

## LA COUR DE CASSATION FACE AUX DÉFIS DU XXI<sup>E</sup> SIÈCLE<sup>1</sup>

Bertrand LOUVEL

*Premier président de la Cour de cassation*

LA COUR DE CASSATION, qui a deux cent dix ans, deux cent vingt-cinq si l'on ajoute le temps du tribunal de cassation, est en réalité l'héritière de la *Curia Regis* dans sa fonction juridictionnelle, née du besoin d'unité de l'application du droit dans le royaume. Le Roi censurait les arrêts des parlements sélectionnés par ses légistes selon une technique de cassation qui s'est affinée au cours des siècles pour sanctionner les défaillances des juges dans l'application du droit.

C'est cette Cour, semble-t-il immuable, qui est défiée aujourd'hui par le monde extérieur dans le château fort qu'elle occupe sur une île de la Seine, là où s'enfermait jadis l'ancienne Lutèce romaine.

On peut classer les défis auxquels elle est confrontée en trois ordres.

Il y a des défis existentiels qui mettent en cause le rôle traditionnel de la Cour en tant que Cour de cassation pour la solliciter davantage en tant que Cour suprême, ce qui affecte la nature du contrôle qu'elle exerce, et l'objet sur lequel il doit porter.

Il y a des défis institutionnels qui l'interpellent sur la coordination de ce

---

<sup>1</sup> Conférence magistrale dispensée par Monsieur Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation, à l'occasion de la séance solennelle de remise des diplômes de la 29<sup>ème</sup> promotion de l'Institut Portalis le mardi 17 mars 2015 à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-en-Provence.

qu'elle fait avec les autres cours supérieures nationales que sont le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, sur le rôle de son Parquet général, mais aussi sur le statut même de l'autorité judiciaire au sommet de laquelle elle se trouve.

Il y a des défis sociaux liés au développement de l'autonomie de l'individu et de la démocratie directe qui interrogent l'élitisme classique de la Cour de cassation et ses modes de communication dans la société moderne, défi de la mondialisation aussi qui transforme le paysage judiciaire et qui oblige la Cour à s'adapter aux besoins du justiciable international.

## I. – DÉFIS EXISTENTIELS

La Cour de cassation, dès ses origines sous l'ancien droit, et plus encore avec l'unité de la loi voulue par la Révolution, est conçue comme l'instance unificatrice de l'application de la loi dont la source unique est le pouvoir législatif interne (a). Par ailleurs, le principe d'égalité a naturellement imposé que tout justiciable puisse accéder à la Cour de cassation pour faire juger ses griefs contre une décision qui le concerne (b).

### A. – Les dernières décennies ont mis à rude épreuve le modèle de cassation légaliste.

C'est que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est entrée en scène pour exercer, après la Cour de cassation, un contrôle faisant appel à la notion d'équité venue de la *Common Law*. Là où le juge français était habitué à user de l'aphorisme « *la loi, toute la loi, rien que la loi* », la CEDH répond : oui, à condition que le résultat soit équitable, c'est-à-dire que l'application de la loi soit adaptée aux circonstances de l'espèce, nécessaire en raison de ces circonstances, et proportionnée à ces circonstances.

*Jus id quod justum est* : « le droit, c'est ce qui est juste », dit la doctrine naturaliste. Nous sommes au cœur de notre sujet.

Dans cette logique, la première chambre civile de la Cour de cassation a été amenée à rendre le 4 décembre 2013 un arrêt véritablement fondateur<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.066, *Bull.* 2013, I, n° 234 (cassation).

Il s'agissait du remariage d'une ex-épouse divorcée avec son ex-beau-père en méconnaissance de la prohibition édictée par le Code civil. L'ex-mari a agi en nullité du mariage. La Cour de cassation a écarté l'application de la loi interne française instituant la nullité du mariage car elle aurait eu des incidences disproportionnées sur la vie privée des intéressés compte tenu de la durée du second mariage.

La Cour a ainsi exercé un contrôle en rupture radicale avec celui de la stricte application de la loi qui faisait sa tradition ancestrale, ceci pour que son contrôle demeure efficient et que ne lui soit pas substitué celui qu'opère la Cour de Strasbourg.

La Cour de cassation réfléchit actuellement au périmètre du droit auquel il conviendrait d'étendre cette formule de contrôle.

En réalité, notre droit d'inspiration écrite est ici confronté à l'héritage de la tradition coutumière passé à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui en est profondément imprégnée à travers les notions d'équité et de proportionnalité.

Dans les pays de tradition écrite, la règle descend du légiste vers le justiciable sans que le juge puisse moduler son application au regard des circonstances de l'espèce. C'est pourquoi, dans ces pays, le juge, qui est assimilé à la loi aux yeux du justiciable, est rendu responsable des effets de cette loi que le citoyen juge inéquitables. D'où le phénomène d'incompréhension et même de divorce souvent évoqué dans les rapports du juge et du citoyen dans un pays comme la France.

Dans la tradition des pays de *Common Law* ou de droit naturel, c'est la loi qui monte du citoyen, de ses pratiques, de ses usages, de ses coutumes, vers le juge dont le rôle consiste à se faire l'interprète du droit voulu par le sens commun. C'est pourquoi on ne rencontre pas dans les pays de *Common Law* ce phénomène de fracture entre le juge et le citoyen, car ceux-ci sont unis par la proximité du droit venu du peuple et du droit appliqué par le juge.

C'est cette tradition qui s'est imposée dans le droit européen à travers la notion d'équité et qui impacte frontalement la tradition française, provoquant un choc de culture judiciaire majeur.

**B. – La Cour de cassation est amenée à s’interroger pareillement sur cet autre aspect de sa tradition inspiré cette fois du principe d’égalité auquel s’est identifiée la France issue de la Révolution, et qui veut que tout justiciable puisse accéder à la Cour pour faire juger un pourvoi.**

Actuellement, le rythme annuel est de 30.000 pourvois sur lesquels 80% environ sont rejetés. Un tel niveau d’activité est-il nécessaire pour que la Cour de cassation remplisse son rôle unificateur du droit, ou au contraire devrait-elle sélectionner les pourvois de façon à limiter ses interventions aux questions de principe sur le modèle d’un nombre croissant de cours suprêmes étrangères ?

La Cour réfléchit actuellement au contenu d’une réforme qui lui permettrait de s’engager dans cette voie en organisant à la source le filtrage des pourvois justifiant qu’elle remplisse son rôle unificateur.

En réalité, nous disposons déjà d’une procédure de contrôle allégé qui permet de déclarer non admis un pourvoi dépourvu de moyens sérieux, sans rendre d’arrêt motivé. Cependant, cette procédure implique l’examen habituel des moyens, et la pratique en a fait en réalité un contrôle complet qui a paralysé les potentialités de la réforme de la non-admission du pourvoi.

La force de la tradition légaliste et égalitariste imposera sans doute de passer par une réforme législative plus ambitieuse.

En effet, aucun principe conventionnel ou constitutionnel n’impose l’existence d’une autre voie de recours ouverte à tout justiciable après l’appel. Simplement, s’il est reconnu par la loi nationale, ce recours doit pouvoir s’exercer effectivement.

L’Allemagne a adopté une formule intéressante selon laquelle le juge d’appel lui-même apprécie s’il y a lieu d’autoriser le recours sous le contrôle de la Cour suprême qui est ainsi amenée à vérifier le sérieux d’un pourvoi à l’occasion du recours formé contre la décision de la cour d’appel refusant de l’ouvrir. De cette façon, se trouve conciliées la nécessité d’un filtrage et l’effectivité de l’ouverture du recours. La Cour de cassation intègre avec intérêt cette possibilité à sa réflexion actuelle.

Au-delà de ces évolutions qui mettent en cause le rôle traditionnel de la Cour (nature et niveau de contrôle, filtrage des pourvois), celle-ci est aussi confrontée à des défis institutionnels.

## II. – DÉFIS INSTITUTIONNELS

On peut les classer en trois catégories. Il y a ceux qui procèdent de l'éclatement des compétences juridictionnelles entre les trois ordres judiciaire, administratif et constitutionnel (a). Il y a le défi posé par la place et le rôle du Parquet général de la Cour de cassation (b). Il y a enfin le défi du statut même de l'autorité judiciaire à la tête de laquelle est placée la Cour de cassation (c).

**A. – La fonction juridictionnelle, la fonction de juger, est éclatée en trois ordres dans notre pays : par méfiance pour le juge judiciaire, la Révolution a voulu lui retirer le contrôle de l'administration. Par souci de légalisme, le juge judiciaire ne s'est jamais saisi du contrôle de constitutionnalité qui s'est organisé sans qu'il ait osé en prendre l'initiative.**

Les complications de procédure et d'accès au droit qui résultent de la multiplicité des juges à mobiliser pour le justiciable impliquent que s'instaure entre tous ces juges une communication institutionnelle.

Des modalités d'échanges permanents entre les chambres de la Cour et les sections du Conseil d'État ont été arrêtées au cours d'une rencontre en janvier dernier entre les chefs des Cours et les présidents de chambre et de section, de façon à mieux suivre le traitement des contentieux partagés et mieux identifier les risques de divergences de jurisprudence, sans attendre de s'en remettre aux lourdeurs et aux limites des interventions du Tribunal des conflits

L'une des questions majeures posées à la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle est bien sûr celle de la justification du maintien de deux ordres administratif et judiciaire séparés alors que le juge administratif a véritablement accédé au statut qui ne lui est plus sérieusement contesté de gardien des libertés publiques au même titre que le juge judiciaire face à l'intérêt général. En tous cas, c'est la justification principale de l'existence des deux ordres séparés qui se trouve ainsi remise en cause.

Pour ce qui est du Conseil constitutionnel, une rencontre entre les deux Cours vient également d'avoir lieu après cinq ans d'expérimentation de la question prioritaire de constitutionnalité (*QPC*). Cette rencontre a visé l'amélioration du fonctionnement du dispositif de la *QPC* et a d'ores et déjà permis de s'entendre sur une démarche commune tendant à éviter que la *QPC* soit utilisée comme un moyen dilatoire au cours de certains procès de nature pénale ainsi que le constat a pu en être fait à plusieurs reprises.

Enfin, au-delà des relations bilatérales de la Cour avec le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, nous envisageons une coopération tripartite pour nos problématiques partagées comme l'articulation du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité, en particulier en prévision de l'entrée en vigueur du protocole n° 16 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devant permettre aux Cours suprêmes des États de poser des questions préjudicielles à la Cour de Strasbourg sur le modèle existant déjà avec celle de Luxembourg.

Voilà pour le premier défi institutionnel qui se pose à la Cour de cassation dans ses relations avec les autres ordres juridictionnels : ces relations doivent reposer sur un dialogue installé dans la durée grâce à des modalités d'échanges permanentes.

### **B. – Le deuxième défi institutionnel concerne la place et le rôle du Parquet général au sein de la Cour de cassation.**

Cette question nous ramène encore une fois à la Cour de Strasbourg qui a bousculé les modes de fonctionnement traditionnels de la Cour de cassation il y a une dizaine d'années.

Jusque-là, le Parquet général de la Cour était étroitement associé à l'élaboration de sa jurisprudence, partageant les projets d'arrêtés avec les magistrats du siège et assistant au délibéré.

La Cour de Strasbourg a estimé que ces pratiques étaient contraires à l'égalité des armes entre les parties et il y a été mis fin, de sorte que les magistrats du ministère public travaillent désormais pour l'élaboration de leurs avis séparément des magistrats du siège.

En réalité, cette appréciation de Strasbourg a procédé d'une certaine méconnaissance de la réalité du ministère public à la Cour de cassation.

Le Parquet général de notre Cour, en effet, n'exerce pas l'action publique à la manière du ministère public établi auprès des juridictions du fond : il est réellement l'organe de la loi qui dit objectivement ce qui lui apparaît être le droit en vue d'éclairer la Cour, mais il n'est pas engagé dans la défense de l'action publique.

Sans doute, l'éclairage nécessaire sur ce particularisme n'a-t-il pas été donné en temps utile à la Cour de Strasbourg.

Le Conseil d'État a eu plus de chance récemment en défendant son rapporteur public dont la CEDH a admis qu'il était en réalité une interface très utile entre le Conseil d'État et les justiciables.

Cette différence d'appréciation entre deux institutions somme toute assez proches a mis en lumière l'intérêt d'une meilleure communication entre les cours nationales et celles de l'Europe afin que celles-ci appréhendent mieux les réalités des institutions étatiques.

Grâce aux modes de communication structurés que la Cour de cassation s'attache à mettre en place également avec les Cours européennes, nous avons espoir notamment que la position de la Cour de Strasbourg au sujet du Parquet général de la Cour de cassation sera amenée à évoluer afin que celui-ci puisse se voir reconnaître le même rôle d'interface.

Ce rôle d'interface devrait permettre à l'avocat général, par l'intermédiaire de son avis construit au vu de celui du conseiller rapporteur de l'affaire, d'annoncer en demi-teinte aux parties la décision qui se prépare et d'organiser ainsi utilement déjà la contradiction au sujet de la décision, avant qu'elle soit prononcée, afin de mieux s'assurer de sa pertinence.

Il n'en demeure pas moins qu'il subsiste une différence majeure entre les avocats généraux de la Cour de cassation et les rapporteurs publics du Conseil d'État.

Ceux-ci sont des conseillers d'État désignés selon les mêmes modalités que les autres, alors que les avocats généraux demeurent nommés sur la

proposition du Garde des Sceaux, tandis que les conseillers à la Cour de cassation sont nommés sur la proposition du Conseil supérieur de la magistrature.

Il y a là une différence statutaire essentielle pour la garantie de l'indépendance des magistrats du ministère public de la Cour de cassation sans laquelle il sera difficile de vaincre les préventions des magistrats du siège sur un rapprochement des méthodes de travail des deux catégories de magistrats.

### **C. – Ceci nous amène directement à la question plus générale du statut de l'autorité judiciaire française dans son ensemble.**

Le Premier président et le Procureur général de la Cour de cassation sont en effet les présidents du Conseil supérieur de la magistrature (*CSM*).

Le *CSM* est une institution hybride et inachevée.

Elle est hybride car elle gère directement la carrière d'une partie des magistrats (ceux du siège de la Cour de cassation, les premiers présidents des cours d'appel et les présidents des tribunaux de grande instance), mais elle ne fait que contrôler, par des avis plus ou moins contraignants selon les cas, les décisions du Garde des Sceaux concernant la carrière des autres magistrats.

C'est une institution inachevée, car mises à part les nominations et la discipline des magistrats, le *CSM* ne gère pas les moyens de l'autorité judiciaire qui, bien qu'elle soit une autorité établie par la Constitution, n'est pas considérée au plan budgétaire comme un pouvoir public.

Et c'est la dotation budgétaire du ministre de la justice, partagée d'ailleurs avec l'administration pénitentiaire, attribut de l'Exécutif sans lien organique avec l'autorité judiciaire, qui pourvoit aux ressources humaines et aux besoins matériels des cours et tribunaux.

Autrement dit, la Justice est traitée sur ce plan comme une administration ordinaire dans la dépendance ministérielle, ce qui trouble l'image d'indépendance qui est attendue d'elle dans l'opinion publique.

Tout autres seraient l'apparence et la réalité d'un Conseil supérieur de justice indépendant de l'Exécutif, qui générerait lui-même l'ensemble des

carrières et des moyens de la Justice entendue au sens strict, c'est-à-dire exclusivement les juridictions.

Notre pays peine à trouver dans sa propre culture le chemin d'une Justice pleinement indépendante. Il se nourrit encore volontiers de l'idéal du chef pourvoyant à tous les besoins de la Nation, et dont procède toute autorité établie. Dans l'imaginaire national traditionnel, la Justice n'échappe pas à cette vision centralisatrice.

C'est pourquoi l'action internationale est ici essentielle de façon à ce que soient définis en commun les standards de l'indépendance véritable de la Justice proposés au sein des grands ensembles comme l'Europe ou la Francophonie.

Le CSM français est engagé dans les réseaux des Conseils de justice de ces ensembles afin de promouvoir un modèle de justice authentiquement libre et démocratique sur laquelle ne pèseraient plus les soupçons d'influences.

### III. – DÉFIS SOCIAUX

Nous arrivons ainsi au troisième type de défis qu'on peut appeler les défis sociaux, car la Cour de cassation s'y trouve provoquée dans ses pratiques traditionnelles par les transformations de la civilisation au sein même de la Nation et plus généralement dans le monde.

**A. – Dans la culture classique, profondément marquée par l'élitisme, une spécialité est considérée comme la chose des spécialistes dont la société est invitée à bénéficier des travaux sans être jugée apte à en comprendre et à en partager le cheminement.**

Il en a longtemps été ainsi notamment de la médecine et du droit.

Mais la reconnaissance au profit de l'individu d'une part d'autonomie croissante dans ses choix de vie, qu'il conquiert lui-même grâce au développement culturel général, a fait éclater le système de la science retenue et oblige les élites à partager leur savoir en le rendant accessible au plus grand nombre.

Le droit à une information éclairée et la responsabilité civile qui en découle sont ainsi entrés au cœur des rapports médecin-malade ou avocat-justiciable.

Ce même droit conduit logiquement la Justice à fournir des explications complètes sur les décisions qu'elle prend.

La Cour de cassation, habituée aux formules lapidaires du légalisme, est soumise à une demande de motivation plus explicite et développée des arrêts et des avis qu'elle rend, une motivation qui explique les raisons pour lesquelles la Cour a choisi telle solution plutôt que telle autre qui s'offrait aussi à elle.

On attend en particulier de cette motivation développée qu'elle explique mieux ce qu'est la part du raisonnement proprement juridique entrant dans la décision et celle du raisonnement sur les incidences sociales qui peuvent en résulter. En effet, aujourd'hui, le juge ne peut se dispenser d'opérer son choix entre les diverses interprétations possibles du droit sans envisager, au terme d'une approche pluridisciplinaire, l'ensemble des impacts de sa décision.

Au-delà même de la motivation de la décision proprement dite, c'est à un effort d'explication de son contenu, par les modes de communication directement accessibles au citoyen en ligne sur tous les sujets, que la Cour est appelée.

C'est pourquoi elle a mis en place là encore un groupe de réflexion spécialement dédié à cette question.

**B. – Mais, les défis sociaux, c'est aussi la transformation des modes de vie et des modes d'entreprise des citoyens du monde qui font exploser les frontières où étaient enfermées jusqu'à une époque récente la vie personnelle et les activités économiques.**

L'homme s'exporte toujours plus souvent avec son savoir-faire, ses biens, ses capitaux, ses concitoyens, et il attend que, partout où il a besoin d'un juge, celui-ci lui offre des droits substantiels et des modes de règlement des litiges aussi rapprochés que possible, ce qui participe aussi de l'égalité des chances, des droits et des devoirs des individus à travers les frontières des États, conformément à l'idéal des Nation-Unies.

C'est pourquoi, au-delà des conventions internationales qui tendent à l'harmonisation des législations, il revient aussi aux Cours suprêmes des États de se rapprocher afin d'harmoniser leurs propres jurisprudences rendues sur des textes d'inspiration commune et de gommer tout ce qui peut apparaître comme des différences inutiles ou nuisibles au bon développement des échanges internationaux de toutes natures.

Là encore, notre Cour s'est engagée dans un programme ambitieux de rapprochement des jurisprudences avec les Cours suprêmes étrangères en vue d'œuvrer à l'intérêt du justiciable international : la Chine, la Russie, l'Inde, le Brésil sont l'objet de nos démarches qui rencontrent à ce jour un accueil de principe favorable.

## CONCLUSION

J'ai tenté de brosser brièvement les grandes lignes de la transformation profonde à laquelle est conviée notre Cour de cassation, appelée à se projeter au-delà des bulletins d'arrêts auxquels son image a été longtemps identifiée par des générations de juristes, afin d'affronter l'épreuve du temps comme doivent le faire aujourd'hui nos vieux États bousculés par l'émergence démocratique, la réduction des dimensions du monde, le partage des influences culturelles et la nécessité de survivre en s'adaptant.

Nous vivons le temps du darwinisme institutionnel et donc juridictionnel. L'évolution de l'espèce institutionnelle et de sa branche juridictionnelle sera impitoyable aux structures obsolètes qui n'auront pas su se joindre à la marche de l'homme en devenir vers toujours plus de droits et de libertés et toujours moins de différences.



## CONFÉRENCES PORTALIS

### L'OUBLI ET LE DROIT : ENTRE NÉCESSITÉ ET PIS ALLER ?

Les deux publications qui suivent prolongent la conférence organisée par l'Association de l'Institut Portalis le 17 novembre 2014 à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-en-Provence. Que les intervenants de l'époque, Maître Bruno Rebstock et Monsieur le Professeur Xavier Philippe, soient vivement remerciés d'avoir accepté de poursuivre la réflexion par leur présente contribution.

#### SOMMAIRE

« <i>Le droit à l'oubli en matière pénale</i> »	p. 25
Bruno REBSTOCK	
« <i>La mémoire et l'oubli : la place de la justice transitionnelle</i> »	p. 33
Xavier PHILIPPE	

