

KJV80/P6

LA SEMAINE JURIDIQUE

ÉDITION GÉNÉRALE

SUPPLÉMENT AU N° 1-2, 11 JANVIER 2016 ISSN 0242-5777



Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation

Actes de la Conférence débat
24 novembre 2015

8 Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation

Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer ?



Natalie Fricero,
professeur à l'université de Nice,
directeur de l'Institut d'études judiciaires

La Cour de cassation est confrontée à un nouveau défi : la démocratisation de la compréhension de la portée normative de ses arrêts. Pour y répondre, elle devra accroître l'autorité argumentative interne de ses décisions par une motivation enrichie et améliorer la diffusion de compléments argumentatifs externes, tels les rapports des conseillers-rapporteurs et les avis du Parquet. Ces réformes reposent sur un juste équilibre entre la demande collective de transparence et les conditions de travail des magistrats : des tests permettront d'en préciser la faisabilité.

1 - La portée normative¹ des arrêts de la Cour de cassation ne peut pleinement jouer son rôle que si elle est parfaitement comprise par ceux auxquels elle s'adresse (magistrats, professionnels du droit, avocats, huissiers de justice, notaires, communauté des juristes, professeurs, justiciables, sans oublier les Cours suprêmes étrangères, comme la Cour européenne des droits de l'homme, amenée à contrôler la conformité de la mise en œuvre des règles européennes par les juges nationaux). La pratique révèle que les attentes de la communauté des juristes à cet égard ne sont pas toujours entièrement satisfaites, et que des incompréhensions apparaissent à la lecture de certaines décisions : on cite parfois, avec un cynisme certain, des commentaires d'arrêts révélant que leur auteur adopte une interprétation pour le moins déformante de la solution² ! Certes, la formation des juristes à la technique de la cassation permet de résoudre les difficultés³, mais elle ne saurait constituer l'unique réponse. La transparence démocratique, fondée sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

fait que « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». La réflexion sur la motivation contribue donc au renouvellement du pacte démocratique liant le juge et les justiciables.

2 - La problématique n'est pas récente : elle avait été relevée dans un autre contexte par les réflexions du procureur général Touffait et du professeur Tunc, dans un plaidoyer « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation »⁴. Les auteurs insistaient, notamment, sur le devoir moral et parfois politique des juges d'expliquer leur solution, et sur le décalage entre une motivation abstraite et les aspirations des hommes. Depuis, si ces arguments n'ont nullement perdu de leur pertinence, d'autres réflexions ont intégré les enjeux contemporains d'une meilleure lisibilité et d'une démocratisation de la compréhension des arrêts de la Cour de cassation. L'un des facteurs d'évolution réside dans les impacts de la mission de protection des droits de l'homme attribuée au juge judiciaire dans le cadre du Conseil de l'Europe. En effet, le juge judiciaire national est le premier garant du respect des droits garantis par les Traités régulièrement ratifiés, auxquels il accorde une valeur infraconstitutionnelle et supralégislative⁵. Si la Cour européenne des droits de l'homme n'intervient qu'après épuisement des recours internes, elle n'exerce pas moins un contrôle sur l'application jurisprudentielle de la Convention européenne et veille à ce que les atteintes aux droits garantis soient proportionnelles au but légitime poursuivi, en examinant à la fois le droit pertinent tel que mis en œuvre par les juges nationaux et les faits de l'espèce. Pour éviter que l'État français au nom duquel elle rend la justice fasse l'objet de déclarations de violation de la Convention européenne, la Cour de cassation intègre les critères de mise en œuvre des standards européens. Il en est ainsi du contrôle de proportionnalité⁶ qu'elle demande aux juges du fond d'effectuer ou qu'elle effectue d'office sur la base des faits tels que constatés souverainement par les juges du

1 F. Zenati, *La nature de la Cour de cassation* : Bull. inf. C. cass. 15 avr. 2003, n° 575.

2 J. Ghestin, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation* : D. 2004, p. 2239.

3 J.-F. Weber, *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile* : Bull. inf. C. cass. 15 mai 2009, n° 702.

4 RTD civ. 1974, p. 487.

5 Const. 4 oct. 1958, art. 55.

6 C. Fattaccini, *L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation)* : D. 2015, p. 1734. - P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, *Révolution tranquille à la Cour de cassation* : D. 2014, p. 2061.

fond⁷, en l'adaptant à la technique de cassation⁸. Ce nécessaire dialogue entre les deux Cours, vecteur d'une meilleure protection des droits de l'homme, peut-il être amélioré en réduisant l'opposition entre des styles de rédaction qui se situent aux antipodes ? Motivation fleuve des arrêts de la Cour européenne, avec expression des opinions séparées et dissidentes, motivation très concise des arrêts de la Cour de cassation sans que l'opinion des juges puisse transparaître ? En interne, les travaux du Conseil d'État⁹ ont mis en évidence la nécessité d'améliorer l'intelligibilité des décisions de justice par leurs destinataires. Pour y répondre, il s'agit « d'exprimer aussi clairement, précisément et complètement que possible les motifs pour lesquels le juge adopte une solution », afin de « faciliter autant que possible la lecture de la décision et d'enrichir son contenu informatif, sans rien céder de la rigueur et de la précision du raisonnement du juge ni accroître la charge de travail de ceux qui élaborent la décision »¹⁰... La Cour de cassation a également entrepris un travail de réflexion sur la motivation et la rédaction des décisions. Dans son discours d'ouverture des travaux de la commission de réflexion dédiée à la motivation, du 14 septembre 2015, le Premier président Louvel insiste sur ces nouveaux enjeux. Le renforcement de la mission de la Cour de cassation relative au contrôle des droits fondamentaux, particulièrement par le développement du contrôle de proportionnalité, donne une nouvelle justification aux interrogations sur la motivation de ses décisions. « [Le juge] ne peut plus se dispenser d'opérer son choix entre les diverses interprétations possibles du droit sans s'en expliquer, en envisageant, au terme d'une approche pluridisciplinaire, l'ensemble des impacts de sa décision. S'il ne le fait pas lui-même, le citoyen y pourvoit et ne se prive pas de critiquer l'imprévoyance ou l'aveuglement du juge »¹¹.

3 - De tels objectifs peuvent être réalisés en développant l'autorité argumentative interne des arrêts (1) par une motivation enrichie, et en améliorant la diffusion de compléments argumentatifs externes (2).

1. Le développement de l'autorité argumentative intrinsèque

4 - Dans un arrêt du 16 mai 1838, la chambre des requêtes rappelait « que les jugements et arrêts résident entièrement dans leur dispositif et que la loi n'a pas pu exiger et qu'elle n'a pas, en effet, exigé nulle part les motifs des motifs »¹². Le nouveau

contexte conduit inévitablement à nuancer cette affirmation et à remettre en question la technique rédactionnelle propre à la Cour de cassation, caractérisée par une construction syllogistique particulièrement concise¹³. Les arrêts de la Cour de cassation sont soumis à l'obligation de motivation prévue à l'article 455 du Code de procédure civile, qui n'en précise pas l'étendue. La Cour de cassation a fait évoluer sa motivation dans le sens d'une toujours plus grande concision et d'une grande rigueur terminologique, qui traduit plus une « affirmation » qu'une démonstration¹⁴.

5 - **Faut-il introduire la possibilité pour les juges de formuler en annexe de la décision une opinion personnelle ?** L'opinion séparée permet au juge d'expliquer publiquement les raisons pour lesquelles il refuse d'adhérer en tout ou partie à la décision majoritaire¹⁵ à titre de « doctrine judiciaire »¹⁶. L'opinion séparée a des vertus pédagogiques certaines : elle permet au justiciable de vérifier que tous les aspects de sa cause ont été « entendus » au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et effectivement mis en balance par les juges délibérants. Selon Jean-Pierre Ancel, « la publication de l'opinion minoritaire lève le voile sur le vrai débat »¹⁷. Elle engendrerait un nouveau rapport entre le juge et le justiciable et permettrait de « réveiller le pacte démocratique »¹⁸. Mais son introduction dans la rédaction des arrêts de la Cour de cassation doit être écartée, parce qu'elle risquerait d'affaiblir la portée normative, la compréhension et l'acceptation des décisions. La multiplication des opinions séparées risque de rendre la décision incompréhensible et de constituer une entrave à son acceptation par les parties. La sophistication des opinions séparées que l'on observe devant la Cour européenne des droits de l'homme empêche parfois de définir la *ratio decidendi*, surtout si l'on envisage les opinions « partiellement concordantes », qui se rallient au dispositif tout en dénonçant les motifs. Briser « l'écran d'unanimité » qui entoure les arrêts de la Cour de cassation impose des limites pour conserver la rationalité de la décision. L'autre inconvénient avancé est le risque d'atteinte à l'indépendance des juges : certains ont suggéré l'anonymisation de l'opinion séparée pour permettre la transparence tout en évitant « la polémique stérile, l'engagement idéologique, la dérive d'autosatisfaction, la surenchère médiatique »¹⁹ !

7 Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *JurisData* n° 2013-027409 ; D. 2014, p. 179, note F. Chénédy ; D. 2014, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

8 S. Guinchard, T. Moussa et F. Ferrand, *Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité* : D. 2015, p. 278.

9 Conseil d'État, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avr. 2012, disponible sur www.conseil-etat.fr.

10 *Rapp. du groupe de travail*, préc. note (9), p. 7 et 8.

11 B. Louvel, *Discours prononcé en ouverture des travaux de la commission de réflexion dédiés à la motivation*, lundi 14 sept. 2015, en ligne sur le site de la Cour de cassation.

12 Dalloz, *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation*, t. 29, 1854, V° Jugement, n° 950. - P. Deumier, *Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de Cassation. Étude des travaux préparatoires, in Principes de justice* : Mél. J.-F. Burgelin, Dalloz, 2008, p. 125.

13 *Travaux de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour, groupe de travail « Motivation »*, 3 sept. 2015, en ligne sur le site de la Cour de cassation. - Sur la technique de rédaction, J. Weber (ss dir.), *Droit et pratique de la cassation en matière civile* : LexisNexis, 2012, 3^e éd. - J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile* : Dalloz, coll. *Dalloz action*, 2015, 5^e éd.

14 *Travaux de la Commission de réflexion*, préc. note (13), et les réf. citées.

15 A. Langenieux-Tribalat, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français* : Thèse, univ. Limoges, 2007. - W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels* : Economica-PUAM, 2005.

16 W. Mastor, *Pour les opinions séparées du Conseil constitutionnel français : intervention conf. « Les opinions dissidentes »*, C. cass., 18 oct. 2005, en ligne sur le site de la Cour de cassation, V. ex. cités aux États-Unis et en Espagne de l'influence des opinions minoritaires de juges « visionnaires » ou « prophètes ».

17 J.-P. Ancel, *Une opinion dissidente*, in *La création du droit jurisprudentiel* : Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 1.

18 A. Garapon, *Le gardien des promesses, justice et démocratie* : éd. Odile Jacob, 1996, spéc. p. 84.

19 J.-P. Ancel, art. préc. note (17), Mél. J. Boré, spéc. p. 2. - Certains proposent au contraire de donner des pseudonymes aux arrêts, E. Jeuland et G. Simiand, *Casanova à la Cour de cassation. - Comment accroître la force normative des arrêts malgré leur anonymisation ?* : JCP G 2015, doctr. 876.

6 - **Faut-il abandonner le syllogisme judiciaire concis au profit d'un contrôle de proportionnalité à la fois syllogistique et analytique ?** L'abandon du syllogisme judiciaire n'est pas opportun dans la mesure où il constitue un mode de raisonnement propre aux droits continentaux, permettant d'appliquer le droit général aux faits qualifiés par le juge, par opposition à la technique analytique et casuistique anglo-saxonne²⁰. L'opposition est d'ailleurs très relative : la Cour européenne des droits de l'homme elle-même expose les faits de l'espèce et le droit pertinent national, puis les principes européens, et en tire la conséquence d'une déclaration de violation selon un raisonnement syllogistique. Un raisonnement syllogistique n'est absolument pas incompatible avec un contrôle de proportionnalité dans la mise en œuvre des règles de droit, même dans la technique de cassation. Le syllogisme mis en œuvre par la Cour de cassation n'est pas « désincarné »²¹, et la recherche d'un juste équilibre ainsi que la mise en balance systématique des droits des plaideurs peuvent parfaitement s'opérer à partir des faits constatés.

La question porte plutôt sur la **brièveté des motifs et l'existence de formulations très concises** issues de l'évolution historique du style de la Cour de cassation et de la nature de son contrôle (léger, lourd, normatif ou disciplinaire). Certes, on peut considérer que « la concision est le génie propre du syllogisme ; la longueur embarrasse la pensée, obscurcit le caractère didactique de la décision »²², ou encore qu'une décision qui s'exprime dans une forme ramassée « contribue à en manifester l'autorité »²³ et que les décisions de la Cour de cassation sont plus rapidement accessibles et compréhensibles que les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme ! Néanmoins, cette brièveté n'est plus adaptée à la demande collective de transparence et de motivation plus compréhensive. Le Conseil d'État, sans renoncer au syllogisme, est parvenu à enrichir la motivation à l'aide des débats lors de la préparation de la décision (sans que le rapport élaboré par le rapporteur public soit considéré comme faisant partie de la motivation de la décision) et à modifier le style en évitant la syntaxe par phrase unique accumulant les « que » et « points-virgules » qui lui ont semblé constituer une entrave à la compréhension de la décision. Sur ce dernier point, l'opportunité d'un changement de style n'est pas démontrée ; la phrase unique présente l'avantage d'une compréhension rapide et facile, pour peu que le lecteur maîtrise la terminologie juridique.

7 - En revanche, **une adaptation et une gradation de la motivation semblent inévitables**. Lorsque la Cour de cassation exerce sa mission créatrice de droit, ou opère un revirement de jurisprudence, un supplément de motivation paraît indispensable pour répondre aux standards de la Cour européenne des droits

de l'homme qui imposent aux Cours suprêmes de donner des raisons substantielles pour expliquer un revirement de jurisprudence, sauf à violer les droits du justiciable d'obtenir une décision suffisamment motivée²⁴. L'enjeu est également de répondre à un souci de transparence démocratique et à un objectif de pédagogie, afin que les décisions soient comprises par les justiciables et la communauté des juristes. Une telle gradation de la motivation est déjà partiellement en vigueur, avec la mise en place d'une motivation allégée pour la non-admission des pourvois²⁵.

8 - Comme il n'est pas envisageable de généraliser une motivation plus étendue à tous les arrêts, une sélection des affaires qui nécessitent une motivation développée (revirement de jurisprudence, interprétation d'une loi nouvelle) accompagnée le cas échéant, d'une nouvelle répartition des rôles des formations solennelles de la Cour de cassation, permettrait d'assurer plus de transparence dans la motivation et d'intégrer les considérations sur le contexte de l'affaire²⁶. Dans le rapport du groupe de travail du Conseil d'État, des tests ont été réalisés démontrant qu'il est possible de rendre plus explicite la portée donnée à la règle de droit qui fonde la solution, en donnant des éléments dans la décision elle-même sur la méthode d'interprétation et le raisonnement qui ont conduit les juges à donner tel ou tel sens à la norme appliquée²⁷. La comparaison entre deux décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État rendues à propos du revirement de jurisprudence pour l'avenir est topique (travail effectué par Pascale Deumier²⁸).

L'évolution ne peut être que progressive²⁹, et fondée sur des expérimentations³⁰ dont l'évaluation permettra de savoir si une généralisation est envisageable, eu égard aux conditions de travail des magistrats (durée de l'instruction, du délibéré, de la rédaction des arrêts). Toute la difficulté consistera à définir un nouvel équilibre pour éviter qu'un excès de motivation ne fragilise la cohérence du droit et l'autorité des arrêts.

2. La diffusion de compléments argumentatifs externes

9 - **La diffusion des décisions contribue sans conteste à l'effectivité de la mission régulatrice de la Cour de cassation**. Selon le Premier président Louvel, « le principe de l'autorité relative des arrêts est par ailleurs remis en cause par une communication sociale permettant désormais à tous, par-delà même les parties et les initiés, de connaître, de commenter, d'interroger en

20 C. Jamin, *Contrôle de proportionnalité : Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux, et les réf. citées, conf. du 30 mars 2015, en ligne sur le site de la Cour de cassation.*

21 Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *préc. note* (7). - Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391 : *JurisData* n° 2015-011061 ; JCP G 2015, 967, C. Geiger. - S. Guinchar, T. Moussa et F. Ferrand, *Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité* : D. 2015, p. 278.

22 P.-Y. Gautier, *L'Éloge du syllogisme* : JCP G 2015, 902, *spéc. p.* 1494. - L'ouvrage *Droit et pratique de la cassation en matière civile* : *LexisNexis*, 2003, 2^e éd., p. 381, recommande d'adopter des « rédactions brevissimes ».

23 *Droit et pratique de la cassation en matière civile, op. cit. note* (22), p. 382

24 CEDH, 14 janv. 2010, n° 36815/03, *Atanasovski c/ ex-Rép. Yougoslave de Macédoine* : *JurisData* n° 2010-030717 ; AJDA 2010, p. 997, *chron.* J.-F. Flauss.

25 *Droit et pratique de la cassation en matière civile, op. cit. note* (22), p. 249, avec un modèle de décision p. 253.

26 B. Louvel, *Réflexions à la Cour de cassation* : D. 2015, p. 1326. - P. Deumier, *Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles* : D. 2015, p. 1720, *spéc. l'adaptation des formations, p.* 1724.

27 *Rapp. préc. note* (9), p. 27 et s.

28 P. Deumier, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?* : D. 2015, p. 2022, *spéc. p.* 2028.

29 P. Deumier, *op. cit. note* (28), p. 2022.

30 Inspirées des décisions tests que l'on trouve dans le rapport du groupe de travail du Conseil d'État, avec des modèles établis en fonction de la gradation souhaitée de la motivation.



Natalie Fricero

temps réel le sens et la portée possible des décisions, dans un contexte de libération complète de l'expression publique sur le fonctionnement de l'institution judiciaire comme sur les comportements réels ou supposés des magistrats »³¹. Plus un arrêt a une portée normative élevée, plus sa diffusion est élargie³². Mais on constate un **certain nombre de paradoxes dans la diffusion**. En effet, certaines décisions suscitent la perplexité, l'importance de la question de principe tranchée ne se traduisant par une publication au Bulletin ou au Rapport. À l'inverse, la diffusion sur le site Légifrance de la totalité des décisions conduit les professionnels du droit à utiliser un arrêt inédit dans leurs moyens de droit, tout en connaissant la faible portée normative de la

décision. Cette situation a conduit le Club des juristes à proposer la suppression de cette hiérarchisation³³.

10 - Faut-il diffuser plus largement le rapport du conseiller-rapporteur et l'avis de l'avocat général ? Il existe un certain nombre de **documents annexes** préparatoires aux arrêts fort utiles pour la compréhension de la raison et de la portée d'une décision. Mais leur diffusion est aléatoire : **le rapport du conseiller-rapporteur et l'avis de l'avocat général** sont publiés dans certains cas seulement (et notamment pour les arrêts rendus en assemblée plénière et en chambre mixte) ; les notes au bulletin d'information de la Cour de cassation se raréfient ; la diffusion

³¹ B. Louvel, *Discours préc. note (11)*.

³² 10 % font l'objet d'une diffusion élargie P+B+R+I.

³³ *Rapp. du Club des juristes, Sécurité juridique et initiative économique, juin 2015, n° 111*. - N. Fricero, *L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes* : JCP G 2015, act. 753.

de communiqués ou de notes explicatives varie selon les chambres et les périodes.

Il conviendrait d'institutionnaliser la pratique de cette diffusion. À cet effet, il pourrait être envisagé de **systématiser la diffusion des rapports des conseillers rapporteurs ainsi que des avis des avocats généraux dans les décisions à haute portée normative**³⁴. Les avis pourraient traduire la prise en compte de l'impact des décisions de la Cour de cassation : **le Parquet devrait avoir un rôle d'ouverture sur la société civile**, et procéder au recueil des opinions extérieures à la Cour, rechercher les incidences sociétales, économiques des décisions prises par la Cour³⁵. Des **expérimentations procédurales** sont d'ailleurs en cours devant certaines chambres pour que la communication entre le Parquet et le siège soit plus importante en amont et que le Parquet soit associé à la détermination des dossiers à fort enjeu pour organiser une instruction plus approfondie³⁶. Certes, ni l'avis de l'avocat général ni le rapport du conseiller-rapporteur ne sont revêtus de « l'onction juridictionnelle »³⁷, et ces travaux prépa-

ratoires ne traduisent pas nécessairement la décision finale. Mais ils demeurent des hypothèses éclairantes et déploient les éléments essentiels de l'argumentation.

11 - **Faut-il améliorer la diffusion d'explications pédagogiques des arrêts ?** Certains **compléments interprétatifs**, déjà utilisés par la Cour de cassation, peuvent être rationalisés afin de dévoiler les enjeux non juridiques de la décision discutés lors du délibéré (enjeux de politique judiciaire, de bonne administration de la justice, enjeux économiques, sociaux, de proportionnalité). Particulièrement, la **diffusion d'un communiqué lève le voile sur les « motifs des motifs »**, les explications sociales, économiques, judiciaires du choix de la solution juridique seule exposée dans la décision. Il évite à la communauté des destinataires de surinterpréter ou de mal interpréter la solution.

12 - **Enfin, le chaînage des arrêts**, précisé grâce aux travaux de Xavier Henry³⁸, améliore la lisibilité de la jurisprudence : le renvoi aux précédents pertinents permet de situer la nouvelle solution dans l'évolution jurisprudentielle.

13 - Comme ce colloque le manifeste clairement, pour répondre à tous ces défis, la Cour de cassation s'est résolument engagée dans la voie de la réflexion partagée, qui lui permettra sans aucun doute d'accroître son rôle de création prétorienne du droit, en rendant le contenu de ses arrêts plus accessible ! ■

34 V. Rebeyrol, *Une réforme pour la Cour de cassation ?* : JCP G 2015, doctr. 954 qui suggère que les avocats généraux ne donnent un avis que dans les affaires importantes à la demande du conseiller-rapporteur pour éclairer sur des points de droit indiqués dans le rapport.

35 D. Bocconà-Gibod, *Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation* : D. 2014, p. 1107.

36 Entretien avec B. Louvel : JCP G 2015, act. 1122.

37 C. Charruault, *Propos sur la parole de la Cour de cassation, in Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit, colloque, 15 mars 2010* : www.courdecassation.fr.

38 X. Henry, *Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le bulletin civil* : Bull. inf. C. cass. 1^{er} juin 2004, n° 599.



Intervention de Nathalie Fricero

9 Observations sur la motivation des arrêts



Denys de Béchillon,
professeur des universités (Pau droit public),
membre du Club des juristes

Sur le thème de la motivation des arrêts et des éventuels changements auxquels il conviendrait de procéder, permettez-moi de nous poser quatre questions afin de nous mettre mieux à même de réfléchir aux réponses possibles.

1. Pourquoi motiver mieux ?

Il me semble que cette question est un peu trop souvent présentée comme univoque. En vérité, elle recouvre au moins deux interrogations différentes, que l'on gagne à désintroniser : celle de l'intelligibilité de la décision et celle de son acceptabilité sociale ou, si l'on préfère, de sa perception comme légitime.

2. Pour qui motiver mieux ?

Là aussi, et indépendamment même de la distinction que je viens d'opérer, il y a lieu de différencier trois destinataires possibles pour le souci qui nous anime :

- les protagonistes du procès eux-mêmes - dont il ne faut pas oublier qu'ils disposent le plus souvent d'un avocat réputé à même de leur expliquer ce qui pourrait requérir une compétence juridique ;
- le corps social dans son ensemble, en tant qu'il est touché surtout lorsque l'arrêt présente une dimension jurisprudentielle propre à lui conférer un effet élargi au-delà du cercle des parties ou, pour les mêmes raisons, lorsqu'il se prononce sur la validité (objective) d'une norme de portée générale, législative ou réglementaire. Dans tous ces cas, l'arrêt présente une dimension proto-législative propre à justifier qu'il présente des qualités proches de celles que l'on attend de la loi, même si elles s'expriment par d'autres moyens. Je pense en particulier aux vecteurs de communication extérieurs, à type de commentaire officiel ou de communiqué de presse. Soit dit par parenthèse, je trouve ces techniques tout à fait utiles et vertueuses lorsqu'elles sont fermement contrôlées, en particulier parce qu'elles permettent de s'exprimer dans des formes de langage diversifiées, et par là-même susceptibles de s'adresser à des destinataires différents. L'écriture de l'arrêt n'est pas le seul moyen d'en rendre le message intelligible ;

- La communauté des juristes professionnels (*i.e.* des personnes ayant reçu une formation idoine). J'observe au demeurant que les tenants de ladite communauté sont, de loin, les plus revendicatifs en matière de motivation, alors que leur sort est de toute évidence le moins problématique d'entre tous. Pourtant, la marche du monde ne serait pas très gravement affectée si nous avions des juristes frustrés mais des justiciables heureux...

3. Avec quoi motiver mieux ?

a) Faudrait-il que le juge fasse apparaître clairement les paramètres extra-juridiques de sa détermination ? Qu'il mette en pleine lumière les éléments de théorie économique ou de conviction éthique qui l'ont résolu à trancher comme ceci et non pas comme cela ? C'est assez tentant pour qui rêve, comme votre serviteur, d'un juge ouvert au monde, informé, cultivé et soucieux de n'être jamais aveuglé par les mirages du juridisme étroit ou du légalisme dogmatique. Reste qu'il y a loin de la coupe aux lèvres et qu'il faut ne pas confondre le thème de la qualité de la réflexion du juge avec la question de savoir de quelle manière il lui faut rendre compte de ses propres interrogations dans l'écriture de ses arrêts. N'oublions pas que la modernité juridique s'est tout entière construite autour de l'idée d'autonomiser la sphère juridique, de la dissocier de tous les autres ordres normatifs et de lui donner comme telle des modalités de jeu spécifiques. Dit d'une autre manière, j'y reviens, on demande foncièrement à un juge de statuer « en droit » et pas autrement.

Je ne suis pas sûr du tout, par voie de conséquence, qu'un juge bavard sur ses tourments intimes, dans tous les ordres que l'on voudra, ne se condamne pas à perdre en légitimité et en autorité à trop parler de ce qu'il est réputé taire. La Cour EDH se fait certainement une très piètre idée morale de Dieudonné, mais le tranchant et la légitimité de la décision que je vous lisais tout à l'heure auraient sans doute perdu si elle avait fait état de ce mépris de manière plus transparente. L'hypocrisie attachée à la fiction d'un juge disant « le droit » et ne disant que cela n'a pas que des inconvénients.

b) Variante : faut-il que le juge dévoile les contraintes cachées qui l'ont fait incliner de la sorte ? Encore faudrait-il, indépendamment de ce que je viens de dire, qu'il en soit - et puisse toujours s'en rendre - conscient.

Bien sûr, les déterminations ultimes du juge lui sont parfois limpides. Je ne résiste pas au plaisir de citer à nouveau sous les ors de cette Chambre ce qu'écrivait Antonio Cassese, ancien président du Tribunal pénal international pour



Denys de Béchillon

l'ex-Yougoslavie : « Nous avons tous rédigé des jugements. Nous savons que l'on pourrait considérer les juges comme des experts en manipulation. Les juges "manient" habilement les lois, les critères, les principes d'interprétation dans le but, bien sûr, de rendre justice dans un cas d'espèce. En particulier dans la justice pénale, on sent intuitivement qu'un homme est coupable, que le sens commun devrait nous conduire à cette conclusion. La construction du magnifique raisonnement juridique qui le justifie est postérieure »¹.

Ronald Dworkin ne manquait certes pas de répondre qu'il était : « si triste d'entendre des choses pareilles »², mais cela ne nous empêche pas de savoir, de science certaine, qu'Antonio Cassese décrit lucidement ce qui se passe parfois.

1 R. Badinter et S. Breyer (ss dir.), *Les Entretiens de Provence* : Fayard, 2003, p. 44.

2 *Ibid.*

Lorsqu'il en va ainsi, les choses sont assez simples et entièrement renvoyées au problème de l'illégitimité du juge à écrire tout haut ce que qu'il pense - très consciemment - tout bas. L'écriture de l'arrêt ne peut se comprendre autrement que comme une entreprise de *rationalisation* (au sens de Freud en non au sens de Weber) ou, si l'on préfère, comme une espèce de pieux mensonge...

Mais tout n'est pas soluble dans ces configurations transparentes. J'allais dire qu'il est évident que les cas sont nombreux dans lesquels le juge n'est à aucun degré conscient de tout ce qui l'anime *vraiment*, et qu'il ne dispose d'aucun moyen fiable pour faire en sorte qu'il en aille autrement. Nous sommes tous *mus* - anthropologiquement, métaphysiquement, sociologiquement, psychologiquement, idéologiquement, culturellement, politiquement, émotionnellement, etc. - par des forces dont l'entier contrôle nous échappe toujours pour partie. Mieux vaut s'en

faire une raison et ne pas se bercer d'illusions sur notre accès à la vérité de nos êtres et de nos décisions. Nous risquerions, à trop croire que nous pouvons *tout* mettre sur la table, de passer de Charybde en Scylla et donc d'une illusion à une autre.

Ainsi, parce qu'il ne peut pas vraiment connaître tout ce qui le détermine, le juge ne nous ferait rien gagner de bien tangible à vouloir nous expliquer ce que, par hypothèse, il ne sait pas. Là encore, il n'est pas dit que l'ascèse et l'hypocrisie du mode d'écriture classique des arrêts à la française aient plus d'inconvénients que d'autres.

c) Cela me donne l'occasion de vous dire une conviction toute subjective : je suis persuadé que la motivation anglo-saxonne la plus déployée n'offre *en elle-même* aucune plus-value dans tous les registres que je viens d'évoquer.

Le juge anglais n'est pas forcément moins aveuglé par lui-même que ne le sont ses collègues continentaux. Quant aux moyens dont il dispose pour *caler*, lorsqu'il le faut, ce que qui pourrait n'être pas dicible dans un jugement, il peut le faire tout aussi bien dans un arrêt de cent pages que la Cour de cassation dans un attendu de six lignes. Bénéfice de principe à cet égard il n'y a pas. Tout, ici et là, est affaire d'espèce et de personnes.

4. Faut-il remettre en cause la forme syllogistique de l'écriture des arrêts ?

a) J'observe tout d'abord que personne ne le fait chez ceux qui seraient plus ou moins réputés nous donner l'exemple d'une autre voie. Je ne sais pas que les arrêts de la Cour EDH soient autres que syllogistiques en structure. On y retrouve toujours un exposé des situations, un autre de la base légale et une conclusion fondée par une opération de qualification juridique et d'appréciation construite dans le rapport de ces deux termes. Ce n'est pas parce que l'on y prend la peine d'exposer l'un après l'autre les points de vue des protagonistes et que l'on s'explique un peu plus longuement sur le raisonnement que l'on tient en prenant le soin de montrer qu'on fonde cette explication au creuset de la jurisprudence antérieure que l'ontologie des opérations de jugement diffère du tout au tout. Loin s'en faut.

b) Je ne suis pas - du tout - certain qu'il faille s'écarter de la forme canonique des arrêts à la française pour gagner en clarté et en intelligibilité de la motivation. L'ordonnance de référé rendue le 23 novembre 2015 au Palais-Royal pour enjoindre à l'État

de ne pas laisser la « jungle de Calais » en l'état où elle se trouve (et ses habitants avec elle) se comprend très bien à première lecture, y compris pour le profane.

Il est tout à fait possible, en se donnant un peu de peine, de motiver (bien) mieux et (bien) plus clairement sans remettre en cause la forme structurelle des jugements. Les choses sont sans doute plus difficiles à cet égard dans certains types de contentieux très peu factuels et juridiquement décharnés - à type de légalité objective en cassation, par exemple - mais il n'empêche...

c) Faute de temps, je voudrais me borner pour finir à insister d'un mot sur l'idée que la « critique du syllogisme » est en vérité bien plus difficile à mener qu'il n'y paraît. Elle expose en effet ses tenants à confondre (de nouveau) deux objets distincts et à

errer, pour le surplus, dans chacun de ces registres.

Observons d'abord qu'elle peut s'appliquer à des objets *très* différents : la *réalité* du raisonnement du juge et la manière dont il s'est *exprimé* et surtout exprimé par écrit. Pour toutes les raisons que j'ai dites jusqu'ici, cela ne se confond pas.

Observons ensuite que, pour qui prend soin de distinguer ces plans, il reste à conserver un esprit de nuance que l'on ne voit pas s'appliquer partout dans le débat de ces dernières années. Bien sûr, il faudrait enfermer à double tour un juge dont le crédo serait de raisonner *pour de bon* en syllogiste et de ne faire que cela. Mais il m'apparaît tout aussi clair qu'un traitement comparable devrait s'appliquer à ceux des sociologues du droit qui pensent encore que la forme syllogistique n'est *absolument rien d'autre* qu'un habillage retors opéré par un acteur pleinement conscient de sa propre malice. Il y a là une méconnaissance profonde de ce qui fait aussi l'identité de juges formés *ab initio* par l'imitation de cette même forme syllogistique du raisonnement, et pour qui elle finit par procéder d'une sorte de seconde nature en même temps qu'un acquis professionnel « codé en dur » comme diraient les informaticiens.

Bref, ici comme ailleurs, il n'est pas bon de jeter le bébé avec l'eau du bain. Il est souhaitable de chercher à motiver mieux à la Cour de cassation - j'en suis convaincu - mais cela ne signifie pas que cet objectif requière de passer par des chemins révolutionnaires. Des moyens assez légers pourraient peut-être suffire : un effort vrai en direction d'une meilleure lisibilité et d'une explication moins absconse, la remise en cause des traits de rédaction les plus exagérément archaïques... Pas forcément beaucoup plus.

Ma recommandation, en tout état de cause, serait déjà de commencer par là... ■