

L'interprétation de l'interprétation (*Variations normatives II*)

D. Mainguy

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

La place de la jurisprudence justifie celle de l'interprétation, ses méthodes, son résultat. La consécration de la jurisprudence comme norme ne résout cependant pas la question de la place, de la conjonction de la jurisprudence avec la loi, ou avec elle-même. L'originalité du droit français se pose précisément à travers cette double spécificité, celle de son système légal et celle de son système de droit jurisprudentiel. L'observation de l'interprétation de l'interprétation identifie ainsi trois litiges distincts, pour toute norme jurisprudentielle, qui tentent de rendre compte de cette spécificité.

1. – La question de l'interprétation des normes juridiques est l'un des thèmes centraux de la théorie du droit : quelles sont les « bonnes » interprétations, qui sont les interprètes, quelles en sont les conséquences ? Elle s'inscrit ainsi dans la théorie de la norme et dans celle de la décision judiciaire. Elle se concentre sur une difficulté majeure, celle de la fidélité de l'interprète à l'auteur de la norme, notamment lorsque cet interprète est une cour souveraine dans la mesure où le résultat de l'interprétation judiciaire est une norme, la norme jurisprudentielle, qui entre alors en concurrence avec la norme interprétée.

La question de l'interprétation est souvent présentée de manière caricaturale, soit à travers des méthodes d'interprétation impérieuses, soit par la séparation formelle des fonctions : le juge est en charge de l'interprétation et cette interprétation est celle de la loi. Or, si l'interprétation ici envisagée tout au moins est bien de l'office du juge, cette fonction est très loin de se limiter à des hypothèses d'interprétation de la *loi* ; le plus souvent, le juge interprète sa propre interprétation, soit parce que le droit positif est constitué d'une interprétation particulière de la loi, obscure ou incomplète, soit parce qu'il est constitué d'une norme adoptée par le juge en l'absence de norme légale.

Le point de vue de l'interprétation de l'interprétation permet alors de rendre mieux compte de cette fonction loin d'une présentation un peu simpliste, de manière à aborder son aspect le plus technique, celui de l'effet de la norme jurisprudentielle dans le temps.

2. – La question de l'interprétation prend corps dans une décision d'une Cour souveraine, notamment dans la résolution d'un cas difficile, qui est à l'origine de ce que nous appellerons « *les trois litiges* ». Le *premier litige* est le litige concret, celui qui est à l'origine d'une l'interprétation. Il révèle la difficulté d'interpréter une norme, le passage du général au particulier, à laquelle est en général associée celle du choix de la méthode d'interprétation. Si on admet que le résultat d'une interprétation est une norme juridique nouvelle, qu'on appellera jurisprudence, il en résulte que le traitement du premier litige crée un *deuxième litige*. L'interprétation résultant du premier litige, la décision, est elle-même une norme, et cette norme est à son tour susceptible d'application à de nouveaux cas concrets et, ce faisant, d'interprétation. On est là au cœur du problème de l'interprétation de l'interprétation et d'une possible description de la place, originale, de la norme jurisprudentielle française dont on peut alors proposer quelques éléments d'explication. Il en résulte cependant un *troisième litige*. Si en effet la décision rendue est une norme, se pose la question de son

interprétation, mais également celle de son application, dans le temps notamment : à partir de quand cette interprétation s'impose-t-elle ?

On peut ajouter que le système juridique français est d'une complexité telle qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, de sérier de manière parfaite, chirurgicale, les normes selon leur nature : une norme jurisprudentielle se comprend peu de manière isolée, sans la rattacher à un ensemble légal voire à des expressions doctrinales et réciproquement. Ce qu'on appelle « droit » peut donc être présenté, sans doute de manière limitée, comme un ensemble complexe de *normes* qui ne saurait être réduit à la loi mais qui peut être étendu à la jurisprudence, c'est-à-dire au résultat d'une interprétation. Toute la théorie du droit est en général présentée à travers le prisme réducteur de la norme-loi : la question des caractères de la loi, norme générale et abstraite, celle de son interprétation ou de son application. Une théorie française de la norme, tenant compte de toutes les normes, suppose résolue la question de l'interprétation dans toute son ampleur, que l'interprétation de l'interprétation à travers, en cascade, les problèmes posés par les *trois litiges* tente rapidement de présenter ici, pour apporter une petite pierre à l'édifice considérable érigé par la doctrine contemporaine.

I. – Premier litige : l'interprétation des normes

A. – Interprétation et technique

3. – Le problème de l'interprétation est souvent réduit à un ensemble de méthodes, de techniques d'interprétation, dont rend très mal compte la présentation classique de la supposée opposition entre l'Ecole de l'Exégèse et la méthode dite de libre recherche scientifique de Gényn, rapide, sinon fautive, parce que limitée à des termes techniques. Or la question de l'interprétation est d'abord une question politique (ou philosophique ou théorique), qui ne résout pas simplement par l'appel à la source démocratique, à laquelle ne s'abreuvèrent pas les juges. Elle pose, en amont, un problème de définition du système juridique et l'on s'arrêtera ici aux propositions positivistes.

Une conception positiviste formaliste décrit le droit comme un système cohérent et complet. C'est un système cohérent parce qu'il s'articule de manière logique. Ce peut être à la manière des exégètes parce que la loi est la seule norme possible, en raison de la modernité de l'idée même de loi, produit de la raison humaine et en raison de sa source, la volonté générale. De ce point de vue, le légalisme se transmute en légicratie : la raison incarne l'aboutissement ultime de la Justice et la loi en est le parangon. Il ne saurait y avoir de normes au-delà de la loi, au-delà du Code civil. Ailleurs, en Angleterre ou aux Etats-Unis, c'est le même souci de prétention scientifique qui fait des règles posées par le juge, la *Common Law*, un objet d'analyse méthodique interdisant toute interprétation, selon la méthode posée par ses théoriciens, Austin ou Hart. Cette cohérence du producteur de la norme induit la pureté de la règle de telle manière que celle-ci est formellement identifiée au résultat de la procédure formelle d'adoption posée par la puissance de l'Etat. Ce peut être à la manière européenne des positivistes kelséniens qui, par le recours à une description hiérarchique du droit, fondent les règles valides comme celles qui sont le résultat d'une procédure d'adoption formellement conforme à celle posée par la règle supérieure.

Il en résulte en toute hypothèse que le système étant cohérent, les conflits de normes ou les difficultés d'interprétation qui y naissent sont de simples « erreurs », marginales, du système que celui-ci est parfaitement à même de corriger, ce en quoi il est complet. Les fameuses méthodes d'interprétation sont archiconnues, précisées notamment par Perelman, toutes fondées sur l'idée que le système juridique est cohérent (1).

Inversement cependant, cette idée de cohérence peut faire l'objet d'une considération plus dubitative. On cherchera, en premier lieu, où sont écrites, posées, ces fameuses méthodes de résolutions des antinomies ou des difficultés d'interprétation : ce sont des adages au mieux, des formes de raisonnement prétendument logiques au pire dont on prétend qu'ils sont figés et incontestables et ce faisant des éléments d'un métadroit naturel (cf. infra, n°10). On peut considérer au contraire que le système juridique est un produit humain donc imparfait, susceptible d'incohérences, de sorte que les solutions de ces incohérences sont difficiles, ce ne sont pas de simples « bugs » juridiques, et empruntent à des voies plus complexes que le respect d'une autorité ou d'une hiérarchie.

Soit, donc, l'interprétation est dévalorisée parce que la résolution des cas difficiles suppose déterminé le système juridique, selon qu'il est posé de manière cohérente, avec une hiérarchie claire et définitive des règles (les juges ne sont pas autorisés à créer des règles de droit, mais peuvent corriger les lacunes ou les antinomies du droit, par une norme d'habilitation). Soit au contraire il laisse place à une certaine incohérence et ce faisant, un certain chaos (les juges sont autorisés à créer des normes juridiques, bien au-delà d'un pouvoir de simple correction du droit), dont on peut alors tenter de mesurer les termes. Cela ne disqualifie en rien les adages et méthodes d'interprétation, qui imprègnent si fortement le raisonnement français, mais disqualifie leur impérativité et leur automaticité, vers une simple caractérisation de ces méthodes (2): les exceptions ne sont pas *toujours* d'interprétation stricte.

B. – Interprétation et interprètes

4. – La question de l'interprétation revêt une importance différente selon que la description du système juridique est formaliste ou réaliste. Dans le premier cas, la loi ne pouvant tout régler, des interprétations sont nécessaires et validées par la constitution, mais elles se présentent comme un acte de *connaissance* du contenu d'un énoncé normatif et non un acte de *volonté* de l'interprète (3). Le juge découvre ; il n'invente pas, sauf à s'éloigner du présupposé selon lequel une démocratie suppose que seule la loi peut énoncer une norme. Ces interprétations se distinguent en deux catégories. D'une part les interprétations *scientifiques* déterminent le champ du possible : ce sont toutes les interprétations, notamment doctrinales. Le juge choisit et délivre une interprétation *authentique* : celle qu'il est *autorisé* à donner pour compléter la norme. La jurisprudence serait donc une simple autorité. Il n'est donc pas question ici d'interprétation autonome ou encore moins créatrice par la jurisprudence et il n'est pas imaginable d'envisager la place de la jurisprudence autrement que comme une « norme » d'interprétation, qui fait corps avec la norme

1 Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979 ; Comp. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, Litec, 5^{ème} éd. 2010, n°200,

2 Pour un résumé, X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, n°83s.

3 X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, op. cit. n°66 s.

interprétée, et qui dispose de la même autorité.

Une conception réaliste considère au contraire que le travail d'interprétation est libre, en ce sens que l'interprète souverain dispose d'une liberté totale dans son interprétation, acte de volonté, de sorte que c'est cette interprétation qui donne corps à la norme, qui crée, établit la norme. Dans cette conception, la norme, c'est la jurisprudence, c'est l'interprétation par les cours souveraines, et notamment dans les cas difficiles, où le juge est tout à la fois normateur et contrôleur de sa propre norme, librement, en ce sens que le juge n'a pas à se soumettre à l'une des interprétations scientifiques identifiées. Souvent d'ailleurs la doctrine est moins scientifique qu'avocat : elle ne présente pas les solutions de manière neutre, en offrande au juge, mais insiste sur une solution comme étant la meilleure et il n'est pas rare de lire des critiques lourdes contre une décision de jurisprudence qui rend une décision contraire à l'interprétation choisie par une majorité de la doctrine : l'exemple de l'affaire *Perruche*, celui plus discret mais très symptomatique de la question de la rétractation de sa promesse par le promettant constituent de bons exemples de cette autonomie du juge et de sa liberté, son pouvoir arbitraire.

Ces deux oppositions, radicales et positivistes, demeurent cependant compatibles dans la mesure où la norme, brute et axiologiquement neutre, y tient toute la place : les valeurs n'y ont pas admises, opposition à travers laquelle peut tenter de se glisser une conception qui, sans n'être point positiviste, peut ne pas ignorer les valeurs (4).

II. – Deuxième litige : l'interprétation substantielle de la norme interprétée

5. – Le premier litige est essentiel : il délivre les parties de leur difficulté et offre une solution à leur conflit. De temps en temps, ce conflit est élevé au niveau du juge souverain et, parfois, notamment pour les cas difficiles, il en résulte une interprétation nouvelle de la norme.

Le schéma explicatif classique de l'interprétation repose sur une séparation nette des normes : il y a d'une part la norme interprétée, la loi, et d'autre part la norme d'interprétation, la jurisprudence. Ce faisant, l'interprétation assurerait un lien vivant entre deux normes distinctes : la jurisprudence serait la mise en pratique de la loi, son application au cas concret.

Cette présentation est cependant très réductrice. Elle révèle une volonté, consciente ou non, de présenter les normes de manière différenciée : il y a d'une part la loi, d'autre part la jurisprudence. Or, on peut envisager le droit de manière plus imbriquée, une distance entre la loi et la jurisprudence moins nette. Si l'on évoque l'ensemble « droit des contrats » par exemple et plus singulièrement l'article 1134 du Code civil, il est assez difficile de présenter ce texte sans évoquer les lois qui assurent des exceptions au principe de liberté contractuelle qu'il fige, et surtout la jurisprudence complexe qui l'accompagne ou la doctrine qui s'oppose sur la méthode de son interprétation. A défaut, l'article 1134 serait un simple texte d'incantation, point une norme efficace. Lorsque le juge souverain est en charge de son interprétation dans cas donné, par exemple dans une situation où le comportement d'un contractant doit être abordé et où ce comportement n'est pas directement contraire à un dispositif contractuel, il ne fait pas comme si c'était la première fois

4 Cf. D. Mainguy, *De la légitimité des normes et de son contrôle*, JCP, 2011, 250.

qu'il devait interpréter l'article 1134, al.3 du Code civil ni ne fait abstraction des interprétations existantes. Tout au contraire, il présente son raisonnement comme une nième interprétation de ce texte, identique aux précédentes, ou en complément d'une interprétation déjà donnée, selon la technique parfois dite des « petits pas », voire par un changement de jurisprudence.

L'effet de sédimentation jurisprudentielle révèle que l'interprétation du juge est moins souvent l'interprétation de la norme légale qu'une interprétation d'une norme jurisprudentielle : une interprétation d'une l'interprétation.

6. – Ce constat justifie qu'on s'interroge, rapidement, sur la place de la norme jurisprudentielle au sein d'un *droit commun de la norme* et la méthode d'interprétation qu'elle implique. Une décision de jurisprudence se présente comme une norme qui est à la fois une norme d'application (elle permet de rendre une décision efficace et exécutable), une norme de conformité et une norme d'interprétation, le tout se présentant comme une norme (auto)révocable.

Comme norme, elle est à son tour susceptible d'interprétation. Cet ensemble d'interprétations successives et enchevêtrées identifie un système français de droit jurisprudentiel, fondant avec le système légal le droit français et la tradition romano-germanique de manière plus générale.

En cela, ce système français de droit jurisprudentiel est fondamentalement différent du système de *Common Law* où règne le système du précédent. La norme qui résulte d'une décision doit y être appliquée à un cas voisin, par analogie, sans qu'une interprétation soit possible, sauf à trahir l'esprit de la *Common Law*. Cette analogie consiste ainsi à considérer que pour des faits identiques, il y a lieu d'appliquer le précédent déjà rendu, ce qui explique en pratique les discussions sur l'identité des faits, qui n'existe jamais, sur les précédents, qui se recourent souvent, et sur la nécessité de créer une norme en l'absence de précédent. Cette présentation est bien entendue caricaturale, aussi caricaturale que la présentation selon laquelle le juriste français se contenterait de réciter et appliquer le Code civil. De même qu'en France le normativisme kelsénien est critiqué, le positivisme hartien l'est pareillement, pour montrer que le juge, en réalité, interprète les précédents dans les cas difficiles. Toute l'œuvre de Dworkin consiste précisément à montrer comment le juge *doit* interpréter le précédent face à un cas difficile et identifier la *bonne* solution (5).

Or, une norme jurisprudentielle française se présente de manière radicalement différente : ce n'est pas un *arrêt* qui forme la norme jurisprudentielle, mais sa *solution de droit*, isolée de son contexte, des faits qui la constituent, et dont on apprécie qu'elle en soit délestée, qu'elle soit une « pure » solution de droit et qu'elle se présente *comme une norme légiférée*. Les exemples sont si considérables qu'ils viennent à l'esprit de tous. L'efficacité de cette méthode est telle que la présentation du droit matériel applicable par la doctrine s'effectue en continu, sans rupture méthodologique selon qu'une règle relève d'une source ou d'une autre, comme c'est le cas frappant du droit administratif ou de la responsabilité civile voire du droit des contrats, où des pans entiers sont constitués de ce mélange sophistiqué de loi et de jurisprudence (6).

5 R. Dworkin, *L'empire du droit*, Puf, Coll. Recherches politiques, 1994, *Prendre les droits au sérieux*, Trad. P. Bourretz, Puf, coll. Leviathan, 1995.

6 Comp. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°75.

Il reste que la norme jurisprudentielle s'élève au rang de norme, *comme s'il s'agissait d'une norme légiférée*, ce qui montre, au moins, l'attrait du modèle normatif légal en France. Cette norme est alors susceptible de s'appliquer à de nouvelles situations, quand bien même ces situations seraient différentes, pour éventuellement former une nouvelle interprétation normative, et ainsi de suite.

7. – Les techniques permettant cette « montée » vers la gamme des normes puis cette « descente » vers le cas concret empruntent à la double technique du jugement réfléchissant et du jugement déterminant qu'on retrouve par exemple dans la *Critique de la faculté de juger* de Kant (essentiellement pour la détermination du jugement esthétique d'ailleurs). Le jugement réfléchissant est celui qui à partir du particulier (le monde sensible, les faits), permet d'aboutir à une solution universelle, générale (la solution de droit). Ce jugement réfléchissant s'effectue de manière automatique : il n'y a pas de purgatoire entre la décision qui tranche le litige et sa considération comme norme. C'est une situation assez nouvelle. Autrefois, la cour se contentait de publier ou de « simplement diffuser » un arrêt et la doctrine, en valorisant telle décision, lui assurait une forme de *promulgation doctrinale* ; désormais elle est réalisée aussitôt par le juge lui-même, par le jeu savant d'assemblage de lettres « P », « B », « R », « I », qui présentent les atours d'un arrêt important. Deux formes de jugements réfléchissants cohabitent : l'un subjectif (esthétique, chez Kant) résulte d'une sensation doctrinale qui loue une décision considérée comme banale par la Cour ou qui critique vertement un arrêt essentiel. L'autre, objectif (téléologique), s'impose de lui-même : c'est l'arrêt attendu, présenté par la Cour de cassation comme essentiel. L'un comme l'autre sont importants : l'ordre choisi par le juge pour valoriser ses décisions n'est pas plus valable que celui choisi par la doctrine : il est aussi vain de considérer qu'une décision s'intègre dans un tout merveilleux et organisé que de se réjouir, avec Alphonse Allais, que Dieu ait sagement posé des pommiers dans les pays où l'on fabrique du cidre. L'ordre jurisprudentiel n'est pas plus (ni moins) cohérent que l'ordre légal : il s'intègre dans le système juridique et c'est en fonction d'intérêts divers que le juge, le praticien, l'universitaire reconnaîtront la valeur d'un arrêt pour une nouvelle interprétation de l'interprétation, supposant une remise en cause, une discutabilité permanente de la valeur, de la légitimité de cet ordre. C'est d'ailleurs tout l'intérêt d'un système français de droit jurisprudentiel qui propose des solutions *révocables*. L'exemple des revirements de jurisprudence est finalement assez rare. La jurisprudence est davantage faite d'avancées jurisprudentielles, d'accommodements, de limites, de créations que de renversements de jurisprudence.

Les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence interprète sa propre jurisprudence sont ainsi considérables, même si cette manière d'interpréter est trop souvent noyée par cette impérieuse nécessité de toujours présenter une norme légale comme moyen de cassation : on songe ainsi à la construction jurisprudentielle de la responsabilité délictuelle, des actions directes dans les contrats, de l'obligation de sécurité, de l'élimination des clauses exagérées, de la cause, etc., qui invoquent imperturbablement les articles 1382, 1384, 1134 voire 1147 du Code civil qui n'en peuvent mais, alors que ce sont bien des interprétations jurisprudentielles qui sont l'objet des nouvelles interprétations.

8. – On peut alors regretter deux choses, déjà exprimées (7). En premier, le fait que les décisions de la Cour de cassation soient trop peu disertes, sinon à la lecture du rapport et l'avis lorsqu'ils sont publiés, sur les raisons d'une décision, sur les choix réalisés, sur les motifs politiques, économiques, sociaux qui sont à l'origine de celle-ci, les dissidences. Il est clair que ce serait une aide puissante pour l'interprétation de ces décisions et surtout une valorisation du pouvoir créateur du juge (sans doute est-ce d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour de cassation s'en garde bien). En second, le fait que le juge n'établisse pas clairement la décision précédente sur laquelle il s'appuie dans l'interprétation de l'interprétation qu'il livre, et non sur un texte insipide même si en général, les commentateurs s'y retrouvent assez bien.

On peut également faire observer que cette présentation offre une difficulté dans le discours de la théorie réaliste de l'interprétation. En effet, celle-ci pose qu'un texte est toujours indéterminé et que sa détermination n'est réalisée que par l'interprétation d'une cour souveraine. Cependant une interprétation produit une solution de droit, un texte, indéterminé donc, qui suppose une nouvelle interprétation : l'indétermination normative serait donc sans fin, rien ne serait jamais déterminé ni normatif et l'interprétation de l'interprétation toujours en quête d'une détermination. C'est moins une difficulté qu'un constat : même la jurisprudence emporte des conflits d'interprétation, appelant alors une nouvelle interprétation, etc. Il est donc clair que cette présentation rend compte du caractère hésitant, imparfait, humain donc, de la portée normative du droit, dans sa généralité, en permanence en proie à la recherche d'une Vérité, d'une Justice, dont le juge est l'un des moyens.

Il reste, au-delà de ces critiques limitées, que le génie du droit français est ainsi concentré dans une forme de communion entre un système légal qui imprime, à tort ou à raison, sa force et son imperium sur les juristes comme sur les citoyens français mais sans pouvoir exister de manière autonome, et un système de droit jurisprudentiel riche, érudit, détaché de la contrainte de l'analogie qui s'attache au *precedent* de la *Common Law*, et de son caractère révocable. Ce faisant, l'un des éléments de la richesse du droit français, mais aussi l'un des éléments de perplexité pour les observateurs étrangers réside dans l'imbrication de ces deux systèmes, leur combinaison. Contrairement à ce que l'on pense souvent, le droit français, dans sa généralité n'est pas un système fermé, mais au contraire mouvant, ouvert à la discutabilité permanente, ceci dit en songeant fortement au fâcheux mouvement dit du *Legal Origins* (8).

III. – Troisième litige : l'interprétation temporelle de la norme interprétée

9. – Une décision qui se présente comme une interprétation nouvelle appelle une autre forme d'interprétation, dans le temps cette fois. C'est le débat, désormais classique et présenté comme portant sur la *modulation des revirements de jurisprudence dans le temps*. Lorsque, par exemple, le 10 juillet 2002, la Cour de cassation décide qu'une clause de non concurrence doit, à peine de nullité, être rémunérée, elle tranche le litige qui lui est soumis, interprète les interprétations

7 Cf. récemment : P. Deumier et R. Encinas de Munagori, RTDciv. 2005, p. 83 et les références.

8 Sur lequel : J.-F. Gaudreaullt-Desbiens, La critique économiste de la tradition romano-germanique, RTD Civ. 2010 p. 683 et les réfs.

antérieures qui n'exigeaient pas cette condition et impose cette nouvelle condition par un arrêt qui identifie une norme nouvelle susceptible de s'appliquer à un nombre incalculable de situations juridiques *en cours*. Cet exemple est illustratif du troisième litige qui naît, en général, de l'interprétation, celui de son effet dans le temps et qui suppose acquises les réponses aux deux premiers litiges : la jurisprudence est normatrice, ces normes sont des interprétations d'interprétations. On observera au passage que l'arrêt de 2002 a bien créé une norme nouvelle sur la base de normes jurisprudentielles antérieures (aucune loi ne définit les clauses de non concurrence) et qu'elle a créé une norme nouvelle dont la caractéristique est de se présenter comme une norme *impérative* : elle traite de la validité d'une situation juridique.

10. – La plupart des travaux récents sur l'interprétation se sont concentrés sur cette partie des trois litiges (9), principalement sous la conduite de Nicolas Molfessis (10) sous le prisme des revirements de jurisprudence. Très sensible, et sans revenir sur des débats riches et parfois houleux (11), la question divise les tenants d'un « réalisme » contre ceux promouvant un prétendu « principe de sécurité juridique » qui s'intègre parfaitement dans la logique normativiste de la cohérence du système juridique, voire ceux niant tout pouvoir jurisprudentiel normatif.

La question n'est pas limitée aux revirements de jurisprudence ; elle se pose pour n'importe quelle norme jurisprudentielle, création, avancée ou revirement dans la mesure où, dans le temps, le droit change, on passe brutalement à une situation donnée à une nouvelle situation. Par conséquent, toute interprétation emporte par nature une question d'application de la norme jurisprudentielle dans le temps et toutes les interprétations cumulées, ajoutées aux changements législatifs montrent que le droit, si son unité peut être identifiée, est en mutation permanente, de telle manière que le « prétendu principe de sécurité juridique » n'est qu'une illusion (12), à ranger parmi les fables juridiques.

Dès lors, les expériences savantes en matière d'application dans le temps de la *loi* doivent pouvoir s'appliquer à la *norme*, légale ou jurisprudentielle, sous réserve toutefois que l'on s'entende sur la nature de la norme jurisprudentielle. Ordinairement en effet, par un tropisme légicentriste, par vocation normativiste ou simplement par comparaison avec le système anglo-américain du *precedent*, on considère que la norme jurisprudentielle est une norme *interprétative* ou *déclarative* (13). Cette appellation peut sembler logique dans la mesure où il s'agit d'une norme d'interprétation : un mimétisme sémantique emporte alors de considérer que l'*interprétation* est *interprétative*. Dès lors, le régime des normes interprétatives ou déclaratives, calqué sur celui des lois, est celui de la rétroactivité. S'ajoute la

9 P. Voirin, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », JCP, 1959, I, 1467, J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA, 1968, p. 15 ; Ch. Mouly, « Les revirements de jurisprudence », in L'image doctrinale de la Cour de cassation, La Documentation française, 1994, p. 123 ; « Le revirement pour l'avenir », JCP, 1994, I, 3776.

10 N. Molfessis (dir.), *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005 ; note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, D. 2009, p. 2567. V. aussi Th. Revet, « La légisprudence », Mélanges Ph. Malaurie, Defresnois, 2005, p. 377 ; P. Morvan, note in D. 2005, p. 247, D. 2007, p. 835, C. Radé, De la rétroactivité des revirements de jurisprudence, D. 2005, p. 988, X. Lagarde, Jurisprudence et insécurité juridique, D. 2006, p. 678.

11 V. Heuzé, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence », JCP G 2005. I. 130 ; P. Sargos, « L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », Dr. soc. 2005. 123.

12 Comp. P. Morvan, note sous Cass. Ass. Plén, 21 déc. 2006, D. 2007, p.835. Adde ; P. Morvan, le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? Dr. Soc. 2006, p. 707.

13 Comp. P. Morvan, note D. 2005, p. 247, Th. Revet, La légisprudence, art. cit., n°12.

considération que l'interprétation de la jurisprudence est une interprétation de la *loi* : la norme jurisprudentielle ferait donc corps avec la loi qu'elle interprète et, interprétative, elle serait par nature une norme rétroactive. Il est alors logique et efficace de s'interroger sur la portée de cette solution : vers une modulation de l'effet rétroactif de la jurisprudence et pour un revirement pour l'avenir, ou revirement prospectif.

La comparaison avec le système de *Common Law* (14) repose sur une fiction assez proche de celle proposée par le normativisme. Celui-ci garantit en effet que le mécanisme de production légale des normes est valide parce qu'elle résulte de la hiérarchie des normes garantie par la constitution, qui elle-même est le produit d'une décision conforme à la précédente constitution et ainsi de suite, pour aboutir à la « norme fondamentale hypothétique », au-delà de la première constitution historique, qu'on a beaucoup de mal à distinguer d'un droit naturel, la Cité idéale. Le système anglo-américain sur fonde sur une légende voisine : le juge n'*invente* pas de norme, il ne fait que *découvrir* des normes préexistantes reposant un droit préexistant, juste, complet, cohérent, merveilleux : une norme fondamentale hypothétique là encore, ce qui implique que les décisions de jurisprudence sont rétroactives par principe de sorte que le juge anglo-américain a découvert (inventé?) la technique du *prospective overruling* pour limiter cet effet rétroactif.

On peut en outre noter qu'une considération réaliste des normes fait de la norme d'interprétation une *création* normative. La théorie réaliste de l'interprétation par exemple, observe qu'un texte souffre un principe d'indétermination normative, et qu'il ne devient déterminé que par l'interprétation assurée par le juge. Il en résulte donc que le résultat d'une interprétation n'est pas nécessairement de nature interprétative, mais qu'il peut être considéré comme une norme créatrice, exactement comme une loi. Si on ajoute le fait que l'interprétation est au moins aussi souvent une interprétation d'une interprétation et non d'un texte légal, alors le caractère nécessairement interprétatif ou déclaratif de l'interprétation devient moins impérieux : la norme jurisprudentielle est *normativement originaire* (15).

Si l'on reprend l'exemple de l'arrêt du 9 octobre 2001 sur la responsabilité médicale (16), la Cour avait décidé qu'un médecin pouvait être condamné pour un fait réalisé en 1974, sur la base d'une décision rendue en 1998 parce que « nul ne peut prétendre à un droit acquis à une jurisprudence figée », formule fameuse mais finalement malheureuse (17). Dans cette situation, ce n'est pas l'arrêt de 2001 qui pose difficulté, mais l'arrêt de 1998 qui avait interprété un arrêt de 1997 qui lui-même avait imposé que le médecin apporte la preuve de l'exécution d'une obligation d'information sur les risques encourus par le patient. L'arrêt de 1998 interprétait ce premier arrêt à propos des risques exceptionnels : le médecin doit informer le patient même s'agissant de risques exceptionnels. Si une loi avait imposé cette exigence en deux temps, en 1997 et en 1998, sans poser de règles quant à son entrée en vigueur, nous nous serions trouvés face à une situation ordinaire de conflits de normes dans le temps : on aurait vraisemblablement considéré que face à une situation contractuelle, la loi ne saurait présenter un effet immédiat, sauf à ce que la loi soit d'ordre public, ce qu'elle eût été. Rien de neuf ici : la norme jurisprudentielle identifiée en 1997 et

14 P. Morvan, note préc.

15 Contra : Th. Revet, La légisprudence, art. cit., sp ; n° 12.

16 D. 2001, 3470, rapport P. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP, 2002, II, 10045, note O. Cachard ; RTDCiv., 2002, 176, obs. R.L. ; Les petites affiches, 13 mars 2002, n° 52, p. 17, note F. Marmoz.

17 Comp. N. Molfessis, D. 2009, p. 2567.

1998 est de nature impérative et elle est une création. Elle s'applique, immédiatement, aux situations en cours. On pourrait même faire observer que les modifications que la loi impose à une situation juridique existant sur la base de normes jurisprudentielles sont parfois autant sinon plus perturbantes qu'une avancée jurisprudentielle : ce fut le cas de la loi *Kouchner* de 2004 où l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique limite la portée de l'arrêt de 1998 (18), mais c'est aussi le cas du traitement des infections nosocomiales, de l'article « *anti-Perruche* », ou encore des articles 1386-1 et suivants sur la responsabilité du fait des produits qui ont, avec l'aide communautaire, détruit le régime jurisprudentiel de l'obligation de sécurité du fait des produits, etc.

C'est donc parce que la doctrine part du présupposé, un temps *partagé par le juge lui-même*, que la norme jurisprudentielle présente une nature interprétative, donc rétroactive, que les plus grandes difficultés commencent. En outre, cela conduit la Cour de cassation à des circonvolutions désarmées, comme dans l'arrêt du 8 juillet 2004 (19) ou celui de l'assemblée plénière de 2006 (20), pour tenter de moduler dans le temps les effets de ses décisions.

On peut tenter de convaincre à l'inverse que les normes jurisprudentielles ne sont pas interprétatives et donc ne sont pas rétroactives. Au demeurant, si elles l'étaient véritablement, cela permettrait d'ouvrir de nouvelles actions à un plaideur déçu par une décision ayant l'autorité de la chose jugée sous l'empire de la norme jurisprudentielle ancienne, ce dont il n'est évidemment pas question. Par conséquent la modulation de ses effets dans le temps répond aux principes classiques, quoique complexes et imprécis, valant pour la loi. Il en résulte que les formules selon laquelle, comme dans un arrêt du 17 décembre 2004, la cour imposait *l'application immédiate* de la décision de 2002 sur la rémunération des clauses de non concurrence (21), ne sont pas une consécration de la possibilité pour le juge de moduler ses décisions, ni une sorte de transgression. Tout au contraire : c'est dans la logique même de la norme, légale ou jurisprudentielle, de modifier le sens du droit, de créer une perturbation. Sans reprendre les arcanes des raisonnements de droit transitoire, il reste que la rétroactivité de la norme est en principe exclue, que l'application immédiate s'impose alors, avec des variantes selon les situations juridiques, variantes qu'il appartient au juge d'estimer, comme dans l'arrêt de 2006 où il avait écarté, au nom du droit à un procès équitable de l'article 6§1^{er} CEDH, l'application immédiate d'une décision de jurisprudence, tout comme il avait imposé le contraire au nom du même principe dans l'arrêt de décembre 2004.

Peu importent les situations particulières, la difficulté aujourd'hui repose sur la considération de la norme dans sa généralité, et de ses effets, dans le temps, dans l'espace, de manière générale et particulière, c'est-à-dire la détermination d'un régime *commun* de l'application de la norme et d'éventuels régimes particuliers pour certaines normes, la loi, la jurisprudence. La non rétroactivité de la norme et son effet immédiat sont de principe, il reste alors à élaborer ce droit transitoire jurisprudentiel et d'identifier ses critères parmi ceux qui sont déjà proposés : droit à

18 X. Lagarde, art. cit., sp. n°11.

19 Cass. civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, n°01-10426, D. 2005, p. 247, note P. Morvan.

20 Cass. Ass. Plén. 21 déc. 2006, D. 2007, p. 835, note P. Morvan, JCP, éd. G, 2007, II, note E. Dreyer, 10111, note X. Lagarde, RTDciv ; 2007, p. 72, obs. P. Deumier.

21 Cass. soc. 17 déc. 2004, n° 03-40.008.

accès au juge (22), respect d'un principe fondamental (23), équité (24), d'autres sans doute, sur la base d'un droit transitoire commun déjà bien riche.

11. – En conclusion, la question de l'interprétation est bien une clé essentielle de la connaissance du droit. Elle est à l'origine de théories doctrinales dont chacune prétend le mieux décrire le système juridique. Le réalisme juridique par exemple présente cet intérêt de donner à l'interprétation un nom et une force, la jurisprudence, mais c'est alors, en considération de cette interprétation, en elle-même et donc au travers de l'interprétation de l'interprétation, que la valeur, la vigueur, l'ampleur de la jurisprudence montre son intérêt, intérêt d'autant grand qu'il ne masque en rien l'intérêt et les atouts de la loi. Une présentation caricaturale voit dans la majesté du juge une tendance a-démocratique, le gouvernement des juges, voire un outil de subversion libérale. Il n'en est pas nécessairement ainsi : l'intérêt général, l'âme de la tradition juridique française, n'est pas plus dévalué par le juge que par le législateur. La complémentarité du génie juridique légal et du génie juridique jurisprudentiel permet, sans nier l'un ou l'autre, de donner véritablement corps à l'originalité, séculaire, du droit français (25).

22 Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, préc.

23 X. Lagarde, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, JCP 2009, éd. G, 237.

24 P. Morvan, note cit.

25 Comp. J.-M. Carbasse, Introduction historique au droit français, Puf.