

REVUE DE LA FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

**DROIT TRANSITOIRE
JURISPRUDENTIEL**

**PERSPECTIVE
COMPARATIVE**

26

VOLUME 26 / 2002-2 SEMESTRIEL

=====
EXTRAIT
=====

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 2

INTRODUCTION
ABORDER LA QUESTION
DU DROIT TRANSITOIRE JURISPRUDENTIEL
DANS UNE PERSPECTIVE COMPARATIVE

PAR

ISABELLE RORIVE

ASSISTANTE À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

« On parle beaucoup de la rétroactivité de la loi qu'on tient, à juste titre, en suspicion. On surveille également l'Administration dont, en principe, on ne tolère pas qu'elle fasse rétroagir ses règlements. Mais qu'en est-il de la rétroactivité de la décision judiciaire, et plus particulièrement, de la règle de droit qu'elle énonce? Tout se passe comme si un voile pudique recouvrait cette question qu'on semble 'redécouvrir' à l'occasion de telle ou telle espèce embarrassante » (1).

L'acte de juger est tourné vers le passé. Le juge dit aujourd'hui le droit pour une situation qui s'est déroulée hier. Cette rétroactivité-là tient de l'essence même de l'activité du juge. Mais lorsqu'elle est mise en perspective avec la dimension créatrice inhérente à l'exercice de la fonction juridictionnelle, la temporalité propre à la décision de justice prend tout son sens.

Le phénomène de la création du droit par les juges constitue indéniablement un des sujets de prédilection de la théorie du droit contemporaine. Aujourd'hui, il est largement reconnu que, de par la nature même de sa mission, le juge participe à l'élaboration du droit. Le domaine juridique n'a pas échappé aux avancées de la théorie du langage qui démontrent que tout acte d'interprétation est potentiellement un acte de créa-

(1) F. Ost, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », *Temps et Droit. Le Droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 92.

tion. Par ailleurs, le juge statue dans un environnement qui sous ses divers aspects — social, économique, moral, technique, etc. — devance nécessairement la norme qui s'y applique. Dans l'exercice de 'dire le droit', le juge est inéluctablement conduit à confronter le prescrit de la règle avec le contexte dans lequel s'inscrit le cas d'espèce.

De cette action constructive, le revirement de jurisprudence est le révélateur par excellence. Il en va de même lorsqu'une juridiction se prononce pour la première fois sur une question dont l'issue ne s'impose pas *a priori* et, dans une mesure similaire, lorsqu'elle bouleverse une pratique établie. L'émergence de règles jurisprudentielles ainsi que leur adaptation, transformation ou bouleversement sous la seule action du juge traduisent ainsi la part normative qui s'attache à sa mission.

Le débat sur l'application dans le temps des décisions de justice est intrinsèquement lié à la nature créatrice de l'activité du juge. Les justiciables agissent — ou sont censés agir — en se conformant aux prescriptions existantes. Ils adaptent leurs comportements et leurs engagements à ces dernières. Comment dès lors justifier la mise en cause de leur responsabilité sur la base de règles différentes de celles sur lesquelles ils ont légitimement fondé leurs attentes ?

S'agissant du droit écrit, l'action du temps est strictement organisée. La loi nouvelle ne dispose en principe que pour l'avenir. Nombreuses sont les législations qui comportent des dispositions transitoires, destinées à régler au mieux le passage d'une norme à l'autre. A l'inverse, aucune disposition n'organise l'application des décisions de justice dans le temps. L'interprétation nouvelle que le juge donne à la règle de droit s'incorpore matériellement à celle-ci. Ne dit-on pas que les arrêts de la Cour de cassation de Belgique « ont, en pratique, l'effet rétroactif des lois interprétatives » (2) ? La sécurité juridique est ainsi mise à mal chaque fois que l'interprétation écartée

(2) A. BAYART, « L'article 4 du Code civil et la mission de la Cour de cassation », *J.T.*, 1956, p. 355. Cette formule est devenue « classique » en doctrine après que le procureur général près la Cour de cassation, W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, l'eut reprise à son compte dans un discours prononcé le 1^{er} septembre 1970 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, p. 559, col. 2.

était suffisamment précise pour créer des attentes légitimes dans le chef de ses destinataires.

L'application rétroactive de la règle jurisprudentielle nouvelle peut être d'autant plus délicate que sa portée dépasse la cause qui lui a donné naissance. Cette rétroactivité est susceptible d'entraîner des conséquences très lourdes dans la mesure où elle servira à régler des litiges pendants ou à venir, mais qui sont nés sous l'empire de la règle ancienne.

Pourtant, une telle application généralisée d'une règle jurisprudentielle est monnaie courante. Dans les systèmes de *common law*, les décisions de justice sont revêtues d'une autorité particulière. Elles constituent, à certaines conditions, des précédents obligatoires. Mais les décisions de justice ne sont pas source de droit uniquement dans les pays de *common law*. Bien qu'ils soient traditionnellement qualifiés de « légalistes », les systèmes romano-germaniques n'échappent pas à l'emprise de la jurisprudence. Les arrêts des Cours suprêmes doivent être épinglés tout particulièrement à cet égard. L'interprétation qu'ils donnent d'une norme juridique, que celle-ci lie ou non les juridictions inférieures, apparaît nécessairement comme l'interprétation la plus autorisée, celle qui, en définitive, a vocation à régler le litige.

A la menace que la rétroactivité de certaines décisions représente pour la sécurité juridique, les juridictions américaines, notamment sous l'influence du célèbre juge Cardozo (3), ont répondu par la technique du *prospective overruling* (4). Ce « revirement pour l'avenir » survient lorsqu'une cour écarte un de ses précédents, mais limite l'effet rétroactif de sa décision. Diverses variantes du *prospective overruling*

(3) Voir tout particulièrement, B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven : Yale University Press, 1921) Lecture IV : « Adherence to Precedent. The Subconscious Element in the Judicial Process », pp. 146 et s. et l'opinion qu'il délivra au nom de la Cour suprême des U.S.A dans *Great Northern Railway v. Sunburst Oil Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

(4) Sur la technique du *prospective overruling*, ses multiples variantes et ses applications pratiques, voir, parmi bien d'autres, P.J. MISHKIN, « Foreword : The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law » (1965-1966) 79 Harv. LR 56-102 ; W. FRIEDMANN, « Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling » (1966) 29 MLR sp. 602-606 ; W.V. SHAEFER, « The Control of 'Sunbursts' : Techniques of Prospective Overruling » (1967) 42 NYU LR 631-673 ; M.D.A. FREEMAN, « Standards of Adjudication, Judicial Law-Making and Prospective Overruling » (1973) 26 CLP 200-207 ; R.J. TRAYNOR, « Quo Vadis Prospective Overruling : A Question of Judicial Responsibi-

sont utilisées par les juges américains. Dans certaines hypothèses, la 'prospectivité' est absolue : le juge procède à un revirement déclaratoire, c'est-à-dire qu'il informe les justiciables que la solution ancienne est appliquée pour la dernière fois. Dans d'autres cas d'espèce, la « prospectivité » est simplement limitée : la nouvelle solution régit la cause dans laquelle elle intervient et les situations qui lui sont postérieures — sous la réserve éventuelle des litiges pendants —. Selon ses défenseurs, la technique du *prospective overruling* permet de préserver les impératifs élémentaires de la sécurité juridique qui impliquent que nul ne peut être tenu de respecter une règle dont il ne pouvait avoir eu connaissance.

La technique du *prospective overruling* a fait des adeptes parmi les auteurs de doctrine européens. Lorsque la House of Lords s'est arrogée le droit d'invalidier ses précédents en 1966 (5), reconnaissant par là participer au renouvellement du droit, certaines voix se sont élevées pour qu'elle recoure également au *prospective overruling* dans les hypothèses où sa décision déjouerait les attentes des justiciables (6). Plus récemment, le professeur Mouly a exhorté la Cour de cassation française à tempérer l'effet rétroactif de ses arrêts de principe et de ses revirements de jurisprudence lorsqu'ils mettent en cause une norme ou une pratique établies. « Les normes jurisprudentielles, dit-il, méritent un régime d'application dans le temps qui soit l'égal de celui des normes législatives » (7).

lity » (1976-1977) 28 Hasting LJ 533-568; R.H.S. TUR, « Varieties of Overruling and Judicial Law-Making; Prospective Overruling in a Comparative Perspective » [1978] JR 33-64; T. KOOPMANS, « Retrospectivity Reconsidered » (1980) 39 CLJ 287-303; O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 540 et s.

(5) *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 WLR 1234; [1966] 3 All ER 77.

(6) A.G.L. NICOL, « Prospective Overruling : a New Device for English Courts? » (1976) 39 MLR 542-560. Voir aussi R.H.S. TUR, *o.c.* [1978] JR sp. 565-568.

(7) C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation », *L'image doctrinale de la Cour de Cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, Paris, La Documentation française, 1994, p. 123-148, sp. 143 (les développements de cet article sont repris dans « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles! » et « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement », *Petites Affiches*, 1994, n° 33 et n° 53); voir aussi C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *J.C.P.*, 1994, I, n° 3776. Les thèses du professeur Mouly ont été critiquées : voir, par exemple, T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *Dalloz*, 1995, Chron., p. 24-26; A. BOLZE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *R.R.J.*, 1997, sp. 875-877, n° 29-30.

Le recours au *prospective overruling* ne fait cependant pas, loin s'en faut, l'unanimité. Il soulève de nombreuses objections, dont la moindre n'est pas la mise en péril de l'équilibre entre les deux aspects de la mission d'une juridiction suprême : trancher des litiges particuliers et participer à l'évolution du droit en général. La célèbre formule de Lord Devlin ne manque pas de nous le rappeler : « Courts in the United States have begun to circumvent retroactivity by the device of deciding the case before them according to the old law while declaring that in future the new law will prevail : or they may determine with what measure of retroactivity a new rule is to be enforced. This device has attracted the cautious attention of the House of Lords. I do not like it. It crosses the Rubicon that divides the judicial and the legislative powers » (8).

Au-delà des débats théoriques sur la pertinence du *prospective overruling* et des critiques dont il fait l'objet, des questions plus pragmatiques se posent : comment le juge, en Europe, appréhende-t-il la rétroactivité qui s'attache à son intervention ? Tente-t-il de la modeler ? Masque-t-il la nouveauté des solutions qu'il applique ? Aménage-t-il, à l'instar du législateur, les effets de ses décisions dans le temps ? Est-il formellement pourvu d'attributions en ce sens ?

C'est à ces différentes questions que les auteurs qui ont participé à ce numéro de la Revue de Droit de l'U.L.B. se sont attachés à répondre. Leurs réflexions portent sur les pratiques de la Cour de cassation de Belgique et de la Cour d'arbitrage (François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck), sur celles des juridictions italiennes, principalement dans le domaine pénal (Massimo Vogliotti), sur celle de la House of Lords anglaise (Jim Harris) et enfin, sur celles de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne de justice (Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive).

Il est frappant de constater combien tant les Cours de cassation belge et italienne — juridictions de « droit civil » — que la House of Lords — juridiction de *common law* — restent fidèles à la théorie de l'effet déclaratif de la décision judiciaire, que celle-ci soit conçue comme l'application mécanique d'une

(8) « Judges and Lawmakers » (1976) 39 MLR 11 (c'est moi qui souligne).

norme législative au sens univoque et certain ou comme un simple témoignage du droit en vigueur. L'autorité attachée aux précédents en Angleterre n'empêche pas en effet — et ceci est trop généralement ignoré sur le « Continent » — que le pouvoir normatif de la jurisprudence n'est souvent admis que du bout des lèvres par les magistrats (9). Outre-Manche, « le fantôme de la doctrine Blackstonienne de la fonction déclaratoire des juges » (10) n'est pas mort. Parallèlement, dans les systèmes romano-germaniques, la conception classique selon laquelle le juge se contente de dégager les virtualités que le texte comporte depuis sa promulgation et, pour ce qui est du droit non écrit, de révéler des règles préexistantes, reste fortement enracinée dans les représentations juridiques.

Une telle vision étroite du rôle reconnu officiellement au juge explique que, dans les juridictions étudiées, le développement de techniques propres à aménager les effets dans le temps des décisions de justice n'en soit encore qu'à ses balbutiements. Mais, certains indices laissent penser que cette voie pourrait être creusée davantage. A tout le moins constate-t-on la volonté affichée de ne pas bouleverser les situations juridiques acquises et d'assurer le respect des attentes légitimes des justiciables qui ont réglé leurs comportements sur une jurisprudence assise ou sur une pratique fixée.

Aujourd'hui, l'émergence d'un droit jurisprudentiel transitoire se manifeste au premier chef dans la pratique des juridictions qui ont à connaître d'un contentieux objectif. Dans ce cadre, elles sont d'ailleurs formellement habilitées à aménager la rétroactivité des annulations qu'elles prononcent. L'exemple de la Cour européenne de justice et de la Cour d'arbitrage de Belgique montrent qu'une telle habilitation, conçue en des termes très limités, facilite l'adoption de mesures de droit transitoire jurisprudentiel dans d'autres contentieux. Le développement d'une argumentation sur la nécessité de tempérer, dans certaines circonstances, les effets dans le temps des décisions de justice se réalise plus volontiers au départ d'un

(9) J'ai consacré de plus amples développements à cette question dans ma thèse de doctorat, « Le revirement de jurisprudence en droit belge et en droit anglais » (publication prochaine aux éd. Bruylant).

(10) Selon l'expression utilisée par W. FRIEDMANN, *o.c.* (1966) 29 MLR 593.

texte. Le juge s'appuie sur une disposition de nature législative pour amorcer une véritable théorie du droit transitoire jurisprudentiel.