



HAL
open science

FORCE NORMATIVE DE LA JURISPRUDENCE : MODULATION ET DROIT INTERTEMPOREL “Le revirement de jurisprudence”

Giancarlo Melito

► **To cite this version:**

Giancarlo Melito. FORCE NORMATIVE DE LA JURISPRUDENCE : MODULATION ET DROIT INTERTEMPOREL “Le revirement de jurisprudence”. Droit. Université d’Angers; UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2013. Français. NNT : . tel-03181225

HAL Id: tel-03181225

<https://theses.hal.science/tel-03181225v1>

Submitted on 29 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

GIANCARLLO MELITO

**FORCE NORMATIVE DE LA JURISPRUDENCE:
MODULATION ET DROIT INTERTEMPOREL
“Le revirement de jurisprudence”**

THESE DE DOCTORAT EN DROIT

Jury :

Monsieur Antonio CARLOS MORATO, Professeur des Universités, Université de São Paulo (BRESIL)

Madame Silmara JUNY DE ABREU CHINELLATO, Professeur des Universités, Université de São Paulo (BRESIL)

Monsieur Claudio LUIZ BUENO DE GODOY, Professeur des Universités, Université de São Paulo (BRESIL)

Monsieur Yves DOLAIS, Professeur des Universités, Université d'Angers

Monsieur Bernard GAURIAU, Professeur des Universités, Université d'Angers

Monsieur Pascal LEHUEDE, Professeur des Universités, Université d'Angers

Soutenance de thèse le 22 avril 2013

MAÎTRES DE MEMOIRE:

PROFESSEUR SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO

PROFESSEUR PASCAL LEHUÉDÉ

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'ANGERS

SÃO PAULO – 2013

GIANCARLO MELITO

**FORCE NORMATIVE DE LA JURISPRUDENCE:
MODULATION ET DROIT INTERTEMPOREL**
“Le revirement de jurisprudence”

THESE DE DOCTORAT EN DROIT

**MAÎTRES DE MEMOIRE:
PROFESSEUR SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO
PROFESSEUR PASCAL LEHUÉDÉ**

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULTÉ DE DROIT DE L’UNIVERSITÉ D’ANGERS
SÃO PAULO – 2013

GIANCARLLO MELITO

**FORCE NORMATIVE DE LA JURISPRUDENCE:
MODULATION ET DROIT INTERTEMPOREL**

“Le revirement de jurisprudence”

Thèse présentée aux examinateurs de la *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* et de la Faculté de Droit de l'Université d'Angers pour l'obtention du titre de Docteur en Droit, grâce à l'orientation des Professeurs Silmara Juny de Abreu Chinellato et Pascal Lehuédé.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'ANGERS

SÃO PAULO – 2013

Membres de jury

A Dieu,
pour tout.

A ma famille,
pour la compréhension et le soutien.

Aux mes maîtres de mémoire,
pour la confiance et l'orientation.

A Yves Dolais,
pour son amitié et ses encouragements.

“La question des revirements de jurisprudence se pose avec de plus en plus de rigueur et les demandes sont, à cet égard, de plus en plus fortes autant pour la doctrine que pour les opérateurs économiques et sociaux. [...] Il ressort clairement que la question ne peut plus être évitée.”

Guy Canivet¹

¹ Présidente de la *Cour de Cassation* française, *Jurisclasseur périodique*, 2004, I, p. 1989.

RESUME

La norme juridique, entendue comme la règle de conduite, ne se limite pas au texte juridique, soit par l'obligation du Pouvoir Judiciaire de juger une demande même en l'absence de loi, soit par le caractère constructif de l'interprétation donné au texte légal par le juge.

Malgré l'importance de la jurisprudence dans la création de la norme juridique, elle acquiert force normative lorsqu'elle atteint le degré de jurisprudence dominante, précédent ou précédent faisant autorité d'une Cour supérieure.

Le revirement de la jurisprudence qui a acquis le degré de force normative est cause d'insécurité juridique aux justiciables dans des proportions semblables au changement de la loi, de sorte que le système judiciaire brésilien se préoccupe avec l'uniformité de la jurisprudence.

Compte tenu de l'importance actuelle de la jurisprudence, les règles favorisant son uniformité ne sont plus suffisantes pour protéger la sécurité juridique. La théorie du revirement de jurisprudence cherche à établir des critères pour le changement de la jurisprudence sans nuire à son évolution naturelle.

Cependant, parfois, même en obéissant aux critères suggérés par la théorie du revirement de jurisprudence, il faut moduler les effets de la décision du juge, par exception à la règle générale de la rétroactivité des décisions judiciaires.

Dans ce sens, la théorie de la modulation de la jurisprudence cherche à établir des critères de droit intertemporel pour appliquer la nouvelle jurisprudence, lui permettant d'avoir un effet rétroactif partiel, *ex nunc*, *pro futuro* ou même *in futuro*. Elle comprend encore toujours la possibilité de contrôler a posteriori l'application rétroactive de la nouvelle jurisprudence.

Mots-clé: Jurisprudence – Norme juridique – Pouvoir judiciaire – Degré d'autorité – Force normative – Revirement de jurisprudence – Sécurité juridique – Modulation – Droit Intertemporel.

PLAN DE TRAVAIL

PREMIERE PARTIE: LA FORCE NORMATIVE DE LA JURISPRUDENCE

TITRE 1: LA NORME JURIDIQUE

Chapitre 1: Le concept de norme juridique

Chapitre 2: L'influence du Pouvoir judiciaire dans la création de la norme juridique

TITRE 2: LA JURISPRUDENCE

Chapitre 3: La reconnaissance de la jurisprudence

Chapitre 4: Les degrés de l'autorité de la jurisprudence

DEUXIEME PARTIE: LE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE

TITRE 3: L'INSECURITE RESULTANT DU REVIREMENT DE JURISPRUDENCE

Chapitre 5: La reconnaissance de l'insécurité juridique résultant du revirement de jurisprudence

Chapitre 6: Les tentatives légales d'assurer une sécurité juridique à la jurisprudence

TITRE 4: LA THÉORIE DU REVIREMENT DE JURISPRUDENCE

Chapitre 7: Le développement de la théorie revirement de jurisprudence

Chapitre 8: Applicabilité de la théorie dans le système brésilien

TROISIEME PARTIE: LA MODULATION DE JURISPRUDÊNCIA

TITRE 5: L'APPLICABILITE DE LA MODULATION DE JURISPRUDENCE

Chapitre 9: La modulation de jurisprudence à l'étranger

Chapitre 10: La modulation de jurisprudence au Brésil

TITRE 6: LA THEORIE DE LA MODULATION DE JURISPRUDENCE

Chapitre 11: L'application des règles de droit transitoire dans le revirement de jurisprudence

Chapitre 12: Les critères pour la modulation de jurisprudence

MELITO, Giancarlo. *Le pouvoir normatif de la jurisprudence: modulation e droit intertemporel – “Le revirement de jurisprudence”*. 2013. 435 f. Thèse (Doctorat) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

INTRODUCTION

Le Droit, comme science sociale, est en constante transformation et possède les instruments pour recevoir ces changements sans offusquer la stabilité et la sécurité ambitionnée par la société.

Cependant, la vitesse des changements sociaux dans l'actualité implique en d'importantes modifications du Droit, qui sont souvent difficiles d'inclure dans le système juridique.

Dans ce sens, il faut remarquer les récentes modifications du Droit contractuel, permettant la relativisation de principes classiques en faveur de la société et de la moralité, et l'évolution de la responsabilité civile, permettant l'engagement de la responsabilité sans culpabilité ou avec culpabilité présumée, pour la socialisation des dommages.

Toutefois, indubitablement, une des questions les plus controversées dans la dogmatique juridique actuelle, en particulier pour les pays qui adoptent le système de la *civil law*, comme le Brésil et la France, est le rôle de la jurisprudence dans le système juridique.

Fortement influencées par les écoles exégètes et positivistes du Droit, la jurisprudence était laissée au second plan, ou même menacée d'exclusion du système. Ainsi, sont fameuses les phrases de Robespierre, pour qui le mot jurisprudence devrait être éliminé *du langage*, face à un Etat qui adopte la tripartition des Pouvoirs, et de Le Chapelier, pour qui la jurisprudence était *la plus détestable des institutions*.

Pendant longtemps le système romano-germanique fut influencé par ces écoles afin de trouver dans la loi la principale, sinon la seule (pour l'école exégète), source formelle du Droit, de manière que l'interprétation donnée par les juges au texte légal fût purement déclaratoire, reconnaissant la norme juridique déjà existante dans la loi.

Pourtant, durant la Révolution Française, s'envisageait déjà l'impossibilité de limiter le Droit à la loi, faite qui reçut plus grande attention et préoccupation dans l'actualité pour une conjonction de facteurs sociaux, tels que les grandes et constantes

modifications, la complexité et la globalisation des relations et les innovations technologiques et la diffusion du *savoir*.

Une plus grande prise de conscience de l'impossibilité de la loi à tout prévoir; la besoin d'adapter l'ancienne législation aux aspirations actuelles; l'adoption de textes avec un contenu ouvert, possibilitant une plus grande pérennité de la loi; la performance proactive des Tribunaux supérieurs; et même jusqu'à l'inertie du Pouvoir Législatif, pour effectuer les changements législatifs nécessaires, firent les opérateurs do Droit porter leur attention sur l'importance actuelle de la jurisprudence.

A son tour, le propre Pouvoir Législatif accorda à la jurisprudence un certain *pouvoir normatif* pour faciliter le jugement de procès similaires, diminuer le contentieux et donner des réponses plus rapides aux individus, ainsi que leurs permettre expressément d'avoir la fonction de compléter la loi.

Ainsi, la conjonction de ces deux facteurs – l'influence des écoles exégèses et positiviste et l'acceptation du rôle du Pouvoir Judiciaire – sont la base des hésitations à propos de la situation actuelle de la jurisprudence. Et, l'étude de ce rôle de la jurisprudence, dans le système juridique brésilien, est le point central qui permettra le développement de ce travaille.

La jurisprudence possède d'importantes foncions, telles que appliquer, adapter et compléter la loi, bien comme orienter le propre Pouvoir Judiciaire et le Pouvoir Législatif. Limongi França ajoute à ces fonctions celle d'humaniser la loi, pour qu'elle réponde à ces objectifs sociaux.

Cependant, sa fonction principale, actuellement, c'est d'être une source de Droit. A orienter la conduite des personnes, indiquer ce qui doit ou ne doit pas être fait, la jurisprudence *prescrit des conduites aux individus, crée* la norme juridique.

Donc, elle agit autant en l'absence de la loi, lorsque le juge doit puiser la norme juridique d'*autres sources* pour juger l'action, autant qu'en l'existence de la loi, lorsque le juge interprète consécutivement le texte afin d'obtenir la norme à être applique.

Cependant, la structure pyramidale du Pouvoir Judiciaire impose différents degrés d'importance à la jurisprudence, qui augmentent en rapport avec la position hiérarchique de la Cour de laquelle elle provient.

En conséquence, la jurisprudence qui acquiert pouvoir normatif est celle, de portée nationale, qui atteint les plus hauts niveaux d'autorité, soit pour détermination légale soit en vertu de la reconnaissance du Tribunal.

Et à cette jurisprudence de pouvoir normatif doit être accordée une attention particulière, en considération des dommages qu'elle peut causer à la sécurité juridique, en spécial lorsque cette jurisprudence est modifiée.

La sécurité juridique est l'un des piliers de l'Etat de Droit. Ce principe assure la stabilité objective aux individus, que les normes doivent être introduites dans le système par des moyens légitimement prévus et qu'ils ne pourront pas contrarier des actes pratiqués sous les auspices des anciennes normes. De même, le principe de sécurité juridique assure également la stabilité subjective des individus, celle de connaître les normes applicables aux relations sociales et d'être rassuré quant à leurs légitimes attentes que les normes ont pu inspirer.

De la même manière que la modification de la loi, en changeant la norme juridique, crée l'insécurité et doit être admise dans le système juridique de façon contrôlée, la modification de la norme par le revirement de jurisprudence crée une incertitude juridique similaire, justifiant son contrôle.

Cependant, plusieurs sont les travaux et vieilles lois qui sont concernées par la modification de la norme par le changement de la loi; toutefois, rares sont les études et limitées sont les lois qui traitent de la modification de la norme par le revirement de jurisprudence.

Ce n'est pas que les pays du Droit Civil ne se soient jamais préoccupés avec les dommages que le manque de contrôle de la jurisprudence peut causer; mais son souci a toujours été de commander l'uniformisation de la jurisprudence et pas sa modification.

Quoi qu'il en soit, ce fait n'empêche pas, sur la base de la législation actuelle, des mécanismes soient adoptés pour contrôler le revirement de jurisprudence, offrant ainsi une plus grande sécurité juridique aux individus.

Les pays qui adoptent le système de la *common law*, pour avoir dans les précédents juridiques la principale source du Droit, se concentrent depuis longtemps sur les problèmes provenant de son revirement, motif pour lequel, sont généralement peu disposés à changer la jurisprudence.

Pour les pays qui utilisent le système romano-germanique, le revirement de jurisprudence est généralement bien accueilli, car il permet une évolution naturelle du Droit. D'autre part, comme mentionné ci-dessus, il est la cause d'une incertitude juridique.

Essayant de concilier ces résultats - l'importance et les risques de revirement de la jurisprudence - la doctrine, notamment européens, suggère l'adoption de critères pour modifier la jurisprudence.

L'analyse conjointe de ces critères indique une nouvelle théorie, mais cohérente, pour le revirement de jurisprudence, qui, avec quelques ajustements, peut être parfaitement appliquée et adoptée au Brésil.

D'abord, la reconnaissance du revirement de jurisprudence et les situations dans lesquelles une telle circonstance se produit permettent d'identifier les hypothèses qui mériteront l'adoption de critères pour le changement de la compréhension.

Ces critères, contrairement à la crainte du droit coutumier, en particulier en Angleterre, en permettant l'amendement, ont pour objectif de rendre possible le revirement de la jurisprudence avec pouvoir normatif sans atteinte à la certitude juridique essentielle au Droit.

Et, une préoccupation majeure dans le contrôle du revirement de jurisprudence, c'est son application dans le temps. Encore une fois en assimilant le changement de la norme par la modification de la loi au changement de la norme par le revirement de jurisprudence, il est impératif de penser au Droit intertemporel, non seulement sous les

auspices de l'application de la nouvelle loi, mais aussi dans la perspective de la mise en œuvre de la nouvelle jurisprudence.

A ce contrôle des effets de la décision qui procède le revirement de jurisprudence se donne le nom de *modulation de jurisprudence*. La décision judiciaire est, en règle générale, rétroactive, ayant des effets *ex tunc*, parce que fait nécessairement référence à des événements passés. La modulation des effets de cette décision se départ de cette règle de la pleine rétroactivité et donne un autre effet temporel à la décision juridique.

La modulation de l'effet de la décision n'est pas récente, en particulier quand il s'agit de déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte administratif. Plusieurs pays ont des règles spécifiques pour la modulation des décisions judiciaires en matière constitutionnelle. Au Brésil, l'article 27 de la loi des « Ações Diretas » permet une modulation de la décision pour des raisons de sécurité juridique ou d'exceptionnel intérêt social. De même la modulation des décisions judiciaires en matière constitutionnelle est source de travaux intéressants et très appréciée dans divers Tribunaux étrangers.

Toute cette *expérience* dans la modulation des décisions judiciaires en matière constitutionnelle s'est montrée être de grande valeur dans la modulation de jurisprudence, sujet plus récent et peu analysé, que ce soit pour avoir détaillé les études par rapport aux moyens et aux critères nécessaires à la modulation, que ce soit pour permettre son application par analogie aux cas de revirement de jurisprudence.

Au Brésil, seule la loi sur les *Súmulas Vinculantes*² prévoit la modulation de la jurisprudence sans que ceci ait empêché les juridictions supérieures – et même certains tribunaux régionaux – d'avoir modulé les effets de leur décision lors d'un revirement de jurisprudence.

Et, ainsi comme se passe avec la théorie du revirement de jurisprudence, le système brésilien a des moyens de permettre la modulation des décisions judiciaires, en permettant le développement d'une théorie pour la modulation de jurisprudence.

² Traduction libre: Précédents Contraignants.

Cette modulation peut se faire sur différents critères en fonction de la date à laquelle la nouvelle orientation jurisprudentielle entrera en vigueur, en convenant de mentionner les critères suivants: *ex tunc* atténué, *ex nunc*, *pro futuro*, *in futuro* et *a posteriori*.

Pour conclure, il est important de souligner que le travail ne vise pas à suggérer la création d'une loi reconnaissant le pouvoir normatif de la jurisprudence qui atteigne les plus hauts niveaux de l'autorité, aussi bien pour le revirement que pour la modulation de la jurisprudence.

Le but de l'étude est de contribuer, en tant que doctrine, à reconnaître dans la législation actuelle la possibilité pour la jurisprudence d'acquérir un pouvoir normatif et également que les Tribunaux commencent à appliquer des critères afin de contrôler le revirement de la jurisprudence avec pouvoir normatif ainsi que son application dans le temps.

Avec ces objectifs, le travail est divisé en trois parties distinctes et complémentaires. Dans la première partie sera analysé *le pouvoir normatif de la jurisprudence*; sa conclusion nous amènera à l'analyse du *revirement de jurisprudence*, sujet de l'étude de la deuxième partie. Enfin, la reconnaissance du pouvoir normatif de la jurisprudence et son revirement détermineront l'analyse de son application dans le temps, conduisant à l'étude de la *modulation de jurisprudence* dans la troisième partie.

PREMIERE PARTIE:

LA FORCE NORMATIVE DE LA JURISPRUDENCE

Dans cette première partie du travail il sera étudié le pouvoir normatif de la jurisprudence, en analysant, d'abord, *la norme juridique* (Titre 1) pour ensuite, approfondir les études sur *la jurisprudence* (Titre 2).

TITRE 1:

LA NORME JURIDIQUE

Ce Titre de travail a pour but l'analyse de la *norme juridique*, la raison pour laquelle elle s'impose, dans un premier temps, l'étude du concept de *la norme juridique* (Chapitre 1) pour ensuite s'attaquer à *l'influence du pouvoir judiciaire dans sa création* (Chapitre 2).

Chapitre 1:

Le concept de norme juridique

1.1 Introduction à la norme juridique

L'importance principale de la norme juridique est qu'elle s'impose généralement à tous les individus, sous peine que ces derniers soient sanctionnés en cas de non-respect, ce qui pour ces raisons les oblige à la suivre et à s'y soumettre. Le caractère obligatoire de la norme juridique devient de son propre concept et le Lexique de termes juridiques³ met en évidence cette caractéristique de la norme juridique en la définissant comme le « terme synonyme de règle de droit, de règle juridique, obligatoire, générale et impersonnelle ».

La norme juridique découle des inquiétudes de la société à faire respecter les comportements souhaités à leurs membres de sorte qu'elle est un produit de la formation

³ GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry (coord.). *Lexiques de termes juridiques*. 19. ed. Paris: Dalloz, 2012. p. 583.

sociale reflétant la *pensée* et le *sentiment* de la société. En outre la norme juridique reflète une *valeur sociale* admise comme juste et correcte dans un temps et dans un endroit donné.

Face à ce contexte, la norme juridique peut être comprise comme la prescription d'origine sociale conduisant à imposer des conduites aux individus permettant une vie en société avec un minimum d'harmonie et de sécurité juridique, garantie par la force coercitive des Pouvoirs Publics.

1.2 Contenu de la norme juridique

Historiquement, la notion de norme juridique a toujours été un motif de controverse et alterne entre deux positions: une, lui donnant un sens plus strict et le traitant exclusivement comme le synonyme de la règle, et une autre, en lui donnant un sens plus large, au-delà du texte légal.

1.2.1 *Sens strict*

Le premier courant, fondé sur la nécessité d'équilibrer les forces de l'Etat par le système de « tripartition des pouvoirs », connu également sous l'expression anglaise “*checks and balances*”, fait valoir que *la loi* est la source exclusive du Droit et découle de la classique tripartition des pouvoirs décrite depuis Aristote et idéalisée par Montesquieu et Rousseau. Cette conception, adoptée par la Constitution française de 1789, a influencé une grande partie du monde et a laissé des fortes racines.

Cette conception s'est renforcée lors de la révolution française. Isabelle Rorive,⁴ en analysant la philosophie des lumières, déclare qu'elle assimile le Droit à un système déductif équivalent aux systèmes de la géométrie et de l'arithmétique et explique que

les Révolutionnaires avaient fait de la loi la source exclusive du droit, voyant dans la jurisprudence “la plus détestable des institutions” (Le Chapelier) et confinant le juge dans une fonction réduite : être un “automate” (Beccaria) ; Robespierre avait même proposé de supprimer le mot jurisprudence du vocabulaire ! Ils s'inscrivaient d'ailleurs dans la lignée de Montesquieu pour qui les juges ne devaient être que “la bouche

⁴ *Le revirement de jurisprudence – étude de droit anglais et de droit belge*. Bruxelles: Bruylant, 2003. p. 51.

qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.

En synthèse, par ces auteurs qui défendent l'exclusivité de la loi comme source du Droit, l'interprétation est simplement déclarative et « le juge ne crée pas une nouvelle norme, il la découvre dans le droit préexistant. L'interprétation est ainsi incorporée à la loi interprétée : lorsqu'elle est appliquée, c'est en réalité la loi qui est appliquée ».⁵

Cependant, l'influence de l'école exégèse est, par conséquent, la compréhension la plus stricte du concept de la norme juridique qui la réduit simplement au texte de la loi imposant un système juridique plus rigide à diminuer au fil du temps et actuellement la doctrine contemporaine a tendance à accepter que le concept de norme juridique est plus large qu'un simple synonyme de la loi.

D'abord, la société semble ne plus prétendre à un système juridique rigide et fermé qui la prive de la *flexibilité* nécessaire aux changements sociaux et par conséquent qui la rendrait incapable de *fonctionner* efficacement.

Au Brésil, la tripartition des pouvoirs n'est pas absolue, les trois Pouvoirs possèdent leur fonction principale, mais la Constitution fédérale autorise, quand elle ne l'impose pas, l'exercice d'autres secondaires.

1.2.2 *Sens large*

Même qu'il est admis que la loi est la principale source de Droit, elle ne constitue pas en soi une norme juridique. En fait, dans la réalité il est clairement admis que la norme juridique ne se limite pas au texte de loi que ce soit parce que les décisions judiciaires peuvent être rendues sans l'existence d'une loi préalable pour son application soit parce que la loi elle-même doit être interprétée et adaptée pour être appliquée.

⁵ DEUMIER, Pascal. Introduction générale au droit. Paris: LGDJ, 2011. p. 352.

1.2.2.1 *Lacune de la loi*

En effet, les différentes sources de Droit coexistent simultanément pour la formation de l'ordre juridique étant la loi, dans la théorie, la principale d'entre elles dans le système juridique brésilien. Comme souligne Corinne Bléry,⁶

la loi n'a pu être que la source essentielle ; les nécessités de la pratique interdisant qu'elle soit la source exclusive. En effet, il est indéniable que la loi est rarement parfaite, c'est à dire exempte de lacune ou d'obscurité : or, le complément nécessaire à l'application de la loi est fourni soit par la coutume, soit par la jurisprudence.

Il est inévitable que le Pouvoir Judiciaire puisse *créer* norme juridique car la loi ne peut et ne doit pas prévoir toutes les situations pouvant créer des litiges dans la société et donner sa solution.

D'ailleurs, le système juridique brésilien indique une telle mesure lorsqu'il détermine que le juge ne peut refuser à rendre un jugement même en l'absence de législation, devant, dans de tels cas conformément à l'article 4 de loi de l'introduction aux Normes du Droit Brésilien, décider « le cas selon l'analogie, les coutumes et les principes généraux du droit ». En mentionnant la coutume, le dispositif ci-dessus se réfère à la « coutume judiciaire », comme technique provenant des tribunaux et non à la coutume populaire.

La France possède dans son code civil des dispositions similaires. Dans ce sens, l'article 4 dispose que « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». D'un autre côté, l'article 5^o stipule que « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

En effet, les articles 4 et 5 du code civil français indiquent bien l'importance de la jurisprudence en France. Apparemment ces deux textes sont contradictoires. Cependant, une analyse plus précise démontre qu'ils sont complémentaires. Le juge doit suivre les directives de la loi et l'adapter aux cas particulier; si nécessaire, il doit l'adapter et la

⁶ BEUGNIER, Bernard; BLÉRY, Corinne. *Cours d'introduction au droit* cit., p. 181-182.

compléter pour qu'elle reflète les aspirations de la société à un moment déterminé. Ainsi, si une loi existe, le juge ne peut ne s'en écarter et créer librement le droit.

En l'absence de loi sur la situation soumise à son appréciation toutefois le juge ne peut échapper au jugement et dans ce cas, s'appuyant sur les autres sources du droit, il devra *créer* la norme juridique qui sera appliquée.⁷

Pour cette raison, Mathieu Devinat,⁸ au moment d'aborder les théories qui donnent pouvoir normatif à certaines décisions du Pouvoir Judiciaire, a conclu que « nier le phénomène jurisprudentiel relèverait alors d'un irréalisme remarquable ».

1.2.2.2 Interprétation constructive

Le Droit ne se limite pas à la volonté du législateur, n'étant pas lui-même son unique créateur. Il est créé de divers facteurs et variantes, où « un texte de droit isolé, mis en évidence indépendant du système juridique, n'a aucun sens normatif »⁹ C'est par ce que « ce qui importe n'est pas le signe verbal de la norme mais plutôt sa signification, son contenu significatif, qui lui-même varie en fonction des modifications apportées en terme de valeurs et de faits ».¹⁰

Rudolf von Ihering fut un des premiers auteurs à remettre en cause le caractère déclaratoire de la loi par le juge faisant valoir que la jurisprudence devrait adapter le texte aux attentes et aux réalités sociales.

Pour obtenir le texte de la norme juridique, le juge doit vérifier, d'entre autres facteurs, le poids de la connaissance historique sur le sujet, des expériences passées et les attentes actuelles de la société.

⁷ DRUFFIN-BRICCA, Sophie; HENRY, Laurence-Caroline. *Introduction générale au droit* cit., p. 203.

⁸ *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne* cit., p. 64.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44.

¹⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 169.

La norme juridique provient de l'interprétation de la loi, c'est pour cela que le texte et la norme sont distincts. Une fois confronté avec certaines questions, le juge interprète le texte sélectionné en retirant la norme juridique qui doit être appliquée à la solution du problème. De même, Jacques Ghestin e Gilles Goubeaux¹¹ citent que l'interprétation de la loi est créative et non simplement déclaratoire puisque « c'est dans l'interprétation de la loi que le juge trouve la règle applicable ».

Par conséquent, même en France où l'école exégète du Droit à connu son apogée, la plus grande partie de la doctrine contemporaine reconnaît que cette interprétation n'est pas découverte dans la loi : elle est décidée par le juge. La jurisprudence n'est donc pas déclarative mais bien constitutive.

En d'autres termes, la société se renouvelle et évolue à chaque instant de manière plus au moins importante, et cette évolution n'apparaît pas dans le texte juridique du fait qu'il est seulement possible de la retranscrire dans le Droit grâce à l'interprétation du texte juridique en conformité avec la réalité sociale de l'époque au moment de son interprétation. Comme le fait remarquer Eros Roberto Grau¹² « rien ne justifie l'application de l'ancienne loi de manière immuable ; la loi ancienne doit t'exprimer la volonté générale telle que se manifeste aujourd'hui ».

En ce sens, la loi et la norme ne se confondent pas. La loi est le texte normatif qui après son interprétation et son adaptation à la réalité sociale en vigueur, entraîne l'interprète à la création de la norme juridique, le droit qui impose la conduite aux individus.

C'est pour cela que Corinne Bléry¹³ conclut que « la jurisprudence peut être conçue comme une source du droit de même valeur que la loi », par ce que le juge agit comme « un réformateur du droit, l'adaptant aux changements culturels, économiques et sociaux ».

En effet, le débat sur la création de la norme juridique fait s'affronter deux questions qui ne peuvent être combinées : l'idéal classique de la tripartition du pouvoir qui

¹¹ *Droit civil – Introduction générale* cit., p. 381.

¹² *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito* cit., p. 251.

¹³ BEUGNIER, Bernard; BLÉRY, Corinne. *Cours d'introduction au droit*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 2008. p. 199.

confère des droits exclusifs au Pouvoir législatif comme le représentant populaire créateur des normes juridiques et la réalité de faits qui empêche au Pouvoir législatif de créer des règles sur tous les problèmes sociaux et de les mettre à jour à fin de ne pas laisser qu'ils s'éloignent de la réalité sociale laissant cette tâche au Pouvoir judiciaire.

Philippe Malaurie et Patrick Morvan¹⁴ expliquent et concluent que :

Deux conceptions s'opposent sur la mission dévolue au juge. Ou bien, comme autrefois en droit romain ou aujourd'hui en droit américain, le juge est un réformateur du droit, l'adaptant au gré des mutations culturelles, économiques et sociales. Ou bien, le juge n'est que le serviteur de la loi, exerçant une fonction technique – et non politique – de révélation de la règle légale, comme dans la tradition anglaise de common law. De fait, le droit français a évolué de la seconde attitude vers la première. Si la plénitude de la loi a d'abord paru interdire à la jurisprudence de devenir une source du droit, celle-ci s'est insensiblement attribué ce rôle, bien qu'elle demeure subordonnée à la loi.

Le juge n'est pas plus important que le législateur quant à la création de la norme juridique, parce que le juge doit s'en tenir à la norme ; ce qu'il faut reconnaître c'est l'importance du juge à la création de la norme, bien plus expressive dans les textes ouverts ou dépassés, qui doivent être respectivement remplis et adaptés.

Ainsi, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux¹⁵ soulignent que « l'interprétation de la loi par la jurisprudence est créatrice. Cette création reste cependant, par rapport à celle que réalise la loi, dans une situation d'infériorité. Il ne s'agit, en effet, que d'une création imparfaite et subordonnée ».

¹⁴ *Introduction générale*. 3. ed. Paris: Défrenois, 2009. p. 282.

¹⁵ *Droit civil – Introduction générale* cit., p. 426.

Chapitre 2

L'influence du Pouvoir judiciaire dans la création de la norme juridique

2.1 L'interprète authentique

Tous les professionnels du Droit interprètent les lois, mais seulement une certaine catégorie le fait de manière complète, établissant la norme juridique imposée aux individus. Cette catégorie, dénommée par Hans Kelsen comme les *interprètes authentiques*, est celle constitués par les juges, par le Pouvoir judiciaire.

Cependant l'influence du Pouvoir judiciaire dans la création de la norme juridique a toujours été la cause de controverses et des débats, ayant une participation plus au moins importante pendant l'histoire.

2.2 Rome et le Moyen Age

Parmi les différentes sources de Droit acceptées à Rome¹⁶ pendant la république (510 av. J.-C. – 27 av. J.-C.), se trouvait le Droit prétorien (*jus praetorium*), basé sur les édits des magistrats. Comme l'explique Philippe Malaurie e Patrick Morvan:¹⁷

Afin de combler les lacunes et d'assouplir les rigidités nombreuses de la législation primitive (le *jus civile*) mise en œuvre au moyen des *actions legis*, le préteur, haut magistrat, décrivait dans un édit les situations litigieuses ignorées du droit civil dans lesquelles il promettait d'accorder une action en justice. Chaque année, à son entrée en fonctions, le nouveau préteur publiait son édit sur un tableau blanc (l'*album*), reproduisant en majeure partie celui de son prédécesseur et sa liste d'actions. Ce droit prétorien révéla une telle constance qu'au III^{ème} siècle l'édit acquit un caractère perpétuel (*edictum perpetuum*). L'activité judiciaire du préteur était parvenue à secréter un corps de règles d'une importance considérables dont la force obligatoire découlait, d'abord, de l'autorité de ce magistrat (non de la loi) et, ensuite, de sa stabilité dans le temps.

¹⁶ Sobre a importância do precedente judicial em Roma, em todas as suas épocas, ver: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito* cit., p. 31/92.

¹⁷ *Introduction générale* cit., p. 282.

Plus tard, pendant le bas Empire Romain (284 ap. J.-C. – 565 ap. J.-C.), le rôle des magistrats à la création de la norme fut pratiquement inexistant, faisant que les constitutions impériales étaient les seules sources formelles de Droit à l'époque.

Au Moyen Age, le rôle des juges recommença à grandir, étant aux juges le rôle de déterminer la mesure des lois et à instaurer des règles spéciales pour les nouveaux besoins de la vie. A l'époque du bas Moyen Age est remarquable le pouvoir d'interprétation qui avaient les juges spécialement ceux qui étaient liés avec le clergé.

2.3 Epoque moderne

A l'avènement de l'ère moderne, l'interprétation des lois fut retirée du Pouvoir judiciaire au profit des gouvernants.

2.3.1 France

En France, l'Ordonnance civile sur la réformation de la justice, de 1667, promulguée par Louis XIV, adopta, dans l'article 7 de la partie I, la réserve interprétative, qui établit que :

si dans les jugements des procès qui seraient pendants en nos cours, il survient aucune doute ou difficulté sur l'exécution de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles ayent à se retirer par devers nous pour apprendre ce qui sera notre intention.

L'idée de réserve interprétative s'est maintenue juste après la disparition de la monarchie absolue, obligeant les magistrats à appliquer la loi sans aucune interférence ou interprétation. Il est notoire que les révolutionnaires reconnaissaient aussi un modèle de justice fondé sur la tripartition des pouvoirs, en promouvant que la norme juridique ne pouvait être créée que par le Pouvoir législatif.

En réalité, une telle mesure, influencée par les œuvres de Montesquieu et Rousseau, fut prise face à la crainte que le nouveau régime imposé par la révolution ne fût appliquée intégralement, à cause *d'interférences* des idées de l'Ancien Régime.

En ce sens, l'article 9 du Titre 1 du premier projet de Constitution post-révolutionnaire daté du 17/08/1789, prévoyait un texte très similaire à celui mis en place par l'Ordonnance civile sur la réformation de la justice, de Louis XIV, mentionnée au-dessus.

Cette préoccupation est manifeste dans le discours que Robespierre a fait à la tribune de l'Assemblée, du 18/11/1790, dans lequel stipule que « ce mot de jurisprudence 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 ».

La position de Le Chapelier fut semblable lorsqu'il déclare que « le Tribunal de cassation, pas plus que les tribunaux de district, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable des institutions, existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait la détruire ».

Napoleon Bonaparte soutenait la même idée, comme il en ressort de son intervention au *Conseil d'Etat* au 07/05/1806, lorsqu'il affirme que « les juges ne doivent être que des machines physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre ».

Dans tous les cas, en analysant le discours préliminaire du Code Civil, de Portalis, magistrat et l'un des auteurs du Code Civil, il en ressort que ce problème lié au fait de l'interprétation du juge doit être simplement déclaratoire n'était pas aussi ferme :

Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. [...] D'ailleurs, comment enchaîner l'action au temps ? Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat [...] L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application [...] Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence : il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la

renferment, on ne peut pas plus se passer de la jurisprudence que de la loi. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas.

Par l'article 4 de la Loi du 01/04/1837, le référé législatif fut abandonné et la Cour de cassation reçut la fonction d'unifier les différentes interprétations données à une loi, procédant ainsi à l'unification de la jurisprudence.

Rémy Cabrillac¹⁸ mentionne que la problématique des interprétations différentes dérangeait déjà Voltaire, comme il en ressort de son commentaire dans le *Dictionnaire philosophique*:

Le lendemain mon procès fut jugé en une chambre du parlement, et je perdis tout d'une voix ; mon avocat me dit que je l'aurais gagné tout d'une voix en une autre chambre. – Voilà qui est bien comique, lui dis-je ; ainsi, donc chaque chambre, chaque loi. – Oui, dit-il, il y a vingt-cinq commentaires sur la coutume de Paris ; c'est-à-dire on a prouvé vingt-cinq fois que la coutume de Paris est équivoque ; et s'il y avait vingt-cinq chambres de juges, il y aurait vingt-cinq jurisprudences différentes. Nous avons, continua-t-il, à quinze lieux de Paris, une province nommée Normandie, où vous auriez été tout autrement jugé qu'ici.

2.3.2 *D'autres pays européens*

Des règles, semblables aux Françaises, en supprimant toute possibilité d'interprétation des lois par le Pouvoir judiciaire, dans l'époque donnée, étaient constamment reprises par de divers pays européen, tels comme l'Autriche, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et la Prusse.

¹⁸ *Introduction générale au droit cit.*, p. 139.

2.4 L'ère Contemporain

A l'heure actuelle, le Pouvoir judiciaire a un rôle unique dans l'orientation des individus, dû au fait d'adapter la loi aux attentes de la société en un moment déterminé, en arrivant jusqu'au point d'influencer le législateur au moment de la modification du texte juridique, lorsque la norme juridique commence à s'éloigner exagérément de la loi, comme il sera abordé au Titre 2 de ce travail.

Même en France, berceau de l'école exégèse, la situation actuelle est différente François Terré¹⁹ explique que, par le passé, en raison du référé législatif, les juges ne pouvaient interpréter la loi, toutefois, « actuellement, c'est au juge qu'il appartient d'interpréter la loi, et en l'interprétant, il peut lui donner un sens qui ne correspond pas à la pensée du législateur ».

Pour cette raison Isabelle Rorive²⁰ souligne que « le phénomène de la création du droit par les juges constitue indéniablement un des sujets de prédilection de la théorie du droit contemporaine ». Egalement Gilles Cuniberti²¹ affirme qu' « En pratique, cependant, l'apport des tribunaux continentaux dans l'édition des normes est essentielle, que ce soit en précisant le contenu de normes législatives ambiguës ou en disant le droit dans le silence assourdissant de la loi ».

2.4.1 Le rôle proactif des Tribunaux Supérieurs

Indépendamment de la fonction principale de juger, la combinaison de plusieurs facteurs a fini par attribuer à ces Tribunaux un rôle de *créateurs* de la norme juridique. Plusieurs facteurs encouragent le Pouvoir judiciaire à agir de plus en plus comme un agent *créateur* de la norme. D'abord, la Constitution brésilienne a choisi de permettre au Pouvoir judiciaire l'analyse des questions morales et politiques, en plus de permettre un contrôle étendu de la constitutionnalité.

¹⁹ *Introduction générale au droit* cit., p. 297.

²⁰ *Le revirement de jurisprudence – étude de droit anglais et de droit belge* cit., p. 1.

²¹ *Grands systèmes de droit contemporains*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2011. p. 59.

Un Pouvoir législatif inactif participe de forme essentielle à la croissance de l'importance du Pouvoir judiciaire, dû au manque de crédibilité et d'incapacité, en plusieurs occasions, de produire un consensus, pareil à ce qu'il se produit au Congrès National ses dernières années.

Il n'y a pas de distinctions légales entre les décisions courantes des Tribunaux Supérieurs et celles qui déterminent effectivement une interprétation à être donnée à une loi à un moment précis ; la différence est faite de manière pratique. Les décisions comme celles-ci sont semblables à celles de l'arrêt de principe du droit français.

En France, ces décisions sont définies comme des décisions univoques, dénuées d'ambiguïté, tranchant nettement et solennellement, c'est-à-dire durablement, le débat entre deux opinions à valeurs générales, soutenues ou soutenables et possèdent une importance en particulier pour caractériser une rupture entre deux situations : l'une préalable à la décision, de l'incertitude et de l'insécurité dans le Droit, et l'autre postérieure à la décision, de la prévisibilité et de la sécurité juridique.

Un exemple du Pouvoir judiciaire qui crée effectivement une norme en raison de l'inertie du Pouvoir législatif se retrouve dans l'affaire « Raposa Serra do Sol », *Petição* numéro 3.388, reçue comme Action Populaire, et jugée le 19/03/2009, rapporté par le Ministre Ayres Britto, lorsque la Cour Suprême Fédérale créa dix-neuf conditions pour la délimitation et la protection des terres autochtones.

Par ailleurs l'exemple du rôle du Pouvoir judiciaire, créateur d'une norme pour l'interprétation constructive du texte, nous est donné dans les cas relatifs à l'union homo-affective considérée lors de l'*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* numéro 132 et de l'*Ação Direta de Inconstitucionalidade* numéro 4.277, jugé en même temps le 05/05/2011, rapporté par le Ministre Ayres Britto.

2.4.2 *Evolution sociale rapide*

En raison de cette constante et rapide évolution sociale et vis-à-vis l'impossibilité du processus législatif d'accompagner cette évolution, il est remarquable une augmentation

des textes juridiques ouverts, abstrait, avec l'intention de donner une plus grande pérennité à la règle permettant ainsi une plus grande adéquation du Droit à la réalité par le juge.

Il est laissé au juge le devoir de compléter la loi en conformité avec l'évolution de la société, puisque le texte juridique n'est pas aussi facile à remplacer en raison du processus législatif qui est nécessaire pour cela.

Le Code Civil actuel est rempli de règles abstraites ou, comme certains préfèrent, de concepts indéterminés. Sur ce thème Miguel Reale²² explique que :

La nouvelle loi Civile a donné préférence à des normes ou des clauses ouvertes, par rapport la rigueur formaliste qui caractérisait le code abrogé, conçu sous l'influence des écoles française de l'exégèse et des pandectes germanistes, qui prétendaient tout résoudre par des catégories juridiques explicites, ne laissant aucune place à l'expérience normative des tribunaux et à la doctrine élaborée par les juristes. En ce sens, ce qui a première vue peut sembler de l'omission ou de la lacune, est en réalité un vide laissé volontairement au profit de solutions à caractère expérimentales. [...] D'autre part, le droit commun (Common Law) reprend de l'importance, lequel avait été banni du Code précédent qui opérait seulement avec un système de normes légales rigoureuses et autonomes, contrairement avec le maintenant en vigueur, avec ses règles génériques et ouvertes qui permettent à l'avocat et au juge d'apprécier les relations juridiques in concreto. [...] Au normativisme légal du Code Civil de 1916 succède le normativisme pluriel de l'actuelle Loi Civile, qui couvre autant les commandements étatiques du législateur – lesquels tracent les horizons positifs de la légalité – que les décisions des tribunaux, les usages et bonnes coutumes, et, enfin, les affaires juridiques, comme l'expression directe des prétentions, des droits et devoirs des personnes au sein de la société civile.

Ainsi, il est clair que l'adoption de modèles ouverts rapproche la *civil law* des idées de la *common law*, donnant au juge une plus grande liberté d'intervention dans le jugement des cas soumis à son appréciation.

A cet égard, il est intéressant de noter que la mondialisation et le rapprochement des cultures dû au développement des nouvelles technologies à rapprocher les normes juridiques de différents endroits, comme ce qu'il se passe avec la *common law*, qui adopte de plus en plus des règles écrites, et la *civil law*, qui attribue chaque fois plus d'importance au rôle du juge.

²² *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65-66 e 78-79.

2.4.3 D'autres facteurs

La structure même du Pouvoir judiciaire, avec ses innombrables possibilités de recours aux instances supérieures, et la quantité croissante d'action en attente de jugement accroît l'influence des organes de rang supérieur par rapport aux inférieurs, ce qui fait que les juges d'instances inférieures se dirigent à chaque fois plus par la compréhension de ceux de l'autorité supérieure.

Corine Bléry²³ met également en lumière la situation du Droit français depuis qu'

en tant que juridiction unique et hiérarchiquement supérieur, la Cour de cassation peut conduire l'ensemble des juges du fond français à modifier leur façon de statuer : sachant qu'ils s'exposent à une cassation de leurs décisions, ils vont suivre la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation.

L'importance croissante de la magistrature est également liée à une augmentation importante des litiges. Ceci est dû à une évidente augmentations du nombre de relations sociales et d'une plus grande connaissance des gens sur leur droit. L'augmentation n'est pas seulement dans la quantité mais également dans la diversité face à l'évolution de la société.

Quoi qu'il en soit, même à l'époque contemporaine, malgré le développement de la science juridique, les tendances absolutistes parfois essayent de limiter l'importance du rôle de la magistrature dans l'établissement de la norme juridique, comment on le voit à propos d'un projet de loi en Italie, proposé par Silvio Berlusconi, en septembre 2003, qui tente d'empêcher l'interprétation et l'adéquation du texte légal par le Pouvoir juridique. Heureusement le projet n'a pas été approuvé de la manière prévue par Silvio Berlusconi et s'est établi dans l'article 2, alinéa 2, *in fine*, du Décret-Loi 109/2006 délivré en vertu de la Loi 150/2005, que l'interprétation de la Loi et des faits ne peut donner lieu à aucune responsabilité disciplinaire au magistrat.

²³ Cours d'introduction au droit cit., p. 209.

TITRE 2: LA JURISPRUDENCE

Dans le titre précédent il fut cherché à démontrer le rôle et l'influence du Pouvoir Judiciaire à la création de la norme, en particulier la qualité de ses agents tant qu'interprètes authentiques du texte juridique.

Ce titre de l'œuvre à son tour, a pour objectif de démontrer que les précédents judiciaires peuvent parfois acquérir une force normative pour la communauté tout entière mais pas seulement pour les parties impliqués dans le processus.

La force normative de la jurisprudence, face à toute la société, peut résulter du *degré d'autorité de jurisprudence* (Chapitre 4), ce qui sera abordé après avoir étudié la *reconnaissance de la jurisprudence* (Chapitre 3).

Chapitre 3 : La reconnaissance de la jurisprudence

3.1 Définition

Le mot jurisprudence n'a pas de sens univoque et acquit des significations différentes à travers l'histoire. En termes techniques, le *Lexiques de termes juridiques*²⁴ le définit ainsi :

Jurisprudence: Dans un sens ancien, science du droit. Au sens large, ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période dans un domaine du droit ou dans l'ensemble du droit. Dans un sens plus restreint, ensemble des décisions concordantes rendues par les juridictions sur une même question de droit. Au sens strict, propositions contenues dans les décisions rendues par les juridictions de rang supérieur, et présentant l'apparence d'une norme, en raison de leur formulation générale et abstraite.

²⁴ GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry (coord.). *Lexiques de termes juridiques* cit., p. 505.

Parmi les divers sens que le mot peut avoir, le premier vient de son étymologie. En latin *juris* signifie Droit, et *prudentia* signifie connaissance. Ainsi la Jurisprudence est la connaissance de Droit, la science qui étudie cette connaissance ; en d'autres mots la dogmatique juridique.

Néanmoins, jurisprudence signifie aussi l'ensemble des jugements émis par un ou plusieurs tribunaux dans le même sens, à propos d'une question de Droit ; donc, on peut se référer à la décision d'un tribunal ou à la jurisprudence d'un domaine ou d'un sujet de Droit.

Considérant de telles variations, François Terré²⁵ définit la jurisprudence comme « l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière (jurisprudence immobilière), soit dans une branche du Droit (jurisprudence civile, fiscale), soit dans l'ensemble du Droit ».

Est ainsi considéré la jurisprudence, dans sa forme la plus moderne, l'ensemble de décisions constantes rendues dans le même sens, par un ou plusieurs Tribunaux, qu'il s'agisse ou non du Pouvoir judiciaire, révélant sa position à propos d'une même question de Droit abordée dans des actions de juridiction contentieuse ou volontaire.

Enfin, il convient de noter qu'il existe trois types différents de jurisprudence : *secundum legem*, *praeter legem* et *contra legem*. Le premier type, la jurisprudence *secundum legem*, est celle qui résulte de l'interprétation donnée par le Pouvoir judiciaire à une certaine loi, dans une même période historique et sociale. Le second type *praeter legem* est celle qui résulte de la création de la norme par le propre Pouvoir judiciaire, en raison d'une faille dans la loi tout en respectant les limites légales. Enfin le troisième type *contra legem* est celle qui est contraire au texte juridique.

3.2 L'importance

La jurisprudence, vue comme l'interprétation établie et constante d'une législation, rendue par les Tribunaux, a comme importance principale de guider la conduite des individus, du fait qu'elle donne une indication de la façon que cette législation doit être

²⁵ Introduction générale au droit cit., p. 281.

appliquée, soit « qu'au moins il est probable les individus, les profanes, en s'appuyant sur l'information fournie par les experts Droit viennent apprendre des mesures et proposer certaines opérations juridiques fondées sur cette voie ».²⁶

En France, la jurisprudence a une importance semblable. Comme le soulignent Jacques Ghestin e Gilles Goubeaux,²⁷ « son importance en droit positif est aujourd'hui considérable. Qu'on la regrette ou qu'on l'approuve tout le monde s'accorde à admettre que l'on ne peut connaître le droit positif en ignorant l'interprétation jurisprudentielle de la loi ».

3.3 Fonctions

Isabelle Rorive²⁸ relève dans son œuvre différentes fonctions de la jurisprudence « soit que le juge précise et complète la loi, soit qu'il s'attache à éliminer les antinomies de l'ordonnement juridique, soit, enfin, qu'il adapte le droit à l'évolution des faits ».

Toutefois, d'autres fonctions de la jurisprudence peuvent également être révélées. En effet elle exerce cinq autres rôles claires dans la Loi : appliquer, adapter et compléter la loi, ainsi qu'orienter le propre Pouvoir judiciaire et d'influencer le Pouvoir législatif.

Finalement, la jurisprudence peut avoir d'autre fonction, à savoir d'être une source du Droit : une question d'ailleurs encore très controversée, mais qu'il semble être incontestable.

3.4 Source de Droit

La question de savoir si la jurisprudence est source de Droit est liée au fait qu'uniquement une source de Droit peut créer la norme juridique, avec son caractère contraignant et obligatoire pour les individus.

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ* cit., p. 6.

²⁷ *Droit civil – Introduction générale* cit., p. 344/345.

²⁸ *Le revirement de jurisprudence – étude de droit anglais et de droit belge* cit., p. 53.

Aujourd'hui il y a une grande méfiance en relation au rôle de la jurisprudence dans la création du Droit, provenant particulièrement des écoles exégèse et positiviste; d'autre part le pouvoir de la jurisprudence est incontestable à la pratique juridique.

Pour cette raison, Philippe Malaurie e Patrick Morvan,²⁹ après avoir conceptualisé la jurisprudence comme un ensemble de jugements dans lesquels s'extrait une règle de Droit constamment suivie par les juges, expose et déclare que la jurisprudence « possède un caractère normatif indéniable mais difficile à cerner ».

A ce sujet, Louis Bach,³⁰ pour étayer sa position que la jurisprudence n'est pas une source de Droit, présente une vue semblable à celle des doctrinaires français tels que M. Planiol, G. Ripert et J. Boulanger; e J.-L. Aubert. Nous pouvons également ajouter François Terré.³¹

Par ailleurs, Rémy Cabrillac,³² faisant valoir que la jurisprudence est une source de Droit, mentionne d'autres auteurs importants avec la même opinion tels que J. Ghestin, Goubeaux, Fabre-Magnan, Marty et Raynaud, Mazeaud, P. Jestaz, P. Hébraud, F. Zénati, C. Puigelier e T. Bonneau.

Partisans d'une position intermédiaire, selon laquelle la jurisprudence a l'autorité, mais n'est pas une source formelle de Droit, Rémy Cabrillac³³ fait référence aux enseignements de J. Carbonnier, O. Dupeyroux, P. Malauri et P. Morvan e F. Génay.

²⁹ *Introduction générale* cit., p. 281.

³⁰ La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source de droit? – Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation! cit., p. 47.

³¹ *Introduction générale au droit* cit., p. 459.

³² *Introduction générale au droit* cit., p. 130.

³³ *Introduction générale au droit* cit., p. 130.

En synthèse, Philippe Malaurie e Patrick Morvan,³⁴ pour qui « la jurisprudence n'est plus l'interprétation d'une loi – dont le sens immuable – mais une source de droit distincte car versatile », affirment que « Dans la doctrine contemporaine, la majorité des auteurs reconnaissent dans la jurisprudence une source de droit tandis que d'autres, très minoritaires, n'y voient qu'une autorité ».

Dans le système juridique brésilien il est reconnu que la jurisprudence peut être source de Droit, en absence d'une législation spécifique du sujet, ce qui ressort de l'article 8 de la Consolidation des Lois sur le Travail et de l'article 4 de la Loi d'Introduction aux Normes du Droit Brésilien. La jurisprudence a expressément pouvoir normatif lorsque hissée au degré de *súmula vinculante* conformément à l'article 103-A de la Constitution Fédérale et de la Loi 11.417/2006.

Quoi qu'il en soit, il est indéniable que, en règle générale, les décisions judiciaires possèdent un pouvoir normatif uniquement que dans les cas dans lesquelles elles ont été sanctionnées, en raison de la création de la norme, par l'interprétation du texte légal, pour un cas spécifique. Ainsi, malgré son importance actuelle indéniable, il est indiscutable qu'en règle générale la décision judiciaire n'a pas de pouvoir normatif général.

La *force* de la jurisprudence est évidente avec l'intérêt que les propres Tribunaux Supérieurs témoignent lorsqu'il s'agit de traiter de leur jurisprudence. En ce sens, aujourd'hui en France, le principale souci de la *Cour de cassation* est ce qu'elle nome la « la politique de jurisprudence ».

Pour ces raisons, on ne doit plus discuter l'importance de l'influence de la jurisprudence mais plutôt de l'attention qui lui doit être accordé aux mécanismes par lesquels elle se manifeste.³⁵ Il y a longtemps Batiffol³⁶ a expliqué que « les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet

³⁴ *Introduction générale* cit., p. 286 e 290.

³⁵ CANIVET, Guy; MOLFESSIS, Nicolas. La politique jurisprudentielle, in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré – La creation du droit jurisprudentiel*. Paris: Dalloz, 2007. p. 79/96.

³⁶ Note sur les revirements de jurisprudence. *Arquivos de filosofia de direito*. Paris, 1967. p. 335, apud AMAND, Valérie et al. *Les revirements de jurisprudence – rapport remis à M. le Premier Président de la Cour de Cassation* Guy Canivet. Paris: Litec, 2005. p. 10.

aujourd'hui le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative ».

La problématique à débattre est beaucoup plus sur le degré d'autorité de la jurisprudence, car on ne peut admettre que toute la jurisprudence possède une force normative envers aux individus de manière générale, que si elle est ou pas source formelle de Droit.

Chapitre 4:

Les degrés d'autorité de la jurisprudence

4.1 Présentation de la problématique

Le système juridique brésilien a des hypothèses sur lesquelles la force normative de la décision découle de la loi elle-même. La principale situation qui se produit dans un tel événement apparaît dans les décisions du Suprême Tribunal Fédéral avec d'effets *erga omnes*.

Il n'est acquis que les jugements rendus dans les actions visant aux contrôles de constitutionnalité concentré à un effet *erga omnes*, donc un pouvoir contraignant et surtout les individus et les autres organismes du Pouvoir publique.

Et même les décisions prises par le Suprême Tribunal Fédéral dans les cas de contrôle diffus de constitutionnalité, parfois, dans la pratique, finissent par générer un effet *erga omnes* en disposition de l'article 101 du régime Intérieur du Suprême Tribunal Fédéral qui stipule que « *La déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité d'une Loi ou d'un acte normatif prononcés par une majorité qualifiée s'applique aux nouveaux agissements soumis aux Commissions ou à l'Assemblée, sous réserve de la disposition de l'article 103* ».

Outre les décisions des effets *erga omnes*, comme déjà mentionnée, le précédent judiciaire peut acquérir force normative selon le degré d'importance de la jurisprudence.

Comme mentionné ci-dessus les décisions de première instance ne peuvent être interprétées comme jurisprudence, de sorte qu'en règle générale il est totalement exclu la possibilité de leur donner un pouvoir normatif général.

A propos de la jurisprudence découlant des Cours d'appel tels que les cours de justice et les tribunaux régionaux fédérales, sans préjudice de la reconnaissance de son importance, pour encore analyser dans son jugement des questions factuelles et ne pas à se limiter à l'analyse du Droit, il n'est pas possible de lui attribuer un effet normatif général.

Déjà la jurisprudence des Tribunaux Supérieurs n'est pas affectée par ces problèmes. Elle est limitée à l'analyse du Droit et a pour mission d'unifier les interprétations des Tribunaux de deuxième instance de sorte qu'il puisse être possible d'accorder la force normative à cette jurisprudence.

La jurisprudence des Tribunaux Supérieurs, même si, en règle générale, ne disposent pas de sa force normative par disposition légale expresse plutôt que tenir une telle condition par l'analyse précise des dispositifs légaux.

La question qui se pose, cependant, est de savoir si toute jurisprudence découlant des Tribunaux Supérieure a un effet normatif général. Apparentent pas. Attribuer une force normative générale à toute jurisprudence peut être préjudiciel à l'ordre juridique, puisqu'elle paralyserait l'évolution naturelle du Droit et son changement.

Il est acquis que la jurisprudence des Tribunaux Supérieurs peut être différenciée en ce qui concerne leur niveau d'autorité, par la décision ou la reconnaissance de la Cour elle-même ce qui se produit dans les cas de jurisprudence dominante, *súmula* et *súmulas vinculantes*.

4.2 La jurisprudence dominante

D'abord détient une force normative la jurisprudence dominante ou prédominante qui est utilisée par le propre Tribunal pour justifier des décisions unilatérales ou imposer des sanctions de contentieux de mauvaise fois au requérant qu'elle s'oppose.

En général les décisions prononcées par les Tribunaux Supérieurs doivent être effectuées de manière collégiale. Cependant, attribuant un certain pouvoir normatif à la jurisprudence, le droit procédural établit que dans de nombreuses situations dans lequel le juge pourra juger l'affaire unilatéralement si la question à trancher est soumise à la jurisprudence dominante de la Cour.

Il n'existe pas de critère objectif pour déterminer si une jurisprudence peut être ou non considérée dominante ou prédominante. L'analyse des décisions du Suprême Tribunal

Fédérale, établit qu'une jurisprudence peut être considérée dominante quand il n'y a pas de désaccord dans des Chambres unies ou qu'elle provienne de l'Assemblée de la Cour.

A la Cour Supérieure de Justice, dans l'application de la *súmula* 83, s'établit qu'une jurisprudence est considérée dominante quand elle est une conséquence de la compréhension des deux Chambres unies de la propre section ou de la Cour Spéciale.

4.3. *Súmula*

Avec un degré d'autorité supérieure ce trouve la jurisprudence qui, départ les règles du Tribunal qui ont été hissés à la condition de *súmula*. Selon Carlos Aurélio Mota de Souza³⁷ « *súmula* est tout l'ensemble de jugements que les Tribunaux ont décidé d'accepter, *sit et in quantum* » c'est à dire un recueil comme un « Code de la Jurisprudence formant un authentique droit » choisit par le propre Pouvoir judiciaire à titre de référence et d'orientation.

Dans le cadre d'un choix formel de la Cour elle-même, obéissant aux critères de sélection énoncés régulièrement dans leur règlement interne, comme mentionné ci-dessus, ce type de jurisprudence mérite également un traitement spécial.

Il ne pourrait y avoir aucun intérêt à condenser une compréhension si non pour le normaliser et à son tour il n'est pas logique d'uniformiser une compréhension pour qu'elle ne soit pas appliquée à des cas analogues.

Comme avec la jurisprudence dominante la loi elle-même confère une certaine normativité aux *súmulas*, qui ne sont pas comparable à la normativité de la loi mais une normativité relative, en lui permettant de justifier un jugement unilatéral rejetant l'opinion du corps collectif sur la question.

³⁷ *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico cit.*, p. 141.

4.4 *Súmula vinculante*

Finally, at the top hierarchy of the jurisprudence of the Superior Courts, there are those that legally have binding effects. They exist in Brazil since the first procedural laws.

Article 103-A of the Federal Constitution, with the redaction given by Constitutional Amendment 45/2004, provides for the binding effect on condition that

The Supreme Federal Court may, by office or by provocation, by a vote of two-thirds of its members after several decisions on constitutional questions approved as *súmulas*, which, from its publication in the official press, has a binding effect in relation to the other organs of the Judiciary and to the administration, public, direct and indirect, in the federal, state and municipal spheres, as well as to its revision or annulment, according to the modalities fixed by law.

The normative effect is expressed in the article that the *súmula* will have a binding effect on the other organs of the Judiciary and of the public administration, direct and indirect. It is worth noting that the relation is not only of the Judiciary but also for the Executive Power.

Thus, the *súmula vinculante* generally has normative powers *erga omnes*, but the Supreme Federal Court can limit the binding effect to limit the normative force. Nevertheless, to date the Supreme Federal Court has not limited the effects of the *súmula vinculante* and has not determined its effectiveness for the future in any of the *súmulas vinculantes* issued to date.

4.5 **Jurisprudence des organismes non judiciaire**

Finally, as already mentioned, it can be admitted as jurisprudence the decisions coming from organs that are not linked to the Judiciary and sometimes the law itself gives normative force to such decisions.

Conclusion de la Première Partie

La norme Juridique est la prescription d'origine sociale dictant les conduites aux individus afin de rendre possible une vie harmonieuse en société avec une sécurité juridique.

En effet, le texte juridique n'est pas la norme juridique. Cette question est évidente dans l'obligation de jugement des questions posés en analyse même s'il y a lacune dans la loi telle que prévue dans diverses lois brésiliennes en particulier dans l'article 4 de la loi d'Introduction au Norme du Droit Brésilien. Dans de telles situations et malgré l'inexistence de loi le juge doit rechercher la norme juridique à être appliqué pour juger une affaire.

En outre, même avec l'existence de lois, le contenu de la norme juridique n'est pas limité au texte juridique. En effet, la norme et la règle (ou la loi) ne sont pas confondus. La loi est la prescription *in abstracto* qui a besoin de l'interprétation constructive pour atteindre la norme, la prescription *in concreto*.

Dans l'interprétation de la loi, afin d'atteindre la norme, il doit être considéré les aspects sociaux et historiques, adaptant le texte aux besoins et désires actuels de la société. Par conséquent, le sens du texte change en fonction de la période historique, de même qu'un même texte peut être interprété dans différentes époques, dans de différentes manières ce qui entraîne des normes juridiques différentes.

Ainsi l'interprétation donnée au texte pour atteindre la norme juridique est créatrice, constructive et pas simplement déclaratoire.

Tout le monde interprète la loi mais c'est au juge de le faire de manière pleine, car c'est le Pouvoir judiciaire qui définit l'interprétation à être donnée à un texte de loi à un moment déterminé. D'où l'expression utilisée par Hans Kelsen que le juge est *l'interprète authentique*.

Le Pouvoir judiciaire a toujours eu des périodes où il a agi plus décisivement dans la création de la norme et les périodes où il a eu un rôle plus limité. Par les intérêts

absolutistes où les craintes, les préjudices à la tripartition de pouvoirs de l'état idéalisé par Montesquieu et Rousseau, un fait comme nous l'avons vu, qui n'est clairement maintenant aujourd'hui.

A l'heure actuelle au Brésil l'importance du Pouvoir judiciaire dans la création de la norme juridique est très importante en particulier (i) par l'action proactive des Tribunaux Supérieur, (ii) par la rapide évolution sociale qui impose l'adaptation des textes à la réalité sociale et (iii) par l'adoption croissante de textes avec de contenu ouvert, qui laisse au Pouvoir judiciaire le rôle de les compléter pour son application.

En raison de ses facteurs, la jurisprudence entendu dans son sens le plus moderne, comme un ensemble de décisions répétées et constantes proposées dans le même sens par un ou plusieurs Tribunaux qu'il soit du Pouvoir judiciaire ou pas, révélant sa position sur une même question de Droit abordée en action de juridiction litigieuse ou volontaires, acquiert une pertinence spéciale.

La jurisprudence d'un certain degré d'autorité qui indique la norme *in concreto*, guide et incite les individus dans leur conduite, se caractérise comme une source de Droit. Cette constatation ne contrevient pas à la primauté de la loi, au contraire elle permet son bon fonctionnement et une plus grande durabilité.

De toute façon, on ne peut présumer que toute jurisprudence aye une force normative. En ce sens n'a pas de force normative la jurisprudence des Cour d'appel dû au fait qu'elle n'est pas la plus haute instance de l'unification de la jurisprudence.

La jurisprudence n'atteint ce degré d'autorité que lorsqu'elle est uniformisée pour tout le pays et que la législation elle-même lui confère une importance particulière, comme dans les cas de jurisprudence dominante et *súmula* des Tribunaux Supérieurs et de *súmula vinculante* du Suprême Tribunal Fédérale.

S'obtient la force normative de la jurisprudence dominante et des *súmulas* des Tribunaux Supérieurs par le fait qu'il rende possible le jugement unilatéral ou la non reconnaissance de recours et, même jusqu'à l'imposition de sanction contre ceux qui

s'élèvent contre elle. Il est à noter dans ces circonstances une normativité relative en particulier à la propre Cours qui la mise en place.

Pour ce qui concerne la force normative des *súmulas vinculantes* du Suprême Tribunal Fédéral sa prédiction est constitutionnelle conformément établit par l'article 103-A de la Constitutions fédérale qui prévoit son caractère obligatoire à tous les organes du Pouvoir judiciaire et de l'administration directe et indirecte.

DEUXIEME PARTIE: LE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE

Cette deuxième partie a pour but de traiter du changement de la jurisprudence et ses conséquences, en étudiant, pour commencer, *l'insécurité juridique causée par le revirement de jurisprudence* (Titre 3), pour ensuite se concentrer sur une théorie *du revirement de jurisprudence* (Titre 4).

TITRE 3: L'INSECURITE RESULTANT DU REVIREMENT DE JURISPRUDENCE

Ce sujet a pour prétention d'analyser l'insécurité juridique due au revirement de jurisprudence, qui impose de commencer par étudier *la reconnaissance de l'insécurité causée par le revirement de jurisprudence* (Chapitre 5) pour ensuite aborder les *tentatives d'assurer une sécurité juridique à la jurisprudence* (Chapitre 6).

Chapitre 5: La reconnaissance de l'insécurité juridique résultant du revirement de jurisprudence

5.1 La reconnaissance théorique

Corrine Bléry³⁸ souligne dans son œuvre l'insécurité juridique inhérente à la jurisprudence par le fait que « la jurisprudence s'applique à des faits antérieurs à sa création par le juge : elle est donc forcément rétroactive, c'est-à-dire cause d'insécurité ».

³⁸ *Cours d'introduction au droit* cit., p. 209.

Les spécialistes de la question soulignaient l'importance de l'analyse de la modification de la norme juridique par le changement de la jurisprudence. Paul Roubier,³⁹ dans son livre « Le droit transitoire – conflits de lois dans le temps », portait déjà son attention sur la nécessité d'étudier le Droit transitoire des décisions judiciaires:

Le régime de la loi a atteint son apogée, au point qu'on en est arrivé un moment à considérer que le droit était tout entier contenu dans la loi. Étant donné cette manière de voir, on ne peut être surpris de constater que le droit transitoire n'ait envisagé que les changements de législation, et nullement les changements de jurisprudence.

C'est en effet une règle certaine de notre droit français qu'il ne peut y avoir de conflit entre jurisprudence successives : 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. Le motif est bien simple : on se refuse à voir autre chose dans les arrêts qu'une pure interprétation de la loi, et cette interprétation n'a pas d'autorité au-delà de la cause dans laquelle elle est donnée. Ce point de vue a été exprimé avec rigueur par Tronchet, à la séance du 14 messidor na IV du Conseil des Anciens : ce que des arrêts ont admis, d'autres peuvent le rejeter ; donc il n'y a pas de changement dans la règle de droit, il y a seulement de divergence entre solutions des interprètes.

Mais disons aussi que la doctrine contemporaine est devenue plus réaliste : elle a pris contact avec les formations coutumières de la jurisprudence ; elle y voit en général une source du droit moderne, quelques-uns disent même la seule source de droit coutumière moderne. La question se posera peut-être alors de savoir s'il ne serait pas possible de prévoir – et de régler – les conflits entre jurisprudence successives. Nous avons admis, il est vrai, qu'il n'y avait pas de conflit lors du changement de coutume ; mais la jurisprudence moderne ne peut être comparée aux formations juridiques inconscientes des coutumes primitives ; elle suppose au contraire un travail actif du juge, appliqué à un règlement, aussi heureux que possible, de la lutte des intérêts ; lorsqu'elle supplée aux lacunes de la législation, son œuvre est toute d'initiative et de volonté.

Plus tard, en 1959, Pierre Voirin⁴⁰ observa que le revirement de jurisprudence peut affecter « des actes que leurs auteurs sur la foi de la jurisprudence, avaient crus réguliers au moment où ils les ont conclus ».

³⁹ *Le droit transitoire – conflits de lois dans le temps*. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960. p. 24-25.

⁴⁰ Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences. *JCP – Jurisclasseur périodique*, Paris: Éditions Techniques, 1959, tomo I, item 1.467.

Guy Canivet,⁴¹ ancien président de la Cour de Cassation, déclare à propos de ce thème que

les revirements de jurisprudence engendrent un déséquilibre pour la partie qui succombe en vertu d'une jurisprudence nouvelle qu'elle ne pouvait pas connaître au moment des faits et un déséquilibre de masse pour toutes les situations affectées par la nouvelle règle jurisprudentielle.

Compte tenu de ces observations, afin de réduire l'insécurité juridique découlant de revirement de jurisprudence, il est nécessaire d'adopter des critères d'application, en malgré le fait qu'une décision judiciaire est naturellement et en règle générale de caractère rétroactif.

5.2 La reconnaissance pratique

C'est au cours de la dernière décennie que la question a pris tout son importance en France. La Cour de cassation, par un arrêt prononcé en 2001 (première chambre civile, 09.10.2001, D. 2001.3410), a jugé qu'un médecin était responsable pour indemniser son patient du fait que plus ou moins trente ans auparavant il avait manqué à son obligation d'informer sur les risques exceptionnels d'une intervention chirurgicale. Cependant que l'obligation d'informer sur les risques exceptionnels a seulement commencée à être exigée en France à partir de 1998, sachant qu'en 1974 la jurisprudence n'exigeait pas que les médecins informent leurs patients de tels risques.

Pour ceux qui comprennent que l'interprétation du juge est purement déclaratoire, la décision a bien été prise au niveau théorique, puisque, en principe, l'obligation du médecin existait depuis la création de la loi qui la soutient.

Toutefois, dans le cadre du point de vue pratique, la décision a provoqué un grand émoi dans la société en offensant un sentiment naturel de justice d'imposer une obligation que le médecin n'avait pas au moment des faits.

⁴¹ Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir? cit., p. 2296.

Soulignant la préoccupation que les tribunaux devraient avoir sur ce sujet, ainsi que la nécessité d'un débat pour établir des règles claires pour les individus, Guy Canivet a ouvertement déclaré

la question des revirements de jurisprudence se pose avec de plus en plus de rigueur et les demandes sont, à cet égard, de plus en plus fortes autant pour la doctrine que pour les opérateurs économiques et sociaux. [...] Il ressort clairement que la question ne peut plus être évitée.

Au Brésil, le Tribunal Supérieure de Justice, en certaines occasions, abordé frontalement l'insécurité juridique provoqué par le changement de la jurisprudence, comme dans le jugement du *Recurso Especial* 382.736, rapporté par le Ministre Humberto Gomes de Barros, et ensuite, par le Ministre Castro Meira lors du jugement du *Recurso Especial* 541.239.

Chapitre 6:

Les tentatives légales d'assurer une sécurité juridique à la jurisprudence

6.1 L'importance de la sécurité juridique

6.1.1 Le principe de la sécurité juridique

« Le principe de la sécurité juridique est un des piliers de l'État de Droit Démocratique »,⁴² en exigeant des individus et de l'État, obéissance aux normes juridiques et, par conséquent, l'assurance qu'elles seront suivies.

C'est pour cela que la sécurité juridique a déjà été consacrée par les illuministes dans l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui stipule que « 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 ».

Au Brésil, Leandro Paulsen⁴³ explique que « *le principe de la sécurité juridique est un sous-principe de la primauté de l'État de Droit* ».

En effet, l'idée qui s'extrait de la doctrine est que le principe de la sécurité juridique a deux vecteurs: un qui est objectif, concernant la légalité et la non-rétroactivité, et l'autre subjectif, liés à la protection de la confiance légitime.

Le Lexique de termes juridiques,⁴⁴ a conceptualisé ce principe, se réfère aux deux contenus, en expliquant quant qu'il « en découle un certain nombre de règles de droit

⁴² DANTAS, Bruno. *Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. Princípios constitucionais cit.*, p. 22.

⁴³ *Direito tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 876/877.

⁴⁴ GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry (coord.). *Lexiques de termes juridiques cit.*, p. 794, comentários à expressão *Sécurité juridique*.

positif, comme la non-rétroactivité des textes européens, ou le principe de confiance légitime ».

6.1.2 *Importance économique*

Du point de vue économique, Max Weber⁴⁵ enseignait que la sécurité juridique est indispensable au fonctionnement rationnel du marché et pour la prise des décisions de ses opérateurs:

pour les intéressés au marché, la rationalisation et la systématisation du droit signifient en général [...] prévisibilité croissante du fonctionnement de la juridiction, une des conditions les plus importantes à l'existence d'entreprises économiques devant fonctionner de façon permanente, plus spécialement les entreprises capitalistes qui ont besoin de la sécurité juridique du commerce.

6.2 Dispositions légales générales pour contrôler les effets néfastes de la jurisprudence

Le Droit brésilien est préoccupé par le contrôle des décisions contradictoires, que ce soit dans le sens strict du terme (décisions différentes pour le même cas), ou dans un sens large (des décisions différentes dans des cas similaires).

6.2.1 *Contrôle au sens strict*

Comme mentionné, le législateur brésilien était préoccupé par le contrôle de la contradiction des décisions différentes pour une même affaire, établissant des règles pour éviter une telle situation, telles que la détermination de la réunion des actions, a noté la connexion ou de la contenance, la protection de la chose jugée et de la litispendance, la fixation de la responsabilité de la prévention parmi d'autres.

⁴⁵ *Sociologie du Droit*. Paris: PUF, 1986. p. 223.

6.2.2 *Contrôle au sens large*

Le souci d'un contrôle, au sens large du terme, des décisions contradictoires, c'est à dire du contrôle des décisions différentes pour des cas similaires, n'est pas nouvelle dans le Droit brésilien.

En résumé, il a commencée dans la péninsule ibérique avec les *fazañas* et *albedrios*, une nette tendance se confirme dans le système juridique lusitanien et, par conséquent, du brésilien, d'adopter des modèles de standardisation de la jurisprudence.

Suivant l'orientation historique, actuellement, ce contrôle est effectué en particulier par les mesures d'uniformisation de la jurisprudence établies dans le Code de Procédure Civile.

TITRE 4:

LA THÉORIE DU REVIREMENT DE JURISPRUDENCE

Tout comme la modification de la loi peut avoir un impact sur la la sécurité juridique, changer la jurisprudence en permettant la modification de la norme sans changer la loi, comme abordé dans la Titre précédente, peut également affecter la sécurité juridique des individus.

Pour contrôler l'insécurité juridique résultant de la modification de la jurisprudence, la doctrine étrangère a créé la théorie du *revirement de jurisprudence* (chapitre 7). Et, sur la base de cette théorie, il faut examiner son applicabilité et ses enseignements pour le Droit brésilien (chapitre 8).

Chapitre 7:

Le développement de la théorie revirement de jurisprudence

7.1 Introduction

Comme mentionne Isabelle Rorive,⁴⁶ le débat sur le changement de la jurisprudence « suggère que ces deux questions (création du droit par le juge et force normative des décisions de justice) sont intrinsèquement liées » et l'oppose « deux impératifs antinomiques, à savoir l'indispensable stabilité du droit et sa nécessaire évolution ».

En tout état de cause, malgré la sécurité juridique qu'il provoque le revirement de jurisprudence, le revirement est inévitable et même souhaitable. Et ce qui faut cependant rechercher, c'est que ce revirement ne mette pas en risque, ou le moins possible, la sécurité juridique que l'on peut exiger du Droit et que le Tribunaux Supérieur a pour fonction de préserver.

⁴⁶ *Le revirement de jurisprudence – étude de droit anglais et de droit belge* cit., p. 74 et 02.

Cherchant à concilier ces deux situations, certains chercheurs européens ont tentés de développer une théorie sur le revirement de jurisprudence.

7.2 Eléments pour la caractérisation

Il en ressort certains éléments pour caractériser le revirement de jurisprudence : (i) que l'amendement est uniquement conséquence du revirement de compréhension de la jurisprudence, sans modification du texte légale ; (ii) que la nouvelle compréhension contredise l'ancienne jurisprudence ; (iii) que la nouvelle compréhension ne soit pas due à une évolution d'une ancienne loi, à un complément, à une adéquation ou à une restriction ; (iv) que le revirement de compréhension peut être considéré comme techniquement jurisprudence, et non pas quelques jugements qui ont le même sens ; et (v) qu'il soit indépendant de la reconnaissance du revirement de jurisprudence du propre Tribunal.

7.3 Situations qui produisent un revirement de jurisprudence

Le revirement de jurisprudence est produit par de diverses situations particulières. Pour commencer, le revirement est approprié dès qu'une solution qui était considérée comme correcte et adéquate ne l'est plus et se présente comme erronée face à l'évolution sociale.

Le revirement de jurisprudence peut s'opérer aussi du fait de la constatation d'une erreur juridique. De plus, elle « peut être justifié à la lumière des transformations sociales, techniques ou commerciales qui sont survenues depuis l'époque du précédent incrimine ». ⁴⁷

Il peut encore se produire, également, dans des situations où le Pouvoir judiciaire estime que la jurisprudence actuelle crée une insécurité juridique et doit être changée pour remédier à ce problème. Philippe Malaurie e Patrick Morvan⁴⁸ mentionnent la possibilité de modifier la jurisprudence pour des motifs de commodité mais et non pas pour des raisons techniquement juridiques, comme dans les cas où les Tribunaux agissent pour

⁴⁷ RORIVE, Isabelle. *Le revirement de jurisprudence – étude de droit anglais et de droit belge* cit., p. 290.

⁴⁸ *Introduction générale* cit., p. 291.

réduire la quantité de demande soumises au Pouvoir judiciaire ou pour provoquer une intervention législative sur une question donnée ; ce que l'on appelle de *revirement d'humeur*.

Le revirement de jurisprudence peut aussi avoir lieu en raison de l'entrée en vigueur d'une nouvelle Loi.

Comme le mentionne Isabelle Rorive,⁴⁹ « il ne s'agit plus de constater que les précédents jouent un rôle indéniable dans les systèmes de droit civil, mais de s'interroger de manière plus précise sur les modalités d'un tel rôle ».

7.4 Traitement du revirement de jurisprudence

Une théorie pour le revirement de jurisprudence n'a pas pour but d'empêcher le revirement, bien au contraire, elle ambitionne à le permettre, sans atteinte à la sécurité juridique. Sans critères pour orienter le revirement, elle est souvent empêchée d'évoluer – ou voit son évolution retardée – afin de protéger la sécurité juridique.

C'est ainsi que, défendre une théorie pour le revirement de jurisprudence, bien plus que empêcher l'évolution du Droit, la favorise, lorsqu'elle établit des critères pour que tout ce passe sans atteinte à la sécurité juridique

Ainsi, il est toujours souhaitable que ce revirement découle d'une altération législative établissant les règles du Droit intertemporel; s'il n'est pas possible d'attendre une telle situation, il est donc acceptable que le revirement soit graduel et pas de tout inattendu.

Encore, la Cour qui a établi la jurisprudence à être modifiée, de manière générale, doit la respecter, en étudiant la réelle nécessité du revirement; et, prenant position positive, sa décision doit être justifiée, elle doit prévoir les règles transitoires à être appliquée et elle doit être décidé avec la même formation de la Cour qui a établi la jurisprudence avec force normative qui doit être modifiée.

⁴⁹ *Le revirement de jurisprudence – étude de droit anglais et de droit belge* cit., p. 3.

D'autre part les autres Tribunaux ne sont pas tenus par la nouvelle jurisprudence et peuvent la changer malgré son entretien et son obéissance soient désirable.

Quoi qu'il en soit le revirement doit se faire tout en préservant la sécurité juridique et la cohérence du système juridique tout en conservant la prévisibilité des autres règles sur le sujet. Par conséquent le revirement de jurisprudence ne peut se produire s'il contredit catégoriquement le texte légale ou s'il sert à le révoquer, et également s'il s'oppose à la chose jugée ou s'il s'applique à des actes prescrits, désuet ou obsolète. De plus, il ne peut se produire que s'il est essentiel au jugement du cas en question et jamais de manière accessoire.

Finalement, pour préserver la sécurité de l'ordre juridique, même si ces critères pour le revirement de jurisprudence sont respectés mais il cause une insécurité au près des individus, il doit avoir ingérence du Pouvoir législatif pour résoudre la question notamment en établissant des règles transitoires.

Chapitre 8: Applicabilité de la théorie dans le système brésilien

8.1 Base juridique à l'application de la théorie dans le système brésilien

A l'heure actuelle, le Brésil possède certaines législations donnant pouvoir normatif aux décisions judiciaires ainsi que pour établir des mécanismes favorisant la uniformisation de la jurisprudence. Cependant au-delà d'un dispositif de Droit électoral, il n'y a qu'une seule loi de contrôle de revirement de jurisprudence dans le système brésilien, applicable dans les cas de révision ou d'annulation de *súmula vinculante*.

Pour modifier le champ d'application de la jurisprudence sur le *statut* de *súmula vinculante* sont nécessaires trois conditions : (i) que ce soit proposé par ceux qui ont la légitimité à la proposition de *súmula vinculante* ; (ii) qu'il soit approuvé par une décision des deux tiers des Ministres du Suprême Tribunal Fédéral ; et (iii) qu'il soit approuvé lors de la session plénière de cette Cour.

Faisant part du point de vue de Nicolas Molfessis,⁵⁰ pour qui il n'est pas besoin d'une loi établissant le critère de revirement de jurisprudence ; l'obéissance à une théorie du revirement de jurisprudence est étayé dans le système juridique brésilien par le principe de sécurité juridique et le principe d'isonomie.

8.2 La théorie du revirement de jurisprudence au Brésil

Le revirement de jurisprudence sera caractérisée, et pour cela mérite donc un traitement spécial, lorsqu'il ne résulte pas d'une modification de la loi ; la nouvelle compréhension ne contredit pas l'ancienne; et quand il n'est pas la conséquence ou l'adaptation de celle-ci ; bien comme lorsque l'ancienne jurisprudence fut *reçue* par la société comme une norme juridique à part entière, conformément les hypothèses discutées dans le Chapitre 4.

⁵⁰ Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir? cit., p. 2297.

8.3 Critères pour le revirement

Sous réserve de s'attendre qu'une compréhension dépassée soit modifiée par le Pouvoir législatif, il est parfaitement acceptable par les principes de sécurité juridique et d'isonomie, l'application d'une théorie pour le revirement de jurisprudence au Brésil, sous les conditions suivantes : (i) qu'il soit évité au maximum qu'il soit brusque et inattendu, en profitant des possibilités existantes pour informer la société du revirement de la compréhension (ii) qu'il est préférable qu'il commence aux juridictions inférieures qui ne sont pas tenues de respecter la jurisprudence de force normative, (iii) indépendamment du fait qu'il est préférable que les juridictions inférieures adoptent la jurisprudence ; (iv) que le Tribunal qui a établi la jurisprudence de force normative doive se conformer à certains critères avant de la modifier ; tels que (v) le revirement doit être effectué uniquement si un réel besoin est justifié et que le moment est approprié, (vi) ne pas admettre son changement dans les cas qui n'ont pas pour objet le contenu de la jurisprudence à être modifié, (vii) qu'il contrevienne au texte légal ou (viii) qu'il atteigne des actes juridiques parfaits et la chose jugée, ainsi que les actes frappés par l'irrecevabilité, la prescription ou le déclin ; (ix) que le revirement soit justifié et motivé ; (x) qu'il soit compatible avec le sujet en question et avec l'ordre juridique dans son ensemble ; (xi) établissant des règles de droit transitoires ; (xii) qu'il se produise uniquement si le jugement est réalisé avec les mêmes procédures qui ont été nécessaires pour donner à l'ancienne jurisprudence le niveau d'autorité nécessaire à sa caractérisation en tant que force normative ; en plus (xiii) d'y avoir une divulgation de ce revirement ; et (xiv) qu'il permette à des tiers de se manifester sur le sujet avant de sa modification.

On ne peut nier, le contenu de l'abondante législation dans l'histoire et de la législation en vigueur sur la jurisprudence et son effet normatif, bien que pour obéissance aux principes de sécurité juridiques et isonomiques, que la société aspire à une plus grande *prévisibilité* et *souplesse* dans la résolution des conflits.

Conclusion de la Deuxième Partie

Une fois constatée la possibilité de la jurisprudence acquérir un pouvoir normatif, il faut reconnaître que son revirement, dans ces cas, peut causer une grande insécurité juridique à tous ceux qui sont concernés.

Cette reconnaissance a depuis longtemps été reconnue par la doctrine spécialisée, comme l'indiquent les œuvres de Carlos Maximiliano et Paul Roubier, assimilant des effets néfastes que le revirement de jurisprudence peut entraîner à ceux causés par le changement de la loi elle-même.

Toutefois, en raison de caractéristique typique de la société moderne, tels que sa rapide et constante évolution, autant dans les pays qui ont adoptés le système de la *civil law* que ceux qui ont adoptés la *common law*, ont constatés, dans la pratique, l'insécurité juridique causé par le revirement de jurisprudence.

L'insécurité juridique porte atteinte à la notion même d'Etat de Droit. C'est parce que le principe de sécurité juridique est inhérent à l'Etat de Droit. Ce principe peut être divisé en deux vecteurs, l'un objectif, concernant l'égalité et la non-rétroactivité, et l'autre subjectif, relatif à la protection de la confiance légitime.

Dans le sens objectif du principe de sécurité juridique, à l'égalité – au sens large – veille à ce qu'une conduite ne peut être exigée de l'individu ou de l'Etat que s'il se reconnaît dans le système juridique aux formes par lui admises comme valables ; à son tour la non-rétroactivité garantie que cette nouvelle conduite ne s'appliquera pas aux actes passés. La doctrine moderne explique, clairement, qu'autant la légalité que la non-rétroactivité sont de la norme juridique et non pas de la loi, en son sens strict.

En son sens subjectif, le principe de sécurité juridique se porte sur la confiance que les individus ont dans le Droit, autant dans les relations verticales (Etat – individu) que les relations horizontales (individu – individu), imposant l'adoption du comportement prévisible, également, dans ce qui concerne le Pouvoir judiciaire, pour le revirement de jurisprudence.

La sécurité juridique est, encore, essentielle pour l'économie et au bon fonctionnement du marché étant donné que la prévisibilité permet l'analyse des conséquences et des risques de chaque comportement des agents économiques.

Conscient de l'insécurité causé par la jurisprudence et, en outre, par l'importance préservée à la sécurité juridique du Droit et de l'économie, le législateur fixe les règles de son contrôle en particulier pour son uniformisation dans les Tribunaux. Cependant,

aujourd'hui, ces règles ne sont pas en mesure de résoudre le problème de l'insécurité découlant du revirement de jurisprudence.

En effet, le problème réside dans la combinaison de deux situations qui sont apparemment contradictoires : la possibilité de changer la jurisprudence, permettant l'évolution du Droit ainsi que son adaptation aux attentes de la société, et d'autre part, la nécessité de contrôler ce revirement afin de protéger la sécurité juridique.

En cherchant à concilier ces deux situations, certains spécialistes de la question ont suggéré l'adoption de critères pour le revirement de jurisprudence, qui, ensemble, peuvent être identifiés comme une théorie pour le revirement de jurisprudence.

Cette théorie est intégralement applicable dans le système juridique brésilien, en particulier par les principes de sécurité juridique et d'isonomie, qui prescrivent que des situations similaires, dans un même période historique et dans un même contexte sociale, doivent avoir un même traitement par le Pouvoir judiciaire.

Pour l'application de ces critères, D'abord, il faut identifier le revirement de la jurisprudence qui a acquis force normative, ce qui est caractérisé par les conditions suivantes : (i) que la modification de la norme juridique découle uniquement du revirement de jurisprudence et pas de la modification du texte légale ; (ii) que la nouvelle compréhension soit en conflit avec l'ancienne ; (iii) que la nouvelle compréhension ne découle pas d'une évolution, d'un nouveau complément, de nouvelles adéquations ou à la limitation de l'ancienne jurisprudence ; et (iv) que la compréhension nouvelle soit considérée, techniquement, de jurisprudence.

Une fois identifiés la possibilité de changer la jurisprudence, sans préjudices de la possibilité de modification de la Loi par l'Assemblée Législative, les critères suivants doivent être adoptés par les Tribunaux pour la protection de la sécurité juridique et de l'isonomie: éviter au maximum que le revirement de jurisprudence soit brutal et inattendu, en profitant des possibilités existantes pour informer la société ; qu'il soit préférable qu'il commence dans les juridictions inférieures, qui ne sont pas obligés de suivre la jurisprudence en vigueur des Cours supérieures ; indépendamment du fait qu'il soit

souhaitable et pas obligatoire sauf dans le cas de *súmula vinculante* lorsque le juridiction inférieures adoptent la jurisprudence des Tribunaux supérieure.

En outre, sous réserve du respect des critères examinés, la Cour qui a établi la jurisprudence avec force normative devrait se pencher sur certains critères pour la modifier : (i) que le revirement de jurisprudence devrait être fait seulement s'il est vérifié et son besoin est réel autant au moment propice ; (ii) de ne pas procéder au revirement de jurisprudence dans les cas qui n'ont pas comme objet principale le contenu référant à la compréhension à être modifier ; (iii) que, en règle générale, il ne s'opère pas de revirement de jurisprudence contre un texte juridique ; (iv) que le revirement de jurisprudence ne concerne pas des actes juridiques parfait et également la chose jugée ; (iv) que le revirement de jurisprudence soit fondé et motivé notamment en expliquant le besoin et les raisons du changement de compréhension ; (v) qu'il soit compatible avec le thème en question et avec le système juridique dans son ensemble ; (vii) que la décision de modifier la jurisprudence prévoit des disposition de transitoires du Droit ; (viii) qu'il soit faite une divulgation spéciale de cette modification ; et (ix) qu'il soit autorisé à des personnes extérieures de se manifester à ce sujet avant le revirement.

De même, pour que se produise le revirement de jurisprudence, le jugement doit être mené avec les mêmes procédures qui ont été nécessaires pour donner à l'ancienne jurisprudence son degré d'autorité qui la caractérisait forme normative.

TROISEME PARTIE:

LA MODULATION DE JURISPRUDENCE

La modulation des décisions judiciaire ne se produit pas seulement en cas de revirement de jurisprudence. Parfois, également sur la base de la sécurité juridique et de l'isonomie, il y a modulation des effets de la décisions judiciaires dans les cas de déclaration de nullité de la loi, notamment dans le contrôle de la constitutionnalité, et dans les cas où les Tribunaux Supérieures agissent pour unifier la jurisprudence.

En raison de la proximité du sujet et la possibilité d'application par analogie de ces situations de modulation en cas de nullité de lois pour les cas de revirement de jurisprudence, cette troisième partie abordera les critères utilisés pour la modulation provenant de ces deux situations.

Dans cette dernière partie de l'étude, contenu du fait que la modulation de jurisprudence provient principalement de la pratique pour ensuite avoir été prévue dans quelques situations précises, sera examiné l'applicabilité de la *modulation de jurisprudence* (Titre 5), pour ensuite se porter à la *théorie de la modulation de la jurisprudence* (Titre 6).

TITRE 5:

L'APPLICABILITE DE LA MODULATION DE JURISPRUDENCE

Dans ce segment de l'étude sera analysée *la modulation de jurisprudence dans les pays étranger* (Chapitre 9) et, ensuite, au *Brésil* (Chapitre 10)

Chapitre 9: La modulation de jurisprudence à l'étranger

9.1 La modulation de jurisprudence dans les Tribunaux internationaux européens

Bien qu'ayant déjà été utilisé dans de rares occasions dans certains pays, la modulation de jurisprudence a gagné en pertinence et en importance, en commençant à être étudiée par les pays particulièrement ceux ayant adopté la *civil law*, en conséquence de son application par les Tribunaux internationaux européens.⁵¹

Ceci parce que la jurisprudence des Cours européenne internationale peuvent aussi obtenir une force normative car elle est directement appliquée dans l'élaboration des normes puisque sa jurisprudence est très proche des exigences légales, et au fait qu'il ne s'impose pas aux Etats Membres par une autorité judiciaire mais par une autorité pratique.⁵²

En ce qui concerne la modulation des effets de la décisions, le Traité de la communauté européenne du charbon et de l'acier, de 1951, a prévu dans son article 34, que la Cour en déclarant la nullité d'un acte normatif laisserait au pays concerné l'exécution de la décision permettant la modulation des effets de la décision.⁵³

De son côté, l'article 231, paragraphe 1, du Traité de Rome, de 1958, a établi la règle de la rétroactivité générale pour les décisions de la Cour de justice des communautés européenne. Néanmoins dans le paragraphe suivant, il est stipulé que « 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 comme définitifs ».

⁵¹ TRAIN, Frédéric. L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français en matière de droit transitoire. *Revue Actualité Juridique Droit Administratif – AJDA*, Paris: Dalloz, 2010, p. 1305 e ss.

⁵² ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joel. *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*. Paris: LGDJ, 1998.

⁵³ LABAYLE, Henri. La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autres lieux ou autres moeurs? cit., p. 663 e ss.

La première fois que la Cours de justice de la communauté européenne effectua la modulation des effets de décision en cas de jurisprudence, fut le 08/04/1976, lors du procès du cas Defrenne, *affaire C 43/1975*.

Par ailleurs, la première fois que la Cour européenne des droits de l'homme ajustât les effets d'une décision fut dans le cas de *Marckx c/ Belgique*, jugé le 13/06/1979.⁵⁴ A cette occasion la Cour a exposé sa position réitéré en plusieurs occasions, que le principe de la sécurité juridique est inhérent à la Convention européenne des droits de l'homme et pour cela demande la modulation à la décision en présence de cas de revirement de jurisprudence qui puisse offenser ce principe.

9.2 *Civil Law*

Le problème liée à l'ajustement aux effets de la décision n'est pas fréquent dans les pays ayant adopté le système romano-germanique. Les quelques prévisions existantes font référence à l'ajustement de la décision qui déclare inconstitutionnelle ou illégale une Loi ou un acte normatif, souvent appliqué par analogie à la modification de la jurisprudence.

9.2.1 *Allemagne*

L'Allemagne accepte aussi l'idée que soit possible la modulation des effets de décision, que ce soit en vertu de la déclaration de l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte administratif, ou bien en vertu d'un revirement de jurisprudence.

Dans tel cas, le *pouvoir créateur* de la jurisprudence soit reconnu légalement. C'est ce qui affirme Valérie Amand⁵⁵: « si le débat autour de la rétroactivité des revirements de jurisprudence a été engagé par la doctrine allemande, c'est précisément parce que la loi allemande reconnaît expressément aux juridictions suprêmes le droit de procéder à un 'développement du droit' (Rechtsfortbildung) ».

⁵⁴ DRUFFIN-BRICCA, Shopie; HENRY, Laurence-Caroline. *Introduction générale au droit cit.*, p. 215.

⁵⁵ Les revirements de jurisprudence – rapport remis à M. le Premier Président de la Cour de Cassation Guy Canivet cit., p. 23.

9.2.2 Espagne

La Constitution espagnole n'a pas de règles spécifiques en matière de modulation des effets de la décision qui déclare inconstitutionnelle une loi ou un acte administratif, elle se limite à déterminer, dans son article 161-1, lettre *a*, que de telles décision ne peuvent déroger la sentence.

En d'autre termes, la Constitution ne fait pas obstacle à l'application *ex tunc* de la décision, du moment qu'elle n'est pas d'effets sur la sentence.

9.2.3 France

Ainsi que la plus part des pays, la France n'a pas de règles permettant la modulation des effets de la décision qui provient du revirement de jurisprudence. Comme citait Patrick Morvan,⁵⁶ l'unique référence à la modulation des effets des décisions du système français se rapporte au cas de déclaration d'inconstitutionnalité :

Imitant des modèles étrangers, le constituant français a introduit ce mécanisme au cœur d'une réforme majeure : lorsqu'une loi est déclarée inconstitutionnelle par voie de question préjudicielle sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution (L. n. 2008-724, 23 juill. 2008), elle est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil Constitutionnel "ou d'une date ultérieure fixée par cette décision"; en outre, le Conseil "détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause".

Le thème de *revirement de jurisprudence* dans le Droit intemporelle fut seulement abordé franchement en France lorsque Christian Mouly⁵⁷ mit en évidence les inconvénients de la rétroactivité de la jurisprudence, et suggéra que certaines décisions devraient avoir un effet *ex nunc*.

Sans tenir compte des quelques *postulats*, qui ont été abordés dans cette étude, la question du revirement de jurisprudence n'a commencé à être réellement débattu en France

⁵⁶ Le revirement de jurisprudence pour l'avenir: humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2005, p. 247 e ss.

⁵⁷ Le revirement pour l'avenir. *JCP – Jurisclasseur périodique*, Paris: Éditions Jurisclasseur, 1994, tomo I, item n. 3.776.

à l'occasion du procès survenu en 2001, par lequel la Cour de cassation jugea que le médecin a un devoir d'information envers ses patients à propos des risques du traitement, même si ce devoir ne fut imposé par la Cour après que l'acte fut pratiqué par le médecin et des jugements rendu en 2002, déclarant nulle les clauses de non concurrence sens contrepartie financière de l'employeur.

Depuis 2004, autant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat ont commencé à moduler la jurisprudence dans certains cas de revirement de jurisprudence ou *a posteriori*, pour déterminer la non application d'une jurisprudence du cas considéré quand elle est postérieure à la lettre des faits.

Le Conseil d'Etat, qui a introduit le débat, dans le cas de l'Association AC ! (Assemblée plénière, 11/05/2004 numéro 255886), ajusta sa décision, en déterminant l'annulation de certains actes administratifs, mais, pour raisons de sécurité juridique, déterminina que ce jugement n'est pas des effets rétroactifs, n'étant applicable qu'à partir de cette date, à l'exception des cas dans lesquels les parties avaient déjà entré dans un recours pour questionner sa validité :

Considérant, en revanche, qu'il résulte des dispositions du code du travail mentionnées plus haut que la loi fait obligation aux organisations les plus représentatives des employeurs et des travailleurs et au ministre chargé du travail et, à défaut, au Premier ministre, de prendre les mesures propres à garantir la continuité du régime d'assurance chômage ; qu'ainsi, il incombe nécessairement aux pouvoirs publics, en cas d'annulation de l'arrêté par lequel le ministre chargé du travail agréa des accords conclus pour l'application des dispositions de l'article L. 351-8, de prendre, sans délai, les mesures qu'appellent ces dispositions ; qu'eu égard à l'intérêt qui s'attache à la continuité du versement des allocations et du recouvrement des cotisations, à laquelle une annulation rétroactive des dispositions des arrêtés attaqués qui agréent les stipulations de la convention du 1er janvier 2004, ainsi que ses annexes et accords d'application, autres que celles relatives aux pouvoirs de la commission paritaire nationale et à l'aide à la mobilité géographique, porterait une atteinte manifestement excessive, il y a lieu, pour permettre au ministre chargé du travail ou, à défaut, au Premier ministre de prendre les dispositions nécessaires à cette continuité, de n'en prononcer l'annulation totale – sous réserve des droits des personnes qui ont engagé une action contentieuse à la date de la présente décision – qu'à compter du 1er juillet 2004 ; [...]

Décide: Les dispositions, autres que celles annulées à l'article 4, des arrêtés en date du 5 février 2003 par lesquels le ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité a agréé les stipulations des accords modifiant ou complétant la convention du 1er janvier 2001 sont

annulées. Toutefois, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, les effets antérieurs à cette annulation des dispositions en cause doivent être réputés définitifs.

Dans cette même affaire, le Conseil d'Etat autorisa les juges administratifs, lors de l'évaluation de cas similaires, d'ajuster leurs décisions dans le temps :

Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation 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, il appartient au juge administratif – après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause – de 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 partie 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.

Or, après analyse profonde des effets de modulation de décisions, le Conseil d'Etat a précisé que la modulation doit vraiment ce faire uniquement dans des cas exceptionnels et en aucun cas de l'annulation d'actes administratifs :

Considérant qu'il n'apparaît pas que la disparition rétroactive des dispositions des arrêtés portant sur la convention du 1er janvier 2001 et agréant les stipulations illégales relatives à l'aide à la mobilité géographique entraînerait des conséquences manifestement excessives de nature à justifier une limitation dans le temps des effets de leur annulation.

Considérant, en revanche, que si la seule circonstance que la rétroactivité de l'annulation pourrait avoir une incidence négative pour les finances publiques et entraîner des complications pour les services administratifs chargés d'en tirer les conséquences ne peut, par elle-même, suffire à caractériser une situation de nature à justifier que le juge fasse usage de son pouvoir de l'ajustement dans le temps des effets de cette annulation, il résulte en l'espèce des pièces du dossier, et en particulier des réponses

des parties à la mesure d'instruction ordonnée sur ce point par la 1ère sous-section chargée de l'instruction de l'affaire, que la disparition rétroactive des dispositions des arrêtés relatifs à la convention du 1er janvier 2001 autres que celles agréant les stipulations relatives à l'aide à la mobilité géographique, en faisant revivre les règles antérieurement en vigueur, serait à l'origine des plus graves incertitudes quant à la situation et aux droits des allocataires et des cotisants et pourrait provoquer, compte tenu des dispositions des articles L. 351-6-1 et L. 351-6-2 du code du travail relatives aux délais dans lesquels peuvent être présentées de telles réclamations, des demandes de remboursement de cotisations et de prestations dont la généralisation serait susceptible d'affecter profondément la continuité du régime d'assurance chômage ; qu'ainsi, une annulation rétroactive de l'ensemble des dispositions des arrêtés attaqués relatifs à cette convention aurait, dans les circonstances de l'affaire, des conséquences manifestement excessives ; que, dans ces conditions, il y a lieu de limiter dans le temps les effets de l'annulation et, compte tenu de ce que les arrêtés attaqués n'ont produit effet que du 1er janvier au 31 décembre 2003 et ne sont, dès lors, plus susceptibles de donner lieu à régularisation, de disposer que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, les effets des dispositions des arrêtés litigieux autres que celles qui agréent l'accord d'application n. 11 relatif à la convention du 1er janvier 2001 doivent être regardés comme définitifs.

La Cour de cassation, le 08/07/2004, dans l'affaire Radio France (chambre civile, le 08/07/2004, pourvoi numéro 01-10.426), s'est refusée à modifier une sentence au motif que « l'application immédiate de la règle nouvelle dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable ».

Pourtant comme l'explique Corinne Bléry,⁵⁸ la modulation des effets de décision dans le cas de revirement de jurisprudence ou même, dans ceux de déclaration d'inconstitutionnalité, est encore un sujet obscur du Droit français, n'ayant aucune règle précise ni même des critères pour les juges, probablement parce que

la doctrine est d'ailleurs très partagée quant aux résultats de l'étude. Cependant, si l'on tient compte des affirmations respectives du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, il semble bien que l'on s'achemine vers une pratique plus courante des revirements prospectifs.

9.2.4 Portugal

Au Portugal, l'article 282, numéro 4, de la Constitution prévoit expressément la possibilité de modulation des effets de décision du tribunal Constitutionnel. Selon la

⁵⁸ *Cours d'introduction au droit* cit., p. 214.

doctrine lusitanienne, le Tribunal Constitutionnel peut décider de l'application *pro futuro*, mais avec son incidence immédiate suivant la décision ; en n'ayant pas la possibilité d'appliquer *in futuro*, c'est à dire, un délai à l'entrée en vigueur des effets de décision, comme il se produit dans certains pays.

9.3 *Common Law*

Comme c'est le cas dans les pays qui adoptent le système romano-germanique, mais évidemment pour des raisons différentes, le pays qui adopte le système de la *common law*, n'ont pas un grand support légale à la modulation pour des cas de revirement de jurisprudence ou de décision qui déclare inconstitutionnelle ou illégale une loi ou des actes normatifs.

9.3.1 *Canada*

Au Canada, pays qui dans sa majorité adopte le système de *common law*, la modulation de jurisprudence est aussi un sujet délicat que les Cours supérieures évitent d'affronter ouvertement.

Parfois on s'aperçoit que, ainsi comme en Angleterre, les Cour Supérieures évitent une déclaration de revirement de jurisprudence, faisant valoir que la présente affaire n'est pas analogue au paradigme, plutôt que d'affronter le problème de l'insécurité juridique résultant de la rétroactivité de la décision.

Quoi qu'il en soit, comme le souligne Rémy Cabrillac,⁵⁹ pour éviter l'excès de revirement de jurisprudence, la Cour Suprême canadienne adopte la technique de juger conformément à l'ancienne jurisprudence avertissant que la position changera pour les jugements suivants.

⁵⁹ CABRILLAC, Rémy. *Introduction générale au droit cit.*, p. 172.

Ceci parce que, comme le détaille Mathieu Devinat,⁶⁰ « il est nécessaire pour les cours maintenir leur rôle indépendant, neutre et non législatif. La pratique d'attribuer un effet prospectif à une règle de droit est habituellement réservée aux législatures ».

La Cour Suprême a jugé que ses effets peuvent être suspendus pour une période déterminée, pour permettre l'altération de la loi et la modification des actes passés. Si dans ce cas, les conséquences de la rétroactivité et son application immédiate sont contraires à l'ordre public et à la sécurité juridique en vertu du principe qu'il nomme de « doctrine de nécessité ».

9.3.2 *Etats-Unis*

Selon Patrick Morvan,⁶¹ la première fois que les Etats-Unis ont effectué une modulation de jurisprudence date de 1932, dans l'affaire *Great Northern Railway Co. vs. Sunburst Oil & Refining Co.* Toutefois d'après Pascale Deumier,⁶² ce fut seulement en 1952, dans l'affaire *Sunburts*, qui est apparu la théorie du *prospective overruling*.

En raison que les juridictions supérieures américaines d'être les principales sources de Droit, elles ont le pouvoir de déterminer qu'un précédent sera seulement appliqué dans le futur et non pas dans les cas passés, fait qui est connu aux Etats-Unis comme *prospective overruling*.

A l'heure actuelle, en dépit de modérer son usage, la Cour Suprême des Etats-Unis dispose de larges pouvoir pour mettre en place les effets temporels de leur décision, nommé de (i) *limited retrospectivity*, la rétroactivité limitée ou partielle ou même l'effet *ex tunc* mitigé; et de (ii) *prospective overruling*, la non rétroactivité, qui peut être (ii.a) *limited prospectivity*, pour les procédures engagées après la décision, y compris le procès originaire, dans cette étude nommé d'effet *ex nunc*, ou (ii.b) *pure prospectivity*, situation dans laquelle la décision ne s'applique pas au procès qui a donné naissance à ce qu'on appelle dans cette étude d'effet *pro futuro*. De plus, comme au Brésil, la Cour peut

⁶⁰ *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne* cit., p. 431.

⁶¹ Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2007, p. 835 e ss.

⁶² *Introduction générale au droit* cit., p. 366.

convenir d'appliquer la décision *in futuro*, prévoyant une date ultérieure pour la mise en œuvre de la décision.

9.3.3 Inde

En Inde, la modulation des effets de la décision est pleinement acceptée que ce soit dans des cas de revirement de jurisprudence ou dans des cas de déclaration d'inconstitutionnalité de la loi ou d'acte normatif. La question est tellement plus tolérée dans ce pays, que selon Gilles Cuniberti,⁶³ entre 1950 e 2000 ont été réalisés plus de cinquante *revirements*.

L'Inde adopte toujours la théorie du *prospective overruling* semblable à celle des Etats-Unis, elle se permet donc de moduler la rétroactivité de ses revirements de jurisprudence, jugeant qu'ils ne l'appliqueront qu'aux faits postérieurs, ou à partir d'une date donnée.

9.3.4 Angleterre

Fondamentalement, la Cour suprême anglaise adopte deux critères : *depart from*, qui consiste à maintenir deux précédents, un utilisé dans les cas anciens, et l'autre dans les nouveau cas. Et le *overruling*, par lequel l'ancien précédent est mis à part et le nouveau est appliqué y compris dans les cas anciens. En conséquence, les précédents ont un effet normatif dans le système de la *common law*, le *depart from* empêche l'effet rétroactif sur la norme de manière qu'elle ne peut être appliquée au fait survenu après son adoption ; alors que le *overruling* ou *negative overruling* attribue un effet rétroactif au précédent, permettant son application au cas antérieur à sa clause.

Patrick Morvan explique⁶⁴

au Royaume-Uni, la House of Lords et la Court of Appeal témoignent encore d'une fidélité à la fiction héritée de la doctrine de William Blackstone (*Commentaires of the laws of England*, 1765-1769) selon

⁶³ *Grands systèmes de droit contemporains* cit., p. 430.

⁶⁴ Le revirement de jurisprudence pour l'avenir: humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon cit., p. 247 e ss.

laquelle la common law renferme un droit originel préexistant, immuable, complet et toujours juste (un droit naturel) que le juge se borne à révéler, à dévoiler, à déclarer de façon nécessairement rétroactive (*declaratory theory of common law* que, nonobstant, les Lords n'hésitent pas à qualifier de conte de fées [*fairy tale*] auquel nul ne croit plus ...).

Quoi qu'il en soit, la modulation de jurisprudence, bien que rare, n'est pas étrange en Angleterre. A titre d'exemple, la Chambre des Lords a décidé qu'une obligation d'information imposée aux établissements de crédit, concernant la signature d'un contrat de garantie peut seulement être exigé des parties après le revirement de jurisprudence, afin de ne pas nuire au contrat déjà signé (*Royal Bank of Scotland vs. Etridge*, 2 AC 773, 2002).

Chapitre 10: La modulation de jurisprudence au Brésil

10.1 Base juridique de la modulation de jurisprudence

La modulation de jurisprudence au Brésil, ainsi que le contrôle de son évolution, trouve son fondement dans la Constitution fédérale, dans les principes de sécurité juridique et d'isonomie.

La seule référence législative spécifique se trouve dans l'article 4 de la Loi 11.417/2006, qui traite de la *súmula vinculante*, en prévoyant que

Le précédent d'effet contraignant possède un effet immédiat. Mais le Suprême Tribunal Fédéral, pas un vote de deux tiers de ses membres, peut limiter les effets contraignant ou décider qu'ils ne prennent effet qu'à partir d'un autre moment, prennent en compte des raisons de sécurité juridique ou d'intérêt public exceptionnel.

A son tour, le principal dispositif légal brésilien établissant la possibilité de modulation des effets de décision judiciaire est l'article 27 de la Loi des *Ações Diretas*, qui concerne la modulation des effets de décision sur la déclaration de l'inconstitutionnalité.

La base juridique pour la modulation des effets de la décision sont les principes de sécurité juridique et d'isonomie, quel que soit les législations infra constitutionnelles existantes sur le sujet, et apparut encore plus clairement quand le Suprême Tribunal Fédérale ajusta les effets de décision en vertu des revirements de jurisprudence.

Comme dans le jugement des *Mandados de Segurança* qui traitaient à propos de l'infidélité des partis politiques.⁶⁵ Preuve majeure, la modulation des effets de décision n'a pas besoin de prévision spécifique légale face à son application fondée sur les principes de sécurité juridique et d'isonomie, qui est adopté par le Supérieur Tribunal de Justice et par le Tribunal Supérieure du Travail.

⁶⁵ Mandado de Segurança 26.602, Min. Eros Roberto Grau; Mandado de Segurança 26.603, Min. Celso de Mello; Mandado de Segurança 26.604, Min. Cármen Lúcia, tous jugés le 04.10.2007.

10.2 La modulation de jurisprudence dans les Tribunaux

Comme déjà mentionné dans le cadre de ce travail, les Tribunaux supérieures ont fait la modulation en plusieurs occasions des effets de leur décision, que ce soit en vertu d'un revirement de jurisprudence ou en vertu du contrôle de constitutionnalité.

10.2.1 *Suprême Tribunal Fédéral*

Le Suprême Tribunal Fédéral a modulé le revirement de jurisprudence pendant le jugement de la *Questão de Ordem* 687, réalisée le 25/08/1991, rapportée par le Ministre Sydney Sanches.

Avec recul, dans le procès de *Conflito de Competência* 7.204, qui s'est tenu le 29/06/2005, rapporté par le Ministre Ayres Britto, le Suprême Tribunal Fédéral a de nouveau modulé le revirement de jurisprudence.

Le Suprême Tribunal Fédéral a de nouveau modulé le revirement de jurisprudence dans le procès de *Habeas Corpus* 82959-7, qui s'est tenu le 23/02/2006, rapporté par le Ministre Marco Aurélio Mello. Modifiant sa position précédente, le Tribunal, à cette occasion, opta pour l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la Loi de Crimes Odieux, en précisant, toutefois, que les effets de la décision devraient être *ex nunc*.

Finalement, le Suprême Tribunal Fédéral a exécuté la modulation des effets de revirement de jurisprudence dans les jugements des cas impliquant la perte de mandat parlementaire pour infidélité au parti politique.

10.2.2 *Supérieure Tribunal de Justice*

Le Supérieure Tribunal de Justice accomplit la modulation de jurisprudence dans le jugement de la *Medida Cautelar* 2.454, jugé le 22/02/200, rapporté par le Ministre César Asfor Rocha.

Le Supérieure Tribunal de Justice accomplit à nouveau la modulation de jurisprudence dans le jugement du *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento* 827.293, jugé le 25/09/2007, rapporté sur arrêt du Ministre José Delgado.

De toute façon, il semble en analysant la position exprimé par la majorité des Ministres actuels, que la Cour estime ne pas devoir moduler les effets de ces décisions ; situations regrettable, par ce que la Cour perds la possibilité de faire évoluer sa jurisprudence, sans nuire aux principes de sécurité juridique et d'isonomie.

10.2.3 Tribunal Supérieur du Travail

Le Tribunal Supérieur du Travail a récemment modulé la jurisprudence dans de procès de *Recurso de Revista* 37500-76.2005.5.15.0004, jugé le 28/11/2012, rapporté par le Ministre Vieira de Mello Filho.

10.2.4 D'autres Tribunaux

Bien que n'étant pas l'objet principale de ce travail, de même que ne l'est pas la déclaration d'inconstitutionnalité de Loi ou d'actes normatifs, l'analyse, même de manière superficielle, des hypothèses de modulation des Cour d'Appel est intéressante.

A titre d'illustration, ont été modulés les effets de la décision dans le jugement des *Embargos de Declaração em Apelação* 2007.38.01.000950-2, tenue le 14/10/2008, par la septième Chambre du Tribunal Régionale Fédérale de la Première Région, rapporté par le juge Luciano Tolentino Amaral.

Se réaffirme, une fois de plus, qu'il ne se décèle aucun empêchement par le Supérieur Tribunal de Justice, autant dans l'hypothèse de déclaration de inconstitutionnalité que dans les hypothèses de revirement de jurisprudences, ni pour les autres Tribunaux et l'organisme du Pouvoir judiciaires à pouvoir moduler leur décision s'appuyant sur les principes constitutionnels de sécurité juridique et d'isonomie.

Enfin, à titre d'exemple, il convient de mentionner que même les Tribunaux qui ne sont pas membres du Pouvoir Judiciaire, adoptent la modulation des effets de leur décision.

TITRE 6:

LA THEORIE DE LA MODULATION DE JURISPRUDENCE

Cette Titre du travail abordera, premièrement, *l'application des règles de droit transitoire dans le revirement de jurisprudence* (Chapitre 11), pour ainsi pouvoir analyser, dans un second temps, les *critères pour la modulation de jurisprudence* (Chapitre 12).

Chapitre 11:

L'application des règles de droit transitoire dans le revirement de jurisprudence

11.1 Les règles générales de droit transitoire

Toutes modification d'une norme juridique peuvent entraîner l'insécurité, dans le sens que les individus étaient contraint à suivre une certaines orientations, et d'un moment à l'autre doivent obéir une nouvelle norme.

A propos de ce thème est valable l'enseignement de Mathieu Devinat:⁶⁶

En posant un principe contraire à celui qui était tenu pour acquis auparavant, la Cour modifie l'état du droit à l'égard des situations juridiques qui se sont formées ou éteintes antérieurement. Toutefois, l'admission de la portée rétroactive d'une décision implique qu'il faille adhérer à la conception normative de la jurisprudence, car il n'y a de précédent que s'il y a un précédent à modifier. Ainsi, le revirement de jurisprudence a été comparé au changement de législation, une norme nouvelle se substitue à la norme ancienne.

En Droit contemporain, coexistent plusieurs théories pour traiter du Droit intemporelle, les plus importantes étant la Théorie des Droits Acquis et la Théorie des Situations Juridiques.

⁶⁶ *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne* cit., p. 334/335.

Dans le système juridique brésilien, l'article 6, § 2°, de la Loi d'Introduction aux normes du Droit Brésilien prévoit que « *sont réputés acquis, les Droits que le titulaire, ou quelqu'un pour lui, puisse exercer comme ceux dont le début de pratique aie-t-une fin prédéterminé, ou condition préalable immuable, à la volonté d'autrui* ».

Dans la Théorie des Situations Juridiques, créée par Paul Roubier,⁶⁷ la nouvelle loi doit avoir une application immédiate, ceci étant le principe du Droit transitoire. Et ainsi, en règle générale, la rétroactivité de la nouvelle loi ne peut être acceptée. Ceci parce que il n'est pas admissible la coexistence de deux lois traitant du même objet ; c'est à dire, les actions passés doivent être régies par l'ancienne loi, et les actes futurs doivent être régies par la nouvelle loi.

En comparant ces deux théories, Françoise Dekeuwer-Defossez⁶⁸ explique que la notion de statut juridique :

peut englober tous les rapports entre l'homme et le droit, et permet d'accueillir les transformations opérées par le changement de législation, que la doctrine des droits acquis tend au contraire à repousser. Le passage du droit acquis à la situation juridique est significatif. Il consacre la disparition de l'idée de droit subjectif à protéger. On considère désormais une situation objective, neutre, pourrait-on dire : il s'agit d'un état de droit, susceptible de modification. Dès 1910 Duguit proposait de distinguer entre la situation légale ou situation objective, dont les effets suivent les variations de la loi, et les actes juridiques créant des droits subjectifs qui restent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion.

11.2 Le droit transitoire et le revirement de jurisprudence

Le temps est partagé en trois périodes distinctes ; le passé, le présent, l'avenir; en conséquence, si l'on veut analyser le pouvoir normatif de la norme juridique dans le temps, il faut distinguer trois situations différentes : les actes ou faits juridiques passés survenu avant l'entrée de la norme en vigueur ; les actes ou faits juridiques en cours au moment de l'entrée de la norme en vigueur ; et les actes ou faits juridiques qui se sont produits après

⁶⁷ Le droit transitoire – conflits des lois dans le temps cit.

⁶⁸ *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Bibliothèque de droit privé. Paris: LGDJ, 1977. tome 151, p. 11.

l'entrée en vigueur de la norme juridique. L'étude de ces situations et leurs conséquences est ce que l'on appelle le Droit Intertemporel.

En ce sens, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux précisent que trois possibilités se présentent lors de la discussion du Droit transitoire: l'application rétroactive, l'application immédiate et l'application pour l'avenir.⁶⁹

Toutefois, lorsque la norme provient de la jurisprudence la question est encore plus complexe : d'une part, parce que contrairement à la loi, il n'est pas toujours facile d'identifier le moment de l'entrée en vigueur de la norme jurisprudentielle ; et deuxièmement parce que, en règle générale, la décision judiciaire s'applique à des événements passés.

La jurisprudence fait suite à plusieurs décisions répétées relatives à une question de Droit. En outre, comme vu dans le Chapitre 4 de cette étude, la jurisprudence acquiert force normative après un choix formel de la part du Tribunal Supérieur. Ainsi pour établir la durée du pouvoir normatif de la jurisprudence il faut tenir compte de la date à laquelle la Cour a fait ce choix.

Parce que la jurisprudence s'applique toujours à des événements passés, se présente les suivantes possibles situations : situation juridique passées et *immuable* antérieure à la norme jurisprudentielle ; des situations juridiques passées mais pas *immuable* antérieure à la norme jurisprudentielle ; des situations juridiques en cours au moment auquel la norme jurisprudentielle entre en vigueur ; et des situations juridiques se produisant après l'entrée en vigueur de la norme jurisprudentielle.

A propos de la première, situation juridique passées et *immuable* antérieure à la norme jurisprudentielle, signifie que, en règle générale, la norme jurisprudentielle ne devrait avoir aucune influence, en étant totalement inapplicable dans ces cas.

Pour ce qui est des situations juridiques passées mais pas *immuable* antérieure à la norme jurisprudentielle, la question mérite une analyse plus approfondie. En générale les

⁶⁹ GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Droit civil – Introduction générale* cit., p. 413.

décisions judiciaires sont rétroactives parce qu'elles s'appliquent naturellement à des événements passés. Toutefois cette règle comporte des exceptions.

Les actes commis par les individus sous *l'influence* de l'ancienne norme jurisprudentielle doivent être jugés de son point de vue et non pas de la nouvelle. L'élément à examiner c'est le degré *d'induction* que l'ancienne jurisprudence a eu sur le comportement de l'individu. Si l'induction a été un facteur important dans la réalisation de l'acte, la jurisprudence a servi de référence à l'individu, ses actes doivent être jugés dans ce contexte. Par contre, si l'individu aurait pratiqué le même acte, même en l'existence de la position actuelle de la jurisprudence, il doit appliquer la règle générale et juger l'acte selon la jurisprudence en vigueur au moment du procès.

De plus, il n'est pas possible de donner une application rétroactive de la nouvelle norme jurisprudentielle lorsque les individus de bonne foi et confiantes en l'ancienne norme jurisprudentielle, ce croient à raison d'un droit. Il s'agit de protéger les attentes légitimes de la personne. Garantissant ainsi l'application de principe de non-rétroactivité, en raison de la sécurité juridique, afin de valoriser la confiance des individus à la Justice et au Pouvoir judiciaire.

Dans le cas des situations juridiques en cours au moment auquel la norme jurisprudentielle entre en vigueur, il faut remarquer que de telles situations se produisent quand il y a un contrat en cours.

Sur ce thème, François Terré,⁷⁰ notant que les revirements de jurisprudence sont en générale profitables au Droit, parce qu'ils expriment une évolution, notent ainsi que « déduire qu'il n'y a pas de revirement perturbateurs, spécialement en matière contractuelle, serait évidemment excessif ».

Quant à la dernière hypothèse de l'éventuelle applicabilité de la nouvelle norme jurisprudentielle, c'est à dire, dans les situations juridiques après l'entrée en vigueur de la norme, signifie qu'en règle générale il devrait y avoir une intégrale application, comme ce qui se produit avec une nouvelle loi.

⁷⁰ *Introduction générale au droit cit.*, p. 457.

11.3 Facteurs pratiques pour la modulation de jurisprudence

Le premier facteur, qu'il vaut la peine d'être mentionné, est le *respect de la confiance légitime, mutatis mutandi* la même protection est accordé aux différentes parties d'une relations contractuelle.

Par ailleurs, l'inaction ou le retard de l'Etat à la résolution du conflit peut également créer une attente légitime de l'individu, qui impose la modulation des effets de la décision.

En outre, la *causalité économique* peut être un facteur pour justifier la modulation d'une décision rendue par la Justice.

11.4 Application de la modulation de jurisprudence

Le plus souvent, attribuer un effet rétroactif ne provoque pas de problèmes majeurs de sécurité juridique, car en générale ces décisions judiciaires ne lient que les parties ; la question en toute fois prend une forme différente quand une jurisprudence, qui sert d'instrument d'orientation aux personnes, et donc les amènent à agir de certaine façon, est changé par le Tribunal.

Le *rapport*⁷¹ établit à la demande du président de la *Cour de cassation*, concernant le revirement de jurisprudence propose d'abord s'il est nécessaire, à une nouvelle compréhension, de changer l'ancienne jurisprudence et si c'est le cas, si cette nouvelle compréhension doit être appliqué au cas qui se sont produits avant le revirement, en particulier pour des mesures en cours.

A propos du second point, si la compréhension est que la nouvelle jurisprudence doit être appliquée à tous les cas passés, il aura une application rétroactive de la décision, comme cela se produit habituellement avec toute la jurisprudence. Toutefois, si la compréhension est que la jurisprudence ne doit être appliquée à tous les cas passés, il y aura modulation de la jurisprudence, lui attribuant un effet pas *ex tunc*. L'avantage de cette

⁷¹ AMAND, Valérie et al. Les revirements de jurisprudence – rapport remis à M. le Premier Président de la Cour de Cassation Guy Canivet cit..

situation c'est qu'elle permet le revirement de jurisprudence sans porter atteinte à la sécurité juridique.

C'est parce que « l'existence de règles visant à moduler dans le temps les décisions de justice est intimement liée à la place qu'occupe le juge dans le système juridique. Elle dépend clairement de la place accordée à la jurisprudence et de sa reconnaissance comme source de droit ». ⁷²

C'est pourquoi au Brésil, la modulation de jurisprudence est seulement nécessaire quand lors de revirement de jurisprudence qui possède une force normative, c'est à dire, une jurisprudence des Tribunaux Supérieur caractérisée comme dominante, *súmula* ou *súmula vinculante*.

De plus, pour qu'il y soit une modulation des effets, il est besoin que le revirement de jurisprudence porte atteinte à la sécurité juridique ; c'est à dire, qu'il change une position jurisprudentielle qui était légitimement attendue par ceux qui sont assujetti.

En effet, il faut procéder à la modulation de jurisprudence dans les cas où les parties du procès ont eu leur comportement influencé par l'ancienne jurisprudence, car « le revirement ne déjouera aucunement les prévisions des parties au litige lorsque leur comportement n'aura pas dépendu de la solution jurisprudentielle retenue à l'époque des faits ». ⁷³

De plus, il est justifié la modulation de jurisprudence afin de préserver le principe de l'isonomie, permettant un traitement égale aux personnes assujettis à la même norme et à un même moment donné.

⁷² AMAND, Valérie et al. *Les revirements de jurisprudence – rapport remis à M. le Premier Président de la Cour de Cassation Guy Canivet cit.*, p. 22.

⁷³ AMAND, Valérie et al. *Les revirements de jurisprudence – rapport remis à M. le Premier Président de la Cour de Cassation Guy Canivet cit.*, p. 18.

Chapitre 12:

Les critères pour la modulation de jurisprudence

12.1 Introduction

Selon le dictionnaire *Houaiss de la Langue Portugaise*,⁷⁴ le mot *moduler* signifie, entre autre significations, « *réguler, ranger, ordonner* ». Ainsi, *moduler les effets d'une décision signifie réguler son champ d'action* ». Cette régulation peut être par rapport à son efficacité contraignante, matérielle, subjective et temporelle.

L'efficacité matérielle de la décision fait référence au contenu de Droit de la décision. L'efficacité subjective de la décision concerne les sujets qu'ils lui sont liés. L'efficacité temporelle de la décision fait allusion à ses effets dans le temps. Ce dernier type de modulation c'est le principal objet de cette étude.

12.2 Les critères pour la modulation de jurisprudence

Le système juridique brésilien permet l'adoption de plusieurs critères, à la discrétion du Tribunal concerné. Ainsi, en la présence de motifs de sécurité juridique ou d'isonomie, les Tribunaux Supérieur peuvent – et doivent – moduler la jurisprudence, selon son libre arbitre, en adoptant tout critère possible qu'il soit : d'effet partiellement rétroactif *ex nunc*, *pro futuro* ou *in futuro*.

12.2.1 L'effet rétroactif partiel

L'effet rétroactif partiel, aussi appelé *ex tunc* atténué ou *limited retrospectivity*, pour les pays de la *common law*, se produit lorsque le Tribunal détermine que la décision ne sera pas *ex tunc*, mais prendra l'effet à partir d'une certaine date dans le passé. En général, cette échéance est fixée contenu de la date à laquelle le Tribunal a signalé un revirement de jurisprudence.

⁷⁴ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* cit., p. 1943.

12.2.2 *L'effet ex nunc*

L'effet *ex nunc* de la décision, appelé dans les pays de la *common law* de *prospective overruling – limited prospectivity*, existe dans les situations pour les quelles ce décide son application immédiate, c'est à dire, que la décision n'aura pas d'effet rétroactif, mais produit déjà son effet dans le procès à laquelle elle a été donnée.

12.2.3 *L'effet pro futuro*

L'effet *pro futuro* de la décision, connu dans les pays de *common law* comme *pure prospectivity*, se rapproche de l'effet *ex nunc*, mais la décision n'a pas d'effet immédiat, c'est à dire, pour le procès où elle a été prononcée ; la décision ne génère qu'un effet que pour le futur à partir de cette affaire.

Ce fut le critère de modulation proposé par Christian Mouly,⁷⁵ dans son article fondateur écrit en 1994. Pour l'auteur « la date d'effet d'un revirement pour l'avenir pourrait être celle de la publication de l'arrêt au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, qui tiendrait un rôle équivalent à celui du Journal officiel pour les lois ».

12.2.4 *L'effet in futuro*

L'effet *in futuro* des décisions indique qu'elle disposera d'une période de non-application pour ensuite avoir des effets ; c'est à dire, qu'elle ne prendra effet qu'après une période qui sera déterminée dans la décision. Cet effet peut être comparé à la période de *vacatio legis* que la loi possède pour son entrée en vigueur.

12.3 La modulation temporelle subjective

Souvent les Tribunaux adoptent comme critère, pour la modulation de ses décisions, le fait qu'il existe déjà un procès judiciaire ou administrative à propos d'une affaire déjà classée. En d'autres termes, il est reconnu la possibilité de quelqu'un, qui s'est déjà engagé dans une action, la possibilité de profiter de la nouvelle compréhension mais

⁷⁵ Le revirement pour l'avenir cit., tomo I, item n. 3.776.

retire la possibilité d'utiliser la nouvelle orientation à celui n'ayant pas d'action de revendication de ce droit.

Indépendamment de la fréquence avec laquelle ce critère est adopté, au Brésil et dans les pays étrangers, il est contesté la possibilité de son adoption. Il est entendu que ce critère viole le principe de l'isonomie et encourage l'individu à questionner tous les actes qui ont éventuellement des chances d'être renversés dans le Pouvoir judiciaire, générant une avalanche d'actions inutiles, en particulier dans le domaine fiscale. Il s'est pas justifié qu'un individu qui n'a intenté une action peut avoir un traitement différent d'un autre qu'il intente, si la décision n'a pas été prise dans le cadre du procès de ce dernier.

12.4 La modulation *a posteriori*

La modulation *a posteriori* est celle qui est pratiquée au moment du jugement de l'action qui peut être influencé par une autre décision récente qui a changé le traitement juridique accordé sur le sujet débattu.

Ainsi elle n'est pas pratiquée au moment du revirement de jurisprudence ou de la déclaration d'inconstitutionnalité, mais *a posteriori* dans les actions qui seront touchées par ce revirement ou déclaration d'inconstitutionnalité

C'est pourquoi, elle peut être adoptée par n'importe quel juge, y compris de première instance, notant que la nouvelle orientation de jurisprudence ne doit pas être appliquée à la cause en jugement, car les faits en question ce sont déroulés avant le revirement de jurisprudence.

La modulation *a posteriori* permet au juge de définir quelle jurisprudence il ira adopter lors du procès, celle existante au moment de l'accomplissement des actes, qui sont devant les Tribunaux, ou les nouvelles lignes directrices en vigueur au moment du procès.

12.5 Le moment pour la modulation de jurisprudence

Il se traite de la question de l'ordre public pour se fonder dans les principes constitutionnel de sécurité juridique et d'isonomie, la modulation des effets des décisions peut être ainsi prise en n'importe quel moment du procès.

Conclusion de la Troisième Partie

Souvent, l'application des critères proposés par la théorie du revirement de jurisprudence ne sont pas suffisantes pour empêcher les atteintes aux principes de sécurité juridique et d'isonomie, ainsi il s'impose donc une modulation des effets de la nouvelle décision.

Dans le monde, la modulation des effets de la décision judiciaires est examinée plus en profondeur dans les hypothèses de déclarations d'inconstitutionnalité de la loi ou d'acte administratif. Au Brésil, la disposition légale à ce respect est l'article 27 de la Loi des *Ações Diretas*, qui prévoit, la possibilité de modulation de la décision judiciaire pour de raison de sécurité juridique et d'exceptionnel intérêt social.

La seule législation nationale spécifique pour moduler les effets de la décision qui modifie la jurisprudence est l'article 4 de la Loi 11.417/2006, qui traite da *súmula vinculante*, qui prévoit que le Suprême Tribunal Fédéral, par un vote des deux tiers de ses membres, peut limiter les effets contraignant ou décider un délai à partir duquel il prendra effet, contenu des raisons de sécurité juridique ou d'intérêt public exceptionnel.

Quoi qu'il en soit, en appliquant les principes de la sécurité juridique et de l'isonomie, et/ou par analogie, aux législations relatives à la modulation des effets de la décision, qui déclare les effets d'une loi ou d'un acte administratif, se trouve une tendance mondiale à moduler les effets de la décision dans les cas d'un revirement de jurisprudence, en raison des dommages qu'une telle situation peut apporter aux personnes qui sont assujettis à cette jurisprudence.

En conséquence, et sur la base des motifs ci-dessus, les Tribunaux Supérieurs brésiliens ont déjà modulé les effets de la décision de revirement de jurisprudence même dans les cas qui ne modifient pas une *súmula vinculante*.

En effet, nonobstant la règle générale de la rétroactivité des décisions judiciaires en vertu de la force normative que la jurisprudence peut acquérir, il est impératif de faire attention à l'application des règles de droit transitoire même lors du changement de la norme juridique due au revirement de jurisprudence.

La question de rétroactivité de la norme juridique modifiée par le revirement de jurisprudence doit être analysée sous quatre aspects.

Pour les situations juridiques passées et *immuables* et antérieures à la nouvelle jurisprudence, en règle générale la nouvelle jurisprudence ne doit avoir aucune influence étant elle-même inapplicable. Sauf pour certains cas au profit de l'accusé en matière pénale.

Pour les situations juridiques passées, mais pas *immuables*, antérieures à l'entrée en vigueur de la nouvelle norme jurisprudentielle, le juge doit déterminer le degré d'induction que l'ancienne jurisprudence a eu sur la conduite de l'individu. Si l'induction a été un facteur important dans la réalisation de l'acte, la jurisprudence a servi de référence pour l'individu. Par conséquent ses actions doivent être évaluées dans ce contexte. À son tour, si l'individu aurait pratiqué le même acte au moment où il se trouvait un positionnement actuel de jurisprudence, il se doit appliquer les règles générales et juger l'acte selon la jurisprudence en vigueur au moment du procès.

Pour les situations juridiques en cours lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle jurisprudence, comme dans le cas de contrat en cours, on doit s'appuyer en générale sur la prévalence de la norme jurisprudentielle en vigueur lors de l'exécution de l'acte, de la même manière que dans le changement de loi.

Pour des situations juridiques survenues après l'entrée en vigueur de la nouvelle norme jurisprudentielle, devra prévaloir en règle générale, la nouvelle compréhension, sauf les cas où la Cour a modulé les effets de la décision *in futuro*.

Ainsi, il est entendu que, en règle générale, doit prévaloir la rétroactivité des décisions judiciaires ; cependant quand il s'agit de changer la jurisprudence avec force normative il est permis sa modulation afin de protéger la sécurité juridique et l'isonomie.

La modulation temporelle de la décision judiciaire peut permettre au Tribunal d'établir un effet rétroactif partiel, *ex nunc, pro futuro* et *in futuro*. En outre, il y a parfois l'adoption d'un critère subjectif-temporel.

Il y a encore la possibilité de procéder la modulation de la jurisprudence *a posteriori*, qui doit être pratiquée au moment de l'instruction de l'action capable d'avoir une influence sur une décision récente ayant modifié le traitement juridique accordé à la question soumise.

En définitive, la modulation des effets de la décision peut être prise à tout moment du procès et indépendamment de la demande expresse des parties, à partir du moment où est accordé le droit aux parties de se manifester ainsi que de personnes extérieures au litige.

ABREVIATIONS

AC: *Appeal Cases*

AJDA: *Actualité Juridique Droit Administratif*

BGHZ: *Bundesgerichtshof Zivil*

Bull.: *Bulletin de la Cour de cassation*

BVerfGE: *Bundesverfassungsgericht*

BVerfGG: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*

Cass. Civ.: *Cour de cassation chambre civile*

CEDH: *Cour européenne de droits de l'homme*

CJCE: *Cour de justice des Communautés européennes*

D.: *Recueil Dalloz*

et ss.: et suivantes

JCP – *Jurisclasseur périodique*

TPICE: *Tribunal de première instance des Communautés européennes*

Procédures: Revue des Procédures

QPC – *question prioritaire de constitutionnalité*

RCS – *Recueil des Arrêts de la Cour Suprême du Canada*

BIBLIOGRAPHIE

Articles

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; COIRO, Adriana Lacombe. Medidas provisórias e súmulas vinculantes: risco à separação dos Poderes? *Revista do Advogado*, ano XXXII, out. 2012, n. 117, p. 177/183.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 1999.

ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. Custo Brasil x Insegurança jurídica. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, n. 306, out. 2009, p. 14/15.

ARVIS, Benoît. Précisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat sur l'application dans le temps des décisions QPC. *Revue Actualité Juridique Droit Administratif – AJDA*, Paris: Dalloz, 2011, p. 2532 e ss.

ATIAS, Christian. A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Sur les revirements de jurisprudence. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 298 e ss.

_____. D'une vaine discussion sur une image inconsistante: la jurisprudence en droit privé. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2007, p. 23 e ss.

AUBERT, Jean-Luc. A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence? ... J'en doute! *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 300 e ss.

AUDIT, Bernard. Introduction – l'Américanisation du droit. *Archives de philosophie du droit – L'Américanisation du droit*, Paris: Dalloz, 2001. t. 45, p. 7-11.

AYNES, Augustin. Responsabilité des avocats et avoués face aux revirements de jurisprudence. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2008, p. 1448 e ss.

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 6, v. 24, out.-dez. 2005, p. 157/171.
- BACH, Louis. La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source de droit? – Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation! *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron – Liberamicorum*, Paris: LGDJ, 2009. p. 47/60.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Segurança jurídica e mudança da jurisprudência. *Revista de Direito do Estado*, n. 06, abr-jun. 2007, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 327/338.
- BADIN, Luiz Armando; PROL, Flávio Marques. O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Advogado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXII, out. 2012, n. 117, p. 135/143.
- BATIFFOL. Note sur les revirements de jurisprudence. *Arquivos de filosofia de direito*, Paris, 1967.
- BECHILLON, Denys de. De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité. *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne – Mouvement du droit public*, Paris: Dalloz, 2004. p. 5/22.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 198, ago. 2011, p. 389/402.
- BON, Pierre. La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse – Le cas de l'Espagne. *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, Paris: Dalloz, 2004, p. 690 e ss.

- _____. La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse – Le cas du Portugal. *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, Paris: Dalloz, 2004, p. 696 e ss.
- BONNEAU, Thierry. Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 1995, p. 24 e ss.
- BOTALLO, Eduardo Domingos. Súmula vinculante e República. *Revista do Advogado*, ano XXV, n. 81, São Paulo: AASP, 2005, p. 29/33.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire. *Revue Actualité Juridique Droit Administratif – AJDA 2006*, Paris: Dalloz, p. 2285 e ss.
- CANIVET, Guy. Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir? *JCP – Jurisclasseur périodique*, Paris: Éditions Jurisclasseur, 2004, tomo I – doctrine, item 189, p. 2295/ 2298.
- CASAS, Didier. Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs. *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, Paris: Dalloz, 2007, p. 696 e ss.
- CASSIA, Paul. La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2007, p. 621 e ss.
- CHALTIEL, Florence. Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité – Développements récents. *Revue Actualité Juridique Droit Administratif – AJDA*, Paris: Dalloz, 2009, p. 1650 e ss.
- CROZE, Hervé. Absence de responsabilité de l'avocat ou de l'avoué qui n'a pas soulevé le moyen inopérant tendant à l'annulation d'un prêt pour défaut d'agrément de l'établissement prêteur. *Procédures*. n. 5, maio 2008, comm. 144.

- DANTAS, Bruno. Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. Princípios constitucionais. *Revista do Advogado*, ano XXXII, out. 2012, n. 117, p. 19/30.
- DEFFIGIER, Clotilde. Les effets des décisions du juge administratif en Europe. *Revue Actualité Juridique Droit Administratif – AJDA*, Paris: Dalloz, 2008, p. 234 e ss.
- DEMOGUE, René. Les Conflits des Lois dans le Temps. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 1929.
- DEUMIER, Pascale. La formation de la jurisprudence vue par elle-même. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2006, p. 521 e ss.
- _____. Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2007, p. 72 e ss.
- _____. Effet rétroactif de la jurisprudence: le retour. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2008, p. 442 e ss.
- _____. Identification d'un revirement de jurisprudence: de l'évolution presque prévisible au vrai faux revirement. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2009, p. 493 e ss.
- _____. Application de la jurisprudence dans le temps: retour vers le passé. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2009, p. 495 e ss.
- DEYGAS, Serge. *Nouvel exemple d'annulation à effets différés – Pouvoirs du juge*. Procédures. n. 7, juillet 2008, comm. 221.
- DI MANNO, Thierry. La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne. *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, Paris: Dalloz, 2004, p. 700 e ss.

- DROSS, William. La jurisprudence est-elle seulement rétroactive? A propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2006, p. 472 e ss.
- DUGUIT, Léon. La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois. *Revue de Droit Public*, Paris, 1910.
- FLEURY-LE GROS, Pierre. De l'application de la loi dans le temps à l'application de la jurisprudence dans le temps: le paradoxe de l'échelle de verre. *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron – Liberamicorum*, Paris: LGDJ, 2009. p. 221/234.
- FORRAY, Vincent. La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2009, p. 463 e ss.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 310 e ss.
- GALLMEISTER, I. Responsabilité médicale et rétroactivité des revirements de jurisprudence. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2009, p. 2599 e ss.
- GARCEZ NETO, Martinho. Função criadora da jurisprudência. *Revista EMERJ*, v. 5, n. 19, Rio de Janeiro: EMERJ, 2002, p. 46/52.
- GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 734, dez. 1996, p. 40/47.
- GAUTIER, Pierre-Yves. Rétroactivité de la jurisprudence et arrêts de règlement: au sujet de la contrepartie à la clause de non concurrence. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 159 e ss.
- JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle; BACHELLIER, Xavier. A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Les revirements de jurisprudence. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 304 e ss.

- JOUANJAN, Olivier. La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand. *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, Paris: Dalloz, 2004, p. 676 e ss.
- JOURDAIN, Patrice. La responsabilité de l'avocat et les revirements de jurisprudence. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2012, p. 318 e ss.
- KROEHN Márcio. Só no Brasil. *Revista Exame*, edição 1.015, ano 46, n. 8, publicada em 02.05.2012, p. 30.
- LABAYLE, Henri. La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autres lieux ou autres mœurs? *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, Paris: Dalloz, 2004, p. 663 e ss.
- LAFFRANQUE, Julia; LAFFRANQUE, Rodolphe. La justice administrative en Estonie, présentation générale. *Revue Actualité Juridique Droit Administratif – AJDA*, Paris: Dalloz, 2008, p. 273 e ss.
- LAGARDE, Xavier. Jurisprudence et insécurité juridique. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2006, p. 678 e ss.
- LAMY, Bertrand de. Le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2003, p. 173 e ss.
- LENICA, Frédéric; BOUCHER, Julien. Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence: « Never say never ». *Revue Actualité Juridique Droit Administratif – AJDA 2007*, Paris: Dalloz, p. 1577 e ss.
- LIBCHABER, Rémy. Retour sur une difficulté récurrente: les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2002, p. 176 e ss.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 27 (verbete: Direito Jurisprudencial).

_____. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 47 (verbete: Jurisprudência).

MALINVAUD, Philippe. A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 312 e ss.

MATHIEU, Bertrand. Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme – Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation. *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris: Dalloz, 2011, p. 45 e ss.

MARGUENAUD, Jean-Pierre. La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2011, p. 725 e ss.

_____. La Cour européenne des droits de l'homme empêtrée dans les difficultés transitoires d'application de l'arrêt Mazurek ou l'art européen de se tirer une balle dans le pied. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2011, p. 732 e ss.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer: Leis Municipais com declaração de inconstitucionalidade cinco anos após sua edição – Eficácia *ex nunc* justificável. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 77, ago. 2009, p. 138/152.

MARMOZ, Franck. La Cour de cassation révèle sa nouvelle jurisprudence en matière de prescription de l'action en nullité des conventions réglementées dissimulées. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2011, p. 1321 e ss.

MELLERAY, Fabrice. A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Réjouissant mais déroutant. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 318 e ss.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 92, jul. 2007, p. 7/22.

- MEKKI, Soraya Amrani. A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Quelques réflexions procédurales. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 293 e ss.
- MODERNE, Franck. Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence. *Revue Française de Droit Administratif – RFDA*, Paris: Dalloz, 2007, p. 917 e ss.
- MOLFESSIS, Nicolas. La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première Chambre civile du 11 juin 2009). *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2009, p. 2567 e ss.
- _____. Point de départ de la prescription de l'action en nullité d'une convention réglementée et motivation des revirements de jurisprudence. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2011, p. 1314 e ss.
- MONÉGER, Joël. A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence: libres propos et images marines. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 323 e ss.
- MONTFORT, Cédric. Application immédiate d'un revirement de jurisprudence. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2005, p. 878 e ss.
- MORELLI, Nicolas. L'article 1859 du code civil: du revirement prospectif à l'illusion rétrospective. *Revue des sociétés*, Paris: Dalloz, 2011, p. 359 e ss.
- MORVAN, Patrick. Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2005, p. 247 e ss.
- _____. Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2007, p. 835 e ss.
- MOULY, Christian. Le revirement pour l'avenir. *JCP – Jurisclasseur périodique*, Paris: Éditions Jurisclasseur, 1994, tomo I, item n. 3.776.

MUNAGORRI, Rafael Encinas de. Application immédiate d'un décret à des contrats en cours: le Conseil d'Etat exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2006, p. 527 e ss.

_____; DEUMIER, Pascale. Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles? Interrogations à partir d'un rapport. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 83 e ss.

NOGUEIRA, Rubens. Desempenho normativo da jurisprudência do STF. *Revista dos Tribunais*, v. 448, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 24/33.

OGIER-BERNAUD, Valérie; SEVERINO, Caterina. Droit Constitutionnel jurisprudentiel: panorama 2005. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2006, p. 826 e ss.

PERES, Cécile. L'avenir compromis des lois de validation consécutives à un revirement de jurisprudence. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2007, p. 2439 e ss.

PORCHY, Stéphanie. Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information médicale. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 1999, p. 145 e ss.

PUIG, Pascal. Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2010, p. 517 e ss.

PUIGELIER, Catherine. La création du droit – libres propos sur la norme jurisprudentielle. *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif*, n. 102, Aix-Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille – PUAM, 2004, p. 17/31.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A proteção da confiança legítima do contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 145, out. 2007, São Paulo: Dialética, 2007.

RIVERO, Jean. Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle. *Revue Actualité Juridique Droit Administratif – AJDA*, Paris: AJDA, 1968, p. 15 e ss.

- ROBERT, Marc. L'Autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme. *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris: Dalloz, 2011, p. 29 e ss.
- SARGOS, Pierre. Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2010, p. 1522 e ss.
- SCHILLER, Sophie. *Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité*, in *Archives de philosophie du droit – L'Américanisation du droit*, Paris: Dalloz, 2001, tomo 45, p. 177/198.
- SERINET, Yves-Marie. A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Par elle, avec elle et en elle? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005, p. 328 e ss.
- SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Motivação das decisões judiciais. *Jornal Carta Forense*, maio 2012, p. A16/17.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, 2003.
- SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos em direito comparado (I). O que é a common law, em particular, a do EUA. *Revista da Faculdade de Direito USP*, v. 92, São Paulo: USP, 1997, p. 163/198.
- SZÁSZY, Etienne de. Les conflits des lois dans le temps. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Paris, 1934.
- THERY, Philippe. Pouvoirs du juge: pas de revirement de jurisprudence sur les revirements. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2007, p. 168 e ss.
- _____. Chose jugée, cautionnement et revirement de jurisprudence: portrait du juge en législateur. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2008, p. 147 e ss.

- TOMASIN, Daniel. Incertitudes jurisprudentielles et copropriété. *AJDI 2006*, Paris: Dalloz, p. 535 e ss.
- TORRES, Heleno Tavares. Entrevista ao jornal “*Tribuna do Direito*”, ano 15, n. 180, abr. 2010, p. 3, do Caderno “Livros”.
- TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 104, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2001, p. 194/218.
- TOUFFAIT, Adolphe; TUNC, André. Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de Cassation. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 1974, p. 487 e ss.
- TRAIN, Frédéric. L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français en matière de droit transitoire. *Revue Actualité Juridique Droit Administratif – AJDA*, Paris: Dalloz, 2010, p. 1305 e ss.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*, ano XXIV, n. 78, São Paulo: AASP, 2004, p. 43/48.
- VIALLA, François; SMALLWOOD, Olivier. L'ambivalence de la rétroactivité en matière d'infection nosocomiale. *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2006, p. 705 e ss.
- VOIRIN, Pierre. Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences. *JCP – Jurisclasseur périodique*, Paris: Éditions Techniques, 1959, tomo I – doctrine, item 1467.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Alteração de jurisprudência e segurança jurídica: particular aplicação em matéria eleitoral. *Jornal Carta Forense*, p. A4, abr. 2012.
- WALD, Arnoldo. A estabilidade do direito e o custo Brasil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP)*, n. 4, jul.-dez. 1999, p. 159/166.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. *Revista de Processo*, n. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1997, p. 148/157.

WHEATLEY, Jonathan. *Why Brazil's judicial system is driving the country nuts*. Financial Times, 24.05.2005.

Livres

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição Alemã “*Theorie der Grundrechte*”, publicada pela Suhrkamp Verlah (2006). São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMAND, Valérie et al. *Les revirements de jurisprudence – rapport remis à M. le Premier Président de la Cour de Cassation Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joel. *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*. Paris: LGDJ, 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO JR., Vidal Nunes. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BASTIT, Michel. *La naissance de la loi moderne – La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEUGNIER, Bernard; BLÉRY, Corinne. *Cours d'introduction au droit*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 2008.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. Trad. Ariani Bueno Sudatti Fernando Pavan Batista. São Paulo: Edipro, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BORGES, Wilson Hilário. *Decisão judicial e decisão jurídica. Uma teoria crítico-historicista*. São Paulo: Germinal, 2000.
- BULGARELLI, Waldirio. *Normas jurídicas empresariais*. São Paulo: Atlas, 1992.
- CABRILLAC, Rémy. *Introduction générale au droit*. 7. ed. Paris : Dalloz, 2008.

CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al (coord.). *Comentários ao Código Civil artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CANIVET, Guy; MOLFESSIS, Nicolas. *La politique jurisprudentielle, in Mélanges en l'honneur de Jacques Boré – La creation du droit jurisprudentiel*. Paris: Dalloz, 2007.

_____. Presidente da *Cour de Cassation* da França. *Jurisclasseur périodique*, 2004, I, p. 1989.

CARBASSE, Jean-Marie. *Introduction historique au droit*. 2. ed. Coleção *Droit Fondamental*. Paris: PUF, 1999.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil – introduction – Thémis droit privé*. 24. ed. Paris: PUF, 1996.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *O direito judiciário na história e a experiência romana e luso-brasileira: utilização como forma de resolução dos anseios sociais por justiça*. Tese Universidade de São Paulo. 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos Tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.

CASTELAR PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. *Direito, economia & mercados*. São Paulo: Campos, 2005.

_____; GIAMBIAGI, Fabio. *Rompendo o marasmo. A retomada do desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (org.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 5, p. 583/606.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COURBE, Patrick. *Introduction générale au droit*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1999.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano – O direito romano e o direito civil brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CUNHA, Luciana Gross. Segurança jurídica: performance das instituições e desenvolvimento. *Poder judiciário e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNIBERTI, Gilles. *Grands systèmes de droit contemporains*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2011.

CURSOUX, Sandrine. *Le revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel en contentieux de la constitutionnalité*. Tese apresentada para a obtenção do Título de Doutor em Direito, perante a Université Jean Monnet de Saint-Etienne. 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Bibliothèque de droit privé. Paris: LGDJ, 1977. tome 151.

- DEUMIER, Pascale. *Introduction générale au droit*. Paris: LGDJ, 2011.
- DEVINAT, Mathieu. *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne – étude de méthodologie juridique comparée*. Aix-Marseille: Presses Universitaires d’Aix-Marseille – PUAM, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DISANT, Mathieu. *L’autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2010.
- DRUFFIN-BRICCA, Shopie; HENRY, Laurence-Caroline. *Introduction générale au droit*. Paris: Gualino Editeur, 2007.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução do estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XX: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003.
- FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Código Tributário nacional comentado. Doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GABBA, C. F. *Teoria della retroattività delle leggi*. Rome, 1898.
- GAUDEMET, Jean. *Les naissances du droit – le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. Paris: Montchrestien, 1997.
- GAUDEMET, Yves. Introduction. In: SEILLER, Bertrand (coord.). *La rétroactivité des décisions du juge administratif*. Paris: Economica, 2007.
- GÉNY, François. *Méthodes et sources du droit positif*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954.
- GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Droit civil – Introduction générale*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1990.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Professor Agostinho Alvim.)
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
- GORSI, Gustavo Penna. *O significado e os efeitos para o grau de investimento*. São Paulo: Geração Futuro – Corretora de Valores, Carta de Economia, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição – interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Direito posto e direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- GRIDEL, Jean-Pierre. *Introduction au droit et au droit français*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1994.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry (coord.). *Lexiques de termes juridiques*. 19. ed. Paris: Dalloz, 2012.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução do estudo do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- LABBÉE, Xavier. *Les critères de la norme juridique*. Lille: Presses Universitaires de Lille, 1994.
- LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (orgs.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- LE BERRE, Hugues. *Les revirements de jurisprudence em droit administratif de l'an VII à 1998*. Bibliothèque de Droit Publique tome 207. Paris: LGDJ, 1999.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: RT, 1968.
- _____. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004. (Coleção Direito GV.)

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Trad. Bruno Miragem e notas e revisão da tradução de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LUCAS-ALBERNI, Katia. *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coleção *Droit & Justice*. Bruxelas: Bruylant, 2008. v. 79.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Manole, 2008.
- MALAURIE, Philippe; MORVAN, Patrick. *Introduction générale*. 3. ed. Paris: Défrenois, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; PRADO, Ney; WALD, Arnold. *O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção temas jurídicos; 3).
- MORATO, Antonio Carlos. Norma jurídica – fontes do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (org.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15/59.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – Novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex tunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.
- PACTET, Pierre. *Institutions politiques – droit constitutionnel*. 16. ed. Paris: Armand Colin, 1997.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.
- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais. Elementos para uma hermenêutica renovada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. Barueri: Manole, 2007.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.
- RORIVE, Isabelle. *Le revirement de jurisprudence – étude de droit anglais et de droit belge*. Bruxelas: Bruylant, 2003.
- ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire – conflits de lois dans le temps*. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.
- SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito e economia*. São Paulo: Quatier Latin, 2007.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

- SALVAT, Odile. *Le revirement de jurisprudence: étude comparé de droit français et anglais*. Université de Droit de Paris II, Paris, 1983.
- SANCHES, Sydney. *Uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- SEILLER, Bertrand (coord). *La rétroactivité des décisions du juge administratif*. Paris: Economica, 2007.
- SERVERIN, Evelyne. *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*. Université de Lyon, Lyon, 1985.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law, introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. São Paulo: Juruá, 2006.
- SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Decio (coord.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- TARANTO, Caio Marcio Gutterres. *Precedente judicial – autoridade e aplicação*. São Paulo: Forense, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante* – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

TCHEN, Vincent. *Les revirements dans la jurisprudence administrative du Conseil d'Etat*. Tese apresentada para a obtenção do Título de Doutor em Direito, perante a Université Paris Nord (Paris XIII). 1994.

TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2009.

TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o concurso para o cargo de professor titular. 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – contratos em espécie*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 3.

VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit civil*. 33. ed. Paris: LGDJ, 2011. tomo 1.

WEBER, Max. *Sociologie du Droit*. Paris: PUF, 1986.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional – O modelo constitucional do Processo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZÉNATI, Frédéric. *La jurisprudence*. Paris: Dalloz, 1991.

Publications sur l'internet

BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária*. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das

decisões judiciais. Disponível em:
 <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em:
 <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.
 Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2012.

_____. *Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha*. Disponível em:
 <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2012.

CEDH. *Cour européenne des droits de l'homme* – Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/27AFD975-09B3-4992-A1AC-23170CF9F053/0/Court_in_brief_POR.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2012.

CITTADINO, Gisele. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. Disponível em:
 <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 nov. 2010.

MCCORMICK, Fergus; BEAUCHEMIN, Eric. *Rating Report, Federative Republic of Brazil*. Disponível em: <www.dbrs.com>. Acesso em: 14 jun.2008.

NASSER, Salem Hikmat. *Desenvolvimento, costume internacional e soft law*. Disponível em:
 <http://gedirj.files.wordpress.com/2009/06/desenvolvimentocostumeinternacionaloftl_awalemnasser.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2012.

PALOCCI, Antônio. Nota oficial. Ministério da Fazenda. Disponível em: <www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2005/r280305.asp>. Acesso em: 29 maio 2008.

VIDIGAL, Edson. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.direito2.com.br/stj/2005/set/19/presidente_vidigal_diz_que_investimentos_da_ue_podem_vir_para.pfd>. Acesso em: 12 jul. 2008.

WILSON, Dominic; PURUSHOTHAMAN, Roopa. *Global economics, paper # 99, dreaming with BRICs: the path to 2050*. Disponível em: <www.gs.com>. Acesso em: 14 jun. 2008.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	09
PREMIERE PARTIE: LA FORCE NORMATIVE DE LA JURISPRUDENCE	15
TITRE 1: LA NORME JURIDIQUE	15
Chapitre 1: Le concept de norme juridique.....	15
1.1 Introduction à la norme juridique	15
1.2 Contenu de la norme juridique	16
1.2.1 Sens strict	16
1.2.2 Sens large	17
1.2.2.1 Lacune de la loi.....	18
1.2.2.2 Interprétation constructive.....	19
Chapitre 2: L'influence du Pouvoir judiciaire dans la création de la norme juridique.....	22
2.1 L'interprète authentique	22
2.2 Rome et le Moyen Age	22
2.3 Epoque moderne	23
2.3.1 France.....	23
2.3.2 D'autres pays européens	25
2.4 L'ère contemporain.....	26
2.4.1 Le rôle proactif des Tribunaux Supérieurs.....	26
2.4.2 Evolution sociale rapide.....	27
2.4.3 D'autres facteurs	29
TITRE 2: LA JURISPRUDENCE.....	30
Chapitre 3: La reconnaissance de la jurisprudence	30
3.1 Définition.....	30
3.2 L'importance	31
3.3 Fonctions.....	32
3.4 Source de Droit.....	32
Chapitre 4: Les degrés de l'autorité de la jurisprudence.....	36
4.1 Présentation de la problématique.....	36

4.2	La jurisprudence dominante	37
4.3	<i>Súmula</i>	38
4.4	<i>Súmula Vinculante</i>	39
4.5	Jurisprudence des organismes non judiciaire	39
	Conclusion de la Première Partie	40
	DEUXIEME PARTIE: LE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE	43
	TITRE 3: L'INSECURITE RESULTANT DU REVIREMENT DE JURISPRUDENCE	43
	Chapitre 5: La reconnaissance de l'insécurité juridique résultant du revirement de jurisprudence	43
	5.1 La reconnaissance théorique	43
	5.2 La reconnaissance pratique	45
	Chapitre 6: Les tentatives légales d'assurer une sécurité juridique à la jurisprudence	47
	6.1 L'importance de la sécurité juridique	47
	6.1.1 Le principe de la sécurité juridique	47
	6.1.2 Importance économique	48
	6.2 Dispositions légales générales pour contrôler les effets néfastes de la jurisprudence	48
	6.2.1 Contrôle au sens strict	48
	6.2.2 Contrôle au sens large	49
	TITRE 4: LA THÉORIE DU REVIREMENT DE JURISPRUDENCE	50
	Chapitre 7: Le développement de la théorie revirement de jurisprudence	50
	7.1 Introduction	50
	7.2 Elements pour la caractérisation	51
	7.3 Situations qui produisent un revirement de jurisprudence	51
	7.4 Traitement du revirement de jurisprudence	52
	Chapitre 8: Applicabilité de la théorie dans le système brésilien	54
	8.1 Base juridique à l'application de la théorie dans le système brésilien ...	54
	8.2 La théorie du revirement de jurisprudence au Brésil	54
	8.3 Critères pour le revirement	55
	Conclusion de la Deuxième Partie	55

TROISIEME PARTIE: LA MODULATION DE JURISPRUDÊNCIA.....	59
TITRE 5: L'APPLICABILITE DE LA MODULATION DE JURISPRUDENCE	59
Chapitre 9: La modulation de jurisprudence à l'étranger	60
9.1 La modulation de jurisprudence dans les Tribunaux internationaux européens	60
9.2 <i>Civil Law</i>	61
9.2.1 Allemagne	61
9.2.2 Espagne	62
9.2.3 France.....	62
9.2.4 Portugal	65
9.3 <i>Common Law</i>	66
9.3.1 Canada.....	66
9.3.2 Etats-Unis.....	67
9.3.3 Inde.....	68
9.3.4 Angleterre.....	68
Chapitre 10: La modulation de jurisprudence au Brésil	70
10.1 Base juridique de la modulation de jurisprudence.....	70
10.2 La modulation de jurisprudence dans les Tribunaux.....	71
10.2.1 Suprême Tribunal Fédéral.....	71
10.2.2 Supérieur Tribunal de Justice.....	71
10.2.3 Tribunal Supérieur du Travail	72
10.2.4 D'autres Tribunaux	72
TITRE 6: LA THEORIE DE LA MODULATION DE JURISPRUDENCE.....	73
Chapitre 11: L'application des règles de droit transitoire dans le revirement de jurisprudence.....	73
11.1 Les règles générale de droit transitoire.....	73
11.2 Le droit transitoire et le revirement de jurisprudence.....	74
11.3 Facteurs pratiques pour la modulation de jurisprudence	77
11.4 Application de la modulation de jurisprudence	77
Chapitre 12: Les critères pour la modulation de jurisprudence	79
12.1 Introduction.....	79
12.2 Les critères pour la modulation de jurisprudence.....	79
12.2.1 L'effet rétroactif partiel.....	79

12.2.2 L'effet ex nunc	80
12.2.3 L'effet pro futuro	80
12.2.4 L'effet in futuro.....	80
12.3 La modulation temporelle subjective.....	80
12.4 La modulation <i>a posteriori</i>	81
12.5 Le moment pour la modulation de jurisprudence	82
Conclusion de la Troisième Partie	82
ABREVIATIONS	85
BIBLIOGRAPHIE.....	86
Articles.....	86
Livres	97
Publication sur l'internet	108
SOMMAIRE	111