

## Avant- propos

Pour notre deuxième année de recherche, l'interrogation a porté sur le sens à donner à « Devenir une Cour suprême ». Le point de départ de notre réflexion a été le constat d'une volonté de réformer le modèle de la Cour de cassation, comme a pu le proposer son Premier président Bernard Louvel dans une série d'interventions motivées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon le Premier président, cette jurisprudence modifierait considérablement l'économie du pourvoi puisqu'elle exercerait un contrôle de proportionnalité en abordant les questions de droit et de fait. Par ce principe de proportionnalité, il s'agit de rechercher si une règle nationale engendre une atteinte disproportionnée à la norme européenne et s'il n'y aurait pas, dans un cas déterminé, une mesure plus économe. Impulsée par la Cour de Strasbourg, la Cour de cassation française a commencé sa mue. Un véritable « choc de culture judiciaire » aurait ainsi poussé la Cour de cassation à un « arrêt véritablement refondateur » du 4 décembre 2013, s'éloignant « de la stricte application de la loi qui faisait sa tradition ancestrale »<sup>1</sup>. L'affaire concernait un mariage incestueux entre une femme et le père de son ex-mari qui durait depuis vingt ans. Dans cet arrêt, 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 en raison de la durée du second mariage<sup>2</sup>. L'évolution n'est en réalité pas nouvelle puisque par diverses techniques la Cour de cassation avait déjà investi le domaine du fait : les fausses applications de la loi, le contrôle de la motivation, ... avec notamment pour conséquence l'adoption de motivations ampliatives selon le modèle des cours suprêmes de *Common law*. Le processus actuel ne serait dès lors que l'étape finale d'un mouvement de juridictionnalisation<sup>3</sup>. Toujours est-il que ce phénomène est fondamental à tel point qu'ont pu être évoquées les idées d'une « subversion » et d'un « travestissement » de la fonction jurisprudentielle<sup>4</sup>. Plusieurs interrogations viennent à l'esprit. L'office de la Cour de cassation ne sera-t-il pas transformé par la connaissance des faits ? Par la possibilité pour les juges de cassation de tempérer la

---

<sup>1</sup> Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation, « La Cour de cassation face aux défis du XXI<sup>e</sup> siècle », dans *Réflexions sur la réforme de la Cour de cassation*, Mars 2015.

<sup>2</sup> Première Chambre civile, 4 décembre 2013, pourvoi n°12-26.066, *Bull.*, 2013, I, n°234.

<sup>3</sup> Pour une analyse historique du phénomène de juridictionnalisation de la Cour de cassation et sur la transformation en juridiction de pleine juridiction, voir Frédéric Zénati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », in *RTD Civ.*, 2016, p.511.

<sup>4</sup> Claude Brenner, « Les différentes missions du juge de cassation », in *L'accès au juge de cassation*, sous la direction de Guillaume Drago, Bénédicte Fauvarque-Cosson et Marie Goré, Paris, 2015, pp.29-45.

loi ? Doit-il changer sous l'influence de facteurs extérieurs ?<sup>5</sup> Par ces questions, le professeur Philippe Théry réagissait à cette évolution en posant les termes du débat : la nature même de la Cour de cassation, le rapport avec les autres cours, notamment supranationales. Ce fut le point de départ d'une analyse de plus grande ampleur sur l'évolution à venir de la Cour de cassation, donc des cours suprêmes, qui fut confiée à une Commission de réflexion sur la réforme de la Cour. Le Premier président Bertrand Louvel a pu ainsi évoquer les défis pour le XXI<sup>e</sup> siècle. Ils sont existentiels, ce qui pose les questions du modèle de cassation mais aussi du filtrage des pourvois, institutionnels si l'on considère la nécessaire communication entre trois ordres éclatés, et enfin sociaux, c'est-à-dire liés à un « développement culturel général » nécessitant une information éclairée des citoyens par un développement des motivations<sup>6</sup>. L'allongement explicatif des motivations est par ailleurs une conséquence du rapprochement des traditions, civiliste et de *common law*<sup>7</sup>. Elle peut aussi interroger sur la place du juge, son rôle et sa légitimité. Celui-ci pourrait bien devenir à la fois « juge, l'égal du législateur et doctrine »<sup>8</sup>. Nous le voyons, le questionnement de la réforme de la Cour de cassation est vaste, multiple. Il s'agit de relever les nombreux défis que connaît cette Cour suprême et, finalement, d'améliorer de manière plus générale l'administration de la justice et les rapports avec les autres cours suprêmes.

Dès lors comment réformer ? A l'heure des grandes intégrations régionales, difficile de ne pas considérer les exemples étrangers, de ne pas expliquer au regard de l'histoire les spécificités nationales, les éventuelles convergences favorisant une harmonisation du droit et de la justice.

Dans un premier temps, la question a été celle d' « Accéder au juge suprême ». Confrontée à l'augmentation de la demande sociale de justice, l'institution judiciaire peine aujourd'hui à traiter les affaires dont elle est saisie, ce qui provoque un encombrement des juridictions et une augmentation de la durée des procédures. Le mal n'est pas contemporain ; il n'est pas non plus spécifiquement français. Partout, les juridictions subissent l'inflation du contentieux. La question de l'accès au juge suprême, qui est au cœur du processus de réforme des cours suprêmes à l'échelle européenne, mérite par conséquent d'être posée en lien avec l'évolution de leur(s) mission(s).

---

<sup>5</sup> Philippe Théry, « Cours suprêmes : essai- manqué- de typologie et de définition », in *Répertoire Dalloz*, 2015, p.1731.

<sup>6</sup> Ces défis sont présentés par Bertrand Louvel, *op. cit.* La question de la motivation n'a pas manqué de faire réagir. Citons entre autres Christophe Jamin, « Juger et motiver », in *RTD civ.*, 2015.263.

<sup>7</sup> Voir par exemple à ce sujet Marie-Claire Ponthoreau, « L'énigme de la motivation encore et toujours L'éclairage comparatif », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la direction de Fabrice Hourquebie et Marie-Claire Ponthoreau, Bruxelles, 2012, pp.5-24.

<sup>8</sup> Claude Brenner, *op. cit.*

C'est dans ce sens que les professeurs José Reinaldo de Lima Lopes et Aurore Gaillet ont pu évoquer la création des cours suprêmes successivement au Brésil et en Allemagne et analyser les structures nationales de celles-ci, ainsi que leur évolution la plus contemporaine<sup>9</sup>. Dans ces deux exemples, on le voit, la structuration judiciaire est apparue fortement liée aux évolutions politiques des Etats et l'interrogation permanente reste celle de la légitimité des juges. Accéder au juge suprême implique dans un premier temps l'existence même de celui-ci. Il est dans la pratique fortement déterminé par la possibilité réelle d'y accéder et d'en recevoir la sanction<sup>10</sup>. C'est tout le problème de la gestion des flux évoqué par Madame le Doyen Agnès Fossaert et de la fabrication du droit par la Cour de cassation à travers le recours au « traitement différencié » et à ce qu'elle a nommé « arrêt de sauvetage », pratique officieuse mais légitime qui participe à une bonne gestion du recours à la cassation<sup>11</sup>.

Dans un deuxième temps, le thème étudié a été celui de « Faire jurisprudence ». Motivation, style, publication : nul doute qu'en maîtrisant leurs propres techniques de rédaction, les hautes juridictions façonnent autant leur identité que leur autorité. La question est d'importance car elle détermine la place du juge dans les rapports de pouvoirs. On se souvient de la prétention révolutionnaire de faire du juge une simple « bouche de la loi ». Dans le cadre des grandes codifications napoléoniennes, il apparaît difficile pour les différents tribunaux de « faire jurisprudence » et, à ce titre, compte tenu de l'influence des codes napoléoniens à l'étranger, la question devait nécessairement être comparée. C'est ce que propose Sylvain Bloquet à travers son analyse de l'évolution du rôle de la jurisprudence qui d'un simple supplément des lois est devenue une véritable « loi pratique », sous l'égide de la Cour de cassation qui remplit pleinement son rôle d'unificateur du droit à compter de 1837<sup>12</sup>.

Ces techniques appellent donc un regard historique, comparatiste et actuel, d'autant plus nécessaire que les enjeux nouveaux de publication et la diversité des destinataires s'ajoutent au renouvellement du dialogue des juges suprêmes. La question de « l'écriture jurisprudentielle » est ainsi devenue une préoccupation centrale, dans un contexte de concurrence des droits et de diversification des destinataires (juges nationaux, justiciables, médias, cours étrangères confrontées à des questions similaires) qui exige transparence et lisibilité. Ce dialogue des juges,

---

<sup>9</sup> José Reinaldo de Lima Lopes, « Becoming a Supreme Court » et Aurore Gaillet, « Créer le juge suprême avant d'y accéder. Les cours suprêmes allemandes à la croisée des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles ».

<sup>10</sup> Pour un regard comparé du filtrage des recours, nous renvoyons à l'ouvrage suivant : *Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges*, sous la direction de Louis Vogel, Paris, 2005.

<sup>11</sup> Agnès Fossaert, « Cour suprême et fabrication du droit. L'exemple de la Cour de cassation française ».

<sup>12</sup> Sylvain Bloquet, « Faire jurisprudence dans un ordre juridique codifié : d'un *supplément des lois* à une loi *pratique* ».

probablement cette concurrence entre les juges, nous l'avons évoqué à travers la comparaison proposée par le professeur Wanda Mastor des cours suprêmes et des cours constitutionnelles<sup>13</sup>. Comment les définir, donc les différencier ? Selon quels critères ? Laquelle fait jurisprudence ? Cette concurrence des juges apparaît enfin directement à travers les supports de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sur ce point Lycette Corbion-Condé a posé le problème sous l'angle de la supranationalité. Elle nous montre l'importance cruciale de la question de la communication et de la jurisprudence, distinguant les deux, dont les enjeux dépassent le simple cadre juridique. Aussi, le discours est ici analysé selon plusieurs registres car l'enjeu est multiple pour des juges européens « hors-sol »<sup>14</sup>.

Toutes ces réflexions sont adossées à l'évolution globale et plus large des rapports politiques, spatiaux, temporels de nos sociétés. C'est pourquoi, un troisième temps du questionnement a porté sur « Une sociologie politique du phénomène de « judiciarisation du politique ». Tout un courant international de recherche souligne le rôle croissant que joueraient les juridictions suprêmes dans la régulation politique des sociétés contemporaines, ce qui est qualifié de « judiciarisation du politique ». Pour rechercher le sens de ce vaste mouvement, un détour par une analyse des mutations du droit et de ses mises en œuvre est apparu nécessaire. Ce détour est effectué en traitant au préalable ce que peut être, en sciences sociales, la construction d'un positionnement de recherche sur une telle question. Puis, en nous appuyant notamment sur un modèle d'analyse spatio-temporel, il a semblé pertinent de procéder à une mise en contexte des usages du droit, notamment par la justice, avant de revenir sur la signification qu'il convient finalement de donner à cette « judiciarisation du politique », laquelle serait bien un des signes, au-delà des incertitudes croissantes du statut du droit, d'une crise profonde du politique. Cette analyse a été proposée par le professeur Jacques Commaille<sup>15</sup>. Le changement des régimes de régulations juridiques des sociétés ne manque pas d'interroger sur le rapport entre la réalité et la représentation sociale du rôle de la justice dans la régulation politique des sociétés. Et dans ce contexte, *quid* des cours suprêmes ? Ici, le professeur Jacques Commaille essaie de « repenser le paradigme » de la domination tel qu'il a été diffusé autour de Michel Foucault et Pierre Bourdieu, et qui d'une certaine manière consacre « le monopole de la représentation « juriste » ». Là encore, la question de la légitimité est posée. Aussi, Jacques Commaille offre une réflexion prenant en compte l'origine de la règle de droit, selon que l'on ait une vision *top down* ou *bottom down* de la régulation politique, et permettant enfin de systématiser une vision globale de la normativité.

---

<sup>13</sup> Wanda Mastor, « Faire jurisprudence : cours suprêmes v. cours constitutionnelles ».

<sup>14</sup> Lycette Corbion-Condé, « Les supports de la jurisprudence de la CEDH- Pistes de réflexion ».

<sup>15</sup> Jacques Commaille, « Une sociologie politique du phénomène de « judiciarisation du politique ».

Notre réflexion autour de la transformation des cours suprêmes ne pouvait par conséquent être seulement d'ordre technique tant il est évident qu'elle implique un changement de fond. Ce changement, peut-être cette rupture dans l'économie de la cassation, a trait certes à une forme d'harmonisation mais aussi à une forme d'acculturation juridique, certes à une modification substantielle de la nature même de la cassation mais aussi certainement à un changement d'équilibre dans la séparation des pouvoirs.

Azéma Ludovic

Maître de conférences en Histoire du droit (CTHDIP)