

À propos d'un « principe » préexistant à une loi

Note de Daniel Mainguy, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

L'une des illustrations de la question de l'interprétation des normes juridiques se présente en termes d'appréciation de l'effet dans le temps de celles-ci, tandis que celle de la relativité du pouvoir d'interprétation des cours souveraines, voire de l'immanence de règles de droit, naturel, qui s'imposeraient de tous temps et lieux, est souvent associée à l'existence de principes généraux du droit : le croisement de ces deux situations ne pouvait manquer de créer quelques difficultés, tandis que l'observation des solutions rendues permet, peut-être, d'affiner la description des normes juridiques.

Telle est l'une des facettes de l'important arrêt rendu par la Cour de cassation, le 29 octobre 2014, dans l'affaire *Our Body*¹, celle intéressant la manière dont la Cour de cassation se projette comme normateur, qui s'inscrit plus largement dans la description de la fonction « jurisprudence » de la Cour de cassation, déterminante pour celui qui tente cette description et ce pour plusieurs raisons.

La première repose sur la validation, ou l'invalidation de la méthode de description retenue. Celle-ci est souvent associée au « positivisme », terme qui, dans les ouvrages d'introduction au droit, est souvent présenté comme une sorte d'idéologie, l'idéologie positiviste, qui s'opposerait à une autre, l'idéologie jusnaturaliste, alors que la méthode positiviste n'a pas d'autre but que de tenter de proposer une description (*réaliste*) des normes, précisément hors toute idéologie, morale ou valeur. Les publicistes sont plus familiers avec l'expression de « théorie du droit », telle qu'on la retrouve chez Kelsen ou Michel Troper. Ces éléments de méthode, à valider, corriger ou invalider, se déclinent en plusieurs éléments. D'abord, les textes juridiques (textes de lois, arrêts), à supposer qu'ils soient présentés comme des normes juridiques valides, sont autant d'énoncés indéterminés et donc non immédiatement normatifs. Leur sens normatif réel ne peut être déduit du texte lui-même, y compris et surtout à l'invocation de la volonté de son auteur qui est lui-même indéterminé (*le législateur, le juge*). Ensuite, la détermination de ce sens vient de l'interprétation par un interprète dont la décision ne peut pas être contredite, souvent une cour souveraine, et donc, selon les cas, la Cour de cassation, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel. De ces deux éléments, on peut déduire que les interprétations ne sont pas le résultat d'un acte de *connaissance* du contenu de l'énoncé, mais d'un acte de *volonté* des juges. Enfin, cette interprétation est libre, sous la réserve d'un certain nombre de contraintes, contraintes qui ne constituent pas des obligations au sens strict du terme, mais des situations de fait qui influencent les juges dans un sens ou dans un autre et qui pourront toujours, *in fine*, être écartées par les juridictions suprêmes. Parmi ces contraintes, il existe des contraintes juridiques (par exemple l'impossibilité pour le juge de s'autosaisir, l'interdiction de

décider *infra* ou *ultra petita*, ce qui donne une importance considérable au travail des avocats dans la production de la norme interprétée, l'impossibilité de réformer, comme pourrait le faire le législateur, un pan entier du droit, etc.), dont certaines sont même des métanormes comme l'idée d'une logique ou d'une cohérence juridiques qui devraient être respectées, mais également des contraintes extra-juridiques, sociales, politiques, psychologiques, etc. Parmi ces dernières, on trouve, par exemple, la question de la formation des juges, des contraintes hiérarchiques, mais aussi des questions plus personnelles comme le caractère de tel juge, son conformisme ou, au contraire, son caractère rebelle, le rapport à la doctrine, etc. Il en résulte que la description du droit tel qu'il est réellement, indépendamment de toute valeur qui viendrait définir les éléments d'un jugement de validité, autre que celui de la conformité à la norme juridique valide supérieure, se fonde sur des interprétations et des interprètes qui ne sont pas des spectateurs scientifiques de leur propre activité, mais des acteurs. Observons ici qu'une partie du discours jusnaturaliste vise, de manière assez voisine, à fonder la juridicité d'une norme sur sa conformité à une loi naturelle qui n'est pratiquement jamais définie précisément, mais objet d'une interprétation. Or, si le juriste scientifique peut tenter d'observer de manière la plus neutre possible son objet d'étude, cet objectif est inconnu du juriste acteur : celui-ci, au contraire, juge, plaide, commente, à la fois, en fonction des normes applicables, mais également avec ses valeurs, ses croyances, ses expériences. La production des normes est donc, quelles que soient ces normes, un acte de volonté, mais un acte de volonté dirigé. C'est en ce sens que la description est difficile car elle impose, en premier, que le juriste qui prétend décrire tente d'écarter son propre système de valeurs et, ensuite, d'écarter tout autre, dont celui qui pourrait être celui de l'auteur de la norme ou de l'interprète. Pas plus que les valeurs du législateur ne changent la nature de la norme-loi une fois votée, celles du juge ne modifient la nature de la norme interprétée. En revanche, ces valeurs peuvent influencer le contenu ou la méthode d'adoption de la norme-loi ou le sens de la norme interprétée. C'est d'ailleurs, là, l'une des contraintes extrajuridiques majeures de la description. Ainsi, il n'est pas certain que les interprètes, et, notamment, les juges des cours souveraines, admettent que leur interprétation soit, d'une part, de nature à forger, créer, des normes applicables et, d'autre part, le résultat d'un acte de leur volonté, plus que d'un acte de connaissance. En d'autres termes, il faudrait être en mesure de déterminer si les juges ont le sentiment, en jugeant, d'appliquer des méthodes, des méthodes logiques, par exemple, ou bien des « principes » préexistants, pour identifier le contenu d'une norme, à partir d'un énoncé peu clair, incomplet voire inexistant (ce qui correspond à la méthode dite normativiste), ou bien s'ils établissent ce contenu librement par leur propre volonté (ce qui correspond à la méthode réaliste).

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté permet de se pencher sur ces questions. Elle concerne l'exposition « *Our*

(1) V. *supra*, note A.-S. Epstein.

Body, à corps ouvert », très médiatisée, où des corps, sous la forme de cadavres polymérisés, étaient exposés, dans le monde entier, et notamment à Paris, entre 2008 et 2009. Saisi en référé, le tribunal de grande instance de Paris avait interdit l'exposition sur le fondement de l'atteinte au respect dû aux morts², tandis que la cour d'appel avait fondé son interdiction sur l'absence de consentement avant le décès et la difficulté d'identifier l'origine de ces corps³ : il aurait donc suffi de recueillir le consentement des futurs décédés pour valider l'exposition. La Cour de cassation, dans son arrêt du 16 septembre 2010, précisait, en revanche, comme le juge de première instance, que, « aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence »⁴. En effet, une loi (n° 2008-1350) du 19 décembre 2008 avait introduit un nouvel article 16-1-1 dans le code civil selon lequel : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». La loi impose le principe du respect dû au corps humain après la mort, considéré comme incompatible avec la mise en situation de cadavres à des fins commerciales, et ce, même si un consentement avait été donné avant le décès : l'article 16-1-1 du code civil est d'ordre public.

Par conséquent, les conventions qui auraient été conclues en ayant pour objet, ou pour cause, cette exposition seraient illicites, pour cette même raison, par exemple le contrat d'assurance souscrit par l'organisateur de l'exposition, comme en décidait la cour d'appel de Paris⁵.

Mais voilà, l'article 16-1-1 du code civil résulte d'une loi du 19 décembre 2008, postérieure à la conclusion des contrats d'assurance couvrant l'exposition, de sorte que se pose une difficulté en termes d'entrée en vigueur, éventuellement rétroactive, de la loi, serait-elle impérative. La norme impérative peut avoir un effet immédiat, y compris pour les contrats en cours, dès lors qu'elle est d'ordre public, mais point d'effet rétroactif. Par conséquent, selon les auteurs du pourvoi, le contrat d'assurance ne pouvait être considéré comme nul : il pouvait éventuellement être considéré comme caduc, du fait de l'absence de cause constatée après l'entrée en vigueur du contrat, mais pas comme nul, raisonnement qui fondait la demande d'exécution du contrat, au moins pendant le temps de validité de ce dernier, entre sa conclusion et la date d'entrée en vigueur, immédiate, de la loi nouvelle.

La Cour de cassation tranche toutefois en faveur de la nullité sur un fondement particulièrement difficile à apprécier. L'arrêt du 29 octobre 2014 considère que : « le principe d'ordre public,

selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société Encore Events avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul ». Au-delà de la valeur de la solution, il manque, dans ce raisonnement, un élément fondamental d'explication, à savoir l'identification de la « source » de ce principe dont l'arrêt indique qu'il est antérieur à la loi, qu'il lui *préexistait*. Or, par hypothèse, ce n'est pas la loi de 2008 qui précise, sauf à subir le grief de rétroactivité, que ce « principe », d'une part, existait avant sa reconnaissance légale et, d'autre part, qu'il aurait été normatif, obligatoire et d'ordre public.

Et c'est bien là que le mystère de l'interprétation retenue par la Cour de cassation s'épaissit. Ou bien, en effet, la loi identifie un principe faisant du respect du corps humain, avant ou après la mort, un interdit, ou bien cette loi n'existe pas. Or il ne fait de doute que, avant la loi du 19 décembre 2008, aucune norme législative ne posait de manière claire et évidente un droit au respect dû au corps humain après la mort, ce que démontre le premier pan de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 2010. Dans ce dernier cas, la question se pose de savoir comment ce « principe » peut préexister, normativement, à la loi qui le pose. Il semble y avoir là une incohérence dans le raisonnement, sauf à considérer que des « principes » normatifs puissent exister indépendamment de leur formulation par une « source » plus officielle. C'est bien ce qui ressort de la formule de l'arrêt : « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi ». La Cour se contente de cette formule lapidaire et n'indique pas en quoi et comment ce principe préexistait à la loi. Une première hypothèse invite à considérer la formule de manière littérale, ne serait-ce que pour vérifier que cette hypothèse est sans doute erronée (I), tandis qu'une seconde permettrait de tenter d'identifier une solution plus complexe, plus spectaculaire : le « principe » est en fait une solution jurisprudentielle préalablement identifiée (II).

I - L'hypothétique reconnaissance de l'existence d'un « principe » normatif extralégal

À prendre la formule de la Cour à la lettre, en effet, le principe, ici celui du respect dû au corps humain après la mort, *préexistait* à la loi qui l'a expressément reconnu. Particulièrement dif-

(2) TGI Paris, ord. réf., 21 avr. 2009, n° 09/53100, D. 2009. 1278, 1129, édito F. Rome, et 1192, entretien X. Labbé; AJDA 2009. 797; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy; RTD civ. 2009. 501, obs. J. Hauser; JCP 2009. Actu. 225, obs. G. Loiseau. (3) Paris, 30 avr. 2009, n° 09/09315, D. 2009. 1278, obs. C. Le Douaron, 2019, note B. Edelman, et 2010. 604, obs. J.-C. Galloux; AJDA 2009. 910; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy; RTD civ. 2009. 501, obs. J. Hauser; JCP 2009. 23, note G. Loiseau. (4) Civ. 1^{re}, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, Bull. civ. I, n° 174; D. 2010. 2157, obs. C. Le Douaron, 2750, note G. Loiseau, 2754, note B. Edelman, 2145, édito F. Rome, et 2011. 780, obs. E. Dreyer; AJDA 2010. 1736; RTD civ. 2010. 760, obs. J. Hauser; JCP 2010, n° 1239, note B. Marrion. (5) Paris, 5 févr. 2013, JCP 2013. 411, note G. Loiseau.

faciles à identifier ⁶, les principes peuvent être considérés comme un contenu normatif, tiré d'une norme juridique distincte, loi, jurisprudence, voire coutume, ou comme une norme autonome. C'est souvent la première formule qui est identifiée : les principes se déduisent d'une règle ou d'un ensemble de règles en étant, ou non, expressément formulés, comme l'illustrent l'exemple du principe, formulé, de la légalité des peines ou, au contraire, celui, informulé, de liberté contractuelle. *A priori*, le principe que la Cour de cassation révèle dans l'arrêt de 2014 s'inscrit entre les deux : il est formulé dans la loi de 2008 pour devenir l'article 16-1-1 du code civil, mais il correspond plutôt à un principe informulé tel qu'il est exposé par la Cour, dans la mesure où, d'une part, il ne correspond pas à un ensemble de règles préexistant et, d'autre part, qu'elle indique clairement que ce principe préexistait à sa formulation légale, de sorte que ce principe pourrait correspondre à la deuxième formule. Celle-ci correspond à la figure des *principes généraux du droit*. Ceux-ci sont souvent identifiés par la Cour de cassation pour résoudre un cas difficile comme le principe d'indisponibilité de l'état des personnes dans l'affaire *Alma Mater* en 1989 et 1991. Ceux-ci posent un délicat problème. En effet, la Cour de cassation présente le plus souvent ces principes, la première fois qu'ils sont formulés en l'absence d'une règle légale préalable, comme une *reconnaissance* de l'existence de ce principe. Par exemple, dans l'arrêt du 31 mai 1991, la Cour censurait l'arrêt d'appel qui avait validé l'existence d'une convention de gestation pour autrui au visa des articles 6, 353 et 1128 du code civil et indiquait ensuite le véritable motif de cassation (« Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevenait tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »), à peu près de la même manière que dans le premier arrêt de la première chambre civile, le 13 décembre 1989, comme si ce principe, déjà, préexistait à sa formulation jurisprudentielle. Là se situe le problème lié à l'existence de ces principes. En effet, le principe se présente alors comme une norme qui préexistait à la solution jurisprudentielle et que le juge découvre, reconnaît. Le juge assurerait alors une telle fonction visant à identifier des principes, en gestation, à découvrir. Cette explication correspond à la fonction du juge dégagée, par exemple, dans la logique anglo-américaine, par Dworkin ⁷, de manière à identifier une solution juste. Deux difficultés surgissent. La première est classiquement l'intrusion d'une logique naturaliste dans la présentation des principes, dans la mesure où leur formulation ne dépend pas d'une source officielle et valide, mais d'une présentation, au mieux doctrinale, au pire médiatique, ou sociale, en toute hypothèse d'une opinion, d'une valeur. Or cette explication ne peut être retenue dans une tentative réaliste de description, indépendante de toute valeur. La seconde est que cette présentation se heurte à une contradiction majeure. En effet, si le juge *reconnaît* l'existence d'un tel principe, il s'ensuit que le principe

existait auparavant et qu'il existait donc une norme avant que celle-ci soit expressément formulée. On ne voit pas bien comment le principe pourrait exister normativement avant son identification et en même temps n'exister réellement qu'après cette formulation expresse, sauf à imaginer une forme d'extralégalité, voire de supranormativité, reposant sur l'existence de principes, informulés mais bien présents et obligatoires. Si on admet, au contraire, que le principe n'existe que parce que la Cour le formule, il en résulte que celle-ci crée le principe, et ne le découvre point et que l'interprétation des normes relève d'un acte de volonté des juges : ils auraient aussi bien pu identifier ou ne pas identifier la règle, qu'ils désignent parfois comme un « principe », notamment lorsqu'ils n'ont pas à interpréter une règle existante mais à rendre une solution en l'absence de règle, de sorte que, avant cette décision, le « principe » n'était pas une norme mais une proposition de norme, formulée par la doctrine (ou par les avocats aux conseils).

La mécanique jurisprudentielle s'articule alors avec davantage de pertinence : la Cour de cassation ne réalise pas un acte de connaissance, par l'identification de « principes » qui seraient dégagés avant qu'elle ne les formule, mais bien un acte de volonté créatif. Avant sa décision, la norme n'existe pas, elle ne prend forme qu'avec la décision qui identifie le principe. Dans le cas de l'arrêt de 2014, il en résulte qu'un principe de respect du corps humain y compris au-delà de la mort n'existait pas avant qu'une décision de jurisprudence ne le formule et donc que la Cour de cassation a bien créé le principe et en même temps considéré qu'il existait avant que la loi ne le formule. Il reste alors à tenter de mesurer comment cette formulation est possible.

II - La reconnaissance d'une norme jurisprudentielle préexistante

Si on admet qu'avant la loi du 19 décembre 2008, les règles posées dans le code civil se limitaient aux articles 16-1 et suivants du code civil, il en résulte que la formule de la Cour demeure assez mystérieuse, lorsqu'elle considère que la règle, existant après la loi de 2008, lui préexistait, sous la forme d'un « principe ».

Ce « principe », serait-il largement présenté par une formulation doctrinale, n'est pas une norme, tout juste une « proposition de norme » qui n'a, bien entendu, pas - encore - de valeur normative ; elle est ou bien une interprétation scientifique, au sens de Kelsen, ou bien une opinion, une opinion politique ou un propos de droit naturel. Une tentative, ou une explication de la réalité des normes, repose, en effet, parfois, sur une présentation supposément positiviste qui prétend que de tels principes existent. On doit notamment à Ripert leur théorisation dans l'ouvrage *Les forces créatrices du droit* par exemple (I.G.D.J., 1955). Cette conception n'est que prétendument positiviste, et

(6) V. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Scurieux, éd. Panthéon-Assas, 1999 ; S. Caucial (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008. (7) *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1997.

donc descriptive du réel, et ce, pour deux raisons. En premier, cette conception, qu'on lit dans les premières pages de Ripert, considère que le droit existe de manière intemporelle, statique, qu'une notion, qu'il désigne comme « droit » est supérieure à des notions qu'il désigne comme « loi », par exemple, ce droit étant, par ailleurs, objectif et globalement associé au code civil, lequel serait l'héritier direct de conceptions techniques ayant toujours eu cours (« un contrat sera toujours un contrat »), comme si ces désignations techniques (contrat, famille, etc.) portaient en elles-mêmes des normes, naturellement, que les juristes seraient chargés de conserver. Cette conception peut être identifiée comme celle d'un positivisme nostalgique renvoyant à un « âge d'or » où des principes cohérents, ordonnés, mais perdus, auraient existé et que des qualités comme la force de l'étude scientifique et le principe conservateur permettraient de redécouvrir. En second, cette conception se prétend positiviste en ce qu'elle regarde le droit existant comme juste en tant que tel, avec des explications variables : il est juste parce que le code civil est la transposition juridique de la modernité politique et philosophique, ou bien parce que la loi est adoptée de manière démocratique, ou encore parce qu'il correspond à des valeurs consensuelles, ou bien encore parce qu'il en a ou aurait toujours été ainsi, etc. Peu importe alors, la confusion saute aux yeux. Ce sont bien des valeurs qui déterminent la juridicité des normes et assurent la sélection de celle-ci : c'est une conception naturaliste, assez pauvre et cependant très répandue, dite « légaliste ».

On ne peut cependant nier que la reconnaissance de tels principes répond à un besoin de cohérence du droit, afin de corriger telle absence, criante, dans le *corpus* légal. Mais il conviendrait cependant d'identifier une norme juridique ou métajuridique imposant que le droit doive être cohérent, pour que ce besoin de cohérence, qui est une valeur inconnaissable, se traduise par une exigence juridique de cohérence impliquant l'apparition (ou la découverte) de principes juridiques.

On ne peut non plus nier, alors, que ces principes, par hypothèse, ne sont pas posés : ils sont invoqués, expliqués, présentés comme élément de justification, jusqu'à ce qu'une norme, légale ou souvent jurisprudentielle, fasse d'une telle proposition une norme.

Si, donc, on peut concevoir qu'une « proposition de norme », dite « principe d'ordre public du respect dû au corps humain après la mort », préexistait à la norme juridique qui la fonde, ce principe n'était pas une norme avant qu'elle ne soit posée. Or ce principe a, apparemment tout au moins, été posé par la loi du 19 décembre 2008 ; auparavant, ce « principe » n'était pas une norme juridique, mais une proposition de norme.

Pourtant, la Cour de cassation affirme, en 2014, tout le contraire : un tel principe normatif préexistait à la loi du 19 décembre 2008.

Une première conséquence consiste à considérer que la Cour de cassation donne raison à la conception du « positivisme nostalgique » : il existerait donc bien des principes, plus ou moins

formulés, qui ont une valeur normative, dont le juge reconnaît ici l'un d'eux. Cette conception doit être écartée pour les raisons déjà dites. En outre, ces principes sont précisément informulés, et leur formulation suppose l'existence d'intercesseurs entre les juristes et les sources du droit naturel, des aruspices. En effet, les règles du droit naturel ne sont que rarement explicites : le passage à la norme, si tant est qu'il est possible, suppose donc une capacité de connaissance et de traduction du message supérieur pour l'explicitier, mais cette explicitation n'a rien d'objectif, elle n'est que le résultat des préférences subjectives, de la volonté de ces intercesseurs, des aruspices. Une autre conception consiste, au contraire, à considérer que ce principe pourrait préexister, non point parce que telle autorité l'aurait énoncé, mais parce qu'une norme juridique valide préexistait à la loi de 2008 avait déjà posé ce principe. Ce principe, norme juridique, ne peut alors être qu'une norme jurisprudentielle.

Deux hypothèses alors. La première consiste à observer que c'est la première fois, en 2014, qu'une cour souveraine pose ce principe. Le principe est donc né le 29 octobre 2014 tandis que la Cour le fait entrer en vigueur à une date imprécise mais en tout cas située « avant » la loi du 19 décembre 2008. Une telle solution pose dès lors la difficulté du caractère véritablement rétroactif d'une norme, serait-elle de source jurisprudentielle⁸. Dans la seconde, c'est l'inverse, ce n'est pas la première fois qu'une cour souveraine pose ce principe où, dans une version moins nette, ce principe peut se déduire de décisions rendues avant la loi de 2008, par exemple par des cours d'appel. Ce flou est entretenu par la méthode de rédaction des décisions de justice françaises, où l'exigence de motivation est considérée comme respectée par la seule identification d'un motif juridique, voire légal, sans considération pour d'autres éléments de motivation, plus substantiels, des explications voire des justifications et, notamment, l'identification de la ou des décisions qui avaient posé ce principe. Observons alors que ce « précédent » ne s'identifie pas à son homonyme anglo-américain en ce qu'il n'a pas pour objectif de figer les normes à compter de son apparition, mais simplement de faire entrer en vigueur la norme, dite principe, telle qu'elle a été créée par une autre cour souveraine.

Ce « précédent », en l'espèce, peut notamment être identifié dans un arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1993⁹ qui s'était prononcé sur la validité d'une sanction infligée par le Conseil de l'Ordre des médecins à l'un d'entre eux qui avait pratiqué des expérimentations sur un corps après le décès, sans consentement préalable et sans nécessité thérapeutique, dans des termes voisins de ceux de la Cour en 2014 : « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci ».

(8) Comp. D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation*, JCP 2011. 603. (9) N° 124960, D. 1994. 74, note J.-M. Peyricat, et 352, chron. G. Lebreton ; A.J.D.A. 1993. 579, et 530, chron. C. Mauquë et L. Touvet ; R.F.D.A. 1993. 1002, concl. D. Kessler ; R.D.S.S. 1994. 52, concl. D. Kessler ; R.T.D. civ. 1993. 803, obs. J. Hauser ; J.C.P. 1993. II. 22133, note P. Gonod.

Dès lors, la formule de la Cour de cassation s'éclaire si on la traduit ainsi : « Mais attendu que [l'arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1993 a posé le principe d'ordre public selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, qui] préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ». Cette explication permet de considérer, d'une part, que la Cour ne s'affranchit pas des règles de non-rétroactivité des normes juridiques, y compris ses propres normes, et, d'autre part, qu'elle s'inscrit dans une continuité normative qui confirme l'efficacité de la description réaliste des normes juridiques. On peut alors identifier une nouvelle fonction des « principes » : un principe est invoqué par la Cour de cassation pour éviter de fonder une interprétation sur une interprétation préalable et de citer ainsi un arrêt d'une cour souveraine. Cette « timidité » est dommageable dans la mesure où l'exigence de motivation des décisions de justice posée par l'article 455 du code de procédure civile est vague : « le jugement doit être motivé » et rien n'interdit que cette motivation repose sur une autre décision de justice, notamment de la Cour de cassation. Cette timidité se fonde sur une interprétation sans doute erronée de l'article 5 du code civil et de la prohibition des arrêts de règlement, largement présente dans la doctrine, parfois de manière péremptoire : « on sait que la motivation doit être intrinsèque et que la jurisprudence proscriit toute motivation par référence aux motifs d'une décision rendue dans une autre instance »¹⁰. Une chose cependant est la question de savoir si un juge peut utiliser les motifs, de fait et de droit, tirés par exemple d'un jugement ayant condamné une personne à des dommages et intérêts pour les reprendre à son compte, une autre est la motivation, en droit, d'une solution, par application d'une solution rendue par la Cour de cassation¹¹. Or il ne fait pas de doute que la Cour de cassation propose des interprétations

qui sont autant de créations de normes, et que les juges, les juges du fond et la Cour de cassation elle-même sur la base d'un arrêt de principe, les appliquent (ou les ignorent, ou se trompent, ou les rejettent au contraire, ce qui justifie l'institution du pourvoi en cassation), et il serait sans doute moins hypocrite, plus éclairant et plus pédagogique que la Cour s'autorise à citer un arrêt de principe sur lequel elle fonde une décision, plutôt que d'identifier une formule vague, telle qu'un principe, ou de rechercher un fondement légal parfois très éloigné, voire bonne à tout faire des pourvois en cassation, comme les articles 1131, 1134, 1147, 1165, 1382 ou 1384 du code civil, largement utilisés pour fonder des solutions qui n'ont parfois que très peu à voir avec les textes invoqués. La timidité de la Cour en la matière traduit vraisemblablement la conscience, durable, des propositions révolutionnaires visant à imposer le primat de la loi sur l'expression normative de la jurisprudence et l'idée du « juge automate » selon laquelle le juge est la bouche de la loi, alors même que cette idée est une opinion, de droit naturel.

Nous concluons donc que l'arrêt de 2014 peut s'expliquer ainsi : la Cour considère que le principe de dignité du corps humain s'étend au-delà du décès de la personne ; que ce principe a sans doute été légalement posé par la loi du 19 décembre 2008, mais qu'il préexistait à cette loi parce qu'une décision d'une cour souveraine l'avait posé, en 1993. Toutefois, elle désigne cette norme comme un « principe » afin de ne pas invoquer expressément la norme jurisprudentielle qui est la source de cette norme, désignée comme un principe.

(10) V. A. Lepage (dir.), *Le droit de savoir*, in *Rapport de la Cour de cassation 2010*, p. 63 s., spéc. p. 225. (11) D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation*, préc.