



**HAL**  
open science

## La divergence de jurisprudence, entre savoir et pouvoir

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La divergence de jurisprudence, entre savoir et pouvoir. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2021, 03, pp.745. halshs-03407364

**HAL Id: halshs-03407364**

**<https://shs.hal.science/halshs-03407364v1>**

Submitted on 30 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.

## La divergence de jurisprudence, entre savoir et pouvoir

C. Bouix, *Les divergences de jurisprudence au sein de la Cour de cassation. Réflexions à l'aune de la réforme de la motivation des arrêts*, in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel, Larcier, LexisNexis, 2021, p. 71*

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

« Il y a divergence de jurisprudence lorsque, à même question, la jurisprudence donne deux réponses incompatibles » (p. 72). C'est ainsi que Caroline Bouix rappelle la définition d'un objet que le Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID) de l'Université de Saint-Étienne avait mis à l'honneur il y a déjà quelques années (P. Ancel, M.-C. Rivier, *Les divergences de jurisprudence*, Univ. St-Étienne, 2003). La nouveauté vient du fait que la Cour de cassation intègre désormais cette analyse dans ses arrêts à motivation dite « enrichie ». L'exemple pris est celui de l'arrêt d'assemblée plénière du 13 janvier 2020 (n° 17-19.963, D. 2020. 416, et les obs., note J.-S. Borghetti; *ibid.* 353, obs. M. Mekki ; *ibid.* 394, point de vue M. Bacache; *ibid.* 2021. 46, obs. P. Brun, O. Gout et C. Quézel-Ambrunaz; *ibid.* 310, obs. R. Boffa et M. Mekki; AJ contrat 2020. 80, obs. M. Latina ; RFDA 2020. 443, note J. Bousquet ; Rev. crit. DIP 2020. 711, étude D. Sindres ; RTD civ. 2020. 96, obs. H. Barbier; *ibid.* 395, obs. P. Jourdain). Celui-ci réaffirme une solution déjà posée le 6 octobre 2006 par la même assemblée et qui affirmait l'unité des fautes contractuelles et délictuelles (n° 05-13.255, D. 2006. 2825, obs. I. Gallmeister, note G. Viney ; *ibid.* 2007. 1827, obs. L. Rozès ; *ibid.* 2897, obs. P. Brun et P. Jourdain; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2007. 295, obs. N. Damas ; RDI 2006. 504, obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier; *ibid.* 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 123, obs. P. Jourdain).

Pourtant, selon Caroline Bouix, la motivation enrichie déçoit car elle consiste plus à nier la divergence qu'à la traiter comme telle (p. 77). Il y aurait donc un paradoxe : d'un côté la Cour assume ses revirements mais de l'autre elle paraît taire les contradictions entre ses chambres (p. 77). Le point difficile est tranché par une seule phrase : « le raisonnement est ainsi plus affirmatif que démonstratif » (p. 81). Le paradoxe grandit quand on constate que des développements supplémentaires sont présents dans une note explicative qu'ajoute la Cour de cassation (p. 81), ce qui laisse entendre que la motivation n'était pas complète.

La contribution de Caroline Bouix nous paraît ainsi soulever trois problèmes importants qui mériteraient un examen approfondi.

Le premier problème est celui de la longueur de la motivation des arrêts opérant l'unification de positions divergentes : où faut-il s'arrêter dans la rédaction des motifs ? À leur lecture, on s'aperçoit que la Cour opère un bref historique des positions antérieures en citant ses propres précédents dans la motivation. En clair, les juges font le travail de contextualisation de l'arrêt qui est généralement opéré dans les brèves d'actualité des revues juridiques. Si cette information permet de mieux comprendre le contexte de l'arrêt, il pose le problème, mais ne le résout pas. Certes, on répondra que la motivation de la Cour de cassation doit rester concise mais ces éléments informatifs ne peuvent être considérés en soi comme une motivation au sens de l'exposition des raisons justifiant la solution adoptée. Ce sont des éléments de contexte, non des arguments.

Le deuxième problème est celui de l'usage du pouvoir. La Cour de cassation peut-elle dans le même temps assumer explicitement les divergences en les explicitant puis les régler par une pure décision d'autorité ? Certes, on répondra que la mission du juge est de trancher le litige et qu'il est donc normal qu'il exerce un pouvoir qui fait partie de son office. Cependant, en l'absence de raisons plus explicites sur ce qui a présidé au choix entre les deux branches de l'alternative, on ne peut que partager la déception qu'exprime Caroline Bouix. Nous n'en savons pas plus sur l'argument décisif, celui qui a emporté la décision au sens propre du terme, celui qui a fait pencher la balance d'un côté plutôt que

de l'autre.

Cet état de fait tient sans doute à la nature ambiguë de la jurisprudence et du statut de la Cour de cassation (F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 198). La jurisprudence n'est pas officiellement une source du droit mais elle est traitée comme telle puisque ses revirements sont identifiés comme rétroactifs et ont ouvert une réflexion sur le droit transitoire. D'un point de vue pragmatique, si les arrêts de la Cour ont le même effet qu'une source du droit, c'est bien qu'ils sont des sources du droit. Ceci explique ainsi que la Cour de cassation se comporte comme un législateur : les solutions sont affirmées, ses motifs brefs empruntent à la forme concise de la loi. Or la motivation enrichie n'a pas rompu avec cet état d'esprit. En réalité, les raisons développées se trouvent dans les rapports des conseillers voire dans les avis de l'avocat général. En définitive, s'il s'agissait d'intégrer ces documents dans la motivation, la physionomie des arrêts subirait une grande modification, leur interprétation deviendrait plus complexe. Surtout, cela exigerait un travail très important s'il devait être étendu à tous les arrêts.

Le troisième problème est la synthèse des deux premiers : comment distinguer la part du pouvoir et du savoir dans l'office du juge ? Car c'est bien dans cette distinction que se noue la difficulté des divergences de jurisprudence. En voulant traiter explicitement la divergence de jurisprudence, le juge prend sa propre oeuvre pour objet (comme il l'a fait par ailleurs avec le droit transitoire des revirements). Pour le dire avec les termes de la théorie du droit, il tient un métadiscours, un discours sur son propre discours (V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2016, p. 273). Aussi, le travail devient doctrinal par essence, c'est-à-dire savant. Or le débat savant ne peut être tranché par l'usage d'un quelconque pouvoir. Le pouvoir permet de mettre fin à un litige en particulier mais ne saurait résoudre des problèmes structurels qui découlent des conceptualisations savantes (v. sur la question de l'unité des fautes contractuelles et délictuelles, dans cette chronique : RTD civ. 2020. 487). À titre de comparaison, l'idée que les pourvois pouvaient être filtrés si la question n'était pas sérieuse ou si la réponse s'imposait (C. pr. civ., art. 1014) a révélé ses limites pratiques. En effet, le conseiller rapporteur fait un travail d'analyse et d'argumentation identique pour parvenir à la conclusion que la solution s'impose. La seule économie réalisée (si l'on peut dire) est celle de la rédaction de l'arrêt. La distinction entre la part du savoir et du pouvoir se dessine ainsi encore plus nettement. C'est le rapport qui contient l'analyse savante, indispensable à la prise de décision.

On le voit, une motivation enrichie qui mentionne les divergences de jurisprudence n'est pas une information neutre et sans conséquences. Elle témoigne d'un positionnement savant de la Cour de cassation vis-à-vis d'elle-même. Il s'agit donc *in fine* d'une mutation culturelle qui est à l'œuvre. Dans les systèmes civilistes (romano-germaniques) la figure du professeur est centrale et celle du juge est anonyme. Dans les systèmes de *common law*, c'est l'inverse qui est vrai : le professeur est une figure secondaire tandis que le juge est un personnage public. Intégrer des questions savantes dans la motivation est donc loin d'être anodin. Une divergence de jurisprudence est un problème doctrinal qui ne peut se régler comme un simple conflit d'intérêts entre des particuliers. Augmenter la part du savoir suppose de diminuer celle du pouvoir et inversement. Ce difficile équilibre n'est visiblement pas encore atteint. Il ne pourra se réaliser sans prendre conscience des changements profonds de culture qu'il implique. La Cour de cassation et la doctrine sont encore appelées à se donner la main pour de longues années.