



HAL
open science

La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques ?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2018, 02, pp.526. halshs-02250218

HAL Id: halshs-02250218

<https://shs.hal.science/halshs-02250218>

Submitted on 16 Jan 2024

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.

La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques ?
C. Jamin, Le Grand Inquisiteur à la Cour de cassation, AJDA 2018. 393

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit

Historiquement, le propre de l'inquisiteur est d'obtenir un aveu d'hérésie. Le Grand Inquisiteur est ici celui du roman *Les frères Karamazov*. Dostoïevski imagine une mise en accusation de Jésus revenu sur terre où l'Inquisiteur argue que le bonheur des hommes implique leur ignorance de la vérité sur leur propre état. En prenant symboliquement un tel vêtement, Christophe Jamin se propose de dévoiler ce qui paraît invouable, à savoir que le juge de cassation fasse de la politique et non du droit. D'entrée de jeu le problème est clairement posé.

La Cour de cassation est historiquement devenue un organe quasi-législatif dont la motivation emprunte à la concision elliptique des formulations légales. Cependant, la Cour souhaite aujourd'hui enrichir sa motivation. Elle a déjà intégré la citation de ses propres précédents dans certains arrêts. De même, le contrôle de proportionnalité l'a conduite à étoffer ses motifs puisque le contrôle de la violation des droits fondamentaux exige une mise en contexte et une mise en balance. La motivation se fait alors *in concreto*. Cette évolution serait le symptôme de la perte de vitesse de l'idée de l'interprétation comme acte de connaissance. En effet, les raisons de l'interprétation « ne relèvent pas toutes de la technique juridique » (p. 395). Lorsque la Cour suprême du Canada s'est interrogée sur l'autorisation de célébrer la fête juive de *Souccoth* dans une copropriété en mettant en balance la liberté religieuse et le règlement de l'immeuble, elle a franchi « très clairement la frontière entre le droit et la politique » (p. 395). Les arguments politiques sont-ils indicibles dans une motivation ? Christophe Jamin ne le pense pas. Les obstacles résultent selon lui notamment de notre tradition de séparation des pouvoirs, d'une esthétique de la motivation, de l'autorité qui se dégage de la forme syllogistique des arrêts, de la crainte qu'une longue motivation ne soit pas plus instructive, voire de la volonté de masquer le caractère indécidable de certaines questions. Bref, le maintien d'une motivation dans la droite ligne de notre tradition juridique évoque désormais une « opération de dissimulation » (p. 396). Les juges ne peuvent être les gardiens secrets « des véritables motifs susceptibles de fonder leurs décisions [et] soustraire celles-ci au débat public dans une société qui se veut pourtant démocratique » (p. 396). L'introduction d'opinions dissidentes pourrait être une première solution comme le président de la République l'a évoqué dans son discours du 15 janvier 2018 à l'audience solennelle de la Cour de cassation.

Prendre le masque du Grand Inquisiteur est très habile. Cela permet à Christophe Jamin d'être subtilement dans une posture auto-critique tout en pointant la réalité politique de la motivation. De la même façon que Jésus aurait pu rétorquer au Grand Inquisiteur que l'amour et la liberté valent mieux que l'illusion du bonheur nous sommes invités à conclure nous-mêmes que la vérité politique vaut mieux que l'illusion juridique. Dans cette perspective, le droit paraît occulter l'idéologie au lieu de la révéler et déplacer les vraies questions au lieu de les examiner. C'est l'une des thèses centrales du mouvement américain des études critiques du droit (*Critical Legal Studies*) mais encore celle de René Demogue dans son essai sur *les notions fondamentales du droit privé*

(1911) duquel il ressort que le droit est suspecté de cacher les intérêts en conflit au lieu de les traiter explicitement.

Est-ce à dire que le droit s'oppose à la vérité et la réalité ? Au risque d'étonner nous répondrons positivement mais en montrant que c'est paradoxalement sa force. Le caractère construit et artificiel du droit l'oppose à la réalité politique dont il se distingue tout en étant en tension avec elle. C'est d'ailleurs de cette façon que le droit romain a pris naissance selon la brillante analyse de l'historien italien Aldo Schiavone (*IUS. L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008).

Pour répondre au Grand Inquisiteur mieux vaut ainsi tout de suite passer aux aveux. Ils seront néanmoins circonstanciés. Avouons d'abord que le droit n'est pas politiquement neutre. Il est toutefois politiquement neutralisé et cette nuance fait toute la différence. Avouons ensuite que le droit n'est pas une éthique. Cependant, il résout des problèmes éthiques : il faudra éclairer ce paradoxe apparent. Avouons enfin que le droit n'est pas démocratique. Il est pourtant indispensable dans une démocratie et, intuitivement, nous savons bien que ce paradoxe est encore une fois apparent.

Premièrement, le droit n'est pas politiquement neutre ; il est évidemment influencé par la politique. Mieux : le droit est créé par des organes politiques et son contenu en dépend. Pour autant cela ne signifie pas que le droit doit être analysé dans son contexte socio-politique pour rendre justice à sa spécificité. En dépit du fait que les arguments avancés soient presque toujours techniques et très rarement politiques, le courant du réalisme juridique, compris comme le projet épistémologique de bâtir une science du droit empirique qui expliquerait les déterminants sociaux des décisions prises, préconise alors d'user ouvertement d'une interprétation politique. Toutefois, ainsi que Ronald Dworkin l'a montré dans son article sur les cas difficiles (*in Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, p. 155), une telle compréhension est relativement inefficace pour appliquer les normes. On imagine mal un justiciable plaider une exonération fiscale parce qu'il contribue à l'économie nationale en employant du personnel à domicile. Juridiquement, il se contentera de montrer qu'il relève des éléments constitutifs de la catégorie qui lui donne droit à l'exonération. Cette façon de penser, qui est devenue banale dans les sociétés contemporaines, n'a pourtant pas l'évidence qu'on voudrait lui prêter. En effet, la technique juridique produit sa propre cohérence en neutralisant et limitant partiellement les objectifs politiques qui peuvent avoir motivé initialement les normes. Le droit perd ici volontairement le sens du réel car le but est de réduire l'arbitraire du pouvoir en le soumettant à des précédents plus ou moins généraux (lois ou arrêts). En définitive, si la politique juridique explique tout, elle ne justifie rien. Réciproquement, si le droit justifie tout il n'explique rien en ce sens qu'il ne constitue pas la cause efficiente de solutions mais seulement leur cause formelle. Le droit opère volontairement un déplacement et une mise à distance des motifs politiques en découvrant « une logique interne à l'objet étudié » (A. Schiavone). Il est donc parfaitement juridique que la Cour de cassation n'argumente pas à partir de considérations politiques sans quoi elle ne ferait plus vraiment du droit mais seulement de la politique.

Deuxièmement, le droit n'est pas une éthique bien qu'il soit souvent confondu avec elle. Les règles juridiques sont inconsciemment assimilées à des normes de comportement, spécialement en matière de droits fondamentaux. Du coup, on pense que la fonction du droit serait de dire quelle est la meilleure conduite à tenir. Cela peut être certes une finalité externe au droit mais le droit en lui-

même n'a pas vocation à s'appliquer de façon continue aux relations sociales. Au contraire son application est discontinue : il vise à résoudre des litiges ponctuels, et non à régir nos relations quotidiennes. Les époux qui se conformeraient sans cesse aux règles du code civil auraient un bien triste mariage ! De même, il n'appartient pas au droit de dire en soi si les fêtes juives l'emportent contre l'avis majoritaire des autres copropriétaires mais de résoudre un conflit singulier, propre à un cas d'espèce ; c'est tout de même bien différent. Si le juge ou le législateur sont politiquement libres de décider du contenu du droit, une fois ce contenu arrêté ils s'imposent à eux en vertu de la règle du précédent, conséquence de la règle formelle de justice (traiter les cas semblables de façon identique). C'est là l'originalité du point de vue juridique. C'est d'ailleurs de cette façon que le pouvoir peut se protéger contre la critique de l'arbitraire et se légitimer. En respectant ses propres décisions dans les cas semblables, les décisions futures sont régulées et *artificiellement* rendues prévisibles (c'est la fameuse sécurité juridique). La structure du raisonnement juridique consiste alors à identifier les ressemblances et les différences qui sont pertinentes, non pour prédire la solution mais pour l'anticiper de façon stratégique c'est-à-dire pour prévoir les arguments qui seront débattus. Le droit, tout en intégrant des valeurs morales, ne pense pas donc pas moralement. Il faut bien distinguer la justice vue à travers l'institution politique, vue à travers la valeur morale et vue à travers la justification juridique. C'est bien parce que le droit n'est pas une éthique qu'il peut être analysé sans le recours à l'idée morale de justice. Telle est la force propre et l'originalité du juridique : il est médiation entre l'éthique et la politique. Cette particularité explique sa présence constante dans les démocraties.

Troisièmement, le droit n'est pas démocratique. Dans une démocratie, la légitimité politique repose essentiellement sur l'élection. L'action politique nécessite le recours à des institutions qui régulent les rapports entre gouvernants et gouvernés. La légitimité juridique est différente. Les juges qui appliquent le droit ne sont pas élus. Les litiges ne se tranchent pas en droit par le vote mais par le savoir et l'interprétation du cas litigieux, même si une certaine dose de vote appartient aux décisions collégiales. Surtout, la légitimité juridique a pour moyen propre la procédure. Elle médiatise de cette façon les institutions, le pouvoir et le savoir pour aboutir à une décision judiciaire motivée. Le droit présente encore comme originalité de résoudre les litiges dans un temps déterminé (celui du procès) alors que les dilemmes moraux et politiques appellent une résolution sur un temps virtuellement infini. Le droit est ainsi une façon de maintenir à égale distance l'éthique et le politique pour répondre à des questions par nature insolubles. La légitimité juridique est alors d'ordre strictement technique. Donner une réponse juridique à un problème politique ou éthique ne signifie pas que cette question est définitivement tranchée mais seulement que le litige entre les parties a trouvé une issue rétablissant la paix sociale. Le droit n'est pas cet absolu dont nous rêvons. Les juges ne peuvent donc être regardés comme ultimement légitimes en matière politique ou morale. Ce détachement du droit au regard du fond du problème n'est pas sa faiblesse mais bien sa force. On comprend dès lors que le statut théorique du juridique relève de la justification et de la motivation tandis que celui du politique relève plutôt de l'ordre de la décision et du commandement. Le refus de cette distinction explique la fusion philosophique moderne entre le droit et le commandement par exemple chez Hobbes ou Hart. Cette fusion conduit à réduire le droit au politique et empêche de comprendre son rôle propre.

Le rôle des juristes dans la société démocratique est ainsi véritable. Le savoir juridique n'est certes ni éthique ni politique et les juristes ne sauraient donc prescrire quoi que ce soit dans ces deux

domaines. Toutefois, le droit, en tant que technique de médiation, permet de trouver un point de vue qui respecte les équilibres politiques et éthiques déjà arbitrés. Cet aspect du droit est pour l'instant très peu voire pas du tout pensé comme tel. La conséquence visible de cette lacune est que l'expertise du juriste est parfois discréditée ou mal comprise. Surtout, le discours juridique risque d'être réduit à une position idéologique, éthique ou politique. La Cour de cassation n'a pourtant pas à avouer un crime qui ne peut être commis, celui de cacher des motifs politiques. Si une hérésie est étymologiquement un choix, celui de la Cour de cassation est d'avoir une posture pleinement juridique avec tout ce qu'elle implique. Ne serait-il pas curieux que des juristes lui reprochent ?