juridiques le démontre. Lorsque cela se produit, le juge va créer du droit[452], posant dans certains cas des principes

---

[447] J.-P. GRIDEL, « La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228.
[448] M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, thèse dactyl., Paris II, 1983, p. 666.
[449] D. DE BECHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz,* Dalloz, 2006, p. 29.
[450] J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, p. 6.
[451] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 487.
[452] P. MORVAN, *op. cit.*, p. 493 et s. : considère que le juge invente les principes car il les découvre autant qu'il les crée.

généraux[453]. La Cour de cassation va venir inscrire « littéralement dans le visa qu'elle est tenue de faire figurer en tête de ses arrêts (...) non point un texte législatif, réglementaire ou international mais un « principe » ou des « principes » émancipés de toute référence textuelle »[454].

210. Les principes généraux correspondent à l'état des mœurs de la société au moment où le juge rend sa décision. Ce dernier va ainsi s'inspirer de principes ou valeurs extérieures au droit mais également du droit lui-même. « Par-delà les solutions particulières, et par un procédé qui est apparenté à l'analogie fréquemment employée pour résoudre les questions juridiques, mais qui le dépasse considérablement en ampleur, le juge dégage souvent, aidé d'ailleurs par la doctrine, un « esprit des lois » qu'il considère comme exprimant les principes fondamentaux de la société dont il fait partie »[455].

211. Ces derniers naissent « sur le terreau d'une législation lacunaire dont ils comblent les vides »[456], « ils contribuent à forger la cohérence de l'ordre juridique normatif »[457]. Mais également, en présence d'une législation qui peut s'avérer inadaptée, peuvent naître des principes généraux *contra legem*[458]. Ainsi, le juge parvient à « se substituer en quelque sorte au législateur, tantôt par une interprétation hardie des textes en vigueur, tantôt même en faisant abstraction des textes »[459]. En posant des principes généraux *contra legem*, on ne peut que constater à quel point le juge est source du droit. « Que la Cour suprême vise des principes *extra legem* indique déjà qu'elle s'arroge la faculté de créer du droit. Qu'elle vise des principes

---

[453] S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974, p. 308 et s.
[454] P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 86.
[455] G. MARTY, P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit. Droit civil*, Sirey, 2ème éd., 1972, t. 1, p. 234.
[456] P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », http://www.courdecassation.fr/IMG/File/ intervention_morvan.pdf, 2006, p. 4.
[457] F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 722.
[458] P. MORVAN, *préc.*, p. 8 et s. : principe qui régit le droit au nom, principe de l'autorité absolue de la chose jugée au criminel, principe de la responsabilité objective du fait des choses, théorie de l'abus de droit, principe de la rétroactivité *in mitius* … V° p. 13 et s. pour une liste des principes généraux du droit . V° également P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *JCP G.* 2001, I, 306.
[459] P. LESCOT, « Les tribunaux face à la carence du législateur », *JCP G.* 1966, I, 2007.

contra legem, qui combattent la loi, achève de convaincre de sa puissance créatrice »[460].

212. Les principes généraux vont s'imposer avec une force particulière en raison de leur rédaction concise, de leur motivation claire et précise, énonçant un principe de manière générale avec solennité[461]. En revêtant cette forme, le principe va se dégager de la sphère jurisprudentielle pour acquérir une certaine autonomie[462] qui ne permettra sa remise en cause que dans des cas rares.

213. Pour le Professeur GRIDEL[463], leur impact sur le droit positif est de quatre ordres.

Premièrement, ils déterminent le champ d'application des textes en les affirmant, en étendant ou en réduisant leur portée. Il en va ainsi du principe général de l'indisponibilité du corps humain qui est venu limiter, en 1837[464], la disponibilité du corps humain. On retrouve ce principe aujourd'hui, dans les articles 16 et suivants du code civil.

Deuxièmement, ils suggèrent la portée véritable des textes voire leur confèrent valeur normative. Il en va ainsi de l'alinéa 1er de l'article 1384 qui, initialement n'était qu'une simple transition entre les régimes généraux de responsabilité civile et les régimes spéciaux, est devenu une véritable règle de droit.

Troisièmement, ils expriment une solution absente de la législation écrite. Cette solution peut ainsi être dégagée par le juge de textes disparates comme c'est le cas de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui[465] ou créée de toute pièce par ce

---

[460] P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 86.
[461] P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, p. 152.
[462] V° pour un point de vue contraire N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2001, p. 699 : qui estime que les principes généraux sont « une source réelle du droit, qui se trouve ainsi en son fondement, constituée de préceptes moraux, universels et, plus généralement, de force créatrice du droit ». La jurisprudence ne faisant que mettre en œuvre le principe.
[463] J.-P. GRIDEL, « La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228.
[464] Cass. req., 15 et 22 décembre 1837, *D.* 1838, p. 5.
[465] Cass. civ. 1ère, 16 octobre 1960, *JCP G.* 1960, II, 11846, note R. SAVATIER.

dernier en l'absence de texte comme c'est le cas du principe de la réparation intégrale[466].

Quatrièmement, ils peuvent écarter une solution voulue par la loi lorsque l'application stricte de cette dernière entraînerait un effet contraire aux objectifs du texte voire de l'ordre juridique. L'exemple le plus frappant est l'abus de droit. Ce principe est une notion jurisprudentielle ancienne existant déjà dans l'Ancien Droit[467]. Après l'avènement du code civil, qui restait silencieux sur le sujet, les juridictions, s'inspirant de la tradition prérévolutionnaire, l'appliquèrent. La Cour de cassation, dans un arrêt du 19 décembre 1817 posa en principe que « n'est pas en faute celui qui fait ce qu'il a droit de faire, à moins qu'il ne le fasse pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même »[468]. Dans deux arrêts en date du 3 mai 1836 et 11 janvier 1837, la Cour de cassation condamna les voies de recours exercées « par malice ou mauvaise foi »[469]. Le 2 mai 1855, la Cour d'appel de Colmar considéra « que, s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, cependant l'exercice de ce droit, comme celui de tout autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt légitime et sérieux »[470]. Cette décision sera suivie par de nombreuses juridictions[471]. « S'il est permis d'user de son droit, de tout son droit, pour la protection et la sauvegarde d'un intérêt légitime, si minime qu'il soit et quel que soit le préjudice qui doit en résulter pour autrui, l'usage d'un droit cesse d'être licite et engendre une action en dommages et intérêts quand il a pour unique mobile la volonté de nuire à autrui »[472]. Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, il y a abus de droit lorsque l'individu qui exerce un droit le fait dans l'unique intention de nuire ou l'exerce en méconnaissance

---

[466] Cass. civ. 2ème, 14 juin 1995, *D.* 1995, p. 196.
[467] Parlements d'Aix le 1er février 1577, de Provence en 1672, de Paris le 6 février 1710...
[468] Cass. civ., 19 décembre 1817, note FERROND, *S.* 1905-2-17. V° également, l'arrêt du 12 juillet 1823, dans le cadre duquel la Cour d'appel de Toulouse condamne un demandeur ayant, par malice, choisi le tribunal le plus éloigné du domicile du défendeur.
[469] Cass. req., 3 mai 1836, *S.* 1836-1-914 ; Cass. civ., 11 janvier 1837, *RD* 1856-2-9.
[470] CA Colmar, 2 mai 1855, *RD* 1856-2-9.
[471] CA Paris, 23 octobre 1941, *JCP* 1942, 1899, note BECQUE ; CA Riom, 5 mars 1968, *D.* 1969. somm. p. 5 ; Cass. civ. 3ème, 30 octobre 1972, *Bull. civ.*, III, n^{o} 576 ; CA Riom, 19 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 141; Cass. civ. 1ère, 20 janv. 1964, *D.* 1964. 518 ; *RTD civ.* 1965. 117, obs. R. RODIERE ; Cass. req., 28 janv. 1903, *DP* 1906, 5, 38 ; CA Chambéry, 21 juillet 1914, *Gaz. trib.* 19 janv. 1916 ; Cass. req., 10 juin 1902, *DP* 1902, 1, 454 ; Cass. req., 16 juin 1913, DP 1914, 5 ; CA Paris, 2 déc. 1871, *DP* 1873, 2, 185 ; CA Amiens, 5 févr. 1912, *DP* 1913, 2, 177 ; Cass. req., 3 août 1915, *DP* 1917, 1, 79 ; CA Pau, 30 sept. 1986, *D.* 1989. somm. 32, obs. A. ROBERT ; CA Paris, 16 janvier 1990, *D.* 1990, IR p. 49 ; Cass. civ., 3ème, 20 mars 1978, *Bull. civ.*, III, n^{o} 128.
[472] Cass. civ., 22 juin 1892, *DP* 92. 1. 449, ccl. du Procureur général RONJAT.

de ses devoirs sociaux[473]. Dans un arrêt en date du 28 avril 2010, la Cour d'appel de Paris a estimé que « le droit d'ester en justice est un droit fondamental dont l'exercice ne peut dégénérer en abus que s'il est mis en œuvre avec légèreté blâmable ou obéit à une intention malicieuse ou malveillante »[474].

214. Les principes énoncés apparaissent dans le chapeau de l'arrêt avec ou sans texte visé. En effet, l'article 1020 du code de procédure civile impose à la Cour de cassation de viser le texte sur la base duquel elle se prononce. Cette obligation peut conduire la Cour de cassation à viser fictivement un texte, le principe n'ayant peu ou pas de rapport avec ce dernier[475]. L'article 12 du code de procédure civile semble cependant nuancer la stricte application de l'article 1020. En effet, il impose aux juges de se fonder sur des règles de droit pour statuer, et ce, quelle que soit leur nature. Par conséquent, lorsque le juge se fonde sur des principes généraux, il respecte sa mission telle que définie à l'article précité.

Ainsi, la Cour de cassation sanctionnait les troubles anormaux de voisinage[476] sous le visa des articles 544 et 1382 du code civil[477]. Cependant, le rattachement de la solution à l'article 1382 était clairement fictif et souleva des contestations[478]. Ce rattachement se révéla d'autant plus surprenant que dans son rapport annuel de 1971, la Cour de cassation indiqua que la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage était une « responsabilité sans faute », consacrée par la jurisprudence « à côté de l'article 1382 du code civil » alors que l'arrêt était rendu sous le visa de ce même article. La Cour de cassation finit par abandonner purement et simplement tout visa à un quelconque article du code civil et ne mentionna plus

---

[473] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008, V° *Abus*.
[474] CA Paris, 28 avril 2010 : V. MAGNIER, « L'affaire Vivendi entre rêve américain et cauchemar », Rev. Sociétés 2010, p. 367.
[475] R. LIBCHABER, « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD Civ.* 2000, p. 199 : « la Cour procède à des visas en trompe-l'œil, qui lui permettent toutefois d'affirmer des conceptions propres sous des apparences vénérables ».
[476] J.-P. GRIDEL, « La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228.
[477] Cass. civ., 27 novembre 1844 : *DP* 1845, 1, 13 ; *S.* 1844, 1, 811 ; Cass. req., 20 février 1849 : *DP* 1849, 1, 148 ; *S.* 1849, 1, 346, 3.
[478] Cass. req. 12 août 1872 : *S.* 1872, 1, 353, note LABBEE.

que le « principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage »[479].

215. Cependant, qui dit principes généraux du droit ne dit pas pour autant arrêts de règlement. En effet, alors que ces derniers s'imposent impérativement aux juridictions qui se doivent de respecter leurs prescriptions[480], le principe général du droit fait l'objet, dans son application, de règles jurisprudentielles non obligatoires pouvant donner lieu à des revirements de jurisprudence.

Ainsi, la jurisprudence est venue modifier les conditions d'invocation du principe de l'enrichissement sans cause. Dans un arrêt en date du 23 juin 2010[481], la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence concernant ce principe et la prestation compensatoire. Alors qu'auparavant elle estimait que « si en principe, l'octroi d'une prestation compensatoire par le juge ne rend pas irrecevable l'action *de in rem verso* engagée par le bénéficiaire de cette prestation pour l'indemnisation de son appauvrissement résultant de sa participation bénévole à l'activité professionnelle de son ancien conjoint. Il en va différemment lorsqu'il ressort du jugement de divorce qu'il prend en compte cet appauvrissement en vue de l'évaluation de la prestation compensatoire »[482]. Désormais, la Cour estime qu' « ayant constaté que la demande présentée subsidiairement par M^me^ X sur le fondement de l'enrichissement sans cause tendait aux mêmes fins que sa demande de prestation compensatoire, laquelle avait été jugée irrecevable, la Cour d'appel en a justement déduit que cette demande ne pouvait prospérer dès lors que l'intéressée disposait d'une autre action qui avait été écartée ».

216. L'importance de l'impact de la jurisprudence et de ses revirements sur l'ordonnancement juridique transparaît également au travers des relations existant entre la jurisprudence et le législateur. En effet, le législateur a pleinement conscience de la valeur de cette dernière et n'hésite pas à légiférer en conséquence.

---

[479] Cass. civ. 2ème, 19 novembre 1986 : *Bull. civ.*, II, n° 172.
[480] H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958, p. 86.
[481] H. BOSSE-PLATIERE, « Enrichissement sans cause et prestation compensatoire : la fin d'une collaboration », *JCP G.* 2010, 749.
[482] Cass. civ. 1ère, 5 avril 1993, *Bull. civ.*, I, n° 139.

C) L'interaction entre la jurisprudence et la loi

217. Si le juge n'était pas une source du droit et si ses pouvoirs étaient cantonnés au litige qui lui était soumis, le législateur ne prendrait en considération les solutions jurisprudentielles qu'à titre simplement indicatif, à titre d'information, d'inspiration. Or, certaines lois ont été modifiées ou adoptées en raison de la constatation du réel pouvoir du juge[483]. En effet, les modifications apportées à l'ordonnancement juridique par la jurisprudence peuvent conduire le législateur à intervenir. Ce dernier doit désormais composer avec la Cour de cassation[484] qui dans certains cas peut lui forcer la main dans ses prises de décisions (1). Cependant, le législateur n'est pas toujours enclin à suivre les positions de la Cour suprême et peut briser une jurisprudence (2).

1) L'influence de la jurisprudence sur la loi

218. Lorsqu'un texte se révèle obsolète ou inadapté, le juge peut faire fi de ce dernier et statuer *contra legem*. La jurisprudence est alors « un aiguillon qui en appelle au législateur pour réformer le droit »[485]. Ce dernier, reconnaissant alors la justesse de la jurisprudence va la consacrer, faisant de la règle jurisprudentielle une règle légale. Bien sûr la nouvelle règle légale ne fera pas référence à la jurisprudence et apparaîtra comme le pur produit du législateur.

[483] P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 et s.
[484] V° pour la matière administrative : S. THERON, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA* 2004, p. 230.
[485] A. MAZEAUD, « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 397.

219. Un exemple permet de comprendre à quel point la Cour de cassation influe sur les décisions du législateur. Dans un arrêt en date du 17 novembre 2000[486], l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a estimé qu'un enfant, ayant subi de graves séquelles en raison d'une atteinte *in utero* par la rubéole, alors que sa mère avait été déclarée immunisée par le médecin, devait être indemnisé du préjudice qu'il avait subi résultant de son handicap au motif que la faute du professionnel de santé avait privé la parturiente de la possibilité d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. L'arrêt fit grand bruit et les levées de boucliers furent nombreuses tant du point de vue de la doctrine que des associations d'handicapés ou de médecins. En effet, désormais, le professionnel de santé, qui n'avait pas diagnostiqué une maladie entraînant un handicap pour l'enfant, se voyait condamné à indemniser ce dernier pour son handicap, indemnisation extrêmement élevée puisque des soins, des appareillages... sont nécessaires tout au long de la vie du handicapé et ce, bien que le handicap ne soit pas dû à une faute du médecin. Cet arrêt eut pour conséquence un retrait des assurances qui ne pouvaient financièrement couvrir les professionnels du milieu médical.

Le législateur est alors intervenu en opposition totale avec la position de la Cour de cassation. La loi du 4 mars 2002[487], appelée loi « anti-Perruche », dispose en son article 1er que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Cette disposition a par la suite été intégrée dans le code de l'action sociale et des familles, à l'article L. 114-4, par la loi du 11 février 2005[488].

Au travers de son arrêt, la Cour de cassation a poussé le législateur à légiférer en matière de responsabilité médicale. Cette affaire démontre à quel point le juge peut influencer le législateur. La réaction de ce dernier fut rapide en raison du risque de voir cette décision judiciaire faire jurisprudence et ainsi mettre en péril le système de soins médicaux. En effet, les professionnels du secteur n'auraient plus

---

[486] Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, *Bull. civ.*, A.P., n° 9, rapp. P. SARGOS et ccl. de J. SAINTE-ROSE, *BICC* n° 526, p. 3 et s.

[487] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4118.

[488] Article 2-II de la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JORF* du 12 février 2005, p. 2353.

voulu se prononcer de peur de voir leur responsabilité engagée : responsabilité qui désormais n'était plus couverte par les assurances.

Il est fort probable que cette position de la Cour de cassation n'aurait pas perduré si le législateur n'avait pas réagi. Cependant, face à l'incertitude du sort de cette jurisprudence naissante, une nouvelle loi a été adoptée.

220. L'évolution du droit des successions des enfants naturels est également un exemple significatif de l'influence que peut avoir la Cour de cassation sur le législateur. Alors que l'ancien article 760 du code civil prévoyait que « les enfants naturels dont le père ou la mère étaient, au temps de leur conception, engagés dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle ils auraient eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes. En pareil cas, ils ne recevront, quel que soit leur nombre, que la moitié de ce qui, en leur absence, aurait été dévolu au conjoint selon les articles précités, le calcul étant fait ligne par ligne ». La Cour de cassation, il y a encore une quinzaine d'années, appliquait à la lettre les dispositions de cet article, avec cependant, quelques réticences, comme ce fut le cas dans un arrêt de la première Chambre civile en date du 25 juin 1996[489]. Les enfants légitimes ne désirant pas en rester là, l'affaire fut portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans le cadre de son arrêt en date du 1er février 2000[490], cette dernière a estimé que la différence de traitement entre l'enfant légitime et l'enfant adultérin n'était pas justifiée en raison de l'absence « de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

Le Tribunal de grande instance de Montpellier dans un arrêt en date du 2 mai 2000, sans attendre la réaction du législateur, statua alors *contra legem* en suivant la censure de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il estima qu'en vertu de la supériorité des Conventions internationales sur la loi, cette dernière devait être écartée. Par conséquent, le Tribunal de grande instance prononça un partage égal de

[489] Cass. civ. 1ère, 25 juin 1996, *D.* 1996, p. 195.
[490] J. THIERRY, « Droits successoraux des enfants adultérins », *D.* 2000, p. 332.

la succession du défunt entre les enfants sans prendre en considération les origines de leur naissance.

Le législateur, conscient que la Cour de cassation allait statuer dans ce sens, a alors adopté la loi du 3 décembre 2001[491], modifiant le code civil, qui pose désormais que « la loi ne distingue pas entre la filiation légitime et la filiation naturelle pour déterminer les parents appelés à succéder » (article 733) et que « les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes » (article 735).

Le juge interne, ayant la possibilité d'attendre que le législateur modifie la loi comme cela se fait suite à une condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme, n'a pas réagi ainsi. Il va s'émanciper de la loi sous le couvert de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il prend les devants afin de contraindre le législateur à réagir au plus vite mais également, afin de rendre des décisions plus justes et éviter les inégalités. Il le fait d'autant plus que la position qu'il adopte est confortée par la Cour européenne. Et c'est tout l'intérêt de cet exemple. En maintenant une solution inégalitaire, la Cour de cassation a poussé les plaideurs à saisir la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette dernière ayant le pouvoir de faire plier le législateur n'a pas laissé d'autre solution à ce dernier que de modifier la loi. La Cour de cassation a su user des armes en sa possession pour faire modifier la loi.

221. La Cour de cassation peut également venir soutenir une proposition de loi, qui face aux résistances des principaux acteurs concernés, a du mal à être adoptée. Il en va ainsi du régime des accidents de la circulation. Avant 1968, le transporté bénévole pouvait poursuivre le conducteur du véhicule, en cas d'accident, uniquement sur la base de l'article 1382 du code civil. Il devait faire la preuve d'une faute du conducteur, preuve qu'il n'était pas aisé de rapporter. Son préjudice était alors rarement réparé.

---

[491] Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF* du 4 décembre 2001 p. 19279.

A partir de 1968, la Cour de cassation change d'optique et le transporté bénévole bénéficie de la présomption attachée à l'alinéa 1er de l'article 1384 du code civil, lui permettant d'être plus facilement indemnisé. Cette jurisprudence intervient suite à l'inaction du législateur en cette matière. En 1964, le Ministre de la justice, J. FOYER, crée une commission qui a pour objet de faire des propositions concernant la réforme du droit des accidents de la circulation. Cependant, ces dernières n'aboutissent pas suite aux différentes pressions des assureurs[492].

Monsieur BADINTER va renouveler l'expérience en 1981. L'année suivante, la Cour de cassation, poursuivant sa politique « indemnisatrice », opère un revirement de jurisprudence concernant l'indemnisation du piéton victime d'un accident de la circulation. On parle alors d'une provocation à la réforme. Avant l'arrêt *Desmares* du 21 juillet 1982[493], le piéton n'était pas indemnisé s'il avait commis une faute. Avec cet arrêt, sauf cas de force majeure, le piéton ne peut plus se voir opposer un comportement fautif. En 1984, dans le cadre de quatre arrêts, la Cour de cassation rend la responsabilité plus objective et élimine entièrement la notion d'imputabilité. Ainsi, « telle solution jugée bonne à un moment donné, comme l'absence d'indemnisation du transporté bénévole, sera abandonnée quand l'augmentation de la richesse, le développement de l'assurance obligatoire et l'idée d'indemnisation due à toute victime permettront de faire supporter le coup du sort au bon samaritain plutôt qu'à l'auto-stoppeur »[494].

Avec le soutien de la Cour de cassation, Monsieur BADINTER, poursuivant sa politique, va faire aboutir la réforme qui donnera naissance à la loi du 5 juillet 1985.

Le juge va par la suite venir compléter cette loi. En vertu de l'article 3 de cette dernière, la victime d'un accident de la circulation non-conductrice a droit à une indemnisation intégrale de son préjudice corporel sauf faute inexcusable. Or, la loi ne définit pas la faute inexcusable. Par conséquent, le juge va procéder à cette

---

[492] A. TUNC, « A propos de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 1992, p. 356.
[493] Cass. civ. 2ème, 21 juillet 1982, *Desmares* : J. BIGOT, « L'arrêt *Desmares* : retour au néolithique », *JCP G.* 1982, I, 3090 ; D. LANDRAUD, « A propos des revirements de jurisprudence », *JCP G.* 1982, I, 3093 ; *JCP G.* 1982, II, 19861, note F. CHABAS ; J.-L. AUBERT, « L'arrêt *Desmares* : une provocation … à quelles réformes », *D.* 1983, p. 1.
[494] C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 33, p. 15.

définition[495]. Il était nécessaire que le juge fixe la notion de faute inexcusable afin que cette dernière ne varie pas d'une Cour à une autre entraînant une inégalité de traitement entre les justiciables. La Cour de cassation ne va pas s'arrêter là puisqu'elle va également, définir le régime prévoyant l'indemnisation du conducteur[496].

222. Il serait possible mais bien inutile de multiplier à l'infini les exemples d'affaires ayant influencé le législateur dans sa prise de décision, les espèces précitées démontrant bien l'importance de la jurisprudence dans la création ou la modification de la loi. Cependant, le législateur n'est pas toujours enclin à suivre les positions de la Cour de cassation. Lorsqu'une jurisprudence voit le jour ou qu'un revirement intervient, le législateur peut ainsi être amené à légiférer afin de mettre un terme à la nouvelle position de la Cour de cassation.

2) La jurisprudence combattue par la loi

223. Lorsque le législateur est en désaccord avec une position jurisprudentielle, il peut adopter une loi allant à son encontre. Le dispositif de la décision s'appliquera aux parties en vertu de l'autorité de la chose jugée et de la théorie de la séparation des pouvoirs, mais les motifs seront privés d'efficacité par la nouvelle loi.

224. Les tentatives du législateur de contrecarrer une jurisprudence ne sont cependant pas toujours fructueuses. Il en fut ainsi concernant les contrôles d'identité. L'article 78-2 du code de procédure pénale relatif aux contrôles d'identité destinés à prévenir les atteintes à l'ordre public avait fait l'objet, par la Cour de cassation, d'une jurisprudence limitative et protectrice des libertés individuelles dans un arrêt du 10

[495] Cass. civ. 2ème, 20 juillet 1987 (10 arrêts), *Bull. civ.*, II, 1987, n° 160 et s.
[496] Cass. civ. 2ème, 14 janvier 1987, *JCP G.* 1987, II, 20768, note F. CHABAS.

novembre 1992[497]. La Haute juridiction avait considéré que les contrôles d'identité effectués au titre de la police administrative, pour prévenir des risques d'atteinte à l'ordre public, n'étaient justifiés que lorsqu'une telle atteinte était « directement rattachable au comportement de la personne » contrôlée. Cette interprétation fut considérée comme entravant l'action de la police en rendant presque impossible de véritables contrôles d'identités préventifs. Cette jurisprudence fit ainsi, l'objet d'un amendement qui complétait l'article 78-2 du code de procédure pénale en ajoutant que pouvait être contrôlée l'identité de toute personne « quel que soit son comportement ». Par conséquent, la condamnation de la jurisprudence de la Cour de cassation était ici très claire. Examiné par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 août 1993 rendue sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité[498], cet amendement fut neutralisé au motif que **«** s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ». Il reconnaît également la constitutionnalité de l'interprétation de la Cour de cassation au motif « qu'il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité ; qu'à cette fin il lui appartient d'apprécier, s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées».

Lorsqu'une loi ou un amendement est proposé suite à une jurisprudence de la Cour de cassation, cette proposition va pouvoir faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Ce contrôle va permettre au Conseil constitutionnel de confirmer ou d'infirmer indirectement la solution dégagée par la Cour de cassation car il lui est nécessaire d'apprécier la proposition législative au regard des solutions déjà existantes. Le Conseil constitutionnel va donc opérer un contrôle indirect de la jurisprudence de la Cour de cassation et censurer cette dernière s'il l'estime contraire à la constitution.

---

[497] Cass. crim., 10 novembre 1992, *Bull. crim.*, n° 370.
[498] Cons. const., décision n° 93-323 DC du 05 août 1993, *Rec.* 123.

225. La possibilité offerte au législateur de voter une loi ou un amendement visant à anéantir une jurisprudence de la Cour de cassation, découle de l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs. En effet, le pouvoir législatif pose les règles d'ordre général et le pouvoir judiciaire les applique. Dans le cadre de cette opération peut naître une norme jurisprudentielle. Lorsque cette dernière déplait au législateur, il a la possibilité, pour la neutraliser, de voter une loi qui ira à son encontre. Il n'y a pas méconnaissance de la théorie de la séparation des pouvoirs puisque cette dernière interdit seulement au pouvoir législatif de remettre en cause le dispositif d'une décision, il ne l'empêche par de légiférer contre les motifs d'une décision, dans le respect de la Constitution.

226. Le législateur a également la possibilité de recourir aux lois interprétatives. Une loi interprétative est celle « qui tend, de la part de l'auteur d'un acte, à clarifier celui-ci par un éclaircissement destiné à s'incorporer à l'acte interprété »[499]. Il s'agit d'une loi purement explicative, interprétative de la volonté du législateur, précisant le sens et la portée d'une loi précédente. La loi interprétative est rétroactive puisqu'elle s'incorpore à la loi qu'elle vient préciser et de ce fait, est réputée exister depuis l'adoption de cette dernière. Elle vient préciser quelle aurait dû être l'interprétation du texte dès son entrée en vigueur[500]. « Les lois interprétatives sont souvent des machines de guerre dirigées contre les Cours suprêmes, remettant en cause la chose jugée lorsque les délais de pourvoi en cassation ne sont pas expirés »[501]. En effet, ce ne sera plus l'interprétation du juge qui prévaudra mais celle qu'en donne le législateur : l'interprétation du législateur est substituée à celle du juge.

---

[499] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008, V° *Interprétatif, ive*.
[500] C. LEMIEUX, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », *R.D.U.S.* n° 29, 1998-99, p. 236 et s.
[501] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 243.

227. Les lois de validation sont également perçues comme un « pied de nez au pouvoir judiciaire »[502]. Il y a validation législative lorsque le législateur intervient, par le biais d'une loi « destinée, à titre rétroactif ou préventif, à valider de manière expresse, indirecte ou même implicite, un acte (…) annulé ou susceptible de l'être »[503].

Ainsi, le législateur a-t-il validé au regard de l'article L. 312-8 du code de la consommation issu de la loi SCRIVENER du 13 juillet 1979, les pratiques bancaires qui étaient susceptibles d'être sanctionnées, compte tenu d'une jurisprudence de la Cour de cassation des 16 mars[504] et 20 juillet 1994[505]. Cette jurisprudence avait conduit à l'annulation de certains prêts au motif que leur échéancier ne contenait pas tous les éléments d'information qui devaient être indiqués. Pour éviter un important contentieux mettant en danger l'équilibre financier du système bancaire, le législateur a donc validé les contrats de prêts qui n'avaient par encore fait l'objet d'une décision judiciaire mais qui seraient certainement sanctionnés par le juge. Si, d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel « il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence, ces principes ne s'opposent pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie, dans un but d'intérêt général, les règles que le juge a mission d'appliquer dès lors qu'il ne méconnaît pas des principes ou des droits de valeur constitutionnelle »[506]. En l'espèce, le Conseil constitutionnel décida que la loi de validation était conforme à la Constitution[507].

---

[502] R. PERROT, « Loi de validation et loi rétroactive : leur incidence sur un procès en cours », *RTD Civ.* 2000, p. 630.
[503] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008, V° *Validation*.
[504] Cass. civ. 1ère, 16 mars 1994, *Bull. civ.*, I, n° 100.
[505] Cass. civ. 1ère, 20 juillet 1994, *Bull. civ.*, I, n° 262.
[506] Cons. const., décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *JORF* du 13 avril 1996, p. 5730.
[507] N. MOLFESSIS, « La sécurité juridique et la fonction normative de la loi », *RTD Civ.* 2000, p. 670 et s.

228. Cependant, le juge n'est pas totalement démuni face au législateur[508] adoptant une loi interprétative ou une loi de validation. En effet, ayant la possibilité d'apprécier le caractère des lois en vertu des textes internationaux, le juge peut invoquer la Convention européenne des droits de l'Homme pour écarter l'application d'une loi[509].

Il en a été ainsi dans le cadre d'une décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, en date du 23 janvier 2004[510], concernant une loi interprétative[511]. Auparavant, la Haute juridiction, pour apprécier si une loi était réellement interprétative, estimait « qu'une loi ne (pouvait) être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se (bornait) à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses »[512]. C'est ainsi que la loi interprétative du 11 décembre 2001[513] avait été appliquée aux espèces en cours concernant la révision des loyers commerciaux[514]. Cependant, depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière, « si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable, consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des

---

[508] B. MATHIEU, « Remarques sur un conflit de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique », *RFDA* 2003, p. 470 et s ; S. PARICARD-PIOUX, « Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce... et ne convainc pas », *D.* 2003, p. 1648.

[509] CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski c/ France*, *D.* 2000, p. 184, obs. N. FRICERO; CEDH, 14 décembre 1999, *Antonakopoulos c/ France,* requête n° 37098/97 ; CEDH, 28 mars 2000, *Dimitrios Georgiadis c/ Grèce*, requête n° 41209/98.

[510] Cass. Ass. plén., 23 janvier 2004 : G. CANIVET, « L'apport de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme à la théorie des conflits d'application de la loi dans le temps. A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004 », *BICC* 2004, p. 290 et s. ; P.-Y. GAUTIER, « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le Bicentenaire du code civil », *D.* 2004, p. 1108 et obs. L. ROZES, p. 1090 ; B. MATHIEU, « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot », *RFDA* 2004, p. 224.

[511] Pour la même solution concernant une loi de validation : Cass. Ass. plén., 24 janvier 2003, *Bull. civ.*, A.P. n° 2.

[512] Cass. soc., 19 juin 1963, *Bull. civ.*, IV, n° 765 ; Cass. soc., 14 juin 1989, *Bull. civ.*, V, n° 442.

[513] Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JORF* du 12 décembre 2001, p. 19703.

[514] Cass. civ. 3ème, 27 février 2002 : N. MOLFESSIS, « La notion de loi interprétative », *RTD Civ.* 2002, p. 595 ; J. MESTRE, « Les effets du contrat demeurent-ils sous l'emprise de la loi ancienne ou sont-ils régis par la loi nouvelle? », *RTD Civ.* 2002, p. 507 ; J. MONERGER, « La saga de la révision du loyer commercial : suite et fin », *RTD Civ.* 2002, p. 269 ; P.-Y. GAUTIER, « Vers un bouleversement radical des sources du droit, ou comment loi et Cour de cassation se voient conjointement désavouées par le juge du fond au sujet de la révision du loyer commercial », *D.* 2003, p. 720.

droits de l'Homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ; que, pour refuser d'appliquer des dispositions interprétatives issues de l'article 26 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, la Cour d'appel a considéré que l'atteinte portée par la loi au principe d'équité indispensable au bon déroulement des procès n'était pas justifiée par des motifs impérieux d'intérêt général, la loi du 11 décembre 2001, votée à l'instigation des bailleurs et n'ayant d'autre objet que de mettre fin à une jurisprudence qui leur déplaisait, ne répondait à aucun motif d'intérêt général ; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'absence d'impérieux motifs d'intérêt général, la Cour d'appel a à tout le moins privé sa décision de base légale au regard de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ensemble l'article 2 du Code civil »[515].

La Cour de cassation opère ainsi un revirement de jurisprudence lui permettant d'apprécier le caractère réellement interprétatif ou non d'une loi, sous l'éclairage de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle se réserve donc la possibilité de l'écarter en cas d'absence de « motif d'intérêt général ».

229. Le fait que la jurisprudence soit aujourd'hui considérée comme une source du droit ne doit pas permettre d'en déduire que les arrêts de règlement font un retour sur le devant de la scène. En effet, ces derniers sont toujours prohibés en vertu de l'article 5 du code civil et l'existence des revirements de jurisprudence le démontre.

[515] P. THERY, « Le droit à une législation figée? », *RTD Civ.* 2004, p. 341 ; J. RAYNARD, « 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 ; P. DEUMIER, « Rétroactivité des lois et droits fondamentaux : un nouvel épisode », *RTD Civ.* 2004, p. 598 et du même auteur, p. 603, « Lois interprétatives : d'une scission à l'autre ».

§2) Les précédents judiciaires et les revirements de jurisprudence

230. Sous l'Ancien Régime, l'arrêt de règlement, ou arrêt général, est une décision rendue par un Parlement ou une Cour Souveraine (Cour des Comptes, Cour des Aides, Cour des Monnaies) en des formes solennelles, créant une disposition générale et obligatoire dans l'étendue du ressort du Parlement ou de la Cour Souveraine. Les arrêts de règlement portent sur des points de droit non traités en raison des lacunes de la loi ou de la coutume mais également en raison de l'apparition de nouveaux besoins sociaux. Ils peuvent être rendus selon deux procédures distinctes. Soit ils résultent d'une décision juridictionnelle qui a pour but de trancher un litige et qui en raison de son intérêt juridique est publiée afin de servir de règlement (arrêts rendus *inter partes*), soit ils interviennent en dehors de tout litige (rendus *proprio motu*), à la demande de diverses autorités (évêques, seigneurs, agents du roi, corporations...).

231. Comme son nom l'indique, l'arrêt de règlement a pour but de servir de règle de base aux litiges futurs : il régit les situations analogues à venir. Il se distingue principalement des autres arrêts[516] par le fait qu'il est publié[517] afin d'être notifié aux juridictions inférieures et au peuple. Ces arrêts sont assez fréquents. Ainsi, le Parlement de Besançon, sous Louis XIV, en a rendu près de soixante-dix et sous Louis XV et Louis XVI une centaine. Le Parlement le plus influent est le Parlement de Paris dont certaines décisions ont posé des principes juridiques subsistant encore aujourd'hui[518].

---

[516] Sa forme est différente d'un arrêt ordinaire puisqu'il est rendu par la Cour ou le Parlement, toutes chambres réunies et ce, le plus souvent à l'approche des grandes fêtes.
[517] Publication au Parlement et affichage dans les villes du ressort de ce dernier.
[518] Ainsi, en date du 12 avril 1551, le Parlement de Paris, sur les conseils de DUMOULIN, admet la règle selon laquelle la révocation de donations entre vifs peut intervenir en cas de naissance d'un enfant. On retrouve aujourd'hui cette règle de droit à l'article 960 du code civil : J. IMBERT, *Histoire du droit privé, Que sais-je*, PUF, 1950, p. 75.

232. L'arrêt de règlement est impératif, il oblige les Chambres du Parlement et les Tribunaux du ressort de ce dernier[519]. Il peut s'adresser directement[520] ou indirectement[521] aux individus permettant ainsi aux Parlements de poser des règles librement mais également de s'y conformer pour trancher les litiges à venir.

233. Aujourd'hui, il n'est plus possible pour les juridictions judiciaires de rendre des arrêts de règlement. Toutefois, il est possible à la Cour de cassation de modifier une règle jurisprudentielle par le biais d'un revirement de jurisprudence. Ainsi, les systèmes juridiques de *common law*[522] dont l'histoire a conféré au juge une place centrale dans l'ordre juridique[523] (A) se démarquent de notre système d'origine romano-germanique (B) en ce qu'ils fondent leur ordre juridique, en partie, sur les précédents.

---

[519] Cependant, il n'existe pas de sanction à sa transgression.

[520] Lorsqu'il régit une question ayant trait directement à une catégorie de personnes : marchands...

[521] Quand il règle une question de compétence ou de procédure.

[522] B. MARKESINIS, « Occasions manquées et naissantes pour une convergence méthodologique entre le droit français et le droit anglais », *RTD Civ.* 2005, p. 47.

[523] A l'origine, le droit anglais est coutumier. Au XIème siècle, GUILLAUME envahit l'Angleterre. Face à la grande disparité des coutumes, il va mettre en place les Cours royales de Westminster qui ne sont compétentes que pour les litiges relevant du droit public, c'est-à-dire lorsque les intérêts de la Couronne sont en cause. Les Cours royales appliqueront une loi commune (*common law*). Peu à peu les Cours royales vont s'ouvrir aux litiges privés et vont ainsi devenir juges du droit commun. Les coutumes vont être remplacées par un droit jurisprudentiel. Afin d'éviter les divergences jurisprudentielles qui retarderaient la création d'un droit général, la règle du précédent est mise en place : la solution dégagée par une Cour s'impose aux autres Cours. Pour justifier ce pouvoir exorbitant accordé aux juridictions, les juristes vont faire appel à une fiction selon laquelle le juge ne crée pas une nouvelle règle de droit mais révèle une coutume sensée exister. En réalité, les Cours imposaient leurs propres règles en vertu de coutumes pour la plupart imaginaires. C'est ainsi qu'est né le droit jurisprudentiel dur qui se transmettra aux Etats-Unis lors des différentes conquêtes ; P. JESTAZ, *Les sources du droit,* Connaissance du droit, Dalloz, 2005, p. 55 et s.

A) La consécration des arrêts de règlement dans les systèmes de *common law*

234. En Angleterre, les solutions dégagées par le juge et posant une règle de droit ont valeur de précédent[524]. C'est la règle du *stare decisis*[525].

Les juges ont l'obligation, dans des affaires identiques, de suivre le précédent, c'est-à-dire d'appliquer la règle de droit telle que dégagée lors de l'affaire ayant donné lieu à sa création. L'institution du précédent vise à sécuriser le droit et ce, afin d'éviter la prolifération de règles jurisprudentielles disparates entraînant ainsi une inégalité de traitement[526]. Le juge, bien que source du droit, ne peut le modifier à sa guise et doit se conformer aux précédents pour juger : « c'est une règle établie de se conformer aux précédents quand des points déjà jugés reviennent devant les juges. Il faut en effet, que la balance de la justice soit fermement tenue et stable, et non pas sujette à variations avec l'opinion de chaque nouveau juge ; (…) il n'est du pouvoir d'aucun juge d'altérer ou de modifier la *common law* conformément à son jugement personnel, mais conformément aux lois et coutumes du pays qui sont connues »[527]. Ainsi, en 1898, la chambre de Lords a déclaré qu'elle se considérait liée par ses décisions[528]. Par la suite ce principe a été nuancé. Les décisions rendues par la Chambre des Lords constituent des précédents obligatoires qui doivent être suivis par l'ensemble des juridictions sauf exceptionnellement par la Chambre des Lords elle-

---

[524] L'organisation judiciaire de la c*ommon Law* se divise en deux catégories de Cours : les Cours supérieures qui tranchent les litiges et dont les solutions peuvent donner naissance à des précédents et les Cours inférieures qui se bornent à trancher les litiges.

[525] *Stare decisis e qieta non movere* (s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas modifier ce qui existe) ; Pour une analyse de la règle *stare decisis*, V° E. ZOLLER, « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps. Deux points de vue », *Droits*, n° 30, 2000, p. 97 et s.

[526] Selon la Déclaration de la chambre des Lords en 1966, 3 All ER 77, trad. A. GUINCHARD : « leurs Seigneuries regardent l'usage du précédent comme un indispensable fondement sur lequel décider ce que le droit est et son application dans les affaires individuelles. Il offre au moins (*at least*) un certain degré de certitude (*certainty*) sur lequel les individus peuvent compter pour la conduite de leurs affaires, ainsi qu'une base pour un développement ordonné des règles juridiques ».

[527] BLAKSTONE, *Commentaires*, XVIII[e] siècle, trad. P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 2[ème] éd., 1996-2001, p. 106.

[528] Chambre des Lords, 25 avril I898, *The London Street Tramways Co. Ltd. c/ The London County Council*, The Law Reports, Appeal Cases, 1898, p. 375.

même : le *Practice Statement* de 1966[529] va permettre les revirements jurisprudentiels afin d'éviter que les juges déforment le sens du précédent entraînant une décision absurde. La Chambre des Lords peut ainsi opérer un revirement de jurisprudence lorsqu' « il apparaît juste de le faire » en vue d'éviter « l'injustice » ou « des restrictions trop importantes au juste développement du droit ». Par conséquent, « la Chambre peut éventuellement écarter un précédent quand (les Lords) considèrent qu'une décision antérieure a été influencée par l'existence de conditions qui ne prévalent plus, et que le droit doit être différent eu égard à ces nouvelles conditions »[530].

235. Aux Etats-Unis, le système juridique est également un système de *common law* mais qui a évolué différemment par rapport au système anglais[531]. En effet, même si le juge est source du droit, la Cour suprême des Etats-Unis et les Cours suprêmes des différents Etats ne sont pas tenues de suivre leurs précédents : les revirements de jurisprudence sont donc possibles. Les Etats étant souverains, la règle du *stare decisis* ne joue qu'à l'intérieur d'une hiérarchie juridictionnelle d'un Etat. Les revirements de jurisprudence ne sont pas rares en raison de l'interprétation souple de la Constitution par la Cour suprême des Etats-Unis adaptant le texte aux évolutions de la société. Cependant, le revirement de jurisprudence n'est accepté que dans des cas bien précis, la Cour suprême ayant une volonté de préserver les relations juridiques existantes. Ce dernier est donc possible lorsque le précédent n'est plus adapté. Il faut cependant, dans un système comme la *common law* où la légitimité du juge dépend de la cohérence et de la continuité de sa jurisprudence, une bonne raison, une « justification spéciale »[532]. Tel est le cas lorsqu'il y a changement ultérieur de circonstances (*subsequent changes*), développement du droit (*development of law*) ou que les précédents sont inapplicables (*unworkable*) ou mal fondés (*badly reasoned*).

---

[529] J. FLAUSS-DIEM, *Le Practice Statement de 1966 et la règle du précédent à la House of Lords*, Justices, 1997, p. 356.
[530] Note explicative du *Practice Statement* et communiqué de presse, 1966, trad. A. GUINCHARD.
[531] Les Etats-Unis sont une nation jeune, influencée par le droit anglais, mais ce dernier ne correspondant pas aux exigences de commerce et de justice et a dû être adapté, assoupli afin de correspondre aux aspirations américaines.
[532] Cour suprême de Etats-Unis, 29 mai 1984, *Arizona v. Rumsey*, 467 US 203, 212 (1984).

236. En France, la situation est toute autre. Néanmoins, on assiste aujourd'hui à un alignement des systèmes de *common law* et des systèmes où prédomine la loi avec une part de plus en plus importante de la loi dans le premier et de la jurisprudence dans le second.

B) L'inexistence des précédents judiciaires en droit interne

237. Dans notre système juridique, les décisions judiciaires n'ont pas valeur de précédent. « A la différence du précédent anglo-saxon ou le *stare decisis* s'impose juridiquement, le précédent français n'a pour lui que l'autorité morale et la commodité psychologique »[533]. Le juge n'a ainsi pas l'obligation, dans une affaire similaire à ce qui a été précédemment jugé, de suivre la solution dégagée à cette occasion et peut opérer un revirement de jurisprudence.

238. L'interdiction des précédents semble renforcée par le principe de l'autorité de la chose jugée, plus précisément par l'effet relatif de cette dernière. L'article 1351 du code civil pose que « 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 »[534]. Avec cette autorité, une présomption[535] de vérité[536] s'attache à la décision judiciaire. En effet, le juge ayant dit le droit, il est nécessaire que la décision s'intègre dans l'ordonnancement juridique et de ce fait, soit revêtue d'une certitude l'empêchant d'être remise en cause : c'est l'autorité de la chose jugée.

---

[533] B. STARCK, *Introduction au droit*, Litec, 3ème éd., 1991, p. 341.
[534] V° pour une proposition de modification de l'article 1351 du code civil : L. CADIET, « Autorité de chose jugée : de la jurisprudence vers les codes », *JCP G*. 2007, Numéro historique-Hors série / Cahier n° 2, p. 17.
[535] V° article 1350 du code civil.
[536] Et également une présomption de régularité.

La dimension relative de l'autorité de la chose jugée[537] permet d'appréhender l'impact de la décision judiciaire. Bien que cette dernière ait force de vérité légale, cette force est contenue. En effet, les tiers ne sont pas tenus par la décision puisque seules les parties doivent s'y soumettre : que ce soit la règle posée par le juge ou les droits découlant de cette dernière, ils ne peuvent concerner que les parties. Cependant, produisant des effets dans l'ordonnancement juridique, la décision judiciaire va quand même être opposable aux tiers qui ne pourront agir comme si elle n'existait pas. Les tiers ont ainsi la possibilité d'ester en justice par le biais de la tierce opposition si la décision judiciaire leur cause un quelconque préjudice[538]. Ainsi, si A est déclaré propriétaire du bien que B revendique, B ne pourra plus agir en justice pour revendiquer la propriété du bien contre A et ce, à partir du moment où la décision deviendra définitive. Cependant, C a toujours la possibilité de revendiquer le bien car la décision de justice n'a fait que constater que vis-à-vis de B, A est propriétaire et ce, irréfragablement. L'effet de la décision est donc relatif et la solution donnée n'aura de valeur que pour l'espèce à propos de laquelle elle a été rendue.

239. Il faut cependant faire une distinction entre les motifs et le dispositif de la décision judiciaire. En effet, l'autorité relative de la chose jugée ne va pas produire des effets identiques sur l'ensemble du contenu de la décision : seul le dispositif est revêtu de l'autorité relative de la chose jugée[539]. Ainsi, comme l'a affirmé la Cour de cassation, « l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif »[540]. Donc, « les décisions concrètes par

---

[537] Article 480 CPC. Il est à noter que dans certains cas, une décision judiciaire peut être revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée quand la juridiction judiciaire est juge de l'excès de pouvoir à l'égard de certaines normes à valeur réglementaire. Par exemple, concernant le contentieux intervenu au sujet du règlement intérieur de barreaux : Cass. civ. 1ère, 26 novembre 2002, *Bull. civ.*, I, n° 283.

[538] Article 586 CPC.

[539] Cass. req., 28 juin 1869 ; *DP* 1871. 1. 223 ; Cass. civ., 24 mai 1949, *D.* 1949, p. 329 ; Cass. civ. 2ème, 5 avril 1991, *Bull. civ.*, II, n° 109. Cependant, l'article 480 du code de procédure civile, n'interdit pas d'éclairer la portée du dispositif par les motifs de la décision : Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1982, *Bull. civ.*, I, n° 256. Les motifs décisoires et les motifs décisifs sont dépourvus de l'autorité de la chose jugée : Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1998, *Bull. civ.*, I, n° 284 ; Cass. civ. 2ème, 10 juillet 2003, *Bull. civ.*, II, n°238 ; Cass. civ. 1ère, 13 décembre 2005, *Bull. civ.*, I, n° 490.

[540] Cass. Ass. plén., 13 mars 2009, *D.* 2009, p. 879, *RTD Civ.* 2009, p. 366 ; *D.* 2010 pan. 169, obs. N. FRICERO ; *Bull. civ.*, A.P., 15 février 2008, Communication, p. 8 et s.

lesquelles le jugement a tranché le litige et fixé les droits des parties » sont revêtues de l'autorité relative de la chose jugée, à la différence des « propositions de droit sur lesquelles il se repose ou qui s'en dégagent »[541].

De plus, si l'on reprend l'exemple du système de *common law*, l'autorité relative de la chose jugée n'a jamais empêché l'apparition des précédents.

240. Aujourd'hui, le fait pour les juges, que ce soit du fond ou de la Cour de cassation, de reprendre les solutions dégagées précédemment presque mot pour mot pourrait laisser penser au retour des précédents en droit privé. En effet, « l'habitude de juger une question considérée est toujours un précédent et induit nécessairement une norme qui se dégage spontanément de la régularité de la pratique judiciaire ». Mais s'agit-il du même type de précédent que sous l'Ancien régime ou que dans le système de *common law* ? La réponse est négative. En effet, aujourd'hui les précédents sont vus comme des solutions qui se dégagent de la pratique judiciaire et qui vont servir de base de référence pour les décisions judiciaires ultérieures, la principale distinction étant qu'ils ne sont pas obligatoires. Cependant, en France, le terme de précédent n'est pas utilisé. Il lui est substitué celui de jurisprudence[542].

241. Notre précédent n'est cependant pas très différent de celui du système de *common law* en raison de la pratique du *distinguishing* dans ce système. Ce dernier consiste à déguiser un revirement en un affinement d'une jurisprudence déjà existante. Le juge va dégager une raison satisfaisante lui permettant d'écarter le précédent. Par conséquent, le précédent en *common law* n'est pas une solution incontournable dont l'application est strictement obligatoire : il peut faire l'objet de modulations. La nouvelle solution apparaît alors comme un prolongement de la solution déjà existante avec des nuances ce qui aura pour conséquence de faire naître une nouvelle règle de droit. Comme la Chambre des Lords se prononce ainsi sur une question qui n'a jamais été tranchée, il n'y a pas revirement de jurisprudence bien qu'il y ait modification du précédent.

---

[541] H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958, p. 87.
[542] N. MOLFESSIS, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD Civ.* 2003, p. 567.

Cependant, cette technique s'avère assez rigide et l'avantage du système français est de permettre au droit d'évoluer plus facilement.

242. L'existence de la jurisprudence découle de l'obligation qu'ont les juges de motiver leurs décisions. Ces dernières se divisent en deux parties distinctes : le dispositif qui donne la solution du litige et les motifs qui contiennent la règle en vertu de laquelle la décision finale a été rendue. Le dispositif contient alors la norme individuelle et les motifs rédigés sous la forme « d'attendu » ou de « considérant » résument les constatations de fait et le raisonnement juridique[543]. Cette distinction des composantes de la décision judiciaire est primordiale pour bien appréhender le pouvoir normatif du juge. En effet, si l'étude des motifs permet à la Cour de cassation de contrôler les juges du fond dans leur réflexion, elle permet également de comprendre la logique du juge de cassation et par conséquent, de dégager un classement des décisions judiciaires similaires. La motivation permet la comparaison des espèces et donc la constitution de la jurisprudence mais également la compréhension des revirements de jurisprudence.

243. Les motifs ont une importance capitale pour la Cour de cassation[544]. En effet, cette dernière s'y attache plus qu'au dispositif, ce dernier étant souvent réduit à une simple phrase indiquant le rejet ou la cassation[545]. Cela tient à la fonction uniformisatrice de la Cour de cassation. La Haute juridiction apporte un soin tout particulier à la formulation de ses motifs, consciente que ces derniers seront étudiés dans le but que soit bien appréhendée la solution qu'elle aura dégagée. Par conséquent, la solution n'intéresse pas les parties seules mais tous ceux qui se trouveront dans une situation analogue. Bien appréhender la solution dégagée par la Cour de cassation doit permettre aux justiciables d'adapter leur conduite, même si la jurisprudence n'est pas à l'abri d'un revirement.

---

[543] G. MARTY, P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit. Droit civil*, Sirey, 2ème éd., 1972, t. 1, p. 212 ; P. MIMIN, *Le style des jugements*, Librairies techniques, Libraire de la Cour de cassation, 1962, p. 337 et s. et 376 et s.
[544] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 198 et s.
[545] P. MIMIN, *op. cit*, p. 225 et s.

244. L'obligation de motivation a également pour conséquence une uniformisation des motifs, un lissage de ces derniers. Les motifs permettent de guider l'interprète et introduisent une certaine continuité dans son jugement[546]. En effet, lorsque que les causes sont identiques (faits équivalents et règle de droit identique), les motivations sont reprises par les juges, ce qui entraîne une identité des termes des décisions[547]. Le juge reprend les solutions jurisprudentielles dégagées précédemment car il va se trouver convaincu par leur raisonnement, par leur justesse. Plus un raisonnement est certain, plus il convainc. C'est pour cette raison que les motifs doivent être assez explicites pour emporter l'adhésion des juges. Par conséquent, « l'ascendant qu'exerce la Cour de cassation sur les juges du fond est bien de l'ordre de la conviction »[548] plus que de l'ordre de la contrainte. Il en est de même pour les juges de la Cour de cassation qui prennent en considération la jurisprudence existante. C'est pour cette raison que le Conseiller rapporteur lorsqu'il est chargé d'une affaire, va rechercher les « précédents »[549].

245. A cela s'ajoute l'influence de l'exemple[550], le juge étant enclin à suivre une décision émanant de la Cour de cassation, de surcroît lorsqu'elle « a fait ses preuves » en étant réitérée[551]. Le juge constate si les faits entrent dans les énoncés abstraits dégagés par la pratique antérieure et si la solution est pertinente[552]. Si c'est le

---

[546] L. HUSSON, « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *RTD Civ.* 1976, p. 434.
[547] T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, p. 93.
[548] C. ATIAS, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 77.
[549] P. CAPOULADE, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 218 et s. : il va également étudier la doctrine en la matière, d'où le rôle primordial de guide de cette dernière, ainsi que les notes d'autres Conseillers rapporteurs dans des affaires délicates similaires, permettant que soit maintenue la « mémoire de la chambre » en cas de changement dans la composition des Chambres.
[550] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5ème éd., 2000, p. 331 : « c'est là une donnée psychologique constante qui tend à placer le juge sous la loi de l'imitation, que favorise le sentiment d'une continuité nécessaire du droit. Sans abdiquer son indépendance qui lui permet de décider autrement, le magistrat, dont le tempérament est conservateur, ressent le besoin de limiter le changement aux seuls cas qui forceraient sa conviction. ».
[551] J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, *Etudes offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 42.
[552] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 160 et s.

cas, il reprendra la solution antérieurement posée. La jurisprudence facilite ainsi l'élaboration des décisions.

246. Le recours « aux précédents » tient également au fait que le juge est conscient du besoin de sécurité juridique ressenti par les justiciables. Il ne va donc opérer un revirement de jurisprudence que lorsque ce dernier s'impose et que l'application de la règle jurisprudentielle telle que posée, aboutirait à une décision injuste. Le juge fait ainsi plus que préciser l'interprétation de la loi applicable au litige qui lui est soumis : il oriente les décisions futures. La jurisprudence peut alors être considérée comme la manifestation la plus large du pouvoir judiciaire.

247. **Bilan du chapitre 1** : Dans le cadre de la conception classique de la mission du juge, la jurisprudence ne revêt pas une réelle importance. Elle représente un ensemble de décisions allant dans le même sens, sans aucune portée normative. Par conséquent, le revirement de jurisprudence ne va engendrer des effets que dans le cadre du litige à son origine.

248. L'analyse contemporaine de la mission du juge modifie cependant cette conception du revirement de jurisprudence. Désormais, le juge interprète la loi extensivement. Dans le cadre de cette interprétation, lorsque les textes s'avèrent imparfaits, le juge va y remédier soit en précisant les conditions d'application de la loi lorsque cette dernière est obscure soit en créant une nouvelle règle de droit lorsqu'elle est lacunaire. Les textes qui, classiquement, s'y opposaient, confortent aujourd'hui cette analyse.

249. Il en résulte que la jurisprudence peut être considérée comme une source du droit, puisqu'elle est désormais regardée comme un processus créateur du droit. Par conséquent, lorsque le revirement intervient, il vient modifier la jurisprudence applicable. Il en résulte une nouvelle règle jurisprudentielle qui sera reprise par le juge dans le cadre de litiges subséquents similaires.

Chapitre 2 : Les revirements de jurisprudence : source du droit

250. La jurisprudence est à distinguer de la norme jurisprudentielle. En effet, cette dernière en est le produit. L'étude de la genèse d'une norme jurisprudentielle permet de comprendre la différence qui existe entre la loi et la jurisprudence. La technique de création de la règle jurisprudentielle est foncièrement différente de celle de la norme législative. Alors que le législateur crée directement une norme générale sans prendre en considération des faits particuliers, le juge, lui, crée la règle jurisprudentielle à partir de faits spécifiques : il part du particulier pour aller vers le général. Par conséquent, sans décision judiciaire, sans litige à trancher, le juge ne peut créer du droit : « la règle posée par le juge ne fait que relier les faits à la solution. Elle n'est pas l'élément central et nécessaire de la décision »[553]. Toutefois, une nuance doit être apportée au point de vue du Professeur HERON. La règle posée par le juge est bien l'élément central de la décision car sans cette dernière, il ne peut y avoir de décision, mais sa spécificité résulte du fait qu'elle ne peut voir le jour sans l'existence de faits particuliers.

251. Si l'on compare la règle jurisprudentielle à la règle de droit on constate qu'elles partagent les mêmes critères (Section 1) si ce n'est celui de l'obligatoriété. Cependant, aujourd'hui ce critère répond plus à une conception classique de la règle de droit qu'à une conception contemporaine dans laquelle l'obligatoriété a laissé la place au concept de force normative : « le caractère « obligatoire », déjà très inadapté pour qualifier la règle de droit, (…), semble résolument inapte à évaluer le pouvoir créateur du juge »[554] (Section 2).

---

[553] J. HERON, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ* 1993-4, p. 1083.
[554] P. DEUMIER, « Evolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD Civ.* 2007, p. 76.

Section 1 : Les critères de la règle jurisprudentielle

252. Dans le cadre de sa mission, le juge de cassation doit interpréter la loi tout en permettant son application uniforme. Pour cela, il est nécessaire que se dégage de la décision judiciaire une règle jurisprudentielle permettant aux juridictions du fond de se l'approprier afin de l'appliquer aux litiges similaires.

253. Il est donc nécessaire que la règle jurisprudentielle prescrive un comportement à suivre (§ 1), qu'elle soit générale (§ 2) et qu'elle soit sanctionnable (§ 3).

§1) Une norme de commandement

254. L'Etat intervient dans le domaine de la sphère individuelle afin de permettre la vie en société. La norme juridique prescrit toujours des modèles comportementaux[555] que ce soit des modèles régissant les rapports entre individus[556], des modèles de qualification d'un sujet de droit[557], des modèles de situations de fait[558]… Ainsi, la norme juridique sert de « référence pour l'organisation des rapports sociaux »[559].

255. Selon GENY, les normes sont des « règles de conduite sociale » excluant par essence « l'anarchie contraire aux aspirations et nécessités de notre nature »[560].

---

[555] V° pour une position contraire A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199 et s.
[556] Par exemple, l'article 1382 du c. civ. qui prescrit que lorsque l'on cause un dommage à autrui, on doit le réparer.
[557] Par exemple, la majorité à 18 ans.
[558] Par exemple, selon l'article 2279 du code civil, en fait de meubles, la possession vaut titre.
[559] C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 200.
[560] F. GENY, « La notion de Droit en France », *APDSJ*, 1931, p. 16.

Pour KELSEN, « lorsque nous comparons les uns avec les autres les objets qui sont qualifiés de droit chez les peuples les plus différents et aux époques les plus éloignées, il apparaît d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de la conduite humaine ». Ainsi « le mot norme exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un Homme doit se conduire d'une certaine façon. Telle est la signification que possèdent certains actes humains qui, selon l'intention de leurs auteurs, visent à provoquer la conduite d'autrui »[561]. Pour le Professeur AMSELEK, l'édiction d'une norme est un « acte par lequel le commandement vise à contrôler la conduite effective des destinataires, à obtenir qu'elle ne s'écarte pas de la marge de manœuvre que leur indique la norme qui leur est donnée »[562]. Ainsi, les règles de droit sont des « instruments de direction ou de guidage des conduites humaines (…), (qui) donnent aux intéressés auxquels elles sont adressées, la mesure de leur possibilité d'action selon les circonstances, aux fins qu'ils ajustent en conséquence leur comportement. Elles leur indiquent la latitude ou marge de manœuvre à l'intérieure de laquelle la conduite doit se tenir, ce qu'ils ne peuvent pas faire, ce qu'ils peuvent faire ou ce qu'ils doivent faire »[563]. Ainsi, « toute norme constitue avant tout un instrument d'évaluation, de mesure ou de jugement »[564]. La règle de droit a donc pour but de régir des conduites humaines[565].

---

[561] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 6.

[562] P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté et édiction des normes juridiques selon H. KELSEN », *Revue Juridique Thémis*, n° 33, 1999, p. 207.

[563] P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989-10, p. 9.

[564] B. GENIAUT, « La force normative des standards juridiques. Eléments pour une approche pragmatique », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 187.

[565] Cependant, à première vue, il semble que certaines règles ont d'autres buts, comme par exemple, les règles régissant les institutions. Cependant considérer que ce type de règle ne s'applique pas aux individus serait une erreur. En effet, ce sont tout de même les individus qui sont visés aux travers de ces règles juridiques car les institutions ont pour but de contraindre les personnes ou d'établir leurs droits. Ces règles ont donc pour conséquence, certes indirecte, de régir des conduites humaines. Ainsi, selon D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Editions Odile Jacob, p. 165 : la norme peut être définie « comme la signification d'une proposition indiquant aux hommes ou aux institutions un modèle auquel conformer leur conduite, impérativement ». De ces constatations, on peut donc déduire qu'il existe deux grandes catégories de normes juridiques : les normes de conduite qui sont des règles de droit tendant directement à régir les conduites des individus et les normes de structure qui vont permettre à l'Etat d'organiser le système juridique en distribuant les pouvoirs juridiques et en dirigeant la fabrication des normes. Souvent, les règles empruntent aux deux catégories. Par exemple, l'article 1134 du code civil emprunte aux normes de structure puisqu'il permet que le contrat soit

256. La règle jurisprudentielle peut ainsi être considérée comme une norme de conduite dans la mesure où le juge va donner son interprétation de la loi. Par conséquent, il va venir définir le comportement qu'il convient d'adopter pour ne pas être sanctionné. Cependant, il est nécessaire que l'interprétation des textes par le juge soit assez détachée des faits de l'espèce afin qu'elle puisse trouver à s'appliquer à d'autres situations.

§2) Une norme générale

257. La règle de droit est abstraite. D'un point de vue général, l'abstraction peut être définie comme le « caractère de ce qui est séparé du réel par une opération de l'entendement ou qui existe en dehors du monde sensible. En particulier, caractère des pensées, des connaissances ou des représentations en tant qu'elles se détachent de l'expérience sensible »[566]. L'abstraction renvoie à « un concept, à une idée, à une manifestation de l'esprit »[567]. C'est une propriété qualitative de la règle de droit, l'abstrait s'opposant ainsi au concret.

258. La règle de droit est considérée comme abstraite en ce qu'elle ne vise pas à résoudre un cas particulier mais est énoncée dans le but de résoudre des situations juridiques identiques formulées *in abstracto*. La règle de droit va tenter de faire coïncider des modèles à la réalité or, tout modèle est forcément abstrait. La règle fait abstraction des circonstances, des situations spécifiques, des individus auxquels elle s'applique. Selon le Professeur VEYNE, la généralité de la règle de droit « est la

---

source d'élaboration de règles juridiques et aux normes de conduite puisque les cocontractants doivent se soumettre au contenu prescrit par le contrat.

[566] S. AUROUX, A. JACOB, J.-F. MATTEI (dir.), *L'encyclopédie philosophique universelle*, PUF, 1990, t. 1, M.-P. VINAS, V° *Abstrait*.

[567] D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997, p. 37.

conséquence de cette abstraction et ne vient pas de la mise au pluriel d'un cas singulier »[568].

259. Il est traditionnellement enseigné dans les universités que la règle de droit est générale. Ce critère trouve son origine en Grèce à partir d'HÉSIODE[569]. On retrouve cette notion plus tard dans l'histoire avec l'héritage thomiste et rousseauiste : est générale la volonté dont émane la loi mais également, l'intérêt qu'elle est censée protéger. Ainsi, une conception a longtemps perduré selon laquelle une loi était « déqualifiée » de son caractère législatif si elle traitait d'affaires particulières. On retrouvait cette théorie dans de nombreux manuels du début du XX^{ème} siècle.

260. La notion de généralité renvoi à une appréciation quantitative : elle renvoie au nombre d'individus auxquels elle s'applique (champ d'application de la règle). La loi va délimiter une situation juridique, peut importe qu'elle concerne une multitude de personnes ou seulement une poignée. L'idée est que la règle de droit s'applique de façon identique à tous les sujets de droit qu'elle vise anonymement. Elle est donc impersonnelle. Selon DURANTON, « la loi doit être générale dans son objet, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ; autrement, elle dégénère en privilège, et nous n'en reconnaissons pas dans notre Constitution politique »[570]. La loi va ainsi, s'appliquer identiquement à tous sur le territoire français avec cependant quelques exceptions[571].

---

[568] P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, augmenté de *Foucault révolutionne l'histoire*, Paris, éd. Du Seuil, 1979, p. 112.

[569] HESIODE, *Aristogiton*, I. 15-16 : « toute la vie des Hommes, qu'ils habitent une grande cité ou une petite, est régie par la nature et par les lois. Tandis que la nature est sans règle et variable selon les individus, les lois sont une chose commune, réglée, identique pour tous… Elles veulent le juste, le beau, l'utile : c'est là ce qu'elles cherchent. Une fois trouvé, c'est là ce qui est érigé en disposition générale, égale pour tous et uniforme ; c'est là ce qui s'appelle la Loi ».

[570] A. DURANTON, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, 1834, Paris, éd. A. Gobelte.

[571] Ainsi des étrangers pourront se voir appliquer la loi de leur pays d'origine sauf en ce qui concerne les lois de police et de sûreté qui concernent tout individu sur le territoire français quelle que soit sa nationalité. Egalement, l'Alsace et la Lorraine sont régies partiellement par des lois spécifiques en raison de leur annexion par l'Allemagne en 1871. Elles ne sont redevenues français qu'en 1918 et ont conservé certaines lois issues du droit allemand. Il en va de même pour les départements d'outre-mer qui se voient appliquer le droit français sous certaines réserves et les territoires d'outre-mer qui conservent de nombreuses règles juridiques autochtones et ne sont concernés par les règles de droit françaises que si le texte de loi le prévoit expressément.

261. Avec le principe de généralité de la règle de droit, il y a donc une volonté de garantie d'égalité des justiciables devant la loi. Selon le Professeur ATIAS, « dans la notion de droit la généralité a sa place (…) (et) est à la fois facteur de prévisibilité, donc de liberté et d'une certaine égalité »[572]. Certes, l'apparition d'un droit catégoriel ne peut être contestée : droit des commerçants, droit des consommateurs… Mais au sein de ces classes, il ne peut être fait de distinction entre les individus relevant d'une même situation juridique : la règle de droit est donc bien générale, impersonnelle.

262. Lorsque le juge donne naissance à une règle jurisprudentielle, il va venir unifier l'interprétation de la loi et donc, les solutions qui seront apportées aux litiges similaires. « En se refusant toute appréciation de fait, la Cour de cassation est conduite à des formulations abstraites qui seules permettent d'assurer l'application uniforme du droit dans toute la République »[573]. Ainsi, la généralité de la règle de droit est indispensable au rôle unificateur de la Cour de cassation. En effet, comment cette dernière pourrait-elle déterminer l'interprétation d'une règle de droit et en imposer son respect aux juridictions, si elle ne pose pas cette interprétation de manière générale ?

263. L'unification de l'interprétation de la règle de droit se réalise dans trois cas de figures[574]. Le plus souvent, le point de droit litigieux est discuté devant les juridictions du fond et remonte naturellement, par l'effet des voies de recours, devant la Chambre spécialisée de la Cour de cassation qui se prononcera. La naissance de la jurisprudence se construit dans le temps. Il se peut alors que l'unité d'interprétation ne se fasse pas spontanément au sein de la Cour de cassation et qu'il y ait divergence entre les Chambres lorsque le point de droit relève de différentes matières juridiques[575]. Dans ce cas, la Chambre mixte sera réunie pour trancher et mettre fin à

---

[572] C. ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD* 1982, n° 27, p. 215.
[573] J.-F. WEBER, *La cour de cassation*, La documentation française, 2006, p. 109.
[574] X. BACHELLIER, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 93 et s.
[575] G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 79 et s ; P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 98 et s.

la disparité d'interprétation[576]. En effet, si « les contradictions de jurisprudence dans le temps sont commandées par la nécessité et la difficulté d'adapter un droit figé à une réalité mouvante. En revanche, les contradictions de jurisprudence dans l'espace de la Cour régulatrice sont injustifiables. Elles procèdent d'un esprit de sédition ou, tout simplement, d'une ignorance coupable des hauts conseillers »[577].

Ainsi, il existait entre la deuxième Chambre civile et la Chambre criminelle, une divergence concernant l'indemnisation de la concubine en cas de décès de son concubin. Alors que la deuxième Chambre civile refusait toute indemnisation au motif qu'il s'agissait d'un « intérêt légitime juridiquement protégé »[578], la Chambre criminelle accordait une indemnisation lorsque le concubinage était stable et non adultère[579]. La Chambre mixte, avec l'arrêt *Dangereux* en date du 27 décembre 1970, a mis fin à cette disparité d'interprétation en statuant en faveur de la solution adoptée par la Chambre criminelle au motif que l'article 1382 du code civil, « ordonnant que l'auteur de tout fait ayant causé un dommage à autrui sera tenu de le réparer, n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation »[580]. Le choix de la Chambre mixte a été guidé par l'évolution des mentalités ne considérant plus le concubinage comme une « mauvaise vie ». Par la suite, le critère de l'adultère a été supprimé[581]. L'évolution sera totale lorsque le législateur abrogera les articles 336 et 339 du code pénal concernant l'adultère.

264. Cependant, la jurisprudence ne se construit pas toujours dans le temps et il se peut que le point de droit litigieux ait besoin d'une interprétation plus rapide. Dans ce cas, soit l'Assemblée plénière est appelée à statuer directement lorsque l'affaire est

---

[576] Article L. 131-2 al.1 COJ. Il est à noter que parfois, l'Assemblée plénière peut être également saisie pour mettre fin à une divergence d'interprétation au sein de la Cour de cassation : Cass. Ass. plén., 12 juillet 1991, *JCP G.* 1991, II, 21, 743.
[577] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 487.
[578] Cass. civ., 27 juillet 1937, *DP* 1938, 1, 5, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 2ème, 7 avril 1967, *Bull civ.*, II, n° 134.
[579] Cass. crim., 20 janvier 1966, *D.* 1966, p. 184, rapp. COMBALDIEU.
[580] Cass. ch. mixte, 27 décembre 1970, *JCP G.* 1970, II, 16305, note P. PARLANGE.
[581] L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 avril 1972 annonce la renonciation à l'exigence de l'absence adultère de la part de la concubine : *JCP G.* 1972, II, 17278, note J. VIDAL. Cass. crim., 19 juin 1975 : indemnisation de la concubine alors dans les liens du mariage ; *D.* 1975, p. 679, note A. TUNC ; *RTD Civ.* 1975, p. 709, note G. DURRY.

portée devant la Haute juridiction, soit les juridictions du fond requièrent l'avis de la Cour de cassation.

265. Lorsqu'il est fait appel à l'Assemblée plénière directement[582] cela démontre la volonté de la Cour de cassation de fixer rapidement l'interprétation de la loi. Aujourd'hui, on constate un recours de plus en plus courant à cette dernière[583]. Ce type d'arrêt fait l'objet d'une attention particulière de la part de la doctrine et des praticiens du droit car ils sont porteurs d'une règle jurisprudentielle que la Cour de cassation désire mettre en avant en raison de son importance.

266. Depuis 1991[584], les juridictions inférieures[585] ont la possibilité de demander l'avis de la juridiction suprême concernant « des questions de droit nouvelles, présentant des difficultés sérieuses et de nature à se reproduire fréquemment »[586]. L'avis de la Cour de cassation va ainsi revêtir un caractère général afin que la solution préconisée puisse être applicable aux litiges similaires et fasse ainsi jurisprudence.

Cette procédure est un pas en avant vers la consécration du pouvoir normateur du juge. En effet, ce dernier peut désormais se prononcer, sans débat judiciaire préalable. L'avis a l'avantage de trancher un point de droit problématique

---

[582] Article L 131-2 al. 2 du COJ : « Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsqu'une 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 ». A titre d'exemple, Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, affaire concernant la question de la maternité de substitution : *D.* 1991, 417, rapport CHARTIER, note D. THOUVENIN ; *JCP G.* 1991, II, 21752, note TERRE ; *RTD Civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER.

[583] M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD Civ.* 1992, p. 350.

[584] Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation (*JORF* du 18 mai 1991, p. 6790) et décret n° 92-228 du 12 mars 1992 relatif à la saisine pour avis de la Cour de cassation (*JORF* du 14 mars 1992, p. 3690). Entre 1992 et 2008, on dénombre 213 demandes d'avis dont 116 ont abouti : CORBION L., « La prohibition des arrêts de règlement - Le mode juridictionnel », J.-Cl. civil code, article 5, 2008.

[585] Sauf juridictions d'instruction et Cours d'assises : article 706-64 et s. du CPP. L'article L. 113-1 du code de justice administrative autorise les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel à requérir l'avis du Conseil d'Etat avant de rendre une décision lorsque la question de droit soulevée présente une difficulté sérieuse et apparaissant dans de nombreux litiges (19 utilisations en 2004).

[586] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^ème^ République*, Forum, Flammarion, 1996, p. 59 ; Article L. 151-1 du COJ ; B. OPPETIT, « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, p. 105.

évitant ainsi les tâtonnements et la multiplication de solutions disparates. Il permet donc à la jurisprudence de se former plus rapidement[587] permettant par la même au contentieux de se tarir en « étouffant dans l'œuf des litiges semblables, en définissant sur le point contesté la vérité de la règle »[588]. Il va y avoir concrétisation de la jurisprudence de la Cour de cassation à un niveau inférieur sans attendre que l'affaire soit portée devant cette dernière : « il ne s'agit plus d'unifier la jurisprudence, mais de (la) confectionner *ab initio* » permettant ainsi, « de prévenir les conflits de jurisprudence par une fixation anticipée de la jurisprudence suprême »[589].

Une nuance peut cependant être apportée. En effet, lorsque le point de droit litigieux est discuté devant les juridictions du fond puis devant la Cour de cassation, le débat judiciaire est plus long permettant ainsi une profonde réflexion que la procédure pour avis ne permet pas toujours. De plus, le contentieux de base traduit les aspirations sociales façonnant plus ou moins fortement la jurisprudence[590]. Avec la procédure pour avis, l'unification du droit n'est plus « le résultat d'une diversité arbitrée »[591] ce qui peut avoir pour conséquence d'augmenter le risque de revirement de jurisprudence si la solution s'avère inadaptée.

Il ne s'agit que d'un avis. Par conséquent, il n'est pas obligatoire. Il n'y a donc pas atteinte à l'article 5 du code civil. En effet, la juridiction qui l'a demandé n'est pas obligée de le suivre, il en va de même des autres juridictions et de la Cour de cassation elle-même.

Cependant, en raison de la place de la Cour de cassation dans la hiérarchie judiciaire, son avis va avoir une portée quasi égale à celle d'une décision obligatoire. En effet, on imagine mal une juridiction, ayant requis l'avis de la Cour de cassation, ne pas le suivre. De plus, l'avis augure de l'interprétation que donnera la Cour de cassation si le litige donne lieu à un pourvoi car il semble peu probable que la Cour de cassation modifie sa position.

---

[587] Pour une critique de la formation de la jurisprudence au travers de l'avis V° M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD Civ.* 1992, p. 351.
[588] J. RIVERO, « Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice », *D.* 1954, p. 159.
[589] F. ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1992, p. 248 et s.
[590] M.-A. FRISON-ROCHE et S. BORIES, « La jurisprudence massive », *D.* 1993, p. 287.
[591] M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD Civ.* 1992, p. 350 et s ; P. CHAUVIN, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 109.

A cela s'ajoute le fait que l'avis est rendu par le Premier Président de la Cour de cassation et les Présidents de Chambre. L'avis a donc un poids indéniable en raison de la composition de la formation qui le prononce. Cette formation a l'avantage d'éviter des disparités entre les Chambres : lorsqu'une affaire similaire sera portée devant une des Chambres s'étant prononcée lors de l'avis, elle va suivre ce dernier. A défaut, elle saisira l'Assemblée plénière.

En parallèle de cette procédure pour avis « officielle », il existe une procédure « officieuse » ou « spontanée »[592]. Les juges du fond ont en effet la possibilité, par exemple, de questionner le service de documentation et d'étude concernant le contentieux de la sauvegarde des entreprises. Bien sûr, utilisée cette voie ne ferme pas le recours à la procédure pour avis « officielle ».

267. En unifiant les interprétations de la loi, le juge pose ce qu'il considère comme la juste règle de droit, la juste interprétation. Pour cela, il doit le faire de manière générale de façon à ce que les juridictions puissent la reprendre et l'appliquer aux cas concrets qui leur sont soumis. L'énoncé de la règle jurisprudentielle va ainsi se détacher de son espèce d'origine pour acquérir un sens général.

268. La règle jurisprudentielle prescrit donc une norme de commandement, générale mais également, sanctionnable. En effet, la seule façon de réellement imposer une règle est d'y assortir une sanction en cas de non-respect car on ne peut, objectivement, compter sur la seule adhésion du justiciable.

§3) <u>Une norme sanctionnable</u>

269. Les normes juridiques se distinguent des autres règles sociales telles que les règles économiques, religieuses ou morales, par le fait qu'elles sont sanctionnées

---

[592] G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 79 et s.

par une contrainte organisée par l'Etat. Elles se distinguent également des règles scientifiques par le fait qu'elles peuvent être transgressées[593], ce qui n'est pas possible pour ces dernières (on ne peut que les réfuter).

270. Selon KELSEN, « le droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. Elles déterminent les conditions auxquelles seule la contrainte physique peut, doit être employée par un homme envers un autre. Si la société ne connaissait pas la contrainte, le règlement des actions humaines cesserait d'être du droit »[594]. « La définition du droit supposée avec la norme fondamentale a pour conséquence qu'une conduite ne peut-être considérée comme juridiquement ordonnée, ou, ce qui revient au même, comme contenu d'une obligation juridique, que si la conduite contraire est prévue comme condition d'un acte de contrainte dirigé contre le sujet qui l'a adoptée »[595]. Il ne peut donc y avoir de droit sans que des sanctions en cas de violation y soient assorties[596].

271. Les définitions de la sanction juridique sont nombreuses[597]. Nous en retiendrons une générale : la sanction juridique peut être définie comme le résultat possible[598] de l'inobservation d'une prescription juridique, de la transgression d'une norme juridique.

La sanction prononcée peut avoir différentes fonctions : elle peut être coercitive lorsqu'il est nécessaire pour le créancier de recourir à une exécution forcée[599], préventive[600], répressive lorsqu'elle a pour but d'intimider[601], réparatrice

---

[593] P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, La pensée juridique, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 16 : « une norme qui n'est pas susceptible d'être violée par un sujet de droit ne peut être une norme juridique ».
[594] H. KELSEN, *La validité du Droit international*, Rec. des Cours de l'Académie de Droit international, La Haye, 1932-IV, p. 124.
[595] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, 2ème éd. Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 68.
[596] Certes, il existe des exceptions à cette règle. Ainsi, si la Cour de cassation statue *contra legem* aucune sanction n'existe.
[597] V° les six définitions données par le *Vocabulaire juridique*, CORNU G. (dir.), Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008, V° *Sanction*.
[598] En effet, il est toujours possible de passer entre les mailles du filet.
[599] Par exemple, une astreinte pécuniaire
[600] Par exemple, en matière de protection de la propriété, la dénonciation de nouvelle œuvre.
[601] Par exemple, une amende.

lorsque des intérêts privés ont été lésés et il y aura indemnisation ou restitution ou inhibition lorsqu'un acte ou une action en justice est paralysés en raison d'un vice qui les entache[602]. Ces sanctions peuvent être cumulées[603].

272. Tout comme la règle de droit, la norme jurisprudentielle peut faire l'objet de transgression. Et, tout comme la règle de droit, sa transgression donnera lieu à une sanction. De plus, « la règle de droit c'est, (...) la règle dont la violation appelle l'intervention du juge »[604]. Or, il en va de même de la règle jurisprudentielle. Seul le juge peut sanctionner l'irrespect d'une règle jurisprudentielle.

273. Il résulte de ces constatations que si la norme jurisprudentielle remplit certains critères de la règle de droit, elle ne peut classiquement être regardée comme telle puisqu'elle n'est pas obligatoire. Par conséquent, à première vue, il semble que la norme jurisprudentielle ne puisse trouver sa place au sein des règles de droit. C'est cependant, sans compter, sur l'apparition d'un nouveau concept : la force normative. En effet, face à la constatation de la multiplication de normes juridiques disparates, l'obligatoriété s'est avérée un critère beaucoup trop restrictif pour définir pleinement ce qu'est réellement une règle de droit.

Section 2 : La force normative des revirements de jurisprudence

274. Classiquement, il n'est reconnu aucun caractère obligatoire à la jurisprudence (§ 1). Il en va donc de même pour les règles jurisprudentielles nées dans le cadre de revirements. Aujourd'hui, si cela n'a pas changé, on ne peut,

---

[602] Par exemple, le non respect d'une des conditions de l'article 1108 du code civil en matière contractuelle.
[603] Par exemple, un chauffard en état d'ébriété qui renverse un piéton sera sanctionné pour non respect du code de la route et pour les dommages qu'il a causés au piéton.
[604] J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Etudes L. Julliot de la Morandiere*, Dalloz, 1964, p. 457.

cependant, que constater que ce qui a évolué c'est la force conférée à cette dernière. Alors qu'au XIX^{ème} siècle, aucune force ne lui était attribuée si ce n'était celle de conseillère du législateur, aujourd'hui, sa force est considérée comme normative. En effet, la notion d'obligatoriété ne rend plus vraiment compte de la nature d'une règle de droit. Il est donc nécessaire de faire appel à la notion de force normative (§ 2).

§1) Le critère de l'obligatoriété

275. Le fait qu'une règle de droit soit obligatoire implique qu'elle doit être respectée. Selon la théorie impérativiste, de ce caractère obligatoire se dégage la notion d'impératif. « Ordres appuyés de menaces »[605], la norme juridique est un impératif (injonction ou prohibition) assortie d'une menace de sanction. Elle a pour but d'encadrer ce qui est licite, de délimiter ce qui est permis ou interdit. Pour que ceci soit possible, elle doit être impérative. En effet, la règle de droit est nécessairement impérative puisqu'elle s'impose à ses destinataires. Ces derniers ont donc l'obligation de la respecter : il est impératif qu'ils la respectent sous peine d'être sanctionner. Il en va ainsi pour ses destinataires directs comme pour ses destinataires indirects car, même si ces derniers ne sont pas concernés directement par la règle de droit, ils ne peuvent l'ignorer dans la mesure où ils sont tenus de respecter l'ordonnancement juridique et donc la possibilité qui est offerte aux destinataires directs par la règle de droit.

Concernant les règles prescrivant ou prohibant un modèle de conduite, le caractère impératif semble évident. Cependant, certaines règles sont permissives, c'est-à-dire qu'elles prescrivent une faculté de faire ou de ne pas faire quelque chose[606]. Selon la théorie impérativiste, ces règles revêtent toujours un caractère impératif car, si elles permettent de faire telle ou telle chose, *a contrario*, il est

---

[605] L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. VAN DE KERCHOVE, FUSL, Bruxelles, 1994, note p. 45, 50 et 103, à propos de la conception d'AUSTIN.

[606] Par exemple, il est possible, mais pas obligatoire, de faire un testament sous forme olographe ; article 970 du code civil : « un testament pourra être olographe ».

impératif de ne pas empêcher un individu de faire telle ou telle chose[607]. Par conséquent, l'impératif s'entend dans le sens de l'obligation du respect de la règle de droit.

276. Ce caractère contraignant s'applique aussi bien aux individus qui ne peuvent contrevenir à la règle de droit, qu'aux juges qui ne peuvent trancher un litige sans en respecter le contenu[608]. Concernant la contrainte pesant sur les individus, cette dernière n'est pas immédiate. En effet, il est possible à un individu de ne pas respecter la règle de droit. La contrainte se fera alors par le biais du juge qui, au travers de sa décision, obligera l'individu à respecter la règle de droit ou le sanctionnera pour son non-respect. Il n'est donc pas possible pour un individu de s'affranchir de la règle de droit. Par conséquent, pour qu'il y ait contrainte, il faut qu'il y ait une décision judiciaire[609].

277. L'approche classique de la règle de droit fait de cette dernière un commandement obligatoire et contraignant. Dans cette vision, seul est pris en compte le *hard law*, délaissant ainsi le *soft law*[610]. Cependant, on ne peut faire abstraction de ce type de normes juridiques qui ne sont ni obligatoires ni contraignantes et qui pourtant, font partie de l'ordre juridique, reconnues comme règles de droit. Par conséquent, le recours à l'obligatoriété est insuffisant de nos jours pour définir une règle de droit et le recours à la notion de force normative semble plus adéquat.

---

[607] Par exemple, dans le cas du contrat de mariage, on pourrait, à première vue penser que la règle supplétive n'a pas de caractère impératif. Ce n'est pas le cas puisque cette règle impose, soit de passer un contrat de mariage, soit de se voir appliquer les règles du code civil : il y a donc bien un caractère impératif dans l'article 1387 du code civil : « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraire aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent ».

[608] Sauf si les parties lui ont demandé de statuer comme amiable compositeur : article 12 al. 4 CPC.

[609] Sauf exception comme la possibilité de recourir à un huissier sans avoir recours au juge suite à deux présentations impayées d'un chèque à la banque.

[610] C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.* 2003, p. 599 et s.

§2) La force normative de la règle jurisprudentielle

278. Face à la constatation de l'insuffisance des critères classiquement attribués à la règle de droit, est apparu un nouveau concept permettant de mieux cerner la règle de droit. C'est en étudiant ce concept (A) que l'on comprend que la règle jurisprudentielle est réellement une règle de droit. Une règle de droit avec une force normative propre qui a pour conséquence de rendre la jurisprudence incontournable dans le respect et l'application du droit (B).

A) Le concept de force normative

279. Les auteurs utilisent différents synonymes pour parler de la force normative : force juridique, portée normative, normativité, caractère normatif, effectivité… D'autres[611] utilisent identiquement normativité et force normative. Il semble cependant, utile de faire une distinction entre ces deux notions. La normativité est associée aux effets juridiques de la norme alors que la force normative recouvre l'ensemble des effets de la norme (obligatoriété, recommandation, influence…). « Alors que la normativité décrit une qualité objective des normes, qui existe à un moment donné, la force normative questionne la destinée des normes, leur effectivité par rapport à leur objet. Elle s'attache à la réception des normes, à leur impact sur l'environnement et leurs destinataires »[612]. La force normative est ainsi entendue comme une force inhérente à la norme.

---

[611] G. CANIVET, « Le juge et la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 23 ; J.-P. COSTA, « La normativité des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 29.

[612] A. DIOUF cité par C. THIBIERGE, « La force normative. Synthèse », in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 754.

280. Différentes définitions de la force normative sont proposées. « Une norme juridique est classiquement caractérisée par sa force obligatoire et contraignante »[613] et la « force normative (…) doit se comprendre comme la capacité de cette norme juridique (…) à s'imposer aux parties et peut donc être assimilée à la force obligatoire »[614]. Certains auteurs estiment quant à eux que la force normative est un modèle pour ses destinataires qui n'est pas forcément obligatoire. D'autres perçoivent la force normative comme le « pouvoir de l'acte de déterminer l'action de ses destinataires »[615], comme la « capacité d'une norme à provoquer des comportements, guider des conduites, influencer des pratiques et/ou servir de modèle ou de standard pour juger ces mêmes comportements, conduites ou pratiques »[616].

La définition que donne Madame BOUTONNET de la force normative apparaît comme cernant au plus près la notion : « la force normative (doit être) entendue comme la vocation d'une norme à se déployer non seulement largement, en fonction de son applicabilité aux destinataires et de sa finalité régulatrice, mais aussi fortement, grâce à son opposabilité dans les relations sociales, à son respect et à son application par le juge, jusqu'à sa possible sanction en cas de méconnaissance »[617].

281. Ainsi, la force normative n'est pas une fois pour toute acquise par la règle de droit, elle est évolutive. En effet, elle anime la norme tout au long de son existence. Elle permet de comprendre les variations d'intensité de cette dernière en les mettant en lumière. Elle permet également de comprendre l'interactivité entre les normes. Les auteurs utilisent différents qualificatifs concernant la force : intensité normative, vigueur normative, énergie normative, portée normative… Ainsi, la force

---

[613] A. AUDOLANT, « Les lois de police en droit international privé », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 309.
[614] G. LE BRETON, « Force normative et exécution de la sentence arbitrale », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 721.
[615] P. SERRAND, « La force normative de la directive administrative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 447.
[616] E. MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 577 ; V° également N. DION, « Les forces de la médiation, variations libres », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 707.
[617] M. BOUTONNET, « La force normative des principes environnementaux entre droit de l'environnement et théorie générale du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 480.

normative peut varier selon ses destinataires (par exemple, la directive qui s'impose directement à l'Etat et indirectement aux nationaux) et selon que l'on se place du côté de l'auteur ou du côté du destinataire. Les différentes dispositions d'un acte juridique peuvent également varier selon leur nature (dispositions impératives, recommandations…).

282. Le professeur THIBIERGE distingue trois pôles au sein de la force normative[618] : la valeur normative soit la vocation à servir de référence, la garantie normative soit la réaction potentielle et/ou effective du système juridique pour assurer le respect, la validité de la norme et enfin, la portée normative soit le fait de servir de référence.

283. Le premier pôle a trait à la valeur normative de la règle de droit c'est-à-dire à la force conférée par l'auteur à la norme à servir plus ou moins de référence : obligatoire, recommandatoire, déclaratoire ou inspiratoire. Les normes obligatoires ont une valeur normative plus importante que les normes facultatives. Au sein des normes obligatoires, il convient de distinguer les normes impératives (règles d'ordre public[619] ou non[620]) des normes permissives. Ces dernières ont une valeur normative moindre que les normes impératives car elles n'imposent pas un modèle mais laissent le choix au destinataire entre suivre ou non le modèle. Elles n'imposent donc pas une conduite à suivre mais offrent une faculté de choix d'où leur caractère obligatoire : un tiers ne pourra empêcher le destinataire de la norme de faire son choix. Par conséquent, il faut bien faire la distinction entre normes permissives qui sont obligatoires et normes facultatives (déclaratives ou incitatives) qui ne le sont pas. Les premières imposent la possibilité de faire un choix qui ne peut être retiré au destinataire alors que les secondes ne font que proposer un modèle de conduite, d'où

[618] Pour une cartographie du concept de force normative V° C. THIBIERGE, in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 840 et s.
[619] Tel que le respect du corps humain, article 16-9 du code civil.
[620] Telle que la clause de réserve de propriété permettant de déroger à la règle générale du transfert immédiat de propriété : article 1583 du code civil.

leur qualification de normes imparfaites[621]. Ainsi, une norme impérative et une norme permissive seront toutes deux obligatoires mais n'auront pas la même valeur normative. Si l'on se fonde sur la contrainte vis-à-vis des destinataires et des tiers, on peut voir qu'une norme impérative a une forte valeur normative car elle doit être respectée par tous, destinataires comme tiers. Une norme permissive a une valeur normative moyenne en raison du fait qu'elle s'impose aux tiers qui doivent respecter la possibilité de choix des destinataires, mais pas à ces derniers pour qui elle ne représente qu'une possibilité de choix entre un modèle et un autre. Quant à la norme facultative, elle ne fait que conseiller, suggérer l'adoption d'un modèle. Sa valeur normative est donc faible.

La valeur normative peut également découler de la nature de l'acte juridique et donc de la qualité de son auteur. Ainsi, une loi aura une force normative plus forte qu'un avis. Cependant, cela n'est pas automatique. En effet, une recommandation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité peut contenir des recommandations impératives, qui de ce fait, se révèleront obligatoires, bien que ces dernières ne soient issues que d'une recommandation.

La valeur normative peut également dépendre de l'énoncé de la norme. Plus l'énoncé sera clair et précis, moins il prêtera à discussions et plus sa valeur normative sera importante.

284. Le second pôle concerne la garantie normative de la règle, c'est-à-dire le respect de cette dernière, ses effets : force contraignante voire coercitive (contrainte physique) à l'égard du débiteur, sanction[622], force exécutoire, simple force d'invocabilité, opposabilité… Ainsi, une loi pourra voir sa garantie normative modulée par le juge en fonction de son application plus ou moins stricte par ce dernier.

---

[621] C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 210.

[622] A. GATTINO, « La force dissuasive des sanctions et la contrefaçon de marque », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 663.

285. Le troisième pôle renvoie à la portée normative, c'est-à-dire aux effets de la norme « sur le terrain », de sa réception par les destinataires, le fait qu'elle serve de référence : force dissuasive, persuasive, régulatrice sur les conduites des individus et harmonisatrice sur le droit ou une autre règle de droit. Ainsi, une loi pourra être posée comme obligatoire mais ne sera pas considérée comme telle par ses destinataires et ne sera pas appliquée[623] , sa portée normative sera donc limitée.

286. En fonction de la règle de droit, l'adéquation entre les pôles peut varier. Ainsi, plus la garantie normative est forte, plus sa portée est effective. Plus une norme a de légitimité sociale (valeur normative) plus elle a de portée normative et plus sa garantie normative est développée (action en justice) et inversement.

L'importance des pôles varie également. Il peut y avoir prédominance d'un pôle et/ou absence d'un ou deux pôles en raison du fait que ces derniers sont autonomes. Différentes situations se rencontrent alors. S'il y a valeur normative sans garantie normative, on est en présence d'une règle de droit ayant une force normative de principe ou une force normative symbolique. Si la valeur normative est faible et que la garantie normative est forte postérieurement à sa création (conférée par le juge), la règle de droit a une force normative évolutive en fonction du moment où l'on se place. Si la norme a une valeur obligatoire sans portée normative (désuétude ou inefficacité), la force normative est potentielle mais non effective. Il se peut aussi que la règle de droit ait une faible valeur normative et une grande portée normative ou une faible portée normative et une garantie normative certaine et effective. Dans ces cas, l'effectivité de la norme va varier.

287. Ainsi, l'obligatoriété de la norme est à distinguer de la force normative. En effet, il peut y avoir force normative sans qu'il y ait force obligatoire. La notion de force normative est donc plus large que celle de force obligatoire. A l'étude des trois pôles de la force normative, on comprend que l'obligatoriété d'une norme ne reflète pas le réel impact de la norme sur l'ordonnancement juridique. En effet, si une norme obligatoire reste inusitée, bien qu'elle soit intégrée dans le système juridique, elle

---

[623] J.-M. PONTIER, « A quoi servent les lois », *D.* 2000, p. 57 et s.

n’aura aucune conséquence pratique alors qu’une norme non reconnue comme obligatoire mais regardée comme telle aura un impact important en raison de ses effets. C’est d’ailleurs ce qui se passe concernant la norme jurisprudentielle.

B) La force normative des revirements de jurisprudence

288. Si l’on se place sur le plan de l’obligatoriété telle que définie dans le cadre de l’étude classique de la règle de droit, on ne peut que constater que la jurisprudence n’est en rien obligatoire car aucun texte ne lui confère cette force.

Cependant, cette vision est beaucoup trop restrictive. En effet, c’est la rencontre de différents facteurs qui vont, dans les faits, conférer à la jurisprudence sa force normative. Si l’on reprend le découpage de la force normative en trois pôles, il convient d’étudier la valeur normative (1), la garantie normative (2) et la portée normative (3) de la règle jurisprudentielle pour déterminer pleinement l’impact du revirement de jurisprudence sur l’ordonnancement juridique.

1) La valeur normative de la règle jurisprudentielle

289. Concernant la valeur normative de la règle jurisprudentielle, même si le juge désire la rendre obligatoire, il ne le peut car il ne dispose pas de ce pouvoir. En effet, si une disposition obligatoire est incontournable, c’est parce que le législateur en décide ainsi mais également parce qu’il dispose d’un pouvoir permettant à la règle de droit d’être impérative. Le juge n’a pas ce pouvoir et même s’il pose une règle comme étant obligatoire, cette dernière ne peut être regardée comme telle d’un point de vue institutionnel.

290. Quant au contenu de la norme jurisprudentielle, il n’est pas toujours clairement défini. En effet, le juge peut se laisser une certaine marge afin de procéder

à des ajustements de la règle jurisprudentielle. Il peut également poser une règle sans en définir précisément ses conditions d'application afin de se laisser, dans les affaires ultérieures, la possibilité d'apprécier au cas par cas l'application de la règle. Il en va ainsi des principes généraux du droit dont le régime est défini au fur et à mesure des espèces. Par conséquent, la lecture et donc, la compréhension de la jurisprudence n'est pas toujours aisée. Le démontre les nombreux articles de doctrine se questionnant sur la portée de telle ou telle solution adoptée par le juge.

291. La valeur normative de la règle jurisprudentielle est par conséquent, très faible. Cependant, en tant que création du juge, la règle jurisprudentielle se voit reconnaître une place importante dans l'application du droit.

2) La garantie normative de la règle jurisprudentielle

292. La garantie normative de la règle jurisprudentielle dépend quant à elle de la place de la Cour de cassation dans la hiérarchie judiciaire. Située au sommet de cette dernière, elle a le dernier mot concernant l'interprétation et l'application du droit. Elle va donc imposer son interprétation aux juridictions inférieures qui certes, ont la possibilité de ne pas la suivre, mais qui dans la pratique s'y soumettent la plupart du temps, reconnaissant la « force de fait » de la jurisprudence.

293. La norme jurisprudentielle est sanctionnable. Elle peut être assortie d'une contrainte susceptible d'exécution forcée. Ainsi la création prétorienne du principe de l'enrichissement sans cause[624] entraîne pour la personne qui s'est enrichie au détriment d'une autre, sans raison juridique, l'obligation d'indemniser l'appauvri[625].

---

[624] L'arrêt *Boudier* de la Chambre des requêtes du 15 juin 1892 en est l'arrêt apériteur : *S.* 1893-1-281, note LABBEE.

[625] Ce principe a été étendu à d'autres matières comme les effets de commerce, la vente de fonds de commerce, les conflits du travail, les travaux sur les immeubles menaçant ruine, les travaux publics…

Ce dernier dispose de l'action *de in rem verso*[626] pour agir en justice[627]. Pour mettre en place ce mécanisme juridique, le juge s'est inspiré de considérations de droit naturel et d'équité[628]. Lorsque le juge constate qu'il y a enrichissement sans cause, il va condamner l'enrichi à indemniser l'appauvri.

294. La norme jurisprudentielle est également opposable en justice. Lorsqu'elle se présente sous la forme d'un principe général du droit, elle peut-être directement invoquée par les parties. Le juge peut l'utiliser comme fondement de sa décision. Dans le cas d'une règle jurisprudentielle ne posant pas de principe général du droit, elle peut venir étayer l'argumentation des parties et la motivation de la décision mais elle ne pourra servir de fondement à une action en justice ou à la solution du litige. La force normative de la jurisprudence va ainsi varier en fonction de la nature de cette dernière. Si la jurisprudence est constante, comme c'est le cas pour les principes généraux, sa force normative sera équivalente à celle d'une loi appliquée. Par contre, si le processus de création de la jurisprudence en est à ses balbutiements, sa force normative sera moindre car il n'est pas sûr qu'elle sera consacrée par le juge de cassation. Par conséquent, la force de la règle jurisprudentielle va varier avec le temps.

295. Cependant, la garantie normative de la règle jurisprudentielle n'est pas totale. En effet, la Cour de cassation peut opérer des revirements de jurisprudence ou abandonner une jurisprudence qui tombera en désuétude en raison de son inutilité. Ainsi, la garantie normative de la jurisprudence est forte même si elle n'est pas totale. Quant à sa portée normative, elle va varier en fonction de ses destinataires.

---

[626] S. BISSARDON, *Guide du langage juridique*, Objectif droit, Litec, LexisNexis, V° *Enrichissement sans cause* ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 486.
[627] Cass. civ. 1ère, 19 janvier 1953, *D.* 1953, p. 234. ; Cass. civ. 1ère, 16 décembre 1953, *D.* 1954, p. 145.
[628] M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public, Mélanges G. Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, t. 2, p. 621.

3) *La portée normative de la règle jurisprudentielle*

296. C'est au travers de la portée normative de la règle jurisprudentielle que l'on prend pleinement conscience du phénomène. La réception de cette dernière permet de comprendre à quel point dans les faits, sa force normative est importante. On peut distinguer trois catégories de personnes « réceptionnant » la jurisprudence : les justiciables, les praticiens et la doctrine.

297. Si pour les deux dernières la jurisprudence revêt une grande importance, elle n'est cependant pas regardée comme obligatoire. Il en va différemment du justiciable qui va la considérer comme l'égale de loi car dans les faits elle produit les même effets : s'il ne conforme pas son comportement à la jurisprudence, le justiciable se verra sanctionner judiciairement au même titre que s'il n'a pas respecté la loi. D'ailleurs, le justiciable est le plus souvent néophyte et ne fait pas la différence entre la loi et la jurisprudence. Son adhésion n'est pas volontaire mais résulte des conséquences que le non-respect de la jurisprudence peut entraîner à l'image de la transgression d'une loi[629]. Cette considération ne résulte pas d'une simple volonté d'adhérer aux interprétations du juge. Elle résulte du fait qu'il y a de fortes chances que le juge statue en fonction de ses précédentes interprétations. « Il doit désormais être tenu pour probable, et même, dans certains cas, pour certain, que, dans des affaires semblables, le juge appliquera la règle de droit de la même façon. Le jugement aura suscité un « pré-jugé », au sens étymologique du terme »[630]. Par conséquent, le justiciable, désirant calquer son comportement sur un comportement qui ne serait pas sanctionnable, va calquer le sien sur ce que prescrit le juge. La règle jurisprudentielle a alors, aux yeux de ce dernier, valeur obligatoire. Ainsi, si l'on se place du point de vue du justiciable, la jurisprudence a une forte portée normative.

---

[629] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Forum, Flammarion, 1996, p. 102.
[630] J. BOULANGER, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD Civ.* 1961, p. 420.

298. Il faut cependant tempérer cette constatation par le fait que le justiciable ne se retrouve pas seul face au droit. En effet, il peut faire appel à des professionnels de la matière, des praticiens qui vont le guider dans ses démarches. Ces derniers, surtout si on y inclut les juges, ont pleinement conscience du fait que la jurisprudence n'est pas obligatoire. Ils adhèrent à cette dernière pour différentes raisons. Si l'on se place du point de vue du juge, ce dernier y adhère car il est convaincu de la justesse de la règle jurisprudentielle. Le juge, ayant tendance à faire l'économie d'une réflexion lorsqu'une solution jurisprudentielle précédemment dégagée lui semble adaptée à la solution du litige qui lui est soumis, reprend cette dernière en s'en remettant à la Cour de cassation pour l'interprétation la plus juste des textes. La reprise de la norme jurisprudentielle résulte donc de « la force de l'habitude » mais également « de la volonté de ne pas décevoir les attentes des praticiens et des justiciables, de ne pas troubler la confiance qu'ils ont faite à ce qui avait été antérieurement jugé »[631]. La reprise des interprétations de la Cour de cassation va entraîner une uniformisation des solutions, jusque dans les termes.

Bien sûr, cela n'est pas automatique et certaines juridictions peuvent être réfractaires. Dans ce cas, la Cour de cassation soit maintient sa position, soit opère un revirement. Mais cela n'enlève rien à la portée normative de la jurisprudence. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation ayant une forte reconnaissance à laquelle s'ajoute la possibilité pour la Haute juridiction d'imposer son point de vue dans le cadre d'un second renvoi devant une Cour d'appel entraîne un fort sentiment de quasi-obligatoriété qui peut être défini comme une forte portée normative.

De plus, concernant les professionnels du droit, le plus souvent, l'adhésion à la jurisprudence n'est pas volontaire mais résulte du fait qu'en cas de non-respect de cette dernière, leur responsabilité pourra être engagée, comme c'est le cas pour les notaires qui se doivent de connaître la jurisprudence et d'en tenir compte. De même

---

[631] Lors de nos entretiens avec des magistrats de la Cour d'appel de Besançon, il nous a également été confié que la jurisprudence de la Cour de cassation était suivie, même si elle ne semblait pas la plus judicieuse, afin d'éviter aux parties un pourvoi et par conséquent, une perte d'argent et de temps puisqu'il y avait de fortes chances que la Cour de cassation maintienne sa jurisprudence. V° également, J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Forum, Flammarion, 1996, p. 57.

pour les avocats qui ne peuvent simplement s'en tenir à leur connaissance de la loi pour défendre leurs clients[632].

299. Quant à la doctrine, elle joue un rôle important dans la réception de la règle jurisprudentielle[633] : « c'est elle qui crée l'évènement jurisprudentiel et qui l'interprète »[634]. Aujourd'hui les auteurs ont une influence incontournable sur la réception de la jurisprudence au travers de leurs travaux : « ce bruit fait autour de la jurisprudence et à son propos (...) contribue - que cela soit raisonnable ou non - grandement à lui conférer une place de plus en plus large parmi les sources du droit »[635]. La reconnaissance de cette dernière va ainsi varier en fonction des critiques ou des éloges. Les auteurs vont permettre une meilleure compréhension et une meilleure information de la norme jurisprudentielle. La publicité des décisions judiciaires, l'apparition[636] et la multiplication des revues juridiques ont pour conséquence de mettre à portée des praticiens la jurisprudence mais également de la discuter. Les multiples articles, notes... de doctrine portant sur des décisions jurisprudentielles démontrent l'importance qu'il y a à connaître le droit d'origine jurisprudentielle.

300. Ainsi, il en découle qu'une jurisprudence peut avoir une force normative plus importante qu'une loi lorsque, par exemple, le juge statut *contra legem*. Lorsque cela se produit, la jurisprudence prévaudra sur la loi.

301. L'étude de la force normative permet de comprendre la différence qui existe entre obligatoriété et contrainte. La première va assujettir « par principe le destinataire de la norme du fait de son contenu obligatoire » alors que la seconde va « contraindre concrètement le destinataire à exécuter la norme du fait du pouvoir de

---

[632] J. MONEGER, « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTD Civ.* 2005, p. 323.
[633] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 245 et s.
[634] F. ZENATI : « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 18.
[635] M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD Civ.* 1992, p. 353.
[636] *Gazettes des nouveaux tribunaux, Journal du Palais, La jurisprudence générale du Royaume, Journal de la justice civile, criminelle, commerciale et militaire*…

contrainte de l'ordonnancement normatif dans lequel elle s'insère »[637]. La jurisprudence, en s'insérant dans l'ordre normatif comme le complément de la loi auquel s'ajoute la sanction du juge en cas de son non-respect, va donc avoir une force obligatoire nulle mais une force contraignante forte.

302. Ainsi, si l'on compare la règle jurisprudentielle à la règle de droit dans son acceptation contemporaine, elle présente bien les critères de cette dernière. Cette analyse conforte ainsi la vision d'un juge créateur du droit et d'une jurisprudence source du droit dont le contenu vient à être modifié par les revirements de jurisprudence.

303. <u>Bilan du chapitre 2</u> : Dans le cadre de sa mission, le juge doit unifier l'interprétation de la loi. Il va ainsi poser une règle jurisprudentielle ayant vocation à servir de référence pour les litiges à venir.

Cependant, l'appréhension classique de la règle de droit ne permet pas de considérer la règle jurisprudentielle comme telle. En effet, si elle remplit bien trois des quatre critères qui caractérisent la règle de droit, elle ne peut être considérée comme obligatoire. Toutefois, cette conception est aujourd'hui dépassée et le recours au concept de force normative permet d'admettre dans le cercle des règles de droit la règle jurisprudentielle.

[637] C. THIBIERGE, « La force normative. Synthèse », in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 792.

Conclusion du titre 1

304. Notre société a évolué, le droit aussi. Les avancées technologiques, l'ouverture des mentalités et la judiciarisation ont provoqué une modification de la mission du juge qui s'est octroyé plus de prérogatives. Désormais, le juge ne dit plus simplement le droit, il le bâtit.

305. Ce nouveau rôle ne fut pas sans soulever quelques critiques qui aujourd'hui semblent se tarir. Le juge, s'il a toujours pour mission principale de dire le droit, se voit désormais accorder la possibilité de créer du droit lorsque la loi montre ses limites. En effet, il doit composer avec la société, veillant à l'adéquation du droit et de cette dernière dans les limites de ses possibilités. Pour cela, il va être amené à compléter l'œuvre législative, voire à s'opposer au législateur lorsque la loi se révèle obsolète.

306. Cette évolution n'est aujourd'hui guère contestable à la relecture des articles 4 et 5 du code civil et de la théorie de la séparation des pouvoirs qui, s'ils ne laissent pas toute amplitude au pouvoir prétorien, lui permettent cependant une certaine autonomie qui place le juge au rang de source du droit. Une lecture contemporaine de ces textes permet de constater et donc de reconnaître, que le juge a la possibilité de créer du droit tout en restant dans les limites que lui impartissent sa mission.

307. Cette nouvelle conception du juge remet directement en question la nature de la jurisprudence et donc de ses revirements. Reconnaître au juge un pouvoir créateur c'est reconnaître qu'il se dégage de la jurisprudence des règles de droit. Même si cette dernière n'est pas officiellement reconnue comme source du droit par le législateur, on ne peut que constater cet état de fait. Le législateur en a d'ailleurs pleinement conscience puisqu'il n'hésite pas à intervenir lorsqu'une jurisprudence ne lui paraît pas adaptée.

308. Le juge pose des règles jurisprudentielles voire des principes généraux du droit qui, s'ils ont un impact incontournable sur l'ordonnancement juridique, ne peuvent être assimilés à des précédents au sens entendu dans le système de *common law*. Par conséquent, le juge a la possibilité d'opérer des revirements de jurisprudence n'étant pas lié par la règle jurisprudentielle précédemment posée.

309. La règle jurisprudentielle peut, aujourd'hui, être pleinement considérée comme une règle de droit. En effet, l'une des objections classiques qui lui était opposée était qu'elle n'était pas obligatoire. Cependant, ce critère a laissé place au concept de force normative qui permet de prendre pleinement conscience de la nature de la règle jurisprudentielle.

310. Il découle de la conception contemporaine que le revirement de jurisprudence est un élément incontournable de la vie de notre ordre juridique. En effet, faisant évoluer la règle jurisprudentielle précédemment posée, il vient modifier les droits et obligations des parties mais également les situations juridiques relevant de la règle jurisprudentielle. Empreint de rétroactivité, la nouvelle solution dégagée va venir s'appliquer à l'ensemble des situations concernées quelle que soit la date de leur réalisation. C'est cet aspect qui pose aujourd'hui problème à la lumière de la sécurité juridique.

Titre 2 : Les problèmes engendrés par les revirements de jurisprudence

311. L'incessante évolution de la société contraint le droit à s'adapter constamment afin qu'il ne se retrouve pas obsolète et par-là même, inadapté. Ces dernières décennies ont vu apparaître une nouvelle notion permettant l'équilibre entre les intérêts des particuliers et les intérêts publics. Selon le Professeur MATHIEU, « le recours à la notion de sécurité juridique démontre que le droit ne parvient plus à remplir la mission qui est initialement la sienne et qui est, justement d'introduire de la sécurité dans les rapports collectifs et inter-individuels »[638]. Or, ce que l'on reproche aux revirements de jurisprudence c'est justement d'être source d'insécurité juridique. Afin de savoir si c'est réellement le cas, il est nécessaire d'étudier la sécurité juridique pour en comprendre les tenants et les aboutissants. Cette étude nous permettra ainsi d'étudier les effets des revirements de jurisprudence sous l'éclairage de cette notion.

312. La notion de sécurité juridique fit son apparition dans la Rome antique[639] : elle se subdivisait alors en deux sous principes : *certudido* et *securitas*.

Selon le premier sous-principe, le justiciable doit savoir à l'avance quel comportement il devra adopter. Ainsi, la loi se doit-elle d'être claire et précise. A cela s'ajoute la non-remise en cause des droits acquis[640].

Le second sous principe pose le respect des normes juridiques par le peuple mais également par le pouvoir et par les juges.

Cette école de pensée perdura au Moyen-âge et durant les Lumières, mais elle se développa peu en France, contrairement à l'Allemagne où le droit était

---

[638] B. MATHIEU, « Réflexion en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/reflexions-en-guise-de-conclusion-sur-le-principe-de-securite-juridique.52124.html.

[639] D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racine du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RID comp.*, 1-2003, p. 96.

[640] T. BONNEAU, *La cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, Les grandes thèses du droit français, PUF, 1990, p. 54 et s. : une loi nouvelle ne peut porter atteinte à des droits acquis avant son entrée en vigueur que ces droits soient d'origine légale, contractuelle ou procédurale

fortement imprégné du droit romain alors que le droit français était empreint, en plus du droit romain, du droit franc. En Allemagne, le principe de sécurité juridique est considéré comme remplissant trois fonctions principales : il sécurise l'orientation juridique des citoyens, il rend prévisible la norme juridique et il la rend praticable[641]. Il a une valeur constitutionnelle et est souvent combiné avec les principes de l'Etat de droit.

313. En France, la sécurité juridique subit un regain d'intérêt sous la Révolution avec la mise en place de différentes garanties : la généralisation du double degré de juridiction, l'indépendance des magistrats, la publicité des débats, la motivation des décisions, la suppression des juridictions d'exception... et principalement, le culte de la loi issue de la volonté générale.

314. Actuellement, si le principe de sécurité juridique n'est pas consacré en droit interne (Chapitre 1), il est cependant possible d'en dégager des critères principaux permettant de comprendre en quoi les revirements de jurisprudence peuvent apparaître comme néfastes (Chapitre 2).

[641] L. BENDIX, *Das Problem der Rechtssicherheit*, Berlin, 1914, p. 4.

Chapitre 1 : L'impalpable notion de sécurité juridique

315. La sécurité juridique[642] est une notion qui depuis bientôt vingt ans prend de plus en plus d'ampleur au sein des réflexions doctrinales[643] ou pratiques[644] même si l'étude de cette notion faisait déjà l'objet de travaux au début du XX^{ème} siècle[645] et était une préoccupation centrale des sociétés anciennes[646]. On assiste aujourd'hui, à une augmentation des décisions de justice y faisant référence.

316. Si l'on étudie la terminologie, le terme « sécurité » est entendu comme « l'état d'esprit confiant et tranquille de celui qui se croit à l'abri du danger»[647]. Ainsi, une mesure de sécurité est une mesure destinée « à prévenir un accident ou un évènement dommageable ou à en limiter les effets»[648]. Le terme « juridique » quant à lui, précise la nature de la sécurité. La sécurité est juridique lorsqu'elle vise à prévenir les dommages qui pourraient résulter du domaine juridique c'est-à-dire, un dommage issu d'une norme juridique de nature législative, réglementaire ou jurisprudentielle[649].

317. Bien qu'elle ait fait couler beaucoup d'encre, il n'existe pas de définition unanime de la sécurité juridique. De prime abord, on pourrait penser que faire appel à cette notion est inutile. En effet, la protection des relations juridiques existe déjà au

---

[642] P. CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190 : cet auteur estime qu' « il conviendrait de parler des principes de sécurité juridique » car cette notion recouvre une multitude de principes.
[643] E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, Thèse de doctorat, Paris II, 2003, p. 26 ; R. LIBCHABER, « Les avancées » de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2000, p. 660.
[644] Convention nationale des avocats, *Confiance et sécurité : nouveau besoin de droit*, Nantes, 19 au 22 octobre 2011 ; « Sécurité juridique et acte contresigné par avocat », interview de M. BENICHOU, Avocats & Droit, mars/mai 2011, p. 40.
[645] Des théoriciens tels que W. SAUER, P. ROUBIER et G. RIPERT se sont penchés sur la question.
[646] E. BEN MERZOUK, *op. cit.*, p. 7.
[647] Petit Robert, Dictionnaire de la langue française, V° *Sécurité.*
[648] Le petit Larousse illustré, V° *Sécurité.*
[649] La sécurité juridique apparaît donc être un élément de la sûreté, qui trouve sa source dans l'article 2 de la DDHC : il s'agit d'un droit naturel et imprescriptible de l'homme tout comme la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression. Ainsi, la sûreté ne s'étend pas qu'à la protection des biens ou des hommes mais également à la protection des droits : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

travers d'une multitude de notions. Selon le Professeur BOULOUIS « la formule « sécurité juridique » sonne en effet comme une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un. Imagine-t-on, un droit qui organiserait l'insécurité ou même qui la rendrait impossible »[650]? Cependant, l'office de juge se voit augmenté de l'obligation d'assurer un droit adapté à la société. C'est par le biais de la notion de sécurité juridique et de ses corollaires, que le juge va remplir cette mission.

318. La définition de la sécurité juridique apparaît comme ardue en raison du fait que cette notion est perçue différemment comme une valeur[651], un but, un principe[652], un idéal, un droit ou une nécessité[653]. « C'est une notion très vague. Elle a de surcroît une connotation psychologique, qui la rend malaisée à cerner. Et même si l'on pouvait s'accorder par convention sur une définition, il resterait à déterminer si cette notion peut être univoque. Car l'idée de sécurité n'est sans doute pas perçue de la même façon par le juge qui fait la jurisprudence, par le juriste pour qui c'est un instrument de travail, par le justiciable qui la subit ou qui en tire profit »[654].

---

[650] J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum P. PESCATORE*, Nomos, Baden Baden, 1987, p. 53.

[651] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Méthode du droit, Dalloz, 4ème éd., 2003, p. 21 : « tout ordonnancement juridique repose sur la recherche des « valeurs sociales » qu'il s'agit d'appréhender : la justice, la sécurité juridique, le progrès social… Les doctrines diffèrent en fonction des valeurs sur lesquelles elles mettent respectivement l'accent, autrement dit selon les finalités qu'elles poursuivent ».

[652] V° pour une opinion contraire : E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, Thèse de doctorat, Paris II, 2003, p. 43.

[653] Ainsi, dans le *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, la sécurité juridique est envisagée sous trois angles. Premièrement, la sécurité juridique peut-être un « idéal vers lequel le droit doit tendre en édictant des règles cohérentes, relativement stables et accessibles pour permettre aux individus d'établir des prévisions ». Deuxièmement, la sécurité juridique peut constituer le « droit pour un individu d'être fixé sur le contenu des dispositions qui lui sont applicables ». Et troisièmement, la sécurité juridique peut représenter la « nécessité de respecter la stabilité des situations qui amène à limiter les possibilités de les remettre en cause » : *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, dir. M. CABRILLAC, Objectif droit, LexisNexis, Litec, 2002, V° *Sécurité juridique*.

[654] D. FOUSSARD, *« Sécurité et jurisprudence. Rapport de synthèse »*, Entretiens de Nanterre, 16-17 mars 1990, *JCP E*. 1990, p. 17.

319. Ainsi, il ne semble pas opportun d'ériger ni en principe général du droit[655] ni en droit la sécurité juridique[656]. Le fait que la sécurité juridique soit une notion qu'il est difficile de cerner entraîne de l'insécurité juridique. Les principes généraux du droit étant source de droits subjectifs, ils doivent permettre aux individus de faire des prévisions. Or, le flou actuel qui entoure la notion de sécurité juridique ne garantit pas aux individus d'envisager avec certitude leur avenir juridique. En effet, toute notion floue ne permet qu'une compréhension incertaine de son contenu. Ainsi, les atteintes qui pourraient lui être portées sont, de ce fait, indéterminées.

De plus, qui dit principe général du droit dit possibilité pour le justiciable de l'invoquer. Cette possibilité entraînerait également de l'insécurité juridique car le justiciable pourrait se soustraire à une loi imprécise, en vertu de ce principe, ce qui aurait pour conséquence une atteinte à l'ordre juridique. Quant à mettre en place des règles de droit extrêmement précises, cela n'est ni possible ni souhaitable.

320. Monsieur PIAZZON semble avoir cerné au plus près ce que peut être la sécurité juridique puisqu'il définit cette dernière comme « l'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 légitimement bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation »[657].

321. La sécurité juridique est donc un idéal à atteindre mais paradoxalement qui ne doit pas être atteint car cela entraînerait une fixité du droit qui serait tout aussi néfaste que l'insécurité juridique. En effet, la société et les faits évoluent. Par conséquent, « la sécurité totale, ce serait la mort, ce serait la fixation à tout jamais, la non-évolution du droit »[658]. Il en résulte que des règles de droit floues ne sont pas

---

[655] A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814.
[656] E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, Thèse de doctorat, Paris II, 2003, p. 385 et s. : « il semble que ce droit ne pourrait se voir imposer dans notre ordonnancement sans provoquer de graves bouleversements générateurs d'insécurité juridique et susceptibles d'avoir des conséquences irrémédiables sur notre système ».
[657] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Collection de thèse, Defrénois, Lextenso éd., 2009, p. 62.
[658] H. ADER, « L'insécurité dans le droit communautaire », Entretiens de Nanterre, 16-17 mars 1990, *JCP E.* 1990, p. 32.

obligatoirement signe d'insécurité juridique puisque cette latitude laissée par le législateur permet au juge d'adapter la règle de droit aux évolutions de la société.

De plus, l'incertitude de la règle de droit peut être un atout pour la sécurité juridique. En effet, étant imprécise, la norme juridique va pousser le justiciable à plus de prudence.

322. Quant à la nature de la sécurité juridique, elle est duale puisqu'elle est à la fois une notion permettant d'atteindre certains buts tels que la préservation des situations juridiques déjà légalement constituées, mais également un but en soi qui peut être atteint au travers de l'application de diverses notions comme la publicité des lois ou les prescriptions. Ainsi, la sécurité juridique existe au travers de ses différentes composantes telles que la certitude, l'adaptabilité, la fiabilité, l'effectivité, l'efficacité ou l'équité[659] et recouvre diverses notions telles que l'information du citoyen, la non-rétroactivité ou l'aménagement des dispositions transitoires.

323. Si la sécurité juridique est aujourd'hui une notion incontournable, elle n'est cependant pas identiquement accueillie par les juridictions internes et européennes. Alors que les secondes reconnaissent son existence (Section 1), les premières sont plus partagées (Section 2).

[659] P. REIS, « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 29 et s.

Section 1 : La reconnaissance du principe de sécurité juridique au niveau européen

324. La notion de sécurité juridique a été consacrée au plan européen en tant que principe sur le modèle de la Cour constitutionnelle allemande[660] qui en a déduit les notions de stabilité de l'ordre juridique et de prévisibilité de l'action de l'Etat. Cependant, ni la Cour de justice de l'Union européenne (§ 1) ni la Cour européenne des droits de l'Homme (§ 2) n'en donnent de définition.

§1) La reconnaissance du principe de sécurité juridique par la Cour de justice de l'Union européenne

325. La Cour de justice de l'Union européenne a dégagé, au travers de sa jurisprudence, un principe de confiance légitime qui tend à limiter la modification des normes juridiques par les autorités compétentes. Le but est de préserver la confiance légitime des administrés en la règle de droit en ne la modifiant pas brutalement. Cependant, le principe de confiance légitime est à distinguer du principe de sécurité juridique qui est plus librement apprécié par les juges. Le principe de confiance légitime est apparu dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne au travers de l'arrêt *Algera* du 12 juillet 1957[661] qui évoque « la sauvegarde de la confiance légitime dans la stabilité » des situations juridiques. Ce principe a été consacré dans un arrêt du 5 juin 1973[662] puis confirmé dans un arrêt du 3 mai 1978[663].

---

[660] BVerfGE 2, 280 (403).
[661] CJCE, 12 juillet 1957, *Algera c/ Assemblée commune de la CECA*, *Rec.* p. 81.
[662] CJCE, 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*, *Rec.* p. 575.
[663] CJCE, 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*, *Rec.* p. 1019.

Il a, par la suite, été promu principe fondamental[664] inhérent à l'ordre juridique communautaire[665].

Pour le Professeur SIMON, la confiance légitime est « le versant subjectif du principe objectif de sécurité juridique »[666]. C'est en quelque sorte un sous-ensemble de la sécurité juridique visant à la protection des intérêts particuliers dans le cadre de situations légitimement acquises donnant lieu à des modifications de la règle de droit. Toutefois, tout comme la sécurité juridique, le principe de confiance légitime reste flou. C'est pour cette raison que ces deux principes, de valeur égale, sont employés conjointement ou indépendamment l'un de l'autre. Cependant, les critères d'application du principe de confiance légitime (existence d'éléments générateurs d'une confiance dans le chef du requérant, caractère légitime de celle-ci, imprévisibilité du changement de situation et prise en compte de la balance des intérêts) sont plus stricts que ceux du principe de sécurité juridique qui est beaucoup plus invoqué.

326. On peut distinguer trois grandes hypothèses dans lesquelles le principe de sécurité juridique apparaît.

La première hypothèse concerne la rédaction claire et précise[667] de la règle de droit ou plus précisément lorsqu'il y a malfaçon de l'acte incriminé. On entend par malfaçon le fait que l'acte, tel qu'il est constitué, entraîne une application incertaine en raison de son imprécision, de son ambiguïté ou d'un contenu comportant des contradictions avec d'autres actes. Il peut également y avoir malfaçon lorsque son auteur n'avait pas compétence pour prendre un tel acte ou que les règles des procédures d'adoption ou de publicité n'ont pas été respectées. Ces exigences s'appliquent au droit communautaire dérivé mais également aux règles de droit internes des Etats membres : « les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent que, dans les domaines couverts par le droit communautaire, les

---

[664] CJCE, 5 mai 1981, *Dürbeck / Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen*, *Rec.* p. 1095.
[665] CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italia*, *Rec.* p. 1205, pt 17.
[666] D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Etudes à la mémoire du Professeur A. Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 733 et s.
[667] CJCE, 9 juillet 1981, *Gondrand*, *Rec.* p. 1931.

règles de droit des Etats membres soient formulées de manière non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions nationales d'en assurer le respect »[668]. C'est au travers de cette hypothèse que la Cour de justice des Communautés européennes, en date du 6 avril 1962[669], a consacré le principe de sécurité juridique comme principe général du droit communautaire. « Le principe de sécurité juridique, qui fait partie de l'ordre juridique communautaire, exige que tout acte de l'administration produisant des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel cet acte existe et commence à produire ses effets juridiques, notamment au regard des délais de recours »[670]. Il y a donc exigence de prévisibilité de la norme.

Le traité de Lisbonne, en son article 19 §1, définit la mission de la Cour de justice de l'Union européenne : « elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ». La sécurité juridique est donc un élément nécessaire à l'exécution de sa mission. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée plusieurs fois sur le lien étroit qui existe entre sécurité juridique et norme communautaire dans un but de protection du justiciable. En effet, pour que le droit puisse produire pleinement ses effets, encore faut-il que les différents acteurs soient à même d'en connaître le contenu : par conséquent « la législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables »[671] .

327. La seconde hypothèse concerne l'application dans le temps de la règle de droit. Ici, le but poursuivi par la Cour de justice de l'Union européenne est de garantir la stabilité des situations juridiques. Ainsi, au travers du principe de sécurité juridique, elle impose qu'il soit fait mention expressément dans l'acte (règlements, directives, décisions… des institutions communautaires) des délais impératifs. La nature du délai n'a pas d'importance. Il peut s'agir de délais rétroactifs, d'application

---

[668] CJCE, 21 juin 1988, *Commission c/ Italie*, *Rec.* p. 3249.
[669] CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*., *Rec.* p. 101.
[670] CJCE, 7 février 1991, *Tagaras c/ Cour de justice*, *Rec.* p. 53.
[671] CJCE, 15 décembre 1987, *Irlande c/ Commission*, *Rec.* p. 5041.

immédiate ou de délais reportant ultérieurement l'entrée en vigueur de l'acte. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que « le principe de sécurité juridique exige qu'une disposition fixant un délai de forclusion (…) soit (…) claire et précise »[672].

328. La troisième et dernière hypothèse concerne l'unité de l'ordre juridique communautaire, sa cohérence. La Cour de justice de l'Union européenne, en étant la seule à pouvoir se prononcer sur la validité des actes communautaire, permet d'homogénéiser l'interprétation des dispositions des traités. Il y aura une application harmonieuse de la norme communautaire. Ainsi, a-t-elle décidé que « des divergences entre les juridictions des Etats membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unicité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de sécurité juridique »[673] .

329. Le principe de sécurité juridique, lorsqu'il est invoqué par la Cour de justice de l'Union européenne, se voit souvent adjoindre une ou plusieurs autres notions telles que : le respect des droits acquis, la protection des particuliers, la bonne administration, la transparence de l'action administrative, la non-rétroactivité… Il intervient également dans de nombreux domaines tels que la rédaction des textes, les méthodes d'interprétation, l'unicité du droit communautaire…

330. En raison de ses contours flous, la sécurité juridique est invoquée quel que soit le stade d'élaboration du droit. Elle peut être invoquée aussi bien au soutien de l'ordre juridique communautaire qu'au soutient d'un droit particulier. Ce flou résulte du fait que la Cour de justice de l'Union européenne n'a jamais pris la peine de définir exactement ce qu'elle entendait par « principe de sécurité juridique ».

---

[672] CJCE, 26 mai 1982, *Allemagne c/ Commission*, *Rec.* p. 1855.
[673] CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck*, *Rec.* p. 4199.

331. A l'image de la Cour de justice de l'Union européenne qui consacre le principe de sécurité juridique aux côtés de la confiance légitime, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît ce dernier.

§2) La consécration du principe de sécurité juridique par la Cour européenne des droits de l'Homme

332. Avec la Convention européenne des droits de l'Homme s'est instauré un ordre public européen[674] qui a trouvé confirmation avec le protocole n°11. Ce dernier confère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme une place centrale dans l'élaboration du droit européen. La Convention vise à assurer une garantie collective de ces droits mais également des libertés fondamentales. Les normes dégagées par la Cour européenne des droits de l'Homme vont ainsi traduire des valeurs, un patrimoine commun aux Etats signataires. La Convention européenne des droits de l'Homme est l' « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »[675]. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme a élaboré, sur la base de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, un droit procédural européen embrassant les principaux aspects du procès civil comme pénal. Le droit européen des droits de l'Homme est donc un droit prétorien intégrant des principes généraux particuliers au texte de base qui est la Convention européenne des droits de l'Homme.

---

[674] Comm. EDH, D 788/60, *Autriche c/ Italie*, annuaire de la CEDH, vol. 4, p. 139 : « considérant qu'il en résulte qu'en concluant la Convention, les Etats contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et des obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de tradition politique, d'idéaux, de liberté et de prééminence de droit ».
[675] CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou*, exceptions préliminaires, § 80, requête n° 15318/89.

333. Ainsi, la Cour estime que le principe de sécurité juridique est inhérent à la Convention européenne des droits de l'Homme et ce, depuis l'arrêt *Marckx*[676]. La sécurité juridique est un des objectifs de la Convention européenne des droits de l'Homme car il se rattache au principe de la prééminence du droit. La prééminence du droit ne laisse aucune place à l'arbitraire. Par conséquent, la Convention veille à ce que les situations juridiques ne soient pas empreintes d'incertitude, au point que soit remise en cause la nature même du droit. La sécurité juridique étant étroitement liée à la notion de prééminence du droit, elle le sera, par conséquent, également avec les principes qui seront dégagés de cette dernière par la Cour européenne des droits de l'Homme.

334. La Cour s'attache à prévoir les obligations des Etats, mais également les moyens permettant d'atteindre ces obligations. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'Homme, en son article 2 §1, prévoit que doit être protégé par la loi le droit de toute personne à la vie. Il s'agit ici du but à atteindre, la protection de la vie. La Cour est venue préciser les moyens à mettre en œuvre pour atteindre ce but : « l'obligation de l'Etat à cet égard implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations »[677].

335. La Convention européenne des droits de l'Homme prévoit également les modalités d'exercice des droits et libertés. Elle autorise qu'il soit porté atteinte à certains droits et libertés à condition que ces atteintes soient « nécessaires » dans le cadre d'une démocratie et afin d'atteindre les buts qu'elle a fixés[678]. Si l'on prend l'exemple de la privation de liberté, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé qu' « il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Par conséquent, il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit

[676] CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique, § 58,* requête n° 6833/74.
[677] CEDH, 28 mars 2000, *Kiliç*, § 62, requête n° 22492/93.
[678] Par exemple, V° articles 8, 9, 10,11… de la Conv. EDH.

prévisible dans son application, de façon à remplir le critère d' « égalité » fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise »[679]. L'intelligibilité de la loi, sa prévisibilité et son accessibilité sont donc des principes relevant de la sécurité juridique.

336. La Cour européenne des droits de l'Homme exige que les règles de droit, dans chaque ordre interne, soient formulées « avec assez de précision pour permettre aux personnes concernées, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, de prévoir, à un degré raisonnable dans des circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »[680]. Cela ne signifie pas pour autant que la loi ne doit pas être susceptible d'interprétation, rôle réservé aux juridictions nationales. De plus, faire d'une loi un cadre strict n'est ni possible ni utile. En effet, une loi, aussi précise soit-elle, ne peut couvrir l'ensemble des situations de fait rencontrées par les magistrats et auxquelles elle trouve à s'appliquer. Sans compter le fait qu'un cadre trop strict ne permettrait pas aux magistrats d'adapter la loi aux évolutions de la société et par-là même, bloquerait toute évolution du droit, sauf interventions répétées du législateur. Ces interventions auraient alors pour conséquence une profusion de textes qui rendrait la matière juridique trop touffue et qui, par conséquent ne serait plus du tout accessible au justiciable allant ainsi à l'encontre du principe posé par la Cour européenne des droits de l'Homme, d'une loi intelligible.

337. L'invocation de la sécurité juridique par la Cour a plusieurs buts. Elle permet d'interpréter ou de donner un sens univoque à une disposition de la Convention[681]. Elle peut également légitimer[682] ou étayer[683] une solution dégagée par la Cour. Cette dernière fait référence, entre autres, au travers de différents arrêts, à l'accès au juge[684], à la stabilité et à la prévisibilité du droit[685], à l'autorité de la chose

---

[679] CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski*, § 52, requête n° 28358/95.
[680] CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin*, § 31, requête n° 17488/90.
[681] Les cas sont assez rares. V° CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, requête n° 6833/74.
[682] CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen*, § 41, requête n° 8777/79.
[683] CEDH, 16 décembre 1997, *Eglise catholique de la Canée*, § 40, *Rec.* p. 2862.
[684] CEDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c/ France*, requête n° 12964/87 : les règles françaises organisant la publication des décisions de classement des sites créent « un état d'insécurité juridique quant à la nature exacte du décret de classement et au mode de calcul du délai de

jugée[686], aux formalités et délais à respecter pour former un recours[687], au droit d'accès au tribunal[688]…

338. Au travers de ces différents exemples, on ne peut que constater la place importante que prend le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des Cours européennes. En droit interne, il en va différemment, excepté pour le Conseil d'Etat, même si aujourd'hui, il est fait référence à la notion de sécurité juridique dans certaines décisions de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel.

Section 2 : L'indécision des juridictions internes

339. Ce n'est que très récemment que la sécurité juridique a fait de timides apparitions dans la jurisprudence interne. La France se démarque de certains pays européens qui reconnaissent explicitement la notion de sécurité juridique. Ainsi, la Constitution espagnole prévoit-elle dans son article 9 alinéa 3 qu'elle « garantit le principe de la légalité, la hiérarchie et la publicité des normes, la non-rétroactivité des dispositions impliquant des sanctions qui ne favorisent pas ou qui restreignent des droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part ». Les juges espagnols voient, au travers de ce principe, « la somme du principe de légalité, de la publicité des normes, de la non-rétroactivité de la loi non favorable et de l'interdiction de l'arbitraire»[689]. Il apparaît donc que la sécurité juridique est également, en droit espagnol, une notion floue puisqu'elle représente un ensemble d'éléments et un élément de cet ensemble.

---

recours », « le système ne présentait aucune cohérence et une clarté insuffisante » empêchant ainsi l'accès effectif par le requérant au juge.

[685] CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzales e. alpha c/ France* : *D.* 2000, p. 184, obs. N. FRICERO.

[686] CEDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu*, § 61, n° 28342/95.

[687] CEDH, 25 janvier 2000, *Miragall Escolano et autres*, § 33, requêtes n^{os} 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 et 41509/98.

[688] CEDH, 21 février 1975, *Golder* et 27 juin 1997, *Philis, § 59*, requête n° 4451/70.

[689] STC 133/1989, FJ3.

En Allemagne[690], au Portugal, en Pologne, en Suisse, en Grèce, en Autriche, aux Etats-Unis notamment, la sécurité juridique est considérée comme un élément important de l'Etat de droit.

340. En droit français, la notion de sécurité juridique n'est pas totalement occultée puisque les juridictions internes y font référence avec plus ou moins de précision. Alors que le Conseil d'Etat considère cette notion comme un principe (§ 1), la Cour de cassation ne fait qu'y faire référence (§ 2) et le Conseil constitutionnel parle plus volontiers de garantie des droits (§ 3).

§1) La sécurité juridique : principe consacré par le Conseil d'Etat

341. Le Conseil d'Etat n'a que récemment fait référence directement au principe de sécurité juridique. Cependant, il n'est pas contestable que de nombreuses règles en sont issues : respect de la hiérarchie des normes, clarté des énoncés législatifs et réglementaires, simplification des dispositifs et des procédures, cohérence du corpus normatif, aménagement des régimes transitoires, prohibition sauf cas de motifs impérieux d'intérêt général des validations législatives, interdiction par une autorité administrative de retirer au-delà d'un certain délai les actes créateurs de droit[691], principe général de non-rétroactivité des actes administratifs[692], théorie des fonctionnaires de fait dont les actes sont validés même si leur nomination est

---

[690] BverfGE 2, 380 (403) ; 3,225 (237) ; 13, 261 (271).

[691] CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, *Rec.* p. 790 ; CE, 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, F. LENICA et J. BOUCHER, *AJDA* 2007, p. 358 ; CE, 16 juin 2008, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et autres* : « si l'exercice du pouvoir réglementaire implique, pour son détenteur, la possibilité de modifier à tout moment les normes qu'il définit sans que les personnes auxquelles sont, le cas échéant, imposées de nouvelles contraintes puissent invoquer un droit au soutien de la réglementation existante , c'est sous réserve du respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs, qui exclut que les nouvelles dispositions s'appliquent à des situations juridiquement constituées avant l'entrée en vigueur de ces dispositions ».

[692] CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal L'Aurore*, *Rec.* p. 289.

annulée[693], possibilité pour le juge saisi pour excès de pouvoir de ne pas annuler une décision lorsque l'administration aurait pu prendre la même décision sur la base d'autres motifs valables[694]…

342. A cela s'ajoute que l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat est marquée par l'exigence de sécurité juridique : certaines décisions témoignent de la prise en compte de ce principe.

Par exemple concernant l'accessibilité au droit, le Conseil d'Etat a estimé, que cette dernière était une mission de service public.

Il en va de même pour l'arrêt *Ternon* du 26 octobre 2001[695] concernant les règles de retrait des actes administratifs illégaux : « l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits que dans un délai de quatre mois suivant la prise de décision » qu'il y ait eu ou non recours contre cet acte.

343. C'est en 2006 que deux arrêts vont marquer un tournant puisque le Conseil d'Etat va expressément se référer à la motion de sécurité juridique.

Dans l'arrêt *Sté KPMG et a.*[696] le Conseil d'Etat mentionna des « motifs de sécurité juridique ». Ainsi, en vertu du code de commerce, un commissaire aux comptes ne devait pas avoir d'intérêts dans les sociétés qu'il contrôlait et ce, afin d'éviter les conflits d'intérêts. Le code de déontologie était venu fixer les contours de cette interdiction et avait été approuvé par le décret du 16 novembre 2005[697] qui précisa les incompatibilités. Quatre grands cabinets d'audit et d'expertise comptable avaient alors saisi le juge des référés afin que soit suspendu le décret et ce, en vain. Saisit par la suite, le Conseil d'Etat avait accueilli leur demande au motif que le décret devait être annulé car il s'appliquait aux contrats en cours et plus précisément, qu'il ne comportait pas de mesures transitoires relatives aux mandats des

---

[693] CE, Ass., 2 novembre 1923, *Association de l'administration centrale des postes et télégraphes*, *Rec.* p. 699.
[694] CE, Ass. 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances c/ Dame Perrot*, *Rec.* p. 39.
[695] CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, *Rec.* p. 497
[696] CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et a.*, P. CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190, *Rec.* p. 154.
[697] Décret n° 2005-1412 du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes, *JORF* du 17 novembre 2005, p. 17925.

commissaires aux comptes en cours à la date de son entrée en vigueur. En effet, la méconnaissance des obligations contenues dans le code de déontologie engendrait des sanctions. Un temps de latence est donc nécessaire afin qu'il soit remédié aux situations en cours désormais illégales. Le Conseil d'Etat a donc estimé que le décret ne trouverait à s'appliquer qu'aux contrats conclus après sa promulgation, soit le 18 novembre 2005 supprimant ainsi, les effets rétroactifs du texte.

Par la suite, dans l'arrêt *Sté Techna et a.*[698], le Conseil d'Etat a cité « le principe de sécurité juridique » plaçant de la sorte ce dernier parmi les principes généraux du droit qui s'imposent à l'administration.

344. Si aujourd'hui le Conseil d'Etat reconnaît le principe de sécurité juridique, il en va cependant différemment du Conseil constitutionnel qui refuse de consacrer ce dernier.

§2) Le recours à la notion de garantie des droits par le Conseil constitutionnel

345. Le principe de confiance légitime pris en compte par la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas été retenu par le Conseil constitutionnel qui constate qu' « aucune règle constitutionnelle ne garantit un principe dit de confiance légitime »[699]. Il en va de même du principe de sécurité juridique[700]. Certains auteurs le qualifient de concept « clandestin » car bien que non explicitement reconnu, il est constitutionnalisé puisque « le juge a, de fait, reconnu valeur constitutionnelle aux

[698] CE, Sect., 27 octobre 2006, *Sté Techna et a.*, P. CASSIA, « La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif », *D.* 2007, p. 621.
[699] Cons. const., décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, *JORF* du 31 décembre 1996, p. 19557.
[700] Cons. const., décision n° 97-391 DC du 7 novembre 1997, *Principe de sécurité juridique*, *RJC* I-719.

exigences qui en constituent la substance »[701] (droit d'accès au juge, égalité des armes…).

346. Si le Conseil constitutionnel n'invoque que très rarement[702] le principe de sécurité juridique, c'est pour plusieurs raisons : le principe de sécurité juridique est absent de notre corpus constitutionnel et il pourrait laisser sous-entendre que les situations juridiques fixées par la loi sont figées et ne peuvent être modifiées par le législateur.

De plus, si le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas le principe de sécurité juridique c'est parce qu'il existe des garanties analogues. Ainsi, par exemple, la propriété est entourée de garanties constitutionnelles. Seul l'Etat peut établir une servitude d'utilité publique sur un immeuble et ce, suite à une procédure contradictoire fixée par les textes[703]. Quant aux garanties des droits de la défense, elles résultent « des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »[704].

347. Cependant, le Conseil Constitutionnel prend de plus en plus en compte cette notion sans pour autant la consacrer même s'il y fait référence[705]. En effet, il a recours à la notion de « garantie des droits » et estime que la loi doit être claire[706] et précise[707], accessible, intelligible, et de portée normative[708]. Ainsi, une disposition

---

[701] B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges P. Gélard*, LGDJ, Paris, 1999, p. 302.
[702] Cons. const., décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Rec.* p. 43.
[703] Article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.
[704] Cons. const., décisions n^{os} 76-70 DC du 2 décembre 1976, *JORF* du 7 décembre 1976, p. 7052 et 80-127 DC des 19-20 janvier 1981, *JORF* du 22 janvier 1981, p. 308.
[705] Le Conseil constitutionnel, se prononçant dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, a déclaré l'article 45 du code des postes et des télécommunications inconstitutionnel mais, eu égard aux implications « manifestement excessives (…) pour la sécurité juridique », a reporté la date d'abrogation du texte au 1er juillet 2011 : Cons. const., décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *JORF* du 7 octobre 2010, p. 18156.
[706] Cons. const., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, relative à la loi de nationalisation : il y a respect de l'article 34 de la Constitution de 1958 lorsqu'une loi est claire et précise.
[707] B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *JCP G.* 2007, n° 1-2, p. 3.
[708] F. BRUNET, « La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 403.

législative est entachée d'incompétence négative lorsqu'elle est incompréhensible et inexplicable[709], le législateur étant resté en deçà de sa mission constitutionnelle.

Désormais, le Conseil constitutionnel censure une loi n'ayant pas de portée normative. Une disposition sans portée normative est contraire à la Constitution, « aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, « la loi est l'expression de la volonté générale », et « il résulte de cette norme, comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relative à l'objet de la loi, que sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution[710], la loi a pour vocation d'énoncer des règles de droit et doit par suite être revêtue d'une portée normative »[711].

348. La loi doit être claire : le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions portant atteinte à la liberté d'entreprendre car les limitations apportées à cette dernière n'étaient pas claires et précises[712]. Mais elle doit également être complète : le Conseil constitutionnel, en vertu de l'article 34 de la Constitution[713], a censuré une loi qui créait une contribution nouvelle en en fixant le taux mais en omettant de préciser son assiette et ses modalités de recouvrement[714]. Dans une décision en date du 16 décembre 1999[715] relative à la codification par ordonnance, il a affirmé l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi en se fondant sur les articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789. Il a estimé qu'une complexité excessive et

---

[709] Cons. const., décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985 relative à la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier : une disposition fiscale laissant place à deux interprétations possibles est entachée d'incompétence négative, *JORF* du 12 juillet 1985, p. 7888.

[710] Par exemple, certaines dispositions législatives des lois de programmation peuvent déroger au principe de normativité en ce qu'elles visent l'objet prévu et défini par la Constitution en son article 34 c'est-à-dire lorsqu'elles « déterminent les objectifs de l'action de l'Etat » et définissent les « orientations pluriannuelles des finances publiques ».

[711] Cons. const., décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, *JORF* du 24 avril 2005, p. 7173.

[712] Cons. const., décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *JORF* du 14 décembre 2000, *Rec.* p. 19830.

[713] L'article 34 de la Constitution dispose « que la loi fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impôts de toutes natures ».

[714] Cons. const., décision n° 91-283 DC du 8 janvier 1991, *Rec.* p. 11.

[715] Cons. const., décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Rec.* p. 136.

injustifiée ne permettait pas la nécessaire « garantie des droits »[716] et donc implicitement le respect de la sécurité juridique.

349. Quant à l'impératif de prévisibilité du droit, il est garanti par l'article 2 du code civil qui dispose que la loi est non-rétroactive. Il s'agit d'un élément fondamental de la sécurité juridique. Ce principe n'a valeur constitutionnelle qu'en matière répressive[717], en matière fiscale en raison d'un motif d'intérêt général suffisant et sans priver de garanties légales les exigences constitutionnelles[718] et en matière contractuelle en raison d'un motif d'intérêt général. La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'admet la rétroactivité d'une loi que si celle-ci est justifiée par un intérêt général suffisant (par exemple, les lois de validation[719]).

350. Alors que le conseil constitutionnel ne prend pas en compte ouvertement la notion de sécurité juridique dans le cadre de ses décisions, la Cour de cassation quant à elle, a une position plus ambiguë puisqu'elle n'hésite pas à citer la notion de sécurité juridique sans pour autant la consacrer.

§3) La position de la Cour de cassation

351. La sécurité juridique et le pouvoir judiciaire sont étroitement liés[720]. En effet, si l'on part du postulat que la sécurité juridique est une notion permettant la garantie des droits, cette garantie ne peut être exercée que par le juge qui par sa

---

[716] Cons. const., décision n°2005-530 DC du 29 décembre 2005 relative à la loi de finances pour 2006, *JORF* du 31 décembre 2005, p. 20705.
[717] Article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.
[718] B. MATHIEU, « Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite. Observation à propos de la décision 98-404 DC du 18 décembre 1998 du Conseil constitutionnel », *RFDA* 1999, p. 89.
[719] Cons. const., décision n° 95-369 DC du 28 décembre 1995.
[720] F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », in *Le principe de sécurité juridique*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/la-securite-juridique-en-droit-constitutionnel-francais.52119.html.

mission veille au respect des droits et obligations de chacun. Aujourd'hui, la sécurité juridique n'est pas consacrée par la Cour de cassation, même si parfois elle y fait référence[721]. Elle transparaît cependant au travers d'autres principes.

352. Ainsi, dans le cadre du procès, le juge doit apprécier la demande en fonction du droit applicable au jour de la demande ou au jour des faits qui la fondent. Par exemple, 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 que l'on lui puisse imputer la faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit[722].

Il est cependant à noter, que l'influence du droit européen peut remettre en cause ce principe. En effet, l'application immédiate du droit communautaire emporte renonciation à certains principes du droit français. A titre d'exemple, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a déclaré applicable un règlement du Conseil des Communautés européennes entré en vigueur en cours de procédure car il n'était pas concevable qu'une décision interdise une commercialisation alors qu'en même temps, un texte européen l'autorisait[723]. Dans la même optique, la Chambre commerciale a ordonné à un juge de l'exécution de suspendre l'exécution d'un jugement provisoire au motif que l'activité qui était interdite sous astreinte avait été reconnue licite postérieurement par la Cour de justice des Communautés européennes[724]. En raison de l'application immédiate du droit communautaire, il revient à renoncer à certains principes du droit français.

---

[721] Cass. soc., 2 mai 2000, *Bull. civ.*, V, n° 162 ; Cass. com., 6 décembre 2005, *Bull. civ.*, IV, n° 240 ; Cass. civ. 2ème, 15 novembre 2005, *Bull. civ.*, II, n° 288 ; X. LAGARDE, « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », *JCP G.* 2009, p. 237 ; E. BEN MERZOUK, « La fausse consécration du « principe de sécurité juridique », *D.* 2003, p. 2722 ; du même auteur : *La sécurité juridique en droit positif*, thèse de doctorat, Paris II, 2003, p. 491 et s.

[722] Cass. civ. 1ère, 25 novembre 1997, *D.* 1998, p. 7 ; N. MOLFESSIS, « La portée des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 1998, p. 210.

[723] Cass. com., 27 février 1996, *Bull. civ.*, IV, n° 61.

[724] Cass. com., 20 octobre 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 253 ; M. DARMON, « Cour de cassation et primauté du droit communautaire, à propos de l'arrêt *Société Pontoizeau* », *Gazette européenne du Palais*, n° 19, 11 et 12 juin 1999, p. 4.

353. L'impossibilité de remettre en cause des décisions de justice passées en force de chose jugée et devenues irrévocables du fait de l'expiration du délai des voies de recours, permet, quant à elle, de préserver les situations juridiques anciennement constituées.

354. Les délais des voies de recours concourent également à préserver les situations juridiques. En effet, permettre la remise en cause de situations juridiques très anciennes reviendrait à plonger les relations juridiques dans une incertitude sans fin et aboutirait à bloquer les conventions juridiques, ces dernières se voyant consolidées au maximum afin de ne pas être remises en cause.

Le principe des délais des voies de recours est cependant contrebalancé par le droit à la protection juridictionnelle qui, comme nous venons de le voir, doit être nécessairement limité temporellement. Il arrive parfois que ces deux notions entrent en conflit et que le juge soit amené à trancher entre le droit à l'accès au juge et la préservation d'une ou plusieurs situations juridiques. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation, en date du 28 mars 2000[725], a-t-elle été amenée à se prononcer sur la nullité d'un plan social permettant la réintégration des salariés licenciés dans l'entreprise après un délai de trente ans. Les juges ont estimé que la prescription quinquennale était en l'espèce applicable, limitant ainsi dans le temps les conséquences de l'annulation du plan social, assurant la stabilité des situations juridiques passé ce délai.

355. La Cour de cassation estime que le contenu de la norme juridique doit être clair et précis : si la norme est claire et précise, elle sera par voie de conséquence plus prévisible. Une norme prévisible permet de sécuriser les relations juridiques et de préserver les droits et libertés des individus puisque les justiciables sauront ce que leur réserve immédiatement et dans l'avenir l'application de la norme[726]. La cour de cassation, en sa Chambre criminelle a estimé « que toute infraction doit être définie

---

[725] Cass. soc., 28 mars 2000, *Bull. civ.*, V, n° 132.
[726] Sur la notion de délit flagrant : Cass. crim., 6 février 1997, *Bull. crim.*, n° 49 ; en matière de délits de presse : Cass. crim., 4 avril 1991, *Bull. crim.*, n° 163.

en termes clairs et non équivoques permettant au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui »[727].

La Chambre criminelle a également moduler dans le temps ses décisions concernant la garde à vue, en date du 19 octobre 2010[728], même si elle revenue sur sa position par la suite[729], car elle estimait que « ces arrêts ont aussi pour but de sauvegarder la sécurité juridique, principe nécessairement inhérent au droit de la Convention européenne des droits de l'homme »[730].

356. L'Assemblée plénière joue aussi un rôle important[731] dans la mesure où il lui revient de trancher les divergences entre les différentes Chambres de la Cour de cassation concernant une question de droit sur laquelle elles ont eu à se prononcer et qui a entraîné des solutions différentes. Ainsi, la règle de droit sera appliquée avec plus de certitude.

L'Assemblée plénière peut également être saisie directement avant que ne se constitue une jurisprudence. Ainsi, une divergence d'interprétation par les différentes Chambres ne sera pas possible. L'interprétation de la règle de droit sera uniforme au sein de la Cour de cassation et le justiciable sera à même de connaître ses droits et obligations.

Il en est de même de la procédure pour avis de la Cour de cassation qui permet à une juridiction inférieure de saisir la juridiction suprême sur une question de droit nouvelle afin de connaître sa position. La juridiction inférieure va pouvoir ainsi se prononcer en adéquation avec cette dernière, ce qui aura pour effet, dans le cadre d'un pourvoi, de limiter les causes de cassation.

---

[727] Cass. crim., 16 janvier 2002, *D.* 2002, p. 1225, note M. DOBKINE.
[728] Cass. crim., 19 octobre 2010 (3 arrêts), *Bull. crim.*, n° 163, 164 et 165 ; J. PRADEL, « Vers une métamorphose de la garde à vue », *D.* 2010, p. 2783.
[729] Cass. crim., 31 mai 2011, n^{os} 10-88.293, 10-88.809, 11-80.034 et 11-81.412.
[730] Communiqué relatif aux arrêts rendus le 19 octobre 2010 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/arrets_rendus_17837.html
[731] M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD Civ.* 1992, p. 350.

De même, la possibilité pour le juge de surseoir à statuer[732], quand différentes instances sont saisies, va permettre d'éviter que des solutions contraires ne soient rendues et que la situation juridique ne soit pas réellement tranchée.

357. D'autres exemples peuvent encore êtres cités : l'effet obligatoire des conventions entre les parties, l'interprétation restrictive des textes d'incrimination et le principe de la confiance légitime, création de la Cour de justice de l'Union européenne, qui ne trouve pas d'équivalent en droit français mais semble quand même être pris en compte par la Cour de cassation[733]…

358. <u>Bilan du chapitre 1 :</u> La sécurité juridique est une notion qui est différemment acceptée par les juges. Les juridictions européennes n'ont pas hésité à reconnaître le principe de sécurité juridique alors qu'en droit interne ce dernier peine à se faire une place.

359. La Cour de justice de l'Union européenne a dégagé, aux côtés du principe de sécurité juridique, un principe de confiance légitime. Elle fait appel à ces derniers, le plus souvent conjointement, afin de préserver la confiance légitime des administrés dans le droit.

La Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît également le principe de sécurité juridique estimant que ce dernier est inhérent à la Convention européenne des droits de l'Homme en tant qu'il se rattache au principe de la prééminence du droit.

360. Ce n'est que très récemment que le Conseil d'Etat a fait référence au principe de sécurité juridique. Cette reconnaissance s'est faite en plusieurs étapes puisque le Conseil d'Etat à d'abord fait référence à « des motifs de sécurité

[732] Cass. crim., 16 mai 1991, *Bull. crim*., n° 211.
[733] Cass. soc., 14 juin 1989, *Bull. civ.*, V, n° 449.

juridique » pour, par la suite, faire clairement référence au principe de sécurité juridique.

Le Conseil constitutionnel adopte une position différente dans la mesure où il ne reconnaît ni le principe de confiance légitime ni celui de sécurité juridique. Cependant, il prend de plus en plus en compte la sécurité juridique même s'il préfère faire référence à la notion de « garantie des droits ».

La Cour de cassation adopte, quant à elle, une position à mi-chemin entre celle du Conseil d'Etat et celle du Conseil constitutionnel puisqu'elle fait référence, dans ses arrêts, à la notion de sécurité juridique sans pour autant la consacrer.

361. Il résulte de ces différentes études que la sécurité juridique est une notion qui trouve sa place au sein du droit et dont l'éclairage permet de mettre en avant les difficultés pouvant naître d'un revirement de jurisprudence.

Chapitre 2 : Les revirements de jurisprudence confrontés à l'exigence de la sécurité juridique

362. A l'étude des différentes approches de la notion de sécurité juridique, on peut constater que certains critères, admis par l'ensemble des juridictions, qu'elles soient internes ou européennes, se dégagent. Par conséquent, si la sécurité juridique n'est pas unanimement consacrée, on peut, cependant, en déduire que cette notion recouvre les critères d'accessibilité, de stabilité et de prévisibilité de la règle de droit, critères pris en compte, quelle que soit la juridiction.

363. Si les revirements de jurisprudence sont indispensables à l'évolution du droit et de ce fait, apparaissent sous un jour positif, le revers de la médaille n'est cependant pas inexistant. Les revirements de jurisprudence vont ainsi, soulever différents problèmes ayant trait à la sécurité juridique (Section 1) et à la rétroactivité (Section 2).

Section 1 : Les critères de la sécurité juridique appliqués aux revirements de jurisprudence

364. Le professeur HUGLO définit la sécurité juridique comme « le résultat à la fois de la clarté et de la constance de la norme écrite, de la prudence éclairée des juges qui l'appliquent et l'interprètent, de la qualité de la doctrine qui rend compte de l'état de droit. Le degré plus ou moins stable de la règle de droit est en conséquence inséparable de la société qui l'a vu naître » [734]. Il en résulte que les notions constituant la sécurité juridique interagissent entre elles.

Ainsi, pour qu'un droit soit accessible, il doit être stable. Si le droit objectif était instable, il ne serait pas possible à l'individu de connaître le contenu de celui-ci et donc de faire des prévisions. La stabilité du droit permet à l'individu de se projeter dans l'avenir en connaissance des règles applicables. « La sécurité juridique, c'est en somme tout à la fois : savoir et prévoir »[735].

365. Cependant, même si le droit aspire à être sécurisant, il ne doit pas être pour autant figé. Par conséquent, il n'est pas concevable de tenter d'interdire les revirements de jurisprudence. Pour autant, il est nécessaire de permettre aux individus d'avoir accès à ces derniers afin de les mettre en mesure d'adapter leur situation en cas d'évolution de la règle de droit (§ 1). Une meilleure accessibilité des revirements de jurisprudence est donc à même de compenser partiellement l'instabilité du droit qu'ils engendrent (§ 2) et une meilleure prévisibilité de ces derniers (§ 3).

---

[734] J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/la-cour-de-cassation-et-le-principe-de-la-securite-juridique.52121.html.

[735] B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 154.

§1) L'accessibilité des revirements de jurisprudence

366. Aujourd'hui, le droit se présente comme un magma de normes juridiques dans lequel il n'est pas toujours aisé de s'y retrouver (A). Ainsi, l'accès à la règle de droit s'en trouve compliqué et certaines propositions ont été avancées pour remédier à ce mal[736].

Cependant, le revirement de jurisprudence mettant à jour une nouvelle règle jurisprudentielle, il est nécessaire que son accessibilité soit optimale afin que les justiciables soient informés (B).

A) Le critère de l'accessibilité

367. Une chose qui est accessible est une chose qui peut être atteinte ou abordée. L'accessibilité est un élément intrinsèque à la sécurité juridique car le droit, étant extérieur à l'individu, doit être nécessairement porté à la connaissance de ce dernier. L'étude de l'accessibilité du droit nécessite donc l'étude des moyens permettant au droit d'être atteint. L'accessibilité du droit se décompose alors en deux grandes catégories : l'accessibilité formelle (1) et l'accessibilité intellectuelle ou substantielle (2).

[736] J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Rapport au Premier ministre, Coll. rapports officiels, La documentation française, 2009.

1) L'accessibilité formelle du droit

368. Le corpus juridique est l'ensemble des normes juridiques constituant le droit applicable à un moment donné. Il est donc nécessaire que les justiciables, afin de prendre connaissance de leurs droits et de leurs obligations, puissent y avoir accès. C'est pour cette raison que la loi doit être publiée pour être opposable aux individus.

Aujourd'hui, la capacité des individus à s'informer et à comprendre le droit a augmenté. Ainsi, pour qu'une règle de droit soit mieux acceptée, il est nécessaire qu'elle soit accessible.

L'accessibilité du droit passe par une diffusion des normes juridiques[737]. Ces vingt dernières années, cette diffusion a été maximale par le biais d'un outil nouvellement arrivé : l'informatique[738] et par la suite, internet. Grâce à lui, ces vingt dernières années, le droit s'est rapproché du justiciable. En effet, il est possible à tout individu « surfant » un tant soit peu, d'accéder formellement aux règles de droit qui lui sont applicables.

L'accessibilité formelle du droit est une mission de service public dont l'Etat s'est acquitté en mettant en place, entre autres, le site *Légifrance* qui permet l'accès à la législation mais également à la jurisprudence de diverses juridictions. Il en va de même du site « *service-public.fr* » qui vise à informer les justiciables de leurs droits et obligations.

369. Cependant, se pose le problème de la multiplication des textes normatifs[739] et « qui dit inflation dit dévalorisation : quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite »[740]. Aujourd'hui, l'accès au droit est facilité, mais pour les

---

[737] M. DOMINGO, « Le juge dans l'épaisse forêt du droit », *RD&J*, n° 32, printemps-été 2009, p. 1.
[738] A. PERDRIAU, « Les arrêts de la Cour de cassation au regard de l'informatique », *JCP G.* 1990, I, 3436.
[739] J. DE CLAUSADE, « Sécurité juridique et complexité du droit : considérations générales du Conseil d'Etat », *D.* 2006, p**.** 737 ; R. DENOIX DE SAINT MARC, « Le conseil d'Etat, acteur déterminant de l'élaboration des lois et règlements » (entretien), *JCP G.*, 2006, p. 480.
[740] *Rapport public du Conseil d'Etat de 1991*, *De la sécurité juridique*, EDCE, n° 43, La documentation française, 1992, p. 20.

juristes seulement, par les nombreuses revues spécialisées[741] permettant, en raison de leur classement par matière, d'accéder plus aisément aux règles de droit, que ce soit sur papier ou par internet.

370. L'accès au droit passe également par le droit d'agir en justice. Aussi, les conditions d'accès à la justice ne doivent pas être discriminatoires, chacun devant pouvoir faire valoir ses droits[742]. Ainsi, l'aide juridictionnelle a-t-elle été mise en place afin de permettre aux plus démunis de saisir la justice malgré de faibles revenus.

371. Cependant, accéder formellement à la règle de droit n'est pas suffisant. En effet, encore faut-il que cette dernière soit compréhensible.

2) L'accessibilité intellectuelle du droit

372. L'accessibilité intellectuelle a trait à la qualité du droit. En effet, cette notion concerne la lisibilité et la clarté. Est donc inhérent à la sécurité juridique le fait que le citoyen soit à même de déterminer ce qui lui est permis de ce qui lui est interdit par le droit positif, sans qu'il ait à déployer des efforts insurmontables. La sécurité juridique désigne donc l' « ensemble de préoccupations qui ont en commun le souci de prendre en compte l'impact réel de la norme sur les citoyens, la façon dont elle peut être connue, comprise et acceptée »[743].

---

[741] Pour une liste des principales revues spécialisées V° B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5ème éd., 2000, p. 329 et s.

[742] N. MOLFESSIS, « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD Civ.* 2000, n° 3, p. 663.

[743] S. LASVIGNES, « Sécurité juridique et qualité de la réglementation : quelques considérations pratiques », in *Le principe de sécurité juridique*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/securite-juridique-et-qualite-de-la-reglementation-quelques-considerations-pratiques.52125.html.

373. La lisibilité peut-être définie « comme la qualité d'un texte qui peut-être lu promptement, assimilé facilement, dont les éléments essentiels sont identifiés et simplement retenus »[744]. La lisibilité doit être physique, c'est-à-dire que le texte doit être présenté de façon cohérente et faire bon usage de la langue française.

Or, la matière juridique, comme toute matière relevant de domaines pointus, fait appel à des notions, des termes spécifiques, empruntant au latin, à l'ancien français voire maintenant à l'anglais[745]. Cependant, le langage soutenu, spécifique du droit[746] est nécessaire pour permettre d'appréhender les différentes notions le composant. Ainsi, concernant le style des arrêts, « la propriété des mots, leur exacte conformité avec l'idée à exprimer doit distinguer le style judiciaire. Par l'utilisation constante du mot propre (*proprius* = particulier), on obtient une phrase lumineuse et cette concision qui, dans un document de justice, est la qualité première »[747].

Bien sûr, le langage juridique ne peut rester figé et doit s'adapter aux évolutions de la société. Ainsi, de nouveaux termes peuvent faire leur apparition comme ce fut le cas, ces quinze dernières années, en matières de bioéthique avec les récentes découvertes concernant la génétique ou suite à la révolution numérique[748].

374. Pour qu'un texte soit intelligible, il doit être clair[749]. En effet, « nul n'est censé ignorer la loi ». Par conséquent, chacun doit être à même de la comprendre. Pour cela elle doit être cohérente, intelligible et compréhensible. La compréhensibilité est ici entendue au sens juridique : le texte doit être compréhensible pour un juriste. En effet, le droit étant une matière de spécialistes, il ne peut être mis à la portée de tous.

---

[744] G. KOUBI, « Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ? », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, t. 16, 2003, p. 227.
[745] Par exemple : *leasing*, mesures *antidumping*, *factoring*, *foreign court theory*, *sponsoring*, *trust*...
[746] J.-F. WEBER, « Digressions sur le sens des mots à la Cour de cassation », in *La création du droit jurisprudentiel*, *Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 500 et s.
[747] P. MIMIN, *Le style des jugements*, Librairies techniques, Libraire de la Cour de cassation, 1962, p. 15 et s. ; M. DOMINGO, « Parler droit », *RD&J*, n° 34, p. 1.
[748] Par exemple, « signature électronique » ou « signature numérique ».
[749] Selon P. MIMIN, *op. cit.*, p. 129 et s. : « l'hermétisme a pu aider au succès de quelques oeuvres poétiques ; on admettra difficilement qu'un document judiciaire garde, en une ou plusieurs de ses parties, un sens inintelligible ».

De plus, la nécessité de clarté ne veut pas dire pour autant que le texte doit être simple et précis. En effet, le droit est complexe et il n'est pas possible de prévoir des normes juridiques simples ou précises au risque de porter atteinte aux principes juridiques contenus dans ces normes. Par conséquent, les règles de droit ne peuvent atteindre qu'un certain degré de certitude.

Le rôle de la doctrine se révèle primordial dans ce domaine. Elle a pour rôle d'étudier le droit en éclairant le juriste sur son contenu dans un esprit critique. Elle permet de stigmatiser les problèmes engendrés par une règle de droit tout en faisant des propositions d'amélioration de cette dernière.

Dans le cas des revirements de jurisprudence, la doctrine va attirer l'attention du lecteur sur la modification de la règle de droit et sur les conséquences juridiques que cette dernière entraîne.

375. Cependant, une loi claire n'est pas obligatoirement gage de sécurité juridique. En effet, il existe une marge d'imprévisibilité, et donc d'insécurité juridique, du fait que le juge, avant d'appliquer la loi, va devoir l'interpréter. Cette interprétation peut différer de ce que prévoyait l'individu et par conséquent, entraîner une solution juridique différente de celle qu'il avait envisagée. C'est d'ailleurs ce qui se produit lorsqu'un revirement de jurisprudence intervient.

376. L'étude de l'accessibilité du droit nous donne un bon exemple des multiples notions que recouvre la sécurité juridique. Cette dernière serait ainsi une poupée gigogne contenant entre autres, l'accès au droit qui contiendrait quant à lui le droit d'agir en justice, l'accès à la justice sans discrimination, l'accès au juge[750]. Mais un droit accessible n'est pas suffisant pour garantir une certaine sécurité juridique.

377. Le revirement de jurisprudence venant modifier la règle jurisprudentielle, il est nécessaire que le justiciable puisse être informé du changement de position des juges afin d'adapter leur comportement et de modifier les situations juridiques préconstituées.

---

[750] N. MOLFESSIS, « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD Civ.* 2000, p. 662.

B) L'accès aux revirements de jurisprudence

378. Le problème qui se pose ici n'est pas celui de connaître la possibilité d'un revirement de jurisprudence mais de le comprendre. En effet, lorsqu'un revirement intervient, il ne se produit pas toujours un changement immédiat de la règle jurisprudentielle. Le plus souvent, le revirement se construit dans le temps[751] sur une durée moyenne de cinq ans[752]. Et c'est sans compter sur le fait qu'une jurisprudence peut faire l'objet de différents revirements de jurisprudence avant d'être véritablement fixée[753]. Comment alors adapter son comportement à une jurisprudence si cette dernière est difficilement accessible car non constante ?

379. L'accessibilité du revirement est, à l'image de la loi, de deux ordres : elle est formelle (1) et intellectuelle (2).

1) L'accès formel aux revirements de jurisprudence

380. L'accès formel aux décisions judiciaires est apparu rapidement comme une nécessité. Le Procureur général RENOUARD écrivait déjà en 1839 que « les jugements et arrêts des cours et tribunaux (...), ne sont la propriété ni du siège duquel ils émanent, ni des plaideurs qui les provoquent. Ils appartiennent au pays tout entier ;

---

[751] P. REIS, « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, Droit, Economie internationale, Larcier, 2007, p. 31.

[752] X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678 ; J.-L. AUBERT, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence : faut-il moduler dans le temps des revirements de jurisprudence ? … J'en doute », *RTD Civ.* 2005, p. 300.

[753] Certaines matières font l'objet de nombreux revirements, ce qui peut placer le justiciable dans l'impossibilité de conformer son comportement à la règle jurisprudentielle qui sera applicable lors d'un futur procès. Ainsi, en matière de responsabilité du fait des choses, la Cour de cassation a opéré de nombreux revirements de jurisprudence, dont le dernier en date 4 novembre 2010, *Bull. Civ.*, II, n° 176, concerne l'acceptation des risques et pose que désormais, « la victime d'un dommage causé par une chose peut invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384 al. 1er du code civil, à l'encontre du gardien de la chose, instrument du dommage, sans que puisse lui être opposé son acceptation des risques ».

leur publicité est à la fois une garantie pour les justiciables et un moyen d'enseignement pour tous les citoyens ». « Sous l'ancienne législation, la publication des jugements et arrêts était soumise à des permissions préalables qui étaient tout à la fois un instrument de censure et une source de monopoles »[754].

381. En raison d'une politique visant à faire de la diffusion de la jurisprudence une mission de service public[755], l'accès à cette dernière et donc, à ses revirements est beaucoup plus aisé qu'il y a trente ans[756]. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt en date du 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*[757], a estimé « que la mise à disposition et la diffusion de textes, décisions ou documents juridiques (...), dans des conditions adaptées à l'état des techniques, s'appliquant, sans exclusive ni distinction, (...) et répondant aux exigences d'égalité d'accès, de neutralité et d'objectivité découlant du caractère de ces textes, constituent, par nature, une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'Etat de veiller ».

382. Avec internet et la multiplication des revues spécialisées, l'information est beaucoup plus accessible. La jurisprudence est ainsi aussi connue que la loi : « la jurisprudence moderne a des qualités lui permettant de rivaliser avec la loi au plan de sa conservation et de sa diffusion »[758] et ce, en raison, particulièrement, de l'important travail fourni par le service de documentation de la Cour de cassation. Cette dernière a mis en place depuis plusieurs années une politique de promotion de ses arrêts[759] principalement au travers de son site internet où elle met en avant les décisions qui lui semblent importantes et dont les revirements de jurisprudence font

---

[754] A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 1839, cité par E. LESUEUR DE GIVRY, « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2003*, La documentation française, 2004, p. 269.
[755] Décret n° 84-940 du 24 octobre 1984, *JORF* du 2 octobre 1984, p. 3336, décret n° 2002-1066 du 7 août 2002, *JORF* du 9 août 2002, p. 13657.
[756] A. HERVIEU, « Observation sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989-2, p. 297, J.-F. WEBER, *La cour de cassation*, La documentation française, 2006, p. 95 et s.
[757] CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, *Rec.* p. 491.
[758] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 179.
[759] R. LIBCHABER, « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD Civ.* 2002, p. 605.

partie. Les renseignements donnés par le biais de ce site sont d'une grande utilité car aux côtés des arrêts, on peut retrouver le rapport du Conseiller rapporteur ou l'avis de l'Avocat général permettant d'éclairer la solution adoptée par le juge[760].

Il existe également les Bulletins[761] de la Cour de cassation dans lesquels, initialement, cette dernière publiait l'intégralité de ses décisions. Aujourd'hui, elle effectue une sélection des arrêts qui y sont reproduits. En indiquant les modalités de la publication de l'arrêt[762], elle va lui conférer plus ou moins de poids afin de mettre en évidence les décisions qu'elle considère comme les plus importantes. Ainsi, la publication de la décision va dépendre de son intérêt normatif. Seront mis en avant les décisions précisant une règle de droit, celles qui augurent d'une jurisprudence nouvelle ou qui l'instaurent, celles qui modifient une règle jurisprudentielle et celles qui réaffirment des principes acquis[763].

383. La Cour de cassation a également recours au communiqué lui permettant de préciser les conséquences de la décision[764] et la méthode d'interprétation ayant conduit la Chambre à la solution adoptée. Le rapport annuel est d'une grande importance puisqu'il met en avant les décisions les plus importantes rendues au cours de l'année rappelant les questions posées, restituant les arrêts dans leur rapport avec les précédents et leurs apports au droit positif.

384. Alors que l'ensemble de la jurisprudence ne fait pas l'objet de l'attention de la doctrine en raison du grand nombre d'arrêts rendus, il est rare qu'un revirement de jurisprudence passe inaperçu. La Cour de cassation va donc systématiquement

---

[760] E. LESUEUR DE GIVRY, « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2003*, La documentation française, 2004, p. 278.

[761] Le bulletin d'information de la Cour de cassation a été créé en 1798 (initialement Bulletin des jugements du Tribunal de cassation rendus en matière civile) et s'adressait principalement aux juridictions inférieures.

[762] E. TOIS, « La signification des lettres utilisées pour rendre compte de l'étendue de la publication des arrêts de la Cour de cassation », in *Les revirements de jurisprudence*, *Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 139 et s.

[763] A. LACABARATS, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889.

[764] P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ.* 2006, p. 510.

publier une décision opérant un revirement de jurisprudence lorsqu'elle désire que ce dernier fasse jurisprudence.

385. La multiplication des sources d'information, si parfois elle peut brouiller les pistes, n'en reste pas moins l'une des plus grande avancée concernant l'information du justiciable, lui facilitant ainsi l'accès au droit, tant formel qu'intellectuel.

2) L'accès intellectuel aux revirements de jurisprudence

386. Si aujourd'hui le contenu des décisions est plus facilement consultable, il n'en découle pas pour autant qu'il est plus accessible intellectuellement. Il est évident que la compréhension du revirement de jurisprudence n'est pas à la portée de tous et seuls les juristes peuvent véritablement accéder à son contenu. Cela tient à la complexité de la matière mais également à la formulation des décisions de la Cour de cassation qui n'a pas beaucoup évolué depuis la création du Tribunal de cassation. « Comme au XIX^{ème} siècle, l'arrêt de la Cour de cassation constitue un genre littéraire particulier, sans analogie avec les autres : précis, concis, sans élégance, parfois un peu lourd, superficiel en profondeur et complexe sans complication : le motif de droit doit alors énoncer tout ce qu'il a à dire, de façon simple, brève et impérative »[765]. Ainsi, pour le néophyte, la lecture d'un arrêt de la Cour de cassation apparaît obscure : son contenu est donc difficilement accessible.

Le professeur GHESTIN constate également que même pour les juristes la compréhension de la jurisprudence n'est pas toujours évidente : « beaucoup d'auteurs, et non des moindres, (...) ne semblent pas toujours suffisamment familiers avec le droit et la pratique de la cassation en matière civile, qui est le complément nécessaire

---

[765] P. MALAURIE, « La Cour de cassation au XX^{ème} siècle », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 22.

de Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation, sans l'étude desquels la lecture et la compréhension de ceux-ci relèvent effectivement de la devinette »[766].

Ces remarques s'appliquent à l'ensemble de la matière juridique. En effet, la loi et la jurisprudence font toutes deux appel à un langage spécifique. Cependant, « bien plus que le droit d'origine législative, le droit jurisprudentiel est un droit d'initié »[767].

Les critiques portées à la compréhension de la jurisprudence, et donc à ses revirements, concernent le fait que, dans certains cas, la Cour de cassation applique un concept sans en donner la définition, ou pose une conséquence sans poser le principe : dans ce cas, le contenu du concept ou l'existence de la règle ne peuvent être déterminés avec certitude, ni précision. C'est le cas lorsque la Cour de cassation use de notions larges ne permettant pas réellement au justiciable de se positionner. Il en va ainsi de la notion de faute réelle et sérieuse en droit du travail[768]. Bien que la jurisprudence de la Cour de cassation ait recours à cette notion, elle ne la définit pas précisément. Par conséquent, les juges du fond vont apprécier souverainement ce qu'est un motif réel et sérieux, les interprétations variant d'un juge à l'autre[769]. Le justiciable ne pouvant plus dans une situation précise prévoir si le licenciement sera considéré sans cause réelle et sérieuse. Ainsi, « les notions indéfinies créent un malaise au sein de la science juridique »[770] surtout quand les notions sont protéiformes[771].

Il arrive également que la « jurisprudence pose une règle dont la signification ou la portée sont ambiguës »[772]. Ces cas posent réellement problème lorsque la nouvelle règle jurisprudentielle apparaît. En effet, lorsqu'il y a revirement de jurisprudence, l'ancienne règle jurisprudentielle a le plus souvent fait son temps durant lequel elle a été précisée et donc cernée. Avec le revirement de jurisprudence,

---

[766] J. GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D*. 2004, p. 2240.
[767] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Collection de thèse, Defrénois, Lextenso éd., 2009, p. 249.
[768] P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 93.
[769] Cass. soc., 21 janvier 1987, *D.* 1987, p. 111.
[770] P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1968, p. 9.
[771] A. HERVIEU, « Observation sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989-2, p. 311.
[772] A. HERVIEU, *préc.*, p. 312.

réapparaissent les questions qui sont soulevées lorsqu'une nouvelle règle est créée par le juge, dont celle de sa compréhension pour déterminer son champ d'application.

Certes l'étude de la décision, plus précisément de ses motifs, peut apporter les renseignements nécessaires, mais ce n'est pas toujours le cas.

387. La compréhension de la décision du juge est ainsi facilitée par le travail de la doctrine. En effet, à partir de quel moment peut-on considérer qu'il y a revirement de jurisprudence ? Lorsqu'il y a approfondissement, clarification, affinement d'une jurisprudence ou lorsque qu'il y a abandon pur et simple de la solution jurisprudentielle ? Le rôle de la doctrine est donc incontournable car elle va permettre de comprendre l'enjeu de la décision et de mettre sur le devant de la scène le revirement de jurisprudence. Si elle considère qu'il s'agit d'un revirement de jurisprudence, elle va préciser ses tenants et ses aboutissants, éclairant sur le fait que la nouvelle jurisprudence n'est peut-être pas encore consolidée et qu'elle risque d'être sujette à adaptations. Ainsi, en commentant la décision, la doctrine peut y adhérer ou alors la rejeter. Lorsque les critiques sont virulentes, elles peuvent attirer l'attention du juge.

Cependant, les commentaires de la doctrine peuvent devenir des sources de confusion lorsque la solution posée par le juge se trouve interprétée différemment de la volonté du juge. Face à cette situation, le juge va être contraint de préciser sa position soit dans des arrêts ultérieurs, soit au Bulletin, soit dans un communiqué. La doctrine peut alors adopter la réelle position du juge ou s'y montrer réfractaire[773].

388. La décision judiciaire n'est pas un magma d'informations dont il est difficile d'en tirer une information. En effet, la compréhension des décisions judiciaires, et plus particulièrement celles de la Cour de cassation, est facilitée par leur contenu structuré. Le chapeau va contenir le texte sur lequel le juge fonde sa décision, puis vont venir les motifs et le dispositif qui va clore la décision. Cette structure du contenu permet de retrouver plus aisément le ou les renseignements

[773] P. DEUMIER, « Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion », *RTD Civ.* 2007, p. 61.

recherchés. Ainsi, le plus souvent, la règle jurisprudentielle n'apparaîtra pas dans le dispositif.

389. Si le manque de clarté de la jurisprudence reste un point de controverse, elle n'est pas la principale remarque qui est soulevée à l'encontre des revirements de jurisprudence. En effet, en raison de ces derniers, la jurisprudence est considérée aujourd'hui comme une source du droit instable.

§2) La stabilité de la règle jurisprudentielle et les revirements de jurisprudence

390. Pour le Professeur BATIFFOL, « 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 »[774]. Et qui dit permanence dit stabilité (A). En effet, seule une règle stable peut perdurer dans le temps. Or, le revirement de jurisprudence va à l'encontre de la stabilité du droit dans la mesure où il vient en modifier le contenu (B).

A) Le critère de la stabilité juridique

391. Un droit stable est un droit « qui se maintient, reste dans le même état ; durable permanent »[775]. Pour pleinement apprécier la notion de stabilité juridique, il est nécessaire de distinguer la stabilité du droit objectif (1) de la stabilité des droits subjectifs (2). En effet, la première conditionne la seconde.

---

[774] H. BATIFFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD* 1967, n° 12, p. 338.
[775] Le petit Larousse illustré, 2006, V° *Stable*.

1) La stabilité juridique du droit objectif

392. La stabilité du droit implique la stabilité des modes de présentation de la règle de droit : il s'agit ici de stabilité formelle. Celle-ci rend le droit plus accessible puisqu'elle permet d'identifier plus aisément la règle de droit.

393. A la stabilité de la forme de la règle de droit s'ajoute la stabilité de son contenu. La stabilité ne doit pas ici être entendue dans son acception générique. La stabilité juridique ne veut pas dire que la règle de droit ne doit pas changer. Au contraire, cette dernière doit évoluer afin de s'adapter à la société à laquelle elle s'applique. « Il faut changer quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover »[776]. La stabilité juridique est donc une stabilité acceptant les évolutions, mais les évolutions nécessaires et ponctuelles. En effet, « rien n'est plus contraire au respect et à l'idée même du droit que l'instabilité législative et juridique. Le droit est la charpente solide des sociétés humaines, il ne faut y introduire des modifications qu'à bon escient, après des études approfondies et beaucoup de réflexion »[777]. La règle nouvelle doit donc constituer un progrès (même si cela semble toujours être la motivation de son adoption), d'où son application immédiate en matière de conflit de lois dans le temps.

On retrouve cette idée avec la légitimité qu'une règle de droit acquiert avec l'ancienneté, si bien sûr elle n'est pas tombée en désuétude : « le droit, qui prend sa valeur dans la continuité, y prend en même temps sa légitimité »[778].

394. L'instabilité du droit n'a pas de conséquence immédiate pour le justiciable. Elle entraîne, cependant, un sentiment d'insécurité juridique, d'anxiété juridique[779] du fait qu'elle modifie les droits et obligations futurs des individus.

---

[776] PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet du code civil*, Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1992, p. 20.
[777] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, éd. A. Rousseau, Paris, 1991, p. 110 : citant COURCELLES-SENEUIL.
[778] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1955, p. 2.

2) La stabilité juridique des droits subjectifs

395. La stabilité du droit objectif entraîne la stabilité des droits subjectifs. En effet, ces derniers découlent des règles de droit et évoluent en même temps qu'elles. Moins le droit évoluera moins les droits subjectifs seront bouleversés et il en sera de même des espérances des individus qui ont fait des prévisions juridiques en vertu du droit. Modifier le droit, c'est donc modifier les prévisions du justiciable.

396. Afin d'assurer cette stabilité, certains mécanismes ont été mis en place. Ainsi, les mécanismes de prescription permettent de mettre fin à des situations juridiques incertaines. Dans un arrêt en date du 30 janvier 2003[780], la Cour de cassation a estimé « que les principes de sécurité juridique de bonne administration de la justice qui fondent les dispositions de l'article 528-1 du code de procédure civile constituaient des impératifs qui n'étaient pas contraires aux dispositions de l'article 6§1 de la Convention ». En l'espèce, M. F. faisait appel d'une décision qui lui avait été signifiée plus de 2 ans après le jugement. L'appel est déclaré irrecevable en vertu de l'article 528-1 du code de procédure civile. M. F. invoquait le fait que la restriction apportée par cet article à l'exercice des voies de recours n'était justifiée par « aucun impératif relevant du bon fonctionnement d'une société démocratique », et par-là même était contraire aux articles 6 §1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il est à noter que l'obligation de respecter les délais prescrits par la loi fait partie intégrante du principe de sécurité juridique car selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg[781], « la réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours vise certes à assurer une bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique » tout en garantissant les règles d'un procès équitable, « toutefois, les règles en question, ou l'application qui en est faite, ne devront pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie

---

[779] J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9ème éd., 1998, p. 187 et s.
[780] Cass. civ. 2ème, 30 janvier 2003, E. BEN MERZOUK, « La fausse consécration du « principe de sécurité juridique », *D.* 2003, p. 2722.
[781] CEDH, 28 octobre 1998, *Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne*, *D.* 1999, p. 270, obs. N. FRICERO.

de recours disponible ». La Cour de cassation respecte donc la sécurité juridique puisqu'elle permet, dans le respect des prescriptions concernant les voies de recours, qu'une situation juridique soit « fixée ». Cette dernière, n'étant plus susceptible d'évolution, est stable. La Cour de cassation a fait une appréciation « factuelle et de proportionnalité entre les moyens et le but visé »[782]. Mais, en ne procédant pas de manière générale, la Cour de cassation montre sa volonté de ne pas faire de la sécurité juridique une véritable norme juridique.

397. Récemment, le régime des prescriptions a été bouleversé. La loi du 17 juin 2008[783] a ainsi réduit considérablement la durée des prescriptions. Ceci a eu pour conséquence, certes, une plus grande stabilité des droits subjectifs, mais au détriment du justiciable qui voit ainsi la période lui permettant de faire valoir ses droits considérablement réduite. Or, l'on sait à quel point les méandres du droit paraissent obscurs pour le néophyte qui ne réagit pas toujours promptement.

398. Le principe de non-rétroactivité de la loi[784] contribue également à la sécurité juridique puisqu'il permet d'éviter qu'une situation juridique constituée sous l'emprise d'une règle de droit ne soit jugée en vertu d'une nouvelle norme juridique non applicable à l'époque des faits. Cependant, il est nécessaire d'atteindre un certain équilibre entre la sécurité juridique, qui tend à la fixité des normes juridiques, et l'adaptation des règles de droit à l'environnement social, afin de ne pas voir le droit se figer et n'être ainsi plus adapté à la société en raison de ses évolutions. Par conséquent, ces dernières étant incontournables, il en découle obligatoirement une évolution des règles de droit[785].

---

[782] E. BEN MERZOUK, « La fausse consécration du « principe de sécurité juridique », *D.* 2003, p. 2722.
[783] Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JORF* du 18 juin 2008, p. 9856.
[784] Article 2 du code civil.
[785] G. FARFAT, « Observations sur la sécurité juridique, le lien social et le droit économique », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 43.

399. C'est au travers des revirements que la jurisprudence évolue. Il en résulte que l'une des principales conséquences du revirement de jurisprudence est d'entraîner l'instabilité de la règle jurisprudentielle.

B) L'instabilité de la règle jurisprudentielle engendrée par les revirements de jurisprudence

400. La jurisprudence est la plupart du temps stable. Sans cela, elle ne pourrait être considérée comme une source du droit. Cependant, elle ne peut toujours, *ab initio*, être stable et par la suite conserver ce statut. Ainsi, la jurisprudence présente de l'instabilité ponctuelle sous deux aspects.

401. La première facette de l'instabilité de la jurisprudence concerne son mode formation. A partir de quel moment peut-on considérer qu'une jurisprudence est stable et donc fixée ?

402. La seconde facette concerne la nature nécessairement évolutive de la jurisprudence : mouvante, elle « ne peut rester figée dans l'immobilité mortifère »[786]. Il en résulte que les revirements sont inévitables. En effet, même dans les systèmes de *common law*, le précédent n'est pas immuablement figé.

403. Dans le cadre de sa mission, le juge doit rendre une décision en adéquation avec l'époque dans laquelle elle s'inscrit. Or, la société évoluant, il est nécessaire que l'interprétation du juge en fasse de même. Il en découle donc l'apparition d'une nouvelle règle jurisprudentielle. Les prévisions des justiciables vont ainsi se trouver modifiées sans que la loi évolue. Or, la prévisibilité d'une règle de droit est une des

[786] J. MONEGER, « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTD Civ.* 2005, p. 324.

caractéristiques de la sécurité juridique. Par conséquent, la jurisprudence étant évolutive, on peut de prime abord estimer qu'elle est contraire à la sécurité juridique.

Quant à adopter une jurisprudence définitivement, le juge ne le peut pas et ne le veut pas. S'il empruntait cette voie, il irait à l'encontre de l'article 5 du code civil. De plus, il ne pourrait plus remplir pleinement sa mission. Quant aux règles jurisprudentielles, ne pouvant évoluer, elles se retrouveraient obsolètes. Il en découlerait que seul le Parlement pourrait faire évoluer le droit, or on connaît la lenteur de ce dernier. Ainsi, « aussi pertinent soit-il, le système français de droit codifié ne restera vivant qu'à la condition d'être stimulé par un mouvement constant d'actualisation »[787]. Or, le revirement de jurisprudence est l'instrument le plus à même de « mettre à jour » le droit.

404. Mais l'instabilité de la jurisprudence est-elle réellement beaucoup plus importante que celle de la loi ? Si l'on compare une règle de droit d'origine jurisprudentielle à une règle de droit d'origine législative, on constate qu'elles sont toutes deux évolutives. La loi et la jurisprudence ont cela en commun que l'une comme l'autre, ne lient pas leurs auteurs. En effet, lorsque le législateur adopte un texte, il ne l'inscrit pas dans l'ordre juridique de manière définitive. Il a ainsi la possibilité de le modifier ou de l'abroger. Il en va de même de la jurisprudence qui peut être modifiée ou abandonnée[788].

Quant à la cadence des modifications, elle ne diffère pas vraiment d'un cas à l'autre. En effet, les revirements de jurisprudence ne sont pas si courants que cela mis à part dans certains domaines spécifiques comme le droit de la responsabilité extracontractuelle. Les revirements de jurisprudence sont rares et doivent le rester. Ils apparaissent sur le devant de la scène juridique en raison du travail de la doctrine commentant leur pertinence ou sur la scène médiatique en raison du sujet d'actualité qui « fait vendre ». Mais dans leur nombre, les revirements de jurisprudence ne sont

[787] G. CANIVET, « Allocution prononcée lors de l'Audience solennelle de début d'année judiciaire, 6 janvier 2005 », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation 2004*, La documentation française, 2005, p. 30.
[788] A. HERVIEU, « Observation sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989-2, p. 278.

pas plus nombreux que les modifications ou abrogations des lois, surtout actuellement dans le contexte législatif instable que nous traversons[789].

405. Si le revirement de jurisprudence marque obligatoirement une rupture dans la jurisprudence il n'est pas toujours prévisible. Il se démarque ainsi de la loi qui, avant d'être adoptée, fait l'objet de discussions et de publicité.

§3) La prévisibilité de la règle jurisprudentielle et les revirements de jurisprudence

406. Pour qu'un droit soit juste et utile, il doit mettre en mesure les justiciables de prévoir une évolution de la règle de droit afin qu'ils puissent agir en conséquence et qu'ils soient en mesure de faire des prévisions juridiques (A). Or, le revirement de jurisprudence ne faisant pas réellement l'objet d'information préalable, vient déjouer les prévisions du justiciable (B).

A) La prévisibilité du droit

407. Le droit doit être prévisible, et c'est là le caractère principal de la sécurité juridique[790]. Seul un droit prévisible peut permettre aux justiciables de faire des prévisions. En effet, la prévisibilité peut-être définie comme le caractère de ce « que

---

[789] J. DE CLAUSADE, « Sécurité juridique et complexité du droit : considérations générales du Conseil d'Etat », *D.* 2006, p. 737. ; B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *JCP G.* 2007, p. 1 et s.

[790] Ainsi pour P. COPPENS, « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 153 : la prévisibilité du droit est le « principe cardinal » de la sécurité juridique.

l'on peut normalement prévoir »[791]. Quant à la prévision, il s'agit d' « une représentation actuelle de l'avenir »[792].

408. La prévisibilité du droit emporte deux conséquences.

Première conséquence : les individus doivent être à même de prévoir le droit afin de bâtir des prévisions. Pour cela, le droit positif doit être un système de normes cohérent qui ne doivent être ni variables ni floues. Le droit objectif est l'outil au travers duquel les individus vont faire des prévisions d'ordre juridique.

Seconde conséquence : une fois ces prévisions faites, elles doivent être respectées. Ainsi, la sécurité juridique au travers de la stabilité du droit doit permettre le respect des prévisions des individus. Par conséquent, seul le comportement volontaire de l'individu doit être protégé car sans volonté, il ne peut y avoir de prévision. « La sécurité juridique concerne uniquement la prévisibilité des effets de droit qui découleront du comportement adopté volontairement par l'auteur des faits »[793] car ce qui est important du point de vue de la sécurité juridique, c'est de permettre à l'individu de connaître par avance qu'elles seront les conséquences juridiques de son comportement. La sécurité juridique doit permettre à l'individu de régler son comportement avec une certitude juridique maximale.

409. Ainsi, permettre à un individu de prévoir son avenir juridique, c'est le rendre libre puisqu'il pourra agir en connaissance de cause. Selon BATIFFOL, « la sécurité ne se confond pas avec la simple protection de l'individu et de sa liberté. Elle exprime plus précisément l'aspiration à un système de règles certaines, parce qu'une telle certitude répond au besoin décisif de prévisibilité : il faut faire ou ne pas faire ; il faut que chacun puisse aussi prévoir ce qu'autrui a le droit de faire ou de ne pas faire pour régler ses attitudes en conséquence »[794]. Quant à RIPERT, il estime que « la

---

[791] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008, V° *Prévisibilité* et *Prévisible*.
[792] P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 28.
[793] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Collection de thèse, Defrénois, Lextenso éd., 2009, p. 48.
[794] H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 10ème éd., 1997, p. 103.

liberté ne saurait exister si on ne peut connaître à l'avance la valeur des actes et affirmer la rectitude des actions »[795].

410. Cependant, la prévisibilité de la loi doit être raisonnable. En effet, il n'est pas possible pour la loi de tout prévoir car c' « est un but qu'il est impossible d'atteindre »[796]. De plus, la sécurité juridique ne garantit pas la stabilité de la loi mais seulement « le respect de certaines exigences dans la production de lois nouvelles »[797]. Ainsi, elle ne saurait interdire les revirements de jurisprudence.

411. Le juge va également jouer un rôle dans la prévisibilité de la loi. En effet, un texte de loi trop large, trop vague est à même d'entraîner une certaine incertitude concernant les droits et obligations qui en découlent. En venant préciser la loi, le juge va limiter cette incertitude rendant ainsi le texte moins vague et donc moins sujet à de multiples interprétations. La solution dégagée par le texte, précisée par le juge, sera plus prévisible.

Ainsi, en matière de droit d'auteur, le juge est venu préciser le régime des « suites » données aux ouvrages. Un auteur désirait écrire une suite aux *Misérables* et un descendant de V. HUGO s'y opposait. La loi étant muette sur ce point, le juge est venu la préciser en estimant que la liberté de création l'emportait sur le droit moral invoqué par le descendant[798]. Les auteurs désirant faire des « suites » aux œuvres tombées dans le domaine public savent désormais qu'ils en ont la possibilité et peuvent « écrire » en conséquence.

412. Cependant, la prévisibilité n'est pas automatiquement gage de sécurité juridique. En effet, en matière pénale, la prévisibilité de la règle de droit permet au délinquant de mieux contourner cette dernière. L'imprévisibilité de la norme

---

[795] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1955, p. 27.
[796] PORTALIS, *Discours préliminaire à la rédaction du Code civil*, reproduit in *La naissance du Code civil*, dir. de F. EWALD, Paris, éd. Flammarion, 1989, p. 39.
[797] J. CHEVALLIER, « Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 565.
[798] Cass. civ. 1ère, 30 janvier 2007, *Bull. civ.*, I, n° 47, *RTD Com.* 2007, p. 354, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *JCP G.* 2007, II, 10025, note C. CARON.

juridique a donc l'avantage de permettre au juge de sanctionner plus facilement un comportement répréhensible[799].

413. De plus, la Cour de cassation, en tant que juridiction supérieure de l'ordre judiciaire, a pour mission de contrôler l'application uniforme des règles de droit par les juridictions du fond. Pour cela, la Haute juridiction adopte une interprétation spécifique de la règle de droit. En « lissant » cette interprétation, la Cour de cassation rend plus prévisible l'application de la règle de droit. Ainsi, les justiciables vont être traités sur un pied d'égalité, la jurisprudence de la Cour de cassation limitant les diverses interprétations que pourraient avoir les juges de la loi. Il faut donc faire une application souple de la notion de sécurité juridique afin de permettre au droit de s'adapter aux évolutions de la société tout en respectant les prévisions des individus. C'est pour cette raison que la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que la prévisibilité de la loi devait être « raisonnable ».

414. Un problème s'est cependant posé suite à la multiplication des pourvois en cassation. La Cour de cassation s'est trouvée submergée de demandes alors que son personnel n'a pas augmenté en conséquence[800]. Les juges n'ont ainsi plus la possibilité d'accorder autant de temps aux affaires qui leur sont soumises et la rédaction des arrêts s'en ressent. Ainsi, le Premier président de la Cour de cassation G. CANIVET a-t-il estimé que « c'est, en tout cas, en rendant moins de décisions juridiquement significatives mais en veillant davantage à la clarté et à la cohérence des arrêts créateurs de droit que la Cour de cassation pourra, se consacrant pleinement à sa mission prioritaire, élaborer une jurisprudence d'envergure, plus lisible, plus explicite, évitant les incertitudes, les ambiguïtés et les fluctuations nuisibles à la prévisibilité de la règle »[801].

---

[799] E. DREYER, « La sécurité juridique et le droit pénal économique », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 390 et s.

[800] Cependant, si l'on compare les chiffres de ces dix dernières années, on peut constater une stagnation des pourvois et une accélération des délais de traitement des affaires.

[801] C. CANIVET, « Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, 6 janvier 2000 », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 53.

415. Si la prévisibilité du droit est le critère principal de la sécurité juridique, il ne faut pas pour autant en déduire que les deux autres critères sont secondaires. En effet, ce n'est que conjointement appliqués que la sécurité juridique pourra être maintenue.

416. Le revirement de jurisprudence étant par essence une modification de la jurisprudence, il en résulte qu'il heurte la sécurité juridique puisqu'il modifie la règle jurisprudentielle sans en avoir préalablement informé les justiciables.

B) L'imprévisibilité résultant des revirements de jurisprudence

417. L'instabilité de la règle jurisprudentielle est perçue comme source d'insécurité juridique par le justiciable du fait qu'elle entraîne de l'imprévisibilité. « La sécurité juridique requiert que la norme ait certaine qualité. Il faut que le lecteur puisse se faire, avant d'agir, la même idée de la concrétisation de la norme que celle que se feront *a posteriori* les tiers et surtout les autorités de l'Etat chargées de l'appliquer, administration ou juge. L'idéal est que tous les lecteurs de la norme parviennent à la même représentation de la concrétisation future »[802]. Si un individu respecte une loi interprétée dans un sens par la Cour de cassation et que par la suite cette dernière modifie son interprétation, l'individu de bonne foi, qui a cru respecter la jurisprudence, pourra être sanctionné. Ainsi, « les justiciables comprennent mal qu'un texte puisse changer de sens et que la vérité d'hier devienne l'erreur de demain »[803] sans qu'ils en aient été avertis.

Cette situation peut paraître injuste sur deux points. Premièrement, l'individu qui respecte les conditions posées par la jurisprudence à un moment donné se verra sanctionné par la suite pour non-respect d'une règle qui n'existait pas au

---

[802] M. PAQUES, « Sécurité juridique et risque environnemental », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, Droit, Economie internationale, Larcier, 2007, p. 498.
[803] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 3ème éd., 1990, p. 414.

moment des faits. Deuxièmement, il est demandé au justiciable de connaître le droit positif, donc la jurisprudence, afin de s'y conformer mais également, d'en prévoir les évolutions pour ne pas être sanctionné. Ceci est évidemment impossible.

418. Lorsque le juge opère un revirement, il a conscience de ces problèmes, et c'est après mûre réflexion qu'il va consentir à modifier son interprétation, et ce, en considération des intérêts en présence, que ce soit ceux des parties ou ceux de la société. Par conséquent, s'il opte pour un changement de la règle jurisprudentielle, c'est que les effets du maintien de cette dernière auraient été bien plus néfastes que les conséquences d'un revirement de jurisprudence.

419. On pourrait objecter que le revirement n'est pas impossible puisqu'il est inhérent à la nature de la jurisprudence et que par conséquent, le justiciable devrait s'y attendre (d'où l'importance du rôle des conseils juridiques[804]). En effet, le maintien d'une jurisprudence n'est pas un droit mais un pari sur l'avenir. Cependant, si le justiciable a conscience de la possibilité d'un revirement de jurisprudence, il ne peut en prévoir les conséquences. Et c'est de ce point de vue que se situe réellement l'insécurité juridique.

420. Certes, il y a sacrifice de la sécurité juridique au profit de l'évolution du droit mais ce sacrifice ne dure qu'un moment puisque la sécurité juridique réapparaît lorsque le revirement est connu. Se pose donc le problème de la certitude et de la stabilité de la nouvelle jurisprudence. « La loi (…) apparaît comme un mode rationnel d'élaboration du droit dont la perfection formelle met cruellement en lumière l'anarchie structurelle de la production jurisprudentielle (…). Outre le fait qu'elle s'élabore de manière localisée et circonstancielle, la jurisprudence (et son revirement) se voit reprocher une genèse chaotique et contradictoire (…) »[805]. En effet, un revirement ne sera véritablement considéré comme porteur d'une nouvelle règle jurisprudentielle que lorsqu'il aura fait ses preuves et qu'au travers de différents arrêts

---

[804] J.-L. AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 4ème éd., 2002, n° 93.
[805] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 266.

ses contours seront définis avec plus de netteté. Lorsque ce dernier fait l'objet d'un arrêt de l'Assemblée plénière, il est facilement décelable. Il en va de même lorsque plusieurs arrêts similaires sont rendus le même jour. Mais ce n'est qu'occasionnellement le cas. Par conséquent, « il faut se résigner à n'avoir dans la jurisprudence, dont on ne peut se passer, qu'une source de droit imparfaite, au point de vue de la stabilité comme de la certitude. Mais il n'y a, par rapport aux autres sources, et spécialement la loi écrite, qu'une différence de degré dans l'imperfection. Et c'est trop méconnaître la réalité que de refuser d'y voir une source de droit »[806].

Déceler un revirement de jurisprudence peut s'avérer fastidieux. En effet, alors qu'une loi, avant d'être adoptée, fait l'objet de discussions permettant d'informer le justiciable, le revirement de jurisprudence est rarement annoncé et quand c'est le cas, il ne l'est pas toujours de manière claire. En général, un revirement est impulsé par les juges du fond qui vont être réfractaires à la règle jurisprudentielle[807]. Lorsque l'impulsion vient des juges du premier degré et que cette dernière est confortée en appel, la question va alors se poser de savoir si la Cour de cassation va ou non suivre. Lorsque l'apparition du revirement apparaît au niveau des juridictions inférieures, elle a l'avantage d'informer d'un possible changement d'interprétation. Aujourd'hui, la doctrine est attentive aux décisions des juridictions du fond et se fait l'écho de leur position. Cependant, rien ne garantit que la Cour de cassation va suivre le mouvement, de sorte qu'entre l'apparition d'un possible revirement au niveau des juridictions du fond et sa consécration par la Cour de cassation, la règle jurisprudentielle va traverser une période de doutes.

421. La mission du juge de cassation est de contrôler la légalité des décisions qui lui sont soumises permettant ainsi d'assurer la sécurité juridique[808]. Or, en opérant des revirements de jurisprudence, le juge ne va-t-il pas à l'inverse ? En effet, le revirement se caractérise par une rupture dans la jurisprudence constante, dont il

---

[806] A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD Civ.* 1902, p. 20.
[807] J.-L. AUBERT, « Pour des rébellions constructives sur la jurisprudence aujourd'hui », *RTD Civ.* 1992, p. 338 et s.
[808] E. PIWNICA, « L'application de la règle de droit : de la légalité à la sécurité », in *Les sanctions*, Justice et cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz 2005, p. 171.

naîtra une nouvelle règle jurisprudentielle. Par conséquent, il y aura instabilité et imprévision de la règle jurisprudentielle.

422. Paradoxalement, la jurisprudence et ses revirements peuvent également être sources de sécurité. Ainsi, la jurisprudence est source de sécurité lorsqu'elle vient préciser une règle de droit, permettant aux individus de faire des prévisions plus précises et donc plus sûres car la règle n'est plus sujette à différentes interprétations. Quant au revirement, il intervient afin de conférer un caractère plus juste à la règle de droit. Or, un droit juste est un droit source de sécurité juridique. La Cour de cassation a considéré qu'il convenait « de ne pas assimiler tout revirement jurisprudentiel à une insécurité juridique préjudiciable à l'intérêt général, sauf à priver la jurisprudence de tout pouvoir d'évolution et d'adaptation de la règle aux exigences, précisément, de cet intérêt général » [809].

Ainsi, la Cour de cassation a plusieurs fois estimé que « l'application par les juges du fond d'une interprétation jurisprudentielle fut-elle postérieure à l'introduction de l'instance ne saurait constituer une violation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme »[810]. « La sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable (figée), l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »[811]. La Cour de cassation affirme ainsi son droit au revirement.

---

[809] Cass. soc., 4 juillet 2000, *Droit social*, 2000, p. 1015, obs. J.P. LHENARD.
[810] Cass. soc., 28 janvier 2004, pourvois n[os] 02-40.173 et 02-40.174.
[811] Cass. civ. 1[ère], 21 mars 2000 : F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2001, p. 487 ; N. MOLFESSIS, « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.* 2000, p. 666 ; C. ATIAS, « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante même s'il a agi avant son abandon », *D.* 2000, p. 593 ; Cass. civ. 3[ème], 2 octobre 2002 : C. ATIAS, « Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique », *D.* 2003, p. 513 ; Cass. soc., 25 juin 2003, *D.* 2004, p. 1767 ; Cass. civ. 1[ère], 11 juin 2009 (2 arrêts) : X. LAGARDE, « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », *JCP G*. 2009, p. 237.

423. Cependant, ce que l'on reproche principalement aux revirements de jurisprudence, c'est certes de modifier la règle jurisprudentielle sans en informer préalablement le justiciable, mais surtout de la modifier rétroactivement.

Section 2 : Le problème de la rétroactivité des revirements de jurisprudence

424. Si l'on considère que, sous certains aspects les revirements de jurisprudence ont des conséquences néfastes, c'est du fait que dans certains cas, ils portent atteinte à la sécurité juridique par leur effet rétroactif.

425. Selon le Doyen CARBONNIER, « le revirement de jurisprudence est rétroactif par nature » puisqu'il « s'appliquera de plein droit à tout ce que les particuliers avaient pu faire sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne »[812]. La rétroactivité des revirements de jurisprudence apparaît ainsi comme une évidence[813] (§ 1) : que la « jurisprudence soit interprétative, déclarative ou créatrice de droit, elle est rétroactive »[814].

426. Il en découle que l'effet rétroactif des revirements de jurisprudence emporte des conséquences directes sur les parties au procès mais également *erga omnes*. Or, ces conséquences peuvent être néfastes lorsque sont mises à mal les prévisions des parties (§ 2).

---

[812] J. CARBONNIER, *Droit civil Introduction*, PUF, Quadrige manuels, 2004, p. 286.

[813] M. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, p. 25 : cet auteur, remettant en cause la rétroactivité des revirements de jurisprudence, estime que « pour que l'on puisse parler de rétroactivité, il faut qu'il y ait volonté de l'auteur de la norme en ce sens » ; W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? », *D.* 2006, p. 472.

[814] C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 53, p. 9.

§1) La constatation du caractère rétroactif des revirements de jurisprudence

427. Le professeur RIVERO résume assez bien le phénomène : « dans la mesure où le juge procède, en vertu de son pouvoir normatif, à une modification de la règle antérieure, la règle nouvelle va produire effet, non à partir du jugement, dont le prononcé lui confère l'existence, mais à l'égard des faits ou des actes sur lesquels il statue. Or, au moment où le fait s'est déroulé, où l'acte a été pris, la règle jurisprudentielle était, par hypothèse, fixée dans un certain sens. Ce n'est cependant pas cette règle, en vigueur à l'origine du litige, qui lui sera appliquée, mais celle que le juge lui substituera au terme de celui-ci. Il y a donc bien rétroactivité de la règle jurisprudentielle, 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 nouvelle règle, à l'égard de tous les litiges semblables dont il a été saisi avant la décision qui fait jurisprudence, et qui seront tranchés postérieurement à celle-ci »[815].

428. Pour bien comprendre le problème de la rétroactivité du revirement de jurisprudence, l'examen du régime applicable à la loi est éclairant. Dans le souci de protection des relations juridiques, le législateur a aménagé les effets dans le temps de l'application des lois. L'article 2 du code civil[816] pose des limites protectrices, évitant que les prévisions juridiques du justiciable ne soient remises en cause. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen [817] procède de même, mais en matière pénale. Le principe est que la loi n'est pas rétroactive et ne dispose que pour l'avenir : elle a un effet immédiat. Des exceptions sont cependant possibles comme c'est le cas en matière contractuelle où la loi ancienne survie, sauf motif d'ordre

---

[815] J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15.
[816] Article 2 du code civil : « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif » ; V° également, CE, 25 juin 1948, *Sté Journal L'Aurore*, *Rec.* p. 289 : « le principe en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir ». La non-rétroactivité de la loi est un acquis révolutionnaire : Constitution des 3 et 14 septembre 1791, Acte constitutionnel du 24 juin 1793 et Constitution du 5 fructidor an III.
[817] L'article 8 de la Conv. EDH dispose que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ».

public, pour les lois nouvelles relatives à la procédure et aux voies d'exécution[818] ou dans le cas des lois rétroactives ou de lois interprétatives.

429. Or, il n'existe pas de telles règles en matière jurisprudentielle : la rétroactivité du revirement de jurisprudence est toute autre puisque cette dernière est automatique. Avec le revirement, l'ordre juridique est modifié rétroactivement sans que le régime protecteur de l'article 2 du code civil puisse être appliqué. En effet, la norme jurisprudentielle n'étant pas reconnue officiellement comme une règle de droit, elle ne se voit pas appliquer le régime régissant la temporalité de la loi. « La rétroactivité de principe n'est (…) pas le corollaire d'une prétendus absence de normativité de la création jurisprudentielle ; elle est le corollaire d'une normativité qui ne doit pas s'avouer et ne peut donc décider d'interrompre le cours naturel de la rétroactivité »[819].

Si le revirement de jurisprudence est automatiquement rétroactif, une autre différence fondamentale distingue le régime d'application dans le temps de la loi de celui de la jurisprudence. Dans le cas de la loi, lorsque le législateur adopte une loi rétroactive, il a la possibilité de limiter dans le temps son caractère rétroactif. A titre d'exemple, on peut citer l'article 47 de la loi du 5 juillet 1985[820] qui dispose que les dispositions des articles 1 à 6 sont applicables aux accidents intervenus dans les trois années précédant sa publication. Le législateur a donc la possibilité de moduler dans le temps l'application de la loi à la différence du juge qui doit appliquer à tous les litiges qui lui sont soumis la règle jurisprudentielle quelle que soit la date des faits.

Une nuance doit cependant être apportée à cette constatation lorsque la règle jurisprudentielle peut être rattachée à un texte. Dans ce cas là, elle ne pourra produire ses effets avant l'entrée en vigueur du texte et sera, de ce fait, limitée rétroactivement. Cette limitation n'est cependant pas possible lorsque la règle

---

[818] Cass. civ. 1ère, 23 mars 1965, *JCP G.* 1965, II, 14344, note H. BULTE.
[819] P. DEUMIER, « Evolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD Civ.* 2007, p. 76.
[820] Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amelioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et a l'acceleration des procedures d'indemnisation, *JORF* du 6 juillet 1985, p. 7584.

jurisprudentielle se fonde sur un principe général du droit ou une coutume censés avoir toujours existé.

430. L'effet rétroactif du revirement de jurisprudence a pour conséquence de substituer une règle jurisprudentielle à une autre. Cette nouvelle règle s'applique à tous les faits dont est saisi le juge, quelle que soit la date de leur réalisation. Le revirement de jurisprudence est rétroactif car il annule l'ancienne jurisprudence et y substituer une nouvelle présumée avoir toujours existé (du moins remonter à la date d'entrée en vigueur de la loi interprétée). Cependant, cette fiction n'est pas le miroir de la réalité et l'on ne peut considérer que l'ancienne jurisprudence a tout simplement disparu et que cette disparition ne produit aucun effet.

431. Cette pratique peut paraître normale à première vue. En effet, il ne serait pas logique lorsqu'il y a un revirement, de ne pas appliquer à l'affaire une solution nouvelle nécessaire en raison d'une interprétation jurisprudentielle devenue critiquable. Cela irait à l'encontre de la sécurité juridique de maintenir une solution contestable. Paradoxalement, il y a atteinte à la sécurité juridique dans la mesure où le demandeur ayant intenté une action dans un contexte qui lui était favorable se voit débouter de sa demande. C'est pour cette raison que la rétroactivité du revirement apparaît le plus souvent sous un jour négatif[821]. La rétroactivité va être d'autant plus mal ressentie que le revirement de jurisprudence est imprévisible et que la solution renversée est bien établie.

[821] Pour C. LEMIEUX, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », *R.D.U.S.* n° 29, 1998-99, p. 237 : « la rétroactivité d'une règle de droit est certainement la pire menace pour la sécurité et la prévisibilité du droit » ; P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences, A propos de l'arrêt du 18 juin 1958 », *JCP G.* 1959, I, 1467.

§2) Les implications du constat de la rétroactivité des revirements de jurisprudence

432. Deux hypothèses sont envisageables lorsque la Cour de cassation introduit une nouvelle règle jurisprudentielle dans l'ordonnancement juridique : soit le point de droit traité par la loi est nouveau et il n'existe pas de jurisprudence dans ce domaine, soit le point de droit est déjà encadré par la jurisprudence et la Cour de cassation décide de modifier sa position. Dans les deux cas, une nouvelle règle de droit est imposée au justiciable, modifiant l'état antérieur du droit[822].

Dans le premier cas le justiciable ne peut se prévaloir d'une position jurisprudentielle en intentant une action, il ne peut qu'expectativement penser avoir gain de cause. Dans la seconde hypothèse, le justiciable intente une action en justice sur le fondement d'une jurisprudence assise de la Cour de cassation et voit ses prévisions échouées en raison d'un revirement dans l'interprétation des juges. Si le revirement apparaît comme néfaste aux yeux du justiciable, c'est du fait que la nouvelle règle va s'appliquer à des faits s'étant réalisés sous une règle jurisprudentielle autre, entraînant une rupture dans l'ordre juridique[823] et provoquant ainsi de l'insécurité juridique.

Le revirement de jurisprudence est également perçu comme contraire à la sécurité juridique car il rayonne au-delà de la simple sphère des parties puisqu'un changement de jurisprudence modifie l'ensemble des situations juridiques existantes concernées. Les impacts dans ces cas-là peuvent être d'une importance considérable[824].

433. Il convient donc de distinguer la rétroactivité concrète et individuelle de la rétroactivité abstraite et générale.

---

[822] A. HERVIEU, « Observation sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989-2, p. 266 et s.
[823] J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 10.
[824] J. BUISSON, « Non rétroactivité des lois et droit fiscal », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 99.

La rétroactivité individuelle de la jurisprudence paraît la plus évidente. Lorsque le juge tranche le litige qui lui est soumis, il doit obligatoirement prendre en considération des faits intervenus antérieurement à sa décision. Il y aura donc application rétroactive de la nouvelle règle jurisprudentielle. Les difficultés engendrées par les revirements de jurisprudence résultent du fait que les parties au litige vont se voir appliquer une solution nouvelle qui modifiera l'issue du procès. « Pour le justiciable (…), il importe peu de savoir si la règle nouvelle qu'on lui impose rétroactivement résulte de l'adoption d'une nouvelle loi ou d'un changement dans l'interprétation jurisprudentielle d'une loi ancienne. Dans les deux hypothèses, le litige est en effet tranché par application d'une règle de droit, pure ou interprétée, dont le justiciable n'avait pas eu connaissance au moment des faits et dont il n'a donc pas pu, par hypothèse, tenir compte dans ses prévisions »[825]. Par conséquent, la norme individuelle dégagée par le juge va reposer sur une règle de droit qui n'existait pas au moment de faits ou de l'acte.

La nouvelle jurisprudence est également empreinte d'une rétroactivité générale car le juge l'appliquera à tous les litiges qui lui seront soumis et relevant de son application sans distinction de la date de réalisation des faits qu'ils soient postérieurs ou antérieurs à la nouvelle jurisprudence. Et c'est cette rétroactivité que semble la plus dangereuse puisque la nouvelle solution jurisprudentielle va avoir des répercussions sur un nombre important de situations juridiques autres que celles représentées dans le cadre du procès. Or, la finalité première du droit est de faire régner l'ordre[826] dans la société. Pour cela, il est nécessaire que des règles de droit fixent les comportements que les individus se doivent d'adopter. Par conséquent, le revirement de jurisprudence venant modifier la règle jurisprudentielle la prive de sa vocation à être un modèle : « la règle qui s'applique à rebours du temps n'a jamais pu diriger aucune conduite avant que d'apparaître et de fonder la sanction de celui qui,

[825] C. RADE, **«** De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D*. 2005, p. 989 et s.
[826] Pour d'autres points de vus sur la finalité principale du droit, V° M. VILLEY qui opte pour la justice (*Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, 2001, p. 132) et pour H. BATIFFOL pour le bien commun (*Problèmes de base de la philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 315 et s.).

sans le savoir, lui a contrevenu. L'utilité sociale d'une telle norme est totalement illisible »[827].

434. Cependant, la prévisibilité de la norme jurisprudentielle n'est pas toujours mise à mal par le revirement. En effet, dans certains cas, les faits se seraient produits quel que soit l'état du droit jurisprudentiel. De plus, certains revirements « ne menacent personne »[828], comme ce fut le cas pour l'arrêt *Degas* qui confère à l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage la qualité d'enfant légitime[829]. Par conséquent, le revirement de jurisprudence ne remet pas toujours en cause les prévisions du justiciable.

On peut ainsi faire une distinction entre les situations juridiques[830] préconstituées (droit des personnes, droit de la famille ou situation trouvant son origine dans un acte juridique...) et les situations juridiques non préconstituées (situations qui trouvent leur origine dans un fait juridique : responsabilité extracontractuelle...). C'est le cas lorsqu'un accident arrive. La victime n'avait fait aucune prévision concernant ses droits. Qu'il y ait revirement de jurisprudence ou non ne change donc rien dans ce cas quant à la prévisibilité de la règle applicable.

Bien sûr, en matière contractuelle, il en va tout autrement puisque la prise en considération des règles de droit applicables au litige est primordiale. C'est d'ailleurs pour cette raison que dans cette matière la loi ancienne survit. Il ne faut toutefois pas en déduire que dans le cadre des situations préconstituées, il y a automatiquement remise en cause des prévisions[831].

De plus, considérer que seuls les revirements de jurisprudence intervenant dans le cadre de situations juridiques préconstituées peuvent entraîner des effets

---

[827] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 17.
[828] P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences. A propos de l'arrêt du 18 juin 1958 », *JCP G.* 1959, I, 1467.
[829] Cass. civ., 8 janvier 1930, arrêt *Degas*, *D.* 1930. 1. 51 ; *S.* 1930. 1267, note GENY. V° également la décision de la Cour de cassation autorisant la modification de l'état civil des transsexuels, Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, *Bull. civ.*, A.P., n° 13.
[830] Théorie moderne élaborée par P. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, 1929, t. 1.
[831] Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995 (4 arrêts), *D.* 1996, p. 13, ccl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP G.* 1996, II, 22565, ccl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *Gaz. pal.*, 1995, 2, 626, ccl. M. JEOL, note P. DE FONTBRESSIN ; *RTD Civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE.

néfastes n'est pas totalement vrai. Dans certains cas, un revirement peut être préjudiciable sans pour autant avoir méconnu les prévisions des parties. Il en va ainsi lorsque survient une modification des conditions d'une action en justice ou de l'exercice d'un droit[832].

Certains revirements peuvent également être favorables aux parties mais avoir des répercussions néfastes sur les tiers. En effet, si l'on prend l'exemple de l'indemnisation de la concubine suite au décès de son concubin dans un accident, aucune situation juridique n'était préconstituée de sorte qu'on pourrait penser qu'il n'y a pas remise en cause de la sécurité juridique. Si cela est vrai pour les parties, il en va différemment pour les tiers intéressés. Ainsi, les assurances devront désormais indemniser les concubines, ce qui va alourdir leurs charges, charges qui finalement, seront répercutées sur les cotisants.

Il convient donc, au cas par cas, d'étudier l'impact du revirement de jurisprudence. Ainsi, « il s'agit de déterminer si un justiciable normalement diligent et supposé connaître le règle jurisprudentielle (…) a pu adopter un comportement qui soit fonction de la solution jurisprudentielle »[833], mais il est nécessaire d'envisager également les conséquences indirectes du revirement.

435. Le revirement de jurisprudence va s'appliquer à des faits antérieurs à son apparition. Il emportera des effets d'autant plus importants qu'il remontera dans le temps. En effet, la partie au litige, ayant occasionné le revirement, sera surprise de la décision de la Cour de cassation, mais même une fois le revirement connu, les affaires suivantes, lorsqu'elles remonteront à des faits antérieurs au revirement, surprendront les plaideurs croyant être dans leurs droits puisque ayant respecté la jurisprudence de l'époque et ce, d'autant plus que les faits sont anciens. Ainsi, « c'est bien la remise en cause rétroactive de la validité d'un acte ou de l'effectivité d'un comportement qui choque et qui peut avoir de lourdes conséquences économiques »[834].

---

[832] Pour d'autres exemples V° N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 18.
[833] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 21.
[834] X. BACHELLIER, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 308.

436. Le régime de la responsabilité du médecin en est ainsi un exemple frappant. Avec l'avènement du code civil, le médecin a vu sa responsabilité engagée en vertu des articles 1382 et 1383 du code civil, si preuve était faite d'un dommage, d'une faute du médecin et d'un lien de causalité.

L'arrêt *Mercier*[835], en 1936, va marquer un tournant puisque la responsabilité du médecin ne sera plus considérée au travers du prisme de la responsabilité civile délictuelle, mais au travers de celui de la responsabilité contractuelle car « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement de donner des soins attentifs, consciencieux et, sous réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ». Désormais, en cas de dommage, le médecin doit réparation « toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée »[836].

L'obligation contractuelle du médecin comprend une obligation d'information. Le point de droit concernant le devoir d'information du médecin a fait couler beaucoup d'encre en raison des nombreux revirements de jurisprudence intervenus en la matière. Cette obligation trouve sa source dans l'arrêt *Teyssier* en date du 28 janvier 1942[837] qui impose au médecin, avant toute opération, d'obtenir le consentement éclairé de son patient, consentement éclairé par l'information qu'il lui aura donnée. Selon l'article 35 du code de déontologie médicale[838] « le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension. Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un

---

[835] Cass. civ., 20 mai 1936, *D.*1936, 1, 88, ccl. MATTER, rapp. JOSSSERAND ; *S.* 1937, 1, 321, note BRETON ; *JCP* 1936, 1079.
[836] Article 1147 du code civil.
[837] Cass. req., 28 janvier 1942, *Gaz. Pal.* 1942. 1. 177.
[838] Article R. 4127-35 du code de la santé publique.

diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite ». Quant à l'article 41 du même code, il précise qu' « aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement ». Ainsi, le malade est maître de son traitement, décidant de ce dernier au vu des renseignements fournis par le médecin.

Cet article, bien que présentant clairement les conditions d'information, ne précise pas le type d'information qui doit être dispensée. Ce vide juridique a conduit la Cour de cassation à apprécier souverainement le contenu de cette obligation, appréciation qui a évolué au fil des années.

Depuis l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 octobre 1998[839], « hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ». Avec cette jurisprudence, la responsabilité du médecin prend un tournant décisif puisque ce dernier est désormais tenu de donner une information complète, incluant les risques exceptionnels, au patient. Cette nouvelle jurisprudence alourdit donc considérablement le devoir d'information du médecin car s'il est aisé d'informer un patient des risques habituels engendrés par un traitement ou un acte médical, il n'est pas toujours aisé de le faire pour les risques exceptionnels. De plus, elle remet en cause des situations constituées avant son apparition, ce qui n'aurait pas été possible si la nouvelle obligation était issue d'une loi.

---

[839] Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1998 : *JCP G*. 1998, II, 10179, ccl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS ; *D.* 1999, p. 259, obs. D. MAZEAUD ; J.-F. BURGELIN, « L'obligation d'informer le patient, expliquée aux médecins », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 71 et s ; *D.* 1999, note S. PORCHY.

La Cour de cassation est venue compléter sa jurisprudence dans un arrêt en date du 18 juillet 2000[840] selon lequel, le médecin n'est pas dispensé de son obligation d'information du seul fait que l'intervention est nécessaire. Avec cet arrêt, la Cour de cassation verrouille l'obligation d'information du médecin en la rendant obligatoire dans tous les cas sauf, bien sûr, volonté contraire du patient ou information incompatible avec l'état de santé de ce dernier.

L'arrêt du 9 octobre 2001[841] est l'occasion pour la Cour de cassation de préciser l'application temporelle de sa nouvelle jurisprudence. Un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, même si à l'époque des faits la jurisprudence admettait que dans un tel cas un médecin ne commettait pas de faute. En effet, l'interprétation d'une norme par la jurisprudence ne peut être différente en fonction de l'époque des faits et « nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ». La Cour de cassation fait donc application de la théorie de l'incorporation en vertu de laquelle une jurisprudence est réputée exister depuis l'entrée en vigueur de la loi.

437. Cet arrêt est très significatif puisqu'il condamne un médecin pour des faits qui sont intervenus vingt six ans plutôt et alors que son comportement était en adéquation avec la jurisprudence de l'époque. Le problème de la rétroactivité de la nouvelle jurisprudence se pose alors : « une jurisprudence nouvelle s'applique toujours dans tous les procès nouveaux sans que l'on prenne en considération la date à laquelle les faits se sont produits et quand bien même ces faits seraient antérieurs au changement de jurisprudence »[842].

La Cour d'appel a eu conscience du problème puisqu'elle avait entendu limiter dans le temps les effets de cette jurisprudence nouvelle. La Cour de cassation, quant à elle, se refuse à une limitation du revirement pour l'avenir. Elle prône l'unité d'interprétation de la norme : à un moment donné deux interprétations ne sauraient

---

[840] Cass. civ. 1ère, 18 juillet 2000, *Bull. civ.*, I, n° 227.
[841] Cass. civ. 1ère, 9 octobre 2001, *Bull. civ.*, I, n° 249, *D.* 2001, p. 3470, note D. THOUVENIN et rapport P. SARGOT ; *JCP G.* 2002, II, 10045, note O. CACHARD ; R. LIBCHABER, « Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence », *RTD Civ.* 2002, p. 176 et s.
[842] P. ROUBIER, *Le droit transitoire : conflit de lois dans le temps*, Dalloz, 2ème éd., 1960, p. 25.

coexister. En effet, une jurisprudence ne saurait survire en raison de la prohibition des arrêts de règlement.

438. Aucun texte de droit en vigueur au moment des faits n'énonçait précisément l'obligation d'information du médecin. La Cour de Cassation, pour rendre sa décision, s'est fondée sur le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine consacré par le Conseil constitutionnel[843]. Ainsi, la Cour de cassation n'aurait fait que formaliser une source réelle du droit, qui se trouve à son fondement, constituée des préceptes moraux, universels et plus généralement de forces créatrices du droit.

Il en résulte que le médecin ne pouvait avoir connaissance d'une future évolution possible de la jurisprudence. Il paraît donc extrêmement lourd de faire peser sur ce dernier une obligation qui n'existait même pas en germe dans l'esprit des juges lors des faits.

439. Cependant, la Cour de cassation ne s'est pas arrêtée là et la responsabilité du médecin a été à nouveau modifiée. Suite à une adénomectomie prostatique, un patient se révèle être impuissant. Il intente une action en responsabilité civile contre son médecin, urologue, en invoquant le fait que ce dernier ne l'avait pas informé de possibles troubles de l'érection inhérents à ce type d'opération. La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 3 juin 2010[844], estime qu'en vertu des articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil, « toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des

---

[843] Cons. const., décisions n[os] 94-343 DC et 94-344 DC du 27 juillet 1994, *D.* 1995, p. 237, note B. MATHIEU.

[844] Cass. civ. 1[ère], 3 juin 2010, *Bull. civ.*, I, n° 573 ; P. SARGOS, « Responsabilité médicale : deux arrêts « historiques », OMNIDROIT, Newsletter 2010, n° 104, p. 20 ; S. PORCHY-SIMON, « Revirement de la Cour de cassation quant à la sanction du défaut d'information du patient », *JCP G.* 2010, 788.

textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ». Cette décision est un double revirement de jurisprudence. D'une part, la responsabilité du médecin est désormais engagée sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle et non plus contractuelle. D'autre part, le patient est nécessairement victime d'un préjudice et son indemnisation n'est ainsi plus diminuée car elle n'est plus fondée sur « la perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé » comme le prévoyait la Cour de cassation dans son arrêt du 7 décembre 2004[845]. Cette jurisprudence est donc très favorable à la victime.

On voit bien à travers cet exemple que les revirements de jurisprudence peuvent modifier fondamentalement les droits et obligations des justiciables et engendrer d'importantes conséquences, ici financières.

440. Cependant, les revirements de jurisprudence ne sont pas très nombreux et leurs effets sont comparables à ceux d'une loi rétroactive[846]. Alors pourquoi tant de bruit ? Si l'on prend l'exemple de la loi du 20 juin 1936 instaurant les congés payés, la Cour de cassation, dans son arrêt en date du 17 février 1937, a estimé que « cette loi ne confère point aux parties un droit définitivement acquis à l'application d'une clause que le législateur, pour des raisons d'intérêt social et de protection du travail, a déclaré illicite, et qu'une telle clause doit être considérée à bon droit comme caduque ». Le législateur a ainsi la possibilité d'adopter des lois dont l'effet est rétroactif. La polémique a donc lieu non pas, en raison des conséquences réellement produites par le revirement de jurisprudence, mais du fait que la nouvelle règle posée par le juge va être automatiquement rétroactive alors que dans le cas de la loi, le législateur a la possibilité de décider de son application dans le temps.

441. Ce ne sont alors pas tous les revirements de jurisprudence qui posent problème, mais ceux dont les impacts sont considérablement néfastes, que ce soit sur le plan des prévisions des justiciables, du respect de leurs droits ou des conséquences économiques qui en résultent. Par conséquent, certaines techniques devraient être plus

---

[845] Cass. Civ. 1ère, 7 décembre 2004, *Bull. civ.*, I, n° 302.
[846] X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678 et s.

usitées pour prévenir ces conséquences, voire dans certains cas, autoriser la Cour de cassation à moduler dans le temps ses décisions.

442. <u>Bilan du chapitre 2</u> : Les trois critères qui se dégagent de la sécurité juridique sont l'accessibilité, la stabilité et la prévisibilité. Or, les revirements de jurisprudence, s'ils remplissent le premier critère, satisfont difficilement le troisième et vont à l'encontre du second.

443. Concernant l'accessibilité formelle des revirements de jurisprudence, elle est aujourd'hui facilitée par le nombre important de revues juridiques auxquelles s'ajoute internet permettant au justiciable un accès direct au droit. Quant à l'accès intellectuel du revirement, il s'avère difficile en raison de la technicité du droit.

Concernant le critère de la stabilité, il est évident que le revirement de jurisprudence ne le remplit pas puisqu'il marque une rupture dans la jurisprudence entraînant la modification de la règle de droit. Le revirement de jurisprudence est cependant incontournable, puisqu'il adapte le droit aux évolutions de la société. Il permet ainsi, au droit d'être plus juste.

Concernant l'imprévisibilité du revirement de jurisprudence, elle est condamnable puisque lorsqu'un revirement intervient, le justiciable n'en a pas toujours été informé. Il voit ainsi, ses prévisions déjouées sans avoir été à même d'anticiper le changement de la règle jurisprudentielle.

444. Cependant, le reproche principal que l'on fait aux revirements de jurisprudence a trait à leur caractère rétroactif. En effet, ils appliquent à des faits antérieurs à leur réalisation une nouvelle règle jurisprudentielle. Le justiciable va ainsi être jugé sur la base de règles de droit qui n'existaient pas lorsque les faits se sont produits.

Conclusion du titre 2

445. Il est couramment reproché aux revirements de jurisprudence d'engendrer de l'insécurité. En effet, ces derniers font souvent l'objet d'études en considération de la sécurité juridique.

446. Toutefois, la sécurité juridique n'est pas une notion unanimement reconnue par l'ensemble des juridictions. Si les juridictions européennes y ont recours, les juridictions internes sont plus réservées, même si elles y font parfois référence. Cependant, la sécurité juridique tend à se faire une place de plus en plus importante au sein doctrines de ces Cours. Ainsi, ce n'est que très récemment que le Conseil d'Etat a reconnu le principe de sécurité juridique.

447. Si aucun consensus n'existe quant à la définition de la sécurité juridique, il est cependant possible d'en dégager des critères qui sont communs à l'ensemble des juridictions. Ainsi, pour qu'il y ait sécurité juridique, la règle de droit doit être accessible, stable et prévisible. Si l'on étudie les revirements de jurisprudence, on constate que s'ils sont aujourd'hui, plus accessibles, ils sont difficilement prévisibles. Quant au critère de la stabilité, il ne peut tout simplement pas s'appliquer aux revirements puisque ces derniers marquent une évolution, un changement dans la règle jurisprudentielle.

448. En plus de ces difficultés, les revirements de jurisprudence sont empreints d'une rétroactivité automatique. Par conséquent, les situations constituées avant que le changement d'interprétation n'intervienne ne feront pas l'objet d'une application différée dans le temps, comme c'est le cas pour la loi, et elles entraîneront, dans certains cas, la remise en question des prévisions du justiciable.

Conclusion de la partie 1

449. Le XX^{ème} siècle s'est ouvert sur les interrogations de la doctrine quant à la nature de la jurisprudence et s'est refermé sur de simples constatations de fait et aucune reconnaissance officielle par le législateur de sa place au sein des sources du droit. En effet, les controverses à son sujet sont encore vives et nombreuses.

Si l'on peut considérer que la jurisprudence est une source du droit, elle est cependant une source spécifique, spontanée, qui ne trouve pas son origine dans une norme supérieure mais dans un besoin fondamental de l'ordre juridique. Besoin que le juge, dans le cadre de sa mission, comble. La jurisprudence trouve ainsi sa place au sein de source du droit aux côtés de la loi.

450. Il en résulte que la règle jurisprudentielle peut être considérée comme une règle de droit même si elle n'est pas obligatoire. En effet, l'obligatoriété a laissé la place à la notion de force normative beaucoup plus adaptée à la description de nos règles de droit contemporaines.

451. Par conséquent, si la règle jurisprudentielle peut-être regardée comme une règle de droit, le revirement doit alors être considéré comme venant modifier cette dernière et donc l'ordre juridique. Son impact sur ce dernier va être de deux ordres dans le sens où il vient y inscrire de nouvelles normes individuelles mais également des nouvelles règles jurisprudentielles.

452. La modification engendrée par le revirement de jurisprudence n'est pas en soi problématique, puisqu'elle résulte de la nécessaire adaptation du droit à la société. Par contre, les conséquences que les revirements engendrent parfois peuvent se révéler plus néfastes que les avantages recherchés par un changement d'interprétation de la règle jurisprudentielle. Et c'est dans ces cas là que le revirement sera sujet à controverses.

453. Si la notion de sécurité juridique n'est pas encore pleinement définie et consacrée par nos juridictions internes, elle est cependant présente dans la doctrine des Cours européennes. Il est ainsi possible d'en dégager des critères principaux, critères permettant de cerner les conséquences néfastes et importantes que peuvent avoir certains revirements de jurisprudence. En effet, si désormais il est possible d'accéder facilement aux revirements de jurisprudence, l'instabilité qu'ils entraînent, leur imprévisibilité et leur rétroactivité posent problème.

454. Concernant, la rétroactivité, la spécificité du revirement entraîne certaines difficultés. En effet, une nouvelle loi, lorsqu'elle est adoptée, vient elle aussi, modifier le système juridique. Or, à la différence de la loi à laquelle est appliquée le régime de l'article 2 du code civil, le revirement est automatiquement rétroactif[847]. Ainsi, ce dernier va s'appliquer à des situations juridiques apparues sous le règne de l'ancienne règle jurisprudentielle, heurtant de ce fait la notion de sécurité juridique. Madame SALUDEN résume bien la situation du justiciable face aux revirements : « notre droit fait évoluer les justiciables sur des sables mouvants »[848].

455. Les interrogations de la doctrine face aux techniques d'encadrement de ces derniers se révèlent alors légitimes, que les techniques soient préventives ou non.

---

[847] P. MALINVAUD, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 313.
[848] M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, thèse dactyl., Paris II, 1983, p. 97.

Partie 2 : L'encadrement des revirements de jurisprudence

456. La jurisprudence, en tant que source du droit, joue un rôle fondamental dans notre ordonnancement juridique. Elle a le pouvoir de modifier ce dernier. Son rôle est positif puisqu'elle apporte plus de sécurité juridique en adaptant les lois aux évolutions de la société.

Cependant, la règle jurisprudentielle, une fois posée est, à l'image de la loi, une règle inscrite dans son époque. Par conséquent, lorsque le contexte sociétal évolue, la règle jurisprudentielle peut se retrouver inadaptée et le juge est alors contraint d'opérer un revirement de jurisprudence. Si la sécurité juridique est une notion nécessaire à tout ordre juridique, essayer d'atteindre un degré total de sécurité s'avère inutile. En effet, trop de sécurité tuerait la sécurité car son « existence est une nécessité, son excès une pathologie »[849]. « Un bon système de droit doit, en réalité, établir un équilibre entre l'impératif de sécurité juridique et l'impératif d'adaptation du droit »[850]. Par conséquent, tenter de supprimer les revirements de jurisprudence n'est pas envisageable. De plus, cela n'est concrètement pas possible puisque cela conduirait à priver le juge d'une partie de ses prérogatives. En effet, la possibilité d'opérer des revirements de jurisprudence est inhérente à la fonction de juger, le revirement étant une des facettes de la *juris dictio*.

457. Par conséquent, « si les revirements de jurisprudence participent d'une situation normale, la question n'est plus de savoir s'ils sont bons ou détestables ; ils sont à un certain degré inévitables, puisqu'ils sont le droit lui-même »[851]. Cependant, dans certains cas, les effets qu'ils entraînent peuvent avoir des conséquences plus préjudiciables que les avantages qui en découlent. D'où les interrogations qui ont été soulevées quant aux techniques à adopter pour pallier ces effets.

---

[849] X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 310 et s.
[850] F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2001, p. 487.
[851] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 125.

458. La constatation des effets néfastes des revirements de jurisprudence n'est pas nouvelle puisqu'en 1959, le Professeur VOIRIN ouvrait la voie, constatant qu' « un revirement n'a pas toujours des lendemains qui chantent »[852]. Par la suite, le problème a pris une place grandissante au sein des travaux de la doctrine[853]. Aujourd'hui, le revirement de jurisprudence est un thème doctrinal incontournable.

Face à ce phénomène, le Premier Président de la Cour de cassation G. CANIVET a chargé le Professeur MOLFESSIS de diriger un groupe de travail ayant pour mission « de s'interroger sur l'opportunité d'instaurer, dans notre système, un droit transitoire des revirements de jurisprudence et, le cas échéant, d'envisager les règles qui pourraient être suggérées, ainsi que les modalités de leur reconnaissance »[854]. Un rapport a été rendu en 2005, suggérant que la modulation dans le temps soit appliquée dans certains cas. La solution préconisée a donné lieu à de nombreuses réactions[855].

459. Ce rapport préconise que le juge puise moduler dans le temps ses décisions, car en tant qu'acteur de la norme jurisprudentielle, il est le mieux placé pour apprécier l'impact de sa décision et donc en prévoir ses effets. Cependant, il n'est pas le seul acteur pouvant influer sur les conséquences des revirements de jurisprudence. Ainsi, le législateur est venu réformer le régime des prescriptions en

---

[852] P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences. A propos de l'arrêt du 18 juin 1958 », *JCP G.* 1959, I, 1467.

[853] V° par exemple, C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 33, p. 15 ; « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 53, p. 9 ; « Le revirement pour l'avenir », *JCP G.* 1994, I, 3776.

[854] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Cour de cassation, Litec, LexisNexis, 2005, p. 3.

[855] V. HEUZE, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G.* 2005, I, 130, p. 676 : « il apparaît ainsi que, si la rétroactivité des revirements de jurisprudence est incontestablement la cause d'une certaine insécurité juridique qui devrait retenir les tribunaux d'une trop grande inconstance, il ne peut ni ne mérite d'être en leur pouvoir d'y remédier, si bien qu'ils ne doivent pas autrement s'en soucier » ; DEUMIER P. et R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTD Civ.* 2005, p. 83 ; SERINET Y.-M., « Par elle, avec elle et en elle ? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 334 : « si le pouvoir normatif de la jurisprudence existe, il est de son essence de n'impliquer pour l'heure aucun pouvoir modulateur ».

2008[856]. La modification du régime des prescriptions a constitué une avancée dans la lutte contre la rétroactivité des revirements de jurisprudence. En effet, ces derniers soulèvent le problème de la modification du droit applicable à des situations antérieures à son prononcé. Or, si les délais de prescription sont éteints, ces situations ne peuvent plus être remises en cause. Donc, plus les délais de prescription sont courts moins les risques que le justiciable a de se voir appliquer un revirement de jurisprudence vont se réaliser. Il en résulte que peu importe l'évolution de la norme jurisprudentielle, les situations juridiques ne pourront plus être bouleversées.

460. Par ailleurs, le juge dispose de techniques lui permettant de minorer les conséquences d'un revirement de jurisprudence. Ainsi, il peut l'annoncer, et ce, dans le but de prévenir les intéressés afin qu'ils puissent prendre leurs dispositions. Il peut également prononcer un revirement de jurisprudence dans le cadre de techniques spécifiques qui n'emporteront pas de conséquence pour les parties (Titre1). Cependant, ces techniques ne sont pas toujours suffisantes et dans certains cas, le revirement va quand même déjouer les prévisions du justiciable. Il serait utile que le juge puisse décider, à titre exceptionnel, de l'application dans le temps de la nouvelle règle jurisprudentielle qu'il pose dans le cadre d'un revirement de jurisprudence (Titre 2). Ainsi, « la rétroactivité cinglante de la jurisprudence (ne serait) plus inéluctable »[857].

---

[856] Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JORF* du 18 juin 2008, p. 9856 ; N. FRICERO, « La nouvelle prescription : entre sécurité et modernité », *RLDC* 2008, 3093.

[857] P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247.

Titre 1 : Les possibilités d'amélioration des techniques d'encadrement actuelles des revirements de jurisprudence

461. Les revirements de jurisprudence ne sont pas monnaie courante même s'ils sont beaucoup moins rares qu'auparavant[858]. En effet, le juge n'use qu'avec parcimonie de cette technique. Dans son rapport de 1973, la Cour de cassation estime que la continuité de la jurisprudence est presque toujours souhaitable. Elle doit néanmoins être abandonnée lorsqu'elle risque d'aboutir à des iniquités et qu'elle n'est pas imposée par des textes impératifs.

Cependant, les revirements de jurisprudence existent et face au constat des effets pervers qu'ils peuvent parfois entraîner, des solutions ont été proposées, même si toutes ne semblent pas réalisables. Ainsi, le Professeur VOIRIN propose la « ratification » législative de la jurisprudence constante[859]. « Dès que la règle jurisprudentielle a été transposée dans la loi ou le règlement, le juge n'en est plus le maître. Dès lors que les textes qui entérinent la jurisprudence deviennent légaux, ils s'imposent aux juridictions et la « compétence de revirement » ne leur appartient plus »[860]. Cependant, cette technique entraînerait de nombreuses difficultés dont la principale a trait à l'article 5 du code civil. En effet, avec cette technique, le juge « légifère » au travers du législateur, ce que notre ordonnancement ne permet pas. De plus, le juge étant l'interprète de la loi, rien ne l'empêchera d'adopter une interprétation susceptible de revirement. Le problème reste donc le même.

462. Le justiciable évolue dans un environnement juridique qui doit être stable au possible afin de lui permettre d'agir et de contracter en toute connaissance de cause. Or, les revirements de jurisprudence sont incontournables. Il est donc nécessaire de rendre les changements jurisprudentiels prévisibles. Si aujourd'hui

---

[858] En 1992, on dénombrait 12 revirements pour 26 000 arrêts (M.-Y. CHARTIER, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 151) et en 1998, 25 (*JCP G*. 1999, actu. n° 21).

[859] P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences. A propos de l'arrêt du 18 juin 1958 », *JCP G*. 1959, I, 1467.

[860] D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA*, 1980, p. 635.

aucune procédure spécifique n'existe pour pallier les effets néfastes de la rétroactivité, la Haute juridiction a cependant la possibilité de prévenir ces derniers en limitant les effets rétroactifs du revirement de jurisprudence (Chapitre 1) ou annonçant un changement de jurisprudence (Chapitre 2) au travers de différentes techniques. Bien sûr, ces dernières sont alternatives et il revient au juge d'opter pour la plus judicieuse.

Chapitre 1 : L'encadrement des revirements de jurisprudence au travers de la décision

463. Lorsque le juge comprend qu'il est nécessaire d'opérer un revirement de jurisprudence mais que les effets de ce dernier peuvent avoir d'importantes répercussions, il va tenter de les prévenir. Pour cela, il va pouvoir agir par le biais de la décision.

464. Ainsi, une motivation plus explicite des décisions de justice est rendue nécessaire en raison de l'évolution du rôle du juge de cassation : « source acceptée de normes juridiques, la Cour de cassation doit les faire comprendre des lecteurs qui ne sont pas entraînés à la divination de ses silences. Son nouveau rôle implique une nouvelle motivation »[861] (Section 1).

465. Mais si une meilleure motivation permet de mieux appréhender un revirement de jurisprudence, elle n'en limite pas toujours les effets. Aussi, le juge peut également user de techniques qui auront pour conséquence de minorer l'effet rétroactif du revirement de jurisprudence (Section 2).

[861] P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge*, *APD* 2007, n° 50, p. 49 et s.

Section 1 : Une motivation plus explicite des décisions judiciaires

466. La jurisprudence est née de l'obligation faite aux juges de motiver leurs décisions. Cette obligation résulte de l'article 15 de la loi des 16 et 24 août 1790[862] en vertu duquel le juge est dans l'obligation d'exprimer, avant le dispositif du jugement, les motifs qui auront déterminé celui-ci[863]. Aujourd'hui, cette obligation figure à l'article 455 alinéa 1er du code de procédure civile[864] qui dispose que « le jugement doit être motivé ».

Dans l'Ancien droit, les Parlements n'avaient pas l'obligation de motiver leurs décisions[865]. En effet, le roi n'ayant pas à justifier les décisions qu'il prennait, il en allait de même des institutions qui le représentaient. Le besoin de comprendre les décisions rendues poussa les Etats généraux, au XVIème siècle, à demander leur motivation. Mais ce n'est qu'en 1788, que le pouvoir royal accéda à cette demande en la restreignant néanmoins à la matière pénale. Les Etats généraux de 1789 allaient réitérer leur demande concernant l'ensemble des décisions quelle que soit la matière. Ce sont les révolutionnaires qui vont imposer progressivement cette obligation afin de contrôler le respect de l'application de la loi par les juridictions. Ainsi, le juge avait l'obligation de se justifier devant le législateur.

Par la suite, le référé législatif disparaissant et la Cour de cassation devenant la juridiction suprême de l'ordre judiciaire, l'obligation de motivation

---

[862] Dans l'Ancien droit, bien que BEAUMANOIR recommande de motiver les décisions de justice, cette pratique ne perdure pas. Le droit transitoire va restaurer cette obligation en l'imposant aux juges d'appel. L'article 15 de la loi des 16 et 24 août, dispose qu'avant le dispositif, « les motifs qui auront déterminé celui-ci » doivent être précisés. Cette règle va être étendue à tous les juges concernant l'obligation de viser les textes appliqués (Constitution an III, article 208). Elle va devenir générale en 1810 : l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 dispose que « les arrêts qui ne contiennent pas les motifs sont nuls » (*JORF* du 20 août 1944). Cette règle va être reprise dans l'ancien code de procédure civile à l'article 141 et dans le code d'instruction criminelle à l'article 163. Elle figure désormais à l'article 455 du code de procédure civile : F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 6e éd., 2003, p. 273 et s.

[863] La loi du 20 avril 1801 dispose, en son article 7, que « les arrêts (...) qui ne contiennent pas les motifs sont déclarés nuls ».

[864] Egalement à l'article 485 du CPP.

[865] Une nuance doit être apportée concernant la période des XIIIème et XIVème siècle où certains arrêts contenaient des motifs se référant aux coutumes : T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP* 1995, p. 5 et s.

permit au juge de justifier sa décision vis à vis du justiciable afin que cette dernière soit mieux comprise et acceptée par les parties. En effet, « les magistrats sont en fait fort sensibles aux effets réels de leurs jugements »[866].

467. La meilleure compréhension des décisions par le justiciable n'est pas la seule conséquence de la motivation des décisions judiciaires : « la Cour est soucieuse de livrer le mode d'emploi de ses décisions »[867] même si parfois on se trouve en présence de décisions elliptiques.

Une bonne motivation va permettre l'essor de la jurisprudence puisque les décisions judiciaires vont être étudiées, comprises et suivies. La motivation permet au juge de rendre explicite les raisons qui l'ont amené à appliquer telle ou telle règle de droit, permettant l'unification du droit. En effet, « il n'y a d'unité du droit que dans la clarté de sa formulation »[868].

Certains auteurs militent ainsi pour une meilleure motivation des décisions mais actuellement la Cour de cassation ne semble pas répondre à leur appel, préférant opter pour la diffusion d'informations par la voie de travaux complémentaires[869]. Selon le Professeur ATIAS, on assiste même à une régression de la motivation judiciaire[870].

468. Cependant, il n'est pas toujours aisé de déceler un revirement de jurisprudence (§1). Par conséquent, il semble judicieux de proposer que le juge soit plus explicite quant il opère un changement d'interprétation dans la règle jurisprudentielle afin d'informer pleinement le justiciable (§2).

---

[866] M. LASSER, « Les récentes modifications du processus de décision de la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD Civ.* 2006, p. 691.
[867] R. LIBCHABER, « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation et le rôle de la doctrine », *RTD Civ.* 2000, p. 682.
[868] J. RIVERO, « Le conseil d'Etat, cour régulatrice », *D.* 1954, p. 157.
[869] P. DEUMIER, « Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion », *RTD Civ.* 2007, p. 61 ; P. MUZNY, « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *D.* 2006, p. 2217 et s.
[870] C. ATIAS, « La dispense de motivation de la condamnation pour abus de procédure », OMNIDROIT, Newsletter 2011, n° 146, p. 2 et s.

§1) La difficulté à cerner un revirement de jurisprudence

469. « Il est (toujours) permis aux juges de changer leurs interprétations, au nom de l'équité quand il s'agit de cas particuliers ou au nom de l'adaptation ou de la modernisation du droit quand il s'agit de problèmes juridiques récurrents (…) »[871]. Mais comme l'a soulevé le Rapport relatif aux revirements de jurisprudence, il n'est pas toujours aisé de déceler un revirement de jurisprudence[872]. La jurisprudence se construit dans le temps pour finalement se fixer et devenir constante. Mais à partir de quel moment peut-on considérer qu'il y a revirement de jurisprudence ? Les définitions parlent d'un changement dans l'interprétation du juge. Par conséquent, si le changement résulte d'une autre autorité telle que la loi, par exemple, on ne pourra considérer qu'il y a revirement de jurisprudence. Lorsque la nouvelle interprétation du juge est inconciliable avec l'ancienne, le revirement de jurisprudence ne sera pas discutable. Dans certains cas, le repérage du revirement peut s'avérer plus fastidieux. Les revirements de jurisprudence présentent « une faiblesse conceptuelle due à leur hermétisme : un revirement ne peut être mesuré que par les techniciens du droit qui connaissent la difficulté et les précédents »[873].

470. Peut-on considérer qu'il y a revirement de jurisprudence lorsqu'une chambre adopte une position différente d'une autre chambre comme ce fut le cas pour le régime de l'indemnisation de la concubine ? Dans ce cas, on ne peut pas considérer qu'il y ait revirement de jurisprudence car deux conceptions de la règle perdurent côte à côte. Par conséquent, dans ce type de situation, il y a seulement divergence d'interprétation[874]. « Pour qu'il y ait revirement, il faut que la solution nouvelle

---

[871] M. LASSER, « Les récentes modifications du processus de décision de la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD Civ.* 2006, p. 694.
[872] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 69 et s.
[873] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 125.
[874] P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 98 et s.

s'oppose à une règle de même origine jurisprudentielle, de la même juridiction et, (...) de la même formation »[875].

471. « Pour que l'on puisse pleinement faire état d'un revirement, il faut supposer que la Cour de cassation abandonne non pas même une solution adoptée précédemment par telle ou telle de ses Chambres, mais une position qu'en termes de jurisprudence, sinon constante, du moins suffisamment établie, elle a retenu par le passé »[876]. Il y aura ainsi revirement de jurisprudence lorsque le juge modifiera son interprétation et que cette dernière sera incompatible avec celle précédemment retenue.

472. Dès lors, on peut donc considérer, qu'il y a revirement de jurisprudence lorsque le juge vient préciser la règle jurisprudentielle. En effet, en imposant de nouvelles conditions, il y a revirement de jurisprudence puisque auparavant la Cour ne considérait pas que ces dernières fussent nécessaires. Il en résulte que des situations juridiques qui respectaient l'ancienne jurisprudence peuvent ne plus être en accord avec cette dernière, les conditions nouvellement posées par la Cour de cassation rendant impropre l'application de l'ancienne règle jurisprudentielle. Ce fut ainsi, le cas dans l'affaire des intérêts débiteurs des comptes courants. Le juge, en ajoutant des conditions à la règle de droit, reconnaît que l'interprétation qu'il en avait a évoluée et n'est plus adéquate. Il y a donc revirement de jurisprudence, mais seulement en ce que la nouvelle interprétation ne rend plus possible l'application de l'ancienne règle jurisprudentielle.

Par contre, si le juge se prononce pour la première fois sur un point de droit, il n'y a pas revirement de jurisprudence.

473. On peut également considérer qu'il y a revirement de jurisprudence lorsqu'une notion précise est appliquée sans rigueur et que le juge opère un

---

[875] V. DELAPORTE, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 161.
[876] F. TERRE, « Rapport de « synthèse », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 247.

glissement du sens en gardant le même vocabulaire. Il peut de même, y avoir revirement lorsque le contenu d'un critère est variable en raison de sa souplesse. Il en va ainsi des adjectifs bon, équitable… « Encore faut-il être prudent, car ce n'est pas parce qu'un ou quelques termes employés par un arrêt antérieur ont été remplacés par d'autres qu'il faut nécessairement y voir un changement ; le style, la formulation, évoluent au fur et à mesure que les Conseillers et plus encore les Présidents sont remplacés par d'autres »[877].

474. En retenant cette définition, on laisse au juge toute latitude pour apprécier s'il y a revirement de jurisprudence et quelles en sont les conséquences. Ainsi, dans le cas des loteries publicitaires[878], s'il y a eu revirement de jurisprudence la situation des justiciables n'en a pas été pour autant modifiée puisqu'il ne s'agissait pas de situations préconstituées. Le juge constatant cet état de fait n'a rien entrepris pour encadrer le revirement de jurisprudence.

475. Puisqu'il y a revirement de jurisprudence chaque fois que la Cour de cassation varie dans l'interprétation de la loi quelle retenait jusqu'alors, certains revirements peuvent être difficilement décelables. Une formulation plus précise de la solution quant à la modification de la règle jurisprudentielle permettrait d'éviter certaines controverses alimentées par la doctrine concernant l'exacte portée du revirement[879].

---

[877] Y. CHARTIER, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 152.
[878] Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, *Bull. civ.*, Mixte, n° 4 ; *D.* 2002, p. 2963, note D. MAZEAUD ; *JCP G.* 2002, II, 10173, note S. REIFEGERSTE; *JCP E.* 2002, 1687, note G. VINEY.
[879] J.-F. CASILE, « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », *RRJ* 2004-2, p. 646 et s.

§2) Une meilleure compréhension des revirements de jurisprudence

476. « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation est importante (…) parce qu'il est nécessaire de bien comprendre les messages juridiques qu'entend délivrer la Cour régulatrice »[880]. Cependant, les décisions de la Cour de cassation sont nécessairement techniques. On comprend alors qu'elles soient difficilement accessibles aux non-juristes. Mais on ne le comprend pas lorsqu'il s'agit des professionnels du droit[881]. En effet, même si la motivation des arrêts de la Cour de cassation relève d'une gymnastique de l'esprit particulière, ils se doivent d'être compréhensibles par les juristes. Se pose alors la question de la spécificité des motivations du juge de cassation.

477. Aujourd'hui, le juge doit faire face à une charge de travail considérable et il ne peut apporter autant d'attention à la rédaction des arrêts qu'il le faisait par le passé. Il en découle que les décisions sont beaucoup moins développées, beaucoup moins explicatives. Afin de permettre une meilleure prévision et une meilleure compréhension des revirements de jurisprudence, il semblerait judicieux d'apporter des modifications aux motivations de certains arrêts de la Cour de cassation qui le requierent, comme c'est le cas pour les décisions opérant revirement de jurisprudence. « Il est donc concevable que certains arrêts soient dotés de « grands motifs », par opposition à une rédaction plus proche de la motivation actuelle (« petits motifs ») »[882].

478. Les arrêts de la Cour de cassation se démarquent des décisions du fond en ce qu'ils sont plus concis dans leur motivation. Mais doit-on pour cela considérer la

---

[880] A. PERDRIAU, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1990*, La documentation française, 1991, p. 59.
[881] V° les décisions suivantes ayant suscité des difficultés de compréhension : Cass. civ. 1ère, 24 février 1993, *Bull. civ.*, I, n° 88 ; Cass. civ. 3ème, 26 juin 1996, *Bull. civ.*, I, n° 165.
[882] X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen, Propositions de réformes », *JCP G.* 2010, 1130, p. 2129.

qualité des arrêts de la Cour de cassation comme médiocre ? En effet, alors que « la clarté, la pureté et la neutralité du langage, la rigueur et la logique du raisonnement sont généralement loués (…) l'accord cesse dès lors qu'il s'agit d'apprécier la pertinence de la concision traditionnelle de la motivation : caractère elliptique, sibyllin, lapidaire, hermétique, laconique, énigmatique et opaque, si ce n'est illisible, mais aussi clair, rigoureux, ciselé, raffiné, rationnel (…) les qualificatifs ne manquent pas – les antonymes non plus »[883].

479. Les arrêts de la Cour de cassation ont la particularité d'être peu développés dans leurs motivations à la différence des arrêts de *common law* ou des Cours européennes, d'où leur appellation d' « arrêts à la française ». Dans les systèmes de *common law*, « le juge cherche moins à être bref qu'à se faire comprendre. Il décide, certes, mais il veut en même temps convaincre », il explique et « la partie perdante sait vraiment pourquoi elle perd. Les juristes qui lisent la décision savent pourquoi elle a été rendue »[884].

Cependant, il ne faut pas en déduire que les décisions françaises sont de qualité moindre[885]. En effet, l'on a souvent reproché aux arrêts des Cours américaines leurs trop longs développements et leurs nombreuses précisions, noyant le lecteur sous un flot d'informations.

480. Alors que certains auteurs sont « pour une motivation plus explicite des décisions de justice »[886] d'autres estiment que cela pourrait conduire à « un grand déballage sur la place publique »[887]. Un juste milieu doit donc être trouvé. Comment alors considérer les arrêts de la Cour de cassation et sur quelle base ? Doit-on, par exemple, prendre en compte pour cette analyse leur réception par les destinataires et

---

[883] P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge*, *APD* 2007, n° 50, p. 50.
[884] 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. 491.
[885] H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, coll. Etudes juridiques, Economica, 2004, p. 53 et s.
[886] A. TOUFFAIT, A. TUNC, *préc.*, p. 487.
[887] Y. CHARTIER, « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 284.

par conséquent, leur compréhension ? Et qui doit-on considérer comme les destinataires ? Les parties, les juristes ?

481. Il semble plus judicieux de prendre en compte le rôle de la Cour de cassation : comment peut-elle remplir au mieux sa mission ? La Cour de cassation doit appliquer la loi, l'adapter voire créer des règles de droit lorsque les textes sont insuffisants. Pour cela, « statuant par voie d'autorité, elle doit motiver et non argumenter, encore moins se justifier »[888]. En effet, la Cour de cassation ne peut se permettre de tergiverser. Elle doit aller à l'essentiel en étant la plus claire possible.

Cependant la brièveté des décisions actuelles soulève tout de même certaines difficultés. Ainsi, lorsque la Cour de cassation pose un principe général du droit, elle ne vient pas expliquer les raisons de cette création et même, parfois reste évasive quant à son application. Il en résulte que le lecteur est réduit à de simples expectatives pour comprendre le pourquoi du comment du revirement de jurisprudence.

482. Le juge de cassation doit s'assurer de la conformité de la décision attaquée au droit. Il est donc nécessaire que l'arrêt soit lisible afin que le plaideur puisse comprendre pourquoi sa demande a été accueillie ou a fait l'objet d'un rejet et ce, en fonction de la règle de droit applicable. La lisibilité des arrêts est également nécessaire au juge dans le cadre de sa mission unificatrice du droit afin que soit pleinement appréhendée la règle jurisprudentielle[889]. Elle est un gage d'acceptation de cette dernière. En effet, n'étant pas obligatoire, elle doit être revêtue d'une certaine autorité pour pouvoir s'imposer. Néanmoins, si la décision n'est pas claire et qu'elle laisse place au doute, elle ne pourra être réellement appliquée. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle estimé qu'il doit être possible au juge « de faire sienne la doctrine énoncée dans un arrêt de la Cour de cassation dont les parties avaient fait état et

[888] P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge*, *APD* 2007, n° 50, p. 52.
[889] X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen. Propositions de réformes », *JCP G.* 2010, 1130, p. 2127.

qu'elles avaient discutée devant lui »[890]. Par conséquent, seule une décision compréhensible peut permettre au justiciable d'adhérer à la solution dégagée par la Cour de cassation et de l'appliquer. Il en résulte que si le revirement de jurisprudence reste trop vague, les juges ne percevront par la réelle modification de la règle jurisprudentielle. Il pourra de ce fait, y avoir divergence d'interprétations, ce qui est contraire au principe d'égalité.

483. La nécessité d'une bonne motivation révèle toute son importance dans le cas des revirements de jurisprudence[891] car ces derniers marquent l'abandon de précédents motifs. « En dévoilant une autre signification du texte normatif qui supporte la règle jurisprudentielle, le juge doit permettre aux juristes et aux justiciables de suivre facilement cette évolution. Toutefois, la lecture de certains arrêts de la Cour de cassation montre que le juge ne s'oriente pas toujours dans ce sens » comme ce fut le cas de l'arrêt *Perruche*[892].

La Cour européenne des droits de l'Homme[893] a d'ailleurs, estimé que les Cours suprêmes pouvaient faire évoluer leur jurisprudence, mais qu'elles devaient s'expliquer par une motivation précise sur les raisons du revirement. Cependant, les juridictions de *common law*, et parfois la Cour européenne des droits de l'Homme[894], ont tendance à être prolixes, noyant ainsi le lecteur sous un flot d'arguments d'où il est difficile de tirer les informations essentielles. En effet, les décisions de la Cour suprême des Etats-Unis dépassent couramment une centaine de pages.

---

[890] Cass. soc., 29 avril 1980, *Bull. civ.*, V, n° 371 ; N. MOLFESSIS, *RTD Civ.* 2003, p. 567.
[891] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 134.
[892] J.-F. CASILE, « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », *RRJ* 2004-2, p. 643 et s.
[893] CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c/ l'ex République yougoslave de macédoine*, requête n° 36815/03 ; CEDH, 9 septembre 2011, *Boumaraf c/ France*, requête n° 19868/08.
[894] CEDH, 2 août 2001, *Boultif c/ Suisse*, requête n° 54273/00 ; *JCP G*. 2002, I, 105, obs. F. SUDRE ; P. MUZNY, « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *D.* 2006, p. 2218.

484. Ces précisions doivent conduire le juge à se questionner en profondeur sur l'opportunité du revirement de jurisprudence[895] et ne procéder à celui-ci qu'en cas de raisons particulièrement graves[896]. « Dès lors qu'un revirement implique un bouleversement des situations acquises, et déjoue les prévisions les plus assurées faites sur la foi de la jurisprudence ancienne, les solutions nouvelles ne doivent pas être retenues sans d'immenses avantages sur la solution ancienne »[897].

Le juge doit donc réfléchir à la pertinence d'un revirement de jurisprudence, ce qu'il fait toujours, et sur le revirement lui-même en tant que nouvelle règle de droit visant à régir de futures situations pendant un certain laps de temps. En effet, comment prévoir dans le temps les effets d'une nouvelle règle jurisprudentielle si cette dernière risque de faire l'objet rapidement d'un nouveau revirement ? Il est donc nécessaire que le revirement de jurisprudence faisant l'objet d'une modulation dans le temps soit un revirement dont la remise en cause dans le futur est éloignée. Cependant, il semble que ce problème ne soit pas une réelle difficulté, les juges ayant conscience que leur jurisprudence nécessite une certaine stabilité. Le Conseiller à la Cour de cassation Y. CHARTIER ayant rencontré le problème, a vu un revirement repoussé au motif que la « jurisprudence était récente, qu'un revirement de jurisprudence serait mal venu, et qu'il fallait assurer une stabilité (des) décisions »[898]. Ainsi l'interprétation a été maintenue.

485. Toutefois, la création de la règle jurisprudentielle, empruntant un chemin différent de celui de la loi, doit être différemment considérée. La règle posée par le juge va être, le plus souvent, marquée par les faits et ne pourra s'analyser que sous l'éclairage de ces derniers. Il en résulte que le juge de cassation doit être assez précis

---

[895] J.-L. AUBERT, « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 23 : « parmi les angoisses (...) que l'on peut éprouver à l'occasion de (la délibération), celle du revirement (…) est toujours présente ; sous diverses formes : existe-t-il une jurisprudence, voire un simple précédent ? Dans quelle mesure cette jurisprudence ou ce précédent sont-ils incompatibles avec la solution envisagée ? Sont-il si impérieux que cette jurisprudence ou ce précédent soient sauvegardés ? Quelles conséquences pratiques le revirement projeté peut-il avoir ? Comment risque-t-il d'être perçu ? »

[896] T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, p. 95.

[897] V. DELAPORTE, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 160.

[898] Y. CHARTIER, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 149.

concernant les faits afin que l'on puisse comprendre comment la règle de droit posée vient s'articuler avec ces derniers. Ainsi, la décision de la Cour de cassation doit répondre à deux impératifs : elle doit dire quel est le droit applicable au litige et dégager la règle jurisprudentielle avec assez de pertinence et de précision pour qu'elle puisse trouver à s'appliquer dans d'autres cas.

486. Certains auteurs avancent qu'il serait judicieux de simplifier le style judiciaire afin de rendre la décision plus accessible. Ainsi, les formules latines devraient être évitées[899] et le vocabulaire modernisé[900]. On pourrait alors proposer que les décisions de justice soient vulgarisées afin d'être plus accessibles aux justiciables. En réalité, cette proposition est inutile puisqu'elle ne fera pas disparaître le problème de la compréhension du droit[901]. En effet, même si les arrêts sont rédigés dans un langage plus simple, le juge ne va pas, lorsqu'il utilise une notion juridique, la définir pour qu'elle soit compréhensible pour le justiciable. Par conséquent, même en présence de décisions de justice plus claires, le justiciable ne pourrait faire l'économie d'avoir recours à un professionnel. Cela serait même dangereux puisqu'une personne pourrait penser comprendre la décision judiciaire en raison de l'emploi de termes simples et se fourvoierait. L'utilisation d'une terminologie plus commune n'est donc pas souhaitable en raison de l'insécurité juridique qu'elle pourrait engendrer. De plus, les décisions de la Cour de cassation s'adressent à un public averti, rodé à cette terminologie spécifique. Tout au plus pourrait-on suggérer un recours moins important à des temps et des formules n'étant encore guère utilisés de nos jours.

487. Il semblerait donc utile que lorsque le juge procède à un revirement de jurisprudence ou qu'il envisage d'y procéder, qu'il soit plus explicite afin de permettre d'appréhender pleinement en quoi la règle jurisprudentielle se trouve ou va

---

[899] M.-A. FRISON-ROCHE, « De l'injuste au juste », in *La procédure injuste*, dir. M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANE, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, p. 84.
[900] A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse de doctorat, 2007, Limoges, p. 155.
[901] V° pour une proposition de réforme visant à modifier la langue et le style des arrêts de la Cour de cassation : A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1974, p. 487.

se trouver modifiée. « Initialement imposée pour contraindre le juge à appliquer la loi, la motivation devient vecteur privilégié de l'expansion du précédent judiciaire. Elle permet (...) de dégager la raison de juger, c'est-à-dire le principe appliqué ou créé par le juge pour la solution du procès »[902]. Cependant, cette possibilité doit laisser une certaine marge de manoeuvre au juge. En lui permettant de ne pas définir avec trop de précision la règle jurisprudentielle, il lui est laissé la possibilité d'ajuster cette dernière par la suite. Si la règle est définie au gré des espèces, le juge peut l'ajuster le plus justement possible ce qui est gage de sécurité juridique. « Cette attitude équivoque permet de revenir plus facilement en arrière si le revirement se révèle avoir été une erreur. Cette technique du ballon d'essai ou du « glissement de jurisprudence » a l'avantage de la souplesse et permet d'avertir la doctrine. Elle a aussi ses inconvénients en instaurant une jurisprudence insidieuse qui peut égarer la croyance de l'interprète »[903].

488. Lorsque le juge envisage d'opérer un revirement de jurisprudence il va pouvoir « utiliser » les motifs de la décision pour faire transparaître les signes annonciateurs d'un possible changement d'interprétation. Dans ce cas, les arrêts d'espèce peuvent revêtir une importance considérable car, s'ils ne modifient pas la règle jurisprudentielle, ils peuvent cependant annoncer son évolution future. Ainsi, ce n'est que rétrospectivement que l'on constatera que tel arrêt était l'instigateur d'un revirement de jurisprudence.

489. « L'impérieuse brièveté » des décisions est une pratique très suivie par la Cour de cassation mais cette dernière ne résulte d'aucun texte. Elle « est une excuse qui paraît bien récente si l'on étudie les arrêts du siècle dernier. Comment le justifier aujourd'hui alors que les cohortes des interprètes professionnels sont aussi aptes à distinguer au sein de longs récits qu'à conjecturer ou gloser sur des énigmes »[904] ?

---

[902] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 62.
[903] A. BOLZE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *RRJ* 1997-3, p. 868.
[904] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 132.

La Haute juridiction pourrait donc annoncer ostensiblement qu'elle opère un revirement de jurisprudence. Cela permettrait d'éviter certaines controverses alimentées par la doctrine concernant l'exacte portée du revirement. « Pour se faire comprendre, il est nécessaire de s'expliquer. L'explication sur les raisons de choisir une solution plutôt qu'une autre et l'examen détaillé des arguments rejetés comme des arguments retenus permettrait à la Cour de cassation d'insérer ses solutions dans le corpus juridique »[905].

Or, une meilleure motivation des décisions judiciaires permettrait de déceler les failles des règles jurisprudentielles et donc de prévenir la survenance d'un revirement de jurisprudence. En effet, lorsqu'il est possible au justiciable d'appréhender les limites de la solution jurisprudentielle, il lui est également possible de s'en prémunir.

490. Concernant les revirements de jurisprudence, la précision des éléments extra-juridiques ayant conduit le juge à modifier sa position (A) mais également le contexte juridique dans lequel le revirement vient s'inscrire (B) permettraient une meilleure compréhension du revirement de jurisprudence.

A) La précision des éléments extra-juridiques pris en compte par le juge de cassation

491. Le juge n'étant pas officiellement reconnu comme source du droit par le législateur, il ne peut fonder sa décision que sur un texte. Par conséquent, même si le juge a tenu compte de données économiques, sociales, financières…, il ne peut ouvertement se fonder sur ces dernières et doit faire comme si la solution qu'il a dégagée était dictée exclusivement par le droit. Toutefois, « depuis que nous avons désappris de considérer le droit comme une science purement formelle, bonne à

[905] Cass. civ. 1ère, 20 mai 1969, *D.* 1969, p. 429, ccl. R. LINDON, note C. COLOMBET ; *RTD Civ.* 1969, p. 607 obs. P. HEBRAUD ; C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 33, p. 17.

disséquer des textes par la méthode, somme toute assez banale, du raisonnement logique, un grand effort a été fait pour dégager la part d'influence que les données réelles exercent sur l'élaboration du droit »[906]. Il est donc envisageable que le juge puisse faire figurer dans les motifs les considérations extra-juridiques l'ayant conduit à opter pour le revirement de jurisprudence. Ces précisions permettraient de comprendre non pas la solution du litige, mais le pourquoi de cette solution.

492. Cette possibilité soulève des critiques. Monsieur MIMIN, parle « d'arguments extra-juridiques inutiles à la solution du procès », de « niaiseries humanitaires ». En effet, pour cet auteur, « recourir (…) aux considérations économiques, sociologiques, diplomatiques, c'est confondre les genres ; c'est cacher la rectitude d'un bon raisonnement »[907].

Cependant, certaines créations jurisprudentielles reposent justement sur des arguments extra-juridiques. Il en va ainsi de la responsabilité du fait des choses contenue dans l'alinéa 1er de l'article 1384 du code civil et ce, dans un souci d'indemnisation des victimes : « c'est la considération du sort de ces victimes des temps modernes qui a déterminé une lecture tout à fait nouvelle et audacieuse de l'article 1384 alinéa 1er »[908]. Par conséquent, pourquoi refuser de faire apparaître ces considérations si elles sont utiles à la compréhension et à l'acceptation de la solution. En effet, n'oublions pas que le juge se doit d'adapter le droit aux évolutions de la société. Il serait donc tout à fait normal que lorsque ces considérations entre en jeu, le juge puisse y faire référence.

Y faire référence ce n'est pas seulement les citer, mais les expliciter. Ainsi, dans l'affaire dite des tableaux d'amortissement, la Cour de cassation parle « d'éviter, dans un souci d'intérêt général, le développement du contentieux bancaire

---

[906] H. DE PAGE, *Gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruylant et Sirey, 1931, p. 17 : « ces données réelles, que ce soient la coutume, les usages, les facteur d'ordre économique, la persistance des lois morales traditionnelles, ou l'évolution de moeurs, ont, presque toutes, fait l'objet de recherches judicieuses. Il ne fallait pas être grand clerc pour s'aventurer à dire qu'elles devaient exercer une action considérable sur les bases mêmes du droit ».

[907] P. MIMIN, *Le style des jugements*, Librairies techniques, Libraire de la Cour de cassation, 1962, p. 255 et s.

[908] P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, Litec, 2ème éd., 2009, p. 221.

et les inconvénients économiques subséquents »[909]. Elle ne précise cependant, pas ce qu'elle entend par ces termes. Si l'on comprend qu'il puisse y avoir d'importantes conséquences financières pour le milieu bancaire, on ne sait réellement lesquelles elles sont et comment elles vont se réaliser.

493. Bien sûr, ces précisions ne doivent pas venir « polluer » la décision. Le juge ne doit y avoir recours que lorsque cela s'avère réellement nécessaire à la compréhension de cette dernière et leur indication doit être assez précise et succincte pour éviter de longs développements. Mais le juge de cassation étant déjà rompu à ce type de rédaction, il y a peu de chance qu'il devienne prolixe. Ces données, bien sûr, ne devraient jamais figurer dans le dispositif.

Quant à leur présentation formelle, ces données devraient être intégrées au fur et à mesure de la réflexion du juge.

Mais si l'on demande au juge de préciser les données extra-juridiques qui l'ont conduit à se prononcer, il ne semble pas superflu de pouvoir lui permettre d'être conseillé et par conséquent, de l'autoriser à avoir recours aux *amici curiae*.

494. Les considérations extra-juridiques ayant conduit le juge à prendre sa décision ne sont pas les seules informations qui devraient figurer lors de la publication de la décision. En effet, lorsque le Conseiller rapporteur est saisi d'un dossier, il va étudier la jurisprudence en la matière car elle présente une importance non négligeable qui permet d'inscrire le revirement dans le contexte juridique. Il serait donc utile que la jurisprudence soit rappelée.

---

[909] Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2002, *Bull. civ.*, I, n° 268 : concernant la déchéance des intérêts d'un prêt alors qu'aucun tableau d'amortissement n'avait été remis avec l'offre de prêt.

B) Le chaînage des décisions judiciaires

495. Lorsque le juge adopte un revirement de jurisprudence, il devrait être systématiquement précisé dans quel environnement jurisprudentiel il s'inscrit[910]. Cette indication permettrait au lecteur de recadrer la nouvelle solution jurisprudentielle dans le contexte juridique où elle vient s'inscrire.

Ainsi, faire référence à une jurisprudence[911] n'entraîne pas pour autant une atteinte à l'article 5 du code civil puisque la jurisprudence n'est mentionnée qu'à titre indicatif dans le but d'une meilleure compréhension de la décision.

496. Le Professeur HENRY s'est penché sur le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil[912]. Il a fait diverses propositions quant aux termes utilisés[913] pour les renvois aux décisions concernées, propositions qui ont été suivies par la Cour de cassation. Le chaînage est important car il permet une meilleure compréhension de la décision en la mettant en rapport avec la jurisprudence existante.

Si le chaînage a été une grande avancée dans l'accès et la diffusion de la règle jurisprudentielle, il reste que ce dernier n'apparaît qu'au Bulletin de la Cour de cassation, par conséquent, plusieurs semaines après le prononcé de la décision. Il serait donc intéressant de réduire ce laps de temps, voire de le supprimer pour permettre une information directe. C'est pour cette raison qu'il est souhaitable qu'apparaissent, aux côtés de la décision, à l'image des mots clés ou des lettres

---

[910] Cette possibilité est déjà offerte par le Bulletin civil et *Légifrance*.

[911] Il est à noter que certains juges du fond n'hésitent pas à faire clairement référence à des décisions de la Cour de cassation. Par exemple, CA Besançon, 18 novembre 2009, 1ère ch. civ., section A, n° 08/01398, concernant une procédure de liquidation judiciaire : « attendu que, si le débiteur lui-même ne figurait pas, selon les textes légaux et réglementaires applicables à l'époque, au nombre des personnes pouvant requérir la clôture de la procédure, la Cour de cassation lui a néanmoins reconnu, par arrêt du 5 mars 2002, un droit propre à solliciter la clôture de sa liquidation judiciaire ; qu'en toute hypothèse, rien n'empêchait M. X d'intervenir par tout moyen auprès du liquidateur (...) ».

[912] X. HENRY, « Le chaînage des arrêts de la Cour de Cassation dans le bulletin civil », *BICC* n° 599, 1er juin 2004 : « un chaînage réalise traditionnellement un lien entre un arrêt récent et une décision plus ancienne, un « précédent ».

[913] « à rapprocher », « en sens contraire », « dans le même sens »… ; V° « Typologie des renvois », *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 141 et s.

utilisées pour rendre compte de l'étendue de la publication de l'arrêt, les décisions concernant la solution dégagée par le juge.

497. La Cour de cassation devrait procéder au renvoi à ses propres décisions mais également à celles qui intéressent la règle jurisprudentielle que ce soient les décisions des Cours européennes ou du Conseil constitutionnel. Devraient ainsi être indiqués le nom de la juridiction, la date voire le nom des arrêts du chaînage mais surtout leur numéro et le cas échéant leur modulation dans le temps. En effet, avec seulement le nom de la juridiction et le numéro de l'arrêt il est aujourd'hui aisé de retrouver la décision quelles que soient les bases de données. Il est à noter que le chaînage actuel fait également apparaître les références des arrêts au sein du Bulletin.

498. Bien sûr, toutes les décisions n'entraînent pas le besoin de faire apparaître le chaînage. Seules celles présentant une innovation dans la jurisprudence sont susceptibles de se voir adjoindre ce type d'indication.

499. Le chaînage doit être apprécié au jour de la décision, même s'il est possible, par le biais de l'outil informatique, de modifier ce dernier et d'y faire figurer les décisions futures. Cependant, la décision future reprenant le chaînage, lorsque cela s'avèrera nécessaire, il ne semble pas utile de procéder à une mise à jour.

500. Le chaînage revêt une importance capitale dans le cadre des revirements de jurisprudence. En effet, il va permettre de prendre pleinement conscience de l'étendue du revirement et de la modification de la jurisprudence. Ainsi, « à partir du moment où une décision récente est expressément mentionnée comme étant « en sens contraire » par rapport à une décision ancienne, il serait souhaitable que cette dernière soit clairement indiquée comme ne représentant plus l'état du droit positif »[914].

[914] X. HENRY, « Le chaînage des arrêts de la Cour de Cassation dans le bulletin civil », *BICC* n° 599, 1er juin 2004.

501. Les modifications ainsi apportées aux motivations des décisions vont avoir pour conséquence de prévenir d'une éventuelle modification de la règle jurisprudentielle voire de préciser le revirement de jurisprudence.

Le juge a également recours à d'autres techniques pour limiter l'impact des revirements de jurisprudence.

Section 2 : Les techniques de limitation actuelles des effets des revirements de jurisprudence

502. Le juge a conscience de l'impact de ses revirements et s'en préoccupe puisqu'il use de différentes techniques pour contourner leurs effets néfastes. Cependant, le recours à ces techniques est assez rare puisque tous les revirements de jurisprudence ne nécessitent pas d'attention particulière du juge.

503. Il est nécessaire de distinguer deux types de situations.

Dans la première situation, le juge, ayant décidé d'opérer un revirement, ne réalise pas immédiatement ce dernier. Il va ainsi avoir la possibilité de le prévoir et d'en informer le justiciable soit en l'annonçant au travers d'un *obiter dictum*, soit en modifiant sa position par petites touches (§1).

Dans la seconde situation, il opère pleinement un revirement de jurisprudence, mais il va en neutraliser partiellement les effets (§ 2).

§1) La réalisation dans le temps des revirements de jurisprudence

504. Si une meilleure motivation permet de déceler la possible survenance d'un revirement de jurisprudence, elle peut aussi permettre au juge d'annoncer ce type de

décision (A). Le justiciable sera ainsi informé qu'il doit prendre ses dispositions s'il ne veut pas être sanctionné par la règle jurisprudentielle future.

505. Le juge peut également, dans la même optique, opter pour un revirement en « douceur » (B).

A) L'annonce d'un revirement futur

506. Le juge va avoir la possibilité d'atténuer l'effet de l'imprévisibilité de ses décisions en annonçant préalablement le revirement de jurisprudence au travers d'une précédente décision judiciaire.

507. Il en est allé ainsi concernant l'application des règles de conflit de lois en droit international privé. Dans l'arrêt *Bisbal*, en date du 12 avril 1959[915], la Cour de cassation a estimé que le juge n'était tenu à aucune obligation quant à l'application des règles de conflit de lois lorsque leur application aboutissait à rendre compétente une loi étrangère. Le juge ne se trouvait tenu de soulever d'office la règle de conflit que lorsque celle-ci rendait compétente la loi française.

Par deux arrêts, *Rebouh* et *Schule*, en date des 11 et 18 octobre 1988[916], la Cour de cassation opéra un revirement de jurisprudence et imposa au juge du fond l'obligation de rechercher la loi étrangère applicable.

Ce revirement n'était pas soudain et imprévisible car il avait été annoncé par un arrêt en date du 25 novembre 1986[917]. Cet aspect de l'arrêt de 1986 n'avait pas

---

[915] Cass. civ. 1ère, 12 mai 1959, *Bull. civ.*, I, n° 236.

[916] Cass. civ. 1ère, 11 et 18 octobre 1988, *Rev. Crit. DIP* 1989, p. 368 et s. ; Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* », *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 277 : « tous les moyens dont dispose la haute juridiction pour préparer et accompagner un tel changement, afin d'éviter que ne soit trop gravement altérée la sécurité juridique, ont été en la circonstance employés ».

[917] Cass. civ. 1ère, 25 novembre 1986, *Bull. civ.*, I, n° 278 : concernant la légitimation en matière de conflits de lois, la Cour de cassation a estimé qu'« attendu qu'en se déterminant ainsi sans rechercher, au besoin d'office, si l'enfant C. n'avait pas été légitimé selon la loi tunisienne, loi personnelle du père, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; A. PONSARD, « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. Crit. DIP* 1990, p. 607.

échappé à la doctrine qui avait relayé le message de la Cour de cassation et a ainsi, permis de prévoir les possibles évolutions de la règle jurisprudentielle.

Cette nouvelle règle jurisprudentielle fit cependant l'objet d'une atténuation avec l'arrêt *Amerford* en date du 16 novembre 1993[918], qui précisa que « dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire ».

508. Lorsque le juge annonce ainsi un revirement de jurisprudence, il le fait clairement dans le but de protéger le justiciable. Dans le cas de l'exemple précité, cette annonce était nécessaire puisque le revirement de jurisprudence entraînait l'évolution des règles applicables aux litiges internationaux. Il en résultait que certaines situations juridiques allaient s'en trouver modifiées.

509. Cette technique est cependant peu appliquée et le juge lui préfère celle des « petits pas ».

B) La réalisation progressive de certains revirements de jurisprudence

510. Lorsque le juge n'a pu user de techniques d'annonce ou de techniques procédurales dans le but de limiter l'impact d'un revirement de jurisprudence, il peut opter pour l'introduction progressive de ce dernier dans l'ordonnancement juridique. En effet, « le changement de jurisprudence peut, selon le cas, être décrit de l'une ou

[918] Cass. com., 16 novembre 1993, *Rev. Crit. DIP* 1994, note X. LAGADRE.

l'autre manière : tantôt il y a changement graduel, tantôt revirement inopiné »[919]. Lorsque cela lui est possible, le juge opte pour la première solution.

511. La technique dite des « petits pas» est utilisée par le juge lorsqu'il décide d'opérer un revirement de jurisprudence tout en permettant aux justiciables de se préparer.

La Cour de cassation a procédé de la sorte, dans le cadre de la fraude par publication avant le premier acquéreur. Consacré par la troisième Chambre civile en date du 3 octobre 1974[920], le revirement avait été amorcé par une série d'arrêts modifiant progressivement la matière[921].

La Cour de cassation a reconduit ces techniques en matière de contraception, d'interruption volontaire de grossesse ou du statut du concubinage homosexuel. La Cour a « au cas par cas et en passant d'une hypothèse facile à d'autres plus difficiles, ébranlé les certitudes antérieures, pour annoncer au bout de course une solution de principe qu'une démarche catégorique aurait permis d'atteindre dès l'origine »[922].

512. Cette technique soulève cependant des critiques. En effet, il arrive que la nuance apportée à la règle de droit soit tellement ténue qu'elle n'est pas décelée. Il lui est ainsi reproché son manque de lisibilité : « ces « petits pas » semblent ne pouvoir être décelés que par les rédacteurs eux-mêmes, tant les nuances sont volontairement menues et dissimulées »[923]. Par conséquent, cette technique n'atteint pas toujours le but escompté puisque, lorsque le revirement sera décelé, la modification de la règle jurisprudentielle sera telle que l'on pourra considérer qu'il y a réellement modification de la règle jurisprudentielle et donc, que le revirement de jurisprudence se sera déjà réalisé.

---

[919] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Librairie Armand Colin, 1972, p. 262, n° 1.
[920] Cass. civ. 3ème, 3 octobre 1974, *JCP G*. 1974, I, 18001, obs. M. DAGOT.
[921] Cass. civ. 3ème, 22 mars 1968, *D.* 1968, p. 412, note J. MAZEAUD.
[922] F. RIGAUX, *Plaisir, interdits et pouvoirs. Une analyse des discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et la race*, Gandaius Ontmoetingen met recht 3, Kluwer, 2000, p. 139 et s.
[923] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 130.

513. De plus, en opérant progressivement le revirement de jurisprudence, la règle jurisprudentielle nouvelle se retrouve plongée dans le flou. Cette technique a l'inconvénient de laisser le justiciable dans l'expectative. Quelle est la réelle portée de la décision ? En effet, si les modifications sont ténues doit-on considérer qu'elles vont aboutir à une modification de la règle jurisprudentielle ou qu'il ne s'agit que d'un changement terminologique sans conséquence sur cette dernière ? Or, une règle imprécise est source d'insécurité juridique : « l'élaboration graduelle du droit jurisprudentiel présente l'inconvénient de faire naître des incertitudes, puisqu'elle laisse en suspens des questions – domaine de la solution nouvelle, régime, etc. – dont la connaissance est indispensable »[924].

514. Pour que ces techniques soient réellement efficaces, il serait nécessaire de laisser s'écouler un laps de temps important entre chaque innovation afin que le justiciable puisse soit se préparer au revirement soit, dans le cas de situations non préconstituées, que ces dernières ne produisent plus d'effet.

515. Lorsque le juge opte pour un revirement de jurisprudence immédiat, il n'est toutefois, pas démuni face aux effets que ce dernier peut emporter. Il a en effet la possibilité d'en atténuer les implications.

§2) La réalisation immédiate du revirement de jurisprudence

516. Parfois, le juge décide d'opérer un revirement de jurisprudence quand certaines techniques lui permettent d'en limiter les effets, évitant que les parties ne soient impactées.

---

[924] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 33.

Il peut dans cette optique, avoir recours à l'*obiter dictum* (A) lorsque le problème juridique s'y prête ou à des techniques procédurales dont le champ d'application est cependant limité (B).

A) Le recours à l'*obiter dictum*

517. En grammaire, on appelle proposition incidente une proposition qui n'est pas coordonnée et qui n'a aucun lien de dépendance avec un membre de la phrase dans laquelle elle se trouve intégrée. On retrouve cette idée avec la proposition incidente en droit. L'*obiter dictum* ou « sortie du moyen » est une opinion que le juge va livrer, à titre indicatif, afin de faire connaître sa position sur un point de droit. Selon l'Avocat général M. JEOL, l'*obiter dictum* est « une réflexion que (le juge) fait à haute voix de manière à ce que soit fixée sa nouvelle religion »[925].

518. Une proposition incidente est de nature à faire connaître à la personne qui n'a pas vu sa demande accueillie par le juge quelle technique juridique lui aurait permis de remporter l'affaire, bien que cette dernière ne réponde à aucun moyen soulevé ou que le moyen soulevé n'appelait pas de réponse en raison de la réponse faite à un précédent moyen.

Elle permet également au juge de se prononcer sur un point de droit autre que celui au cœur du litige.

Dans tous les cas, elle n'est pas indispensable à la solution du litige.

519. Cette technique est intéressante car elle permet au juge d'opérer un revirement de jurisprudence sans que cela n'ait de répercussions sur le litige. Ainsi, « par une proposition incidente ajoutée au raisonnement mais inutile à la solution,

[925] M. JEOL, ccl. à propos des arrêts d'Assemblée plénière du 1er décembre 1995, *D.* 1996, p. 14 et s.

l'arrêt se fait porteur d'un message à bon entendeur, annonçant le cas échéant le revirement futur »[926].

Cependant, une proposition incidente ne peut intervenir que si le litige a trait au domaine juridique dans lequel le juge souhaite opérer un revirement. A titre d'exemple significatif, on peut citer l'arrêt *Husser*[927] de la première Chambre civile de la Cour de cassation, concernant une action en réclamation d'aliment. Dans cette affaire, une mère demandait des aliments à son amant avec lequel elle avait eu un enfant alors qu'elle était liée par les liens du mariage et ce, en vertu de l'article 342 code civil (dans sa rédaction du 15 juillet 1955). La Cour de cassation rejeta sa demande au motif que l'enfant était né pendant le mariage et qu'aucun désaveu de paternité n'était intervenu. Elle profita de l'occasion pour se prononcer, par le biais d'une proposition incidente, sur la qualité des personnes pouvant bénéficier de l'article 342 code civil en indiquant que « l'action en réclamation d'aliment (...) n'est recevable que si son auteur a la qualité d'enfant naturel, simple ou adultérin ou incestueux ». La Cour de cassation revient ainsi sur sa jurisprudence en permettant aux enfants naturels simples de bénéficier de l'article 342 du code civil. Elle opère un revirement de jurisprudence sans que la solution apportée au litige n'en soit modifiée ou ne soit rendue en vertu d'une nouvelle règle de droit.

520. La Cour de cassation opte pour cette technique lorsqu'une solution antérieure ancienne est bien établie. Il est donc fort peu possible qu'un plaideur se pourvoie en cassation dans le sens contraire et permette ainsi à la Haute juridiction d'opérer un renversement de la règle jurisprudentielle. Cette technique emporte des conséquences importantes. En effet, lorsque la jurisprudence est bien assise, le justiciable pensait que sa situation reposait sur des bases juridiques solides. Le juge qui décide d'opérer par *obiter dictum* se doit donc d'être prudent en optant pour cette voie.

Il est cependant à noter que le juge use rarement de cette technique. En effet, « montrer ce que l'on sera disposé à juger ultérieurement n'est (…) pas sans

---

[926] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 33.
[927] Cass. civ. 1ère, 20 mai 1969, *Husser*, *D.* 1969, p. 429.

danger pour la sécurité juridique car cela suppose que l'opinion de la Chambre ou sa composition, n'ait pas varié entre temps »[928].

Il en résulte que toute décision contenant un *obiter dictum* doit être publiée le plus rapidement possible afin d'avertir le justiciable d'une modification de la règle jurisprudentielle dans un domaine où la jurisprudence est bien assise, le justiciable étant moins enclin à faire attention.

521. Cette pratique entraîne par ailleurs, des interrogations quant à l'article 5 du code civil. Poser une règle qui n'a pas pour but de conditionner la solution du litige n'est-ce pas contrevenir à l'interdiction des arrêts de règlement ?

Le juge a la possibilité de créer du droit s'il reste dans les limites imparties par sa mission. Il doit ainsi se limiter à la question de droit pour laquelle il a été saisi. Dans le cadre de l'*obiter dictum*, le juge va se prononcer sur une question de droit n'ayant pas trait directement au litige. On peut alors considérer qu'il sort de ses prérogatives.

Cependant, le juge se trouve confronté à deux impératifs découlant tous deux de sa mission. Il doit respecter le cadre du litige et il doit adapter la loi aux évolutions de la société. Or, comment le juge peut-il faire évoluer un point de droit s'il n'en est pas saisi ? Face à cette impasse le juge a tranché en ayant recours à l'*obiter dictum*.

522. Cette technique pose tout de même problème. En effet, si elle met à l'abri la partie, elle ne protège pas les plaideurs suivants concernés par la nouvelle règle jurisprudentielle car le revirement de jurisprudence s'appliquera aux affaires suivantes sans possibilité de contourner son effet rétroactif. Son impact sera d'autant plus important que la règle jurisprudentielle était une règle bien ancrée dans la pratique judiciaire et que, par conséquent, le justiciable s'y fiait d'autant plus.

---

[928] J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/la-cour-de-cassation-et-le-principe-de-la-securite-juridique.52121.html.

523. On retrouve ce même problème lorsque le juge a recours à certaines techniques procédurales écartant les conséquences du revirement dans le cadre de l'affaire qui a donné lieu à sa réalisation.

B) Les limitations de l'effet immédiat des revirements de jurisprudence au travers des techniques procédurales

524. Le moyen le plus couramment utilisé par la Cour de cassation pour limiter l'effet rétroactif de ses décisions consiste à opérer un revirement de jurisprudence « à blanc ». Le juge va ainsi énoncer une nouvelle règle jurisprudentielle dans le cadre d'un litige dont la solution finale sera identique à celle qui aurait été rendue en vertu de l'ancienne jurisprudence. Cette technique est utilisée lors de décisions de rejet. Cette pratique a l'avantage de ne pas défavoriser les plaideurs. Qu'il y ait eu ou non, revirement de jurisprudence, les conséquences restent les mêmes.

Cependant, cette technique trouve rapidement ses limites. Elle n'est possible que lorsque le juge est saisi d'un litige qui puisse lui permettre d'opérer un revirement de jurisprudence tout en rejetant la demande. Le juge est donc soumis aux aléas du contentieux.

525. Le juge peut aussi opérer un revirement de jurisprudence en mettant à l'abri les parties dans le cadre d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Le Procureur général près la Cour de cassation a la possibilité de former un recours dans l'intérêt de la loi lorsque les parties n'ont pas elles-mêmes formé de pourvoi. Le Procureur général peut, *proprio motu*, saisir la Cour de cassation « lorsqu'il apprend qu'il a été rendu une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder »[929].

Le pourvoi dans l'intérêt de la loi a été initialement institué pour réparer un tort fait à la loi lorsque l'affaire n'est pas portée devant la Cour de cassation. Cette

[929] Article 17 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, *JORF* du 4 juillet 1967, p. 6651.

institution a été détournée puisque désormais ce type de pourvoi est autorisé lorsque la solution appliquée par les juges du fond se révèle obsolète ou inadaptée[930] ou qu'apparaissent des « divergences jurisprudentielles majeures »[931].

Les parties n'ayant pas désiré faire annuler la décision, le pourvoi dans l'intérêt de la loi ne modifiera pas leur situation et sera prononcé « afin de faire cesser l'insécurité et le trouble social qui résultent parfois de la violation de la loi par un tribunal »[932]. Il revêt « un intérêt purement doctrinal, pour éclairer les juridictions et les usagers du droit »[933]. Ce type de pourvoi est rare mais pourrait être d'avantage exploité dans le domaine des revirements de jurisprudence.

526. Les remarques faites à l'occasion de l'étude de l'*obiter dictum* sont également applicables à ces techniques car si les parties sont à l'abri du revirement de jurisprudence, les affaires suivantes similaires se le verront appliquer.

527. <u>Bilan du chapitre 1</u> : Si le juge a la possibilité de pallier les effets néfastes des revirements de jurisprudence par le biais de techniques extérieures à la décision, il peut également agir dans le cadre de cette dernière.

528. Le revirement de jurisprudence n'est pas aisément décelable. Il serait ainsi utile que le juge soit plus explicite lorsqu'il motive ses décisions. En effet, lorsqu'il opère un revirement de jurisprudence, le juge n'est pas toujours très explicite, ce qui peut entraîner des interrogations sur la nouvelle règle jurisprudentielle, ses caractéristiques et ses conséquences.

Une meilleure motivation permettrait également de déceler les problèmes soulevés par la règle jurisprudentielle et d'envisager le revirement de jurisprudence

---

[930] Si le juge de cassation s'est prononcé sur la maternité de substitution, dans son arrêt du 31 mai 1991, c'est suite à un pourvoi fait dans l'intérêt de la loi. Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, 417, rapport CHARTIER, note D. THOUVENIN ; *JCP G.* 1991, II, 21752, note TERRE ; *RTD Civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER.
[931] Article 618-1 du CPC.
[932] C. CHAINAIS, S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 30ème éd., 2010, p. 896.
[933] J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière pénale*, Dalloz, 2ème éd., 2004, p. 497.

qui pourrait intervenir. Une bonne utilisation de la motivation constituerait donc le moyen pour le juge d'annoncer un revirement de jurisprudence. Ce dernier n'étant pas encore intervenu, les justiciables ne seront pas pris au dépourvu.

Mais l'annonce du revirement de jurisprudence peut également se faire progressivement. Avec la technique des « petits pas », le revirement va se réaliser lentement.

529. Le juge peut aussi avoir recours aux *obiter dicta* et à certaines techniques procédurales. Ainsi, l'*obiter dictum* permet au juge d'opérer un revirement dans le cadre d'une affaire sans que les parties en subissent les conséquences. Il en va de même des revirements intervenant dans le cadre d'une décision de rejet ou d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi.

Chapitre 2 : L'encadrement des revirements de jurisprudence extérieur à la décision

530. Afin de préserver un tant soit peu la sécurité juridique il doit être possible au juge d'annoncer les revirements qu'il envisage, comme c'est le cas pour la loi : cette dernière « était autrefois un mystère jusqu'à sa formation, elle était préparée dans les conseils secrets du Prince et n'arrivait à la connaissance des citoyens que comme l'éclair sort du nuage. Aujourd'hui, il en est autrement : le législateur ne se cache jamais derrière un voile, on connaît ses pensées avant même qu'elles soient réduites en commandement »[934].

531. Un revirement de jurisprudence n'est pas toujours une décision qui surprend par sa soudaineté. En effet, il est possible de déceler sa survenance, voire de l'annoncer. Ainsi, lorsque les juridictions du fond sont réfractaires[935] à la position de la Cour de cassation ou que la doctrine est très critique, on peut penser que la Cour de cassation reverra peut-être sa position.

532. La doctrine joue un rôle important puisque décortiquant les décisions rendues, elle va mettre en avant les possibles évolutions jurisprudentielles en la matière et alimenter la controverse[936]. Ainsi, l'annonce du revirement sera relayée par la doctrine attentive à ce type d' « indices », qui en diffusera l'information auprès des intéressés. Il est à noter que les annonces d'un possible revirement de jurisprudence ne sont pas le gage d'un réel revirement de jurisprudence. En effet, rien n'obligera le juge à y procéder. Cependant, si l'on considère que le juge a pris la peine d'avoir recours à ces annonces, c'est qu'il y a de fortes chances qu'il procède à une modification de son interprétation.

---

[934] PORTALIS, *Discours relatif aux lois*, 4 ventôse an XI.
[935] A. ORIOL, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 191 et s. ; J.-L. AUBERT, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, , Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 181 et s.
[936] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 131.

533. Le problème est réellement important lorsque le revirement de jurisprudence se réalise subitement, sans être annoncé. A la différence de la loi, un revirement intervient sans avoir fait l'objet de discussion. Il va alors se révéler imprévisible et donc déstabilisant. Le Professeur MOULY préconise ainsi, de « préparer les revirements de jurisprudence comme on prépare les changements de législation »[937]. Mais cette solution ne semble guère envisageable en raison du mode de création des règles jurisprudentielles.

534. La plupart du temps, un revirement de jurisprudence est difficilement décelable. « Le droit d'origine juridictionnelle, par son foisonnement et son infinie diversité, est générateur d'hétérogénéité, d'instabilité et de confusion là où la loi s'assigne les objectifs de clarté, d'uniformité et de sécurité juridique »[938]. Certains avanceront qu'il est par conséquent possible de passer à côté d'arrêts annonciateurs. Si cela était juste il y une trentaine d'années, aujourd'hui cela semble moins concevable. En effet, lorsqu'un revirement se construit dans le temps, il est décelé par la doctrine qui va le mettre en avant, discutant les possibles évolutions de la règle jurisprudentielle et de la possible concrétisation du revirement. Les arrêts qui augureront du revirement feront l'objet d'études publiées dans différentes revues que les praticiens du droit consulteront. Dans ce cas, on ne peut légitimement considérer que le revirement était insoupçonnable. Par conséquent, les justiciables, par le biais de l'information que leur délivrent les professionnels du droit ont tout à fait la possibilité de se prémunir des effets d'un changement de jurisprudence. Le juge va donc s'efforcer d'annoncer un revirement de jurisprudence lorsque cela lui est possible.

535. Le rapport annuel de la Cour de cassation est un outil que le juge a largement exploité ces dernières années. Il lui permet de dialoguer avec le législateur, lui faisant part de ses remarques quant à l'état actuel de la législation. Prenant en

---

[937] C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 33, p. 16.
[938] F. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 18.

compte ces observations, le législateur peut intervenir, évitant de cette façon, au juge d'opérer des revirements de jurisprudence (Section 1).

536. Le recours aux opinions séparées, technique déjà utilisée devant certaines juridictions, permettrait également d'annoncer un revirement de jurisprudence voire de l'éclairer lorsque son annonce n'a pas été possible (Section 2).

Section 1 : L'annonce des revirements de jurisprudence au travers du rapport annuel de la Cour de cassation

537. Afin de pallier les conséquences néfastes des revirements de jurisprudence, il est possible de prendre le problème à la source : éviter qu'un revirement ne se produise. Ainsi, lorsque le législateur intègre une jurisprudence dans une loi, cette dernière ne pourra plus être modifiée par le biais d'un revirement de jurisprudence mais devra faire l'objet d'une nouvelle loi qui, en principe, ne sera pas rétroactive. Vont alors être limitées dans le temps les conséquences de la modification de la règle jurisprudentielle initiale.

Le législateur a ainsi intégré, dans la loi du 29 juillet 1939, la jurisprudence[939] en vertu de laquelle, dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente, la lésion est calculée en fonction de la valeur de l'immeuble au jour de la levée de l'option.

538. Le rapport annuel de la Cour de cassation se révèle alors un instrument incontournable. En effet, il permet d'informer (§ 1) le législateur des difficultés que le juge a rencontrées dans l'application de la loi. Il contient aussi des propositions de modifications de lois. En suggérant au législateur d'intervenir, le juge espère ainsi éviter de réaliser un revirement de jurisprudence (§ 2).

§1) La fonction informative du rapport annuel de la Cour de cassation

539. Depuis 1967[940], la Cour de cassation a l'obligation de rendre un rapport annuel sur son activité[941] : « il est fait rapport annuellement au Garde des Sceaux,

---

[939] Cass. req., 1er avril 1924, *DP* 1924, 1, 121.
[940] Loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative a la cour de cassation, *JORF* du 4 juillet 1967, p. 6651.
[941] Cette pratique trouve son origine dans le droit transitoire : annuellement, le Tribunal de cassation était tenu d'envoyer huit de ses membres devant le pouvoir législatif afin de présenter l'état des

Ministre de la justice, de la marche des procédures et de leurs délais d'exécution ». « Le Premier président et le Procureur général peuvent appeler à 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 lui paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées » [942]. Le juge a ainsi la possibilité de se prononcer sur la loi.

540. Un problème se pose alors : le juge est soumis à une obligation de neutralité et ne peut intervenir dans l'activité législative. Cependant, il est le mieux placé pour apprécier une règle de droit. Par conséquent, le principe de neutralité doit être reconsidéré. Depuis un siècle, la société a énormément évolué, les règles de droit se sont multipliées et dans certains cas, se sont révélées inadaptées du fait de leur confection rapide. Ainsi, dans son rapport annuel de 1975, la Cour de cassation explique comment elle entend mener sa mission « qui n'est pas seulement de dire le droit mais aussi de contribuer dans une mesure qui reste à définir, à l'œuvre de réforme et de transformation du droit de notre société ». Ainsi, est-il précisé dans la conclusion du rapport qu' « en prenant connaissance de ce rapport, vous n'aurez pas été sans remarquer, Monsieur le Garde de Sceaux, la fréquence de nos appels au réajustement de certains textes anciens, à la clarification et à l'harmonisation de certains textes récents. Il n'y a là rien de surprenant. La nécessité pressante d'adapter le droit positif à l'évolution des mœurs, des modes de vie, des structures économiques et sociales, confère à l'œuvre législative et réglementaire contemporaine une ampleur et une cadence telle que des omissions, des défauts de concordance, des vices de rédaction dans les textes, deviennent inévitables. Il nous a paru nécessaire de signaler ces imperfections, car, quelle que soit leur importance, elles sont sources d'incertitudes préjudiciables. Il y va de cette sécurité juridique du citoyen, dont notre Cour ne peut manquer de se préoccuper dans le cadre de sa mission régulatrice de droit, mais qu'elle ne peut assurer que dans la limite de ses pouvoirs d'interprétation

---

jugements rendus, chaque affaire étant présentée de façon résumée et avec l'indication de la loi qui a déterminé la décision : Constitution de 1791, chapitre V, article 22.

[942] Art. 12 et 13 du décret n° 67-1208 du 22 décembre 1967 portant application de la loi 67-523 du 03 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, *JORF* du 30 décembre 1967, p. 12983.

de la loi ou du règlement, aussi désireuse qu'elle soit de seconder efficacement le législateur dans son action novatrice. Nous avons plaisir à relever que, ce faisant et tout en restant dans son rôle, notre Cour contribue à la création progressive de ce nouvel état de droit qui définira la société de demain »[943]. Dans ce contexte, « la parole du juge est d'autant plus nécessaire que son autorité morale et sa connaissance de la vie juridique « à la base » peuvent servir d'utile relais entre le pouvoir et le citoyen, entre l'autorité légiférante et le destinataire de la loi »[944].

541. Dès la première année d'existence du rapport annuel, la Cour de cassation a utilisé cet outil pour faire entendre sa voix, que ce soit en discutant la législation ou en proposant des réformes. Cette utilisation détournée de cet instrument a fait s'élever des critiques qui n'ont pas abouti puisque aujourd'hui le rapport est toujours utilisé comme un moyen permettant à la Cour de cassation de se faire entendre, plus ou moins bien, par le législateur[945].

Le Professeur MAZEAUD[946] reproche à la Cour de cassation d'utiliser son rapport annuel pour remettre en cause l'œuvre législative. Cependant, cette remarque ne peut prospérer, dans la mesure où la critique est justifiée et a pour unique but de faire avancer le droit, de l'améliorer. De plus, le juge ne peut qu'émettre des avis, son intervention n'est que de conseil : « la magistrature est une de ces forces vives qui font le droit, et pas seulement en rendant des arrêts. Au-delà de la jurisprudence qu'elle façonne, elle peut peser d'un poids certain auprès des instances législatives et avoir une influence bénéfique si on prend la peine de l'écouter. Tout juge tire de l'exercice de sa fonction une masse de réflexions sur le fonctionnement de l'appareil juridique, sur l'adaptation de la loi aux problèmes réels ; il ne peut manquer de « juger les lois », et, à travers elles, l'ordre existant. Ce jugement porté de

---

[943] *Rapport annuel de la Cour de cassation 1975*, La documentation française, 1976, p. 101.
[944] 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. 515.
[945] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 204.
[946] H. MAZEAUD, « L'enfant adultérin et la « super-rétroactivité » des lois », *D.* 1997, p. 1.

l'extérieur doit avoir pour le législateur une grande valeur indicative et on aurait tord d'en faire fi »[947].

542. N'est-ce pas un progrès nécessaire à un droit juste que de permettre aux juges, acteurs directs de ce droit, de pouvoir se prononcer sur la législation quand cette dernière pose problème? Qui, mieux que le juge, est à même de percevoir les problèmes engendrés par l'application d'une règle de droit? Certes, les juges ne perçoivent pas toujours l'ensemble des conséquences qu'engendre une règle de droit mais ils sont les mieux placés pour tirer la sonnette d'alarme quand une norme juridique entraîne des difficultés d'application. Les juges, en raison de leur expérience spécifique acquise durant de nombreuses années n'est pas négligeable et ne pourrait être que profitable à l'établissement de règles de droit les plus justes possibles. Ainsi, les magistrats de la Cour de cassation sont les plus à même de se prononcer car avant d'occuper leurs hautes fonctions, ils ont eu un parcours enrichissant au travers de différentes juridictions et des différents postes qu'ils occupaient auparavant, acquérant ainsi une expérience unique dans le domaine du droit.

543. Le rapport annuel est également un instrument permettant au juge d'éviter d'opérer un revirement de jurisprudence en alertant le législateur sur une loi inadaptée et dont il semble nécessaire que l'interprétation jurisprudentielle évolue. Si le législateur ne réagit pas, la Cour de cassation pourra alors prendre la décision de modifier sa position jurisprudentielle et donc d'opérer un revirement.

---

[947] 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. 508 et s.

§2) Le rapport annuel : instrument de limitation quantitative des revirements de jurisprudence

544. Le but n'est pas d'éviter tout revirement de jurisprudence mais d'en limiter le nombre. Cela implique d'agir en faveur de la sécurité juridique et de la réduction du contentieux. En effet, plus une règle est stable plus son application est certaine, et plus l'application de la règle est certaine, moins les recours sont nombreux.

545. Donner la possibilité au juge d'informer le législateur sur les failles que présentent certaines lois lui permet de mettre en avant l'inadaptation actuelle de la jurisprudence et le risque de changement que cela implique. Le juge tire donc la sonnette d'alarme et demande au législateur de se prononcer. Si le législateur est à l'écoute et estime que la demande est justifiée, il pourra modifier la loi ou en adopter une nouvelle. Dans ce cas, cela évitera au juge d'opérer un revirement de jurisprudence. Une loi étant adoptée, le régime de l'application de la loi dans le temps sera appliqué et les effets rétroactifs seront inexistants (sauf exceptions).

546. Toutefois, dans les faits, on constate que le rapport annuel n'est pas réellement pris en compte par le législateur. La Cour de cassation se voit ainsi obligée de reformuler plusieurs fois ses recommandations. A titre d'exemple, dans le rapport annuel de 1999, la Cour de cassation a réitéré une recommandation qu'elle avait déjà suggérée l'année précédente[948] concernant la modification de l'article 1648 du code civil[949]. La juridiction suprême proposait que soit substitué au « bref délai » prévu pour l'action en cas de vices cachés un délai fixe afin de préserver la sécurité juridique et permettre une unification des régimes des ventes internes et

[948] Proposition déjà envisagée dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 1998, p. 13.
[949] A. HERVIO-LELONG, « Le bref délais de l'article 1648 ; chronique d'une mort annoncée », *D.* 2002, p. 2069.

internationales[950]. La proposition a été entendue par le législateur mais il n'interviendra que sept ans plus tard avec l'ordonnance du 17 février 2005[951].

547. Cependant, dans certains cas, le législateur reste totalement hermétique aux propositions et la Cour de cassation se voit contrainte d'opérer le revirement de jurisprudence qu'elle voulait éviter. Ce fut le cas concernant la présence du rapporteur lors du délibéré du Conseil de la concurrence dont la présence posait problème car il y avait méconnaissance du respect du principe de l'égalité des armes en vertu de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Alors que la Cour de cassation suggérait que ce dernier n'y participe plus, elle n'a pas été entendue par le législateur. En 1998, la Cour de cassation n'avait toujours pas effectué de revirement de jurisprudence puisqu'elle rejetait encore les moyens fondés sur une telle argumentation[952]. En 1999, voyant le législateur resté indifférent face à ses remarques, elle opéra un revirement de jurisprudence et déclara contraire à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme la présence du rapporteur du Conseil de la concurrence au délibéré [953].

548. Autre exemple : suite a une erreur dans la transposition d'une directive européenne, le juge de cassation dans son rapport annuel de 1991[954], enjoignit le législateur à corriger cette dernière. En effet, la loi du 28 juin 1983[955] transposant la directive du 14 février 1977[956] dans le code du travail, prévoyait qu'en cas de « modification de la situation juridique de l'employeur » le mandat des délégués du personnel se poursuivait lorsque l'entreprise conservait son « autonomie juridique ». Or, la directive ne subordonnait pas cette continuité au maintien de la personnalité

---

[950] *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 31.
[951] Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005, article 3, relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, *JORF* du 18 février 2005, p. 2778.
[952] Cass. com., 27 janvier 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 42.
[953] Cass. com., 5 octobre 1999, *Bull. civ.*, IV, n° 158.
[954] *Rapport annuel de la Cour de cassation 1991*, La documentation française, 1992, p. 35.
[955] Loi n° 83-528 du 28 juin 1983 portant mise en oeuvre de la directive du conseil des communautés européennes n° 77-187/CEE du 14-02-1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissement, *JORF* du 29 juin 1983, p. 1943.
[956] Directive du Conseil des Communautés européennes n° 77-187/CEE.

morale de l'entreprise structurée[957]. Par conséquent, après avoir invité le législateur à modifier le texte de loi et voyant qu'aucune rectification n'était réalisée, le juge se résolu à y procéder[958].

549. Il serait donc judicieux que le travail effectué par le juge dans le cadre du rapport soit réellement pris en compte. Pour cela, une commission pourrait être mise en place, après parution du rapport, afin que les propositions faites par la Cour de cassation soient réellement discutées. La commission serait composée de représentants du Parlement et de la Cour de cassation. Cette commission serait ainsi la continuité du rapport annuel. Elle n'obligerait en rien le législateur mais aurait l'avantage que soient réellement étudiées et discutées les propositions faites.

550. Le rapport annuel est un instrument incontournable quant aux revirements de jurisprudence en ce qu'il permet de soulever les problèmes rencontrés dans l'application des textes et de demander au législateur de les modifier, évitant au juge d'opérer un revirement. Mais, il permet également de prévoir un revirement de jurisprudence. En effet, si le législateur reste indifférent face aux remarques du juge, il y a de fortes chances que ce dernier se résolve à opérer un revirement de jurisprudence. Ainsi, les propositions faites dans le cadre du rapport annuel peuvent s'analyser en l'annonce de possibles revirements de jurisprudence.

551. Si le rapport annuel permet d'annoncer un revirement de jurisprudence, l'institution des opinions séparées y contribuerait également.

---

[957] CJCE, 18 mars 1986, *Spijkers*, *Rec.* p. 1119.
[958] Cass. soc., 28 juin 1995, *Bull. civ.*, V, n° 219.

Section 2 : Le recours aux opinions séparées

552. Les opinions séparées trouvent leur origine dans les systèmes de *common law*[959] où l'expression individuelle des juges est très marquée. Actuellement, le système judiciaire français ne reconnaît pas cette pratique. Elle s'est pourtant développée dans différents pays quelle que soit la nature du système. On retrouve ainsi cette pratique devant la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne[960], la Cour suprême des Etats-Unis[961] ou encore les Cours européennes[962] ou internationales[963].

553. Si cette technique était exploitée en droit judiciaire, elle aurait l'avantage de permettre aux lecteurs des décisions de mieux les comprendre, alors que souvent ils sont contraints de lire entre les lignes pour en appréhender pleinement la solution, mais également les failles pouvant conduire à un revirement de jurisprudence. Il est donc souhaitable que pour certains arrêts le juge ayant participé au délibéré puisse exprimer son opinion (§ 1), mais également que le rapport du Conseiller rapporteur et l'avis de l'Avocat général soient publiés (§ 2).

§1) Les opinions séparées des juges de cassation

554. Si la question de l'intégration des opinions séparées se pose au sein de la Cour de cassation c'est en raison du rôle particulier qu'elle joue : elle contrôle les

---

[959] A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse de doctorat, 2007, Limoges, p. 16 et s.
[960] C. WALTER, « Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles, En Allemagne », in *Les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, p. 81.
[961] E. ZOLLER, « La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis », in *La République, Mélanges P. Avril*, Montchrestien, 2001, Paris, p. 609.
[962] L. WILDHABER, « Opinions dissidentes et concordantes des juges individuels à la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Droit et justice, Mélanges en l'honneur de N. Valticos*, Pedone, 1999, p. 259.
[963] S. MOULAY-LEROUX, *La dissidence à la Cour internationale de justice*, thèse de doctorat, 1996, Poitiers.

juridictions du fond en assurant le bon respect de la règle de droit. Il lui appartient d'unifier le droit et d'assurer une égalité de traitement entre les justiciables. Or, lorsqu'elle opère un revirement de jurisprudence, elle provoque un bouleversement de la règle de droit qui en lui-même emporte des conséquences importantes. Mais si en plus, la nouvelle solution dégagée par la Cour de cassation se révèle difficilement compréhensible, on ne pourra nier qu'il y a réellement atteinte à la sécurité juridique. Par conséquent, le droit que la Haute juridiction élabore doit être compréhensible et la publication des opinions séparées des juges participe à cette entreprise (A).

555. Certes, certains arguments tels que le secret du délibéré peuvent être avancés pour s'y opposer mais, à bien y regarder, ils ne représentent pas réellement d'empêchements dirimants à la mise en place des opinions séparées (B).

A) La question des opinions séparées

556. L'expression la plus souvent utilisée pour faire référence à la possibilité qu'a un juge de faire connaître son désaccord lors du délibéré est celle d' « opinion dissidente ». Or, « l'opinion dissidente n'est que l'une des variantes des opinions séparées. Celles-ci peuvent se définir comme des opinions alternatives à celle de la majorité, rédigées par un ou plusieurs juges, soit parce qu'elles proposent une solution différente, soit parce qu'elles proposent un fondement différent pour une solution identique. Les premières sont des opinions dissidentes, les secondes, des opinions concordantes. Les opinions dissidentes sont l'expression la plus radicale du désaccord, puisque le ou les juges qui en sont les auteurs ont voté contre la décision majoritaire. Les opinions concordantes, plus complexes, peuvent revêtir plusieurs formes. Ainsi, une opinion concordante simple (d'après l'appellation américaine *simple concurrence*) ne va être pour son auteur que l'occasion de préciser certains points de la décision, de développer des motifs supplémentaires ou alternatifs. Mais une opinion peut être également « en partie dissidente et en partie concordante », selon l'expression consacrée à la Cour suprême américaine. Il faut, dans ce cas,

soigneusement lire son contenu pour comprendre si son auteur s'est rangé du côté de la minorité ou de la majorité au moment du vote »[964].

Par conséquent, que l'opinion soit concordante ou dissidente, elle marque le désaccord du juge vis-à-vis du raisonnement suivi par la majorité.

557. Dans notre droit interne, le principe du secret des délibérés prévaut. Ce principe a été institué dans le but de protéger les juges de toutes pressions ou de toutes représailles, de leur garantir une liberté de décision[965]. Il trouve ses origines sous l'Ancien régime avec les ordonnances de PHILIPPE DE VALOIS en 1344 et de CHARLES VII en 1446 et 1453[966]. Actuellement, selon l'article 6 de l'ordonnance du 22 décembre 1958[967], les magistrats doivent prêter serment de « garder religieusement le secret des délibérations ». L'article 448 du code de procédure civile reprend également ce principe puisqu'il dispose que « les délibérations des juges sont secrètes ».

558. Pour la Cour de cassation, le secret du délibéré constitue un principe général du droit[968] entraînant une nullité d'ordre publique[969] pouvant être relevée d'office[970]. Le secret du délibéré n'étant pas défini par le législateur, le juge a été amené à se prononcer sur son contenu. La Cour de cassation a ainsi construit un régime strict interdisant toute divulgation du contenu du délibéré, prohibant certaines mentions dans la décision et n'autorisant que certaines personnes à participer aux délibérations.

---

[964] W. MASTOR**, «** Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français », in *Les opinions dissidentes*, Conférence, Cour de cassation, mardi 18 octobre 2005 : //www.courdecassation.fr/IMG/File/18_10_2005_intervention_mastor.pdf.

[965] Concernant l'influence du Président de Chambre sur les magistrats la composant, V° 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.

[966] On peut cependant noter que sous la Révolution, les juges devaient délibérer en public et se prononcer individuellement sur la cause qu'ils avaient à juger et ce, en vertu de la loi du 3 brumaire an II, Sirey, Lois annotées 1789-1830, p. 270.

[967] Article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* du 23 décembre 1958, p. 11551.

[968] Cass. civ. 3ème, 15 février 1995, *Bull. civ.*, III, n° 48.

[969] Cass. civ. 2ème, 19 juillet 1960, *Bull. civ.*, II, n° 501.

[970] Cass. soc., 9 octobre 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 305.

559. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est, elle aussi, prononcée sur le secret du délibéré. Elle a estimé que l'Avocat général à la Cour de cassation devait être exclu des délibérations en se fondant sur la notion d'impartialité objective[971], recommandation qui a été suivie d'effet.

560. Au travers du principe de collégialité, le secret du délibéré est protégé. Le juge peut ainsi se prononcer en toute indépendance, sans crainte de pressions. Ainsi, « il est de l'intérêt général que le juge lui-même soit protégé d'influences étrangères au droit, à la justice et à la raison »[972]. Les pressions peuvent être de différents ordres. Elles peuvent résulter des plaideurs, de groupes de pression ou des juges eux-mêmes[973].

561. On constate aujourd'hui, un recul du secret du délibéré car dans certains cas, les conclusions du Conseiller rapporteur sont publiées. De plus, certains juges émettent des opinions autonomes[974] alors qu'ils ont participé au délibéré[975]. Le secret du délibéré est également mis à mal par l'institution de juge unique puisque sa position est connue au travers de la décision étant le seul à se prononcer.

562. L'instauration de la pratique des opinions séparées semble poser problème quant à l'autorité des décisions judiciaires. En effet, la motivation a pour but de faire comprendre le choix de la règle par le juge mais également de l'asseoir. Or, permettre au juge d'émettre une opinion divergente pourrait faire naître chez le justiciable un

---

[971] CEDH, 7 juin 2001, *Kress*, *JCP G*. 2001, II, 10578, note F. SUDRE.
[972] J.-P. DUMAS, « Secret de juge », in *Le droit privé français à la fin du XX*^{ème} *siècle, Mélanges offerts à P. Catala*, Litec, 2001, p. 192.
[973] Article 19 et 20 du décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* du 8 janvier 1993, p. 449 : leur supérieur hiérarchique est tenu d'apprécier dans une note écrite l'activité de chaque juge en vue de son avancement. On peut légitimement penser qu'un juge ayant émis de nombreuses opinions séparées puisse s'en trouver indirectement sanctionné par ce biais.
[974] Article, observations, notes de magistrats publiées par les éditions juridiques.
[975] J.-L. AUBERT précise dans l'introduction de son article « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 19 : « les impressions que je me propose de livrer ici, et qui sont d'ailleurs plus ou moins directes selon le cas, resteront dans les limites du nécessaire respect du secret du délibéré. Il n'est pas question de laisser apercevoir, dans les lignes qui suivent, quelque jugement que ce soit sur l'une ou l'autre des décisions, importantes ou banales, auxquelles il m'a été donné de participer ».

sentiment d'injustice et d'incompréhension. La possibilité laissée au juge de faire part de son désaccord peut faire douter de la pertinence de la solution adoptée car le juge va remettre en cause cette dernière. Il y aura ainsi un risque de discrédit des juges en raison du caractère public des dissensions au sein de la formation de jugement.

La mise à mal de l'autorité de la décision peut également avoir pour conséquence la multiplication des voies de recours. Le justiciable comprenant que la solution est critiquable voudra la contester. Les opinions séparées vont ainsi donner les bases d'une possible contestation. Dans un tel contexte, on pourrait ainsi assister à une multiplication intempestive des recours en justice.

563. On pourrait également envisager la possibilité d'un dévoiement des opinions séparées au profit d'une « publicité » du juge ou dans le cadre de règlements de compte comme cela se produit aux Etats-Unis.

564. Concernant la règle jurisprudentielle, l'opinion séparée peut entraîner des doutes quant à son interprétation et sa portée : « s'il est vrai que la stabilité d'une règle jurisprudentielle n'est jamais garantie, la jurisprudence aura d'autant plus de difficultés à s'établir qu'elle fait publiquement l'objet de controverses internes »[976].

565. Les problèmes soulevés par les opinions séparées sont nombreux. Face à toutes ces questions, est-il réellement judicieux d'autoriser les juges à émettre des opinions séparées ? Si oui, comment alors mettre en place un régime spécifique ? Peut-on s'inspirer du système américain ? La réponse ne peut être que positive tout en gardant à l'esprit que la place des juges dans le système de *common law*[977] est toute autre que celle occupée par eux dans notre ordre juridique. Il en résulte que, dans le système de *common law*, les opinions séparées ont une importance que notre système ne requiert pas. Il est donc nécessaire de dégager des critères permettant de déterminer quand et comment il serait possible aux juges de cassation de faire connaître leur opinion divergente.

---

[976] A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse de doctorat, 2007, Limoges, p. 63.
[977] A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *préc.*, p. 74 et s.

B) L’utilité des opinions séparées

566. Les critiques soulevées à l’égard des opinions séparées sont nombreuses. Cependant, cette pratique présente des avantages qui viennent contrebalancer les objections soulevées. Ainsi, leur publication permettrait de rendre le processus juridictionnel plus transparent, de rendre la justice plus accessible au justiciable en raison de l’actuelle opacité des décisions judiciaires. A travers l’étude des opinions séparées, le justiciable comprend que l’affaire a été discutée et que la solution adaptée l’a été car considérée comme la plus judicieuse. Il a ainsi l’assurance qu’un débat préalable s’est déroulé, débat préalable gage d’une décision non arbitraire.

567. Si l’on a pu penser que les opinions minoritaires auraient pour conséquence de multiplier les recours, cette remarque doit être tempérée par le fait que grâce aux opinions séparées le justiciable comprend que la solution adoptée est la plus judicieuse et que, par conséquent, la contester peut s’avérer inutile. Le justiciable peut adhérer à l’opinion séparer mais il comprend que la solution retenue par les juges est bien encrée et que par conséquent, son recours a peu de chance d’aboutir.

Les opinions séparées limitent donc les recours.

568. Quant aux juristes, ils ont conscience que le litige est tranché à la majorité et que certains juges peuvent ne pas être d’accord. Par conséquent, la publication d’une opinion séparée ne remet pas en cause l’autorité de la décision pour ces derniers. Les opinions séparées peuvent faire douter de la solution mais pas de la décision judiciaire. Les opinions séparées ont l’avantage d’éclairer les motifs de la décision souvent peu clairs et peu développés. Elles ne remettent pas en cause la solution mais discutent son fondement. Elles permettent une meilleure compréhension de la solution en l’étayant.

569. Les opinions séparées ne sont pas seulement un risque pour l’indépendance des juges en raison des pressions qu’ils peuvent subir, mais elles permettent également de la renforcer. En effet, si le juge émet une opinion séparée

c'est qu'il en a la possibilité, qu'il se sent assez indépendant pour cela. L'opinion séparée permet donc de constater cette indépendance.

570. La connaissance de divergences au sein d'une formation permet de mettre en avant les possibles autres solutions. Lorsqu'une critique est fondée, bien construite, on peut penser qu'elle ouvre la voie à un possible revirement de jurisprudence. Les opinions séparées sont donc un facteur de prévisibilité des revirements de jurisprudence. Ainsi, le Professeur FERRAND, dans le cadre de sa contribution au Rapport, concernant le droit allemand, estime que la publication des opinions séparées « permet de voir la solidité de la solution retenue et d'envisager un éventuel futur revirement ». Quant à la précision du partage des voix, elle permet d' « envisager un revirement possible dans les années à venir, la solution (…) ayant été obtenue avec un résultat extrêmement faible »[978]. Ainsi, lorsque plusieurs opinions séparées allant dans le même sens et constatant que l'état du droit positif n'est plus satisfaisant sont émises, on peut estimer qu'il y a de fortes chances qu'un revirement intervienne.

Les opinions séparées ont l'avantage d'atténuer l'effet de surprise que peut provoquer le revirement à défaut d' « empêcher les effets néfastes attachés à la rétroactivité des revirements de jurisprudence »[979]. Cependant, le revirement de jurisprudence n'est jamais garanti. Par conséquent, les opinions séparées ne sont que des indicateurs, ce ne sont pas des prophéties. De plus, si le revirement intervient, elles ne préjugent en rien de la date de survenance de ce dernier. Ainsi, s'il intervient rapidement, l'effet d'annonce n'aura qu'un impact limité.

571. Les opinions séparées provoquent également, la discussion. Or, toute discussion ne peut être que salutaire si elle constructive. Les opinions séparées proposent une alternative à l'analyse, elles vont ouvrir le débat, l'enrichir aux côtés

---

[978] F. FERRAND, « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », in *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet,* dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 86.
[979] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 35.

de la doctrine[980]. En effet, la discussion ne prend pas fin avec le prononcé de la sentence. Elle se prolonge bien au-delà car des divergences d'opinions peuvent apparaître entre l'Ecole et le Palais nourrissant la réflexion.

Alors que la doctrine commente de l'extérieur la solution, les opinions séparées ont l'avantage de commenter de l'intérieur cette dernière. Cela présente un atout puisqu'un participant au délibéré est le plus à même de discuter les points qui ont posé problème lors des discussions.

Le débat qui s'engage alors va permettre au juge, lorsqu'il aura à se prononcer à nouveau, d'être en présence de différentes argumentations, d'être éclairé le plus largement possible. Par conséquent, s'il opte pour un revirement de jurisprudence c'est que cette option s'avère la plus judicieuse. Le revirement sera en quelque sorte légitimé, fondé sur des bases solides. Seront ainsi évités les tâtonnements inutiles. Quant à la règle jurisprudentielle, il sera plus facile au juge d'en préciser les contours. La période d'incertitude qui suit le revirement de jurisprudence sera par la même réduite.

572. Certaines propositions ont été avancées[981]. Il serait possible de publier au rapport annuel de la Cour de cassation les opinions séparées. Lorsque la formation ayant statué, estime que l'opinion séparée est justifiée, elle pourrait faire l'objet d'une parution dans cet outil. La parution serait décidée par les juges ayant rendu la décision après consultation du Président de Chambre. En effet, toutes les opinions séparées ne peuvent faire l'objet d'une publication à moins de risquer de tomber dans les dérives que rencontre le système américain où la multiplication des opinions séparées brouille les pistes et ne rend pas vraiment compte d'une possible évolution de la règle jurisprudentielle.

Si cette proposition semble judicieuse de prime abord, un problème se pose cependant. Comme son nom l'indique, le rapport annuel ne fait l'objet que d'une parution par an. Par conséquent, un laps de temps de plusieurs mois peut s'écouler

---

[980] J.-P. DUMAS, « Secret de juge », in *Le droit privé français à la fin du XX*^{ème} *siècle, Mélanges offerts à P. Catala*, Litec, 2001, p. 188.
[981] J.-P. ANCEL, « Une opinion dissidente », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 2 et s.

avant que le lecteur puisse prendre connaissance des opinions séparées. Si le revirement de jurisprudence intervient après la parution du rapport annuel, le problème ne se pose pas. Mais s'il intervient avant, l'effet d'annonce sera complètement annihilé et l'étude de l'opinion séparée revêtira une importance moindre, si ce n'est pour mieux appréhender la solution.

Les mêmes remarques sont applicables à la publication au Bulletin de la Cour de cassation.

Il serait donc utile de publier les opinions séparées concomitamment à la décision judiciaire. Afin d'éviter les délais de parution, les opinions séparées pourraient être rapidement publiées sur le site internet de la Cour de cassation.

573. Concernant la prise de décision de la publication des opinions séparées, il est toutefois nécessaire que les juges ayant rendu la décision se consultent afin de décider de l'opportunité de la publication, mais également afin de prévoir la rédaction d'opinions séparées communes lorsque certains juges s'opposent à la solution adoptée pour les mêmes raisons. Cette consultation doit avoir lieu à l'issue de la délibération, dans un souci de célérité.

574. Bien sûr on pourrait objecter que le secret du délibéré s'oppose aux opinions séparées. Deux solutions sont alors possibles. Soit l'opinion séparée est anonyme et l'atteinte au secret est moindre, soit à l'image des opinions autonomes ou de la diffusion du rapport du Conseiller rapporteur ou de l'avis de l'Avocat général, on les autorise nommément. En effet, dans la seconde hypothèse aucune sanction n'est appliquée lorsqu'un juge émet une opinion autonome ou que les écritures précitées sont divulguées. On pourrait donc opter pour la seconde solution.

575. Pour atteindre le but poursuivi par les opinions séparées qui est une meilleure information du justiciable, elles doivent revêtir un style particulier. Elles ne doivent pas noyer le lecteur sous un flot d'informations qui ne lui permettrait plus de comprendre le sens de la décision, de ses implications et des questions qu'elle soulève. Elles doivent donc être limitées quantitativement afin d'éviter une

« explosion d'autojustifications argumentatives »[982] comme cela se produit aux Etats-Unis.

Les opinions séparées ne doivent avoir trait qu'à la décision et au problème juridique qu'elle soulève sans polémiquer sur la décision majoritaire, comme cela se produit en Allemagne[983]. Bien sûr, elles ne doivent en rien indiquer la position des autres juges.

Il semblerait cependant utile, à l'image de la pratique allemande, que le vote soit divulgué afin de connaître la force de la solution. En effet, une décision prise à l'unanimité aura moins de chance de faire l'objet d'un revirement de jurisprudence qu'une solution adoptée de justesse à la majorité.

576. Autoriser la pratique des opinions séparées serait un pas en avant vers une justice plus accessible et plus compréhensible. Quand on sait le nombre d'interrogations que peut soulever un revirement de jurisprudence quant à son application, sa portée, il ne semble pas superflu d'autoriser les juges à éclairer la solution aux travers d'opinions divergentes.

577. Les écritures des juges ne sont toutefois pas les seules opinions permettant de prévoir un revirement de jurisprudence ou de l'éclairer. Le rapport du Conseiller rapporteur et l'avis de l'Avocat général sont tout aussi importants.

---

[982] M. LASSER, « Les récentes 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.

[983] C. WALTER, « Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles, En Allemagne », in *Les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8, p. 84.

§2) La publication de documents internes à la Cour de cassation.

578. En tant que magistrats, le Conseiller rapporteur et l'Avocat général sont soumis à un devoir de réserve. Cependant, ce dernier est analysé extensivement et ne s'appliquerait qu'aux affaires sur lesquelles les juges ont été amenés à se prononcer et non sur la décision elle-même. Il leur est donc possible, lorsque la décision est publiée de faire connaître leur position[984]. C'est dans cette optique que la publication du rapport du Conseiller rapporteur et de l'avis de l'Avocat général a été permise.

579. Ces écritures, ne faisant pas partie de la décision, ne sont que des guides permettant de comprendre cette dernière mais également d'envisager les conditions d'un possible revirement de jurisprudence. « L'explication sur les raisons de choisir une solution plus qu'une autre et l'examen détaillé des arguments rejetés comme des arguments retenus permettrait à la Cour de cassation d'insérer ses solutions dans le corpus juridique »[985], mais permettrait également, d'annoncer l'évolution de la jurisprudence. Si la décision a été prise de publier ces écritures, c'est qu'elles apportent un plus à la solution jurisprudentielle, soit en venant soutenir et préciser le revirement de jurisprudence, soit en avertissant des différentes questions que soulève la jurisprudence actuelle, soit en précisant que si un revirement de jurisprudence devait intervenir, il concernerait le point soulevé dans les écritures.

Le recours à ce mode de publicité est encore rare de nos jours mais son intérêt est incontournable. Ainsi, pour le Professeur SALAS, il constitue « la véritable doctrine de la Cour de cassation », « un discours interne où se trouvent tous les chemins interprétatifs que le juge a ou non suivis »[986].

---

[984] P. GRIMALDI , Président de la Chambre commerciale, a écrit un article afin de préciser le sens de l'arrêt du 26 octobre 1999 suite aux nombreuses critiques doctrinales dont il avait fait l'objet : « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », *D.* 2000, p. 155.

[985] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 132.

[986] D. SALAS, « L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu », *Justices*, Dalloz, Hors-Série, 2001, p. 19.

580. La publication des différentes positions quant à la solution du litige apparaît comme nécessaire lorsque le juge envisage un revirement de jurisprudence mais également lorsqu'il opère un revirement. En effet, la Cour de cassation va se prononcer sur les différentes questions qui lui sont présentées. Par conséquent, connaître ces dernières c'est connaître la réflexion de la Cour de cassation. Elle a d'ailleurs bien perçu l'intérêt de telles publications et s'y résout parfois[987]. Aussi, peut-on consulter au Bulletin de la Cour de cassation[988] le rapport du Conseiller rapporteur (A) et/ou l'avis de l'Avocat général (B)[989].

A) Le rapport du Conseiller rapporteur

581. Le Conseiller rapporteur a pour mission d'étudier les éléments du dossier déposé devant la Cour de cassation, dans le cadre d'un pourvoi. Il est chargé de rendre un rapport, son avis personnel et le ou les projets d'arrêt[990].

Le rapport comprend l'énoncé des faits et de la procédure, les moyens au pourvoi, un exposé des problèmes de droit qui se présentent et l'état de la jurisprudence, c'est-à-dire les « précédents », ainsi que la littérature doctrinale en la matière. Il est mis à la disposition de l'Avocat général et des parties[991]. Le rapport

---

[987] La Cour de cassation, dans le cadre de l'arrêt d'Ass. plén. du 23 janvier 2004 a publié au Bulletin, à la suite de l'arrêt, les moyens de l'avocat aux Conseils d'une des parties ainsi qu'un commentaire de la décision de la main du Premier président CANIVET[987].

[988] A titre d'exemple, dans le cadre de l'arrêt d'Ass. plén. en date du 29 juin 2007, *Bull. civ.*, A.P., n° 7, concernant la responsabilité des associations sportives, La Cour de cassation a publié le rapport du Conseiller rapporteur ainsi que l'avis de l'Avocat général.

[989] On peut également consulter au Bulletin les conclusions des parties et /ou des communiqués. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle publié un communiqué concernant l'arrêt de la Chambre commerciale en date du 23 mars 2011 (n° 877), expliquant la solution : « le nouveau bail, soumis au statut des baux commerciaux, qui s'opère à l'issue du bail dérogatoire lorsque le preneur reste et est laissé en possession par application de l'article L. 145-5 du code de commerce, ne reprend pas les clauses du bail dérogatoire contraires aux dispositions d'ordre public du statut. Tel est l'enseignement, inédit, de l'arrêt rendu le 23 mars 2011 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation : s'il est effectivement acquis en doctrine que le nouveau bail, né à l'issue du bail dérogatoire, reprend les clauses de ce bail à l'exception de celles contraires aux dispositions d'ordre public du statut, c'est la première fois que la Cour de cassation est amenée à poser ce principe ».

[990] J.-F. WEBER, *La cour de cassation*, La documentation française, 2006, p. 83 et s.

[991] CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*, *JCP G.* 1999, II, 1004, note S. SOLER.

doit être « objectif ». En effet, c'est dans la note que doit être révélée la position du Conseiller rapporteur[992].

582. Sa publication a pour but de rendre plus lisible le débat judiciaire. Il permet au lecteur un meilleur accès intellectuel à la décision. Cependant, « le rapport objectif, tout en livrant au public une certaine conscience des questions que se posent les magistrats, ne saurait amasser peu à peu la capacité de dominer les arguments ni des justiciables, ni de la doctrine, ni des magistrats eux-mêmes. Le rapport objectif servirait ainsi à provoquer une série de discussions tout en laissant aux interlocuteurs de la Cour une marge argumentative aussi large et diversifiée que possible, y compris aux juges, qui, toujours protégés par le secret du délibéré, garderaient avec zèle, la capacité de s'interroger franchement sur les grandes questions »[993] qui se posent.

583. Le rapport revêt une importance toute particulière puisque les juges doivent se prononcer directement sur ce dernier et sur le projet d'arrêt avancé par le Conseiller rapporteur[994]. Bien sûr les juges ont la possibilité d'y apporter des modifications mais le rapport va servir de fondement à la décision.

Par conséquent, la lecture du rapport va permettre d'accéder à la réflexion des juges, de comprendre les voies empruntées par ces derniers et les raisons qui ont conduit à un revirement de jurisprudence. En cas de maintien de la règle jurisprudentielle, il éclaire la position des juges et permet d'appréhender les autres voies qui s'offraient à eux. La Cour de cassation, en autorisant la publication du rapport va ainsi dévoiler un pan du délibéré.

584. L'Avis de l'Avocat général est tout aussi important car il peut suivre les recommandations du Conseiller rapporteur mais également s'y opposer.

---

[992] D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP G*. 2004, I, 108, p. 226 et s.
[993] M. LASSER, « Les récentes modifications du processus de décision de la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD Civ.* 2006, p. 691 et s.
[994] J.-L. AUBERT, « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz,* Dalloz, 2006, p. 20.

B) L'avis de l'Avocat général

585. Lorsque le Conseiller rapporteur dépose son rapport au greffe de la Cour de cassation, un Avocat général est désigné. Ce dernier élabore alors un projet d'avis proposant une solution et les raisons qui l'ont motivé. Cet avis est ensuite communiqué aux avocats aux Conseils.

586. L'avis de l'Avocat général revêt une importance particulière en raison de la spécificité de la mission du parquet. En effet, « les Avocats généraux devant ces cours ne sont pas des savants mais des praticiens cumulant la connaissance des règles de droit, l'intelligence des faits et le sens des valeurs autant de qualités utiles à l'élaboration d'un droit auquel ne suffit plus la loi »[995]. Son rôle est donc incontournable et primordial dans la prise de décision du juge puisqu'il va l'éclairer. Ainsi pour le Procureur général J.-L. NADAL : « j'insiste en particulier sur la nécessité pour le parquet général d'être en capacité d'apporter aux Chambres des éléments d'information et de réflexion que l'on ne trouve pas dans les dossiers et qu'il faut donc aller chercher en se rapprochant des sources utiles »[996]. L'avocat général est ainsi une « fenêtre vers l'extérieur »[997]. Etudier l'avis de l'Avocat général permet donc de prendre connaissance d'éléments que les parties n'auront pas mentionnés dans leur mémoire. « Les avis publiés des avocats généraux servent (…) à fournir les explications qui vont permettre de mieux comprendre, de mieux situer la décision dans l'ensemble de la jurisprudence de la Cour »[998].

587. « La pertinence et la finesse de ses conclusions sont en général telles que maints auteurs renoncent à y ajouter une glose : la doctrine est faite, à quoi bon la

---

[995] F. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15
[996] J.-L. NADAL, interviewé par J.-R. TANCREDE, *Les annonces de la Seine*, 2005, n° 26, p. 9.
[997] R. DE GOUTTE, « Discours lors de l'installation de M. NADAL dans les fonctions de Procureur général près la Cour de cassation », 17 novembre 2004, www.courdecassation.fr /manifestations/audiences/nov2004/Discours-PAG.htm.
[998] P. LYON-CAEN, « Le parquet général de la Cour de cassation », interviewé par P. RANCE, *D.* 2003, p. 212.

reprendre »[999] ? Toutefois, n'étant pas rédigé par les juges, l'avis de l'Avocat général n'est « qu'une argumentation adressée à la Cour et non pas une explication donnée par la Cour »[1000].

588. L'avis permet donc d'éclairer la solution qu'il concorde ou non avec cette dernière. Dans le cadre de l'arrêt du 21 décembre 2006[1001], la décision adoptée allait à l'inverse de ce que préconisait l'Avocat général. Ce dernier estimait que la liberté d'expression, conjuguée à la prévisibilité du revirement de 2004[1002], devait conduire les juges à ne pas moduler leur décision. Ainsi, les conclusions de l'Avocat général, en l'absence de communiqué, auraient permis de comprendre que le juge avait utilisé la méthode du bilan et qu'il en était ressorti que la balance avait penché pour le procès équitable. Elles ont été publiées afin de rendre plus compréhensible la position des juges.

589. Tout comme les opinions séparées ou le rapport du Conseiller rapporteur, l'avis de l'Avocat général peut permettre d'envisager un revirement de jurisprudence et les conditions de sa réalisation.

590. <u>Bilan du chapitre 2</u> : Les revirements de jurisprudence ne sont pas courants et les cas dans lesquels ils emportent des conséquences néfastes sont encore plus rares. Cependant, dans ces hypothèses, leur impact peut s'avérer considérable et il est nécessaire d'y pallier au possible.

Le juge a ainsi la possibilité, au travers de son rapport annuel, de limiter quantitativement les revirements de jurisprudence en soulevant, à l'intention du législateur, les difficultés qu'il a rencontrées dans l'application de la loi. Si le législateur est réceptif, il adoptera des dispositions qui éviteront aux juges d'opérer

---

[999] F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 255 et s.
[1000] M. LASSER, « Les récentes modifications du processus de décision de la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD Civ.* 2006, p. 691.
[1001] Cass. Ass. plén., 21 décembre 2006, *Bull. civ.*, A.P., n° 15 concernant la prescription de l'acte en réparation de l'atteinte à la présomption d'innocence.
[1002] Cass. civ. 2ème, 8 juillet 2004, *Bull. civ.*, II, n° 387.

des revirements de jurisprudence. Si le législateur ne réagit pas, les remarques faites permettront aux justiciables d'appréhender les difficultés rencontrées par le juge et les possibles revirements.

591. L'instauration des opinions séparées permettrait également au justiciable de mieux cerner un changement d'interprétation du juge et de le prévoir. Il serait ainsi, nécessaire, dans le cadre des arrêts les plus problématiques, que les juges ayant participé au délibéré puissent exposer les arguments divergents. Pour les mêmes raisons, la pratique de la publication du rapport du Conseiller rapporteur et de l'Avis de l'Avocat général devrait être plus courante.

592. Le rapport annuel et les opinions séparées se révèlent donc être des outils importants dans le cadre de l'annonce des revirements tout comme de leur compréhension.

Conclusion du titre 1

593. Le revirement de jurisprudence est un élément incontournable de la jurisprudence. Il permet à la règle jurisprudentielle d'évoluer et d'être en adéquation avec le contexte sociétal. Cependant, dans certains cas, les effets qu'ils entraînent peuvent avoir des conséquences néfastes importantes. Ce type d'arrêt est rare mais ses conséquences sont assez importantes pour que l'on s'en préoccupe. Ainsi, le juge use-t-il de différents moyens et techniques pour tenter de limiter les impacts de ce type de revirement.

594. La décision judiciaire est ainsi un instrument au service du juge dans l'annonce du revirement. Mais pour cela, il est nécessaire que les motivations des décisions ne soient pas sibyllines. Par conséquent, que ce soit dans le cadre d'un revirement ou lorsque le juge en prévoit un, il est nécessaire qu'il soit plus explicite.

Le juge a également la possibilité de limiter les conséquences d'un revirement en ayant recours à l'*obiter dictum*, à la méthode dite des « petits pas » ou encore en réalisant un revirement dans le cadre d'un arrêt de rejet ou d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi.

595. Le juge peut aussi annoncer le revirement afin d'en diminuer les effets. Les parties averties ont alors la possibilité de prendre leurs dispositions. C'est au travers du rapport annuel que le juge va tenter d'éviter d'opérer les revirements de jurisprudence qu'il envisage en laissant au législateur le soin de procéder à la modification de la règle de droit qui pose problème. A défaut de réaction du législateur, les problèmes soulevés dans le rapport pourront servir d'annonce.

596. De même, les opinions séparées sont une voie qu'il convient de considérer. En effet, si aujourd'hui il est déjà possible que soient publiés le rapport du Conseiller rapporteur et l'avis de l'Avocat général, la publication des opinions séparées des juges n'est pas encore autorisée. Elle aurait cependant l'avantage de prévenir un revirement de jurisprudence ou de l'expliciter lorsqu'il s'est réalisé.

597. Cependant, quelle que soient les techniques employées par le juge pour tenter de pallier les effets néfastes des revirements de jurisprudence, elles s'avèrent insuffisantes pour résorber l'ensemble des conséquences négatives provoquées par un changement de position jurisprudentielle. En effet, pour annihiler totalement les effets néfastes d'un revirement de jurisprudence, il serait nécessaire d'attendre que les situations juridiques réalisées avant le revirement de jurisprudence se soient toutes éteintes, ce qui n'est pas réalisable. La question de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence se pose alors.

Titre 2 : Le revirement pour l'avenir : le complément des modalités encadrant les revirements de jurisprudence

598. « Longtemps, on a cru que l'avenir appartenait en exclusivité au législateur, tandis que le passé était réservé au juge. Au premier on interdisait la rétroactivité, au second les arrêts de règlement : ainsi chacun était censé dire le droit sans interférence sur le domaine de l'autre »[1003]. Une telle conception du système juridique a montré ses limites et les rôles attribués au législateur et au juge ne sont plus aussi distincts.

599. Les techniques permettant d'annoncer un revirement de jurisprudence ou de contourner ses effets s'avérant insuffisantes, la question de la modulation dans le temps des décisions par le juge s'est posée. Cette pratique, si elle paraît innovante, ne l'est pas en réalité. En effet, déjà dans la Rome antique, le prêteur construisant le droit avait la possibilité d'en différer l'entrée en vigueur et d'en annoncer les changements. Pourquoi alors ne pas accorder cette possibilité au juge de cassation ?

600. Un choix doit être fait : soit l'on accepte les effets néfastes engendrés par certains revirements de jurisprudence sur la base de la nécessaire évolution du droit, soit l'on met en place une procédure permettant au juge, lorsqu'il l'estime nécessaire, de moduler dans le temps ses décisions.

Certains revirements de jurisprudence, par leur effet rétroactif, peuvent entraîner des conséquences dont les effets sont néfastes car bouleversant l'ordre économique, les prévisions des justiciables ou les privant de certains de leurs droits. Ce type de revirement est rare. Par conséquent, la seconde option semble la plus judicieuse puisqu'elle n'interviendra qu'exceptionnellement. Cette technique est nécessaire afin d'assurer un juste équilibre entre les attentes du justiciable et l'application d'un droit juste.

[1003] F. OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », in *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, dir. F. OST et M. VAN HOECKE, Bruyland, Bruxelles, 1998, p. 132.

601. La modulation dans le temps a deux conséquences principales : elle permet au justiciable d'adapter son comportement à la nouvelle règle jurisprudentielle et lui évite de se faire sanctionner pour les conséquences de situations juridiques s'étant réalisées avant le revirement de jurisprudence.

602. Pour permettre au juge de moduler dans le temps ses décisions, il est nécessaire qu'un cadre soit fixé afin qu'il reste dans les prérogatives de sa mission. Ce cadre doit déterminer les conditions de la modulation dans le temps du revirement de jurisprudence (Chapitre 1) mais également la procédure permettant sa réalisation (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les conditions de la réalisation de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence

603. A première vue, il ne semble pas possible, pour le juge de moduler dans le temps les effets de sa décision. « Le juge ne peut simultanément énoncer une règle qui dévalue, par définition, celle qu'il appliquait jusque-là, et trancher le litige au nom de la non-rétroactivité, sur la base antérieure : la technique d'édiction de la règle juridictionnelle, qui lie formulation de la règle et application à l'espèce, le condamne à la rétroactivité »[1004]. En effet, puisque l'ancienne interprétation est apparue, aux juges, dépassée et que, par conséquent, il convient d'en changer, la partie bénéficiaire de la nouvelle jurisprudence est en droit d'attendre que la solution dégagée par le revirement lui soit applicable. Cependant, dans certains cas, l'effet rétroactif du revirement de jurisprudence emporte des conséquences plus néfastes que le but poursuivi par le changement de la règle jurisprudentielle. Ainsi, « la rétroactivité des arrêts (…) de revirement peut rester le principe, mais les juges pourraient apporter des exceptions expresses et motivées »[1005].

604. La possibilité laissée au juge de cassation de moduler ses décisions dans le temps soulève de nombreuses questions quant aux pouvoirs du juge, au type de modulation ou encore quant à l'intervention du législateur. Pour préconiser ce type de procédure, il est donc nécessaire de répondre à ces différentes questions mais également de s'intéresser aux techniques déjà employées par les juridictions modulant leurs décisions (Section 1).

605. Les cas où le juge optera pour une modulation dans le temps sont rares. L'exception doit donc être la règle. Elle résulte du fait que tous les revirements de jurisprudence n'entraînent pas des conséquences nécessitant leur modulation dans le temps. Il est donc nécessaire de cerner les cas dans lesquels il sera possible au juge de

---

[1004] J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15.
[1005] C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 53, p. 14.

différer dans le temps les effets de sa décision. Se posera alors la question du type de modulation et des justiciables soumis à cette dernière (Section 2).

Section 1 : La possibilité d'une modulation dans le temps des revirements de jurisprudence

606. « L'essentiel est (…) de comprendre que si l'on conclut (que la jurisprudence n'est pas source du droit), alors il n'est logiquement pas fondé de s'intéresser à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence »[1006]. Cependant, la jurisprudence étant aujourd'hui regardée comme créatrice du droit, il en résulte que le juge peut avoir la possibilité de moduler dans le temps ses décisions.

607. Le Mouvement des Entreprises de France[1007] a proposé d'autoriser la Chambre devant laquelle est portée l'affaire à moduler dans le temps les effets de sa décision en tenant compte notamment, des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, de la prévisibilité de la règle de droit pour les parties, des conséquences économiques de la décision ou encore du nombre de personnes potentiellement concernées.

Cette possibilité a soulevé de nombreuses questions quant à sa réalisation (§1). Dans ce contexte, l'éclairage des techniques utilisées par les juridictions pratiquant déjà la modulation dans le temps peut s'avérer instructif (§ 2).

§1) Les questions soulevées par la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence

608. Pour conclure qu'il pourrait être permis au juge de moduler dans le temps certaines de ses décisions, il est nécessaire de répondre aux principales interrogations qui ont été soulevées quant à cette possibilité.

[1006] N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.* 2009, p. 2567 et s.

[1007] MEDEF, « Pour de nouvelles règles d'application dans le temps des décisions de justice », in *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 145 et s.

609. La première question qui se pose concerne les pouvoirs du juge.

Certains auteurs[1008] objectent que l'article 5 du code civil s'oppose à cette technique au motif que si le juge module dans le temps sa décision, cette dernière n'aura vocation à s'appliquer qu'en dehors du litige : la règle ainsi posée aura un caractère réglementaire.

L'argument ne sera pas retenu car ce n'est pas parce que le juge va moduler dans le temps sa décision qu'il va pour autant sortir des limites que lui impartit sa mission[1009]. En effet, la nouvelle règle jurisprudentielle ne deviendra pas obligatoire par le seul fait que son application dans le temps est modulée. Bien sûr, une telle modulation démontre que le juge compte s'y tenir mais il s'agit d'une simple adhésion et non d'une obligation. Il en résulte que la modulation décidée ne va avoir d'effet contraignant que pour les parties et même si, dans des affaires subséquentes, le juge applique la modulation, il devra le faire en se prononçant à chaque fois, de nouveau, sur la nécessité d'une telle modulation. Cependant, en raison des enjeux, la force normative de la jurisprudence sera plus importante lorsque l'on se trouvera dans le cas d'un arrêt modulateur puisqu'il sera adopté après mûres réflexions. Le juge aura tendance à suivre plus facilement ce type d'arrêt. « Il est (donc) théoriquement possible d'empêcher l'application rétroactive d'une jurisprudence sans pour autant méconnaître les dispositions de l'article 5 du code civil »[1010].

610. Madame BEN MERZOUK s'oppose à la modulation dans le temps au motif que « le juge est (…) condamné à la rétroactivité car la technique d'édiction de la règle jurisprudentielle allie nécessairement formulation de la règle et application à l'espèce (parfois au détriment de la sécurité juridique). Ainsi, le juge ne peut, à la différence du législateur, soumettre les règles qu'il énonce au principe de non-

---

[1008] V. HEUZE, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G.* 2005, I, 130, p. 673 ; P. THERY, « A propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les oeufs... », *RTD Civ.* 2005, p. 176 et s. ; J.-L. AUBERT, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence : faut-il moduler dans le temps des revirements de jurisprudence ? … J'en doute ? », *RTD Civ.* 2005, p. 306.

[1009] N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.* 2009, p. 2567 et s.

[1010] X. LAGADRE, « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP G.* 2007, II, 10111.

rétroactivité »[1011] sinon il y aurait déni de justice. Cependant, le juge ne va pas à l'encontre de sa mission lorsqu'il module dans le temps sa décision puisqu'il va trancher le litige tout en apportant une interprétation unificatrice à la règle de droit. « L'arrêt formule ainsi, pour le cas, une première norme puis, parce que son application concrète va se heurter à une valeur supérieure, une norme sur la norme, une norme transitoire déterminant sa sphère d'application dans le temps »[1012]. En effet, la mission du juge n'est pas seulement de dire le droit : il doit également s'interroger sur les conséquences de la nouvelle règle jurisprudentielle sur l'ordonnancement juridique et sur la société. Et c'est en vertu de cet aspect de sa mission que le juge peut moduler dans le temps sa décision sans aller à l'encontre de l'article 4 du code civil.

611. Le Professeur DE BECHILLON estime que « ce qui est proposé dans (le Rapport) ne vise pas à donner à la Cour de cassation un « pouvoir » supplémentaire, mais tout au contraire, à la dessaisir de la part exorbitante d'une puissance qui se vérifie, depuis toujours, être inéluctablement la sienne »[1013], appliquer le droit rétroactivement. Nous ne rejoindrons pas cet auteur sur ce point. En effet, la modulation n'étant pas automatique et restant à la libre appréciation du juge, ce dernier conserve donc l'entier usage de ses prérogatives.

612. La seconde question a trait à l'intervention du législateur dans la reconnaissance du pouvoir de modulation par le juge.

Doit-il officiellement le consacrer ? Doit-il en fixer les modalités ?

La réponse est négative[1014]. Tout comme le juge est créateur de droit sans être officiellement reconnu comme tel, il ne semble pas utile que le législateur

---

[1011] E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, thèse de doctorat, Paris II, 2003, p. 108

[1012] P. DEUMIER, « Evolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD Civ.* 2007, p. 77.

[1013] D. DE BECHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 33.

[1014] V° pour une position contraire C. CHARRUAULT, « Compléter l'article 5 du code civil », *JCP G.* 2007, Numéro historique - Hors série / Cahier n° 2, p. 21 : « Le temps n'est-il pas venu de flexibiliser l'absolue prohibition de l'actuel article 5 du code civil par l'adjonction d'une disposition qui avaliserait la jurisprudence de la Cour de cassation en lui donnant la liberté de moduler les effets attachés à l'évolution de l'interprétation d'une règle de droit inchangée » ?

consacre officiellement la possibilité pour le juge de moduler ses décisions. En effet, cette possibilité découle de sa mission : le juge opère un revirement car l'interprétation du droit qu'il adoptait auparavant est devenue obsolète. Cependant, son application rétroactive est jugée inadmissible par le juge en raison des conséquences qu'elle entraîne. La possibilité de moduler ses décisions découle donc de son pouvoir prétorien et il est inutile que le législateur intervienne[1015] : « une telle réforme ne saurait être accomplie au travers d'une modification par décret du code de procédure civile. (…) Une réforme législative s'avère elle-même superflue : le revirement pour l'avenir est déjà une réalité (…) à la Cour de cassation ; les Hautes juridictions ont, pour ainsi dire, prouvé le mouvement en marchant »[1016]. Bien sûr, ce n'est pas parce que la Cour y a recours que cela lui est autorisé mais parce que sa mission le lui permet.

Quant à la possibilité pour le législateur d'en fixer les modalités, elle n'est pas opportune car la modulation dans le temps ne peut souffrir de règles fixes et doit être appréciée au cas par cas car le juge est seul à pouvoir réellement apprécier l'impact des revirements de jurisprudence.

613. La troisième question porte sur le régime de la modulation.

La jurisprudence est foncièrement différente de la loi tant dans sa nature que dans son mode de production. Il n'est donc pas possible de transposer le régime de la non-rétroactivité prévu à l'article 2 du code civil aux revirements de jurisprudence[1017]. En effet, le juge ne serait plus à même de remplir sa mission car il se prononce nécessairement sur des actes et des faits s'étant réalisés antérieurement à sa décision. L'article 2 du code civil est ainsi aux antipodes du régime qui devrait être appliqué aux revirements de jurisprudence : ces derniers doivent être rétroactifs sauf

---

[1015] Pour une position contraire V° T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Collection de thèse, Defrénois, Lextenso éd., 2009, p. 516 et 573 et s. : « il nous semble que seul le législateur pourrait aujourd'hui trancher la difficulté, en permettent opportunément au juge de moduler dans le temps ses décisions de principe et de revirement ».

[1016] P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 250.

[1017] P. MALINVAUD, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 316.

exceptions. Il convient donc de prévoir un régime spécifique, les cas et les modalités, exceptionnelles, dans lesquels peut intervenir la modulation dans le temps.

614. La quatrième question porte la réflexion sur la nécessité d'une telle procédure.

En effet, « la Cour ne modifie sa jurisprudence que lorsqu'elle l'estime socialement nécessaire. On imagine mal, dans ces conditions, la Haute juridiction considérer comme nécessaire de revirer sa jurisprudence, tout en affirmant que les enjeux ne sont pas tels que ce revirement ne vaudrait que pour l'avenir »[1018]. Cependant, la rétroactivité de la jurisprudence emporte des conséquences néfastes qui peuvent dépasser l'avantage social que procure le revirement de jurisprudence. Il est donc nécessaire que dans certains cas le juge ait la possibilité de moduler ses décisions dans le temps.

Ainsi considérée, cette possibilité doit cependant être encadrée afin d'éviter que la modulation n'intervienne quel que soit le contexte. En effet, certains critères doivent guider le choix du juge.

§2) La consécration de la modulation dans le temps

615. La proposition visant à permettre à la Cour de cassation de moduler ses décisions dans le temps n'est pas innovante. En effet, cette dernière est déjà utilisée dans différents pays tels que l'Allemagne, l'Italie[1019]...

[1018] C. RADE, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : une évolution en trompe l'œil ! », Lexbase hebdo n° 148, 23 décembre 2004, éd. Lettre juridique.

[1019] T. DI MANNO, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA* 2004, p. 700 et s. ; H. MUIR WATT (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence dans les systèmes de *common law* », in *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 53 et s. ; FERRAND F., « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », in *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 81 et s.

616. L'exemple des juridictions européennes et de *common law* est éclairant en la matière (A). En droit interne, si le Conseil d'Etat et la Cour de cassation y ont déjà eu recours, les conditions d'une telle pratique ne sont pas encore clairement définies (B).

A) Les solutions européennes et de *common law*

617. La question de la modulation dans le temps peut-être éclairée par la pratique de la Cour de justice de l'Union européenne (1) et de la Cour européenne des droits de l'Homme (2) qui y ont recours depuis de nombreuses années.

618. Dans le système de *common law*, le revirement de jurisprudence est considéré comme « une anomalie, un dysfonctionnement du système judiciaire qu'il vaut mieux éviter»[1020]. Le juge se doit de respecter les précédents. Cependant, dans la pratique, cela est impossible puisque le droit doit nécessairement évoluer. Par conséquent, le juge opère quand même des revirements de jurisprudence dont il module les effets dans le temps quand il estime cela nécessaire (3).

1) La modulation exceptionnelle des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne

619. En droit communautaire, le principe de la rétroactivité de la jurisprudence est de mise. En effet, « l'interprétation que, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 177, la Cour de Justice donne d'une règle du droit communautaire,

---

[1020] E. ZOLLER, « Les revirements de la Cour suprême des Etats-Unis », in *Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, n° 20, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-revirements-de-jurisprudence-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.50632.html.

éclaire et précise, lorsque besoin en est, la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si par ailleurs, les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies »[1021].

620. Toutefois, la Cour de justice des Communautés européennes se réserve la possibilité de moduler dans le temps ses décisions. Ainsi, dans l'arrêt *Defrenne c/ Sabena*[1022], la Cour a modulé sa décision en précisant que cette dernière était immédiatement applicable sans effet rétroactif sauf exceptions : « compte tenu du nombre élevé de personnes intéressées, de telles revendications, imprévisibles pour les entreprises pourraient avoir des effets graves sur la situation financière de celles-ci (…) en présence du comportement de plusieurs parmi les Etats membres et des attitudes prises par la Commission et portées itérativement à la connaissance des milieux concernés, il convient de tenir compte, à titre exceptionnel, de ce que les parties intéressées ont été amenées, pendant une période prolongée, à maintenir des pratiques contraires à l'article 119, quoique non encore interdites par leur droit national (…), des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour les périodes passées ; qu'en conséquence l'effet direct de l'article 119 ne peut être invoqué à l'appui des revendications relatives à des périodes de rémunérations antérieures à la date du présent arrêt, sauf en ce qui concerne les travailleurs qui ont introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente ». Ainsi, la date de l'arrêt va permettre de déterminer à partir de quel moment il va produire ses effets. L'arrêt ne produira des effets que pour les faits intervenus postérieurement à son prononcé, exception faite pour les litiges pendants.

[1021] CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, *Rec.* p. 1205.
[1022] CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne/Sabena* : *Rec.* p. 454, spécial n° 69 et s., p. 481.

621. Cette solution a été confirmée par l'arrêt *Barber*[1023] : « ainsi que la Cour l'a reconnu dans son arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne*, elle peut, à titre exceptionnel, en tenant compte des troubles graves que son arrêt pourrait entraîner pour le passé, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer l'interprétation que, saisie par la voie de question préjudicielle, la Cour donne d'une disposition. Pareille limitation ne peut être admise que par la Cour dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée ». Il en résulte que seul le juge ayant statué peut décider de moduler dans le temps sa décision, et ce, dans le cadre de l'arrêt même.

Les arrêts *Moroni* et *Neath* en 1993[1024] vont reprendre la solution désormais bien implantée en droit communautaire.

622. La Cour de justice des Communautés européennes est venue préciser le régime de toute rétroactivité dans l'arrêt *Driessen* du 5 octobre 1993[1025] : la rétroactivité d'un règlement du Conseil est tolérable dès lors que cette rétroactivité ne porte pas atteinte à la confiance légitime des personnes qui sont soumises à cette application rétroactive. La confiance légitime permet ainsi de distinguer les revirements tolérables de ceux qui ne le sont pas.

623. La Cour de justice des Communautés européennes vient, à nouveau, préciser dans l'arrêt *Roders*[1026], que le recours à la modulation dans le temps revêt un caractère exceptionnel : « une limitation des effets de l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation apparaît tout à fait exceptionnelle (…). En effet, la Cour n'a eu recours à cette solution que dans des circonstances bien précises, lorsqu'il existait un risque de répercussions économiques graves dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation communautaire en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions communautaires, incertitude à laquelle avaient éventuellement

---

[1023] CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, *Rec.* p. 1889 ; *D.* 1991, p. 131.
[1024] CJCE, 14 décembre 1993, *Moroni*, *Rec.*, p. 6591, *Activités CJCE* 1993, n° 36, p. 4 ; CJCE, 22 décembre 1993, *Neath*, *Rec.* p. 6935, *Activités CJCE* 1993, n° 37, p. 3.
[1025] CJCE, 5 octobre 1993, *Driessen et a.*, *Rec.* p. 4751 ; *Les Petites affiches* n° 17, 9 février 1994, p. 20, obs. L. CARTOU.
[1026] CJCE, 11 août 1995, *Roders et a.*, *Rec.*, p. 2229.

contribué les comportements même adoptés par d'autres Etats membres ou par la Commission ».

624. Monsieur CHARBIT dégage trois critères selon lesquels la Cour peut opter pour la modulation dans le temps de sa décision[1027] : un critère administratif, un critère juridique et un critère financier.

Le critère administratif concerne la prise en compte du comportement des institutions communautaires lorsque ce dernier a pu faire naître une certaine confiance légitime dans le comportement adopté par le destinataire. La rétroactivité d'un règlement du Conseil est tolérable « dès lors que cette rétroactivité ne porte pas atteinte à la confiance légitime des personnes qui sont soumises à cette application rétroactive »[1028].

Le critère juridique retenu par la Cour peut dépendre de la spécificité de la matière, de l'imprécision des textes communautaires ou de l'état de la jurisprudence de la Cour concernant par exemple, une question de droit nouvelle.

Le critère financier a trait aux conséquences financières concernant l'ensemble des intérêts en jeu, « tant publics que privés »[1029]. Il appartient ainsi, en vertu des règles régissant le domaine de la preuve, au demandeur d'apporter la preuve de l'impact financier important de la décision.

Ces trois critères sont le plus souvent envisagés ensemble. Cependant, seul, le critère financier ne se suffit pas à lui-même, les deux autres permettant d'appréhender la bonne foi du demandeur s'étant suffisamment informé. Ainsi, dans l'arrêt *Roders*, la Cour a estimé que les conséquences financières « ne justifiaient jamais par elles-mêmes la limitation des effets d'un arrêt de la Cour (…). Au demeurant, s'il en était autrement, les violations les plus graves seraient traitées plus favorablement, dans la mesure où se sont elles qui sont susceptibles d'avoir les implications financières les plus importantes pour les Etats membres ».

[1027] N. CHARBIT, « La limitation de l'effet rétroactif des arrêts par le juge communautaire », in *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet,* dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 75 et s.
[1028] CJCE, 5 octobre 1993, *Driessen et a.*, *Rec.* p. 4751, *Petites affiches* n° 17, 9 février 1994, p. 20, obs. L. CARTOU ; CJCE, 16 juillet 1992, *Legros*, *Rec.* p. 4625 ; CJCE, 19 octobre 1995, *Richardson*, *Rec*. p. 3407.
[1029] CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne/Sabena*, *Rec.* p. 455.

625. Il faut cependant bien garder à l'esprit que les modulations dans le temps opérées par la Cour de justice de l'Union européenne ne sont pas intervenues dans le cadre d'un revirement de jurisprudence, mais lors d'une réponse apportée à un problème qui se posait pour la première fois.

De plus la Cour de justice de l'Union européenne se doit de faire respecter le droit communautaire qui reste un droit fondamentalement économique. Ainsi, l'arrêt *Defrenne* a eu pour but d'empêcher la concurrence déloyale basée sur l'exploitation de la main d'œuvre féminine peu qualifiée et n'avait pas une vocation humanitaire.

626. Toutefois, les solutions appliquées par la Cour de justice de l'Union européenne n'en demeurent pas moins éclairantes quant au régime à adopter en droit interne. Quant à l'arrêt *Defrenne*, il a eu pour conséquence d'ouvrir la voie à la Cour européenne des droits de l'Homme.

2) La position de la Cour européenne des droits de l'Homme

627. La Cour européenne des droits de l'Homme pratique également la modulation dans le temps de ses décisions. Par cela, elle se réfère aux principes supérieurs de sécurité juridique, de prévisibilité des solutions et de confiance légitime pour préciser que l'arrêt n'aura valeur que pour l'avenir.

628. Dans l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979[1030], la Cour va amplifier la solution de l'arrêt *Defrenne* pour limiter à l'avenir ses décisions et ce, en se fondant sur « des considérations impérieuses de sécurité juridique ». Ainsi, « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'Etat belge de remettre en cause les actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt ».

[1030] CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, requête n° 6833/74.

Dans cette décision, la Cour condamnait la Belgique en raison de l'inégalité de traitement existant entre les enfants naturels et les enfants légitimes. La décision de moduler dans le temps sa décision peut ainsi paraître surprenante puisqu'elle concerne un droit de l'Homme protégé par la Convention. Cependant, la rétroactivité aurait eu pour effet de remettre en cause les successions ouvertes avant l'arrêt ce qui aurait pu avoir d'importantes conséquences puisqu'un certain nombre de personnes auraient dû restituer des biens qui leur avaient été légalement transmis.

La Cour européenne des droits de l'Homme va confirmer sa position dans l'arrêt *Vermeire c/ Belgique*[1031].

629. Cependant, avec l'arrêt en date du 17 janvier 2006[1032] la Cour européenne des droits de l'Homme « tend à entretenir un certain mystère sur sa position en (…) matière »[1033] de modulation dans le temps de ses décisions. En l'espèce, une personne avait été expulsée de France alors qu'elle n'avait pas eu le temps de faire un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme. La France argumenta qu'au moment des faits, la jurisprudence n'imposait pas un tel recours pour pouvoir expulser la personne et que par conséquent, les faits devaient être tranchés au regard « du contexte juridique au moment de l'intervention de la mesure litigieuse ». La Cour européenne des droits de l'Homme rejeta l'argument au motif que le règlement prévoyait la solution même si elle n'avait pas encore été dégagée par la Cour : « même si, à l'époque où le requérant a été expulsé dans la présente affaire, la force obligatoire des mesures prises en application de l'article 39 de son règlement n'avait pas été affirmée explicitement, il n'en demeure pas moins que l'article 34 et les obligations en découlant s'imposaient déjà aux Etats contractants ». La Cour n'appliqua pas l'ancienne jurisprudence et donc, ne modula pas dans le temps sa décision. Il est toutefois à noter que ce refus découle du fait que le revirement était

---

[1031] CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c/ Belgique*, requête n° 12849/87.
[1032] CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c/ France*, requête n° 50278/99.
[1033] K. LUCAS-ALBERTINI, « La Cour EDH face à la gestion des effets de ses revirements de jurisprudence », *JCP G*. 2007, II, 10152, p. 36 et s.

prévisible et que par conséquent, la France aurait dû envisager la nouvelle règle jurisprudentielle.

La Cour se refusa à statuer en fonction de la jurisprudence ancienne et ne fit pas abstraction de la nouvelle règle jurisprudentielle. Elle ne modula donc pas dans le temps sa décision.

Il résulte de cette décision que la modulation dans le temps est une technique qui ne trouvera à s'appliquer devant la Cour européenne des droits de l'Homme qu'exceptionnellement.

630. Il est également à noter que, comme pour la Cour de justice de l'Union européenne, les modulations dans le temps opérées par la Cour européenne des droits de l'Homme ne sont pas intervenues à l'occasion de revirements de jurisprudence.

631. Les juridictions européennes ne sont pas les seules à avoir recours à cette technique. En effet, dans le système de *common law* la modulation dans le temps des décisions judiciaires est également pratiquée.

3) Le traitement du revirement de jurisprudence en *common law*

632. Dans le système de droit codifié, le revirement de jurisprudence est reconnu comme la nécessaire application de la loi générale à l'évolution des réalités. Dans les systèmes de *common law*, il apparaît comme impossible et ce, en vertu du principe constitutionnel énoncé par BLACKSTONE : les juges maintiennent et développent le droit ancien, ils ne créent pas de droit nouveau[1034]. Cela résulte de l'importance accordée à la stabilité du droit dans la culture du *common law* : « liberty

[1034] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (Facsimile of the first edition of 1765-1769), vol. 1, University of Chicago Press, 1979, p. 69.

finds no refuge in a jurisprudence of doubt » (la liberté ne trouve pas refuge dans une jurisprudence qui doute)[1035].

633. Cependant, la constatation de l'évolution du droit commandant la modification des précédents a conduit les juges à permettre leur modification. Mais, avant d'avoir recours au revirement pour l'avenir (*prospective overruling)*, les Cours suprêmes optent, si cela est possible, pour d'autres techniques leur évitant d'opérer ouvertement un revirement de jurisprudence (a).

Alors que les juges anglais usent avec parcimonie du *prospective overruling*, le recours à ce dernier est plus étendu aux Etats-Unis (b).

a) Le recours au distinguishing

634. En Angleterre, le juge est à même d'opérer des revirements de jurisprudence et d'en moduler les effets dans le temps. Cependant, avant d'avoir recours au *propective overrulling*, la Cour suprême use d'autres techniques, si cela s'avère possible.

635. Les jugements anglais présentent une forme différente des jugements français : la décision anglaise est réduite à un simple dispositif apportant la solution du litige. Les décisions n'ont pas à être motivées. Cependant les juges des Cours supérieures motivent quand même leur décision. Au travers des motivations, le juge va très souvent exposer une règle générale. Dans les motivations données par le juge, le juriste va distinguer la *ratio decidendi* (support nécessaire de la décision) qui constitue la règle de jurisprudence qu'il faudra désormais suivre à l'avenir.

C'est par le biais de la détermination de la *ratio decidendi* que le juge va pouvoir assouplir la règle de l'application stricte du précédent et ce, afin d'adapter le droit, d'éviter toute rigidité de ce dernier. La *ratio decidendi* consiste en une

---

[1035] 505 US 833 (1992), traduit par E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2000, p. 1121 et s.

interprétation *ex post facto* : ce n'est pas le juge auteur de la décision mais le juge qui vient après qui détermine la *legal rule*. Si cette solution ne convient pas au juge postérieur, il va alors faire une distinction soit à l'égard des faits, soit à l'égard de la *ratio decidendi*, soit en considérant qu'il s'agit d'un *obiter dictum*. La *legal rule* peut ainsi ne pas être celle voulue pas le juge auteur de la décision initiale.

636. En cas de revirement non assumé, les juges vont tenter de préserver les apparences : en vertu de la théorie déclarative, le juge ne fait que découvrir progressivement la loi qui est immuable et exhaustive. Ainsi la modification du précédent va être perçue comme l'éclaircissement de la loi.

Ainsi, dans l'arrêt *Kleinwort Benson*[1036], au sujet d'une action en répétition de l'indu, une banque tenta de récupérer des sommes versées à une autorité locale suite à l'annulation d'un contrat *swap*. En 1991, la Chambre des Lords déclara nul ce type de contrat conclu par des autorités locales. La banque, voulant récupérer les sommes versées et se trouvant forclose en raison du délai de prescription de six ans écoulé, tenta sa chance sur le terrain de la « restitution » (répétition de l'indu) de nature extra ou quasi contractuelle et sur le fondement d'une erreur de droit relative à la teneur du droit positif (la prescription ne commençant à courir qu'à partir de la découverte de l'erreur et non de la signature du contrat). La Cour fit droit à sa demande et pour la première fois accueillit une demande de restitution sur la base d'une erreur de droit. Ainsi, la Chambre des Lords estima que le revirement pour l'avenir était incompatible avec le principe de *stare decisis* et la théorie déclarative de la *common law*. Par conséquent, l'ancienne règle de droit devait être « effacée » et seul le nouveau précédent devait être pris en considération quelle que soit la date des faits.

Il était donc possible pour le justiciable de se prévaloir d'une erreur sur le droit en cas de revirement de jurisprudence afin d'en éviter les effets. Cependant, cette technique, pouvant également emporter d'importantes conséquences puisque des situations juridiques pouvaient être remises en cause après le délai de forclusion, sera abandonnée au profit d'autres techniques.

[1036] *Kleinwort Benson v. Lincoln City Council* (1998) 4 All ER 513.

637. Le juge, ne désirant pas ouvertement opérer un revirement, va opter pour l'affinement d'une jurisprudence déjà existante (distinction en fait) : c'est la technique du *distinguishing*. Selon cette technique, les faits ayant conditionné la naissance de la *legal rule* ne se retrouveront pas et le précédent ne sera pas applicable. Ce système permet une modification de la règle de droit sans que soit opéré un revirement de jurisprudence. Le juge va dégager une raison satisfaisante lui permettant d'écarter le précédent. Cependant, ne doit pas être considéré comme du *distinguishing* le fait de rattacher à une autre catégorie juridique les faits.

La nouvelle solution apparaît alors comme un prolongement de la solution déjà existante avec des nuances, ce qui aura pour conséquence de faire naître une nouvelle règle. Comme la Chambre des Lords se prononce sur une question qui n'a jamais été tranchée, il n'y a pas de revirement de jurisprudence. L'avantage est que, se prononçant pour la première fois sur une question de droit, la solution n'aura d'effet que pour l'avenir. Cependant, un trop grand recours au *distinguishing* va avoir pour effet de « progressivement vider de sa substance »[1037] le précédent.

638. Une autre technique est également utilisée, traduisant un désaccord avec la solution adoptée : quand un précédent n'est pas suivi, les arrêts sont parfois signalés comme « s'écartant de » (*departing from*) ou « ne suivant pas » (*not following*) la décision antérieure[1038]. Dans ce cas, il y a désaccord et donc, changement sans rétroactivité. La décision prise en fonction de normes fixées par la jurisprudence de l'époque n'est pas erronée : elle est non suivie par la jurisprudence ultérieure.

639. Le juge peut par ailleurs, avoir recours à l'*obiter dictum* (incitation au *distinguishing*) : le juge indique ainsi quelle serait sa solution dans des circonstances non encore jugées.

[1037] H. MUIR WATT (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence dans les systèmes de *common law* », in *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 60.
[1038] *R. v. Governor of Brockhill prison, ex parte Evans* (2000) 4 All ER 15.

Cependant, lorsque ces techniques ne sont pas réalisables, le juge peut décider d'avoir recours au revirement pour l'avenir[1039], comme c'est le cas aux Etats-Unis.

b) La technique du prospective overrulling

640. C'est en 1863 que la Cour suprême a eu recours pour la première fois à la technique du *prospective overruling*. Cette technique consiste à appliquer aux revirements de jurisprudence un régime transitoire inspiré de l'application de la loi dans le temps. Le juge qui statue sur un cas individuel va moduler les effets de sa décision dans le temps, soit pour pallier l'injustice due à sa décision (ne pas sanctionner un individu ayant aligné son comportement sur une norme valable à l'époque), soit pour des raisons utilitaristes (impacts économiques et sociaux).

Lorsque la Cour réexamine une décision antérieure, elle va fonder sa décision sur un certain nombre de considérations permettant de mesurer la compatibilité du revirement de jurisprudence avec un droit idéal et calculer les coûts respectifs de la confirmation et du revirement de la jurisprudence. Ainsi, la Cour se demande « si la règle s'est avérée intolérable du simple fait qu'elle est inapplicable en pratique[1040] ou si la règle bénéficie d'un capital de confiance tel que son abandon donnerait une dureté particulière aux conséquences du revirement et ajouterait une injustice au coût du désaveu[1041] ou si d'autres principes juridiques qui lui sont connexes se sont tellement développés qu'ils ont relégué l'ancienne règle à n'être plus que le vestige d'une doctrine abandonnée[1042] ou si les faits ont tellement changé ou sont si différemment perçus qu'ils ont dépouillé l'ancienne règle de toute justification ou de toute application sensée[1043] »[1044].

[1039] *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (n° 2), (2002), 2 AC 773.
[1040] *Swift & Co. v. Wickham*, 382 U.S. 111, 116 (1965).
[1041] *United States v. Title Ins. & Trust Co.*, 265 U.S. 472, 486 (1924).
[1042] *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 173-174 (1989).
[1043] *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 412 (1932).
[1044] *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 501 US 808, 827 (1991).

641. La Cour suprême va ainsi mettre en place deux techniques de modulation dans le temps de ses décisions[1045].

La première technique consiste à appliquer le revirement de jurisprudence à l'affaire en cause tout en le privant de ses effets rétroactifs. Ainsi, dans l'affaire des *Municipal Bonds*[1046], la Cour suprême ôta toute rétroactivité à un revirement de jurisprudence de la Cour suprême de l'Iowa annulant des obligations émises par la commune alors que l'acheteur les avait acquises en considération d'une précédente jurisprudence de la même Cour qui les validait.

642. La seconde technique consiste pour la Cour[1047] à n'appliquer la nouvelle règle jurisprudentielle qu'aux litiges futurs. Le revirement n'a qu'un caractère déclaratoire puisque la Cour vient préciser, dans sa décision, que c'est la dernière fois qu'elle applique la solution et que dorénavant, ce sera la solution jurisprudentielle issue du revirement qui trouvera à s'appliquer. Ainsi, l'affaire ayant provoqué le revirement de jurisprudence sera tranchée en vertu de l'ancienne règle jurisprudentielle. Dans l'arrêt *Sunburst*[1048], la Cour suprême du Montana avait accordé puis supprimé un droit de réparation en faveur de transporteurs maritimes suite à une augmentation excessive de charges fiscales. La Cour suprême a maintenu la règle ancienne pour les transporteurs ayant agi sur la base de cette dernière. Son revirement n'a ainsi eu d'effet que pour les dommages subis postérieurement à sa décision.

La Cour peut également fixer une date future à laquelle le revirement va produire ses effets afin de laisser du temps aux intéressés pour se mettre en conformité avec sa nouvelle position. On parle de perspective normative. Ainsi, dans l'arrêt *Brown v. Bord of Education*[1049] est déclarée inconstitutionnelle la ségrégation raciale instituée dans certains établissements d'enseignements scolaires. Normalement, l'interdiction de la ségrégation aurait dû entraîner la suppression des

---

[1045] C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 53, p. 12.
[1046] *Gelpcke v/ City of Dubuque*, 68 US (1 Wall) 175 (1863) : affaire des *municipals bonds.*
[1047] *Hare v. General contract purchase Corp*, 220 Ark. 601, 249 S.W. 2d 973 (1952).
[1048] *Great Northerm Railway v/ Sunburst Oil & Refining Co*, 287 U.S. 358 (1932).
[1049] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

mesures étatiques contraire au *Equal Protection Clause* immédiatement. Le juge a cependant laissé aux établissements un laps de temps pour mettre en œuvre sa décision. Ici, il s'agit d'un contentieux d'intérêt public, mais il est compréhensible que pour des intérêts sociaux et économiques le juge décide de moduler les effets de sa décision dans le temps sans considération de l'impact immédiat sur les parties.

643. Cette entorse à la règle de la rétroactivité était initialement motivée par la seule situation des parties conduisant à une application du *prospective overruling* dans le cadre du droit des contrats, des droits réels et du droit fiscal où la jurisprudence joue un rôle prépondérant, la matière pénale et le droit de la responsabilité extracontractuelle étant écartés en raison du fait que dans ces matières, les prévisions sont rares et par conséquent, les effets néfastes des revirements de jurisprudence limités.

Cependant, cette conception a évolué suite à la constatation qu'emportent les effets du revirement de jurisprudence au-delà des parties, les enjeux économiques et sociaux pouvant être considérables.

644. Le *prospective overrruling* n'est cependant pas automatique et doit être exceptionnel. En effet, les débats doivent être ouverts sur la pertinence de la modulation des effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence et ce, afin de ne pas faire survivre une position qui est désormais injustifiée en raison de l'évolution des rapports sociaux. Il est donc nécessaire lorsque le juge prend une décision, qu'il réfléchisse sur la pertinence d'une modulation dans le temps. Le juge doit donc s'interroger sur l'impact de sa décision quant aux faits et actes s'étant déjà réalisés. Le *prospective overruling* est ainsi interprété comme une balance des intérêts des parties en présence (*balancing test*).

Il est à noter que ce soit en Angleterre ou aux Etats-Unis, lorsque la modulation dans le temps est décidée, cette dernière interviendra dans le cadre même de la décision.

B) La position des juridictions internes

645. Les juridictions internes ne sont pas restées totalement réfractaires à la possibilité que peut avoir le juge de moduler ses décisions dans le temps. Le Conseil constitutionnel a eu recours à cette technique dans le cadre de sa décision du 30 juillet 2010[1050], considérant que les articles 62 et 63 du code de procédure pénale sur la garde à vue n'étaient pas conformes aux libertés fondamentales garanties par la Constitution. Il a ainsi laissé au gouvernement jusqu'au 1er juillet 2011 pour réécrire le texte.

646. Le juge administratif a recours depuis longtemps à certains mécanismes destinés à limiter les effets des décisions contentieuses. Par exemple, en matière de prescription, les délais permettent d'éviter de remettre en cause des situations juridiques : une fois le délai expiré, les décisions prises sur le fondement d'une réglementation jugée ultérieurement illégale ne subiront pas les effets de l'annulation de la réglementation chaque fois qu'elles seront devenues définitives. Ce n'est que récemment qu'il a eu recours à la modulation dans le temps de ses décisions, d'abord dans des affaires concernant l'annulation d'actes administratifs puis dans le cadre d'un revirement de jurisprudence (1).

La Cour de cassation a également procédé à la modulation dans le temps de certaines de ses décisions mais de manière exceptionnelle (2).

[1050] Cons. const. décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, article 2 ; *JORF* du 31 juillet 2010, p. 14198.

1) Le recours aux revirements de jurisprudence pour l'avenir par le Conseil d'Etat

647. En droit administratif, lorsque le juge annule un acte dans le cadre d'un contentieux pour excès de pouvoir, cette annulation va être rétroactive et l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé. Cependant, cette règle est apparue trop stricte au vu des conséquences que pouvait engendrer une telle annulation.

648. Avec l'arrêt *A.C. !* du 11 mai 2004[1051], le Conseil d'Etat a procédé à une limitation des effets de sa décision. Saisi suite aux arrêtés portant agrément, d'une part d'avenants à la convention d'assurance chômage du 1er janvier 2001 et d'autre part, de la convention du 1er janvier 2004, le Conseil d'Etat a prononcé la nullité des arrêtés mais a décidé que cette annulation ne remettait pas en cause le caractère définitif des effets de l'agrément de la première convention et que, concernant la seconde, l'annulation ne produirait ses effets qu'à compter du 1er juillet 2004. Cette décision a été prise afin d'éviter l'apparition d'incertitudes concernant les droits des allocataires et des cotisants mais, également, d'éviter une désorganisation du régime d'assurance-chômage.

649. Cette décision a été prise après d'âpres discussions. Pour prendre leur décision, les magistrats se sont inspirés du modèle communautaire. En cas de recours en annulation des actes communautaires devant la Cour de justice de l'Union européenne, en vertu de l'article 231 du traité instituant la Communauté européenne, « si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenu l'acte contesté. Toutefois en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés définitifs ». Par conséquent, la Cour de justice peut déroger aux principes qui gouvernent l'annulation contentieuse entraînant normalement la disparition

[1051] CE, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *AJDA* 2004, p. 1183, obs. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RFDA* 2004, p. 454, ccl. C. DEVYS ; *D.* 2004, IR, p. 1183 ; C. DEVYS, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative », *RFDA* 2004, p. 454.

rétroactive de l'acte invalide : annulation « *ex tunc* » (depuis l'origine). Le second alinéa de l'article 231, quant à lui, permet une annulation de l'acte pour l'avenir : annulation « *ex nunc* » (à compter de maintenant). Les effets de la décision pourront ainsi être différés à la date de l'arrêt ou à une date ultérieure[1052].

La Cour de justice des Communautés européennes a fait une interprétation extensive des stipulations de l'article 231. Elle a ainsi décidé de la modulation des effets des décisions dans le cadre des recours dirigés contre les règlements mais également contre les autres actes communautaires (directives, décisions …), de la modulation des effets des décisions dans le cadre du recours en annulation, mais également des recours préjudiciels qu'il s'agisse du contentieux d'interprétation du droit communautaire[1053] ou du contentieux d'appréciation de validité d'actes communautaires.

Pour s'autoriser cela, elle fonde son pouvoir de modulation sur les impératifs de sécurité juridique et sur la nécessaire cohérence des voies de droit[1054]. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi déterminé progressivement les critères, les conditions et les modalités d'exercice la conduisant à faire usage du pouvoir de modulation.

Concernant les critères, la Cour de justice des Communautés européennes prend en compte les effets de la décision sur les situations juridiques constituées sous l'empire de l'acte communautaire ou les inconvénients entraînés par un vide juridique. La Cour précise néanmoins, concernant le contentieux préjudiciel, que le recours à la modulation dans le temps n'est qu'exceptionnel et doit résulter de la prise en considération de « troubles graves »[1055].

Concernant les conditions et les modalités de la modulation dans le temps de la décision, la Cour a le choix entre divers dispositifs : la décision produira ses effets effets à la date à laquelle elle est prononcée ou produira ses effets à une date ultérieure maintenant les conséquences de l'acte incriminé dans l'attente de l'adoption d'un nouvel acte ou de l'entrée en vigueur de mesures devant être prises

---

[1052] CJCE, 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*, *Rec.* p. 575.
[1053] CJCE, 8 avril 1976, *Mlle Defrenne c/ Sabena*, *Rec.* p. 455.
[1054] CJCE, 27 février 1985, *Société des produits de maïs*, *Rec.* p. 719.
[1055] CJCE, 16 juillet 1992, *Legros*, *Rec.* p. 4625, à propos de l'octroi de mer.

pour assurer l'exécution de l'arrêt. Toutefois, la Cour apporte une exception au principe de la limitation dans le temps au profit des personnes qui avant la date de l'arrêt avaient engagé une action en justice ou introduit une réclamation équivalente.

La cour ne s'estime pas liée par les propositions des parties à cet égard[1056].

650. S'inspirant des méthodes employées par la Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil d'Etat a estimé qu'il pouvait limiter les effets de l'annulation des actes litigieux s'il apparaît que la rétroactivité de l'annulation de l'acte administratif « est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives, en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets ». Le juge doit ainsi, « prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou parties des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

651. Si l'on reprend les conditions posées par cet arrêt, la modulation dans le temps n'interviendra que lorsque l'annulation entraînera des conséquences « manifestement excessives ». Le juge doit peser les intérêts privés et publics en présence scrupuleusement car la modulation prive le requérant de son droit à un recours effectif. De plus, la prise de décision de la modulation ne peut intervenir qu'après que soit recueilli l'avis des parties qui prendra en considération les éléments

---

[1056] CJCE, 31 mars 1992, *Conseil c/ Parlement, Rec.* p. 2277.

précités. Au vu de ces éléments, le juge pourra alors prononcer la modulation dans le temps de la décision avec effets au jour du prononcé ou à une date ultérieure. Dans cette seconde hypothèse, il sera possible à l'administration d'adopter un nouvel acte licite.

La décision *A.C. !* pose la première exception au caractère rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir permettant de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse afin de maintenir une stabilité juridique. On retrouve la même solution dans l'arrêt *France Télécom*[1057] en date du 25 février 2005.

652. Par la suite, l'arrêt du 11 janvier 2006, *Association des Familles victimes du saturnisme*[1058], est venu compléter le régime de modulation dans le temps des décisions administratives. En l'espèce, la décision sanctionnait l'illégalité d'un arrêté en date du 5 février 2004 relatif à l'organisation d'un système national de surveillance des plombémies de l'enfant mineur « pour défaut de soumission de cet arrêté à l'avis préalable de comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé ». Le Conseil d'Etat opta pour une annulation partielle, conditionnelle et différée en se fondant sur la nature de l'illégalité, en l'espèce, une illégalité externe. En effet, le Conseil d'Etat estima que la prise en compte du pays de naissance de la mère de l'enfant mineur dans les traitements automatisés en cause ne suffisait pas à entacher l'arrêté attaqué d'illégalité interne. Il décida de différer l'annulation de l'article 2 de l'arrêté en tant qu'il comporte les mots « pays de naissance de la mère » à une date ultérieure au prononcé de la décision, soit « dans un délai de six mois à compter de la notification » de la décision. Par conséquent, l'administration a la possibilité durant ce laps de temps, soit d'édicter un nouvel arrêté respectant la procédure, soit d'annuler l'article 2. Avec cet arrêt le Conseil d'Etat vient ainsi ajouter un critère d'exercice du pouvoir de modulation aux critères dégagés par la solution *A.C. !*.

[1057] CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *Rec.* p. 86, *AJDA* 2005, p. 997 et s.

[1058] CE, 11 janvier 2006, *Rec.* p. 11 ; F. DIEU, « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », *AJDA* 2006, p. 2428 et s.

653. Le Conseil d'Etat a par la suite, fait plusieurs fois usage de la possibilité qui lui était offerte de moduler dans le temps ses décisions[1059].

Dans l'arrêt *Sté Techna*[1060], en date du 27 octobre 2006, le Conseil d'Etat reporta la date d'effet de sa décision au 1er février 2007. En l'espèce, l'article 4 du décret du 1er août 2003 prévoyait que parmi les mentions devant figurer sur les emballages des produits destinés à l'alimentation animale devait apparaître le pourcentage en poids de chacune des matières premières. Les fabricants d'aliments pour animaux ont alors saisi la justice et obtenu la suspension de l'article 4 du décret. Suite à l'adoption d'une directive communautaire prévoyant ce type d'indications, le Conseil d'Etat a rejeté la demande d'annulation et a estimé « qu'en l'espèce, doivent être conciliés, d'une part, l'objectif de sécurité sanitaire que poursuivent les nouvelles dispositions et l'obligation de pourvoir à la transposition d'une directive communautaire et, d'autre part, le principe de sécurité juridique, reconnu tant en droit interne que par l'ordre juridique communautaire, qui implique au cas présent que les entreprises qui assurent la production et la commercialisation des produits en cause puissent bénéficier, en ce qui concerne les règles d'étiquetage de ces produits, d'une période transitoire (…) leur permettant de s'adapter aux prescriptions nouvelles ». Il précise qu'en vertu du « principe de sécurité (...), il appartient au juge administratif, le cas échéant d'office, de décider que sa décision ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine et, en ce cas, de prescrire la publication de sa décision au Journal officiel de la République française ». Le Conseil d'Etat, estime que la période transitoire prévue par le décret n'avait pu se réaliser en raison de sa suspension et qu'il convenait de repousser dans le temps l'application de la décision au 1er février 2007, rétablissant ainsi la période transitoire.

A la lecture des conclusions du Commissaire du gouvernement on ne peut se tromper : le Conseil d'Etat se reconnaît un véritable pouvoir réglementaire. La publication au Journal officiel vient d'ailleurs conforter cette idée. En effet, en

---

[1059] CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et a.*, P. CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190 ; *Rec.* 154.

[1060] CE, Sect., 27 oct. 2006, *Sté Techna et a.* : P. CASSIA, « La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif », *D.* 2007, p. 621.

publiant sa décision au Journal officiel, le Conseil d'Etat assimile sa décision à un texte d'origine légal.

Le Conseil d'Etat précise également les conditions de la modulation dans le temps puisqu'il affirme que le juge administratif a la possibilité « le cas échéant (de se saisir) d'office » de la question.

654. Un arrêt doit néanmoins retenir notre attention. Alors que le Conseil d'Etat a principalement procédé à des modulations dans le temps de ses décisions dans le cadre d'annulations contentieuses, avec l'arrêt *Sté Tropic travaux signalisation* du 16 juillet 2007[1061], le juge innove en limitant l'effet rétroactif d'un revirement de jurisprudence reconnaissant un nouveau recours de pleine juridiction au profit des concurrents évincés d'un contrat public. Le Conseil d'Etat a ainsi décidé qu' « 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 ». Le juge procède donc à la modulation dans le temps de sa décision opérant revirement de jurisprudence en raison de la perturbation « excessive » des relations contractuelles qui pourrait en découler.

Le juge module donc sa décision tout en réservant un sort particulier aux affaires pendantes.

655. De son côté, la Cour de cassation a également modulé dans le temps certaines de ses décisions mais elle ne semble pas avoir réellement adopté cette technique.

[1061] CE, Ass. , 16 juillet 2007, *Sté Tropic travaux signalisation* ; B. SEILLER, « Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif », *JCP G.* 2007, II, 10160 ; F. MODERNE, « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *RFDA* 2007, p. 971 ; *Rec.* 360.

2) L'ambiguïté de la position de la Cour de cassation quant aux revirements pour l'avenir

656. Avant même que la commission chargée d'étudier les revirements de jurisprudence et leur modulation n'ait rendu son rapport, la Cour de cassation avait déjà prononcé des arrêts modulateurs.

657. Elle a procédé à la modulation dans le temps dans le cadre de deux arrêts en date des 8 juillet 2004[1062] et 21 décembre 2006[1063] ayant trait au même problème. Les faits étaient les suivants : Mme D. avait attrait en justice le journal *Le Provençal* pour atteinte à la présomption d'innocence. Le journal avait publié un article titrant « ils maltraitaient leur bébé – Digne : le couple tortionnaire écroué ». Selon l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881, les infractions fondées sur la présomption d'innocence commises par l'un des moyens visés à l'article 23 de la même loi, sont prescrites après un délai de trois mois. De plus, le demandeur doit accomplir tous les trois mois un acte de procédure manifestant au défendeur son intention de poursuivre l'instance. Le journal invoque la forclusion du délai car aucun acte de procédure n'avait été renouvelé.

Cependant, entre l'arrêt de la cour d'appel et l'examen du pourvoi, la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les règles applicables en la matière ont été modifiées : la Cour de cassation estime désormais que le délai trimestriel doit être interrompu par une assignation, un nouveau délai de trois mois courant à nouveau et devant être interrompu afin que le demandeur ne se retrouve pas forclos. Le régime de la prescription prévu à l'article 65-1 se trouva ainsi aligné sur celui de l'article 65.

[1062] Cass. civ. 2ème, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2956, note C. BIGOT ; *Bull. civ.*, II, n° 387.

[1063] Cass. Ass. plén., 21 décembre 2006, E. DREYER, « Application dans le temps du revirement de jurisprudence sur la prescription de l'acte en réparation de l'atteinte à la présomption d'innocence », *JCP G* 2007, II, 10040 ; X. LAGARDE, « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP G.* 2007, II, 10111 ; P. DEUMIER, « Evolution 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 ; P. THERY, « Pouvoirs du juge : pas de revirement de jurisprudence sur les revirements... », *RTD Civ.* 2007, p. 168 et s.

La Cour de cassation refusa d'appliquer cette nouvelle jurisprudence à l'affaire en cours au motif que « si c'est à tort que la Cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que Mme D. n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivants la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, 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[1064] aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ».

658. La question était donc de savoir si cette nouvelle jurisprudence s'appliquait à une action introduite avant son apparition. Peut-on rejeter la demande au motif que, bien que conforme à la jurisprudence antérieure elle ne correspond plus à la jurisprudence actuelle ? Cette question importante a été tranchée par l'Assemblée plénière qui maintint la nouvelle solution, mais ne l'appliqua pas au procès en cours au motif que cela aurait eu pour conséquence de priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, la rétroactivité n'était pas supportable car elle privait d'accès au juge le justiciable. Par conséquent, la Cour de cassation n'appliqua pas la règle nouvelle immédiatement car elle prit en considération le fait que cette application allait à l'encontre d'une règle supérieure prévue par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Doit-on déduire que l'ensemble des principes contenus dans la Convention peuvent permettre au juge d'écarter l'application immédiate d'une décision lorsque ces derniers sont mis à mal ? La Cour européenne des droits de l'Homme estime qu'une évolution jurisprudentielle imprévisible peut être justifiée si elle est conforme « aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité de la personne »[1065].

[1064] La formulation « l'application immédiate dans l'instance en cours » paraît impossible car qui dit « immédiat » dit non rétroactif donc elle ne peut s'appliquer « dans l'instance en cours ».
[1065] CEDH, 22 octobre 1995, *C.R. / Royaume -Uni*, § 2, requête n° 20190/92, concernant l'abandon de l'immunité du mari dans le cadre de poursuites pour le viol de sa femme.

659. On retiendra que cette solution ne va pas dans le sens du Rapport qui limite la modulation dans le temps des arrêts de la Cour de cassation à deux cas : « disproportion manifeste entre les avantages attachés à la rétroactivité normale du revirement et les inconvénients qu'emporterait cette rétroactivité sur la situation des justiciables » ou en cas d'un « impérieux motif d'intérêt général »[1066]. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce dans la mesure où la Cour s'appuie sur le droit à un procès équitable garantissant l'accès au juge. En l'espèce, la démarche est inverse puisque ce n'est pas un motif d'intérêt général qui prévaut mais un motif d'intérêt particulier.

Le Rapport préconisait également un raisonnement en deux temps. Premier temps, raisonnement sur le fond de l'affaire et deuxième temps, réflexion sur l'application temporelle de la nouvelle jurisprudence. Or, ce système n'a pas été appliqué puisque la décision mélange les deux phases.

660. Suite à ces affaires, il ne faut cependant pas en déduire que la Cour de cassation est désormais décidée à moduler dans le temps ses décisions. En effet, dans le cadre des arrêts précités, la modulation portait sur une règle de procédure. Or, la modification de ce type de règle n'emporte pas modification d'un droit substantiel, il ne s'agit que d'une modification d'une règle technique ne touchant pas au fond du droit.

661. Dans deux arrêts en date du 11 juin 2009[1067], la première Chambre civile s'est à nouveau prononcée sur la modulation dans le temps. Dans ces espèces, deux patientes avaient bénéficié d'un traitement pratiqué au cabinet d'un médecin dans les années 80. A cette occasion, elles furent contaminées par l'hépatite C. Agissant en justice contre le médecin, la Cour d'appel leur donna raison au motif que les experts établissaient l'existence d'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes dont il ressortait que la contamination résultait des soins prodigués. Le juge d'appel estima que l'absence de faute du médecin au regard des règles d'asepsie

---

[1066] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 40.
[1067] Cass. civ. 1ère, 11 juin 2009 (2 arrêts) : N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.* 2009, p. 2567.

applicables lors des faits ne devait pas être prise en compte. Il appliqua la nouvelle règle jurisprudentielle issue d'un revirement de jurisprudence en date du 29 juin 1999[1068]. Le médecin était donc tenu d'une obligation de résultat et il était responsable en l'absence de cause étrangère démontrée. Ce dernier s'est alors pourvu en cassation en argumentant que l'application de la solution nouvelle avait pour conséquence de le priver d'un procès équitable. La Cour ne fit pas droit à sa demande au motif 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 ». La Cour de cassation estime donc que le médecin n'est pas privé de son droit d'accéder au juge et qu'il n'y a, par conséquent, pas besoin de moduler la décision dans le temps. La référence à l'accès au juge permet d'en déduire que lorsqu'il y aura atteinte à ce droit, le juge pourra moduler dans le temps sa décision[1069].

662. La Cour de cassation ayant déjà rendu des arrêts modulateurs, doit-on en déduire qu'elle va définitivement emprunter cette voie ? L'avenir nous le dira. Cependant quelle que soit la voie choisie, le juge devra fonder sa décision sur des critères objectifs lui permettant d'opter pour l'application immédiate ou future de la décision.

[1068] Cass. civ. 1ère, 29 juin 1999 (2 arrêts), *Bull. civ.*, I, n° 220 et 222 ; *D.* 1999, p. 559, note D. THOUVENIN et p. 395, obs. J. PENNEAU.

[1069] La 1ère Chambre civile n'a pas suivi la Chambre sociale qui estimait dans deux arrêts en date du 28 janvier 2004 (pourvois n° 02-40173 et 02-40174) que « l'application par les juges du fond d'une interprétation jurisprudentielle, fut-elle postérieure à l'introduction de l'instance, ne saurait constituer une violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ».

Section 2 : L'application temporelle des revirements de jurisprudence

663. Lorsque le juge doit se prononcer sur une possible modulation dans le temps, il est nécessaire qu'il prenne en compte certains éléments. Ainsi, il serait possible de fixer des critères précis ouvrant la possibilité aux juges de rendre des arrêts modulateurs. Cependant, cette méthode ne semble pas opportune et nous rejoignons sur ce point le Rapport : « il serait (…) contre-productif de figer l'exercice d'un pouvoir de modulation alors même que celui-ci vise précisément à prendre en compte des situations dont l'appréciation nécessite un débat au cas par cas »[1070] (§ 1).

664. Lorsque le juge aura conclu qu'une modulation dans le temps de sa décision s'avère nécessaire, il devra alors s'interroger sur le type de modulation à adopter : doit-elle être immédiate ou future ? Quelle que soit l'option choisie par le juge, la modulation sera applicable à tous les justiciables quelle que soit leur situation (§ 2).

§1) Les critères envisageables de la modulation dans le temps

665. Les raisons poussant le juge à moduler sa décision peuvent être nombreuses : stabilité des situations juridiques, prévisibilité du revirement, attente légitime des parties, droit à un recours effectif, droit d'accès au juge, intérêt général, intérêts publics ou privés, respect du droit européen, incidence sur l'économie, les finances…

[1070] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 39.

666. Même si aucune directive stricte fixant le cadre de la modulation ne doit être adoptée, des lignes directrices peuvent être proposées afin de guider le juge dans son choix mais également de rendre cohérent et compréhensible ce choix et de légitimer ce dernier. Ainsi, certains critères peuvent être avancés[1071] prenant en compte soit les inconvénients du revirement de jurisprudence d'une façon générale, soit ceux résultant de situations particulières.

667. Pour cela, le juge va apprécier s'il se trouve en présence de situations préconstituées ou plus largement « si un justiciable normalement diligent et supposé connaître la règle jurisprudentielle - au même titre que la règle législative - a pu adopter un comportement qui soit fonction de la solution jurisprudentielle »[1072] mais il devra également prendre en considération les conséquences que le revirement peut engendrer sur un plan général. Ainsi, pourront être exclues les situations juridiques où le justiciable a agi sans considération du droit comme c'est le cas lors d'accidents.

Pour prendre en compte ces différents éléments, le juge va avoir recours à la méthode du bilan (A) et aux droits fondamentaux (B).

A) Le bilan avantages /inconvénients du revirement de jurisprudence

668. Afin de décider ou non d'une modulation dans le temps de sa décision, le juge pourrait user de la méthode du bilan pour appréhender les conséquences individuelles ou générales du revirement de jurisprudence. Il a procédé de la sorte

[1071] P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, n° 4, p. 249 : propose que le juge base sa décision sur l'équité : « en réalité, le concept d'équité arbore, en droit interne, des facettes nettement définies et singulièrement adéquates à la problématique du revirement pour l'avenir ».
[1072] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 21.

dans le cadre de l'arrêt du 21 décembre 2006[1073], mettant en balance le procès équitable et la liberté d'expression.

669. Le bilan se base sur la proportionnalité : cette dernière peut être définie comme « la juste mesure entre un objectif et les moyens mis en œuvre pour l'atteindre. Elle permet de sanctionner l'excès »[1074]. Ainsi, lorsque les effets du revirement seront disproportionnés par rapport au but poursuivi, le juge pourra moduler sa décision. Il serait donc nécessaire que le juge s'interroge au cas par cas.

670. Le juge aurait la possibilité de prendre en considération les répercussions économiques de sa décision. Ainsi, la Cour de cassation a opéré un revirement en date du 9 février 1988[1075] modifiant une jurisprudence stable depuis un siècle et demi, qui prévoyait que l'article 1907 du code civil imposant l'indication du taux d'intérêts conventionnels ne s'appliquait pas aux comptes courants. Désormais, cet article trouve à s'appliquer au régime des intérêts débiteurs de ces comptes. Le Ministère des finances avait évalué à cinquante milliards de francs le coût de la rétroactivité de cette décision, somme que les banques auraient dû rembourser à leurs clients pour avoir prélevé des intérêts sans en avoir précisé préalablement le taux. Cependant, consciente des effets économiques catastrophiques que cela aurait engendré, la Cour de cassation, par un arrêt en date du 12 avril 1988[1076], est venue limiter dans le temps l'effet rétroactif de sa nouvelle jurisprudence en n'exigeant la précision du taux d'intérêt qu'à compter de 1985 : « la loi du 28 décembre 1966 n'était pas applicable avant l'entrée en vigueur du décret du 4 septembre 1985 (...) lorsqu'il s'agit d'un découvert en compte »[1077]. Ce second arrêt est intervenu en raison de la soudaineté du

---

[1073] Cette technique a été révélée par le communiqué accompagnant l'arrêt. Cass. Ass. plén., 21 décembre 2006, *JCP G.* 2007, II, 10040, note E. DREYER ; X. LAGARDE, *JCP G.* 2007, II, 10111 ; *RTD Civ.* 2007, p. 168, note P. THERY.

[1074] L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G. 2010*, 829, p. 1527.

[1075] Cass. civ. 1ère, 9 février 1988, *Bull. civ.*, I, n° 34.

[1076] Cass. com., 12 avril 1988, *Bull. civ.*, IV, n° 130 ; *D.* 1988, ccl. JEOL ; *JCP* 1988, II, 21026, note C. GAVALDA et J. STOUFFET.

[1077] Cass. com., 17 février 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 292.

revirement. N'étant pas annoncé, les banques n'avaient pu prendre leurs dispositions et avant le revirement, régulariser leur situation[1078].

La Cour de cassation a donc limité les effets dans le temps de sa décision afin de restreindre l'impact financier sur les banques. En effet, les sommes que ces dernières auraient eu à rembourser auraient pu mettre en péril leur économie. Le droit joue donc un rôle important en matière économique, comme le souligne le Premier Président de la Cour de cassation G. CANIVET : « la mondialisation des échanges dessine un environnement où le droit devient, sinon un enjeu, du moins un facteur essentiel de compétitivité. Le droit intervient, dans une proportion importante, dans la valorisation des services offerts dans un Etat ou dans une zone économique. Il est largement pris en compte dans les choix des investisseurs nationaux ». Ainsi, « le droit est lui aussi soumis à la recherche du meilleur rendement dans un marché concurrentiel »[1079]. La sécurité juridique est en quelque sorte ici, assimilée à la sécurité d'un produit. A l'instar des contractants qui vont prendre en considération les qualités d'un produit, les contractants vont prendre en compte les règles de droit applicables au contrat.

Ce « subterfuge juridique »[1080] présente toutefois l'inconvénient de ne pas limiter totalement dans le temps les effets du revirement de jurisprudence, il ne les fait pas totalement disparaître et certaines situations juridiques passées en subiront quand même les conséquences. De plus, cette technique n'est pas aisément praticable car elle suppose que le juge ait à sa disposition un texte récent qu'il puisse appliquer.

Il aurait ainsi été plus facile au juge de recourir au revirement pour l'avenir.

671. Le juge pourrait également prendre en compte les prévisions du justiciable. Ainsi, si un grand nombre de situations juridiques devaient être remises en cause, le juge pourrait moduler dans le temps sa décision.

[1078] C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 33, p. 17.
[1079] G. CANIVET, *L'efficience des systèmes juridiques*, Colloque et conférences juridiques et judiciaires franco-tchèques, 1999/2000, publication de l'Ambassade de France en République tchèque, p. 50.
[1080] C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G.* 1994, I, 3776, p. 326.

Le juge aurait pu procéder de cette façon dans le cadre de ses différentes décisions imposant diverses conditions aux clauses de non-concurrence pour qu'elles soient licites[1081].

672. Le juge pourrait aussi prendre en considération le respect des droits fondamentaux des individus. Cependant, le juge doit « résister à la tentation de la facilité qui consiste à mettre dans un plateau de la balance et à estimer suffisant un principe aussi vague qu'auréolé de toutes les vertus, dont on imagine facilement tous les effets pervers »[1082].

B) Le respect des droits fondamentaux

673. La Cour de cassation pourrait faire appel aux droits fondamentaux pour décider ou non de moduler dans le temps sa décision[1083]. « Dans une approche à tendance positiviste, on entend par-là les droits subjectifs inscrits au plus haut niveau, dans les textes constitutionnels internes et internationaux »[1084].

Le recours aux droits fondamentaux est intéressant car ces derniers s'avèrent opposables à tous, que ce soit à l'encontre d'un Etat ou d'un particulier, « l'Etat étant tenu de les faire respecter dans les rapports interindividuels. Le dénominateur commun des différents droits fondamentaux semble être ainsi la protection de la personne, contre toute atteinte grave qui peut lui être portée, quelle

[1081] Cass. soc., 10 juillet 2002 (3 arrêts) : Y. SERRA, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, p. 2491 et s. ; C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 989.
[1082] P. DEUMIER, « Evolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD Civ.* 2007, p. 79.
[1083] N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.* 2009, p. 2567 et s. : « on pourrait souhaiter une protection bien plus ample et vouloir limiter la rétroactivité jurisprudentielle, toutes les fois qu'elle porte atteinte à un droit fondamental, notamment un droit reconnu par la Convention européenne des droits de l'Homme ».
[1084] L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G.* 2010, 829, p. 1523.

qu'en soit la cause »[1085]. Le juge aurait donc la possibilité de moduler sa décision lorsqu'elle méconnaîtrait un droit fondamental de telle sorte que la partie en serait privée si le revirement était appliqué sans modulation. Lorsque plusieurs droits fondamentaux sont en jeu, le juge va devoir faire un choix entre eux, choix déterminé par la plus grande atteinte.

674. La Cour de cassation a fait appel aux droits fondamentaux dans le cadre de la responsabilité du médecin, dans son arrêt en date du 9 octobre 2001[1086], estimant que « l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine » justifiait que la nouvelle jurisprudence s'appliqua à des faits s'étant réalisés avant l'apparition de la nouvelle règle jurisprudentielle. Elle s'est donc interrogée sur l'application temporelle de sa décision et, en application du droit fondamental du respect de la dignité humaine, a repoussé cette possibilité.

675. De même, dans le cas des clauses de non-concurrence, la Cour de cassation a décidé d'opérer un revirement de jurisprudence sans en écarter l'effet rétroactif, le juge délaissant la sécurité juridique au profit de la liberté d'entreprendre.

Par trois arrêts en date du 10 juillet 2002[1087], la Chambre sociale opéra un revirement de jurisprudence, imposant désormais que pour qu'une clause de non-concurrence soit licite, elle devait comporter une contrepartie financière. Ces décisions ont eu pour effet de remettre en cause des situations contractuelles préétablies puisque les clauses de non-concurrence non assorties d'une contrepartie financière conclues avant l'arrêt se trouvaient privées d'effet. Pour prendre sa décision, la Cour de cassation s'est fondée sur l'article L. 120-2 du code du travail interdisant les atteintes injustifiées et disproportionnées aux droits et libertés fondamentaux du travailleur que sont la liberté du travail et la liberté d'entreprendre.

[1085] E. DREYER, « La fonction des doits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 749.
[1086] Cass. civ. 1ère, 9 octobre 2001, *Bull. civ.*, I, n° 249, *D.* 2001, p. 3470, note D. THOUVENIN et rapport P. SARGOT ; *JCP G.* 2002, II, 10045, note O. CACHARD.
[1087] Cass. soc., 10 juillet 2002 (3 arrêts) : Y. SERRA, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, p. 2491 et s. ; C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 989.

Avec ces arrêts[1088] « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

676. Cependant, certaines juridictions du fond ont été réfractaires à la position de la Cour de cassation : « en application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, du principe de sécurité juridique qui en découle et des articles 4 et 5 du code civil, les juges ne sauraient, sous peine de perdre leur impartialité, changer la règle de droit dans le but d'influer sur le dénouement des affaires en cours (...) ; dans un Etat de droit, il n'appartient pas au juge de faire ce que la législation n'a pas fait (...) ; en conséquence, dès lors que la clause de non-concurrence a été convenue entre les parties en pleine connaissance de cause des conséquences et modalités, qu'à l'époque, la jurisprudence était bien établie comme n'exigeant pas de contrepartie et qu'aujourd'hui, en dépit de l'évolution jurisprudentielle, la loi n'a pas changé, le défaut de contrepartie est insuffisant pour entacher de nullité la clause conclue »[1089].

677. Par arrêt en date du 17 décembre 2004[1090], la Cour de cassation vient asseoir sa position. Un employeur invoquait le principe de sécurité juridique, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et les articles 2 et 1134 du code civil pour faire déclarer licite une clause de non-concurrence ne prévoyant pas de contrepartie financière. La Cour de cassation rejeta sa demande car elle estima 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 (…), cette exigence (étant)

[1088] Il est à noter que ce revirement est intervenu sans qu'il soit impulsé par les juridictions du fond ou la doctrine.
[1089] Cons. prud'h. Agen, 23 mai 2003 : Jurisdata n° 2003-227940.
[1090] Cass. soc., 17 décembre 2004, *D.* 2005, p. 110, obs. P. GUIOMARD, p. 2457, obs. A. BUGADA ; *Les Petites affiches*, 16 mai 2005, obs. G. PIGNARRE ; *RTD Civ.* 2005, p. 159, obs. P.-Y. GAUTIER.

d'application immédiate ». Par conséquent, la décision s'applique à l'ensemble des contrats de travail sans prise en compte de leur date de conclusion.

Cette solution a été adoptée après que la Cour de cassation se soit interrogée sur l'opportunité d'aménager les conséquences du revirement[1091]. En effet, elle précise que « loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l'article 6 de la Convention européenne 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 ». La Cour ne rejette donc plus l'argument tiré de l'article 6§1 de la Convention quant à une possible modulation dans le temps de ses décisions. Elle va d'ailleurs avoir recours, par la suite, à ce dernier, pour écarter l'application d'une solution jurisprudentielle nouvelle dans son arrêt du 21 décembre 2006[1092].

678. Le juge va pouvoir ainsi moduler sa décision si elle a pour effet de contrevenir à la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, le juge interne est juge de droit commun de la Convention : « c'est au juge national, et notamment à la Cour de cassation, qu'il incombe en premier lieu d'assurer la jouissance des droits et des libertés consacrés par la Convention »[1093]. Cette possibilité lui est offerte grâce au contrôle de conventionnalité qu'elle exerce. Si ce dernier s'exerce sur la loi, rien ne l'empêche de l'appliquer à la norme jurisprudentielle. Par conséquent, lorsqu'un revirement de jurisprudence privera d'effet la Convention européenne des droits de l'Homme, le juge aura la possibilité de moduler dans le temps sa décision afin que les droits conventionnels des justiciables soient respectés.

679. La Cour de cassation peut donc prendre en considération des principes fondamentaux pour décider d'opter pour un arrêt modulateur. Certes, ces notions sont

---

[1091] P. THERY, « Où l'on constate que l'aménagement des revirements de jurisprudence n'est pas si simple... », *RTD Civ.* 2005, p. 625.
[1092] Cass. Ass. plén., 21 décembre 2006, *JCP G.* 2007, II, 10040, note E. DREYER ; X. LAGARDE, *JCP G.* 2007, II, 10111 ; *RTD Civ.* 2007, p. 168, note P. THERY.
[1093] R. DE GOUTTE, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 45.

extrêmement larges et « ce n'est pas s'avancer que de prédire que si l'on veut trouver un grand principe, on en trouvera toujours un »[1094]. Mais leur rôle n'est pas de poser un cadre strict au juge. Par conséquent, laisser libre le juge de les interpréter, c'est laisser au juge la possibilité d'apprécier les conditions d'application temporelle du revirement de jurisprudence.

Toutefois, les droits fondamentaux ne doivent pas servir d'excuse au juge dès qu'il entend rendre un arrêt modulateur. Par conséquent, ce n'est qu'avec circonspection que les juges pourront décider d'y recourir.

680. Il arrive que dans certaines situations le revirement de jurisprudence ne produise pas, sur le plan général des effets néfastes, mais qu'il se révèle sur le plan individuel intolérable parce qu'il prive une partie d'un droit fondamental ou qu'il méconnaît fortement les prévisions de cette dernière. Les prévisions de la partie seront d'autant plus mises à mal que le revirement était imprévisible. Ainsi, le juge peut remédier à une situation qui éveille un sentiment d'injustice, le poussant à moduler sa décision afin qu'elle soit plus juste.

La Cour de cassation a procédé de la sorte, dans l'arrêt du 21 décembre 2006[1095] : elle a pris en compte les prévisions des parties en refusant d'appliquer une règle jurisprudentielle nouvelle à une affaire en cours au motif que la partie avait respecté l'ancienne règle jurisprudentielle. La Cour de cassation a pris en considération la situation individuelle de la partie.

La Cour européenne des droits de l'Homme a agi pareillement lorsqu'elle refusa d'appliquer la loi « anti-Perruche » aux parties ayant engagé une action antérieurement à son entrée en vigueur[1096].

681. Le cas de la prise en compte de la situation des parties se rencontre surtout lorsque le revirement de jurisprudence a trait à une situation contractuelle. En effet,

---

[1094] P. THERY, « Où l'on constate que l'aménagement des revirements de jurisprudence n'est pas si simple... », *RTD Civ.* 2005, p. 625

[1095] Cass. Ass. plén., 21 décembre 2006, *JCP G.* 2007, II, 10040, note E. DREYER ; X. LAGARDE, *JCP G.* 2007, II, 10111 ; *RTD Civ.* 2007, p. 168, note P. THERY.

[1096] CEDH, 6 octobre 2005, *Maurice et Draon c/ France*, *JCP G.* 2005, II, 100061, note A. ZOLLINGER.

dans cette matière, la prévisibilité revêt une importance considérable. Lorsque le juge opère un revirement dans ce type d'affaire, il va *a posteriori*, venir modifier l'équilibre contractuel[1097] : il y aura ainsi, violation de la volonté des parties

682. Après étude des intérêts en présence, si le juge opte pour une modulation dans le temps, il devra choisir entre l'application immédiate ou future du revirement.

§2) Le revirement pour l'avenir

683. Si l'on reprend les exemples des juridictions internationales et étrangères pratiquant le revirement pour l'avenir, on constate qu'elles modulent dans le temps de deux façons différentes leurs décisions. Soit elles prévoient que le revirement de jurisprudence commencera à produire ses effets à compter de la date de son prononcé, soit elles fixent une date future. Cette technique, également utilisée par le Conseil d'Etat, devrait être accessible au juge de cassation (A).

684. Se pose alors la question des parties et des situations pendantes devant la Cour de cassation : doit-on leur appliquer le revirement de jurisprudence ou les faire bénéficier de la modulation en raison de leur situation spécifique (B) ?

A) Application immédiate ou future de la décision

685. ROUBIER avait déjà soulevé le problème de la temporalité de la nouvelle règle jurisprudentielle en 1929 : « peut-on envisager qu'une jurisprudence nouvelle n'ait d'effet que pour les faits ou les situations postérieurs au jour où elle a été dégagée. Ce serait sans doute possible, dès l'instant où l'on peut dater la nouvelle

[1097] Comme ce fut le cas pour les clauses de non-concurrence.

jurisprudence grâce au principe de l'autorité immédiate des décisions, ainsi on pourrait assimiler le traitement des changements de jurisprudence à celui des changements de législation »[1098].

686. Le régime de la temporalité des lois n'est pas applicable aux décisions de justice prévoyant un revirement de jurisprudence. Par conséquent, il est nécessaire de prévoir un régime spécifique. Deux solutions sont alors possibles. La première solution qui s'offre au juge est de décider que le revirement de jurisprudence ne produira ses effets que sur les conséquences des situations juridiques postérieures à la date du prononcé de la décision. La seconde solution consiste à permettre au juge de fixer une date future.

687. La seconde solution est à préconiser lorsque le revirement de jurisprudence va impacter des situations juridiques préconstituées, afin que les parties et le justiciable aient la possibilité d'adapter leur situation à la nouvelle règle jurisprudentielle.

688. Cependant, il est nécessaire que la date future ne soit pas trop éloignée dans le temps afin de limiter la survenance d'un nouveau revirement sans que le premier ait pu produire ses effets. « La composition de la Cour de cassation est en perpétuel changement ; les conseillers passent vite, et les nouveaux venus peuvent (…) ne pas être toujours convaincus par le produit de la réflexion de leurs anciens »[1099].

De plus, si revirement il y a eu, c'est qu'il y avait nécessité de modifier la jurisprudence donc, d'adapter le droit. Par conséquent, la date d'application de cette nouvelle règle ne doit pas être trop repoussée dans le temps.

689. Une information rapide des justiciables est donc nécessaire lorsque la décision va nécessiter une adaptation de la situation juridique comme c'est le cas en

---

[1098] P. ROUBIER, *Le droit transitoire : les conflits de lois dans le temps*, Sirey, 1929, t. 1, p. 28.
[1099] J.-L. AUBERT, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence : faut-il moduler dans le temps des revirements de jurisprudence ? … J'en doute ? », *RTD Civ.* 2005, p. 303.

matière contractuelle. On pourrait de prime abord penser que dans le cadre de cette matière, une adaptation et donc, une modification du contrat n'est pas toujours possible puisqu'elle ne peut intervenir unilatéralement. Cependant, ce n'est pas le cas puisque lorsque le contrat prévoit plus que ce que prescrit la nouvelle règle jurisprudentielle, aucune modification n'a à intervenir de sorte que la modulation dans le temps n'aura pas d'utilité. Par contre, lorsque la modification du contrat est nécessaire en raison du revirement de jurisprudence, la partie qui pourrait s'y refuser ne peut, dans les faits, le faire, se devant de respecter le revirement de jurisprudence sous peine d'être sanctionnée. Par conséquent, il est toujours possible de modifier, lorsque cela s'avère nécessaire, une situation juridique préconstituée suite à un revirement de jurisprudence.

690. Si l'application dans le temps ne pose pas de problème quant aux tiers, quel est, cependant, le sort que l'on doit réserver aux parties dont le litige est à l'origine du revirement de jurisprudence ? Et qu'en est-il des litiges pendants ?

B) Le sort des parties au litige et des affaires pendantes

691. « Tout jugement emporte deux effets. Pour les parties, il est la solution ponctuelle de leur différent (…). Pour les juristes et les tiers, il est le réservoir de règles ou d'arguments, et il a valeur normative. Cet effet normatif vaut *erga omnes* »[1100]. Si la modulation dans le temps va permettre de régir l'application de la nouvelle solution à l'égard de tous, la question du sort des parties se pose. Doit-on leur appliquer le régime général de la modulation dans le temps ou doit-on y déroger ?

[1100] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 138.

692. Certains auteurs ont avancé l'idée qu'il conviendrait d'appliquer la solution nouvelle au plaideur à l'origine du revirement de jurisprudence. En effet, si le plaideur se pourvoit en cassation en demandant que soit opéré un revirement de jurisprudence et qu'il obtient gain de cause mais que la nouvelle solution ne lui soit pas applicable, il ne va en retirer aucun intérêt et son action se révèlera finalement infructueuse. Par conséquent les plaideurs n'agiront plus devant la Cour de cassation lorsque leur affaire nécessitera un revirement de jurisprudence pour qu'ils aient gain de cause.

A cela s'ajoute le fait que si la Cour de cassation modifie son approche de la règle de droit, c'est qu'elle n'était pas ou n'est plus pertinente. Donc si la nouvelle interprétation est retenue, c'est qu'elle semble meilleure aux yeux du juge. On ne peut donc priver la partie bénéficiaire de la nouvelle interprétation des effets de cette dernière[1101].

693. Cette approche ne nous semble pas la plus judicieuse. En effet, le plaideur ayant demandé le revirement de jurisprudence et l'obtenant, sera privé de ses effets mais l'autre partie en sera protégée.

Pour décider de l'application ou non du revirement de jurisprudence aux parties on peut se fonder sur l'égalité. En effet, il ne serait pas égal que la partie se voit imposer un revirement de jurisprudence pour des situations passées alors que le juge prévoit une modulation dans le temps et que, par conséquent, seules les conséquences postérieures au jugement feront l'objet d'une application de la jurisprudence nouvelle. Les parties doivent donc être exclues du bénéfice du revirement de jurisprudence[1102].

Ceci est d'autant plus évident lorsque la modulation dans le temps a été décidée en raison de considérations individuelles : pourquoi prévoir une modulation dans le temps dans ces cas là si c'est pour appliquer la solution nouvelle ?

[1101] F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2001, p. 487.

[1102] C. ATIAS, « Sur les revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 300 : « il ne serait pas déraisonnable que le juge du droit lui-même, tout en faisant état d'un revirement et en livrant ses raisons, s'en tînt, dans un litige antérieurement engagé, à sa position précédente ».

694. Mais cette solution n'entraîne-t-elle pas une injustice entre les plaideurs ? Ce n'est pas le cas puisque les juges estiment que c'est l'ancienne règle jurisprudentielle qui est la plus adaptée à la solution du litige. Si on poursuit la logique de l'inégalité, un revirement de jurisprudence ne serait jamais possible puisqu'il marquerait toujours une différence entre les affaires précédemment jugées et les affaires postérieures au revirement. « Si le revirement est effectif pour le plaideur qui l'obtient mais n'a d'effet normatif que pour les situations postérieures, il peut paraître injuste de ne pas l'appliquer au plaideur qui, ayant agi en justice quelques jours plus tard pour une situation née en même temps, restera soumis au droit ancien. Cette injustice est consubstantielle au changement de solution. Elle est identique à l'injustice des solutions actuelles où le plaideur qui a été débouté avant le revirement est exclu de la solution nouvelle alors que ceux dont l'instance a traîné ou ceux qui ont temporisé vont en bénéficier »[1103].

695. Mais ne pas faire profiter la partie du revirement de jurisprudence n'est-ce pas substituer une injustice à une autre en empêchant l'une des parties de bénéficier d'un progrès jurisprudentiel[1104] ?

Le juge ne peut satisfaire tout le monde. Il en résulte qu'il devra mettre en balance les différents intérêts en présence qu'ils soient particuliers ou généraux. S'il opte pour la modulation dans le temps, c'est que cette dernière est nécessaire et ce même si cela joue au détriment de l'une des parties[1105]. De toutes façons, s'il n'y avait pas modulation, le revirement de jurisprudence serait tout de même en défaveur d'une des parties. La modulation dans le temps répond ainsi à l'impératif qu'a le juge d'adapter le droit le plus justement possible. Cependant, il est compréhensible que le justiciable considère cette solution injuste[1106] même si elle est cohérente au vu des motivations de la décision.

[1103] C. MOULY, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 145.
[1104] S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, p. 362.
[1105] N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.* 2009, p. 2567 et s.
[1106] J.-L. AUBERT, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence : faut-il moduler dans le temps des revirements de jurisprudence ? … J'en doute ? », *RTD Civ.* 2005, p. 302.

696. Concernant l'objection selon laquelle les plaideurs n'agiront plus devant la Cour de cassation pour solliciter un revirement de jurisprudence, elle ne tient pas car les revirements de jurisprudence qui donneront lieu à modulation dans le temps sont rares. Par conséquent, les cas où le plaideur demandera un revirement de jurisprudence, l'obtiendra et se le verra appliquer seront beaucoup plus nombreux que ceux adoptant une modulation dans le temps.

697. Pour les litiges pendants la question ne se pose pas réellement. En effet, si la décision de modulation n'a pas d'effet obligatoire le juge ne peut prévoir quelle sera la solution applicable aux litiges pendants. Il peut seulement prévoir à partir de quel moment le revirement va produire ses effets. Ainsi, le sort des litiges pendants sera identique à celui des tiers ou des parties.

698. **Bilan du chapitre 1** : La modulation dans le temps est une technique déjà employée par certaines juridictions pour limiter les conséquences de leurs décisions, que ce soit lors de la création d'une nouvelle règle jurisprudentielle, comme c'est le cas pour les juridictions européennes ou dans le cadre de revirements de jurisprudence, comme cela est pratiqué en *common law*. Les différentes techniques utilisées par ces Cours permettent d'envisager les voies que pourrait emprunter le juge de cassation. En droit interne, si le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont déjà eu recours à cette pratique, ce ne fut que récemment et rien n'augure des suites qui y seront données.

Lorsque le juge de cassation modulera sa décision dans le temps, il aura la possibilité entre opter pour un effet immédiat de cette dernière ou pour un report à une date future. Dans le premier cas, le revirement produira ses effets à partir de la date du prononcé de la décision. Dans le second cas, ils seront repoussés à une date ultérieure que le juge fixera.

Lorsque le juge optera pour un arrêt modulateur, quelle que soit la date de ses effets, le sort des parties et des affaires pendantes sera soumis au même régime que celui prévu par la modulation.

Chapitre 2 : La procédure de modulation dans le temps des revirements de jurisprudence

699. Reconnaître au juge la possibilité de moduler dans le temps ses décisions opérant revirement de jurisprudence, ce n'est pas lui laisser pour autant toute latitude en la matière. En effet, il est nécessaire qu'une procédure soit déterminée en raison de l'importance d'une telle pratique bouleversant l'application dans le temps de la règle jurisprudentielle. Cette procédure doit donc être entourée de certaines garanties vis à vis des parties mais également du justiciable puisque la décision peut également le concerner.

700. Il en résulte que la question de la limitation temporelle des revirements de jurisprudence doit pouvoir être avancée et discutée par les différents acteurs du procès de manière à ce que le principe du contradictoire soit respecté et que l'information du juge soit optimale (Section 1).

701. Quant à la procédure de prise de décision, elle ne peut autoriser que des formations spécifiques à prononcer des arrêts modulateurs, arrêts dont la publicité est d'une grande importance afin que l'effet de la modulation dans le temps soit maximal (Section 2).

Section 1 : Les demandes et argumentations des différents acteurs du procès

702. Lorsque le juge doit se prononcer sur la modulation dans le temps, il doit être un maximum éclairé. En effet, s'il est un spécialiste du droit, il ne maîtrise pas toutes les matières qui entrent en interaction avec ce dernier. Il est donc nécessaire que son information soit optimale.

703. La question de la modulation dans le temps, en raison de son importance, doit susciter un débat entre les parties, l'Avocat général mais également faire intervenir des tiers concernés ou spécialistes du problème, le revirement créant une nouvelle règle jurisprudentielle ayant un effet au-delà de l'affaire. « Parce que le revirement ouvre sur un nouvel état du droit, il intéresse bien d'autres sujets que les seules parties au litige. On doit en dire de même pour ce qui a trait à son application dans le temps, qui emporte, dans une large mesure, des effets *erga omnes* »[1107].

704. Ainsi, les parties et l'Avocat général sont-ils les mieux placés pour délivrer ce type d'informations (§ 1). Cependant, un avis extérieur de spécialistes serait le bienvenu lorsque le revirement concerne des domaines spécifiques pointus (§ 2).

[1107] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 41.

§1) Le rôle des parties et de l'Avocat général dans la décision de modulation dans le temps

705. Le principe du contradictoire est au cœur des droits de la défense[1108]. Il est prévu aux articles 14 à 17 du code de procédure civile, reconnu entre autres, par le Conseil constitutionnel[1109] et la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette dernière rattache l'article 16 du code de procédure civile à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme[1110]. En vertu d'une des facettes de ce principe, chaque partie doit être en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire. Ainsi, le Rapport préconise que « concrètement, le débat doit porter tant sur la question de fond, objet de l'éventuel revirement, que sur la question de la modulation dans le temps de la décision »[1111].

706. Si les parties et l'Avocat général doivent être à même de discuter les différents arguments concernant l'application de la règle de droit, ils doivent également être à même de discuter de la modulation du revirement.

707. Les parties étant les premières concernées, il est nécessaire que leurs conseils puissent, dès la remise des mémoires, soulever la question de l'application dans le temps de la décision. Si ce n'est pas le cas, et que le problème se pose plus tard dans la procédure, le juge doit enjoindre les parties à se prononcer sur ce point en vertu de la procédure prévue à l'article 1015 du code de procédure civile[1112].

[1108] C. CHAINAIS, S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 30ème éd., 2010, p. 547 et s.
[1109] Cons. const. décision n° 85-142 L du 13 novembre 1985, *JORF* du 20 novembre 1985, p. 13457.
[1110] Cass. ch. mixte, 28 janvier 2005, *Gaz. Pal.* 8 mars 2005, ccl. DOMINGO, p. 1127.
[1111] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 41.
[1112] Article 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 ».

708. Néanmoins, permettre au juge de moduler dans le temps ses décisions va entraîner une modification des conclusions des parties et du travail de l'avocat aux Conseils. En effet, ce dernier devra discuter de la norme applicable mais également de sa possible modulation dans le temps. Le travail de l'avocat va ainsi s'en trouver considérablement alourdi car il devra argumenter sur la modulation dans le temps dans l'intérêt de son client mais également d'un point de vue général[1113]. En effet si l'avocat aux Conseils est un spécialiste de la norme il n'est ni sociologue, ni économiste. Il en résulte que le coût d'un procès devant la Cour de cassation, dans ce type de situation, va être considérablement alourdi puisque l'avocat devra faire appel à des spécialistes pour l'éclairer. En effet, avancer des arguments soutenus par ces derniers ne peut qu'être favorable à son client.

709. Cependant, les informations délivrées par les avocats devront être considérées avec un œil critique de la part du juge car la mission de l'avocat est de défendre son client. Il est évident que s'il sollicite un revirement de jurisprudence son argumentation ira à l'encontre d'une modulation et que s'il sollicite le maintien de la règle ancienne mais que la question du revirement est soulevée, son argumentation sera en faveur d'une modulation dans le temps.

La Cour de cassation ne s'est pas encore clairement positionnée quant aux arrêts modulateurs même si elle a ouvert certaines portes. Si dans le futur, elle se reconnaît ouvertement la possibilité de moduler ses décisions dans le temps, il y a des fortes chances que lorsqu'un revirement de jurisprudence sera envisageable, les parties ne manqueront pas de soulever la question.

710. Quant à l'Avocat général représentant les intérêts de la société, il est nécessaire qu'il puisse exposer son point de vue. « Voix de la société auprès des tribunaux, il revient en effet au parquet de contribuer, par le ministère de la parole et de l'écrit, d'une part à la défense des bases culturelles sur lesquelles est fondée notre vie collective, mais aussi, d'autre part, à l'évolution des esprits. Défendre nos bases culturelles, c'est prendre et faire prendre en considération l'Etat, nos institutions et les

---

[1113] S. AMRANI MEKKI, « Quelques réflexions procédurales », *RTD Civ.* 2005, p. 297.

personnes »[1114]. Au niveau de la Cour de cassation, la présence de l'Avocat général est obligatoire. Cette présence assure une certaine représentation de la société « pour la raison profonde qu'aucune juridiction ne peut se passer du concours de magistrats qui pensent les problèmes en fonction de l'intérêt général et telle est précisément la mission spécifique du ministère public »[1115]. Sa tâche est primordiale dans l'évolution de la jurisprudence car il « joue un rôle essentiel pour la formation du droit en France soit en trouvant des réponses à des questions nouvelles, soit en adaptant des règles dépassées par l'évolution de la société au besoin en (proposant) des revirements de jurisprudence »[1116].

711. Quant au juge de cassation, à l'image du juge administratif, lorsqu'il opère un revirement de jurisprudence, il doit être à même de se saisir d'office de la question de la modulation dans le temps puisque si cette dernière intéresse nécessairement les parties, elle concerne également, au-delà du litige, les justiciables dans des situations similaires. Le revirement venant modifier la règle jurisprudentielle, il est nécessaire que le juge prenne en considération son effet *erga omnes* et ce, sans que les parties ou l'Avocat général n'aient à invoquer la question.

712. Mais pour cela, la possibilité d'un revirement de jurisprudence doit être soulevée[1117]. Si ce n'est pas le cas, ce qui semble exceptionnel, et que le problème se pose lors des débats, l'affaire devra être renvoyée devant une juridiction compétente. Il est donc nécessaire que lorsqu'un revirement de jurisprudence se présente, la formation saisie, si le revirement n'a pas été immédiatement envisagé, se questionne sur l'opportunité d'une modulation dans le temps. En effet, si cette question se pose devant la Cour et qu'elle n'est pas compétente pour connaître de la modulation dans le temps de ses décisions, il pourrait y avoir à nouveau un renvoi devant la formation compétente et les délais vont s'en trouver encore allongés.

[1114] Allocution prononcée par J.-F. BURGELIN, Procureur général près la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 9 janvier 1998 : http://www.courdecassation.fr/institution_1/occasion_audiences_59/debut_annee_60/monsieur_jean_35.html
[1115] L. CHARBONNIER, « Ministère public et Cour suprême », *JCP G.* 1991, I, 3532, p. 316.
[1116] F.-J. PANSIER, « Ministère public », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 1996, n° 32.
[1117] S. AMRANI MEKKI, « Quelques réflexions procédurales », *RTD Civ.* 2005, p. 295.

Si le débat de la modulation dans le temps peut avoir lieu à l'audience, il est nécessaire qu'il soit commencé auparavant. En effet, pour qu'il soit pleinement efficace, les intervenants doivent avoir eu connaissance des différents points de vue. Dans ces conditions, il est souhaitable que le problème de la modulation soit soulevé le plus tôt possible. Le rôle du Conseiller rapporteur est ici important[1118] puisqu'il va orienter l'affaire[1119]. Même si cette orientation peut être modifiée par la suite, il semblerait utile, dans un souci de célérité, que le Conseiller rapporteur renvoie l'affaire dès le début vers une formation susceptible de décider de la modulation dans le temps même si celle-ci n'est qu'hypothétiquement envisageable.

Si cela n'a pas été fait, l'Avocat général ou les conseils ont la possibilité de demander la réorientation de l'affaire. Cette réorientation peut intervenir à tous les stades de la procédure, même lors de l'audience. Ainsi, lorsque cela se produira, l'affaire sera jugée dans un délai plus long.

713. Dans certains systèmes juridiques, la participation de l'*amicus curiae* est admise afin de permettre au juge d'être pleinement éclairé sur les conséquences de sa décision. Si la Cour de cassation a déjà fait appel à des « amis de la Cour », ce ne fut que dans de rares cas. Il serait donc utile d'envisager cette participation dans l'hypothèse où le juge prévoit de moduler sa décision dans le temps et les interrogations soulevées relèvent de domaines pointus tels que les finances ou l'éthique.

[1118] D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP G*. 2004, I, 108, p. 226 et s. ; J.-F. WEBER, *La cour de cassation*, La documentation française, 2006, p. 86.

[1119] Il a le choix entre la formation restreinte, la formation de section, la formation plénière de chambre ou l'audience d'admission de la formation restreinte. Son choix se portera sur la formation de section lorsque la question de droit soulevée est susceptible d'évolution jurisprudentielle ou pose une difficulté nouvelle. Lorsque l'affaire est susceptible de concerner des matières concernant différentes sections de Chambre, le Conseiller rapporteur suggérera que soit saisie la formation plénière de Chambre.

§2) L'avis de l'*amicus curiae*

714. L'*amicus curiae*[1120] est une institution à laquelle les juges français ont encore peu recours. Les définitions varient en fonction du système juridique. Selon le *Dictionnaire juridique anglais-français*, l'*amicus curiae* est « un tiers admis à faire valoir dans un procès l'intérêt public ou l'intérêt d'un groupe social important »[1121]. Selon le *Vocabulaire juridique*[1122], l'*amicus curiae* désigne « la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personne à venir à l'audience afin de fournir, en présence de tous les intéressés, « toutes les observations propres à éclairer »[1123] le juge. En droit canadien, l'*amicus curiae* est « une personne qui est admise à faire valoir dans un procès, même si elle n'a aucun intérêt direct et personnel dans le litige, soit l'intérêt public ou celui d'un groupe social important, soit une question de droit ou de fait susceptible d'éclairer le tribunal »[1124]. C'est également un avocat qui à la demande du tribunal, assiste celui-ci[1125]. En droit américain, « l'*amicus curiae* est une personne qui n'est pas partie à la procédure mais qui sollicite du tribunal l'autorisation de déposer un mémoire dans l'affaire qui lui est soumise en raison de l'intérêt qu'elle présente pour lui »[1126]. Selon le *Dictionnaire de Droit international public*, l'*amicus curiae* est une « notion du droit interne anglo-américain désignant la faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de fait ou de droit »[1127]. Il ressort de l'ensemble

---

[1120] L'*amicus curiae* est à distinguer des *lobbies* qui sont des groupes de pression : M. MEKKI, « La force normative des groupes d'intérêt : entre ombre et lumière », in *La force normative, Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 233 et s.
[1121] T. A. QUEMNER (dir.), *Dictionnaire juridique français-anglais*, Paris, Editions de Navarre, 1977.
[1122] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2007, V° *Amicus curiae*.
[1123] CA Paris, 6 juillet 1988, *Gaz. Pal.* 1988, II, 700 ; Art. 232 CPC.
[1124] H. REID (dir.), *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Wilson et Lafleur, 2ème éd., 2001.
[1125] The Dictionnary of Canadian Law, Scarborough, Thomson, Carswell, 3ème éd., 2004.
[1126] S. MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2010, p. 4.
[1127] J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, V° *Amicus curiae*.

de ces définitions que l'*amicus curiae* est un tiers, non-partie à l'instance, qui en raison de son expérience va enrichir le débat et lui donner une autre dimension.

715. On constate, à travers ces différentes notions, que l'*amicus curiae* est une personne, physique ou morale, ayant la possibilité de faire connaître son opinion au tribunal, sans pour autant être partie ou expert. En effet, l'*amicus curiae* est à distinguer de l'expert car ce dernier est entendu en raison de ses connaissances techniques, de ses connaissances objectives. L'*amicus curiae* est entendu en raison de ses connaissances mais également en raison de son autorité. Ainsi, à la différence de l'expert, l'*amicus curiae* est choisi *intuitu personae*, il n'est pas interchangeable avec n'importe quel autre *amicus curiae*.

716. En droit interne, l'expression « *amicus curiae* » apparut pour la première fois en 1988. La Cour d'appel de Paris devait se prononcer sur une demande d'annulation d'une décision du Conseil de l'Ordre des avocats concernant la classification par activités dominantes des avocats dans l'annuaire professionnel. La Cour décida de convoquer le bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris pour « qu'en qualité « d'*amicus curiae* », il puisse fournir, en présence des parties intéressées, toutes les observations propres à éclairer les juges dans leur recherche d'une solution au litige »[1128].

717. Par la suite, la Cour de cassation fit appel à des *amici curiae*[1129] même si les cas restent rares. Ainsi en 1991, dans l'affaire dite des « mères porteuses »[1130], la juridiction suprême fut saisie d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Elle décida alors d'entendre le Professeur BERNARD, Président, à l'époque, du Comité national consultatif d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, en qualité d'*amicus curiae*, afin de l'éclairer dans sa décision. Suite à cette intervention, elle cassa la

---

[1128] CA Paris, 21 juin 1988 et 6 juillet 1988, *Gaz. Pal.*, 18 octobre 1988, n° 290-292, p. 699, note Y. LAURIN ; *D.* 1989, p. 341, note Y. LAURIN, *RTD Civ.* 1989, p. 138, obs. R. PERROT.
[1129] Cass. Ass. plén., 29 juin 2001, *JCP G.* 2001, II, 10569 : concernant l'homicide prénatal involontaire. Cass. crim., 23 novembre 2004, *JCP G.* 2005, I, 111, étude J. GHESTIN.
[1130] Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *JCP G.* 1991, II, 21752, *D.* 1991, p. 417.

décision de la Cour d'appel de Paris qui s'était prononcée en faveur de la maternité de substitution.

En 2004, la Cour de cassation autorisa des *amici curiae* à donner spontanément leur avis et en invita d'autres, à se prononcer sur la qualification juridique des contrats dits de placement ou d'épargne[1131].

En 2007, elle fut amenée à se prononcer sur le devoir de mise en garde du banquier souscripteur d'une assurance de groupe[1132]. Des associations ont été alors « invitées à présenter des observations sur la problématique générale (du) dossier »[1133].

718. Actuellement, le juge peut être éclairé par certaines institutions. Cependant, ces dernières, en raison de la surcharge de travail, ne sont pour toujours à même de remplir pleinement leur mission (A). Il en résulte qu'il serait souhaitable d'autoriser la participation d'*amici curiae* (B) au travers d'une procédure spécifique (C).

A) L'insuffisance des mécanismes actuels

719. Lorsqu'il se prononce, le juge va rendre une décision s'inscrivant plus largement que dans le seul cadre des parties. De ce fait, le juge doit élargir le débat[1134] au-delà des simples intérêts des parties et se préoccuper de l'impact engendré par sa décision, surtout lorsque cette dernière opère un revirement de jurisprudence. A l'image du juge de *common law*, le juge de cassation doit être attentif « à l'accueil de

[1131] Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, *JCP G.* 2005, I, 111.
[1132] Cass. Ass. plén., 2 mars 2007, *JCP E.* 2007, 1375, note D. LEGEAIS.
[1133] Rapport de Mme RENARD-PAYEN, Conseiller rapporteur : www.courdecasstion.fr/ jurisprudence_ 2/assemblée_plénière_22/arrêts_travaux_préparatoires_24/renard_payen_10261.html.
[1134] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 41.

sa décision par les justiciables »[1135] c'est-à-dire qu'il doit se préoccuper de la répercussion qu'aura la solution adoptée dans d'autres cas. Pour cela, il serait utile que le juge puisse s'informer auprès d'*amici curiae*.

720. Certes, en droit français, il existe certaines institutions dont l'intervention dans le cadre du procès se rapproche de l'intervention d'un *amicus curiae*. Cependant, ces institutions sont limitées en nombre.

721. Ainsi, c'est au Ministère public qu'il appartient d'agir en défense de l'intérêt général. Ce dernier joue ainsi le rôle de l' « ami de la Cour », la conseillant sur le plan juridique. « La qualité de l'œuvre du juge a notamment pour origine la diversité des points de vue exposés devant lui : ceux des parties de la cause qui défendent leur intérêt particulier, celui de l'Avocat général qui exprime comment, à ses yeux, la loi doit être interprétée. C'est une grande richesse pour tout juge, de bénéficier ainsi de la réflexion indépendante d'un magistrat appartenant au même corps que lui, ayant la même culture professionnelle et n'ayant pas d'autre intérêt que de veiller à l'unité de la jurisprudence ou de la faire évoluer pour le plus grand bien de la société »[1136].

722. Aujourd'hui, le rôle du ministère public est concurrencé par certaines autorités qui sont amenées à donner leur avis. Cette ouverture démontre que, bien que le ministère public soit le gardien de l'intérêt général, certaines évolutions ont conduit « à concevoir que l'action puisse être mise au service d'intérêts collectifs autres que l'intérêt général de la collectivité nationale »[1137]. Ainsi en matière du droit de la concurrence, l'article L. 442-6-III du code de commerce prévoit que l'action visant à

[1135] FAIRGRIEVE D., MUIR WATT H., *Common Law et tradition civiliste***,** Droit et justice, PUF, 2006, p. 15. Il ne s'agit pas de rechercher l'assentiment du justiciable mais de se préoccuper des conséquences engendrées par le revirement de jurisprudence.

[1136] Allocution prononcée par Monsieur le Procureur général BURGELIN près la cour de cassation lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire le vendredi 10 janvier 1997 : http://www.courdecassation.fr/institution_1/occasion_audiences_59/debut_annee_60/m._jean_francois_burgelin_8642.html

[1137] S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 2003, p. 1060.

réparer un préjudice suite à des pratiques anticoncurrentielles « est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le Ministre chargé de l'économie ou par le Président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article ». L'action du Ministre chargé de l'économie ou du Président de l'Autorité de la concurrence est une action d'intérêt général puisqu'elle vise à faire respecter les règles du droit de la concurrence. Cette participation à l'instance déroge aux règles régissant l'action en justice. Ainsi, ces intervenants, bien que ne subissant aucun préjudice personnel et n'ayant aucun intérêt direct et personnel[1138], ont la possibilité agir en justice. Ils peuvent ainsi, se joindre aux parties afin de faire connaître leur position, éclairant le juge d'un avis de spécialiste.

723. L'Avocat général et ces autorités devraient être amenés à collaborer sans empiéter sur leurs domaines réciproques puisque ces derniers sont différents[1139]. En effet, l'Avocat général défend l'intérêt public de la société alors que les autorités défendent des intérêts collectifs spécifiques.

724. Dans notre droit interne, aucune disposition expresse n'autorise le recours aux *amici curiae*. La Cour de cassation laisse le plus souvent au Parquet la tâche d'interroger les acteurs concernés et d'en rendre compte. Ces travaux donnent lieu à des notes et mémoires qui sont annexés à l'avis de l'Avocat général « puisqu'il soutient le point de vue de l'intérêt général, (ce dernier) peut fonder son analyse sur diverses consultations ou sur des informations obtenues de diverses sources dès lors qu'il en indique la provenance et le contenu »[1140].

725. Mais, le nombre croissant des affaires ne permet pas toujours à l'Avocat général d'approfondir ses recherches. Quant à l'intervention des autorités précitées,

---

[1138] Conditions traditionnellement exigées pour agir en justice.
[1139] Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004 (4 arrêts), *Bull. civ.*, Mixte, n° 4.
[1140] G. CANIVET, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 79 et s.

elle n’est pas automatique. Par conséquent, permettre à des tiers spécialisés d’intervenir serait judicieux.

B) Intérêt de la participation de l’*amicus curiae*

726. Accepter la mise en place d'une procédure spécifique autorisant un tiers non-partie à l'instance à intervenir revient à accepter une certaine conception du rôle du juge. En effet, si le juge se borne à dire le droit, il n'a pas besoin d'aide puisque tout est dans la loi. Mais le juge étant créateur du droit la participation d’*amici curiae* est tout à fait possible.

En effet, lorsque le juge statuera, il devra prendre en compte les intérêts des parties mais aussi des intérêts plus vastes, il devra s'informer de l'ensemble des conséquences qu'aura sa décision sur la société. Le juge a bien sûr, son point de vue fondé sur sa formation juridique, son expérience, sa culture générale... cependant, il perçoit que ces dernières ont leurs limites et qu'elles ne lui permettent pas de saisir le problème dans toute son ampleur. Aussi, l'intervention de l’*amicus curiae* va permettre au juge de décider d’opérer un revirement de jurisprudence en connaissance de cause puisqu’il sera en possession d’un maximum de renseignements.

Le revirement sera ainsi mieux accepté car reposant sur des considérations solidement justifiées. La solution adoptée par le juge sera ainsi légitimée par le recours à l'*amicus curiae*. L' « ami de la cour » prend alors l'apparence « d'une caution de poids »[1141]. En effet, le juge peut être amené à prendre une décision qui aura une répercussion médiatique, professionnelle ou politique certaine et de ce fait, en s'appuyant sur l'avis d'une personnalité éminente il légitimera sa décision. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire dite « des mères porteuses ». Le Professeur BERNARD était intervenu en qualité de Président du Comité national consultatif d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Or, la position de cette institution était déjà

[1141] M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », *RTD Civ.* 1992, p. 489.

connue de la Cour de cassation puisque dans un avis en date du 23 octobre 1984, inchangé à la date de l'affaire, elle avait estimé que la pratique des « mères porteuses » était illicite. Ce n'est donc pas pour connaître la position de l'institution mais pour affirmer sa position que la Cour de cassation a tenu à entendre le Professeur BERNARD. La décision, de ce fait, se verra mieux accueillie. Cependant, dans ce cas, la Cour de cassation détourne de sa réelle utilité l'*amicus curiae*.

727. L'intérêt pour le juge de faire appel à un *amicus curiae* est d'enrichir le débat. Néanmoins, l'*amicus curiae* ne devrait pas avoir la possibilité d'intervenir sur l'ensemble des éléments du litige. Ainsi, il ne devrait pas pouvoir se prononcer directement sur les faits et son avis ne devrait être que général. Certes, son point de vue sera empreint des évènements qui sont jugés, mais il ne pourrait émettre un avis directement sur ces derniers.

728. Aussi, dans une affaire ayant trait à l'incrimination d'homicide involontaire d'un enfant à naître la Cour de cassation avait fait appel à divers *amici curiae* en raison des difficultés rencontrées : « ces difficultés sont d'ordre non seulement juridique, mais également, médical, sociologique, éthique et philosophique à travers, en particulier, la définition de la personne humaine et celle du commencement de la vie. Elles soulèvent également des interrogations de politique criminelle, notamment quant à l'intention du législateur et à la cohérence du dispositif légal en vigueur. Ces difficultés ne sont d'ailleurs pas surprenantes car ce qui est en jeu est, depuis toujours, au cœur d'une préoccupation consubstantielle à l'humanité, à savoir sa perpétuation à travers les relations de l'homme et de la femme. C'est en raison de ces difficultés et des différents paramètres à prendre en considération que dans l'instruction de ce pourvoi, il a été décidé, (…) de demander l'avis, d'une part de l'Académie de médecine, et d'autre part de personnalités »[1142].

[1142] P. SARGOS, rapport concernant l'Ass. plén. 29 juin 2001, *Bull. civ.*, A.P., n° 8.

729. L'*amicus curiae* est ainsi, bien placé pour se prononcer sur la modulation dans le temps d'un revirement de jurisprudence ayant parfaitement conscience des conséquences que ce dernier peut entraîner dans le domaine où il est spécialiste.

Toutefois, s'il est envisageable de prévoir l'introduction des *amici curiae* dans notre système juridique, ce n'est qu'au prix d'une procédure spécifique afin d'éviter les dérives que peut rencontrer cette institution aux Etats-Unis.

Cette procédure doit nécessairement prévoir un débat entre les parties, l'Avocat général et le ou les *amici curiae*.

C) La procédure de participation de l'*amicus curiae*

730. La recevabilité de la participation de l'*amicus curiae* à une instance est fondée sur les articles 143 et 232 du code de procédure civile[1143]. Il est ainsi possible de calquer le régime des *amici curiae* sur celui des mesures d'instructions[1144] ordonnées par le juge, en l'adaptant cependant, afin de respecter les spécificités liées à ce type de participation. Cette dernière n'étant pas sans conséquence, puisqu'elle peut conditionner la solution du litige, il est nécessaire d'encadrer cette intervention afin que soient respectés les droits des parties.

731. Lorsque le juge fera appel à un tiers se sera pour l'éclairer dans sa décision. Ce sera donc la difficulté d'une affaire qui conditionnera la présence de l'*amicus curiae*. Ainsi, quel que soit le degré de juridiction ou le domaine juridique, l'*amicus curiae* pourra intervenir si le juge l'y autorise. Il en découle que lorsque le juge se posera la question de moduler ou non sa décision cette dernière revêtira une

---

[1143] L'article 143 CPC dispose que « les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ». L'article 232 CPC dispose que « le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ».

[1144] Livre I[er] du nouveau code de procédure civile : Dispositions communes à toutes les juridictions, Titre VII : L'administration judiciaire de la preuve, Sous-titre II : Les mesures d'instruction.

importance particulière et soulèvera des difficultés auxquelles l'*amicus curiae* pourrait remédier.

732. Seul le juge, qui reste maître de l'instance, peut décider de la participation d'un ou plusieurs *amici curiae*. Si tous les procès leur étaient ouverts, le risque serait de tomber dans les dérives que rencontre le système américain. En effet, lorsque la Cour suprême se prononce sur une cause, cela suffit pour la rendre d'intérêt public. De ce fait, toute personne peut intervenir en qualité d'*amicus curiae*[1145]. Le problème rencontré alors est la multiplication des mémoires déposés. L'absence de contrôle par le juge dans la participation à l'instance des *amici curiae* entraîne un effet négatif puisque le juge se voit submergé de mémoires dont il ne peut prendre connaissance. Afin d'éviter une dégradation du rôle du l'*amicus curiae*, il est nécessaire de laisser le juge libre d'accueillir ou non une telle participation. Toutefois, il devrait être possible de laisser aux parties la faculté de demander au juge que soit consulté un tiers en qualité d'*amicus curiae*. Cette possibilité fut accueillie par la Cour d'appel de Paris en 2008[1146]. Madame M. poursuivait son employeur pour licenciement abusif et discrimination en raison de sa grossesse. Elle sollicita, par requête, que soient recueillies les observations de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. La Cour y fit droit par ordonnance, suite à la consultation du Ministère public qui estima que la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité n'avait pas qualité de partie mais pouvait être entendue en qualité d'*amicus curiae*. « Par observations écrites et présentées oralement lors des débats, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, en tant qu'*amicus curiae* » a pu présenter ses observations.

733. La procédure permettant la participation d'*amici curiae* à une instance sera différente si le juge décide de faire appel directement à un *amicus curiae* spécifique ou s'il fait un appel à candidature.

[1145] Sauf incapacité d'un candidat à remplir cette fonction.
[1146] CA Paris, 4 septembre 2008, n° 05/08241.

Lorsque la participation est requise, le juge devra demander à l'*amicus curiae* de participer à l'instance. Ce dernier pourra accéder à la demande ou refuser. Cependant, il semble peu probable qu'une personne, physique ou morale, spécialiste dans un domaine, refuse de faire entendre sa voix. En cas d'acceptation, l'*amicus curiae* devra communiquer certains renseignements. Les personnes physiques devront indiquer leurs nom, prénom, date de naissance, profession, coordonnées (adresse et moyens pour les contacter), profession et/ou activités principales[1147] ainsi qu'un extrait de casier judiciaire. Pour les personnes morales, devront être indiqués, leur statut, leur objet social, leurs coordonnées (adresse et moyens pour les contacter), date de constitution, le nombre de leurs adhérents[1148], le cas où, les auteurs du mémoire et donc les renseignements afférents à ces personnes physiques.

Que la personne soit physique ou morale, elle devra indiquer s'il existe des liens entre elle et les parties[1149] ou les avocats de ces dernières afin d'éviter tout conflit d'intérêt. Les liens entre l'*amicus curiae* et le juge doivent également être indiqués mais à simple titre informatif, le principe d'impartialité du juge prévalant en la matière.

Le juge devra informer les parties de son intention de faire appel à un *amicus curiae* et leur transmettre les renseignements ci-dessus. Il recueillera leurs remarques dans un délai qu'il leur impartira. Il est nécessaire de fixer un délai de réponse aux parties afin de ne pas allonger excessivement la procédure. Il semble plus pratique de ne pas fixer un délai précis afin de laisser le juge maître de l'instance. Au vu des remarques des parties, il pourra soit s'abstenir de faire appel à un « ami de la cour » soit poursuivre la procédure. L'*amicus curiae* n'est ni un expert ni un témoin, par conséquent, il ne sera pas soumis aux règles concernant la récusation[1150].

[1147] La présentation des activités principales est nécessaire en raison du fait qu'il peut y avoir conflit d'intérêt lorsque la personne intervient en qualité d'*amicus curiae* et est également bénévole dans une autre association.

[1148] Cette indication permet ainsi au juge de prendre connaissance de la réelle représentativité de la personne morale.

[1149] Les *amici curiae* doivent être indépendants vis à vis des parties afin d'éviter une instrumentalisation de l'institution qui ne serait alors plus que le prolongement des arguments d'une partie.

[1150] Y. LAURIN, « La consultation par la Cour de cassation de « personnes qualifiées » et la notion d'amicus curiae », *JCP G* 2001, act. 1709, au sujet de l'arrêt de l'Ass. plén. du 29 juin 2001.

734. Lorsque la candidature est spontanée, la personne désirant intervenir en qualité d'*amicus curiae* devra déposer une « demande de participation » dans le délai ouvert à cet effet. La demande reprendra l'ensemble des renseignements listés ci-dessus auxquels s'ajoutent les motivations du candidat (buts, intérêts de sa participation...) et les points qu'il souhaite aborder. Ces renseignements sont nécessaires au juge afin d'apprécier la pertinence d'une participation et d'écarter les demandes sans intérêt pour la solution du litige. Le juge va ainsi prendre en considération « l'aptitude du candidat à s'ériger concrètement en porte-parole crédible d'une cause générale ou d'intérêts particuliers »[1151]. La procédure en cas de candidature spontanée suivra à partir de cette étape la même voie que celle de la participation requise : information des parties et prise de décision du juge.

Quelle que soit la procédure, il ne sera pas possible aux parties de contester la décision du juge concernant l'admission d'*amicus curiae* à l'instance. Cette mesure est préconisée afin de ne pas allonger la durée de la procédure et de laisser le juge maître de l'instance.

Le dossier sera communiqué à l'*amicus curiae*. Comme les acteurs du procès, il sera tenu au secret et aura un devoir de réserve[1152]. Il devra déposer, dans un délai qui lui sera imparti par le juge, un mémoire qui sera communiqué aux parties. Deux solutions sont alors envisageables : soit l'*amicus curiae* communique directement copie de son mémoire aux parties soit ces dernières en prennent connaissance directement auprès du juge. C'est cette deuxième solution qui a été adoptée par la Cour de cassation en 2004[1153] et qui semble la plus opportune afin d'éviter toute contestation liée à une non-communication ou à un retard de communication du mémoire par l'*amicus curiae*. Les parties pourront y répondre. Cependant, l'*amicus curiae* n'étant pas partie, le mémoire qu'il dépose ne peut être assimilé à des conclusions. Par conséquent, il n'aura pas la possibilité de répondre aux conclusions des parties.

[1151] S. MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2010, p. 284.

[1152] L'article 24 NCPC dispose que « les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice ».

[1153] Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP G.* 2005, I, 111.

Le juge pourra donc demander des informations complémentaires à l'*amicus curiae* s'il l'estime nécessaire.

735. Il devra être fait mention de la participation de l'*amicus curiae* dans la décision à la suite des parties. Le juge devra également préciser, s'il fonde sa décision sur l'intervention de l'*amicus curiae* et quels sont les éléments de cette dernière ayant pesé dans la solution.

736. Si une telle procédure est nécessaire, c'est afin d'éviter les pressions que le juge pourrait subir dans le cadre de sa décision de modulation. En effet, certains *lobbies* pourraient agir afin de demander la modulation dans le temps dans le seul but de protéger les intérêts particuliers qu'ils défendent sans se préoccuper des réelles conséquences que pourrait entraîner le revirement de jurisprudence.

737. Lorsque le juge aura entendu les arguments en présence, pesé les intérêts de parties, il devra formaliser sa décision de modulation dans le temps dans le cadre de l'arrêt.

Section 2 : La concrétisation de la décision de modulation dans le temps des revirements de jurisprudence

738. Le Rapport s'est penché sur « la question de la procédure à suivre devant la Cour (de cassation) pour décider de la modulation dans le temps des effets du revirement de jurisprudence »[1154]. La commission a ainsi fait différentes propositions concernant la méthode formelle de la prise de décisions (§ 1), propositions qui n'emportent cependant pas toutes l'adhésion.

[1154] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 40.

Une fois que le juge s'est prononcé sur le revirement de jurisprudence et sur sa modulation, il est nécessaire que la décision soit publiée dans les plus brefs délais afin que les tiers concernés par le revirement de jurisprudence soient informés au plus vite (§ 2), ce qui leur permettra ainsi de prendre leurs dispositions.

§1) La prise de décision

739. Lorsqu'un revirement de jurisprudence nécessite une modulation dans le temps, le Rapport[1155] préconise que la réflexion du juge se déroule en deux temps. Premier temps, le juge doit s'interroger sur l'opportunité du revirement de jurisprudence. Second temps, le juge se prononce sur la modulation. Toutefois, cette technique ne semble pas la plus judicieuse.

On pourrait conseiller au juge de ne pas prendre en compte la possibilité qu'il a de moduler sa décision dans le temps afin qu'il prenne sa décision en fonction uniquement de l'intérêt du droit, mais nous avons vu que sa mission s'inscrit dans un contexte spécifique. En effet, dans certains cas, le juge sera refréné dans son envie d'opérer un revirement de jurisprudence en raison de conséquences néfastes qui peuvent s'y attacher. Par conséquent, permettre au juge de prendre en compte dès ce stade de la réflexion la possibilité qu'il a de prévoir dans le temps les conséquences de sa décision va au contraire servir le droit : le juge va pouvoir décider d'un revirement de jurisprudence plus librement puisqu'il sait qu'il en modulera par la suite les effets.

Ainsi, la prise de décision doit avoir lieu, pendant le délibéré, en même temps que le choix d'opérer un revirement de jurisprudence. La Cour de cassation a bien compris cette nécessité puisqu'elle a agi de la sorte, dans les arrêts en date des 8 juillet 2004[1156] et 21 décembre 2006[1157].

[1155] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 49.
[1156] Cass. civ. 2ème, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2956, note C. BIGOT ; *Bull. civ.*, II, n° 387.

Bien sûr, la décision d'opérer un revirement de jurisprudence ne doit pas être conditionnée à la possibilité de moduler ce dernier. Un revirement de jurisprudence ne doit intervenir que lorsque cela est strictement nécessaire, la possibilité de modulation permettant juste au juge d'opérer un revirement de jurisprudence plus facilement lorsque cela aurait posé de réels problèmes.

740. Quant à la formulation du contenu de la décision, il est nécessaire qu'elle soit claire et que les différents éléments la composant soient facilement identifiables. Ainsi, doivent s'en dégager, la nouvelle règle jurisprudentielle, les conditions de son adoption, les raisons de la modulation, la modulation dans le temps et la solution.

741. Le prononcé de la modulation étant étroitement lié à la prise de décision d'opérer un revirement de jurisprudence, seule la formation ayant opéré le revirement est à même de se prononcer sur la modulation (A).

742. Cependant, en raison de l'importance de la modulation dans le temps, il est nécessaire que seule la Cour de cassation, au travers de l'Assemblée plénière et de la Chambre mixte, puisse rendre des arrêts modulateurs (B).

A) Le prononcé de la modulation par la formation ayant opéré le revirement

743. Le Professeur RADE soulève le problème de la Cour de cassation à la fois juge et partie lorsqu'elle modulerait dans le temps sa décision : « laisser le soin à l'auteur d'une « norme jurisprudentielle » de déterminer si le revirement doit ou non produire immédiatement effet ne nous semble guère compatible avec le droit au procès équitable consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne, même si on

---

[1157] Cass. Ass. plén., 21 décembre 2006, *JCP G.* 2007, II, 10040, note E. DREYER ; X. LAGARDE, *JCP G.* 2007, II, 10111 ; *RTD Civ.* 2007, p. 168, note P. THERY.

peut penser que la Haute juridiction s'acquitterait de sa mission avec toute l'objectivité et la neutralité nécessaires »[1158]. Il propose que soit instaurée une autorité de contrôle chargée de statuer sur la question précise de l'application de la modulation dans le temps.

Nous n'adhérons pas à cette proposition pour différentes raisons. La première étant que, comme l'a soulevé le Professeur RADE, il est difficilement concevable que le juge puisse décider de prendre la décision de moduler le revirement pour des raisons autres que celles d'une bonne justice et d'un droit juste. De plus, la décision étant adoptée en collégialité, toute appréciation personnelle ne pourrait réellement prospérer.

La seconde étant que cette procédure allongerait les délais alors qu'aujourd'hui la Cour de cassation adopte une politique visant à plus de célérité.

La troisième étant que le juge, lorsqu'il va décider d'opérer le revirement de jurisprudence, va s'interroger sur la possibilité qu'il a d'opérer une modulation dans le temps. Par conséquent, le revirement et la modulation étant étroitement liés, seule la formation ayant décidé du revirement de jurisprudence est à même de procéder à sa modulation.

744. Ainsi, toutes les formations de la Cour de cassation ne sont pas susceptibles de moduler leurs décisions dans le temps.

B) Les formations spécifiques

745. Si la modulation dans le temps est rendue nécessaire en raison de l'impact du revirement de jurisprudence, doit-on permettre à toutes les juridictions et à toutes les formations de rendre une telle décision ? La réponse est négative. Seules certaines formations de la Cour de cassation peuvent avoir la possibilité de rendre des arrêts modulateurs en raison de leur mission unificatrice (1). Il en ressort que les juridictions

[1158] C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D*. 2005, p. 994.

du fond n'auront alors que deux possibilités lorsqu'elles appliqueront la nouvelle règle jurisprudentielle : ne pas prévoir de modulation ou l'appliquer telle que voulue par la Cour de cassation (2).

1) Les formations autorisées à recourir au revirement pour l'avenir

746. Le Rapport propose que « le pouvoir de procéder à un revirement de jurisprudence comme le pouvoir d'en moduler les effets temporels doivent être réservés aux formations de jugement aptes à assurer l'unité d'interprétation de la règle au sein de la Cour de cassation (Assemblée plénière, Chambre mixte, Plénières de Chambre) »[1159]. Si nous rejoignons cette proposition quant à la spécificité des formations qui pourraient se prononcer sur la modulation dans le temps et encore en excluant les Plénières de chambre, nous émettons des doutes quant à la suggestion de réserver les affaires susceptibles de revirements de jurisprudence uniquement à ces formations. En effet, tous les revirements de jurisprudence n'emportent pas des conséquences néfastes. La décision de modifier la règle jurisprudentielle peut donc être ouverte à toute formation. Mais, il est rare qu'une affaire susceptible d'emporter revirement de jurisprudence soit renvoyée devant une formation restreinte.

Il semble cependant nécessaire de ne permettre qu'aux formations assurant l'unification du droit de procéder à un revirement de jurisprudence.

747. Aucun texte ne prévoyant la procédure de modulation, rien n'empêcherait toute formation de moduler dans le temps ses décisions. Malgré tout, au sein de la Cour de cassation, certaines pratiques sont suivies sans qu'aucun texte ne les impose. Une « coutume judiciaire »[1160] pourrait se former en vertu de laquelle seule

---

[1159] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 39.
[1160] P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, n° 4, p. 251.

l'Assemblée plénière et la Chambre mixte auraient la possibilité d'opérer un revirement pour l'avenir.

Cette pratique aurait l'avantage d'éviter que des divergences d'interprétation surviennent entre les Chambres. Nous ne suivrons donc pas le Rapport qui préconise d'inclure dans les formations autorisées à opérer des revirements pour l'avenir les Plénières de Chambre[1161].

La Cour de cassation n'a toutefois pas suivi ce chemin puisque c'est la deuxième Chambre civile qui a procédé à une modulation dans le temps de sa décision dans le cadre de l'arrêt en date du 8 juillet 2004[1162].

748. De plus, lorsque l'arrêt modulateur sera rendu par la Chambre mixte ou l'Assemblée plénière, il sera discuté par un nombre important de magistrats et fera l'objet d'une certaine solennité venant conférer plus ample force normative à la décision en raison de l'autorité de la formation.

749. Le Professeur AUBERT soulève l'objection concernant la compétence exclusive de l'Assemblée plénière et de la Chambre mixte : « ce qui en dépit des apparences, n'est pas une bonne idée en ce qu'elle exclut les formations de sections et leur compétence technique particulièrement aiguë »[1163]. Certes les magistrats composant ces formations sont les plus à même de se prononcer sur les litiges qui relèvent de leur spécialité, mais le fait qu'ils soient représentés au sein de la formation pouvant se prononcer sur la modulation dans le temps leur permettra de faire entendre leur voix. Celle-ci aura d'autant plus de poids qu'ils seront regardés comme des spécialistes de la matière par les autres juges.

750. Il résulte de ces propositions qu'une juridiction du fond ne pourra moduler dans le temps ses décisions.

[1161] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 39.
[1162] Cass. civ. 2ème, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2956, note C. BIGOT; *Bull. civ.*, II, n° 387.
[1163] J.-L. AUBERT, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence : faut-il moduler dans le temps des revirements de jurisprudence ? … J'en doute ? », *RTD Civ.* 2005, p. 301.

2) L'incompétence des juridictions du fond

751. Seule la Cour de cassation doit pouvoir moduler dans le temps ses décisions : « la disparité entre les Cours d'appel est suffisamment regrettable pour que des désaccords supplémentaires n'y surajoutent pas (…). L'unité du droit et (…) la sécurité juridique exigent que le revirement pour l'avenir soit proclamé d'une seule voix »[1164].

En effet, seule la Cour de cassation peut opérer un revirement de jurisprudence qui entraînera une modification de la règle jurisprudentielle. Par conséquent, elle seule doit pouvoir décider de ses effets dans le temps. Certes, les juridictions du fond peuvent opérer un revirement de jurisprudence et ainsi, donner l'impulsion nécessaire au changement dans l'interprétation de la règle jurisprudentielle par le juge de cassation, mais seul un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation sera considéré comme source du droit.

752. Le Rapport préconise qu' « une fois la modulation dans le temps des effets du revirement admise par la décision de revirement elle-même, les juges du fond pourront, s'ils en viennent à appliquer à leur tour la règle consacrée par le revirement, moduler son application. Autrement dit, de la même manière qu'ils « suivent » la Cour de cassation dans ses décisions de principe ou de revirement, ils moduleront au cas d'espèce qu'ils auront à juger »[1165]. Le rapport utilise le verbe « pouvoir ». Il est donc considéré que les juges du fond conservent la possibilité de ne pas moduler. Cela est compréhensible au regard de l'article 5 du code civil. Par conséquent, soit la juridiction du fond applique la nouvelle règle jurisprudentielle sans modulation, soit elle l'applique avec modulation, mais elle n'a pas la possibilité de prévoir sa propre modulation.

[1164] P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, n° 4, p. 251.
[1165] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 39.

753. Si l'on considère la nouvelle règle jurisprudentielle comme un ensemble incluant la modification apportée à l'interprétation ancienne et la modulation dans le temps, il en découle que la liberté des juridictions est préservée mais que pour qu'il y ait égalité de traitement entre les justiciables, l'absence de modulation doit ouvrir droit à un recours devant la Cour de cassation. Cette dernière saisie d'un tel pourvoi devra donc à chaque fois reformuler la modulation dans le temps. Bien sûr, le pouvoir normatif de la Cour de cassation n'étant pas officiel, le pourvoi devra critiquer l'interprétation du texte dans son ensemble. C'est pour cette raison que l'on préconise de considérer la modulation dans le temps comme un caractère intrinsèque à la nouvelle règle jurisprudentielle.

754. Pour que la modulation dans le temps soit pleinement efficace, il est nécessaire que les justiciables soient informés au plus vite du revirement afin d'en prévenir les effets.

§2) La publicité de la décision opérant modulation dans le temps

755. « Que le juge explique ouvertement ses jugements, qu'il livre publiquement son raisonnement. C'est précisément ce raisonnement qui limitera l'arbitraire du juge et qui donnera aux justiciables les indications nécessaires pour pouvoir arranger correctement leurs affaires. Cette seconde exigence implique surtout que le discours jusqu'ici interne du système judiciaire français soit bel et bien publié »[1166]. La publicité prévue pour les décisions de justice diffère de celle de la loi. Alors que cette dernière est portée à la connaissance du public par le biais du Journal officiel, les décisions judiciaires sont notifiées aux parties et peuvent faire l'objet

[1166] M. LASSER, « Les récentes modifications du processus de décision de la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD Civ*. 2006, p. 691 et s.

d'une parution aux Bulletins de la Cour de cassation et dans les revues juridiques. « Ces publications poursuivent un double but : elles visent d'abord à faire connaître le contenu même de la décision, pour que chacun puisse y lire la règle énoncée. Mais elles visent aussi à opérer une sélection entre les décisions, à faire ressortir les plus importantes, celles qui font jurisprudence »[1167].

756. Il est évident que la publication de l'ensemble des décisions de la Cour de cassation ne s'avère par réellement nécessaire, nombre de décisions n'étant que d'espèce n'apportant aucune avancée sur le plan du droit. Par contre, il est nécessaire que l'ensemble des décisions opérant revirement de jurisprudence soit publié. En effet, la jurisprudence étant une source du droit, il doit être obligatoire de permettre à tout justiciable d'y accéder. Cependant, si aujourd'hui la Cour de cassation remplit cette condition, il semble que le délai entre le prononcé de la décision et la publication puisse être encore réduit.

757. Lorsque le juge fixe une date future, il va être aisé de publier la décision avant l'écoulement du délai. Cependant, lorsque le juge prévoit que la décision commencera à produire ses effets à compter de son prononcé, il est nécessaire que sa publication soit concomitante à ce dernier.

Le Professeur MOULY propose que le revirement de jurisprudence produise ses effets au jour de la parution au Bulletin de la Cour de cassation. Cependant, cela revient à priver le juge de la possibilité de prévoir que le revirement aura un effet immédiat et imposera nécessairement son report à une date future.

Il serait possible de contourner la difficulté en publiant la décision sur internet dès son prononcé. *Légifrance* est un outil incontournable. Ce site publie les décisions des différentes juridictions françaises et européennes. Néanmoins, l'outil le plus adéquat reste le site internet de la Cour de cassation. Il est donc nécessaire qu'un arrêt modulateur, accompagné des textes l'éclairant, soit publié concomitamment au délibéré sur ce site afin que tout justiciable soit à même d'en prendre connaissance

[1167] J. HERON, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ* 1993-4, p. 1087.

immédiatement. Il serait ainsi possible de prévoir une rubrique dans laquelle figureraient les arrêts dont la publication rapide est nécessaire.

758. Dans le cadre d'un arrêt modulateur, la publicité revêt une importance particulière car le juge a modulé sa décision afin de permettre aux justiciables d'adapter leur situation. Or, s'ils n'en sont pas informés rapidement l'effet de la modulation s'avèrera amoindri.

759. <u>Bilan du chapitre 2 :</u> Si l'on admet que le juge puisse moduler dans le temps ses décisions opérant revirement de jurisprudence, il est nécessaire que certaines précautions soient prises.

La modulation ne peut intervenir que dans certains cas. Le juge doit ainsi être à même de se prononcer en pleine connaissance de cause. Cela implique une information optimale du juge. Il est donc nécessaire que les parties, l'Avocat général voire des *amici curiae* y contribuent. Pour cela, les parties et l'Avocat général doivent avoir la possibilité de discuter leur point de vue dans le cadre de leurs écritures. Cette nécessité résulte également du principe du contradictoire. En effet, la modulation dans le temps, lorsqu'elle sera prononcée, va impacter obligatoirement les parties. Ces dernières doivent donc être à même de faire valoir leurs arguments.

760. La modulation dans le temps est une procédure rendue possible en raison du rôle créateur et unificateur du juge de cassation. Par conséquent, seule cette dernière peut être à même de moduler dans le temps ses décisions. Cependant, de telles décisions nécessitent une unification d'interprétation au sein de la Cour de cassation de sorte que seules l'Assemblée plénière et la Chambre mixte devraient disposer de ces prérogatives.

761. Un dernier aspect de la procédure est incontournable : la décision doit être publiée rapidement. En effet, si le juge module sa décision dans le temps, c'est qu'il estime que seules les conséquences des situations juridiques postérieures au revirement de jurisprudence doivent être concernées par la nouvelle règle

jurisprudentielle et ce, afin de préserver les prévisions des justiciables ou de limiter les conséquences néfastes qui en résulteraient. Par conséquent, la publicité de la décision doit être concomitante au prononcé de la décision, ceci étant possible par le biais du site internet de la Cour de cassation.

Conclusion du titre 2

762. Si le juge dispose de différentes techniques pour prévenir ou diminuer les effets néfastes de certains revirements de jurisprudence, il s'avère qu'elles ne sont pas pleinement efficaces puisqu'elles n'en limitent que partiellement les conséquences.

763. La commission ayant rendu le Rapport a estimé qu'il serait possible pour le juge, dans des cas exceptionnels, de moduler dans le temps ses décisions. Cette solution aurait pour conséquence de n'appliquer qu'aux situations futures la nouvelle règle jurisprudentielle, supprimant ainsi la rétroactivité du revirement de jurisprudence.

764. Cette technique est déjà utilisée devant les Cours européennes et en *common law*. En droit interne, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation y ont également eu recours récemment mais sans que leur position ne soit clairement tranchée.

765. Un cadre peut cependant être proposé. En modulant sa décision, le juge limiterait les effets du revirement pour l'avenir, que ce soit à partir de la date du prononcé de la décision ou à compter d'une date future qu'il déterminerait.

766. Cette modulation s'appliquerait à l'ensemble des justiciables quelle que soit leur situation, y compris aux parties et dans le cadre des affaires pendantes.

Le juge devra au cas par cas décider de la modulation. Pour cela, il pourrait avoir recours à la méthode du bilan ou faire appel aux droits fondamentaux.

767. Si aucune condition stricte quant aux raisons de la modulation dans le temps ne doit être posée, il est cependant utile de fixer un cadre procédural dans lequel la modulation se réalisera. Ce cadre est nécessaire afin que les droits des parties soient préservés et que l'information du juge soit optimale. Ce dernier pourrait ainsi, faire appel aux *amici curiae* pour l'éclairer dans sa décision.

768. De plus, seule la Cour de cassation, en son Assemblée plénière ou sa Chambre mixte, pourrait rendre un arrêt modulateur afin que la règle jurisprudentielle ne donne pas lieu à différentes interprétations au sein de la Cour et que la modulation soit discutée par une formation solennelle.

769. Pour que le processus soit complet, il est utile que la décision soit publiée rapidement. Ainsi, lorsque le juge opte pour un effet immédiat du revirement de jurisprudence, il semble indispensable que ce dernier soit porté au plus vite à la connaissance de l'ensemble des justiciables afin qu'ils adaptent leur comportement et leur situation. Pour cela, l'arrêt pourrait être publié sur le site internet de la Cour de cassation.

Conclusion de la partie 2

770. L'étude de la jurisprudence nous a conduits à constater qu'aujourd'hui, cette dernière doit être considérée comme une source du droit. Ainsi, lorsqu'un revirement de jurisprudence viendra la modifier, il y aura évolution de la règle jurisprudentielle rétroactivement. Cette rétroactivité, dans des cas exceptionnels, peut entraîner des conséquences dont l'impact emportera des effets néfastes plus importants que les avantages procurés par le revirement de jurisprudence.

771. Le juge, conscient du problème, va tenter de limiter le phénomène. Ainsi, va-t-il user de différentes techniques d'annonces. En effet, si le revirement est annoncé, et donc prévisible, il ne surprendra pas le justiciable en mesure de prendre ses dispositions.

Le juge peut également contourner l'effet de la rétroactivité en ayant recours à certaines techniques procédurales, qui cependant, ne protègent que les parties.

Malheureusement, ces techniques s'avèrent insuffisantes et la possibilité pour le juge de moduler dans le temps ses décisions a été avancée. Ainsi, pourrait-on envisager que le juge limite pour l'avenir les effets du revirement de jurisprudence comme cela est déjà pratiqué par certaines juridictions.

772. Le juge aurait ainsi à peser les différents intérêts en présence en étudiant les conséquences de sa décision. Pour cela il se ferait aider des différents acteurs au procès, afin que sa décision soit la plus juste et la plus adéquate possible.

La modulation dans le temps étant une technique exceptionnelle nécessitant une unification jurisprudentielle, seule la Cour de cassation pourrait y procéder.

De plus une publicité spécifique des décisions est indispensable afin que chacun puisse connaître ses droits et ses obligations et agisse en conséquence. Mais également, que l'effet de la modulation dans le temps soit optimal.

Conclusion générale

773. La question des revirements de jurisprudence est étroitement liée avec l'acceptation de la mission du juge de cassation. Classiquement, ce dernier était regardé comme un simple lecteur de la loi sans aucun pouvoir de création. Il en résultait que lorsqu'un revirement de jurisprudence intervenait, il n'avait d'effet qu'entre les parties, les tiers ne pouvant se prévaloir de la solution dégagée par le juge.

774. Cette conception n'est cependant plus d'actualité en raison de la constatation de l'évolution des pouvoirs du juge de cassation. En effet, ses pouvoirs se sont considérablement accrus depuis plus d'un siècle et il convient de considérer le juge comme un bâtisseur, à part entière, du droit. Les arguments tirés de la théorie de la séparation des pouvoirs et des articles 4 et 5 du code civil, qui auparavant s'y opposaient, permettent, à la lumière d'une lecture contemporaine, la reconnaissance du pouvoir prétorien. Si ces textes délimitent toujours les prérogatives du juge, ils n'empêchent pas que ce dernier puisse créer du droit lorsque la loi est imparfaite.

775. La jurisprudence se révèle alors être source du droit puisque le juge va, au travers de la décision et en tranchant le litige qui lui est soumis, poser des règles jurisprudentielles. Ces dernières peuvent être considérées comme des règles de droit puisqu'elles sont générales, impersonnelles, sanctionnables et revêtues d'une force normative certaine.

776. Cette constatation entraîne des interrogations quant aux conséquences des revirements de jurisprudence. En effet, règle de droit spécifique, la nouvelle règle jurisprudentielle issue du revirement de jurisprudence ne bénéficie pas des garanties encadrant les textes légaux telles que la publicité au Journal officiel ou le principe de non-rétroactivité. Il en résulte que les revirements de jurisprudence, sous certains aspects, apparaissent comme contraire à la sécurité juridique.

777. Les principales interrogations portent sur la rétroactivité automatique des revirements de jurisprudence. En effet, lorsqu'une nouvelle règle jurisprudentielle voit le jour dans le cadre d'un revirement de jurisprudence, cette dernière va venir s'appliquer à tous les litiges dont le juge sera saisi, quelle que soit la date de réalisation des faits ou de l'acte juridique. Ainsi, la nouvelle règle jurisprudentielle trouvera à s'appliquer à des situations juridiques s'étant réalisées sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, pouvant, dans certains cas, entraîner des conséquences dont l'impact est plus néfaste que les avantages attendus du revirement.

778. Le juge a conscience de ce phénomène et use de certaines techniques pour le prévenir. Ainsi, le juge informe le législateur, au travers de son rapport annuel, des difficultés qu'il a rencontrées dans l'application de la loi afin que ce dernier modifie les textes, évitant au juge d'opérer un revirement de jurisprudence. Il peut également annoncer le revirement afin que les justifiables concernés prennent leurs dispositions. Il a aussi recours à certaines techniques procédurales qui permettent de ne pas impacter les parties par le changement de la règle jurisprudentielle. Ces différentes techniques, si elles limitent les conséquences néfastes du revirement de jurisprudence, s'avèrent toutefois insuffisantes.

779. Permettre au juge de moduler dans le temps ses décisions opérant revirement de jurisprudence serait alors une solution. Le juge aurait la possibilité d'opter pour un arrêt modulateur ayant, soit un effet immédiat, soit un effet futur. L'application de la nouvelle règle jurisprudentielle serait alors limitée aux conséquences des situations juridiques intervenues postérieurement au prononcé de la décision. Pour cela le juge devra étudier les effets attachés à sa nouvelle interprétation, que ce soit en faisant appel à la méthode du bilan ou aux droits fondamentaux.

Cette solution nécessite toutefois une procédure spécifique afin de garantir au justiciable une juste modulation de l'application dans le temps de la règle jurisprudentielle. Seule la Cour de cassation aurait la possibilité de rendre des arrêts modulateurs après avoir entendu toutes personnes qualifiées pouvant lui fournir les renseignements lui permettant d'obtenir une information optimale.

Il serait également utile que la décision opérant modulation dans le temps soit immédiatement publiée pour une information rapide du justiciable lui permettant de se mettre en conformité le plus rapidement possible avec la nouvelle interprétation prétorienne.

780. Les systèmes juridiques évoluent constamment, que ce soit sur la forme ou sur le fond. Ainsi, le système de *common law* laisse une place de plus en plus importante aux lois. L'évolution de notre système conditionnera l'accueil de propositions faites précédemment. Le juge pourrait être reconnu officiellement par le législateur comme source du droit et il pourra alors, libre moduler dans le temps ses décisions. Le juge pourrait également rester dans l'ombre, la jurisprudence n'étant pas reconnue comme une source du droit, la question de la modulation dans le temps des décisions restera alors, plus épineuse et il n'est pas certain que le juge y ait recours fréquemment.

Bibliographie

I) *Ouvrages généraux, traités, manuels*

A

AUBERT J.-L., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 10ème éd., 2004.

B

BATIFFOL H., - *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979.

- *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 10ème éd., 1997.

BECCARIA C., *Des délits et des peines*, trad. M. CHEVALLIER, Livourne 1764, Flammarion, 1991.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Méthode du droit, Dalloz, 4ème éd., 2003.

BORE J., **BORE L.**, *La cassation en matière pénale*, Dalloz, 2ème éd., 2004.

BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, Litec, 2ème éd., 2009.

C

CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction*, PUF, Quadrige manuels, 2004.

- *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 1994.

- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Forum, Flammarion, 1996.

CHAINAIS C., **GUINCHARD S.**, **FERRAND F.**, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 30ème éd., 2010.

CORNU G., *Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, 12ème éd., 2005.

D

DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, éd. A. Rousseau, Paris, 1991.

G

GHESTIN J., **GOUBEAUX G.**, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 3ème éd., 1990.

GUINCHARD S. et alii, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 2003.

J

JESTAZ P., *Les sources du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 2005.

L

LEQUETTE Y., **TERRE F.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civil*e, Dalloz, 11ème éd., 2000.

LONG M., **WEIL P.**, **BRAIBANT G.**, **DELVOLVE P.**, **GENEVOIS B.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17ème éd., 2009.

M

MALAURIE P., MORVAN P., *Introduction générale*, Defrénois, 3ème éd., 2009.

MARTY G., RAYNAUD P., *Introduction générale à l'étude du droit. Droit civil*, Sirey, 2ème éd., 1972, t. 1.

P

PACTET P., *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Masson, *Droit Sciences économiques*, 12ème éd., 1993.

PERROT R., *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 4ème éd., 1992.

R

ROUBIER P., - *Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, 1929, t. 1.
- *Le droit transitoire : conflit de lois dans le temps*, Dalloz, 2ème éd., 1960.

S

STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, Litec, 5ème éd., 2000.

T

TERRE F., *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 6ème éd., 2003.

V

VILLEY M., *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, 2001.

W

WALINE J., *Droit administratif*, Précis Dalloz, 22ème éd., 2008.

II) Ouvrages spéciaux, thèses et mémoires

A

AMRANI-MEKKI S., *Le temps et le procès civil*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002.

AUBERT J.-L., *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 4ème éd., 2002.

ARISTOTE, *La politique*, Bibliothèque des textes philosophiques, Librairie philosophique J. Vrin, 1995.

B

BASDEVANT-GAUDEMET B., **GAUDEMET J.**, *Introduction historique au droit, XIIIème - XXème siècles*, LGDJ, 2ème éd., 2003

BECHILLON (DE) D., - Qu'est-ce *qu'une règle de Droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997.

- *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Droit public positif, Economica, 1999.

BELAID S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1974.

BEN MERZOUK E., *La sécurité juridique en droit positif*, thèse de doctorat, Paris II, 2003.

BERRE (LE) H., *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 - Conseil d'Etat et Tribunal des conflits*, LGDJ, 1999.

BONNEAU T., *La cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, Les grandes thèses du droit français, PUF, 1990.

C

CAPPELLETTI M., *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica et PU d'Aix-Marseille, 1990.

CARBONNIER J., - *Sociologie juridique, Quadrige*, PUF, 1994.

- *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Forum, Flammarion, 1996.

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, t. 1, Paris, 1920.

CHRETIEN M., *Les règles de droit d'origine juridictionnelle. Leur formation. Leurs caractères*, thèse dactyl, Droit, Lille, Impr. de L. Danel, 1936.

COPPENS P., *Normes et fonction de juger*, La pensée juridique, Bruylant, LGDJ, 1998.

D

DELMAS-MARTY M., *Le droit flou*, PUF, 1986.

DURKHEIM E., *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1960.

F

FAIRGRIEVE D., **MUIR WATT H.**, *Common Law et tradition civiliste***,** Droit et justice, PUF, 2006.

G

GENY F., - *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, t. 1 et 2, LGDJ, 2ème éd., 1919.

- *Science et technique en droit positif*, t. 2, Elaboration scientifique du droit positif, Sirey, 1921.

H

HART L. A., *Le concept de droit*, trad. M. VAN DE KERCHOVE, FUSL, Bruxelles, 1994.

I

IMBERT J., *Histoire du droit privé,* Que sais-je, PUF, 1950.

J

JESTAZ P., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1968.

JEZE G., *Principes généraux du droit administratif*, Paris, M. Giard, 1925, t. 1.

K

KELSEN H., - *La validité du droit international,* Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, La Haye, 1932-IV.

- *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, 1997.

- *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2ème éd., 1999.

L

DE PAGE H., *Gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruylant et Sirey, 1931.

LABBEE X., *Les critères de la norme juridique*, PU de Lille, 1994.

LAMBERT E., *Etude de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, t. 1, Les conceptions étroites ou unilatérales, Paris, 1903.

LANGENIEUX-TRIBALAT A., *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse de doctorat, 2007, Limoges.

LESAGE M., Les *interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice (contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs)*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, Paris, 1960.

M

MENETREY S., *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2010.

MIMIN P., *Le style des jugements*, Librairies techniques, Libraire de la Cour de cassation, 1962.

MONTAGNE H., *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, Limoges, Imp. P. Dumont, 1912.

MORVAN P., *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 1999.

MOULAY-LEROUX S., *La dissidence à la Cour internationale de justice*, thèse de doctorat, 1996, Poitiers.

O

OST F., **VAN DE KERCHOVE M.**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

P

PERELMAN C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, Paris, 1984.

PIAZZON T., *La sécurité juridique*, Collection de thèse, Defrénois, Lextenso éd., 2009.

R

RIGAUX F., *Plaisir, interdits et pouvoirs. Une analyse des discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et la race*, Gandaius Ontmoetingen met recht 3, Kluwer, 2000.

RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1955.

ROUBIER P., - *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Sirey, 2ème éd., 1951.

- *Le droit transitoire : conflit de lois dans le temps*, 2ème éd., Dalloz, 1960.

S

SALUDEN M., *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, thèse dactyl., Paris II, 1983.

SALVAT O., *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl., Paris II, 1983.

V

VARNEROT V., *Les sources privées du droit fiscal*, dir. G. MARTIN et J. SPLINDLER, thèse de doctorat, Nice, 2001.

VEYNE P., *Comment on écrit l'histoire*, augmenté de *Foucault révolutionne l'histoire*, Paris, Ed. Du Seuil, 1979.

VILLEY M., *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, 2001.

W

WEBER J.-F., *La cour de cassation*, La documentation française, 2006.

Z

ZENATI F., *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.

III) Ouvrages collectifs, mélanges, dictionnaires, recueils de jurisprudence, rapports

A

ALLARD J., GARAPON A., GROS F. (dir.), *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008.

AUROUX S., **JACOB A.**, **MATTEI J.-F.** (dir.), *L'encyclopédie philosophique universelle*, PUF, 1990, t. 1.

B

BISSARDON S., *Guide du langage juridique*, Objectif droit, LexisNexis, Litec, 3ème éd., 2009.

BOY L., RACINE J.-B., SIIRIAINEN F. (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007.

C

CABRILLAC M. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Objectif droit, LexisNexis, Litec , 2002.

CAPITANT H., **TERRE F.**, **LEQUETTE Y.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11ème éd., 2000.

CLAUDEL E., THULLIER B. (codir.), *Le droit mou, une concurrence faite à la loi ?*, Actes du colloque du 3 décembre 2004, Paris, www.glose.org/cedcace.htm.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8ème éd. 2008.

F

FAURE G., KOUBI G. (dir.), *Le titre préliminaire du code civil*, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003.

L

L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994.

La Cour de cassation et l'élaboration du droit, N. MOLFESSIS (dir.), Etudes juridiques, Economica, 2004.

La création du droit jurisprudentiel, *Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007.

La création du droit par le juge, *APD* 2007, n° 50.

Les sanctions, Justice et cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz 2005.

Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz, Dalloz, 2006.

LUCAS-ALBERNI K., SUDRE F., (dir.), *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Droit et Justice Bruylant, 2009.

M

MATHIEU B. (dir.), *Le principe de sécurité juridique*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 11, 2001, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-11/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-11.52109.html.

MOLFESSIS N. (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005.

Q

QUEMNER T. A. (dir.), *Dictionnaire juridique français-anglais*, Paris, Editions de Navarre, 1977.

R

Rapport annuel de la Cour de cassation, 1975, 1991, 1998, 1999, 2003, 2004, 2010, La documentation française.

Rapport public du Conseil d'Etat : - 1991, *De la sécurité juridique*, EDCE, n°43, La documentation française, 1992.

- 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, n°57, La documentation française, 2007.

T

THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ et Bruyland, 2009.

V

VIRVILLE (DE) M., *Pour un code du travail plus efficace, Rapport au Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, La documentation française, coll. Les rapports officiels, 2004.

W

WARSMANN J.-L., *Simplifions nos lois pour guérir un mal français, Rapport au Premier ministre*, Coll. rapports officiels, La documentation française, 2009.

VI) Articles, études, chroniques, contribution à des mélanges et discours, entretiens

A

ADER H., « L'insécurité dans le droit communautaire », Entretiens de Nanterre, 16-17 mars 1990, *JCP E.* 1990, p. 32.

AGUILA Y., - « Sur l'art de juger », *RD&J*, n° 24, automne 2006, p. 1.

- « Le juge et les réalités sociales », *RD&J*, n° 31, hiver 2008-2009, p. 1.

AMRANI MEKKI S., - « Quelques réflexions procédurales », *RTD Civ.* 2005, p. 293.

AMSELEK P., - « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989-10, p. 9.

- « Le rôle de la volonté et édiction des normes juridiques selon H. KELSEN », *Revue Juridique Thémis*, n° 33, 1999, p. 189.

ANCEL J.-P., « Une opinion dissidente », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 2.

ATIAS C., - « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD* 1982, n° 27, p. 209.

- in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 73.

- « Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique », *D.* 2003, p. 513.

- « Sur les revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 298.

- « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTC Civ.* 2007, p. 23.

- « La condition ajoutée à la loi par le juge (là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus distinguer) », OMNIDROIT, Newsletter 2009, n° 73, p. 19.

AUBERT J.-L., - « L'arrêt *Desmares* : une provocation … à quelles réformes », *D.* 1983, p. 1.

- « Pour des rébellions constructives sur la jurisprudence aujourd'hui », *RTD Civ.* 1992, p. 338.

- *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 181.

- « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence : faut-il moduler dans le temps des revirements de jurisprudence ? … J'en doute ? », *RTD Civ.* 2005, p. 300.

- « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 19.

AUDINET A., « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges B. de la Gressaye*, 1967, p. 99.

AUDOLANT A., « Les lois de police en droit international privé », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE , LGDJ et Bruylant, 2009, p. 309.

B

BACHELLIER X., - in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 91.

- et **JOBARD-BACHELLIER M.-N.**, « Les revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 304.

BATIFFOL H., « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD* 1967, n° 12, p. 338.

BECHILLON (de) D., - « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973.

- « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? » in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 29.

BELLET P., « Grandeur et servitude de la Cour de cassation », *RIDC* 1980, p. 293.

BENICHOU M., « Sécurité juridique et acte contresigné par avocat » (entretien), *Avocats & Droit*, mars/mai 2011, p. 40.

BERGEL J.-L., « Introduction générale », in *L'office du juge*, colloque des 29 et 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg, Paris.

BIEGNIER B., « PORTALIS et le droit naturel dans le code civil », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit*, 1988, n° 6, p. 77.

BOLZE A., « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *RRJ* 1997-3, p. 855.

BONNEAU T., **«** Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, p. 24.

BORE L., « L'obscurité de la loi », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 27.

BOULANGER J., « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD Civ.* 1961, p. 417.

BOULLOCHE F.-R., « La Cour de cassation et la responsabilité contractuelle des constructeurs », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 39.

BOULOUIS J., « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum P. PESCATORE*, Nomos, Baden Baden, 1987, p. 53.

BOUTONNET M., « La force normative des principes environnementaux entre droit de l'environnement et théorie générale du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 479.

BRENNER C., « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », in *La création du droit par le juge*, *APD* 2007, n° 50, p. 149.

BRETON A., « A propos de la filiation non classique », *RTD Civ.* 1992, p. 340.

BRETON (LE) G., « Force normative et exécution de la sentence arbitrale », in *La force normative. Naissance d'un concept,* dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 721.

BRUNET F., « La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE , LGDJ et Bruyland, 2009, p. 403.

BUISSON J., « Non rétroactivité des lois et droit fiscal », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 99.

BURGELIN J.-F., « L'obligation d'informer le patient expliquée aux médecins », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 71.

C

CADIET L., « Autorité de chose jugée : de la jurisprudence vers les codes », *JCP G.* 2007, Numéro historique - Hors série / Cahier n° 2, p. 17.

CANIVET G., « Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, 6 janvier 2000 », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 49.

- *L'efficience des systèmes juridiques*, Colloque et conférences juridiques et judiciaires franco-tchèques, 1999/2000, publication de l'Ambassade de France en République tchèque, p. 50.

- et **MOLFESSIS N.**, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *JCP G.* 2004, I, 189.

- « L'apport de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme à la théorie des conflits d'application de la loi dans le temps. A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004 », in *Justice et Cassation*, Dalloz, 2004, p. 290.

- « Allocution prononcée lors de l'Audience solennelle de début d'année judiciaire, 6 janvier 2005 », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation 2004*, La documentation française, 2005, p. 30.

- « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD Civ. 2005*, p. 33.

- et **MOLFESSIS N.**, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 79.

- « Le juge et la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ, Bruyland, 2009, p. 23.

CAPOULADE P., in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 217.

CARBONNIER J., « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* LGDJ, 9ème éd., 1998, p. 187.

CASILE J.-F., « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », *RRJ* 2004-2, p. 639.

CASSIA P., « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190.

CHAPUS R., « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, p. 99.

CHARBIT N., « La limitation de l'effet rétroactif des arrêts par le juge communautaire », in *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet,* dir. N. MOLFESSIS , Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 73.

CHARBONNIER L., « Ministère public et Cour suprême », *JCP G.* 1991, I, 3532.

CHARTIER Y., - in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 149.

- « De l'an II à l'an 2000, Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in *Mélanges P. Drai,* Dalloz, 2000, p. 269.

CHARRUAULT C., « Compléter l'article 5 du code civil », *JCP G.* 2007, Numéro historique - Hors série / Cahier n° 2, p. 21.

CHASSAGNARD-PINET S., « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in *La force normative. Naissance d'un concept,* dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 153.

CHAUVIN P., in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 109.

CHENE C., « Jean CARBONNIER et la querelle de la source ou de l'autorité : permanence d'un vieux débat ? », texte inédit de la conférence *Arcades sur fond de droit*, www.courdecassation.fr/IMG/File/3-intervention_chene.pdf

CHEVALLIER J., - « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 125.

- « Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 559.

CHEVRAU J., in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 85.

CLAUSADE (DE) J., « Sécurité juridique et complexité du droit : considérations générales du Conseil d'Etat », *D.* 2006, p. 737.

CONTE P., « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *JCP G.* 1988, I, 3343.

CORNU G., « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *RTD Civ.* 1992, p. 342.

COSTA J.-P., « La normativité des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 29.

COPPENS P., « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 153.

CRISTAU A., « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814.

D

DAVID R., « La jurisprudence », *RRJ* 1985, p. 779.

DE PAGE H., « A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit », *S.* 1931, p. 161.

DEBRE J.-L., « Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français », Intervention lors de la deuxième conférence régionale du monde arabe, DOHA, Quatar, 27 et 28 avril 2008.

DELAPORTE V., in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 159.

DELVOLVE P., « L'été des ordonnances », *RFDA* 2005, p. 909.

DENOIX DE SAINT MARC R., « Le Conseil d'Etat, acteur déterminant de l'élaboration des lois et règlements » (entretien), *JCP G.* 2006, p. 479.

DEPREZ 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.

DESHAYES O., « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 2008, p. 1102.

DEUMIER P., - et **ENCINAS DE MUNAGORRI R.**, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTD Civ.* 2005, p. 83.

- « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ. 2006*, p. 510.

- « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge, APD* 2007, n° 50, p. 49.

- « Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD Civ.* 2007, p. 72.

DION N., « Les forces de la médiation, variations libres », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 707.

DOMINGO M., - « Le juge dans l'épaisse forêt du droit », *RD&J*, 2009, n° 32, p. 1.

- « Parler droit », *RD&J*, 2010, n° 34, p. 1.

DRAI P., « Allocution prononcée lors de l'Audience solennelle de début d'année judiciaire, 6 janvier 1992 », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1991*, La documentation française, 1992, p. 43.

DREYER E., - « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2206, p. 748.

- « La sécurité juridique et le droit pénal économique », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 381.

DROSS W., « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? », *D.* 2006, p. 472.

DUGUIT L., - « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906, p. 446.

- « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP* 1919, p. 320.

DUMAS J.-P., « Secret de juge », in *Le droit privé français à la fin du XX*^{ème} *siècle, Mélanges offerts à P. Catala*, Litec, 2001, p. 179.

DUONG L.-M., - « La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 207.

- « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, p. 783.

DUPEYROUX O., « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463.

DURAND P., - « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne de droit privé », *D.* 1956, p. 73.

- « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^{ème} République », *JCP G.* 1959, I, 1470.

E

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.

- « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD Civ.* 2005, p. 88.

ESMEIN A., « La jurisprudence et la doctrine », *RTD Civ.* 1902, p. 5.

ESMEIN P., « La jurisprudence et la loi », *RTD Civ.* 1952, p. 17.

F

FARFAT G., « Observations sur la sécurité juridique, le lien social et le droit économique », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 43.

FERRAND F., « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », in *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, N. MOLFESSIS (dir.), Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 81.

FLAUSS-DIEM J., *Le Practice Statement de 1966 et la règle du précédent à la House of Lords*, Justices, 1997, p. 356.

FOUSSARD D., - *« Sécurité et jurisprudence. Rapport de synthèse »*, Entretiens de Nanterre, 16-17 mars 1990, *JCP E.* 1990, p. 17.

- in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 225.

FRANCK E., « L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergée de l'iceberg », *D.* 2003, p. 119.

FRICERO N., - « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 181.

- « La nouvelle prescription : entre sécurité et modernité », *RLDC* 2008, 3093.

FRISON-ROCHE M.- A., - « La jurisprudence massive », *D.* 1993, p. 287.

- « La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences », *RTD Civ.* 2005, p. 310.

- « De l'injuste au juste », in *La procédure injuste*, dir. M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANE, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, p. 77.

FROUIN J.-Y., « Raison de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S.* 2009, chron. 1516.

G

GATTINO A., « La force dissuasive des sanctions et la contrefaçon de marque », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 663.

GAUDEMET E., « L'œuvre de SALEILLES et l'œuvre de GENY en méthodologie juridique et philosophie du droit », in *Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Recueil d'études en l'honneur de F. GENY*, *Rec. Sirey*, 1934, t. 2, p. 8.

GAUDEMET P., « La séparation des pouvoirs, mythe et réalité », *D.* 1961, p. 121.

GAUDEMET Y., « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 387.

GAUTIER P.-Y., « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2004, p. 2839.

GELINAUD-LARRIVET G., « Le rôle des revirements de jurisprudence », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Economica, 2004, p. 161.

GENIAUT B., « La force normative des standards juridiques. Eléments pour une approche pragmatique », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 187.

GENY F., « La notion de Droit en France », *APDSJ*, 1931, p. 16.

GEOL M., in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993, p. 37.

GHESTIN J., « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p. 2239.

GOBERT M., - « Réflexion sur les sources du droit et le « principe » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD Civ.* 1992, p. 489.

- « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD Civ.* 1992, p. 344.

- « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *BICC* 2007, n° 673, p. 6.

GOUTTE (DE) R., - in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 43.

- « Discours lors de l'installation de M. NADAL dans les fonctions de Procureur général près la Cour de cassation », 17 novembre 2004, www.courdecassation.fr/manifestations /audiences/nov2004/Discours-PAG.htm.

GRIDEL J.-P., « La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228.

GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 199.

GUTMANN D., « Le juge doit respecter la cohérence du droit ». Réflexion sur un imaginaire article $4^{½}$ du code civil », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 109.

H

HALPERIN J.-L., « Le tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799) », in *Annales historiques de la Révolution française*, 1986, n° 263, p. 99.

HEBRAUD P., - « Jurisprudence française en matière de droit privé », *RTD Civ.* 1972, p. 163.

- « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à P. Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

- « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 1.

HEMERY B., « Pour un contrôle de la dénaturation des faits par la Cour de cassation », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 289 et s.

HENRY X., - « Le chaînage des arrêts de la Cour de Cassation dans le bulletin civil », BICC n° 599, 1er juin 2004.

- « La motivation des arrêts et la technique du moyen. Propositions de réformes », *JCP G.* 2010, 1130.

HERON J., « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ* 1993-4, p. 1083.

HERVIEU A., « Observation sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989-2, p. 257.

HERVIO-LELONG A., « Le bref délais de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée », *D.* 2002, p. 2069.

HEUZE V., « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G.* 2005, I, 130.

HOUIN R., Préface de la 1ère éd. des *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 2ème éd., Bibliothèque de droit commercial, Sirey, 1976.

HUGLO J.-G., « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/la-cour-de-cassation-et-le-principe-de-la-securite-juridique.52121.html.

HUSSON L., « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *RTD Civ.* 1976, p. 431.

J

JAMIN C., « Un modèle original : la construction de la pensée juridique », *BICC*, n° 596, 2004, p. 3.

JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.

JEOL M., in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 37.

JESTAZ P., - « La jurisprudence : réflexion sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11.

- « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, p. 152.

- « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD Civ.* 1996, p. 299.

- « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD Civ.* 1993, p. 73.

- in *L'image doctrinale de la Cour de cassation,* Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 207.

JOUANJAN O., « Présentation » in *L'esprit de l'école historique du droit,* Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série, n°7, 2004.

K

KOUBI G., « Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ? », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, Economica, coll. Etude juridique, t. 16, 2003, p. 215.

L

LACABARATS A., « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889.

LAGARDE X., « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678.

LANDRAUD D., « A propos des revirements de jurisprudence », *JCP G.* 1982, I, 3093.

LARHER-LOYER C., « La jurisprudence d'appel », *JCP G.* 1989, I, 3407.

LASSER M., « Les récentes modifications du processus de décision de la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD Civ.* 2006, p. 691.

LASSERRE-KIESOW V., « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

LASVIGNES S., « Sécurité juridique et qualité de la réglementation : quelques considérations pratiques », in *Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/securite-juridique-et-qualite-de-la-reglementation-quelques-considerations-pratiques.52125.html.

LEMIEUX C., « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », *R.D.U.S.* n°29, 1998-99, p. 223.

LESCOT P., « Les tribunaux face de la carence du législateur », *JCP G.* 1966, I, 2007.

LESUEUR DE GIVRY E., « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2003*, La documentation française, 2004, p. 269.

LIBCHABER R., - « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD Civ.* 2000, p. 199.

- « Les avancées » de la sécurité juridique, *RTD Civ.* 2000, p. 660.

- « Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, coll. Etudes juridiques, Economica, 2003, p. 143.

LOMBARDI VALLAURI L., « Jurisprudence », *APD* 1990, n° 35, p. 191.

LUCHAIRE F., « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », in *Le principe de sécurité juridique*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/la-securite-juridique-en-droit-constitutionnel-francais.52119.html.

LYON-CAEN P., « Le parquet général de la Cour de cassation », interviewé par P. RANCE, *D.* 2003, p. 211.

M

MALAURIE P., - « Rapport français », in *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux Association Henri Capitant, t. 31, 1980, p. 81.

- « La Cour de cassation au XX^{ème} siècle », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 9.

- « La jurisprudence parmi les sources du droit (Sources supérieures et sources inférieures)», Defrénois 2006, n° 06, article 38352, p. 476.

- « La révolution des sources », Defrénois 2006, n° 20, article 38465, p. 1552.

- « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603.

MALINVAUD P., « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 312.

MANNO (DI) T., « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA* 2004, p. 700.

MARKESINIS B., « Occasions manquées et naissantes pour une convergence méthodologique entre le droit français et le droit anglais », *RTD Civ.* 2005, p. 47.

MARINO (di) G., - in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 27.

- « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 312.

MARINO L., « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G.* 2010, 829.

MASTOR W., « Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français », in *Les opinions dissidentes*, Conférence Cour de cassation, mardi 18 octobre 2005, http://www.courdecassation.fr/IMG/File/18_10_2005_intervention_mastor.pdf.

MATHIEU B., - « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges P. Gélard*, LGDJ, Paris, 1999, p. 302.

- « Réflexion en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/reflexions-en-guise-de-conclusion-sur-le-principe-de-securite-juridique.52124.html.

- « Remarques sur un conflit de légitimité entre le juge et le législateur dans la détermination de l'intérêt général et la protection de la sécurité juridique », *RFDA* 2003, p. 470.

- « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », *D.* 2004, p. 1603.

MAURY J., « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 28.

MAZEAUD A., - « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 383.

- « Les sources du droit du travail à l'épreuve du dialogue social », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 355.

MAZEAUD L., « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD Civ.* 1929, p. 17.

MAZUYER E., « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 577.

MEKKI M., « La force normative des groupes d'intérêt : entre ombre et lumière », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 233.

MELLERAY F., « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA* 2005, p. 637 et s.

MILLARD E., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », in *La normativité, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 59.

MODERNE F., « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 722.

MOLFESSIS N., - « L'équité n'est pas une source de droit », *RTD Civ.* 1998, p. 221.

- « La portée des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 1998, p. 210.

- « Le contrôle de conventionnalité d'une loi conforme à la constitution », *RTD Civ.* 1999, p. 236.

- « Les avancées » de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2000, p. 660.

- « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », in « Le contrat : questions d'actualité », *Petites affiches*, 5 mai 2000, p. 41.

- « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD Civ.* 2000, p. 662.

- « La sécurité juridique et la fonction normative de la loi », *RTD Civ.* 2000, p. 670.

- « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.* 2000, p. 666.

- « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2001, p. 699.

- « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD Civ.* 2003, p. 567.

- « Le regard des français et des magistrats sur la justice », *RD&J*, n° 31, Hiver 2008-2009, p. 8.

- « La jurisprudence supra-constitutionem », *JCP G.* 2010, 1039, p. 1955.

MONEGER J., « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTD Civ.* 2005, p. 323.

MORVAN P., - « En droit, la jurisprudence est source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 77.

- « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, n° 4, p. 247.

- « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention _morvan.pdf, 2006.

- « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », *D.* 2007, p. 835.

MOULY C., - « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 33, p. 15.

- in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 123.

- « Le revirement pour l'avenir », *JCP G.* 1994, I, 3776.

- « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *Les petites affiches*, 1994, n° 53, p. 9.

- « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, Etudes juridiques, Economica, 2004, p. 53.

MUIR WATT H. - « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. MOLFESSIS, coll. Etudes juridiques, Economica, 2004, p. 53.

- (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence dans les systèmes de *common law* », in *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 53.

MUZNY P., « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *D.* 2006, p. 2214.

N

NADAL J.-L., interviewé par J.-R. TANCREDE, *Les annonces de la Seine*, 2005, n° 26, p. 8.

O

OPPETIT B., - « Le rôle créateur de la Cour de cassation », in *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La documentation française, 1990, p. 159.

- « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, p. 105.

ORIOL A., in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 191.

OST F., - « Juge-pacificateur, Juge-arbitre, Juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformation et déplacement*, dir. P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1.

- « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », in *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, dir. F. OST et M. VAN HOECKE, Bruyland, Bruxelles, 1998, p. 91.

P

PACTEAU B., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 154.

PAGE (DE) H., « A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit », *S.* 1931, p. 161.

PAQUES M., « Sécurité juridique et risque environnemental », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale,* Larcier, 2007, p. 495.

PARICARD-PIOUX S., « Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce... et ne convainc pas », *D.* 2003, p. 1648.

PERDRIAU A., - « Les arrêts de la Cour de cassation au regard de l'informatique », *JCP G.* 1990, I, 3436.

- « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1990*, La documentation française, 1991, p. 59.

PETEV V., « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *APD* 1985, n° 30, p. 181.

PIEDELIEVRE S., « Remarques sur l'évolution actuelle des sources du droit bancaire », *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz,* Dalloz, 2006, p. 443.

PIWNICA E., « L'application de la règle de droit : de la légalité à la sécurité », in *Les sanctions,* Justice et cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz, 2005, p. 171.

POLLAUD-DULIAN F., « A propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2001, p. 487.

PONSARD A., « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. Crit. DIP* 1990, p. 607.

PONTIER J.-M., « A quoi servent les lois », *D.* 2000, p. 57 et s.

PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », 1801, consultable sur http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours.html.

PRADEL J., « Vers une métamorphose de la garde à vue », *D.* 2010, p. 2783.

PUIG P., « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.* 2001, p. 749.

R

RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 5.

RADE C., - « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : une évolution en trompe l'œil ! », Lexbase hebdo n° 148, 23 décembre 2004, éd. Lettre juridique.

- **«** De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988.

REIS. P., « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit, Economie internationale*, Larcier, 2007, p. 20.

REMY P., « Cent ans de chroniques », *RTD Civ.* 2002, p. 665.

RIMBAULT P., SOULAS de RUSSEL D., « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », in *RID comp.*, vol. 55, 1-2003, p. 85.

RIVERO J., - « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, p. 6.

- « Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice », *D.* 1954, p. 157.

- « Sanction juridictionnelle et règle de Droit », in *Etudes L. Julliot de la Morandiere*, *D.* 1964, p. 457.

- « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15.

ROUBIER P., « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *Mélanges en l'honneur de G. Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p.11.

S

SALEILLES R., « Ecole historique et droit naturel », *RTD Civ.* 1902, p. 80.

SALUDEN M., « Le phénomène de la jurisprudence : Jean CARBONNIER et la psychologie des juges », http://www.courdecassation.fr/IMG/File/4-intervention_ saluden.pdf.

SARGOS P., - « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et l'interprétation du droit », *JCP G.* 2009, n° 46, p. 60.

- « L'horreur économique dans la relation de droit. Libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence », *Dr. Soc.* 2005, p. 123.

- « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *JCP G.* 2006, I, 306.

- « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *JCP G.* 2009, 442.

SAUVEL T., - « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, p. 93.

- « Histoire du jugement motivé », *RDP* 1995, p. 5.

SCHMIDT D., « A propos de la jurisprudence, source du droit des affaires », *D.* 2004, p. 2130.

SERINET Y.-M., « Par elle, avec elle et en elle ? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 328.

SERRAND P., « La force normative de la directive administrative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 447.

SIMON D., « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Etudes à la mémoire du Professeur A. Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 733.

SINAY H., « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958, p. 85.

STUMEL P., « L'école historique française du droit a-t-elle existée ? », *RG1* (2002), p. 90.

T

TERRE F., - « Force et faiblesse de la norme », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 19.

- « Jurisprudence », *RTD Civ.* 1992, p .353.

- « Rapport de « synthèse », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 247.

TEYSSIER B., « La jurisprudence en droit du travail », in *La création du droit par le juge, APD* 2007, n° 50, p. 163.

THERON S., « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA* 2004, p. 230.

THERY P., « Où l'on constate que l'aménagement des revirements de jurisprudence n'est pas si simple... », *RTD Civ.* 2005, p. 625.

THIBIERGE C., - « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.* 2003, p. 599.

- « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519.

- « La force normative. Synthèse », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ et Bruyland, 2009, p. 741.

TOIS E., « La signification des lettres utilisées pour rendre compte de l'étendue de la publication des arrêts de la Cour de cassation », in *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Président G. Canivet*, dir. N. MOLFESSIS, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 139.

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.

TOURNAFOND O., « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 554.

TRICOT D., - « L'interrogation sur « la jurisprudence aujourd'hui », in « D'autres propos sur la jurisprudence », *RTD Civ.* 1993, p. 87.

- « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP G*. 2004, I, 108.

TROPER M., - « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits* 1986, p. 11.

- « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme, Mélanges offerts à J. Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 829.

- « KELSEN Hans, 1881-1973 » in *Dictionnaire de philosophes*, dir. D. HUISMAN, Paris, PUF, 2ème éd., 1993.

TUNC A., « A propos de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 1992, p. 355.

V

VIALA A., « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-6/l-interpretation-du-juge-dans-la-hierarchie-des-normes-et-des-organes.52820.html.

VINEY G., « Le droit de la responsabilité dans l'avant-projet CATALA », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 473.

VOGLIOTTI M., « Penser l'impensable : le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal *in malam partem*. La perspective italienne », in *Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative*, Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2002-2, vol. 26, p. 331.

W

WALINE M., « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public, Mélanges G. Scelle*, LGDJ, 1950, tome 2, p. 613.

WALTER C., « Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles. En Allemagne », in *Les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, p. 81.

WEBER J.-F., « Digressions sur le sens des mots à la Cour de cassation », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 504.

WIEDERKEHR G., « Le rôle de la volonté dans les actes judiciaires », *Mélanges A. Rieg*, Bruylant, 2000, p. 883.

WILDHABER L., « Opinions dissidentes et concordantes des juges individuels à la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Droit et justice, Mélanges en l'honneur de N. Valticos*, Pedone, 1999, p. 259.

Z

ZENATI F., - « Clore enfin le débat », *RTD Civ.* 1992, p. 358.

- « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *RDT Civ.* 1992, p. 247.

- « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15.

- « La nature de la Cour de cassation », Conférence prononcée le jeudi 14 novembre 2002 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, *BICC* n° 575, 15 avril 2003.

ZOLLER E., - « Les revirements de la Cour suprême des Etats-Unis », in *Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, n° 20, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-revirements-de-jurisprudence-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.50632.html.

- « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps. Deux points de vue », *Droits*, 2000, n° 30, p. 97.

- « La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis », in *La République, Mélanges P. Avril*, Montchrestien, 2001, Paris, p. 609.

V) Notes et observations

A

ATIAS C., - « Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique », *D.* 2003, p. 513.

- « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon », *D.* 2000, p. 593.

- « La dispense de motivation de la condamnation pour abus de procédure », OMNIDROIT, Newsletter 2011, n° 146, p. 2.

B

BEIGNIER B., **BLERY C.**, « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », *D.* 2001, p. 2427.

BEN MERZOUK E., « La fausse consécration du « principe de sécurité juridique », *D.* 2003, p. 2722.

BIGOT C., - « L'arrêt *Desmares* : retour au néolithique », *JCP G.* 1982, I, 3090.

- « Atteinte à la présomption d'innocence : changement de régime de la prescription », *D.* 2004, p. 2956.

BOSSE-PLATIERE H., « Enrichissement sans cause et prestation compensatoire : la fin d'une collaboration », *JCP G.* 2010, 749.

C

CACHARD O., « Effet rétroactif de la jurisprudence sur l'obligation d'information du médecin », *JCP G.* 2002, II, 10045.

CARBONNIER J., « Le silence et la gloire », *D.* 1951, p. 159.

CASSIA P., « La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif », *D.* 2007, p. 621.

CORRIGNAN-CARSIN D., - « Précision sur le régime de la contrepartie de la clause de non-concurrence », *JCP G.* 2007, II, 10077.

- « Requalification d'une clause dite « de clientèle » en clause de non-concurrence », *JCP G.* 2010, 24.

CROSQ P., « La violation de l'article L. 341-3 du code de la consommation n'entraîne pas la nullité du cautionnement en entier », *RTD Civ.* 2011, p. 375.

D

DAGORNE-LABBE Y., « Faute du solvens et répétition de l'indu subjectif », *JCP G*. 2010, 685.

DESHAYES O., « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 2008, p. 1102.

DEUMIER P., - « Rétroactivité des lois et droits fondamentaux : un nouvel épisode », *RTD Civ.* 2004, p. 598.

- « Lois interprétatives : d'une scission à l'autre », *RTD Civ.* 2004, p. 603.

- « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.* 2006 p. 521.

- « Les notes au *BICC* : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion », *RTD Civ.* 2007, p. 61.

- « Evolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD Civ.* 2007, p. 72.

DEVYS C., « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative », *RFDA* 2004, p. 454.

DIEU F., « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », *AJDA* 2006, p. 2428.

DREYER E., « Application dans le temps du revirement de jurisprudence sur la prescription de l'acte en réparation de l'atteinte à la présomption d'innocence », *JCP G.* 2007, II, 10040.

E

ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Les sources positives de la déontologie (à propos des avocats), *RTD Civ.* 2007, p. 67.

G

GAUTIER P.-Y., - « Vers un bouleversement radical des sources du droit, ou comment loi et Cour de cassation se voient conjointement désavouées par le juge du fond au sujet de la révision du loyer commercial », *D.* 2003, p. 720.

- « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le Bicentenaire du code civil », *D.* 2004, p. 1108.

- « Rétroactivité de la jurisprudence et arrêts de règlement : au sujet de la contrepartie à la clause de non concurrence », *RTD Civ.* 2005, p. 159.

- « Le notaire et l'agent immobilier auraient dû mieux connaître l'évolution de la Cour de cassation, dans l'intérêt de leur client », *RTD Civ.* 2006, p. 580.

GHESTIN J., « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP G.* 2005, I, 111.

GRIMALDI P., « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », *D.* 2000, p. 155.

L

LAGARDE X., - « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », *JCP G.* 2009, 237.

- « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP G.* 2007, II, 10111.

LEQUETTE Y., « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* », *Rev. Crit. DIP* 1989, p. 277

LAURIN Y., « La consultation par la Cour de cassation de « personnes qualifiées » et la notion d'*amicus curiae* », *JCP G.* 2001, n°38, p. 1709.

LIBCHABER R., - « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD Civ.* 2000, p. 197.

- « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation et le rôle de la doctrine », *RTD Civ.* 2000, p. 679.

- « Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence », *RTD Civ.* 2002, p. 176.

- « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD Civ.* 2002, p. 604.

LOISEAU G., « La protection posthume de la personnalité », *JCP G.* 2010, 942.

LUCAS-ALBERTINI K., « La Cour européenne des droits de l'Homme face à la gestion des effets de ses revirements de jurisprudence », *JCP G.* 2007, II, 10152.

M

MAGNIER V., « L'affaire Vivendi entre rêve américain et cauchemar », *Rev. Sociétés* 2010, p. 367.

MARMOZ F., « Nul n'est censé ignorer que la jurisprudence peut changer… », *D.* 2006, p. 2894

MATHIEU B., - « Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite. Observation à propos de la décision 98-404 DC du 18 décembre 1998 du Conseil constitutionnel », *RFDA* 1999, p. 89.

- « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot », *RFDA* 2004, p. 224.

- « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *JCP G.* 2007, n°1-2, p. 3.

MAZEAUD H., « L'enfant adultérin et la « super-rétroactivité » des lois », *D.* 1997, p. 1.

MESTRE J., « Les effets du contrat demeurent-ils sous l'emprise de la loi ancienne ou sont-ils régis par la loi nouvelle? », *RTD Civ.* 2002, p. 507.

MODERNE F., « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *RFDA* 2007, p. 971.

MOLFESSIS N., - « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.* 2000, p. 666.

- « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2001, p. 699.

- « La portée des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 1998, p. 210.

- « La notion de loi interprétative », *RTD Civ.* 2002, p. 595.

- « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.* 2009, p. 2567.

MONERGER J., « La saga de la révision du loyer commercial : suite et fin », *RTD Civ.* 2002, p. 269.

MONTFORT C., « Application immédiate d'un revirement de jurisprudence », *D.* 2005, p. 878.

P

PERROT R., « Loi de validation et loi rétroactive : leur incidence sur un procès en cours», *RTD Civ.* 2000 p. 630.

PICOD Y., « Le juge au secours du législateur : comment la Cour de cassation réécrit l'article L. 341-3 du code de la consommation », *D.* 2011, p. 1193.

POLLAUD-DULIAN F., « A propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2001, p. 487.

PORCHY-SIMON S., « Revirement de la Cour de cassation quant à la sanction du défaut d'information du patient », *JCP G.* 2010, 788.

R

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.

S

SALAS D., « L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu », *Justices*, Dalloz, Hors Série, 2001, p. 14.

SARGOT P., - « Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin », *D.* 2001, p. 3470.

- « Responsabilité médicale : deux arrêts « historiques », OMNIDROIT, Newsletter n° 104, 2010, p. 20.

SEILLER B., « Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif », *JCP G.* 2007, II, 10160.

SERRA Y., « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, p. 2491.

SLIM H., « Les avocats rattrapés par les revirements de jurisprudence », *JCP G.* 2009, 94.

T

THERY P., - « Le droit à une législation figée? », *RTD Civ.* 2004, p. 341.

- « A propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les oeufs... », *RTD Civ.* 2005, p. 176.

- « Pouvoirs du juge : pas de revirement de jurisprudence sur les revirements... », *RTD Civ.* 2007, p. 168.

THIERRY J., « Droits successoraux des enfants adultérins », *D.* 2000, p. 332.

V

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

Jurisprudence

I) Jurisprudence des juridictions européennes

A) Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

- **CEDH, 21 février 1975**, *Golder*, requête n° 4451/70.
- **CEDH, 26 avril 1979**, *Sunday Times*, requête n° 6538/74.
- **CEDH, 13 juin 1979**, *Marckx c/ Belgique*, requête n° 6833/74.
- **CEDH, 28 novembre 1984**, *Rasmussen*, requête n° 8777/79.
- **CEDH, 29 novembre 1991**, *Vermeire c/ Belgique*, requête n° 12849/87.
- **CEDH, 25 mars 1992,** ***B.*** *c/ France***,** requête n° 13343/87.
- **CEDH, 16 décembre 1992**, *De Geouffre de la Pradelle c/ France*, requête n° 12964/87.
- **CEDH, 25 mai 1993**, *Kokkinakis c/ Grèce*, requête n° 14307/88.
- **CEDH, 24 avril 1994**, *Kruslin* et *Huvig*, requête n° 11801/85 et requête n° 11105/84 *D.* 1990, p. 353, note J. PRADEL.
- **CEDH, 23 mars 1995**, *Loizidou*, requête n° 15318/89.
- **CEDH, 27 septembre 1995**, *G. c/ France*, requête n°15312/89.
- **CEDH, 22 octobre 1995**, *C.R. / Royaume -Uni*, §2, requête n° 20190/92.
- **CEDH, 27 mars 1996**, *Goodwin*, requête n° 17488/90.
- **CEDH, 27 juin 1997**, *Philis*, requête n° 19773/92.
- **CEDH, 16 décembre 1997**, *Eglise catholique de la Canée c/ Grèce*, requête n°143/1996/762/963, *Rec.* p. 2862.
- **CEDH, 31 mars 1998**, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*, requête n° 21/1997/805/1008 et requête n°22/1997/806/1009, *JCP G.* 1999, II, 1004, note S. SOLER.
- **CEDH, 28 octobre 1998**, *Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne*, requête n° 116/1997/900/1112, *D.* 1999, p. 270 obs. N. FRICERO .

- **CEDH, 28 octobre 1999**, *Zielinski et autres c/ France*, requêtes jointes n^{os} 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *D.* 2000, p. 184, obs. N. FRICERO.

- **CEDH, 28 octobre 1999**, *Brumarescu*, requête n° 28342/95.

- **CEDH, 14 décembre 1999**, *Antonakopoulos c/ France*, requête n° 37098/97.

- **CEDH, 25 janvier 2000**, *Miragall Escolano et autres*, requêtes n^{os} 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 et 41509/98.

- **CEDH, 28 mars 2000**, *Baranowski*, requête n° 28358/95.

- **CEDH, 28 mars 2000**, *Dimitrios Georgiadis c/ Grèce*, requête n° 41209/98.

- **CEDH, 28 mars 2000**, *Kiliç*, requête n° 22492/93.

- **CEDH, 7 juin 2001**, *Kress*, requête n^{o} 39594/98 *JCP G.* 2001, II, 10578, note F. SUDRE.

- **CEDH, 2 août 2001**, *Boultif c/ Suisse*, requête n° 54273/00.

- **CEDH, 6 octobre 2005**, *Maurice* et *Draon c/ France*, requête n° 11810/03 et requête n° 1513/03, *JCP G.* 2005, II, 100061, note A. ZOLLINGER.

- **CEDH, 17 janvier 2006**, *Aoulmi c/ France*, requête n^{o} 50278/99, K. LUCAS-ALBERTINI, *JCP G.* 2007, II, 10152.

- **CEDH, 10 octobre 2006**, *Pessino c/ France*, requête n^{o} 40403/02, *D.* 2007, p. 124, note D. DROETS et p. 400, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE.

- **CEDH, 14 janvier 2010,** *Atanasovski c/ l'ex. République yougoslave de macédoine*, requête n° 36815/03.

- **CEDH, 29 mars 2010**, *Medvedyev et a. c/ France*, requête n° 3394/03, *D.* 2011, p. 281.

- **CEDH, 9 septembre 2011**, *Boumaraf c/ France*, requête n° 19868/08.

B) <u>Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ancienne Cour de justice des Communautés européennes)</u>

- **CJCE, 12 juillet 1957**, *Algera c/ Assemblée commune de la CECA*, *Rec.* p. 81.

- **CJCE, 6 avril 1962**, *Bosch*, *Rec*. p. 101.

- **CJCE, 5 février 1963**, *Van Gend en Loos*, *Rec.* p. 3, ccl. K. ROEMER.

- **CJCE, 15 juillet 1964,** *Costa c/ Enel*, *Rec*. p. 1141.
- **CJCE, 5 juin 1973**, *Commission c/ Conseil*, *Rec.* p. 575.
- **CJCE, 8 avril 1976**, *Defrenne/Sabena*, *Rec.* p. 455.
- **CJCE, 3 mai 1978**, *Töpfer c/ Commission*, *Rec*. p. 1019.
- **CJCE, 27 mars 1980**, *Denkavit Italiana*, *Rec.* p. 1205.
- **CJCE, 5 mai 1981**, *Dürbeck / Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen*, *Rec.* p. 1095.
- **CJCE, 9 juillet 1981**, *Gondrand*, *Rec.* p. 1931.
- **CJCE, 26 mai 1982**, *Allemagne c/ Commission*, *Rec.* p. 1855.
- **CJCE, 27 février 1985**, *Société des produits de maïs*, *Rec.* p. 719.
- **CJCE, 18 mars 1986**, *Spijkers*, *Rec.* p. 1119.
- **CJCE, 21 juin 1988**, *Commission c/ Italie*, *Rec.* p. 3249.
- **CJCE, 22 octobre 1987**, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck*, *Rec.* p. 4199.
- **CJCE,15 décembre 1987**, *Irlande c/ Commission*, *Rec.* p. 5041.
- **CJCE, 17 mai 1990**, *Barber*, *Rec.* p. 1889.
- **CJCE, 7 février 1991**, *Tagaras c/ Cour de justice*, *Rec*. p. 53.
- **CJCE, 31 mars 1992**, *Conseil c/ Parlement*, *Rec.* p. 2277.
- **CJCE, 16 juillet 1992**, *Legros*, *Rec.* p. 4625.
- **CJCE, 5 octobre 1993**, *Driessen et a.*, *Rec.* p. 4751.
- **CJCE, 14 décembre 1993**, *Moroni*, *Rec.*, p. 6591.
- **CJCE, 22 décembre 1993**, *Neath*, *Rec.* p. 6935.
- **CJCE, 11 août 1995**, *Roders et autres*, *Rec.* p. 2229.
- **CJCE, 19 octobre 1995**, *Richardson*, *Rec*. p. 3407.

II) <u>Jurisprudence du conseil constitutionnel</u>

- **Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975,** *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671.
- **Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976,** *JORF* du 7 décembre 1976, p. 7052.
- **Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980**, *JORF* du 24 juillet 1980, p. 1868, *D.* 1981, p. 65, note C. FRANCK.

- Décision n° 81-127 DC 19-20 janvier 1981, *JORF* du 22 janvier 1981 p. 308 ; *JCP G.* 1981, II, 19701, note FRANCK ; *D.* 1982, p. 441, note A. DEKEUWER.

- Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *JORF* du 17 janvier 1982, p. 299.

- Décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *JORF* du 12 juillet 1985, p. 7888.

- Décision n° 85-142 L du 13 novembre 1985, *JORF* du 20 novembre 1985, p. 13457.

- Décision n° 86-216 du 3 septembre 1986, *JORF* du 5 septembre 1986, p. 10790.

- Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *JORF* du 25 janvier 1987, p. 924.

- Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *JORF* du 1er août 1989, p. 9676.

- Décision n° 91-283 DC du 8 janvier 1991, *Rec*. p. 11.

- Décision n 92-305 DC du 21 février 1992, *JORF* du 29 février 1992, p. 3122.

- Décision n° 93-323 DC du 05 août 1993, *Rec*. p. 123.

- Décision n° 94-343 DC et n° 94-344 DC du 27 juillet 1994, *JORF* du 29 juillet 1994, p. 11024**,** *D.* 1995, p. 237, note B. MATHIEU.

- Décision n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, *JORF* du 31 décembre 1995, p. 19099.

- Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Rec*. p. 43.

- Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *JORF* du 13 avril 1996 p. 5730.

- Décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, *JORF* du 31 décembre 1996, p. 19557.

- Décision n° 97-391 DC du 7 novembre 1997, *JORF* du 11 novembre 1997, p. 16390.

- Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Rec*. p. 136.

- Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *JORF* du 14 décembre 2000, p. 19830.

- Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *JORF* du 26 juin 2001, p. 10125.

- Décision n°2004-492, DC 2 mars 2004, *JORF* du 10 mars 2004, p. 4637.

- Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *JORF* du 24 avril 2005, p. 7173.

- Décision n°2005-530 DC du 29 décembre 2005, *JORF* du 31 décembre 2005, p. 20705.

- Décision n° 2007-551 DC du 1er mars 2007, *JORF* du 6 mars 2007, p. 4230.

- Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, *JORF* du 11 août 2007, p. 13478.

- Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *JORF* du 26 février 2008, p. 3272.

- **Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010**, *JORF* du 31 juillet 2010, p. 14198.

- Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *JORF* du 7 octobre 2010, p. 18156.

- Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *JORF* du 7 octobre 2010, p. 18154.

III) <u>Jurisprudence du Conseil d'Etat</u>

- **CE, 3 novembre 1922**, *Dame Cachet*, *Rec.* p. 790.

- **CE, 2 novembre 1923**, *Association de l'administration centrale des postes et télégraphes*, *Rec.* p. 699.

- **CE, 2 février 1945**, *Moineau*, *D.* 1945, p. 269, note C.-A. COLLIARD.

- **CE, 25 juin 1948**, *Société du journa L'Aurore*, *Rec.* p 289.

- **CE, 17 février 1950**, *Dame Lamotte*, *Rec*. p. 110.

- **CE, 7 juillet 1950**, *Dehaene*, *Rec*. p. 426.

- **CE, 22 juin 1951**, *Daudignac*, *Rec*. p. 362.

- **CE, 28 mai 1954,** *Barel*, *Rec*. p. 308.

- **CE, 12 janvier 1968**, *Ministre de l'économie et des finances c/ Dame Perrot*, *Rec.* p. 39.

- **CE, 22 février 1974,** *Association des maires de France*, *Rec*. p. 136.

- **CE, 17 décembre 1997**, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, *Rec*. p. 491.

- **CE, 6 février 1998**, *AJDA* 1998, p. 458, chron. F. RAYNAUD et P. ROMBEUR ; *JCP G.* 1998, II, 10109, note P. CASSIA, et I, 181, obs. J. PETIT.

- **CE, 24 février 1999**, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, *JCP G.* 2000, I, 201, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

- **CE, 3 décembre 1999**, *Association Ornithologique et Mammalogique de Saône-et-Loire* (2 arrêts), *RDP* 2000. 289, note P. CASSIA et E. SAULNIER ; *RTD Civ.* 2000, p.194, obs. R. LIBCHABER.

- **CE, 26 octobre 2001,** *Ternon*, *Rec*. p. 497.

- **CE, 11 mai 2004**, *Association AC ! et autres*, *AJDA* 2004, p. 1183, obs. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RFDA* 2004, p. 454, ccl. C. DEVYS ; *D.* 2004, IR, p. 1183 ; C. DEVYS, *RFDA* 2004, p. 454.

- **CE, 25 février 2005**, *France Télécom*, *Rec.* p. 86, *AJDA* 2005, p. 997.

- **CE, 11 janvier 2006**, *Rec.* p. 11 ; F. DIEU, *AJDA* 2006, p. 2428.

- **CE, 24 mars 2006**, *Sté KPMG et a.*, *D.* 2006, p. 1190, note P. CASSIA ; *Rec.* p. 154.

- **CE, 27 octobre 2006**, *Sté Techna et a.*, *D.* 2007, p. 621 note P. CASSIA.

- **CE, 13 décembre 2006**, *Mme Lacroix*, *AJDA* 2007, p. 358, note F. LENICA et J. BOUCHER.

- ***CE*, 16 juillet 2007**, *Sté Tropic travaux signalisation*, B. SEILLER, *JCP G.* 2007, II, 10160 ; F. MODERNE, *RFDA* 2007, p. 971 ; *Rec.* p. 360.

- **CE, 16 juin 2008**, *Fédération des syndicats dentaires libéraux et autres*, *Rec.* p. 699.

IV) Jurisprudence de l'ordre judiciaire

A) Jurisprudence de la Cour de cassation

● *Question prioritaire de constitutionnalité*

- **QPC, n° 09-87.651 du 19 mai 2010**, JurisData, n° 2010-006619.

● *Chambre des requêtes*

- **Req., 3 mai 1836**, *S.* 1836-1-914.
- **Req., 15 et 22 décembre 1837**, *D.* 1838, p. 5.
- **Req., 20 février 1849**, *DP* 1849, 1, 148 ; *S.* 1849, 1, 346, 3.
- **Req., 28 juin 1869**, *DP* 1871. 1. 223.
- **Req., 12 août 1872**, *S.* 1872, 1, 353, note LABBEE.

- **Req., 1er février 1882**, *DP* 1882, 1, 113.
- **Req., 21 décembre 1891**, *D.* 1892, p. 543.
- **Req., 15 juin 1892**, *S.* 1893, 1, 281, note LABBE.
- **Req., 10 juin 1902**, *DP* 1902, 1, 454.
- **Req., 28 janv. 1903**, *DP* 1906, 5, 38.
- **Req., 16 juin 1913**, *DP* 1914, 5.
- **Req., 3 août 1915**, *DP* 1917, 1, 79.
- **Req., 1er avril 1924**, *DP* 1924, 1, 121.
- **Req., 28 janvier 1942**, *Gaz. Pal.* 1942.1.177.

● ***Chambres réunies***

- **Ch. réun.**, 11 mars 1914, *Caisse rurale de la Commune de Manigod*, *DP* 1914, I, 257, note L. SARRUT, *S.* 1918, I, 103.

● ***Assemblée plénière***

- **Ass. plén., 31 mai 1991**, *D.* 1991, 417, rapport CHARTIER, note D. THOUVENIN ; *JCP G.* 1991, II, 21752, note TERRE ; *RTD Civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER.
- **Ass. plén., 12 juillet 1991**, *JCP G.* 1991, II, 21, 743.
- **Ass. plén., 11 décembre 1992**, *Bull. civ.* A.P., n° 13.
- **Ass. plén., 1er décembre 1995** (4 arrêts), *D.* 1996, p. 13, ccl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP G.* 1996, II, 22565, ccl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *Gaz. Pal.*, 1995, 2, 626, ccl. M. JEOL, note P. DE FONTBRESSIN ; *RTD Civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE.
- Ass. plén.**,** 17 novembre 2000, *Bull. civ.*, A.P., n° 9, rapp. P. SARGOS et ccl. de J. SAINTE-ROSE, *BICC* n° 526, p. 3 et s.
- **Ass. plén., 29 juin 2001**, *JCP G.* 2001, II, 10569.
- **Ass. plén., 24 janvier 2003**, *Bull. civ.*, A.P., n°2.

- **Ass. plén., 23 janvier 2004**, P.-Y. GAUTIER, *D.* 2004 p. 1108 et obs. L. ROZES, p. 1090 ; P. THERY, *RTD Civ.* 2004, p. 341 ; J. RAYNARD, *RTD Civ.* 2004, p. 371 ; P. DEUMIER, *RTD Civ.* 2004, p. 598 et du même auteur, p. 603.
- **Ass. plén., 29 octobre 2004**, *Bull. civ.*, A.P., n°12.
- **Ass. plén., 21 décembre 2006**, *JCP G.* 2007, II, 10040, note E. DREYER ; X. LAGARDE, *JCP G.* 2007, II, 10111 ; *RTD Civ.* 2007, p. 168, note P. THERY.
- **Ass. plén., 2 mars 2007**, *JCP E.* 2007, 1375, note D. LEGEAIS.

- **Ass. plén., 13 mars 2009**, *D.* 2009, p. 879 ; *RTD Civ.* 2009, p. 366 ; *D.* 2010 pan. 169, obs. FRICERO ; *Bull. civ.* 15 février 2008, Communication, p.8.

● ***Chambre mixte***

- **Ch. mixte, 27 décembre 1970**, *JCP G. 1970* II, 16305, note P. PARLANGE.
- **Ch. mixte, 24 mai 1975**, *Sté Jacques Vabre, D.* 1975, p. 497, ccl. TOUFFAIT.
- **Ch. mixte, 6 septembre 2002**, *Bull. civ.*, Mixte, n° 4.
- **Ch. mixte, 23 novembre 2004**, J. GHESTIN, *JCP G.* 2005, I, 111.
- **Ch. mixte, 28 janvier 2005**, *Gaz. Pal.* 8 mars 2005, ccl. DOMINGO, p. 1127.

● ***1ère chambre civile et chambre civile***

- **Civ., 19 décembre 1817**, note FERROND, *S.* 1905-2-17.
- **Civ., 27 novembre 1844**, *DP* 1845, 1, 13 ; *S.* 1844, 1, 811.
- **Civ., 13 août 1851**, *D.* 1851, 1, 281.
- **Civ., 9 août 1854**, *D.* 1854, 1, 265.
- **Civ., 22 juin 1892**, *DP* 92. 1. 449, ccl. du Procureur général RONJAT.
- **Civ., 12 juin 1929**, *Gaz. Pal.* 1929, 2, 541.
- **Civ., 8 janvier 1930**, *D.* 1930. 1. 51 ; *S.* 1930. 1267, note GENY.
- **Civ., 20 mai 1936**, *D.*1936, 1, 88 ccl. MATTER, rapp. JOSSSERAND ; *S.* 1937, 1, 321 note BRETON ; *JCP* 1936, 1079.

- **Civ., 11 janvier 1837**, *RD* 1856-2-9.
- **Civ., 27 juillet 1937**, *DP* 1938, 1, 5, note R. SAVATIER.
- **Civ., 24 mai 1949**, *D.* 1949, p. 329.
- **Civ., 27 décembre 1951**, *D.* 1951, p. 329, note H. DESBOIS ; *JCP G.* 1951, II, 6193, note MIHURA ; J. CARBONNIER, *D.* 1951, p. 159.
- **Civ. 1ère, 19 janvier 1953**, *D.* 1953, p. 234.
- **Civ. 1ère, 16 décembre 1953**, *D.* 1954, p. 145.
- **Civ. 1ère, 22 octobre 1957**, *D.* 1957, p. 732 ; *JCP G.* 1957, II, 10278.
- **Civ. 1ère, 12 mai 1959**, *Bull. civ.*, I, n° 236.
- **Civ. 1ère, 16 octobre 1960**, *JCP G.* 1960, II, 11846, note R. SAVATIER.
- **Civ. 1ère, 20 janv. 1964**, *D.* 1964. 518 ; *RTD civ.* 1965. 117, obs. R. RODIÈRE.
- **Civ. 1ère, 23 mars 1965**, *JCP G.* 1965, II, 14344, note H. BULTE**.**
- **Civ. 1ère, 20 mai 1969**, *D.* 1969, p. 429.
- **Civ. 1ère, 12 juillet 1982**, *Bull. civ.*, I, n° 256.
- **Civ. 1ère**, **8 novembre 1982**, *Bull. civ.*, I, n° 321 .
- **Civ. 1ère, 25 novembre 1986**, *Bull. civ.* I, n° 278 ; A. PONSARD, *Rev. Crit. DIP* 1990, p. 607.
- **Civ. 1ère, 9 février 1988**, *Bull. civ.*, I, n° 34.
- **Civ. 1ère, 11 et 18 octobre 1988**, *Rev. Crit. DIP* 1989, p. 368 et s.
- **Civ. 1ère, 12 juillet 1989**, *JCP G.* 1989, II, 21546, note Y. DAGORNE-LABBE.
- **Civ**. **1ère**, **21 mai 1990**, *JCP G. 1990*, II, 21588, rapp. J. MASSIP et ccl. F. FLIPO, *Bull. civ.*, I, n° 119.
- **Civ. 1ère 14 mai 1991**, *Bull. civ.* I, n° 153 ; *D.* 1991, p. 449, note J. GHESTIN et somm. p.320, obs. J.-L. AUBERT; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. J. MESTRE
- **Civ. 1ère, 14 mai 1992**, *D.* 1993, p. 247, note J.-F. ESCHYLLE.
- **Civ. 1ère, 24 février 1993**, *Bull. civ.* I, n° 88.
- **Civ. 1ère, 5 avril 1993**, *Bull. civ.* I, n° 139.
- **Civ. 1ère, 16 mars 1994**, *Bull. civ.*, I, n° 100.
- **Civ. 1ère, 20 juillet 1994**, *Bull. civ.*, I, n° 262.
- **Civ. 1ère, 25 juin 1996**, *D.* 1996, p. 195.
- **Civ. 1ère, 25 nov. 1997**, *D.* 1998, p. 7 ; N. MOLFESSIS, *RTD Civ.* 1998, p. 210.

- **Civ. 1ère, 24 mars 1998**, *Bull. civ.,* I, n° 124 ; *D.* 1999, p. 19, note J.-J. LEMOULAND ; *Defrénois*, 1998, art. 36895, n° 133, note J. MASSIP ; *RTD Civ.* 1998, p. 658, note J. HAUSER.

- **Civ. 1ère, 7 octobre 1998**, *Bull. civ.*, I, n° 284.

- **Civ. 1ère, 7 octobre 1998** : *JCP G.* 1998, II, 10179, ccl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS ; *D.* 1999, p. 259, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1999, p. 145, note S. PORCHY.

- **Civ. 1ère, 3 janvier 1999**, *Bull. civ.*, I, n°43, p. 29 ; *D.* 1999, p. 267, rapp. SAVATIER, note LANGLADE-O'SUGHRUE.

- **Civ. 1ère, 29 juin 1999 (2 arrêts)**, *Bull. civ.* I, n° 220 et n° 222 ; *D.* 1999, p. 559, note D. THOUVENIN et p. 395, obs. J. PENNEAU.

- **Civ. 1ère, 21 mars 2000**, *RTD Civ.* 2001 p. 487, note F. POLLAUD-DULIAN ; D. 2000, p. 593, note C. ATIAS ; *RTD Civ.* 2000, n°3, p. 666, note N. MOLFESSIS.

- **Civ. 1ère, 18 juillet 2000**, *Bull. civ.*, I, n° 227.

- **Civ. 1ère, 20 décembre 2000**, *Bull. civ.* I, n° 341.

- **Civ. 1ère, 9 octobre 2001**, *Bull. civ.*, I, n° 249 ; *D.* 2001, p. 3470, note D. THOUVENIN et rapport P. SARGOT ; *JCP G.* 2002, II, 10045, note O. CACHARD.

- **Civ. 1ère, 15 mai 2002**, R. LIBCHABER, *RTD Civ.* 2002, p. 604 et s.

- **Civ. 1ère, 13 novembre 2002**, *Bull. civ.*, I, n° 268.

- **Civ. 1ère, 26 novembre 2002**, *Bull. civ.*, I, n° 283.

- **Civ. 1ère, 1er juillet 2003**, pourvoi n° 01-11.419.

- **Civ, 1ère, 7 décembre 2004**, *Bull. civ.*, I, n° 302.

- **Civ. 1ère, 13 décembre 2005**, *Bull. civ.*, I, n° 490.

- **Civ. 1ère, 30 janvier 2007**, *Bull. civ.*, I, n° 47, *RTD Com.* 2007, p. 354, obs. F. POLLAUD-DULIAN; *JCP G.* 2007, II, 10025, note C. CARON.

- **Civ. 1ère, 14 mai 2009**, H. SLIM, *JCP G.* 2009, 94.

- **Civ. 1ère, 11 juin 2009** (2 arrêts), *JCP G.* 2009, 237, note X. LAGARDE.

- **Civ. 1ère, 17 février 2010**, Y. DAGORNE-LABBE, *JCP G.* 2010, 685.

- **Civ. 1ère, 3 juin 2010**, *Bull. civ.*, I, n° 573.

- **Civ. 1ère, 23 juin 2010**, H. BOSSE-PLATIERE, *JCP G.* 2010, 749.

- **Civ. 1ère, 1er juillet 2010**, G. LOISEAU, *JCP G.* 2010, 942, p. 1778 et s.

● ***2ème chambre civile***

- **Civ. 2ème, 16 juin 1955**, *Bull. civ.*, II, n° 346.
- **Civ. 2ème, 16 juin 1955**, *Bull. civ.*, II, n° 213 ; *RTD Civ.* 1955, p. 696.
- **Civ. 2ème, 14 juin 1957**, *D.* 1958, p. 53, note R. SAVATIER.
- **Civ. 2ème, 19 juillet 1960**, *Bull. civ.*, II, n° 501.
- **Civ. 2ème, 7 avril 1967**, *Bull civ.*, II, n° 134.
- **Civ. 2ème, 21 juillet 1982**, J. BIGOT, *JCP G.* 1982, I, 3090 ; D. LANDRAUD, *JCP G. 1982*, I, 3093 ; *JCP G.* 1982, II, 19861, note F. CHABAS ; J.-L. AUBERT, *D.* 1983, p. 1.
- **Civ. 2ème, 19 novembre 1986**, *Bull. civ.*, II, n° 172.
- **Civ . 2ème, 14 janvier 1987**, *JCP G.* 1987, II, 20768, note F. CHABAS.
- **Civ. 2ème, 20 juillet 1987** (10 arrêts), *Bull. civ., II*, n° 160 et s.
- **Civ. 2ème, 5 avril 1991**, *Bull. civ*, II, n° 109.
- **Civ. 2ème, 14 juin 1995**, *D.* 1995, p. 196.
- **Civ. 2ème, 21 janvier 1993**, *Bull. civ.*, II, n°28.
- **Civ. 2ème, 30 janvier 2003**, *D.* 2003, p. 2722, note E. BEN MERZOUK.
- **Civ. 2ème, 10 juillet 2003**, *Bull. civ.*, II, n° 238.
- **Civ 2ème, 8 juillet 2004**, *D.* 2004 p. 2956, note C. BIGOT.
- **Civ. 2ème, 8 juillet 2004**, *Bull. civ.*, II, n° 486
- **Civ. 2ème, 15 novembre 2005**, *Bull. civ.*, II, n° 288.
- **Civ. 2ème, 4 novembre 2010**, *Bull. civ.*, II, n° 176.

● ***3ème chambre civile***

- **Civ. 3ème, 22 mars 1968**, *D.* 1968, p. 412, note J. MAZEAUD.
- **Civ. 3ème, 16 avril 1970**, *D.* 1970, p. 474, note M. CONTAMINE-RAYNAUD.
- **Civ. 3ème, 30 octobre 1972**, *Bull. civ.*, III, n° 576.
- **Civ. 3ème, 3 octobre 1974**, *JCP G.*, I, 18001, obs. M. DAGOT.
- **Civ. 3ème, 20 mars 1978**, *Bull. civ.*, III, n° 128.
- **Civ. 3ème, 15 février 1995**, *Bull. civ.*, III, n° 48.

- **Civ. 3ème, 26 juin 1996**, *Bull. civ.* 1996, I, n° 165.

- **Civ. 3ème, 27 février 2002**, N. MOLFESSIS, *RTD Civ.* 2002, p. 595 ; J. MESTRE, *RTD Civ.* 2002, p. 507 ; J. MONERGER, *RTD Civ.* 2002, p. 269, P.-Y. GAUTIER, *D.* 2003 p. 720.

- **Civ. 3ème, 2 octobre 2002**, *D.* 2003, p. 513, note C. ATIAS.

● ***Chambre criminelle***

- **Crim., 20 février 1862**, *S.* 1862.1.897 et *DP* 1863.1.271.

- **Crim., 8 mars 1930**, *DP* 1930, 1, 101, note P. VOIRIN.

- **Crim., 3 novembre 1955**, *D.* 1956, p. 557, note R. SAVATIER, *RTD Civ.* 1956, p. 763 note P. HEBRAUD..

- **Crim., 20 janvier 1966**, *D.* 1966 p. 184, rapp. COMBALDIEU.

- **Crim., 25 mai 1971**, *JCP G.* 1971, IV, p. 173.

- **Crim., 20 avril 1972,** *JCP G.* 1972, II, 17278, note J. VIDAL.

- **Crim., 19 juin 1975**, *D.* 1975, p. 679, note A. TUNC ; *RTD Civ.* 1975, p. 709, note G. DURRY.

- **Crim., 21 octobre 1980**, *Bull. crim.* 1980, n° 262.

- **Crim., 17 mai 1984**, *D.* 1984, p. 536, note W. JEANDIDIER.

- **Crim., 23 juillet 1985**, *Bull. crim.*, n° 275, *D.* 1986, p. 61, note P. CHAMBON, *D.* 1986, p. 120, obs. J. PRADEL.

- **Crim., 4 avril 1991**, *Bull. crim.*, n° 163.

- **Crim., 16 mai 1991**, *Bull. crim.*, n° 211.

- **Crim., 10 novembre 1992**, *Bull. crim.*, n° 370.

- **Crim., 6 février 1997**, *Bull. crim.*, n° 49.

- **Crim., 14 novembre 2000**, *Bull. crim.*, n° 338.

- **Crim., 16 janvier 2002**, *D.* 2002, p. 1225, note M. DOBKINE.

- **Crim., 30 janvier 2002**, *Bull. Crim.*, n° 16 ; *D.* 2003, p. 173, obs. B. DE LAMY.

- **Crim., 23 novembre 2004**, *JCP G*. 2005, I, 111.

- **Crim., 19 octobre 2010** (3 arrêts), *Bull. crim.*, n° 163, 164 et 165 ; J. PRADEL, *D.* 2010, p. 2783.

- **Crim., 31 mai 2011**, n^{os} 10-88.293, 10-88.809, 11-80.034 et 11-81.412.

● ***Chambre sociale***

- **Soc., 19 juin 1963**, *Bull. civ.*, V, n° 765.
- **Soc., 8 juillet 1976**, *Bull. civ.* , V, n° 437.
- **Soc., 29 avril 1980**, *Bull. civ.*, V, n° 371 ; N. MOLFESSIS, *RTD Civ.* 2003, p. 567.
- **Soc., 21 janvier 1987**, *D.* 1987, p. 111.
- **Soc., 14 juin 1989**, *Bull. civ.*, V, n° 442.
- **Soc., 28 juin 1995**, *Bull. civ.* V, n° 219.
- **Soc., 27 octobre 1999**, *Bull. civ.*, V, n° 420
- **Soc., 28 mars 2000**, *Bull. civ.*, V, n° 132.
- **Soc., 2 mai 2000**, *Bull. civ.*, V, n° 162.
- **Soc., 4 juillet 2000**, *Droit social* 2000, p. 1015, obs. J.-P. LHENARD.
- **Soc., 10 juillet 2002** (3 arrêts), Y. SERRA, , *D.* 2002, p. 2491 et s.
- **Soc., 25 juin 2003**, *D.* 2004, p. 1767.
- **Soc., 28 janvier 2004**, pourvois n^{os} 02-40.173 et 02-40.174.
- **Soc., 17 décembre 2004**, *D.* 2005, p. 110, obs. P. GUIOMARD, p. 2457, obs. A. BUGADA ; *Petites affiches*, 16 mai 2005, obs. G. PIGNARRE ; *RTD Civ.* 2005, p. 159, obs. P.-Y. GAUTIER.
- **Soc., 2 mars 2005**, *JCP E.* 2005, 1018, obs. S. BEAL et A. GIROUD.
- **Soc., 7 mars 2007**, D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP G.* 2007, II, 10077.
- **Soc., 13 juillet 2007**, *Bull. Civ.*, V, n° 98.
- **Soc., 27 octobre 2009**, D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP G.* 2010, 24.
- **Soc., 13 juillet 2010**, n° 09-41626.
- **Soc., 12 janvier 2011**, n° 08-45280.

● ***Chambre commerciale***

- **Com., 12 mars 1985**, *Bull. civ.*, IV, n°95 ; *D.* 1985, p. 471, note J. GHESTIN ; *JCP G.* 1985 II, 20400, ccl. MONTANIER, note G. BONET ; *Gaz. Pal.* 1985, I, 245, note G. LE TALLEC.
- **Com., 15 juillet 1986**, *Bull. civ*. IV, n° 160.
- **Com., 12 avril 1988**, *Bull. civ.* IV, n° 130.
- **Com., 17 février 1990**, *Bull. civ.*, IV, n° 292.
- **Com., 16 novembre 1993**, *Rev. Crit. DIP* 1994, note X. LAGADRE.
- **Com., 27 février 1996,** *Bull. civ.*, IV, n° 61.
- **Com., 27 janvier 1998**, *Bull. Civ.*, IV, n°42.
- **Com., 20 octobre 1998**, *Bull. civ.*, IV, n° 253.
- **Com., 5 octobre 1999**, *Bull. civ.*, IV, n° 158.
- **Com., 6 décembre 2005**, *Bull. civ.*, IV, n° 240.
- **Com., 8 mars 2011**, Y. PICOD, *D.* 2011, p. 1193 ; P. CROSQ, *RTD Civ.* 2011, p. 375.
- **Com., 15 mars 2011**, n° 10-13824.
- **Com., 23 mars 2011**, *BICC* n° 877.

B) Jurisprudence des juridictions du fond

1) Jurisprudence des juridictions du 2nd degré

- **CA Amiens, 5 février 1912**, *DP* 1913, 2, 177.
- **CA Besançon, 18 novembre 2009**, 1ère ch. civ., section A, n° 08/01398.
- **CA Chambéry, 21 juillet 1914**, *Gaz. trib.* 19 janvier 1916.
- **CA Colmar, 2 mai 1855**, *RD* 1856-2-9.
- **CA Paris, 2 décembre 1871**, *DP* 1873, 2, 185.
- **CA Paris, 23 octobre 1941**, *JCP* 1942, 1899, note BECQUE.
- **CA Paris, 23 mars 1956**, *RTD Civ.* 1956, p. 583, obs P. HEBRAUD.
- **CA Paris, 21 juin 1988**, *D.* 1989, p. 341, note Y. LAURIN.

- **CA Paris, 6 juillet 1988**, *Gaz. Pal.* 1988, II, 700.
- **CA Paris, 16 janvier 1990**, *D.* 1990. IR p. 49.
- **CA Paris, 4 septembre 2008**, n°05/08241.
- **CA Paris, 28 avril 2010**, V. MAGNIER, *Rev. Sociétés* 2010, p. 367.
- **CA Pau, 30 septembre 1986**, *D.* 1989. somm. p. 32, obs. A. ROBERT.
- **CA Riom, 5 mars 1968**, *D.* 1969. somm. p. 5.
- **CA Riom, 19 février 1986**, *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. p. 141.
- **CRASS Lille, 29 novembre 1957**, *RTD Civ.* 1958, p. 289, obs. P. HEBRAUD.

2) Jurisprudence des juridictions du 1er degré

- **TGI Paris, 6 juillet 1994**, *JCP G.* 1994, I, 3805, n°2, L. CADIET.

- **Cons. prud'h. Agen, 23 mai 2003** : Jurisdata n° 2003-227940.

Index alphabétique

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Amicus curiae : 714 et s.

Article 4 du code civil : 29, 35, 39, 46, 140 et s., 610, 653.

Article 5 du code civil : 140 et s., 266, 403, 454, 494, 609, 752.

Avis de la Cour de cassation : 264 et s., 356.

Avocat général : 382, 559, 574, 578 et s., 705 et s.

B

Bulletin de la Cour de cassation : 385 et s., 496 et s., 572, 755 et s.

C

Chaînage des décisions judiciaires : 495 et s.

Conseil constitutionnel : 87, 92, 131 et s., 224, 227, 345 et s., 445, 497, 645, 705.

Conseil d'Etat : 341 et s., 381, 446, 647 et s.

Conseiller rapporteur : 244, 382, 494, 561, 572, 581 et s., 712.

Cour de justice de l'Union européenne (ancienne Cour de justice des Communautés européennes) : 325 et s., 352, 412, 619 et s., 649.

Coutume : 6 et s., 27, 46, 49, 51, 196 et s., 230, 234, 429, 747.

D

Distinguishing : 241, 627 et s.

Doctrine : 5, 8, 12, 37 et s., 128, 151, 174, 181, 188, 210, 219, 265, 289, 298 et s., 364, 374, 384, 387, 404, 420, 459, 475, 489, 507, 531 et s., 571.

Droits fondamentaux : 673 et s.

E

Ecole de l'exégèse : 40 et s., 158.

F

Force normative : 274 et s., 609, 748.

Fait jurisprudentiel : 83 et s.

J

Juridiction du fond : 751 et s.

Juris dictio : 34, 449.

Jurisconsultes : 5, 7.

O

Obiter dictum : 510 et s., 632.

Opinion séparées : 547 et s.

P

Pouvoir judiciaire : 20 et s., 97, 131, 136, 144, 168, 225, 351.

Précédent : 5 et s., 16 et s., 40, 230 et s., 308, 382, 402, 574, 626 et s.

Principes généraux du droit : 204 et s., 290, 308, 319, 332, 343.

Prospective overruling : 640 et s.

R

Rapport annuel de la Cour de cassation : 95, 214, 382, 530, 565, 588.

Rapport sur les revirements de jurisprudence : 64 et s., 462, 563, 604, 652, 656, 698, 738 et s., 746, 747, 752.

Règle de droit :

- **accessibilité** : 366 et s.
- **généralité** : 257 et s.
- **norme de commandement** : 254 et s.
- **obligatoriété** : 275 et s.
- **prévisibilité** : 406 et s.
- **publicité** : 30, 299, 313, 322, 326, 339, 380, 755 et s.
- **sanctionnabilité** : 269 et s.
- **stabilité** : 390 et s.

Rétroactivité de la règle jurisprudentielle : 58, 63 et s., 339, 341, 349, 398, 424 et s., 452, 591, 603, 612, 615, 621, 631 et s., 643, 651, 663.

Revirement pour l'avenir : 598 et s.

S

Sécurité juridique : 315 et s., 640, 670.

Syllogisme : 35, 83.

T

Théorie de la séparation des pouvoirs : 20 et s., 131 et s., 168, 188, 193, 223, 225, 306.

Tribunal de cassation : 22, 25 et s.

Table des matières

Sommaire **9**

Liste des principales abréviations **10**

Introduction **13**

I) La notion de revirement de jurisprudence **14**

II) L'appréhension classique des revirements de jurisprudence **21**

A) La place attribuée classiquement au pouvoir judiciaire au sein de la théorie de la séparation des pouvoirs 22

B) Les méthodes d'interprétation classiques de la loi 31

III) Les interrogations quant aux revirements de jurisprudence **49**

PARTIE 1 : LA POSSIBILITE DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE **52**

Titre 1 : L'approche contemporaine des revirements de jurisprudence **54**

Chapitre 1 : Le préalable aux revirements de jurisprudence *56*

Section 1 : La reconnaissance du pouvoir prétorien **58**

§1) Le fait jurisprudentiel 59

A) La mission contemporaine du juge de cassation 60

1) L'application de la loi par le juge de cassation 61

2) La reconnaissance ambiguë de son pouvoir créateur par le juge de cassation 74

B) Les dangers possibles inhérents à la mission contemporaine du juge de cassation 77

1) La limite aux abus du pouvoir créateur du juge de cassation 78

2) La méthode créative du juge de cassation 81

§2) Le cadre contemporain de la mission du juge de cassation 85

A) La théorie de la séparation des pouvoirs et le juge de cassation source du droit 85

B) Les articles 4 et 5 du code civil et le pouvoir créateur du juge de cassation 90
1) Les limites classiquement imposées aux pouvoirs du juge 90
a) Les motivations de l'instauration des articles 4 et 5 du code civil 91
b) L'analyse classique des articles 4 et 5 du code civil 93
2) L'interprétation contemporaine des articles 4 et 5 du code civil..... 97
a) La modulation de la portée des articles 4 et 5 du code civil..... 97
b) Le maintien des articles 4 et 5 du code civil..... 101
Section 2 : Le caractère normatif de la jurisprudence..... 104
§1) L'incontournable jurisprudence 104
A) La notion contemporaine de jurisprudence..... 105
1) La spécificité de la jurisprudence 106
2) La jurisprudence et les sources du droit 111
B) Les principes généraux du droit : fruits de la jurisprudence 121
C) L'interaction entre la jurisprudence et la loi 130
1) L'influence de la jurisprudence sur la loi 130
2) La jurisprudence combattue par la loi 135
§2) Les précédents judiciaires et les revirements de jurisprudence 141
A) La consécration des arrêts de règlement dans les systèmes de *common law* 143
B) L'inexistence des précédents judiciaires en droit interne 145

Chapitre 2 : Les revirements de jurisprudence : source du droit..... 151
Section 1 : Les critères de la règle jurisprudentielle 152
§1) Une norme de commandement 152
§2) Une norme générale 154
§3) Une norme sanctionnable..... 160
Section 2 : La force normative des revirements de jurisprudence..... 162
§1) Le critère de l'obligatoriété..... 163
§2) La force normative de la règle jurisprudentielle 165
A) Le concept de force normative 165

B) La force normative des revirements de jurisprudence 170
1) La valeur normative de la règle jurisprudentielle 170
2) La garantie normative de la règle jurisprudentielle 171
3) La portée normative de la règle jurisprudentielle 173

Conclusion du titre 1 177

Titre 2 : Les problèmes engendrés par les revirements de jurisprudence 179

Chapitre 1 : L'impalpable notion de sécurité juridique 181
Section 1 : La reconnaissance du principe de sécurité juridique au niveau européen 185
§1) La reconnaissance du principe de sécurité juridique par la Cour de justice de l'Union européenne 185
§2) La consécration du principe de sécurité juridique par la Cour européenne des droits de l'Homme 189
Section 2 : L'indécision des juridictions internes 192
§1) La sécurité juridique : principe consacré par le Conseil d'Etat 193
§2) Le recours à la notion de garantie des droits par le Conseil constitutionnel 195
§3) La position de la Cour de cassation 198

Chapitre 2 : Les revirements de jurisprudence confrontés à l'exigence de la sécurité juridique 204
Section 1 : Les critères de la sécurité juridique appliqués aux revirements de jurisprudence 205
§1) L'accessibilité des revirements de jurisprudence 206
A) Le critère de l'accessibilité 206
1) L'accessibilité formelle du droit 207
2) L'accessibilité intellectuelle du droit 208
B) L'accès aux revirements de jurisprudence 211
1) L'accès formel aux revirements de jurisprudence 211
2) L'accès intellectuel aux revirements de jurisprudence 214

§2) La stabilité de la règle jurisprudentielle et les revirements de jurisprudence 217
A) Le critère de la stabilité juridique 217
1) La stabilité juridique du droit objectif 218
2) La stabilité juridique des droits subjectifs 219
B) L'instabilité de la règle jurisprudentielle engendrée par les revirements de jurisprudence 221
§3) La prévisibilité de la règle jurisprudentielle et les revirements de jurisprudence 223
A) La prévisibilité du droit 223
B) L'imprévisibilité résultant des revirements de jurisprudence 227
Section 2 : Le problème de la rétroactivité des revirements de jurisprudence 231
§1) La constatation du caractère rétroactif des revirements de jurisprudence 232
§2) Les implications du constat de la rétroactivité des revirements de jurisprudence 235

Conclusion du titre 2 245

Conclusion de la partie 1 246

PARTIE 2 : L'ENCADREMENT DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE 248

Titre 1 : Les possibilités d'amélioration des techniques d'encadrement actuelles des revirements de jurisprudence 251

Chapitre 1 : L'encadrement des revirements de jurisprudence au travers de la décision 253
Section 1 : Une motivation plus explicite des décisions judiciaires 254
§1) La difficulté à cerner un revirement de jurisprudence 256
§2) Une meilleure compréhension des revirements de jurisprudence 259

A) La précision des éléments extra-juridiques pris en compte par le juge de cassation 266
B) Le chaînage des décisions judiciaires 269
Section 2 : Les techniques de limitation actuelles des effets des revirements de jurisprudence..... 271
§1) La réalisation dans le temps des revirements de jurisprudence 271
A) L'annonce d'un revirement futur..... 272
B) La réalisation progressive de certains revirements de jurisprudence 273
§2) La réalisation immédiate du revirement de jurisprudence..... 275
A) Le recours à l'*obiter dictum*..... 276
B) Les limitations de l'effet immédiat des revirements de jurisprudence au travers des techniques procédurales 279

Chapitre 2 : L'encadrement des revirements de jurisprudence extérieur à la décision 282
Section 1 : L'annonce des revirements de jurisprudence au travers du rapport annuel de la Cour de cassation 285
§1) La fonction informative du rapport annuel de la Cour de cassation . 285
§2) Le rapport annuel : instrument de limitation quantitative des revirements de jurisprudence 289
Section 2 : Le recours aux opinions séparées 292
§1) Les opinions séparées des juges de cassation 292
A) La question des opinions séparées..... 293
B) L'utilité des opinions séparées..... 297
§2) La publication de documents internes à la Cour de cassation. 302
A) Le rapport du Conseiller rapporteur 303
B) L'avis de l'Avocat général..... 305

Conclusion du titre 1..... 308

Titre 2 : Le revirement pour l'avenir : le complément des modalités encadrant les revirements de jurisprudence 310

Chapitre 1 : Les conditions de la réalisation de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence..... 312

Section 1 : La possibilité d'une modulation dans le temps des revirements de jurisprudence..... 314

§1) Les questions soulevées par la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence 314

§2) La consécration de la modulation dans le temps 318

A) Les solutions européennes et de *common law* 319

1) La modulation exceptionnelle des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne..... 319

2) La position de la Cour européenne des droits de l'Homme 323

3) Le traitement du revirement de jurisprudence en *common law*..... 325

a) Le recours au *distinguishing* 326

b) La technique du *prospective overrulling* 329

B) La position des juridictions internes 332

1) Le recours aux revirements de jurisprudence pour l'avenir par le Conseil d'Etat..... 333

2) L'ambiguïté de la position de la Cour de cassation quant aux revirements pour l'avenir..... 339

Section 2 : L'application temporelle des revirements de jurisprudence . 343

§1) Les critères envisageables de la modulation dans le temps 343

A) Le bilan avantages /inconvénients du revirement de jurisprudence . 344

B) Le respect des droits fondamentaux..... 347

§2) Le revirement pour l'avenir 352

A) Application immédiate ou future de la décision 352

B) Le sort des parties au litige et des affaires pendantes 354

Chapitre 2 : La procédure de modulation dans le temps des revirements de jurisprudence 358

Section 1 : Les demandes et argumentations des différents acteurs du procès 359

§1) Le rôle des parties et de l'Avocat général dans la décision de modulation dans le temps..... 360

§2) L'avis de l'*amicus curiae*..... 364

A) L'insuffisance des mécanismes actuels..... 366

B) Intérêt de la participation de l'*amicus curiae* 369

C) La procédure de participation de l'*amicus curiae*..... 371

Section 2 : La concrétisation de la décision de modulation dans le temps des revirements de jurisprudence..... 375

§1) La prise de décision 376

A) Le prononcé de la modulation par la formation ayant opéré le revirement 377

B) Les formations spécifiques 378

1) Les formations autorisées à recourir au revirement pour l'avenir. 379

2) L'incompétence des juridictions du fond 381

§2) La publicité de la décision opérant modulation dans le temps 382

Conclusion du titre 2..... 386

Conclusion de la partie 2 388

Conclusion générale..... 389

Bibliographie 392

Jurisprudence..... 440

Index alphabétique..... 455

Table des matières..... 459

Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation

L'évolution de la conception classique du rôle du juge de cassation a entraîné une remise en question des sources du droit. Alors qu'au XIX^{ème} siècle le juge était considéré comme un simple lecteur de la loi, aujourd'hui il trouve sa place au sein des sources du droit. Il en résulte que lorsqu'un revirement de jurisprudence intervient, il va venir modifier l'ordonnancement juridique en y intégrant une nouvelle règle de droit, une nouvelle règle jurisprudentielle. Si la plupart du temps le revirement de jurisprudence n'emporte pas de conséquences néfastes, il arrive que dans certains cas, la sécurité juridique soit mise à mal. Il en découle que le justiciable va se voir appliquer la nouvelle règle jurisprudentielle quelle que soit la date de réalisation de l'acte ou des faits en raison de la rétroactivité inhérente à ce type de décision, sans pouvoir s'en prémunir. Le juge de cassation, conscient de ce problème, a recours à certaines méthodes afin d'annoncer un futur revirement de jurisprudence mais également d'en limiter ses effets. Cependant, ces méthodes ne s'avèrent pas pleinement efficaces et il semble nécessaire de permettre au juge de cassation de moduler dans le temps certaines de ces décisions lorsque leurs conséquences néfastes surpassent les avantages attendus du revirement de jurisprudence.

The reversals of case law of the Court of cassation

The evolution of the classic conception of the role of the supreme has brought about a questioning of the sources of the right. While in the 19th century the judge was considered as a simple reader of the law, today he finds his place within the sources of the right. As a result when a reversal of case law intervenes, it modifies the legal organization by integrating in a new legal rule, a new judicial rule. If most part of time the reversal of case law does not have harmful consequences, it happens that in certain cases, the legal safety security is endangered. It ensues from it that the citizen goes to see to apply the new judicial rule whatever is the date of realization of the act or the facts because of the retroactivity inherent to this type of decision, and the citizen won't be able to protect himself against this décision. The judge at the Court of cassation, aware of this problem, turns to certain methods to announce a future reversal of a case law but also to limit its effects. However, these methods do not turn out to be completely effective and it seems necessary to allow the judge at the Court of cassation to modulate in the time some of these decisions because the harmful consequences of these décisions may exceed the advantages expected from the reversal of case law.