

**Conférence à l'Académie des sciences morales et politiques**  
**– 13 novembre 2006 –**

**Vision prospective de la Cour de cassation**  
*par Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation*

« *Ce que nous voyons advenir advient ; mais il pouvait autrement advenir* ».  
Montaigne, *Essais*, II, 29

***Introduction***

1 - L'avenir de la Cour de cassation est-il prévisible ? Peut-on en avoir une vision prospective ? N'est-il pas arrogant, impudent ou imprudent de prétendre le percevoir et davantage encore l'inspirer ? Le sujet est ambitieux et très certainement téméraire celui qui prétend le traiter. Devant un auditoire aussi prestigieux, l'exercice présente de multiples risques ; celui de l'indifférence me semble le plus grave.

2 - Historiens et sociologues du phénomène bureaucratique savent que les institutions sont en devenir<sup>1</sup> ; elles ont un passé et un futur, elles évoluent au gré de facteurs endogènes, d'influences externes, des relations de pouvoirs sinon de l'action de leurs chefs. Et si diriger est imposer une orientation stratégique, faut-il encore la connaître et la désigner, autrement dit en avoir une perception, sinon une anticipation politique, qu'elle soit progressiste ou non ; elle existe en tout cas, et n'est pas sans incidence même si elle est conservatrice, voire immobiliste<sup>2</sup>. Qu'est-il finalement de plus dangereux ? N'être pas conscient des lignes de mouvement ? Les connaître ou les déterminer mais les taire au risque de se tromper en secret ? Assurément, la responsabilité commande d'en oser l'aveu, elle oblige à énoncer son dessein institutionnel, ne serait-ce que pour l'ouvrir à la discussion.

3 - Pour Gaston Berger, inventeur du concept, la prospective ne cherche pas à devancer le futur dans la ligne du présent, sur le modèle du présent ; elle cherche à devancer les styles de conduite inventés à partir d'un schéma d'avenir et elle se dispose à instaurer les conditions qui pourront les favoriser s'ils contribuent à un réel progrès. « *Demain ne sera pas comme hier, il est nouveau* »<sup>3</sup>. C'est donc à tracer les lignes de progrès de la Cour de cassation qu'il faut s'essayer.

4 - Comme il en est de toute institution, la trajectoire de la Cour de cassation trouve son point de lancement dans l'histoire. Aussi forte qu'en soit l'imagination, le futur s'arrime à la rétrospective laquelle commande un rapide retour sur la progression de la Cour, au moins

---

<sup>1</sup> V. Michel Crozier, *Le Phénomène bureaucratique*, Paris, Le Seuil, 1963

<sup>2</sup> V. Antoine Garapon et Sylvie Perdrille, *Quelle autorité ?*, Hachette, 2003 ; Emmanuel Dockès, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2004, pp. 63 et s. ; Jean-Pierre Raffarin, *Pour une nouvelle gouvernance*, L'archipel, 2002

<sup>3</sup> Gaston Berger, *Phénoménologie du temps et prospective*, 1964

depuis son origine moderne, le Tribunal de cassation (I), avant d'en discerner les prolongements à partir desquels se dégage, dans le champ des possibles, une vision prospective (II).

### ***I – Du service de la loi à la régulation du droit***

5 - D'un point de vue historique<sup>4</sup>, la Cour de cassation a évolué d'une mission volontairement réduite d'assistance à la loi, strictement assignée par le constituant révolutionnaire<sup>5</sup>, vers des fonctions jurisprudentielles et juridictionnelles conquises au XIX<sup>e</sup> siècle. L'appropriation du pouvoir d'interpréter la loi et de juger s'est accompagnée, au siècle suivant, d'une dérive qui a affecté la nature même de la Cour de cassation, en provoquant une durable crise de son fonctionnement.

#### ***A – De l'assistance à la loi à l'interprétation de la loi***

6 - Juridiction suprême de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation est unique, ainsi que le proclame l'article L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire (devenu l'article L. 411-1<sup>6</sup>) : « *Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation* ». Elle est la continuatrice d'une section du Conseil du Roi, le Conseil des parties, qui examinait les recours formés notamment contre les arrêts des Parlements. En deux siècles, le Tribunal, devenu Cour de cassation par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, a transcendé la place qui lui était originellement assignée dans l'organisation judiciaire. Cette évolution est caractérisée par une extension importante de son rôle au sommet de l'appareil juridictionnel avec, corrélativement, une augmentation considérable de son activité.

7 - Institué pour veiller au respect de la loi par les juges dans un système de stricte séparation des pouvoirs à la Montesquieu, le Tribunal de cassation était établi auprès du corps législatif afin d'unifier l'application du droit écrit dans la seule interprétation du législateur et de sanctionner les empiètements du pouvoir judiciaire dont l'Ancien Régime avait fourni maints exemples. De ce fait, il était tout à la fois privé du pouvoir d'interpréter la loi et de l'office de jugement.

8 - Par glissements successifs, la stérilisation de la juridiction de cassation n'a toutefois pas survécu à la période révolutionnaire de sorte que, s'affranchissant du carcan législatif, la Cour a progressé tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle vers une émancipation marquant l'âge d'or de la jurisprudence<sup>7</sup>. Alors put s'épanouir par une succession de grands arrêts, sa fonction interprétative, on dit normative, selon des techniques contextuelles de plus en plus distantes du sens littéral de la loi et de la volonté de son auteur, pour finalement imposer la jurisprudence comme source de droit gouvernant de manière autonome des pans importants du domaine juridique, comme la responsabilité ou le contrat.

#### ***B – De la subordination au législateur à la fonction juridictionnelle***

---

<sup>4</sup> Jacques Boré et Louis Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2003-2004, pp. 1-18

<sup>5</sup> V. Jean-Louis Halperin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790 – 1799)*, LGDJ, 1987

<sup>6</sup> Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale

<sup>7</sup> Emile Chénon, *Origines, conditions et effets de la cassation*, Larose et Forcel, 1882

9 - Fondé sur un contrôle exigeant de la discipline du jugement, le mouvement d'insertion de la Cour de cassation dans le mécanisme juridictionnel fut moins apparent mais tout aussi puissant. De recours exceptionnel portant sur la légalité des décisions de justice, le pourvoi s'est transformé en un contrôle du « bien juger », compris non seulement comme une exacte interprétation de la loi de procédure, mais aussi comme la mise en œuvre correcte d'une méthode de jugement normalisée par la jurisprudence.

10 - En même temps, s'est répandu, sous l'influence européenne, le dogme du droit au juge dans lequel la Cour de Strasbourg a compris la Cour de cassation<sup>8</sup>. Il s'ensuit que, dès qu'une telle cour existe, toute personne est en droit de lui faire vérifier la légalité de la décision rendue en dernier ressort et qui lui fait grief. De ce fait, le contrôle de légalité constitue une voie de recours à épuiser avant de faire sanctionner l'Etat, par la Cour européenne des droits de l'homme, pour une violation de la Convention tandis que, dans l'ordre communautaire, par un raisonnement semblable, si l'on entend faire poser une question d'interprétation des traités, on doit poursuivre le procès jusqu'à la Cour de cassation, seule tenue, en tant que juridiction statuant sans recours interne, de saisir la Cour de Luxembourg d'une demande préjudicielle.

11 - Si radical fut le phénomène de banalisation du recours en cassation qu'il modifia profondément les méthodes et la structure de la Cour et provoqua une dérive institutionnelle de plus d'un demi-siècle. Par un enchaînement perturbateur, la croissance incontrôlée du contentieux de cassation fut tout à la fois la conséquence d'une dénaturation de la Cour et la cause de graves désordres dans ses pratiques. Le développement simultané d'une jurisprudence interprétative foisonnante, variable dans le temps et d'un contrôle pointilleux de la méthode de jugement, a peu à peu provoqué un nombre considérable de pourvois, d'autant plus qu'un taux de cassation important, plus de 20 % des arrêts examinés en matière civile, et, en certains domaines, le caractère aléatoire des solutions, ajouté à un effet dilatoire des délais de jugement, incitaient les plaideurs à tenter leur chance. Participant au mécanisme contentieux, la Cour de cassation en a subi les avatars : une progression spectaculaire dans la seconde moitié du XXème siècle, suivie d'une lente récession dans les dix dernières années<sup>9</sup>.

12 - Ainsi, du mois d'avril 1791 au mois d'avril 1792, première année de fonctionnement du Tribunal de cassation, le nombre d'arrêts était de 557<sup>10</sup>, en 2001, point culminant du phénomène, le nombre de pourvois était de 32.500. Accompagnant l'invasion contentieuse sans chercher à l'endiguer, la politique judiciaire s'est laissée aller à la suivre avec retard en augmentant, de temps à autre, les moyens de la Cour. Conçue et organisée à l'origine en trois chambres pour un nombre limité à moins de 50 conseillers, elle en comprend aujourd'hui près de 200 si on y inclut les conseillers référendaires, corps de juges plus jeunes, créé en 1967<sup>11</sup>. Dans leur ensemble, ces juges sont maintenant répartis en six chambres, une chambre criminelle et cinq chambres civiles, elles-mêmes divisées en sections et sous-sections et statuant désormais, pour la majorité des affaires, en des formations réduites à trois membres.

---

<sup>8</sup> CEDH, *Levages Prestations Services c. France*, décision du 23 octobre 1996, *Recueil 1996-V*, p. 1544, § 44 ou encore *Annoni di Gussola et autres contre France*, arrêt du 14 novembre 2000, *Recueil 2000-XI*, §54 (« *La Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention n'oblige pas les Etats contractants à instituer des cours d'appel ou de cassation. Toutefois, si de telles juridictions sont instituées, la procédure qui s'y déroule doit présenter les garanties prévues à l'article 6, notamment en ce qu'il assure aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à « leurs droits et obligations de caractère civil »* »)

<sup>9</sup> Jean-François Weber, *La Cour de cassation*, La documentation française, 2006, pp. 13 à 21

<sup>10</sup> Seule donnée disponible, V. Jean-Louis Halpérin, thèse précitée

<sup>11</sup> Loi n°67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation

13 - Enfin, si la Cour, au moins en matière civile, a connu une phase de sélection préalable et obligatoire des pourvois opérée par la chambre des requêtes, la suppression de celle-ci en 1947<sup>12</sup> a eu pour conséquence un accès incontrôlé auquel il n'a été mis fin qu'en 2002 par l'instauration, bien tardive, d'une procédure de non admission<sup>13</sup>, reprise de celle du Conseil d'Etat.

14 - Ainsi provoqué, le phénomène inflationniste s'est de lui-même renforcé, le nombre de décisions rendues a brouillé la jurisprudence, la multiplication des formations de jugement accru les risques d'incohérence, le processus de production de masse et l'allégement des méthodes d'examen fragilisés les décisions, l'ensemble entraînant tout à la fois une perte d'autorité et une incertitude juridique propices à la multiplication des recours. Sans qu'on l'ait spécialement voulu, réfléchi ni programmé, d'organe à vocation limitée placé auprès du corps législatif dans le seul but d'unifier l'interprétation de la loi, la Cour de cassation, s'est transformée en une juridiction traitant d'un contentieux considérable, selon des méthodes de production de masse plus ou moins rationalisées. Elle a de ce fait perdu de vue sa mission principale d'interprétation unificatrice de la loi.

15 - Perçue comme intolérable, la situation a provoqué, à partir des années 60, la création de multiples commissions, groupes de réflexions et études destinés à proposer des solutions de redressement. Si la plupart ont justement posé le diagnostic, aucun n'est parvenu à des mesures autres que d'expédient impropres à inverser la tendance éloignant peu à peu la Cour de sa fonction première.

16 - La situation était devenue si critique, qu'en 1995, excédé par la paralysie, le procureur général, lors de l'audience de début d'année judiciaire, réduisit, par provocation, son discours à une brève citation latine évoquant l'ignorance passive des soldats romains lors de l'irruption du Vésuve : « *Ils jouaient aux cartes tandis que le volcan avançait pour les engloutir* »<sup>14</sup>.

17 - Depuis lors, par une prise de conscience salutaire, c'est finalement de l'intérieur que se sont dégagés les objectifs d'une politique d'action à long terme, la Cour proposant, d'elle-même, une vision prospective partant de la mise en œuvre d'une politique jurisprudentielle réglant la crise pour ensuite préfigurer ce que l'on osera nommer la « gouvernance »<sup>15</sup> du système juridictionnel.

## ***II – De la régulation jurisprudentielle à la gouvernance de la justice***

18 - Il y a une quinzaine d'années, le professeur Bruno Oppetit, évoquant le rôle créateur de la Cour de cassation, soulignait « *le chemin parcouru depuis les deux derniers siècles par la voie de la cassation, devenue, de prérogative de justice retenue, puis de sentinelle établie pour le maintien des lois, un moyen de régulation de la réalisation judiciaire du droit* »<sup>16</sup>. Il n'était alors plus question de faire la preuve de l'influence de la jurisprudence mais de porter attention aux mécanismes mêmes par lesquels se manifeste sa créativité - interprétation

---

<sup>12</sup> Loi n°47-1366 du 23 juillet 1947

<sup>13</sup> Par la loi organique n°2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002

<sup>14</sup> Pierre Truche, 6 janvier 1995, ce discours peut être consulté sur le site Internet de la Cour de cassation, [http://www.courdecassation.fr/br\\_institution\\_br\\_br\\_1/audiences\\_solennelles\\_59/debut\\_annee\\_60/discours\\_prononces\\_9228.html](http://www.courdecassation.fr/br_institution_br_br_1/audiences_solennelles_59/debut_annee_60/discours_prononces_9228.html)

<sup>15</sup> V. Philippe Moreau-Defarges, *La gouvernance*, PUF, 2003

<sup>16</sup> Bruno Oppetit, « Le rôle créateur de la Cour de cassation », in *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La documentation française, 1991

extensive de la loi, participation à son élaboration, mise en œuvre de normes supérieures. Selon qu'il s'agit d'interpréter la loi ou de contrôler la méthode de jugement, ces mécanismes qui relèvent tout autant de la régulation jurisprudentielle que de la régulation juridictionnelle préfigurent à partir de ses missions traditionnelles - normatives et disciplinaires - un rôle modifié de la Cour, une autre image d'elle-même, un rapport différent avec l'institution judiciaire, un changement de posture à l'égard de la loi et des autres pouvoirs<sup>17</sup>.

## ***A – La régulation du droit***

19 - La réflexion sur la politique jurisprudentielle participe de cette prise de conscience du rôle de la jurisprudence. Elle revient à admettre que la Cour de cassation a vocation, par ses décisions, à envisager - et donc à rechercher - les moyens les plus utiles de remplir sa mission. Avoir une politique, c'est, en effet, précisément faire des choix, dégager des priorités et agir.

### ***1 – La régulation jurisprudentielle***

20 - Pour entreprendre une action sur l'institution dans ses relations avec le corps social, il faut discerner les attentes du public et les rapporter aux missions de la Cour. De ce point de vue, la sécurité est la revendication centrale dans l'interprétation de la loi, tandis que la qualité est, à coup sûr, le défi majeur de la production judiciaire.

#### ***a – Sécuriser l'interprétation de la loi.***

21 - Sécuriser l'interprétation de la loi, c'est d'abord faire en sorte que, où qu'ils soient, tous ses lecteurs, en particulier les juges, la comprennent et l'appliquent de manière uniforme sous le contrôle d'un régulateur central. Mais c'est aussi assurer la continuité dans le temps de ces interprétations. L'exigence est tout à la fois de cohérence et de constance<sup>18</sup>.

22 - Du point de vue de la cohérence interprétative s'est d'abord posée la question des divergences internes à la Cour. Qu'ils soient accidentels ou délibérés, conjoncturels ou fondamentaux, de tels écarts d'interprétation entre les chambres sont évidemment intolérables. Ils témoignent de la méconnaissance de la mission unificatrice de la Cour ; ils sont la négation du principe même de son existence. Elle en fut consciente et il suffit pour les régler, ce qui est maintenant chose faite, de prévoir les moyens appropriés d'y mettre fin.

23 - Un autre stade de la même démarche consiste à éviter que des interprétations opposées d'un même texte se propagent dans les juridictions du fond. Pour cela, il faut les connaître avant qu'elles ne se révèlent tardivement, au gré des pourvois après le développement, étalé dans le temps, d'importants foyers contentieux. La Cour se dote actuellement de moyens d'observation modernes qui lui permettent de discerner, dans la masse des arrêts des cours d'appel, les points sur lesquels elle doit, prioritairement, faire porter sa mission interprétative en choisissant dans les affaires pendantes, celles qui sont adaptées à une solution rapide.

24 - Sécuriser l'interprétation de la loi, c'est encore veiller à ce que, dès leur promulgation ou leur publication, les textes soient immédiatement appliqués de manière uniforme par l'ensemble des juridictions. A cette fin, ont été mis en place des procédés de liaison avec les

---

<sup>17</sup> V. Frédéric Zenati, « La nature de la Cour de cassation », *BICC* n° 575 du 15 avril 2003, pp. 3-10

<sup>18</sup> V. Frédéric Zenati, précité, pp. 5 et s. ; Dominique Foussard, « La Cour de cassation française et l'unification du droit », in *Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Colloque de Beyrouth des 13 et 14 mai 1999, Bruylant, 2001

tribunaux aux fins de désamorcer, dès les premiers mois d'application des textes nouveaux, notamment par la procédure d'avis<sup>19</sup>, les poches de contentieux qui mettraient parfois des années à se résorber par l'épuisement des voies de recours.

25 - L'ensemble du dispositif a finalement pour objectif de mettre fin à une attitude passive de la Cour, traitant les affaires les unes après les autres et de manière égale, au profit d'une sélection éclairée de ses champs d'intervention prioritaires et des affaires qui justifient une étude approfondie. Comme toute cour suprême, la Cour de cassation entend maîtriser son agenda.

26 - Mais il ne suffit plus désormais d'assurer l'unité du droit national. De nombreux traités internationaux sont d'application directe dans notre système juridique, les principaux, mais non les seuls, étant les traités européens, qu'il s'agisse du droit communautaire ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. De plus en plus saisie de moyens fondés sur ces textes internationaux, la Cour de cassation joue un rôle fondamental de mise en cohérence du droit interne avec le droit international. Là encore, il lui faut observer la jurisprudence des cours européennes pour discerner en quoi elle a une incidence sur le droit interne et quels aménagements elle impose. Les moyens d'action sont, en ce cas, les mêmes : détecter les incompatibilités et les traiter par préférence en choisissant activement les espèces adéquates.

27 - Il est clair que ce travail de mise en conformité qui place la Cour en articulation entre le droit international et le droit national ne se fait pas sans conflits de pouvoir, avec le législateur lorsqu'elle a pris sur la loi, avec le pouvoir réglementaire lorsque est en cause la compatibilité d'un règlement avec une norme internationale. Ces conflits ont atteint leur paroxysme avec la technique des lois de validation qui visent à anéantir une interprétation jurisprudentielle désapprouvée par le parlement au moyen de dispositions légales applicables aux litiges en cours, initiative aussitôt sanctionnée par la Cour européenne<sup>20</sup> comme une immixtion du législateur, contraire à l'indépendance de la justice, dans le processus de jugement. La polémique actuelle sur la juridiction compétente, judiciaire ou administrative, pour apprécier la compatibilité, dans une instance prud'homale, du dispositif relatif au contrat nouvelle embauche à une norme internationale édictée par l'Organisation internationale du travail n'est pas autre chose qu'un conflit de pouvoir entre le gouvernement et l'autorité judiciaire. Cette situation qui place le juge national aux limites de deux corps de règles qu'il est chargé d'appliquer en donnant la primauté au droit international provoque un bouleversement considérable, sans doute le plus important depuis la fondation de la Cour, dans l'univers juridique et l'organisation judiciaire en ce qu'il remet en cause la pertinence de la séparation des juridictions administratives et judiciaires et soumet la loi comme le décret à un contrôle juridictionnel de conventionalité.

28 - En marge de ces évolutions majeures, la politique de sélection active des affaires prioritaires suppose que les moyens de la Cour soient redéployés pour permettre un traitement rapide et en profondeur des questions de droit pertinentes et sensibles, en même temps qu'écartées, par des moyens simples, allant jusqu'à la non admission sans motifs, des affaires qui ne posent aucune question sérieuse et qui, de ce fait, ne justifient pas que soient exposés

---

<sup>19</sup> Instituée devant le Conseil d'Etat par la loi n°87-1127 du 31 décembre 1987, la « saisine pour avis » a été étendue à la Cour de cassation par la loi n°91-491 du 15 mai 1991, en matière civile, et par la loi n°2001-539 du 25 juin 2001, en matière pénale. V. Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 2004, pp. 182 et s. ; Loïc Cadiet, *JCP* 1992, I, 3597

<sup>20</sup> Cour EDH, Zielinski et Pradal Gonzalez et autres contre France, arrêt du 28 octobre 1999, Recueil 1999-VII

en vain les moyens, nécessairement comptés, que l'Etat met à la disposition de la justice. Il s'agit, en définitive, de réguler la fonction juridictionnelle pour mieux remplir la mission jurisprudentielle. Pour donner une idée des enjeux, on relèvera qu'en 2005, 32.600 arrêts ont été rendus, dont seulement 2.000 ont été publiés aux bulletins officiels de la Cour tandis que 400 sont cités à son rapport annuel. C'est à ce dernier chiffre que s'évalue le nombre des arrêts ayant une réelle portée normative.

29 - Dans la démarche d'adaptation de la loi aux évolutions économiques et sociales ou pour régler les grandes questions de société non décidées par le législateur, il est utile à la Cour de créer un espace de discussion sur des approches différentes du droit, l'analyse économique, la recherche sociologique, la réflexion fondamentale et la science comparative élargissant son champ de vision. Tel est le but des cycles de conférences organisés en son sein avec de grands partenaires. Telle est aussi la raison de la création d'un corps de conseillers en service extraordinaire apportant aux délibérés l'enrichissement d'une expérience acquise dans des disciplines autres que juridiques ou par l'exercice d'activités dans le monde de l'économie.

30 - Lorsque se dégage la perspective d'une nouvelle interprétation de la loi ayant une portée dépassant le strict rapport des parties, il est tout aussi nécessaire que les groupes d'intérêt concernés puissent s'exprimer. C'est la technique de l'*Amicus Curiae*<sup>21</sup> qui, dans le processus de fixation du droit par la jurisprudence, offre la possibilité de considérer les arguments de ceux dont les intérêts sont potentiellement affectés, technique qui permet, au passage, de renouveler les missions du parquet général de la Cour se désignant comme l'instrument privilégié de cette ouverture sur l'environnement économique et social. Il est, en effet, aujourd'hui indispensable de sortir d'un débat cantonné aux seuls arguments juridiques qui, souvent, se neutralisent, déterminent des solutions opposées et qui quelquefois même se succèdent dans le temps avec un même label de conformité légale. Le droit moderne ne trouve plus en lui-même sa propre justification.

31 - De la même manière, ainsi que l'a exposé, ici même, le professeur Basil Markesinis, sur certaines questions universellement posées dans tous les systèmes juridiques, mettant généralement en jeu des droits fondamentaux, il est indispensable de connaître les solutions dégagées par les grandes Cours suprêmes<sup>22</sup>. Ce sont alors les techniques du droit comparé qui sont mobilisées pour éclairer notre juge de cassation et lui fournir les références extérieures lui faisant aborder ces grandes questions dans une dimension mondiale.

32 - A la faveur de ces nouvelles méthodes, la Cour se recentre sur son métier primaire : assurer, par l'interprétation, l'unité du système juridique, faire en sorte que la loi interne soit uniformément lue et appliquée, en cohérence avec le droit européen et les conventions internationales, en conformité avec les droits fondamentaux et en harmonie avec une compréhension universelle des grandes questions éthiques, culturelles ou de société.

---

<sup>21</sup> Y. Laurin, « L'*amicus curiae* », *JCP*, 1992, I.3603, pp. 345 et s. ; C'est sous la présidence du premier président Pierre Drai, qui a plaidé pour l'*amicus curiae* en droit français, que cette notion a été introduite par la Cour de cassation (Ass. pl., arrêt du 31 mai 1991 prohibant la pratique des maternités de substitution, rendu après qu'ait été entendu le professeur Jean Bernard, président du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *JCP*.1991.II.21752, note F. Terré)

<sup>22</sup> Sir Basil Markesinis, "Le droit étranger devant le juge américain et le juge français", *Académie des sciences morales et politiques*, séance du 13 mars 2006, <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2006/markesinis.htm> ; voir aussi "The judge as comparatist", *Tulane law review*, nov. 2005

33 - L'exigence de sécurité dans l'interprétation de la loi revêt aussi une dimension temporelle<sup>23</sup>. Bien qu'il ne s'agisse finalement que d'assurer la continuité de la jurisprudence, la question est plus difficile qu'il n'y paraît. S'il est envisageable et indispensable d'inciter les juges à plus de constance dans leurs interprétations de la loi et de les convaincre de n'en changer qu'en cas de nécessité impérieuse et en connaissance des conséquences du renversement, il est plus difficile de tenir compte des anticipations légitimes fondées sur le sens précédemment donné à la loi pour moduler dans le temps l'application des nouvelles règles jurisprudentielles. De récentes affaires révèlent toutefois les vives attentes des opérateurs économiques à cet égard, mais ce n'est finalement que dans des cas assez rares que se justifierait l'application différée des solutions innovantes. Ces questions étant actuellement débattues devant la Cour, il est difficile d'en dire davantage. Les solutions sont, en tout cas, gouvernées tout autant par les impératifs du droit interne que par ceux du droit européen, qu'il s'agisse de l'exigence de sécurité juridique ou de confiance légitime érigée par l'ordre communautaire en principes généraux du droit ou des règles du procès équitable fixées à partir de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Immanquablement, la solution retenue retentira sur la qualité de la méthode contentieuse de règlement des litiges.

#### ***b – Assurer la qualité de la méthode contentieuse.***

34 - Investie de la police du jugement, la Cour de cassation procède au stade ultime du processus à un contrôle de la qualité de la justice rendue. Construit comme un instrument critique, le pourvoi rationalise cet examen en conduisant à vérifier tout à la fois la régularité de la procédure et la validité du raisonnement. Individuellement, l'arrêt de cassation est le constat des manquements entachant le jugement au regard de l'un ou l'autre de ces griefs, vice de procédure ou faute logique. Collectivement, par la jurisprudence tirée de la succession des arrêts de cette nature, se construit une norme de référence du bon jugement. Doit-on s'arrêter là ?

35 - La question est porteuse d'enjeux considérables. Sur le plan interne est à restaurer la confiance dans la justice, à rendre la résolution judiciaire des litiges crédible et opérationnelle, c'est-à-dire à assurer l'égalité devant la loi par un accès effectif au juge qualifié, dans l'espace européen dit de « liberté, de sécurité et de justice ». Il s'agit de normaliser la production judiciaire pour rendre effective la reconnaissance mutuelle des décisions de justice par l'ensemble des Etats membres de l'Union, point central de la coopération judiciaire européenne, tandis que, dans le champ international, est à démontrer l'aptitude de notre système juridique et juridictionnel à protéger efficacement la circulation de la richesse et à favoriser le développement économique.

#### ***B – La gouvernance judiciaire***

36 - Prenant en compte ces défis et dans le dessein de sécuriser le processus judiciaire, la Cour prolonge son action traditionnelle dans deux directions préventives, la formalisation de la méthode de jugement et la mise en œuvre d'une démarche de qualité. Dans une conception progressiste de sa mission créatrice de droit, elle doit aussi introduire de nouveaux paramètres dans ses critères d'interprétation et imaginer des procédés propres à rapprocher le droit de la société.

---

<sup>23</sup> V. le rapport *Molfessis* sur les revirements de jurisprudence, 30 novembre 2004 ; et le rapport du groupe de travail présidé par Michel Pinault sur « l'incertitude et la sécurité juridique », colloque du 17 mars 2005 – Cour de cassation, [http://www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2005\\_2033/publique\\_incertitude\\_8046.html](http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/publique_incertitude_8046.html)



## *1 – Par la mise en œuvre d'une démarche de qualité de la justice*

37 - Formaliser la méthode, c'est tirer de la jurisprudence sur la discipline du jugement des principes positifs du bien juger et les proposer aux juges dans une démarche incitative et pédagogique visant à éviter les erreurs et défauts de la production judiciaire. Progressivement, s'élabore un corps de normes de référence encadrant la forme et la motivation des jugements. L'objectif est de mettre à la disposition des juges un ensemble de préceptes indicatifs dont le respect place leurs décisions à l'abri d'annulations très préjudiciables aux plaideurs. Rien n'est plus désespérant que de subir une cassation pour violation des règles formelles commises par le juge lorsque l'on a raison sur le fond.

38 - S'il n'a jamais été pratiqué dans notre espace judiciaire, le procédé n'est pas nouveau, il consiste dans l'édition de règles souples d'élaboration des décisions de justice. C'est, par exemple, celui par lequel la Commission européenne établit les lignes directrices d'application du droit communautaire par les juges nationaux en mettant en perspective les acquis de la jurisprudence. Indiscutablement, il rend plus sûr, plus prévisible et plus transparente la méthode de jugement. Le progrès consiste à le systématiser et à l'inclure dans les cycles de formation des juges.

39 - Au-delà, il s'agira d'intéresser les juges eux-mêmes à l'élaboration de bonnes pratiques judiciaires, c'est-à-dire à des normes référentielles de comportement dans des situations-types, et d'y procéder selon des processus d'élaboration consensuels inspirés de ceux mis en oeuvre par certaines professions, de santé ou du chiffre par exemple. Le développement de ces techniques présenterait l'avantage d'informer les usagers sur ce qu'ils sont en droit d'attendre de l'institution judiciaire et, pour les juges, de les inciter à se doter, eux-mêmes, de règles guidant leurs gestes professionnels ou fondant une déontologie partagée..

40 - Le programme vise, en définitive, à la mise en place, au sein de l'institution judiciaire, d'une démarche de qualité destinée à assurer le crédit de la justice. La qualité est, en effet, selon les indicateurs dont on dispose, fortement revendiquée par le public. Pour autant, la Cour de cassation a-t-elle la légitimité de la conduite d'un tel programme ? Certes, elle n'est pas placée à l'égard de l'institution judiciaire dans un rapport hiérarchique. A la différence de l'ordre juridictionnel administratif et de celui des comptes, on lui dénie tout pouvoir sur l'administration et la gestion des juridictions, en méconnaissance, me semble-t-il, du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire voulu par la Constitution, lequel, pour être effectif, devrait comprendre l'autonomie administrative et la maîtrise des moyens. A l'instar de la révolution judiciaire britannique, c'est en ce sens qu'évoluent tous les systèmes du monde, européens en particulier.

41 - De ce refus d'une autorité judiciaire autonome et organisée à partir de la Cour de cassation, peut être tiré un argument positif. A défaut de rapport hiérarchique, la Cour exerce sur l'ordre judiciaire une autorité jurisprudentielle. C'est, me semble-t-il, un concept inexploré de la science administrative qui mériterait d'être précisé. Différent de la subordination bureaucratique, il possède des ressources plus riches, plus subtiles et, en définitive, plus adaptées à l'époque moderne pour réguler le fonctionnement de la justice. Définir des méthodes de jugement par le débat judiciaire, responsabiliser les juges et les conduire à prendre en charge la normalisation de leurs pratiques comme de leur déontologie, définir de manière participative des principes de comportements connus et approuvés par les professionnels de justice et le public, adhérer à un mouvement de sécurisation du droit et

d'efficacité des juridictions pour regagner la confiance est, me semble-t-il, un défi qui mérite d'être relevé.

42 - C'est donc la gouvernance de la justice par l'autorité de la Cour de cassation qui dessine le schéma d'avenir. Après avoir déjà exposé les styles de conduite de la Cour à l'égard des juridictions, il faut, pour terminer, les appliquer à sa propre fonction normative en y introduisant plus de transparence, de crédibilité, de responsabilité et de contrôle public.

## ***2 – Par la rénovation de la jurisprudence***

43 - L'axe majeur de rénovation de la fonction jurisprudentielle serait d'affirmer clairement le rôle normatif de la jurisprudence et d'en tirer toutes les conséquences. Il n'est plus réaliste aujourd'hui d'affirmer que le rôle du juge est de dire le droit sans jamais le créer. Le nier, c'est l'autoriser à le faire sans règle, de manière arbitraire et sans soumettre son pouvoir à un contrôle quelconque. On sait que l'application de la loi ne peut exclure l'interprétation, c'est la vision prémonitoire de Portalis selon laquelle la loi ne peut exister qu'avec l'interprétation qu'en fait la jurisprudence dans un rapport de complémentarité nécessaire.

*L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.<sup>24</sup>*

44 - Comme toute cour suprême, la Cour de cassation remplit un rôle d'adaptation de la loi aux attentes de la société, c'est-à-dire qu'elle place le droit au plus près des données culturelles, économiques et sociales actuelles. Si tel est son rôle, elle doit l'assumer dans la transparence et en soumettre l'exercice à débat public. Ce qui signifie qu'elle se donne les moyens de comprendre l'objectif du droit dans chacun de ses domaines, de dire ce qu'elle en a compris et qu'elle œuvre pour les atteindre, ce qui lui impose tout à la fois de concilier la nécessité de changement et l'exigence de stabilité, de préserver la cohérence normative du système juridique et d'en respecter les valeurs fondamentales, d'intégrer les limitations institutionnelles de l'autorité judiciaire et de s'y conformer, enfin de s'en tenir strictement à la perception que la société a du rôle du juge.

45 - Certains de ces points ont déjà été abordés, chacun d'eux mériterait un développement et j'ai déjà été trop long. Je me bornerai pour terminer à citer trois conditions majeures de cette vision nouvelle de la production de la jurisprudence.

46 - La première est que la Cour expose explicitement, clairement et complètement les données, valeurs, principes fondamentaux et autres considérations éthiques, sociales, culturelles, économiques circonstanciées qui fondent son jugement. C'est une question d'explication donc de motivation. Elle a été si souvent abordée qu'il n'est pas nécessaire d'y

---

<sup>24</sup> Discours préliminaire du premier projet de Code civil, prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, le 1er pluviôse an IX (21 janvier 1801)

insister. L'autorité d'une jurisprudence tient d'abord au raisonnement qui la sous-tend ; si celle de la Cour de cassation entend s'imposer par son autorité juridique et morale dans l'ordre interne, comme dans l'ordre international, elle doit compléter son appareil de motivation et y inclure ses raisons déterminantes. Une avancée importante a été accomplie avec la publication des travaux préparatoires du conseiller rapporteur. Un long chemin reste à faire pour y inclure les considérations masquées qui justifient la solution adoptée.

47 - Renouveler la fonction jurisprudentielle supposerait encore que soient clairement et expressément fixées les méthodes d'interprétation de la loi. On sait qu'a été écarté, parce que trop influencé de droit naturel, le livre préliminaire du Code civil qui en énonçait les principes et que, depuis lors, ces techniques sont abandonnées à la prudence sinon l'arbitraire des juges, de l'interprétation littérale issue du plus strict positivisme légaliste à des méthodes plus extensives qui peuvent aboutir à des solutions contraires au texte même de la loi. Si la jurisprudence s'érige en norme positive, elle doit indiquer les règles selon lesquelles elle se construit.

48 - Enfin, si la jurisprudence s'avoue comme une source de droit, doivent s'instaurer des rapports constructifs entre la Cour et les autres pouvoirs normatifs - législatif ou réglementaire - non plus sur le mode de la concurrence, de l'opposition et de l'affrontement mais sur celui de la coopération active. C'est d'une compréhension harmonieuse des relations des institutions qu'il s'agit, elle ne se satisfait ni de l'affrontement, encore moins de l'invective qui ruine l'autorité de l'Etat. Révélatrice des imperfections, des vides ou des inadaptations de la loi aux contextes de son application ou de son incompatibilité avec la norme internationale, la jurisprudence devrait être comprise comme un dispositif d'alerte incitant le pouvoir législatif ou réglementaire à en tirer toutes les conséquences dans l'intérêt général bien compris, davantage que dans une conception jalouse et stérile de la séparation des pouvoirs.

### **Conclusion**

49 - Regarder au loin, c'est accommoder jusqu'au point où s'estompe la vision. C'est à ce lieu focal ultime que j'ai tenté de vous conduire avec l'intuition d'une gouvernance de la justice par l'autorité juridictionnelle. Elle est sans doute encore schématique, incomplète, sans génie, pour toutes ces raisons, critiquable ; c'est sans doute que mon regard est myope et brouillé. On n'imagine qu'à travers ce que l'on connaît.

50 - Avec le recul, l'histoire de la Cour de cassation se perçoit finalement comme une conquête de pouvoir ; elle n'est pas la seule dans ce cas. L'itinéraire de toutes les hautes juridictions, internes et internationales, mériterait d'être revu à la lumière des thèses de Michel Crozier sur la sociologie des organisations. C'est pourquoi je vous livre en ultime remarque cette pensée de Aharon Barak, un immense juge, qui, il y a quelques jours encore, était président de la Cour suprême d'Israël, à qui je dédie ce propos qu'il a largement inspiré :

*« Le juge doit être conscient de son pouvoir ainsi que de ses limites. Dans une démocratie, les pouvoirs conférés au juge sont très importants. Le pouvoir judiciaire comme n'importe quel autre forme de pouvoir peut faire l'objet d'abus. Il faut que le juge comprenne que son pouvoir se limite à son rôle judiciaire proprement dit ».*

Et encore :

*« Une autre condition que je considère essentielle par rapport au magistrat, c'est la confiance du public, c'est-à-dire (...) la confiance dans le respect de la déontologie judiciaire ; la confiance accordée aux juges quant au fait qu'ils n'ont pas d'intérêt dans le contentieux et qu'ils ne luttent pas pour leur propre pouvoir mais pour la protection de la Constitution et de la démocratie... »*<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Aharon BARAK, "A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy", *The Harvard Law Review*, novembre 2002, vol. 116, n°1 (pour la version résumée et traduite en français de cet article : *RFDC*, 2006, n°66)