



HAL
open science

Réforme du droit de la responsabilité civile, préjudices réparables et office du juge. Le cas du préjudice médiateur de privation d'assistance

Kouroch Bellis

► **To cite this version:**

Kouroch Bellis. Réforme du droit de la responsabilité civile, préjudices réparables et office du juge. Le cas du préjudice médiateur de privation d'assistance. Recueil Dalloz, 2020, 2020 (36), pp.2025-2032. halshs-03125158

HAL Id: halshs-03125158

<https://shs.hal.science/halshs-03125158>

Submitted on 30 Jan 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.

Réforme du droit de la responsabilité civile, préjudices réparables et office du juge

Le cas du préjudice médiat de privation d'assistance

Kouroch Bellis

Docteur et chercheur en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Recueil Dalloz, 22 octobre 2020, pages 2025-2032.

La chambre criminelle de la Cour de cassation refuse de garantir la réparation du préjudice médiat de privation d'assistance à la suite du décès d'une personne qui procurait une assistance à tierce personne. La deuxième chambre civile censure même une telle réparation. Ces jurisprudences sont manifestement critiquables. L'avant-projet Terré, qui précise les préjudices réparables, aboutirait à garantir cette réparation, au contraire des autres avant-projets qui laissent la question aux mains des magistrats. Cet état de fait montre sous un jour nouveau les enjeux d'une spécialisation du droit de la responsabilité civile, que l'on croit peut-être à tort synonyme d'une plus faible garantie de réparation des préjudices. Il place aussi l'enjeu de la réforme du statut de la Cour de cassation au sein de la prochaine réforme de la législation de la responsabilité civile.

1. La question des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile a suscité une littérature scientifique importante¹. C'est en particulier la question du préjudice par ricochet ou réfléchi – nous l'appellerons le « préjudice médiat » – qui a suscité une controverse dont les avant-projets de réforme portent les stigmates. En effet, l'avant-projet Catala avait suivi la nomenclature Dintilhac et entendait largement accepter la réparation de tels préjudices, tandis que l'avant-projet Terré entendait la restreindre en détaillant les préjudices qui seraient réparables². Un groupe de travail de la Cour de cassation avait estimé qu'il était préférable que la loi délègue cette question aux juges, pour lesquels la nomenclature Dintilhac suffirait, et c'est la direction qu'a prise la Chancellerie d'après son dernier avant-projet de réforme, suivi à ce sujet par la proposition de loi déposée au Sénat³.

2. Après le droit des contrats, on retrouve donc en droit de la responsabilité la question de l'équilibre à trouver entre précision de la loi et faculté laissée au juge d'arbitrer les cas qui lui sont soumis sans être enserré dans des textes trop cassants. D'un point de vue historique, la situation est néanmoins différente. Le droit des contrats a été, depuis Rome et toujours dans le Code de 1804, assez précis et, lors de sa réforme

¹ V. encore récemment : Manon VIGLINO, *L'indemnisation des préjudices en cas de décès de la victime directe*, thèse, Savoie Mont Blanc, dir. C. Quézel-Ambrunaz, soutenue le 22 juin 2020. Nous remercions le professeur Jean-Sébastien Borghetti pour ses conseils quant à la présentation de notre étude.

² V. *infra* n° 17.

³ « Projet de réforme de la responsabilité civile », ministère de la Justice, 13 mars 2017 ; *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, Sénat, 2019-2020, 29 juil. 2020, n° 678. Voir M. Bacache, « Responsabilité civile, une réforme a minima ? », JCP, 14 sept. 2020, 1007.

du début du XXI^e siècle, il s'agissait de savoir s'il fallait lâcher la bride au juge en lui donnant de nouveaux pouvoirs (révision pour imprévision, refus de l'exécution forcée, contrôle de la bonne foi dans la formation du contrat...) ou en utilisant des termes vagues lui laissant une plus grande latitude dans la résolution des litiges qui lui sont soumis (« contenu » du contrat, obligation d'information, délai raisonnable...). En droit commun de la responsabilité, l'élan historique a été au contraire d'aller vers plus de concision et plus de généralité en législation jusqu'aux clauses générales de 1804⁴, depuis lesquelles la jurisprudence a foisonné. Il s'agit alors cette fois-ci, à l'occasion de la réforme du début du XXI^e siècle, de savoir, en ce qui concerne l'étendue de la réparation, si l'on veut entamer un processus inverse qui consiste à plus encadrer le travail d'invention jurisprudentielle⁵.

L'avant-projet Catala, souvent partisan du statu quo, prévoyait un pouvoir limité du juge en droit des contrats et un pouvoir étendu du juge en droit de la responsabilité. L'avant-projet Terré, souvent partisan de l'innovation, proposait l'inverse. Les textes préparés par la Chancellerie donnent des pouvoirs importants aux juges dans les deux cas⁶.

3. Au sujet de la responsabilité civile, la controverse porte, à la fois et comme si l'un allait avec l'autre, sur l'étendue de la réparation et celle du pouvoir des juges. Cependant, ces enjeux peuvent ne pas aller de pair. En

⁴ V. *infra* n° 18.

⁵ Au sujet de l'enjeu de la place du juge en droit de la responsabilité civile dans une perspective temporelle, voir M. Mekki, « Le juge et le droit de la responsabilité civile. Propos introductifs », Actes du colloque *Le juge et le droit de la responsabilité civile : bilan et perspective*, Revue des contrats, 2017/04. 112. Affirmant une nécessaire reprise en main de la matière par la loi : Philippe RÉMY et Jean-Sébastien BORGHETTI, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », dans F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, n° 7. Affirmant (dans le résumé d'article) que la Cour de cassation « a été et sera toujours le coauteur du droit de la responsabilité civile » : D. Mazeaud, « Le juge et le droit de la responsabilité civile : bilan et perspectives », Revue des contrats, 2017/04. 158.

⁶ V. *infra* n° 17.

effet, les clauses générales de responsabilité ont pour risque que certains cas soient volontairement écartés par les magistrats ou ne soient pas bien perçus par ceux-ci et donc ne donnent pas lieu à réparation. C'est ce qu'illustre la situation jurisprudentielle actuelle du préjudice médiat de privation d'assistance.

4. Il s'agit du cas suivant. Une personne procure une assistance à une tierce personne puis décède de manière accidentelle et une troisième personne est responsable de ce décès, souvent dans le cadre d'un accident de la route ayant conduit à une condamnation pénale, souvent du fait d'un état d'ébriété. La personne qui bénéficiait de l'assistance peut-elle obtenir réparation de son préjudice médiat de privation d'assistance ? La Cour de cassation refuse actuellement de garantir cette réparation, ce qui n'est pas acceptable **(I)**. Or, le texte de l'avant-projet Terré, le seul qui énumère de manière détaillée les préjudices réparables, aboutirait à la nécessaire réparation de ce préjudice. Cela illustre donc sous un jour nouveau l'intérêt d'une énumération législative des préjudices réparables et les effets d'une telle législation sur le rôle de la Cour de cassation en cette matière **(II)**.

I. L'inacceptable refus par la Cour de cassation de garantir la réparation du préjudice de privation d'assistance

5. Afin de percevoir au mieux le caractère injuste du refus de la réparation du préjudice de privation d'assistance par certains juges du fond, il est utile de revenir sur l'inadmissible argumentation des juges ayant eu à traiter au fond d'une affaire particulièrement symbolique et ayant abouti à un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation⁷ **(A)**. Les critiquables revirements de jurisprudence de celle-ci pourront alors être mis en lumière **(B)**.

⁷ Cass. crim. 20 sept. 2005, 05-80-237, prés. Cotte, rej. (Toulouse, 11 oct. 2004).

A. L'inadmissible argumentation des juges du fond dans l'espèce ayant abouti à un revirement de jurisprudence

6. En l'espèce, une personne conduit en excès de vitesse en état d'ivresse et commet un homicide involontaire, la victime de cette infraction laisse une mère et une sœur. Celles-ci obtiennent respectivement 15 000 et 10 000 € de dommages et intérêts, en réparation de leur préjudice moral. Seulement, la mère, âgée de quatre-vingt-onze ans ⁸, était handicapée moteur et « quasiment aveugle ». Or, son fils s'était mis en pré-retraite et lui apportait quotidiennement les soins nécessaires. Privée de cette assistance, la mère demande aussi réparation de son préjudice économique. La cour d'appel de Toulouse, confirmative, le lui refusa au terme d'une argumentation de nature à susciter l'émoi.

7. Dans son argumentaire, tel qu'on le lit dans l'arrêt de rejet rendu à la suite d'un pourvoi, la cour d'appel fait d'abord preuve de confusion en faisant référence au fait que l'assistance du fils avait été faite à titre de « simple » obligation naturelle. À côté des très nombreuses bonnes utilisations de cette notion, on retrouve ici l'utilisation néfaste qui consiste à utiliser cette expression afin que ne soit pas donnée de conséquence juridique à telle chose que l'on soumet à l'attention de l'interlocuteur, que le juge soit dérouté par la notion mise en avant par une partie, ou qu'il l'utilise volontairement en ce sens. C'est d'ailleurs un expédient très efficace, car, l'ensemble des obligations ayant un substrat naturel (de justice naturelle) et beaucoup des opérations familiales pouvant relever de cette qualification, cela donne un pouvoir arbitraire assez fort aux magistrats. Cet état de fait peut être lié à la doctrine selon laquelle cette absence de juridicité et cette utilisation déformatrice définissent

⁸ Semble-t-il dans la période de l'homicide (octobre 2002) et du premier jugement civil (mai 2003).

l'obligation naturelle ; doctrine aux implications manifestement inacceptables que nous avons rejetée ailleurs⁹.

En l'espèce, quand bien même il ne s'agirait pas d'une obligation purement naturelle mais de libéralités issues du devoir moral d'altruisme (qui va au-delà de la nécessité de justice), il est admis depuis longtemps qu'un préjudice médiate peut être subi en l'absence de lien de droit¹⁰. Les libéralités versées à une concubine adultérine seraient un intérêt protégé¹¹ mais pas l'assistance à une mère âgée aveugle et infirme ?

8. Il y a, par ailleurs, les argumentations surabondantes et parfois pour le moins révoltantes. D'une part, la cour d'appel estimait, par motifs adoptés, que l'assistance du fils « ne saurait être convertie financièrement et transférée à l'assureur du responsable de l'accident ». Cependant, le rôle des juges n'est pas de transférer des charges à des assureurs mais d'appliquer la loi. Le point de savoir qui assumera finalement la charge définitive aux termes de contrats conclus par le responsable ne les regarde pas de ce point de vue. D'autre part, toujours par motifs adoptés, la cour d'appel, citée dans l'arrêt de cassation, relève qu'« aucune pièce n'est produite relative à l'acceptation de la succession, la mère et la sœur de la victime étant héritières des biens » du défunt fils. Il se trouve cependant que le fait de recevoir la succession de la personne tuée ne peut pas être considéré comme un moyen de compensation du préjudice causé par le meurtrier ! Les héritières présomptives n'avaient aucun compte à rendre au meurtrier de leur acceptation ou non de la succession du défunt.

⁹ Voir nos développements sur la doctrine « positiviste moraliste » dans Kouroch BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*, thèse, Paris II, 2018, dir. Laurent Leveneur, et l'introduction de l'article résumant cette étude Kouroch BELLIS, « Système de l'obligation naturelle », *Droits*, n° 69, pp. 191-218.

¹⁰ Cass. mixt., 27 fév. 1970, Métenier c. Époux Luce. GAJC, 189. P. LETOURNEAU, *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, Dalloz Action, 2021/2022, 2123.172.

¹¹ H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^e éd., 2015, , 189, n° 5.

9. La cour mentionne enfin, par motifs propres, le fait que la sœur du défunt remplit à son tour son obligation naturelle en aidant leur mère. Il s'agit cependant d'une solution pratique qui ne peut empêcher la réparation d'un préjudice. Autrement, toute assistance que recevrait une victime devrait être déduite de sa réparation, ce qui n'est pas le cas¹². D'ailleurs, la fille entamera une procédure pour la réparation de son préjudice, pour avoir dû quitter son travail pour assister sa mère et ne pas avoir pu en retrouver un à la mort de celle-ci¹³. Il n'y a pas lieu de rentrer ici dans l'aspect technique de cet autre cas de préjudice médiat éventuel, mais il faut souligner que la même cour, confirmative encore, a continué dans sa lignée d'attendus extrêmement critiquables¹⁴. L'assureur du meurtrier avait notamment présenté comme argument le fait que les sommes économisées pour l'assistance d'une tierce personne sont restées dans le patrimoine de la mère (morte entre temps) qui a été dévolu à la fille par succession (!). Afin de lui donner raison, la cour expliquait notamment que la mère et la fille auraient eu en tout 900 euros pour vivre si elles avaient fait appel à une aide à domicile, et donc cela démontrerait que ce ne sont pas des préoccupations financières qui ont dicté l'assistance de la fille. Avec un mauvais raisonnement, la cour aboutissait alors à un fait évident, mais en tirait une mauvaise conclusion. La fille procurait l'assistance pour remplacer son frère, car ce n'est jamais la même chose que de se faire assister par un proche ou par un étranger, et cela n'enlevait rien au préjudice de la fille. Il est pour le moins regrettable que les

¹² Dans ce sens : Cass. crim., 21 mars 1989, 88-83.314, cass., prés. Bonneau, rapp. Ract-Madoux : « Attendu que les juges doivent évaluer le dommage résultant d'une infraction de façon que sa réparation soit intégrale ; que le montant des indemnités versées au titre de l'assistance d'une tierce personne ne saurait être réduit en cas d'aide bénévole ».

¹³ Semble-t-il à quatre-vingt-quatorze ans (mars 2005).

¹⁴ Toulouse, 17 juin 2008, 06/05674, conf., rapp. M. O. Poque.

magistrats se soient obstinés à ne pas percevoir l'aspect humain de la situation, pourtant manifeste à la seule lecture sur papier.

B. Les critiquables revirements de jurisprudence de la Cour de cassation

10. Dans cette affaire, la mère forme un pourvoi en cassation, en soulignant, premièrement, qu'elle a bien un droit à réparation intégrale de son préjudice, et que la loi ne restreint pas cette réparation au fait qu'une assistance serait interne à la famille, deuxièmement, que la demande de produire les pièces relatives à l'acceptation de la succession n'a pas de base légale, et, troisièmement, que l'exécution volontaire par le fils de son obligation naturelle a transformé celle-ci en obligation civile. Cependant, le pourvoi est rejeté en liant ces questions à celle de l'évaluation du préjudice dont les juges du fond auraient la souveraine appréciation.

Les magistrats du fond sont certes souverains quant au chiffrage du préjudice, mais ils ne peuvent refuser la réparation d'un préjudice qu'ils constatent, par principe ou du fait de motifs impropres à justifier cela. Au regard, notamment, des deux premières branches du moyen, les juges du fond avaient violé l'ancien article 1382 du Code civil et leur arrêt aurait dû être cassé.

11. C'est par cet arrêt, semble-t-il, que la chambre criminelle a rompu avec la jurisprudence qu'elle avait solidement établie au gré de nombreux arrêts rendus et qui était tout à fait justifiée : la privation d'assistance est un préjudice réparable que les juges du fond doivent prendre en compte dans leurs appréciations.

Cette jurisprudence de la haute juridiction avait débuté par le fait d'imposer aux juges du fond de répondre précisément à la prétention, mais toujours en pratique pour casser un arrêt ayant refusé la réparation du préjudice. Dès 1970, au moins, elle cassait, pour défaut de base légale et du fait que « les juges du fond sont tenus de statuer sur tous les chefs

péremptoires des conclusions dont ils sont régulièrement saisis, que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivalait à leur absence», un arrêt d'appel confirmatif pour avoir refusé la réparation du préjudice résultant de ce qu'une incapable majeure assistée dans sa vie par sa mère et sa sœur, qui ont été tuées toutes les deux, au motif que son état préexistait à l'accident¹⁵. En 1976, sous une autre présidence, la chambre criminelle reprochait simplement à la cour d'appel de ne pas s'être expliquée sur la prétention, « fût-ce pour [la] rejeter »¹⁶.

Puis, dès 1978, la chambre criminelle cassait plus directement un arrêt ayant refusé réparation à un mari ayant une maladie, que la femme décédée assistait dans les actes essentiels de la vie courante et qui devait désormais avoir recours à une tierce personne, pour violation du principe selon lequel « si les juges du fond apprécient souverainement le préjudice dans la limite des conclusions des parties, ils doivent tenir compte de tous les chefs de dommages, aussi bien matériel que corporel ou moraux découlant des faits, objets de la poursuite, pour en réparer l'intégralité »¹⁷. Avec le même attendu, elle cassait en 1983 un arrêt ayant argumenté sur le fait que la grave infirmité cérébrale de naissance du demandeur était sans relation aucune avec l'accident ayant tué sa mère lui ayant prodigué des soins¹⁸. De même en 1987, lorsque le décédé s'occupait de sa femme, de sa sœur et de son frère, les trois invalides et que les trois demandeurs avaient été déboutés¹⁹. En 1988, la cour d'appel avait refusé de réparer la perte du mari par une femme paraplégique dont le préjudice d'assistance d'une tierce personne avait été réparé dans un arrêt antérieur non lié et celui de la fillette de neuf ans du couple ; la chambre criminelle, au nom du principe de réparation intégrale, cassa l'arrêt d'appel puisque le défunt

¹⁵ Cass. crim., 23 mai 1970, 70-90.101, cass., prés. Rolland, rapp. Crévy.

¹⁶ Cass. crim., 28 janv. 1976, 74-91.251, cass., prés. Combaldieu, rapp. Larocque.

¹⁷ Cass. crim., 8 nov. 1978, 77-93.703, cass., prés. Faivre, rapp. Dupertuys.

¹⁸ Cass. crim., 25 janv. 1983, 82-91.340, cass., prés. Ledoux, rapp. Saint-Rose.

¹⁹ Cass. crim., 20 janv. 1987, 86-90.934, cass., prés. Bruneau, rapp. Bouillane de Lacoste.

« consacrait son temps libre à sa famille »²⁰. La chambre criminelle allait ici assez loin en ce qui concerne la mère, mais à juste titre puisque l'assistance d'une tierce personne requise était nécessairement moins importante à l'époque où le mari était présent. En 1989, elle réaffirmait un principe vigoureux en cassant un arrêt d'appel dans un litige où les époux semblaient vivre indépendamment à tous points de vue, sur le fondement d'un simple droit à assistance et secours perdu²¹. Dix jours plus tard, c'était un homme en instance de divorce qui avait désormais besoin d'une tierce personne pour s'occuper des deux enfants qu'il allait désormais recueillir²². Elle réaffirma sa jurisprudence en 1993²³, 1998²⁴ et dans un cas assimilable en 2000²⁵.

Rien qu'à ce compte, cela fait onze arrêts de cassation. Il est tout de même malheureux qu'il y ait besoin d'autant d'arrêts de cassation dans des situations souvent si douloureuses et dans lesquelles le bien-fondé de la demande de réparation semble manifeste. Il semble que, parfois, les magistrats du fond n'avaient tout simplement pas compris la demande. En tout cas, heureusement, la Cour de cassation veillait et censurait en cas de pourvoi.

²⁰ Cass. crim., 23 fév. 1988, 87-82.646, cass., prés. Bonneau, rapp. Simon.

²¹ Cass. crim., 5 janv. 1989, 88-83.515, cass., prés. Lee Gunehc, rapp. Bouillane de Lacoste.

²² Cass. crim., 25 janv. 1989, 88-80.950, cass., prés. Bonneau, rapp. Maron.

²³ Cass. crim. 27 janv. 1993, 92-80.783, cass., prés. Soupe, rapp. Blin ; RTD civ. 1993. 563, obs. J. Hauser (accomplissement de tâches ménagères, refus par la cour d'appel d'y voir une valeur économique). Voir aussi auparavant deux arrêts de rejet : Cass. crim., 24 juin 1992, 90-84.097, rej. RCA 1993. comm. 4 et 28 nov. 1991, 90-86.929, RTD civ. 1995. 13. Comp. Cass. crim. 18 sept. 1996, 95-84.134, rej. part., ayant estimé que, l'épouse décédée ayant une pleine activité salariée, le préjudice résultant de la privation de son entretien des enfants avait nécessairement été pris en compte par la cour d'appel du fait de son mode de calcul.

²⁴ Cass. crim., 21 juil. 1998, 97-84.800, cass., prés. Pinsseau, rapp. Roman (épouse du défunt étant lourdement handicapée).

²⁵ Cass. crim., 17 oct. 2000, 99-86.157, cass., prés. Cotte, rapp. Mazars ; ; RTD civ. 2001. 379, obs. P. Jourdain ; Lamy Responsabilité, 214-260 (refus de réparation pour le fils de l'épouse du défunt, car il appartenait à un foyer fiscal différent).

12. Après l'arrêt de 2005²⁶, la chambre criminelle, sous la même présidence, revint en 2006 à sa jurisprudence antérieure le temps d'un arrêt²⁷, fondé sur le principe de réparation intégrale, et à propos d'une affaire qui n'était pas des plus dramatiques. Il s'agissait d'une dame âgée qui avait perdu son mari, à laquelle on avait répondu que la santé du défunt était elle-même déclinante et qu'elle était « en mesure de bénéficier d'une aide et d'un appui familial sans qu'elle excède les limites habituelles de l'entraide familiale et représente une charge excessive pour les membres de la famille ». Cependant, la chambre criminelle, sous une autre présidence, réaffirma le revirement dans un arrêt de 2010²⁸ : la personne décédée était elle-même âgée et malade, mais aidait tout de même sa femme âgée et l'un de ses fils handicapé, on refusa une réparation de ce chef en qualifiant cela d'« entraide familiale » et la cour aurait justifié sa décision après cette appréciation souveraine. Elle affirma en 2018 le plus clairement possible sa nouvelle jurisprudence²⁹. En l'espèce, la victime d'homicide était infirmier libéral et sa veuve avait des troubles cognitifs, une expertise disait que celle-ci avait besoin de « l'intervention d'une aide humaine non spécialisée pendant quatre-vingt-dix minutes tous les deux jours ». La cour d'appel, confirmative, estima cependant qu'elle était « globalement » autonome et qu'il « suffit » à son fils de l'aider sans que cela excède les devoirs d'« entraide familiale »³⁰ : elle refusa alors toute réparation sur ce motif. La chambre criminelle rejeta le pourvoi en estimant que « l'existence d'un préjudice relève de son appréciation souveraine ». Certes, la réalité matérielle de faits correspondant à un

²⁶ Cass. crim. 20 sept. 2005, 05-80-237, prés. Cotte, rej. (Toulouse, 11 oct. 2004).

²⁷ Cass. crim., 24 oct. 2006, 05-87.753, cass., prés. Cotte, rapp. Guihal.

²⁸ Cass. crim., 23 mars 2010, 09-82.167, rej., prés. Louvel, rapp. Chaumont.

²⁹ Cass. crim. 15 mai 2018, n° 17-81.689, rej., prés. Soulard.

³⁰ La chambre criminelle résume cela en disant que l'état de la veuve « n'impose » pas une aide rémunérée.

préjudice ressort de ce pouvoir souverain, mais il s'agissait ici pour la cour d'appel de constater ces faits tout en refusant une réparation à titre de préjudice. De plus, cette rhétorique au sujet de la « simple » entraide familiale renvoie à ce que nous disions au sujet de la mauvaise utilisation du concept d'obligation naturelle³¹. Si la cour estime que le besoin d'assistance est faible, libre à elle de chiffrer le préjudice en proportion ; mais elle doit donner un chiffre et ne pas simplement estimer sans base légale qu'une personne peut s'en occuper et que cela enlèverait tout droit à réparation.

On note aussi l'affaire suivante. Une cour d'appel avait réparé le préjudice de perte de chance de recevoir une assistance à une veuve, en le chiffrant à seulement 50 % de la valeur de l'assistance. La chambre criminelle avait qualifié cette limitation de « pleinement justifiée » compte tenu de l'âge du défunt et s'en remettait pour le reste à l'appréciation souveraine des juges du fond³². Cette limitation est critiquable et a été qualifiée d'« arbitraire » et de « choquant[e] »³³. En effet, il y avait une privation certaine³⁴ d'assistance, même si dans le calcul on a l'habitude de prendre en compte l'espérance de vie de chaque époux³⁵. Pourtant, il s'agissait seulement de limiter la réparation, alors qu'on l'avait purement et simplement refusée dans les autres affaires.

³¹ *Supra* n° 10.

³² Cass. crim., 27 mai 2014, 13-82.116, rej., prés. Louvel, rapp. Vanner ; D. 2014. 2362, obs. S. Porchy-Simon, et 2015. 124, obs. P. Brun ; RTD. civ. 2014. 659, obs. P. Jourdain ; JCP 2014. 843, note A. Bascoulergue ; RCA, 2014. Comm, comm. 253, note H. Groutel. Voir A. Renelier, « L'indemnisation des proches de la personne âgée victime directe », GP 2014, 181r4.

³³ Notes A. Bascoulergue et H. Groutel, préc. Aussi critiques : P. Brun, D. 2015. 124 ; P. Jourdain, RTD Civ. 2016. 866. Approuvant l'idée de perte de chance : S. Porchy-Simon, D. 2014. 2362.

³⁴ « En matière de préjudice futur, on sait que la jurisprudence se contente de certitudes relatives, acceptant de réparer des préjudices qui constituent seulement une prolongation directe et certaine d'un état de choses actuel (Cass. req., 1er juin 1932 : D. 1932, 1, p. 101, rapp. E. Pilon). » Note A. Bascoulergue, préc.

³⁵ *Id.*

13. La deuxième chambre civile est, pour sa part, allée encore plus loin que la chambre criminelle. Elle est partie elle aussi d'une demande de justification, par exemple dans un arrêt de rejet de 1993³⁶, mais a affirmé un pouvoir souverain d'appréciation à la fin des années 1990, qu'il y ait eu au fond une réparation³⁷ ou un débouté³⁸. Elle a ensuite procédé à un nouveau revirement ne revenant pas sur le précédent mais allant au contraire plus loin encore. En effet, elle cassa en 2013 un arrêt d'appel dans l'affaire suivante : une fille était devenue orpheline à un an après un accident – causé par une personne conduisant en état d'ivresse – ayant tué ses parents et sa tante, son grand-père est nommé tuteur et demande en son nom une indemnité pour la privation d'assistance, la cour d'appel infirmative la lui avait accordée³⁹, la deuxième chambre civile reprocha à cette cour d'appel d'avoir statué ainsi « sans constater que l'enfant avait présenté à la suite de l'accident un déficit fonctionnel réduisant son autonomie » – alors que cela n'a pas de rapport⁴⁰, et rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel de renvoi ayant confirmé le premier jugement⁴¹. Elle réaffirma cette jurisprudence en 2016 en estimant que « ne constitue[nt] pas un préjudice » indemnisable les frais déboursés par la personne

³⁶ Cass. civ. 2, 31 mars 1993, 91-19.877, rej. ; RCA 1993, comm. 218.

³⁷ Cass. civ. 2, 15 avril 1999, 97-16.961, rej. (mort par incendie criminel de la mère divorcée, préjudice de l'enfant recueilli par le père).

³⁸ Cass. civ. 2, 19 fév. 1997, 95-12.550, rej. (accident de la circulation, décès de l'épouse au foyer, pas de préjudice certain du mari).

³⁹ Reims, 12 juillet 2011, 10/00864, inf., rapp. Hussenet et Ciret. La cour faisait néanmoins une confusion entre le préjudice de besoin d'assistance par tierce personne et celui de privation d'assistance et parlait plutôt de préjudice résident dans le fait que les grands-parents n'ont pu totalement remplir l'accompagnement affectif et éducatif dont avait besoin l'enfant.

⁴⁰ Il s'agissait d'une confusion avec le préjudice d'assistance par tierce personne du rapport Dintilhac. V. *infra* n° 16.

⁴¹ Cass. civ. 2, 28 fév. 2013, 11-25.446, cass. ; Cass. civ. 2, 3 mai 2018, 16-18.315, rej.

handicapée et majeure protégée qui a dû être accueillie en foyer d'accueil médicalisé après le décès de sa mère, qui l'hébergeait⁴².

14. La chambre criminelle et la deuxième chambre civile devraient revenir à leur jurisprudence garantissant la réparation dans ce type de cas. Cette fresque jurisprudentielle discrète mais vivace et évolutive doit par ailleurs être mise en perspective dans le cadre de la réforme à venir du droit de la responsabilité civile et des interrogations actuelles sur le rôle de la Cour de cassation.

II – Enjeux juridiques et juridictionnels de la législation de la responsabilité civile

15. Le cas du préjudice de privation d'assistance illustre le caractère souhaitable sur le fond de la précision en législation des préjudices réparables **(A)**. Il met aussi en lumière les enjeux juridictionnels du choix légistique à opérer, en particulier à propos du rôle de la Cour de cassation dans le paysage juridique français **(B)**.

A - La souhaitable précision en législation des préjudices réparables

16. Cette double jurisprudence met d'abord en lumière une absence dans la « nomenclature Dintilhac »⁴³, qu'elle ait été volontaire ou non. En effet, le rapport prévoit, pour les victimes « indirectes », parmi les préjudices patrimoniaux, la perte de *revenus* des proches de même que des « frais divers » mais entendus restrictivement comme un petit poste de

⁴² Cass. civ. 2, 19 mai 2016, 11-22.684, rej. ; D. 2016. 2192, obs. S. Porchy-Simon ; RCA 2016. Comm. 249 et Études 10, par S. Hocquet-Berg ; JCP 2016, n° 1117, n° 6, obs. L. Bloch.

⁴³ Voir les notes A. Bascoulergue, S. Hocquet-Berg, Stéphanie Porchet-Simon et C. Bloch, préc., et P. Jourdain, RTD Civ. 2014. 659.

réparation⁴⁴, et parmi leurs préjudices extrapatrimoniaux un préjudice d'accompagnement, et pour la victime « directe » l'assistance par tierce personne⁴⁵, mais rien ne recouvre le cas de figure étudié ici.

Cette nomenclature a très vraisemblablement influencé ces décisions. Bien qu'elle n'ait pas de valeur obligatoire, la Chancellerie a publié une circulaire invitant les juges à l'appliquer⁴⁶ et elle exerce en pratique une influence décisive⁴⁷. Il est possible qu'il y ait un refus conscient d'étendre la réparation des préjudices⁴⁸, ou qu'il y ait eu parfois un sentiment de devoir appliquer cette nomenclature, mais il y a aussi la conséquence mécanique d'une classification des préjudices, qui a pu exister avant même cette nomenclature. Confrontés à l'idée de l'assistance par tierce personne constitutive d'un préjudice, il semble que certains magistrats n'aient pas retrouvé le cas prévu dans le rapport ou qui, avant même celui-ci, vient immédiatement à l'esprit : celui d'une assistance qui est la conséquence d'un dommage matériel causé à celui qui requiert l'assistance. Cela a pu susciter un rejet de la prétention à réparation par confusion au sujet de l'objet de celle-ci. L'attendu ayant présidé à l'arrêt de la deuxième chambre civile en 2013 atteste d'une telle confusion.

Cela illustre le danger de toute compartimentalisation de la réalité en amont de l'appréciation judiciaire et *a fortiori* effectuée en législation. La réalité peut rattraper la loi et certains faits qui répondent au principe de dispositions particulières risquent de ne pas être traités de manière adéquate⁴⁹.

⁴⁴ Le rapport précise que ce sont des frais « à l'occasion du décès » tels que les transports.

⁴⁵ « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels », dir. J.-P. Dintilhac, juil. 2005.

⁴⁶ Circulaire 2007-05 du 22 février 2007. M. Mekki, préc.

⁴⁷ Note S. Hocquet-Berg, préc., n° 18.

⁴⁸ Au titre des « frais divers » du rapport Dintilhac, on a justement souligné, tout en le critiquant, le critère possiblement appliqué de l'utilité pour la victime immédiate des dépenses envers la victime médiate. Note S. Hocquet-Berg, préc., nos 20-21.

⁴⁹ « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. » J.-É.-M. Portalis.

17. Cependant, cette question montre aussi le danger du procédé exactement inverse : la trop grande généralité de la loi. Le risque est d'ailleurs exactement le même : des faits qui répondent au principe général formulé dans la loi peuvent échapper à son emprise.

Pour s'en convaincre, il suffit de mettre en relation le préjudice de privation d'assistance avec le Code civil et les projets de réforme de celui-ci. Notre droit actuel est soumis au principe de réparation intégrale, sans que la loi ne donne plus de précision. Cependant, ce principe ne signifie pas que la réparation est sans limite, mais que la limite est abandonnée à l'*arbitrarium* des juges. Cela est attesté par la jurisprudence que nous commentons ici. La formulation de l'avant-projet Catala était assez ambiguë, puisqu'elle reprenait sans l'expliquer la terminologie « des frais divers »⁵⁰ du rapport Dintilhac : cette jurisprudence aurait été gênée par la disposition législative, mais elle n'aurait pas été empêchée.

En contraste, l'avant-projet Terré voulait limiter la réparation du préjudice par ricochet en procédant par un refus de principe assorti d'exceptions. Ce procédé a d'ailleurs été critiqué par le groupe de travail de la Cour de cassation, qui estimait que la nomenclature Dintilhac « suffit à *cantonner* dans des *limites raisonnables* la qualité de victime par ricochet »⁵¹. Il se trouve cependant que les exceptions de l'avant-projet Terré sont rédigées dans le style législatif traditionnel français, c'est-à-dire qu'elles sont limpides et équilibrées dans leur niveau de généralité et de précision. La disposition qui nous intéresse est la suivante : « Les personnes que la victime d'une atteinte à son intégrité physique ou psychique entretenait ou contribuait à entretenir peuvent demander réparation du défaut d'entretien consécutif à cette atteinte. » (art. 63, al. 1, avant-projet Terré). Une telle

⁵⁰ Art. 1379, al. 2, avant-projet Catala : « Les victimes par ricochet ont droit à la réparation de leurs préjudices économiques consistant en *des frais divers* et pertes de revenus ainsi que de leurs préjudices personnels d'affection et d'accompagnement. » Nous soulignons.

⁵¹ Cour de cassation, Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré, ss. art. 63 et 64. Nous soulignons.

disposition garantirait manifestement la réparation du préjudice de privation d'assistance ainsi que le contrôle de la Cour de cassation sur la question, quelle que soit sa chambre.

De sorte que le projet de réforme de 2017⁵², suivi sur ce point par la proposition de loi de 2020⁵³, devrait inquiéter à cet égard. Ce projet suit les vœux du groupe de travail de la Cour de cassation en ne prévoyant plus rien au sujet du préjudice médiat. Ce groupe de travail affirme que s'en remettre ainsi à la pratique judiciaire, qui consisterait à suivre le rapport Dintilhac produit par des magistrats, assurerait une plus grande réparation du préjudice médiat. L'exemple du préjudice de privation d'assistance prouve qu'il n'en est rien. Or, le droit de la responsabilité civile n'est pas souvent réformé et, étant donné qu'il y a eu une jurisprudence aberrante au sujet de ce préjudice, rien ne garantit que d'autres n'existeront pas au fil des décennies si l'on s'en remet totalement à la jurisprudence sur cette question.

18. En plus d'une présentation législative des préjudices réparables, il est possible d'utiliser des clauses générales de responsabilité, ou à tout le moins de ne pas exclure les inventions jurisprudentielles en la matière⁵⁴. D'un point de vue historique, le principe général a pu exister en tant que fin en soi ou en complément des listes de préjudices réparables. Grotius avait certes déjà affirmé un principe général de responsabilité, mais, en France, la formule de Domat est placée entre deux listes de dommages réparables et constitue un principe de transition ou résiduel⁵⁵. C'est Michel Prévost de la Jannès, collègue et prédécesseur de Pothier, qui mit ce

⁵² « Projet de réforme de la responsabilité civile », ministère de la Justice, 13 mars 2017.

⁵³ *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, Sénat, 2019-2020, 29 juil. 2020, n° 678.

⁵⁴ Tel l'article 64 de l'avant-projet Terré. Le fait qu'il ne s'agit pas de droit pénal permet, en effet, les analogies.

⁵⁵ Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, 2005.

principe en exergue et le détacha de la casuistique romaine⁵⁶. Le principe général peut donc exister à plusieurs titres et à côté d'une spécification des préjudices réparables.

19. Une bonne réforme du droit de la responsabilité civile ne paraît donc pas pouvoir se passer d'une présentation un minimum élaborée des chefs de préjudice⁵⁷. C'est en tout cas vrai pour le préjudice de privation d'assistance, qui serait à défaut laissé au bon vouloir des magistrats.

20. Il s'agit en quelque sorte d'adapter le droit français à notre temps. En effet, la tradition juridique française repose sur un équilibre entre la généralité de la loi et sa précision afin qu'elle reste la source primaire de droit, équilibre qui s'appuie sur une prudente confiance aux magistrats pour décider des questions particulières. Or, la mise en œuvre d'un tel équilibre dépend nécessairement de la réalité sur laquelle la mettre en œuvre. La réalité des dommages causés en 1804 ne nécessitait pas plus que quelques articles, mais ce n'est plus vrai de nos jours. De sorte que prévoir, de nos jours, une clause générale de responsabilité sans aucun détail sur les préjudices réparables, revient en quelque sorte à expliquer dans la loi que le consentement au contrat doit être éclairé et s'en remettre à la jurisprudence lorsqu'il s'agit de se demander quels sont les vices de consentement qui peuvent exister et quelles sont leurs conditions de mise en œuvre. En droit de la responsabilité civile, le processus d'induction ayant abouti aux clauses générales est indéniablement l'histoire d'un progrès, mais garder la simplicité juridique d'un autre temps ne rend que l'efficacité du droit beaucoup plus faible, en tout cas selon les standards traditionnels français de lisibilité et de limpidité. En droit, faire trop simple

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Contrairement à ce que nous avons estimé ailleurs, K. Bellis, « Contrat et responsabilité civile : pour un système juste en droit des obligations », *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 2018 (52), 2, p. 291 et s., n° 132.

en législation peut en réalité compliquer la bonne marche des choses en pratique et aboutir, nous le voyons, à des problèmes jurisprudentiels importants.

21. D'une spécification des préjudices réparables, il est aussi possible de réfléchir à une spécialisation du droit de la responsabilité civile, autour d'intérêts protégés⁵⁸ ou autre. Ce n'est pas le lieu ici d'une réflexion générale sur la question, mais la question de la privation d'assistance vient en soutien de l'idée qu'il faudrait moduler l'étendue de la réparation en fonction de la présence d'une faute ou pas. Par exemple, en ce qui concerne les affaires de privation d'assistance, l'absence de réparation choque beaucoup plus dans les cas d'homicide involontaire, parfois du fait d'une faute grave, comme dans l'arrêt de 2005⁵⁹, que dans des affaires de la deuxième chambre civile où la « responsabilité »⁶⁰ était la conséquence de la loi sur les accidents de la circulation. *De lege lata*, les juges ne devraient peut-être pas distinguer entre présence ou absence de faute afin d'accorder la réparation des préjudices médiats. *De lege ferenda*, le législateur devrait l'envisager. Il semble tout à fait étonnant, quoi qu'il en soit, qu'un pays de droit écrit comme la France réforme au XXI^e siècle son droit de la responsabilité sans même se poser ces questions et préfère les abandonner à la jurisprudence et à la doctrine.

⁵⁸ J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Liber Amicorum, études offertes à G. Viney*, LGDJ, p. 146 s. ; Christophe Quézel-Ambrunaz, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil », RTD civ. 2012. 251 ; M. Dugué, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, préf. P. Jourdain, LGDJ, 2019.

⁵⁹ Cass. crim. 20 sept. 2005, 05-80-237, prés. Cotte, rej. (Toulouse, 11 oct. 2004).

⁶⁰ La véritable « responsabilité » nous semble devoir être réservée au cas de la faute et l'on pourrait songer à revenir à l'exclusivité de la faute comme fait générateur d'imputabilité, assortie des présomptions de fautes telles que prévues en 1804. Voir K. Bellis., « Contrat et responsabilité civile : pour un système juste en droit des obligations », préc., IV.

22. La nécessité de plus de subtilité et de précision dans la résolution de ces cas est d'ailleurs peut-être une cause de la jurisprudence déroutante de la Cour de cassation. Comme au sujet du principe de non-cumul des responsabilités⁶¹, la jurisprudence, du fait de l'article 5 du Code civil, n'est pas l'outil adapté pour faire de la demi-mesure et donc applique, lorsqu'il y a une lacune législative, une règle du tout ou rien inadaptée aux affaires qui lui sont soumises. Les jurisprudences évoquées sont tout à fait critiquables, mais les justiciables lésés sont avant tout les victimes de la loi et de sa défaillance dans la garantie suffisamment précise des droits qu'elle doit contenir, dans l'organisation suffisamment poussée du droit qu'elle doit proposer aux magistrats dont la fonction n'est pas de créer des matières dans des aspects aussi fondamentaux. Il paraît alors étonnant qu'au pays de Domat, on ne cherche pas à remédier à cet état de fait à l'occasion d'une réforme de la responsabilité civile.

B – L'évolution du rôle de la Cour de cassation face à la législation française actuelle et à venir de la responsabilité civile

23. Au-delà de la question de la place du juge en général en droit de la responsabilité civile, la double jurisprudence présentée mérite d'être mise en relation avec la volonté d'une partie, des membres de la Cour de cassation de pouvoir filtrer les pourvois qui lui sont adressés en matière civile⁶², sur le modèle des cours suprêmes du monde anglophone. Il s'agirait de transformer la Cour de cassation en cour normative et de lui donner le pouvoir de sélectionner à cette fin les pourvois qui concourent à cette nouvelle mission. Il n'est pas certain que le législateur opère une

⁶¹ Bellis K., RLDC 2019, 6704.

⁶² Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Cour de cassation, 2017.

telle réforme⁶³, mais la situation décrite fait ressortir un possible glissement de fait vers le modèle de la cour suprême et place cette question comme un enjeu de la prochaine réforme du droit de la responsabilité civile.

24. Deux éléments nous semblent caractéristiques des cours suprêmes étrangères et l'une et l'autre des jurisprudences présentées ci-dessus semblent respectivement correspondre à ces deux éléments.

D'une part, les cours suprêmes émettent des normes contraignantes pour des cours qui leur sont inférieures. La manière pour la Cour de cassation de donner en pratique une portée règlementaire à ses arrêts serait alors d'en exagérer les effets, c'est-à-dire d'affirmer des règles en leur donnant une force qui peut sembler exagérée et d'examiner les arrêts d'appel de manière assez abstraite par rapport à ce qui serait des précédents plutôt que d'examiner comme il se doit la question précise posée. Or, cela ressemble à s'y méprendre à la dernière jurisprudence de la deuxième chambre civile. Au lieu de procéder à un syllogisme par rapport à la règle légale de réparation intégrale, elle semble avoir uniquement constaté que les conditions de la case « assistance par tierce personne » du rapport Dintilhac plus ou moins auto-produit n'étaient pas réunies et cela semble avoir suffi à entraîner une cassation, alors que cette case n'avait pas de rapport avec le préjudice allégué⁶⁴.

D'autre part, les cours suprêmes choisissent les affaires dont elles veulent traiter. Cela ne correspond-il pas à la dernière jurisprudence de la chambre criminelle ? Lorsqu'on y réfléchit, ce revirement par rapport à une jurisprudence bien établie et éminemment justifiée, à la faveur non pas d'une nouvelle prise de position, mais d'un retrait derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, est bien curieux. Il semble alors pouvoir s'inscrire dans cette volonté, aujourd'hui manifeste, de recentrer l'activité

⁶³ Un rapport a proposé un traitement différencié des pourvois dans cette matière. H. Nallet (dir.), « Pour une réforme du pourvoi en cassation », rapport, DACS, 30 sept. 2019.

⁶⁴ V. *supra* n° 16.

de la Cour de cassation sur un plus petit nombre d'affaires et donner plus de latitude aux juges du fond pour ce qui va au-delà.

Bien entendu, le fait d'avoir une jurisprudence constante ou d'accorder plus d'attention à certaines affaires qu'à d'autres n'est pas en soi la caractéristique d'une cour suprême anglo-américaine. C'est le caractère très poussé – certains diraient l'exagération – dans cette pratique qui l'est.

25. Cette transformation du rôle de la Cour de cassation peut être sujette à critiques, mais il faut constater ici encore la responsabilité du législateur, actuel et éventuellement à venir, dans cet état de fait. Le vide législatif en matière de responsabilité civile donne à la Cour de cassation la charge d'établir des règles d'une nature qu'elle n'a pas les outils ni les moyens matériels d'assumer.

Par exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation a récemment rendu un arrêt important comprenant cet attendu de principe : « attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond »⁶⁵. Si l'on considère les arrêts comme source de règles fondamentales et on lit les attendus comme des sortes de lois, alors cet attendu synthétiserait très exactement la jurisprudence que nous dénonçons ici et aurait des conséquences tout à fait importantes. En réalité, cet attendu s'inscrit dans un contexte juridique précis et entendait simplement mettre fin au concept de préjudice nécessaire en droit du travail. Il se trouve simplement que la Cour de cassation a besoin de l'appui de la loi afin que, justement, les arrêts puissent être circonscrits à leur fonction. À défaut, elle serait poussée à se fonder sur ses propres attendus en tant que bouée de secours, même inadaptée, afin de ne pas être noyée par le flot des questions juridiques diverses qui lui sont soumises.

⁶⁵ Cass. soc., 13 avr. 2016, 14-28.293, rej., prés. Frouin, rapp. Brinet ; D. 2016. 900, 1588, chron. N. Sabotier, 2484, obs. S. Robinne, et 2017. 840, obs. J. Porta ; Dr. soc. 2016. 650, étude S. Tournaux.

26. Le futur droit de la responsabilité civile, comme les autres domaines juridiques fondamentaux, présente donc un enjeu juridictionnel important. La tradition juridique française a pour principe de prévenir la naissance des litiges par l'établissement en amont d'une règle de droit limpide⁶⁶. Dès lors, il est possible de se demander si l'inflation judiciaire n'est pas en partie due à la baisse de qualité de la loi et si, à l'inverse, la meilleure manière de remédier à l'engorgement de la Cour de cassation ne serait pas de mieux réformer la loi. Il se trouve cependant que la récente réforme du droit des contrats ne manifeste pas une compréhension de cet enjeu⁶⁷.

Il s'agit en tout cas d'un argument supplémentaire en faveur d'une précision en législation des préjudices réparables. Nous le savons, il faut savoir réformer un système pour qu'il ne s'effondre pas⁶⁸. Nous ne sommes plus habitués depuis deux siècles à une mention législative des préjudices réparables, mais cela ne signifie pas qu'elle serait contraire à notre tradition juridique. Bien au contraire, il ne s'agit que d'un choix légistique fait à une époque donnée par rapport à une situation donnée, et les grands de l'histoire du droit français, à commencer par Domat, étaient empreints de casuistique romaine⁶⁹. Il ne s'agirait donc que de rééquilibrer cette évolution, tout en étant absolument en harmonie avec notre histoire juridique qui est bien plus que bicentenaire. Ne pas le faire oblige presque la Cour de cassation à s'ériger *de facto* en cour suprême, que ce soit en filtrant de fait les pourvois qui lui sont adressés ou en appliquant elle-même sa jurisprudence comme s'il s'agissait d'une source de droit. C'est ici qu'il s'agirait d'une rupture fondamentale avec notre tradition juridique. Or, il ne s'agit pas d'une perspective purement théorique mais d'un danger

⁶⁶ Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question*, Société de législation comparée, n° 83.

⁶⁷ Voir P. STOFFEL-MUNCK, «Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens», *RDC*, juin 2018, hors-série, pp. 52 et s., n°s 48 et s.

⁶⁸ La France n'a pas toujours mis en pratique cette idée, si l'on pense à l'histoire de sa monarchie et qu'on la compare à celle de la monarchie anglaise.

⁶⁹ V. *supra* n° 18 et O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, préc.

qui guette de manière pressante et qui commence déjà, nous le voyons, à être une réalité.

27. Il serait intéressant de procéder à des études statistiques afin de voir s'il y a une tendance générale parmi les arrêts de la Cour de cassation à considérer de plus en plus les juges du fond comme souverains. Cet arrêt illustre en tout cas le danger qu'il y a à laisser la Cour de cassation, officiellement ou en pratique, filtrer les pourvois. On comprend l'attrait pour les magistrats du contrôle de proportionnalité de la loi par rapport à des super-principes supra-législatifs, mais le syllogisme traditionnel a ses vertus. Le rôle traditionnel de la Cour de cassation aurait été crucial pour la famille endeuillée à la suite de l'homicide involontaire commis par une personne en état d'ébriété. La mère handicapée, aveugle et âgée de plus de quatre-vingt-dix ans n'aurait eu aucun gain au rayonnement international de cette cour. Elle aurait en revanche mérité de vieillir justement considérée par le peuple français au nom duquel les magistrats jugent et que son droit soit reconnu par la justice civile avant de mourir.