



**HAL**  
open science

## L'image traditionnelle de la Cour de cassation est-elle un frein à sa réforme ?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. L'image traditionnelle de la Cour de cassation est-elle un frein à sa réforme?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2020, 04, pp.985. halshs-03084585

**HAL Id: halshs-03084585**

**<https://shs.hal.science/halshs-03084585>**

Submitted on 27 Jun 2023

**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.

## **L'image traditionnelle de la Cour de cassation est-elle un frein à sa réforme ?**

C. Jamin, *L'imaginaire de la Cour de cassation face à ses réformateurs*, Mélanges Michel Vivant, 2020, p. 789-799

Frédéric Rouvière

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

*Laboratoire de théorie du droit*

La réforme de la Cour de cassation est pleinement d'actualité puisqu'une commission de réflexion a été instituée par Chantal Arens, Première présidente de la Cour de cassation, et François Molins, procureur général auprès de la même Cour, avec pour mission de penser « la Cour de cassation du futur 2020-2030 ». Il y a les problèmes devenus classiques au fil des années, à savoir la longueur de la motivation et le filtrage des pourvois, mais encore les nouveaux défis du contrôle de proportionnalité et de la gestion et diffusion des masses jurisprudentielles.

Selon Christophe Jamin, si la réforme de la Cour de cassation provoque une véritable levée doctrinale de boucliers, c'est qu'elle entre en conflit avec un certain imaginaire, une certaine représentation (souvent inconsciente) de la Cour de cassation. Cet imaginaire serait ainsi structuré par un certain rapport à la codification exprimant un légicentrisme (p. 788) qui marque son empreinte dans la façon dont la Cour de cassation motive, à savoir en imitant le style législatif (p. 789). D'autres corrélats s'ensuivent comme la fiction de plénitude de la loi écrite (p. 790), le service de la loi qui s'incarne dans un contrôle de légalité, une rhétorique de l'absence de pouvoir créateur, une révérence au modèle historiquement daté d'un droit savant axé sur la cohérence et le syllogisme (p. 794). C'est la fiction difficilement tenable d'une absence de pouvoir créateur et de la nécessité du contrôle disciplinaire qui freinerait ainsi l'idée d'un filtrage des pourvois alors que le Conseil d'État s'y est employé avec succès (p. 799). La fiction de la séparation du droit et de la politique exigerait ainsi de préserver « l'apparence de la centralité de la loi » (p. 799).

Les remarques de Christophe Jamin frappent par leur justesse. L'idée d'imaginaire fait directement écho au concept de représentation sociale en tant qu'« ensemble d'informations, de croyances, d'opinions et d'attitudes à propos d'un objet donné » (J.-C. Abric, *Pratiques sociales et représentations*, PUF, 1994, p. 19). La représentation sociale permet ainsi d'interpréter et d'anticiper les événements qu'elle prend pour objet. Elle est composée d'un noyau central qui organise les autres éléments de la représentation (J.-C. Abric, *Coopération, compétition et représentations sociales*, Cousset-Fribourg, DelVal, 1987, p. 65). C'est ici le légicentrisme qui fait office de noyau central de la représentation et organise tout le système périphérique, à savoir la codification, le refus de filtrer les pourvois, le contrôle de légalité strict, la séparation du droit et de la politique. La réforme heurte en vérité la représentation de la Cour de cassation. Ce que propose Christophe Jamin est de faire muter cette représentation. Implicitement, on comprend par contraste le contenu de sa propre représentation (ou de son propre imaginaire pour reprendre ses termes). Ce contenu pourrait se résumer ainsi : la Cour de cassation est un contre-pouvoir politique en tant que le juge crée des normes par sa pratique jurisprudentielle. Sa politique jurisprudentielle se doit d'être justifiée de façon plus étoffée en explicitant au mieux les raisons de décider peu importe leur caractère éthique, social ou politique. Dès lors, seule « une question de principe » (R. Dworkin, PUF, 1996) présentant un certain intérêt social, moral ou politique devrait être examinée, le reste devant être filtré. Au fond, le noyau central de la primauté de la loi est remplacé par celui de la primauté de la jurisprudence.

En définitive, la réforme permet de lire en filigrane l'opposition parfaitement classique des pays de droit romano-germanique et des pays de *common law*. Le fait que la Cour européenne des droits de l'homme s'inspire évidemment dans son style et sa motivation des pays de *common law* crée par là même une préférence diffuse pour ce modèle. En effet, pour pouvoir dialoguer avec elle, encore faut-il parler le même langage ! Au-delà de la question de l'influence culturelle maintes fois soulignée du droit américain et des systèmes équivalents se pose la question de savoir si

l'actuelle représentation de la Cour de cassation ne pourrait pas être interprétée en étant plus assumée. Le *common law* a lui aussi été touché par un imaginaire, présenté comme naïf, selon lequel le juge déclarerait le droit sans le créer, ce qui a pu être qualifié sans ambages de « conte de fées ». Toutefois, le contre-procès de l'accusation de naïveté a été réalisé (B. Zamulinski, *Rehabilitating the Declaratory Theory of the Common Law*. *Journal of Law and Courts*, 2014, vol. 2, n° 1, p. 171-186 ; A. Beever, *The Declaratory Theory of Law*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 33, n° 3, p. 421-444). La même réflexion peut être prolongée pour le cas qui nous occupe. Notre légicentrisme doit devenir conscient et assumé sans servir d'idole ou de totem pour conjurer toute réforme ou évolution.

Pour cela, il faut assumer les prémisses réalistes : le juge est créateur de droit (Kelsen l'avait déjà montré dans la *Théorie pure du droit*), le droit est influencé par la politique (une évidence sociologique), la loi est lacunaire et imparfaite (Portalis l'a dit admirablement dans son discours préliminaire de présentation du Code civil). Face à ces réalités, il y a alors au moins deux attitudes possibles : soit assimiler le juge à un organe politique mais présentant la particularité de devoir argumenter spécialement ses décisions, soit laisser au juge une sphère propre d'intervention composée de raisons proprement juridiques.

Aussi, les fictions du légicentrisme peuvent être reformulées d'un point de vue réaliste. C'est parce que le juge est créateur de droit qu'il doit en toute conscience limiter son pouvoir en essayant d'être fidèle au texte et à ses propres précédents. C'est le prix à payer pour une certaine stabilité. C'est parce que le juge est politiquement influencé que la loi lui sert de référence pour arbitrer des conflits et les justifier selon une modalité non politique. C'est parce que la loi est lacunaire et imparfaite que le juge s'efforce de « redire l'inédit » (C. Atias, D. 1992. 281) en traitant l'implicite légal par son insertion dans une construction cohérente et savante. Certes, cette cohérence n'est pas contenue *a priori* dans les textes mais elle émerge de la même façon qu'on cherche à compléter les pièces manquantes d'un puzzle : l'image d'ensemble et la forme des pièces guident les choix.

Ces positions expliquent ainsi la difficulté à mettre en place un filtrage totalement efficace : la décision n'est pas politique ou d'opportunité. Les arrêts de non-admission du pourvoi (pourtant non motivés) masquent le travail préalable de réflexion et d'argumentation. En pratique, ce ne sont pas les critères de l'évidence et du manque de sérieux qui sont décisifs. Les statistiques disponibles sur le site de la Cour de cassation montrent en effet que les amendes civiles sont prononcées dans un peu plus de 2 % des cas. Si les moyens n'étaient pas sérieux, ce taux devrait être beaucoup plus élevé. C'est donc plutôt la *certitude* de la solution qui importe et celle-ci n'est parfois acquise qu'au prix de longs raisonnements. Il suffit de se reporter aux rapports communiqués aux avocats aux Conseils pour s'en rendre compte : certains comptent parfois dix ou vingt pages. C'est bien que l'évidence n'est pas manifeste mais appelle une argumentation détaillée.

Ainsi s'éclairent également les résistances au recours au contrôle de proportionnalité. Comment demander à un juge qui prend la loi pour base de la remettre en cause dans son raisonnement ? Un contrôle de proportionnalité « à la française » et respectueux de la centralité de la loi supposerait de le rendre forcément subsidiaire. La loi est ainsi présumée avoir déjà réalisé un arbitrage proportionnel des intérêts en présence. Le contrôle de proportionnalité paraît ainsi comme une exception implicite et généralisée à l'application de la loi. Contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme qui peut se permettre de raisonner selon une pure logique du cas, il n'en va pas de même du juge de cassation dont la mission est encore pour l'instant d'unifier l'interprétation de la loi. Le procès est donc fait directement à la loi, ce qui tend à constituer en fait le juge en contre-pouvoir explicite et à violer le pacte intellectuel de séparation du droit et de la politique. Alors que le contrôle de proportionnalité est le centre même du raisonnement du juge européen qui opère selon un modèle de pondération, dans un office de cassation il ne peut exister que de façon subsidiaire.

Enfin, la longueur de la motivation pose la question de l'exposition des « motifs des motifs ». Ils sont en vérité contenus dans les rapports des conseillers qui sont publiés pour les arrêts des chambres mixtes et d'assemblée plénière. Les intégrer à l'arrêt serait leur conférer une autorité et engager les juristes français à distinguer la *ratio*

*decidendi des obiter dicta*. La Cour de cassation s'est plutôt orientée pour l'instant vers un modèle intermédiaire où seuls les arrêts spécialement novateurs appellent une motivation enrichie. Cette distinction repose sur la distinction des cas faciles et difficiles selon qu'il soit plus ou moins aisé de justifier de façon certaine la solution au regard de la lettre de la loi et des précédents.

En somme, il ne s'agit pas forcément de préserver l'apparence de la centralité de la loi mais bien sa centralité parfaitement assumée. Elle implique le contrôle de légalité sans exclure nécessairement d'autres formes d'offices comme le contrôle de proportionnalité ou l'innovation dans les cas difficiles. L'image traditionnelle ou l'imaginaire de la Cour de cassation ne paraît pas forcément être un frein à sa réforme. C'est bien plutôt la volonté de réformer qui pose la question de savoir si les juristes veulent encore être fidèles en pleine conscience à un modèle légicentriste avec ce qu'il implique en termes de raisonnement et de méthode.