

**OBSERVATIONS** prononcées à la suite de la communication de M. Guy Canivet, (séance du lundi 13 novembre)

**Jacques Boré :** La modernisation de la Cour de cassation s'est faite en deux temps. La loi de 1947 a supprimé la Chambre des requêtes, organe de sélection des pourvois, parce que le double examen de la Chambre des requêtes, puis de la Chambre civile allongeait terriblement la procédure. Il fallait alors cinq ans pour obtenir une cassation, ce qui était difficilement tolérable. Après 1947, ce délai a été ramené à deux ans et, miracle !, du jour où la procédure a duré deux ans, le nombre des pourvois s'est multiplié et cette voie de recours, dite « extraordinaire », s'est banalisée. Victime de son succès, la Cour de cassation a donc été contrainte à une nouvelle réforme. La loi de 2002, dont vous avez été l'initiateur, tenant compte des enseignements du passé, s'est bien gardée de rétablir la Chambre des requêtes. Elle a institué un simple tri des pourvois par chaque chambre, selon l'existence ou non d'un moyen de cassation sérieux. Au tri des avocats par la consultation d'un pourvoi, vous avez ajouté opportunément le tri des magistrats, qui s'obtient sans allongement de la procédure, si bien que le délai de deux ans a été ramené à douze ou dix-huit mois par un nouveau progrès vers l'idéal européen du délai raisonnable.

Si l'on compare la Cour de cassation française actuelle à la Cour suprême américaine, qui intervient peu, ne pensez-vous que la plus puissante des deux est la Cour de cassation, car son contrôle est beaucoup plus fort ? La Cour suprême américaine symbolise peut-être le rêve américain, mais elle est une juridiction paresseuse qui lance de temps en temps quelques principes, sans assurer le service après vente et dit avec indifférence « Que vogue la galère ». La Cour de cassation, au contraire, résout en toute matière les questions de droit qu'on lui pose et fait respecter ensuite sa propre jurisprudence par les cours et tribunaux. Elle assure ainsi réellement l'égalité des citoyens pour la loi – principe constitutionnel. Chateaubriand avait bien raison de dire qu'avant toute chose, ce que veulent les Français, c'est l'égalité qui figure dans la devise de notre République.

\*  
\*   \*

**Jean Baechler:** Rendre la justice, c'est dire le droit. Dire le droit, c'est rendre à chacun le sien, *suum cuique tribuere*, en matière de contrat, de distribution, de punition ou de restitution. Pour parvenir à cet objectif, deux grandes méthodes sont disponibles.

La première, que j'appellerai A, est une méthode syllogistique qui consiste à poser que le droit est ce que la loi dit qu'il est. Cela permet donc de poser des syllogismes selon le modèle suivant. Majeure : La loi dit que le droit est ceci. Mineure : Tel cas peut être subsumé sous la loi. Conclusion : Donc, ce qui revient au cas concerné est ceci.

La deuxième méthode, que j'appellerai B, repose sur l'argumentation contradictoire devant un arbitre impartial. Le droit, qui appartient à chacun, émerge de cette confrontation.

Il me semble que l'on peut avancer des arguments très sérieux qui tendraient à démontrer que la méthode B est appropriée à un Etat de droit, c'est-à-dire à un Etat où le droit doit régner. Si ce diagnostic est exact, ceux qui choisissent la méthode A syllogistique, tout en instaurant ou en voulant instaurer un Etat de droit, doivent affronter inévitablement la résurgence informelle de la méthode B. Ce que vous appelez « la dérive » de la Cour de cassation au XIX<sup>e</sup> siècle n'est-elle pas une de ces résurgences de la méthode B ?

Face à cette dérive, deux attitudes sont possibles. Soit laisser courir en se disant que l'histoire arrange les choses et que le choix de la méthode A est une déviation idéologique nationale qui n'a pas tellement de conséquences. Soit l'on décide de réformer. Mais, dans ce cas, est-il possible de réformer une seule institution – en l'occurrence la Cour de cassation – et non la totalité du système ?

\*  
\*   \*

**Alain Plantey :** Une des originalités du droit français réside dans le pourvoi en cassation, c'est-à-dire dans l'appréciation par un juge de la conformité d'une sentence aux lois en vigueur. L'appréciation des faits échappe – ou devrait échapper – au juge de cassation. Vous nous avez expliqué que la Cour de cassation construit du droit. On est donc, en quelque sorte, dans le droit prétorien, en marge du Code civil. Bien entendu, la Cour de cassation répond aux arguments dont elle est saisie. Mais cela l'amène à répondre de différentes manières. Elle peut répondre sur la régularité formelle (un juge est-il habilité à réagir de telle ou telle façon, à se déporter, etc ?). Mais elle peut aussi répondre sur la régularité du fond par rapport à la loi (est-ce que le juge a appliqué correctement la loi ?).

La Cour de cassation, tout comme le Conseil d'Etat, est confrontée à un grand risque. En rétablissant le droit, elle est amenée à interpréter la loi, à en déceler, voire à en combler les lacunes. Mais en a-t-elle le droit ? Jusqu'où peut-elle aller sans se substituer au législateur ?

Par ailleurs, la Cour de cassation a tendance aujourd'hui à rendre des arrêts très nuancés, qui tiennent compte des circonstances, des délais de l'opportunité, ce qui introduit une incertitude considérable pour les plaideurs et leurs avocats.

En matière pénale, la situation devient très délicate. En-effet, on a été obligé de créer une instance à la Cour de cassation pour appliquer les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un procès jugé illégal sur le plan pénal, la Cour de cassation reprend les affaires. En somme, elle donne à la Cour européenne des droits de l'homme le pouvoir de réguler.

N'a-t-on pas là des risques d'une plus grande dérive encore que celle, passée, que vous avez dénoncée ?

\*  
\*   \*

**Bernard Bourgeois :** Vous nous avez proposé un triple niveau de réformes possibles pour la Cour de cassation. D'abord, vous avez parlé de l'élaboration d'une « police du jugement », la Justice faisant sa propre police en s'efforçant de se rendre cohérente avec elle-même dans les différents lieux de son exercice. Il s'agit là d'une considération formelle, c'est-à-dire qui a rapport à la forme même.

Vous avez dit ensuite, évoquant un second niveau, qu'il fallait que la Cour de cassation contribue à faire se rapprocher le droit de la société, en prenant en considération les attentes du public. Ici, on sort des considérations de forme pour entrer dans la considération du contenu du droit sous l'influence d'un contenu extérieur au droit, à savoir celui des attentes sociales. Or chacun sait que le risque est toujours grand de voir la démocratie dévoyée en démagogie.

Abordant un troisième niveau, vous avez estimé qu'il fallait se pencher sur le contenu interne du droit, invoquant, à la fin de votre communication, le droit naturel. Mais cela signifie que le travail de la Cour de cassation comme instance judiciaire essentielle rejoint les interrogations de tout citoyen soucieux de la réalisation juste du droit ; cela exige la prise en considération de ce qui n'est pas d'ordre empirique – comme le social –, de ce qui n'est pas d'ordre formel – comme la cohérence

du droit –, mais de ce qui, au fond, concerne la définition de l'homme dans ses exigences fondamentales. Il s'ensuit que les membres de la Cour de cassation doivent, plus que jamais, être philosophes, car c'est bien au niveau de la philosophie que se situent toutes les difficultés dont débattent notamment les comités d'éthique : définition de l'homme, quand commence l'embryon ?, qu'est-ce que la vie ? etc. Mais n'est-ce pas aller trop loin ?

Jusqu'où donc la Cour de cassation peut-elle aller en ce qui concerne la réforme de l'exercice judiciaire ?

\*  
\*   \*

**Roland Drago :** Vos propos nous ont laissé entrevoir un risque de dérive pour la Cour de cassation. Certes, vous avez pu, par des réformes mûrement réfléchies, aboutir à des résultats très positifs. Mais le problème se pose d'aller ou non plus loin. Montesquieu disait que les tribunaux sont « une machine jugeante inerte par nature ». Il avait tort, bien qu'il fût lui-même parlementaire, et il convient, à mon sens, de lui opposer Portalis qui, dans le *Discours préliminaire* a montré que le pouvoir législatif conserve sa compétence constitutionnelle et que le juge doit se situer par rapport à lui. Bien entendu, on abandonne le référé législatif, mais il faut trouver une solution intermédiaire et se garder de sortir de la fonction juridictionnelle. Si la Cour de cassation va trop loin, elle suscitera une réaction législative qui pourrait apparaître comme une revanche. Il suffit de penser à ce que l'on appelle le « bris de jurisprudence », c'est-à-dire les décisions juridictionnelles que le Parlement, sous la pression de tel ou tel, est amené à modifier.

\*  
\*   \*

### Réponses :

**A Jacques Boré :** Il existe des différences fondamentales entre la Cour suprême des Etats-Unis et la Cour de cassation française. La première est dans un système de *Common Law* où le juge fait la loi alors que, dans le système français, le juge interprète la loi. Et si, en France, la jurisprudence a un pouvoir, ce n'est jamais qu'un pouvoir d'interprétation d'une norme écrite, au regard d'un certain nombre de considérations. La création jurisprudentielle de la Cour de cassation ne peut donc jamais être qu'une création interprétative. Elle n'est qu'une source accessoire à la source législative.

En outre, la Cour suprême des Etats-Unis est une institution politique, créée pour contrôler la conformité du droit des Etats et du droit fédéral à la constitution fédérale. La jurisprudence de la Cour suprême vise avant tout à maintenir l'équilibre des pouvoirs au sein du système américain. Pour ce faire, la Cour suprême a une compétence globale, constitutionnelle, judiciaire et administrative. Dans le système de *Common Law*, il n'y a pas de séparation entre le fait et le droit. Le juge doit se déterminer en regardant les situations de fait et en distinguant ces situations par rapport à des précédents.

**A Jean Baechler :** Qu'est-ce qui différencie un système qui pratique le syllogisme juridique et un système qui pèse deux situations de fait au regard de règles de droit ? On peut estimer que l'un des systèmes est contaminé par l'autre lorsque le syllogisme juridique ne permet plus de régler les questions qui se posent. Cela se produit notamment quand se présentent plusieurs solutions possibles. Il convient alors – et cela se produit fréquemment au sein de la Cour de cassation où les avis des dix-neuf membres peuvent différer fortement sur une même question – de prendre en compte d'autres considérations que les simples arguments juridiques, à savoir des considérations dans l'ordre économique et dans l'ordre social, dans lesquels on voudra inscrire la jurisprudence.

S'il y a deux manières d'interpréter la loi et que l'une est socialement ou économiquement plus favorable que l'autre, il faudra prendre en compte les éléments qui incitent à prendre l'option la plus sociale ou la plus économique.

Il apparaît donc que dans le mécanisme d'application de la loi par le syllogisme judiciaire subsistent des espaces très larges d'interprétation en fonction de considérations autres.

**A Alain Plantey et à Bernard Bourgeois :** La jurisprudence doit rester une source d'interprétation interstitielle, dans les champs que lui laisse la généralité de la loi, mais, dans cette interprétation, elle est évidemment amenée à prendre en considération un certain nombre d'éléments. Toute la question est de savoir si ces éléments déterminants doivent être dits clairement par la Cour ou s'ils doivent être dissimulés. Devons-nous éclairer l'argumentation juridique d'autres considérations, éthiques, sociales, économiques ? Je crois qu'il faut prendre en compte tous ces facteurs qui viennent influencer sur la solution jurisprudentielle dégagée de l'interprétation stricte de la loi. Par conséquent, s'il faut connaître du social, de l'économique ou de l'éthique, il vaut mieux clairement l'afficher.

Notre tradition juridique veut qu'une situation de fait, telle que posée par les juges, soit appliquée à une règle de droit, telle que déterminée par la Cour. A la Cour de cassation comme au Conseil d'Etat, on dispose de documents qui sont accessoires à la décision, à savoir les travaux du rapporteur, qui posent la problématique de la question. Et si le rapporteur propose à la Cour plusieurs solutions qui tiennent compte d'arguments juridiques mais également d'autres éléments, ces considérations doivent figurer dans son rapport. Ainsi saura-t-on quels éléments la Cour a intégrés dans son raisonnement.

**A Roland Drago :** Je ne soutiens pas que la Cour doive s'arroger un pouvoir de création du droit autonome. Mais je pense que l'interprétation du droit laisse des grands champs d'initiative au juge, ne serait-ce que parce que le sens de la loi a pu vieillir. Et si l'on entend les philologues dire que la traduction française d'un texte étranger est à reconsidérer tous les vingt ans, il est clair que l'on ne peut fonder une interprétation du Code civil de 1804 sur le sens syntaxique littéral de ce code tel qu'il était dans le contexte économique et social de l'époque. Des considérations contextuelles sont donc absolument nécessaires lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi.

\*

\* \*