

ÉDITORIAL

## Motivation des arrêts : une alternative

Christophe Jamin

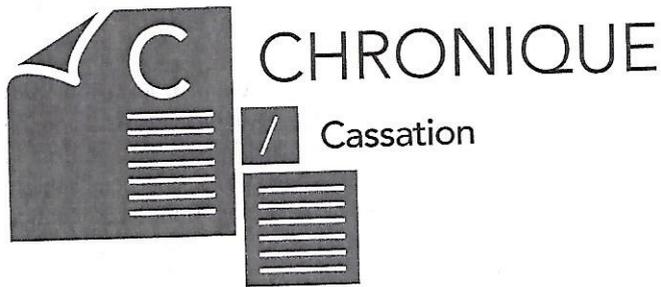
L'ample travail de réflexion entamé à la Cour de cassation il y a quelques mois à l'instigation de son premier président ne faiblit pas. Il porte aujourd'hui sur la motivation des arrêts. Sur ce plan, deux orientations sont possibles.

La première s'inscrit dans une tradition qui a commencé à voir le jour durant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle quand la Cour de cassation a commencé à motiver ses arrêts plus brièvement qu'auparavant. Depuis cette époque, ceux-ci se caractérisent par une certaine sécheresse de ton. Ils se réduisent le plus souvent à un syllogisme ou du moins à un exercice de logique formelle qui réduit l'analyse des faits à la portion congrue et bannit toute appréciation qui n'est pas de facture technique. Les intentions stratégiques de ce choix sont connues : il s'agit tout à la fois de persuader le lecteur du caractère en quelque sorte nécessaire et objectif des arrêts et de montrer que le juge est soumis à l'autorité de la loi qu'il se borne à appliquer. Si l'on choisit de ne pas s'écarter de cette ligne, la question de la motivation sera assez vite réglée : on pourra songer à choisir des formules un peu plus explicites, rompre avec le système de la phrase unique, numéroter les paragraphes, insister sur les chaînages d'arrêts, etc. Dans un contexte un peu différent, c'est la solution qu'a retenue le Conseil d'État quand il a décidé, dans un important rapport de 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, de ne pas s'écarter d'un « syllogisme juridique rigoureux ».

On peut néanmoins ne plus souhaiter vivre dans le même univers fictionnel en soutenant, d'un côté que le syllogisme s'éloigne décidément trop du travail concret des juges pour que l'on puisse encore se prévaloir de sa rigueur intellectuelle, de l'autre que l'affirmation sans nuance de la soumission de l'autorité judiciaire aux œuvres du législateur n'a plus la même force dès l'instant que le juge ordinaire se fait de plus en plus souvent juge de la loi. Le fait que le premier président Louvel insiste, lors de chacune de ses interventions, sur le fait que le contrôle de conventionalité exige une modification de la motivation des arrêts de la Cour de cassation laisse penser qu'il est sur cette ligne. Si c'est le cas, c'est alors une réforme d'une nature différente qu'il faut accomplir.

Le contrôle de proportionnalité résultant du contrôle de conventionalité ne permet plus en effet de déduire une solution d'une norme prédéterminée - si tant est d'ailleurs que ce soit jamais le cas. Il confère au juge un rôle nouveau qui l'engage plus spécialement à procéder à des compromis entre des normes existantes. Quand la Cour de cassation affirme en 2006 que la liberté religieuse, pour aussi fondamentale qu'elle soit, ne saurait rendre licite la violation d'un règlement de copropriété, ou qu'elle écarte en 2013 la prohibition du mariage entre alliés au nom du droit au respect de la vie privée et familiale parce que le mariage avait duré vingt ans sans être contesté, elle procède à un compromis qui se limite d'ailleurs dans le second cas à une situation de fait particulière. Elle pourra certes poser la norme issue de ce compromis en majeure d'un quelconque syllogisme, mais un public tant soit peu averti y verra plus certainement une pétition de principe qu'un raisonnement rigoureux. Cette norme pourra peut-être s'imposer par voie d'autorité, elle pourra même avoir cet avantage de se lire vite (l'avantage du syllogisme selon certains), elle ne convaincra pas. Si la Cour de cassation entend faire connaître la *ratio decidendi* de ses arrêts en respectant la logique propre au contrôle de proportionnalité, elle doit faire évoluer ses modes de raisonnement et son style rédactionnel : ne plus procéder par voie de déductions prétendument logiques, mais adopter une méthodologie différente qui, sans être moins rigoureuse, lui permette de faire état des éléments, dont la nature peut ne pas être exclusivement technique, ayant convaincu ses membres de privilégier tel compromis plutôt que tel autre.

La Cour de cassation est donc aujourd'hui placée devant une alternative : modifier simplement le style de ses arrêts ou en changer aussi la structure. Choisir la seconde branche pourrait avoir un triple avantage : ajouter un peu de transparence à des arrêts difficiles à décrypter, prendre l'exacte mesure des exigences du contrôle de proportionnalité, et renouer paradoxalement avec la pratique de ses débuts quand elle faisait appel aux ressources de la science du droit pour motiver ses arrêts les plus marquants.



## Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?

Raisons, identification, réalisation

par Pascale Deumier, Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3), Équipe de droit privé

**L'essentiel >** Le premier président Bertrand Louvel a institué une commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation et en a confié la coordination au président Jean-Paul Jean. Après s'être engagés sur la communication, la proportionnalité, les relations avec les autres juridictions ou le filtrage des pourvois, les travaux de la Commission de réflexion sur la motivation des arrêts se sont ouverts le lundi 14 septembre 2015. La présente contribution est une version allégée de la conférence qui a été donnée à cette occasion. La version intégrale est accessible sur le site de la Cour de cassation.

2022

**Un débat ancien.** La motivation concise des arrêts de la Cour de cassation n'est pas née avec l'institution : à l'origine d'un grand laconisme, la Cour donnera ensuite des explications, puis de véritables petites consultations, avant de revenir à une forme très brève, à compter de 1860<sup>1</sup>. Le débat sur cette concision est né en 1974, c'est-à-dire relativement tard à l'échelle de la tradition de rédaction, avec la publication de l'article du procureur général près la Cour de cassation Touffait et du professeur Tunc<sup>2</sup>. Il est possible de reprendre le résumé de leurs critiques, tel que le fit André Tunc : la motivation concise « méconnaît le devoir moral et parfois politique qu'ont les juges d'expliquer leur décision ; l'emploi de formules brèves, comportant des mots qui prêtent à toutes les interprétations, ne permet pas de savoir ce qu'est la règle de droit et engendre, en définitive, une grande incertitude ; la possibilité de reprendre dans les mêmes termes un principe déjà énoncé sans avoir à se soucier des études dont il a pu faire l'objet est un facteur d'immobilisme ; l'absence d'explication conduit à présenter comme une évidence un principe si contestable que, dans des cas posant en réalité le même problème juridique, on admet comme étant d'une égale évidence le principe contraire ; plus généralement, une motivation abstraite méconnaît la vie, les aspirations des hommes et

même les institutions et les phénomènes de la vie sociale »<sup>3</sup>. Ces arguments n'ont pas été dépassés depuis lors : à quoi bon les reprendre, alors qu'ils avaient laissé la Cour de cassation dans une indifférence qu'Adolphe Touffait expliquera, non sans une certaine amertume, par le fait qu'« il n'y a pas dix magistrats de la Cour en activité à avoir lu cet article »<sup>4</sup> ? L'expliquant, entre autres, par des conseillers débordés par les dossiers et s'intéressant plus à la maîtrise de la technique de cassation qu'à la finalité de la juridiction, il concluait que « c'est pour l'ensemble de ces raisons que l'article sur une "motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation" n'a pas le moins du monde ébranlé l'immobilisme de la Cour qui, il est vrai, a traversé depuis sa création tant de guerres et de révolutions, qu'elle peut encore estimer pouvoir rester immuable dans notre monde en pleine évolution, ce qui cependant ne paraît plus évident en raison de la démocratisation de l'instruction de la diffusion de l'information qui ont fait des Français des citoyens qui maintenant veulent comprendre les raisons pour lesquelles ils ont perdu ou même gagné leur procès »<sup>4</sup>. Si les arguments du débat sur la motivation n'ont pas fondamentalement changé depuis 1974, l'immobilisme a fait place au mouvement avec la réflexion lancée par la Cour de cassation sur son adaptation au nouveau contexte.

(1) V. Y. Chartier, De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation, in Mélanges P. Drai, Dalloz, 2000, p. 269, spéc. p. 278 s. (2) Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, RTD civ. 1974, 487. (3) Conclusions : La Cour suprême idéale, RID comp. 1978, 433, spéc. p. 464-465. (4) Conclusions d'un praticien, RID comp. 1978, 473, spéc. 484.

**Un nouveau contexte : la multiplication de points de comparaison.** Aujourd'hui, tous les juristes sont familiarisés avec d'autres modes de rédaction : ceux des juridictions européennes, pour tous, et, de plus en plus, ceux de juridictions étrangères. Il est dès lors inévitable de porter sur les arrêts de la Cour de cassation un autre regard, pour lequel la motivation concise ne relève plus de l'évidence et doit donc convaincre de sa pertinence. Si l'existence de points de comparaison remplit ainsi utilement sa fonction de mise en perspective, elle ne doit pas, comme toute comparaison, prétendre imposer une solution. Repenser la motivation ne se résume pas à un choix entre le modèle concis français et le modèle fleuve de *common law* : l'hypothèse d'une autre voie, inventant un style qui profite d'atouts éprouvés ailleurs, tout en les inscrivant dans une tradition ancrée, ne doit pas être écartée. De ce point de vue, il ne faut pas négliger les points de comparaison qui existent au sein même de notre système. Le Conseil d'État a ainsi fait sensiblement évoluer sa motivation depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle vers des arrêts de principe devenus explicatifs, avant d'envisager d'aller plus loin dans le *Rapport sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative* rendu en avril 2012 (ci-après « le Rapport »). Enfin, au plus près, la Cour de cassation a elle-même diffusé un point de comparaison : en rendant publics, par des supports externes à l'arrêt, les moyens de comprendre ses raisons et sa portée, elle attire inévitablement l'attention sur la question de savoir pourquoi ces éléments ne sont pas révélés dans l'arrêt. Ces révélations nouvelles témoignent de la conscience de la Cour de la nécessité d'aider à une meilleure compréhension de ses décisions, qui n'est que la face émergée d'une mutation plus profonde de ses missions.

**Un nouveau contexte : des missions renouvelées et assumées.** La Cour de cassation a été instituée pour être gardienne de la bonne application de la loi ; elle l'est toujours, mais cette mission première transite par la mise en œuvre de différents pouvoirs autrement plus éloignés de la fonction de sentinelle. Deux de ces pouvoirs sont particulièrement visibles aujourd'hui. Le premier est le pouvoir normatif, par lequel la Cour de cassation procède au développement du droit par sa jurisprudence. Si ce pouvoir n'a rien de contemporain, ce qui est plus nouveau, c'est la capacité de la Cour à l'assumer : en opérant son premier revirement pour l'avenir, ou en assumant le besoin de recourir à un *amicus curiae* pour mesurer les conséquences de sa décision, elle a accepté « mieux que jamais, d'être source d'un droit vivant »<sup>5</sup>. Le deuxième pouvoir est apparu plus récemment, lorsque la Cour de cassation est devenue l'un des gardiens, non plus seulement de la loi, mais aussi des droits fondamentaux. Ce pouvoir implique une motivation adaptée à un raisonnement pétri de proportionnalité<sup>6</sup>, qui résulte moins d'une stricte déduction valable abstraitement que d'une mise en balance qui se garde de généralité. En outre, la protection des droits fondamentaux se jouant transversalement, elle repose sur un dialogue des juges qui s'exercera sans la Cour de cassation si

elle ne peut être comprise par les juristes étrangers. Enfin, les droits fondamentaux n'ont pas fait qu'accroître la puissance de la Cour de cassation : sa jurisprudence est à son tour soumise aux droits fondamentaux et doit satisfaire aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme comme du Conseil constitutionnel, qui ne doivent pas se méprendre sur sa portée précise. La Cour de cassation a, jusqu'à présent, procédé à toutes ces mutations de son office sans modifier sa façon de l'exprimer. Le décalage entre la réalité du pouvoir exercé et l'apparence du pouvoir exprimé s'est creusé et les raisons justifiant la motivation traditionnelle se fissurent de toutes parts. Réconcilier la réalité des missions exercées par la Cour de cassation avec ses méthodes, tel est l'objectif aussi ambitieux que salutaire de la réflexion initiée sous l'impulsion du premier président Louvel et coordonnée par le président Jean.

Pour repenser la motivation, il est donc, dans un premier temps, indispensable de réexaminer les raisons classiquement avancées au soutien du style actuel dans le nouveau contexte qui vient d'être décrit (I). Pour autant, le débat autour de la motivation des arrêts n'est pas de ces débats dont on peut espérer qu'un consensus émergera à la suite d'un échange argumenté. La relecture des raisons, si elle ne parvient pas à convaincre, sera toujours utile pour servir de boussole dans l'identification des éléments appelés à évoluer, à la recherche du meilleur équilibre entre réponse aux nouvelles missions et maintien des qualités acquises (II). Si ce n'est que le meilleur équilibre sur le papier n'est pas gage du plus grand succès pratique : il doit tenir compte de l'optimisation des chances de réalisation de l'évolution (III).

## I - Raisons

### A - L'objectif

**Par quels lecteurs ?** Il est souvent reproché aux arrêts de la Cour de cassation de ne pas pouvoir être compris par les justiciables. Outre les parties, c'est la société entière qui est désormais concernée, car la place du juge dans la société française a changé et ses décisions sont attendues et médiatisées. Il n'est pourtant pas certain qu'il y ait un auditoire homogène pour toutes les décisions rendues par la Cour de cassation. La décision qui n'a d'intérêt que pour les parties doit pouvoir être comprise par elles seules, par la lecture de l'arrêt, accompagné de ses travaux préparatoires et des explications de leur conseil : la Cour européenne apprécie ainsi la prévisibilité de la norme par le standard du justiciable « s'entourant au besoin de conseils éclairés »<sup>7</sup>. La décision qui dépasse le litige, pour devenir la nouvelle norme, doit, quant à elle, pouvoir être comprise par tout juriste : le juge du fond, l'avocat et tous les professionnels du droit qui l'appliqueront ensuite ; le professeur qui l'exposera et la discutera ; le juge européen ou étranger qui l'écouterà. La

<sup>5</sup> Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, 17 oct. 2014, site de la Cour de cassation. (6) Qui sera peu développée ici pour l'avoir été par C. Jamin, Juger et motiver, RTD civ. 2015. 263 et site de la Cour de cassation. (7) V. l'arrêt *Sunday Times*, CEDH 26 avr. 1979, n° 6538/74, § 49.

compréhension pour le grand public relève plus d'un exercice de pédagogie, qui peut recourir à des outils dédiés. En définitive, le public de référence pour la décision considérée isolément reste, selon nous, largement celui des juristes, relais indispensables de la compréhension des arrêts par les justiciables. C'est donc à leur aune que doit s'apprécier la question suivante.

**Les arrêts de la Cour de cassation sont-ils compréhensibles?** Le constat des difficultés de compréhension que rencontrent certains juristes est assez partagé. Il doit être relativisé: il focalise sur des exemples de perplexité en passant sous silence les nombreux cas dans lesquels la motivation permet, rapidement et clairement, de saisir le sens d'un arrêt. Car la motivation de la Cour de cassation a également de sérieux atouts: clarté, pureté et neutralité du langage; rigueur et logique du raisonnement. Il n'en reste pas moins que d'autres décisions, notamment celles à portée jurisprudentielle, laissent parfois les juristes dans la perplexité. Cependant, le désaccord règne sur la raison de ces difficultés. Certains estiment que la motivation est claire, la mauvaise compréhension tenant à l'absence de connaissance suffisante de la technique de cassation par les lecteurs<sup>8</sup>. Il est pourtant possible d'estimer que, d'une part, même en maîtrisant cette technique, le sens échappe parfois<sup>9</sup> et que, d'autre part, l'opération de décryptage ne devrait pas être réservée aux détenteurs « d'une sorte de science secrète du droit »<sup>10</sup>. Dès lors, il s'agit surtout de conserver ce qui est déjà un atout en termes de compréhension et de perfectionner ce qui l'entrave parfois: parviendra-t-on ainsi à une décision toujours parfaitement compréhensible?

**Quelle compréhension?** L'idéal d'une décision dont la simple lecture permettrait à tout juriste de comprendre toutes les implications de la nouvelle norme n'est pas plus à la portée du juge qu'elle n'est à celle du législateur. Le mythe du droit accessible à tous a vécu et la Cour européenne rappelle que la certitude absolue n'est pas de ce monde juridique<sup>11</sup>. Le droit porte une dimension technique qui n'est pas soluble dans le sens commun, et la norme la plus précise nécessitera des interprétations, qui ne sont pas plus parfaites et appelleront donc, à leur tour, des interprétations: c'est le propre de toute norme. Sans donc prétendre à une compréhension absolue conférant une prévisibilité parfaite, il semble toutefois qu'il reste une bonne marge de progrès à la Cour de cassation. Il convient de s'assurer que ces progrès sont possibles.

## B - Les possibilités

**Existe-t-il des contraintes?** Le droit donne finalement peu d'indications sur la bonne façon de motiver. La Cour

européenne a adopté une position compréhensive, en estimant, d'une part, que « si l'article 6, § 1, oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, cet article ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument, et que l'étendue de cette obligation varie selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce », d'autre part, que, « compte tenu du caractère spécifique de la procédure de cassation, il n'apparaît pas que la Cour de cassation ait manqué à son obligation de motivation »<sup>12</sup>. Faut-il considérer que tout danger est écarté? La Cour européenne a déjà marqué que sa compréhension n'était pas sans limites<sup>13</sup> et que certains arrêts étaient soumis à une « obligation de motivation renforcée »<sup>14</sup>. Pour l'heure limitée aux revirements de jurisprudence, il ne faut pas exclure qu'elle s'étende aux autres arrêts marquant un développement du droit. Cependant, outre qu'il n'y a là qu'une prédiction, il serait regrettable d'attendre d'être obligé de s'engager dans la voie d'une évolution par la contrainte quand il est encore temps de le faire par choix. À moins que la technique de cassation n'empêche ce choix.

**La technique de cassation oblige-t-elle à une motivation concise?** La défense de la motivation actuelle de la Cour de cassation en appelle souvent à la fonction spécifique du juge de cassation<sup>15</sup>. L'argument doit être revu dans le nouveau contexte: à l'occasion de l'exercice de son contrôle de légalité des décisions, le juge va déployer d'autres pouvoirs (le pouvoir de contrôler la conformité aux droits fondamentaux; le pouvoir de développer le droit); or la technique de cassation, qui n'a pas été pensée pour ces missions, ne peut dès lors rien dire de la façon dont elles doivent s'énoncer. Elle peut justifier une motivation minimale, mais elle n'implique pas *a contrario* qu'il soit interdit d'apporter des précisions supplémentaires, particulièrement lorsqu'elles accompagnent un raisonnement lui aussi complémentaire. Ce n'est d'ailleurs pas le moindre des paradoxes que de constater que l'évolution de la motivation des arrêts du Conseil d'État vers toujours plus de pédagogie est souvent justifiée par sa transformation en juge d'appel<sup>16</sup>, puis en juge de cassation<sup>17</sup>: devant dès lors guider les juges du fond, il lui appartenait de faire preuve de clarté.

**Le syllogisme impose-t-il la motivation actuelle?** Par sa motivation, la Cour de cassation laisse entendre qu'elle n'a fait que déduire par un strict syllogisme la réponse portée par la loi, respectant, là encore, sa mission. Il est possible de reprendre à ce propos l'objection faite pour la technique de cassation: le syllogisme donne l'ordre des étapes du raisonnement, mais ne dit rien sur la façon d'exposer chaque étape. Pour ces raisons, nombre de

(8) J. Ghestin, L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, D. 2004. 2239. (9) A. Bénabent, Doctrine ou Dallas, D. 2005. 852. (10) RD 1974. 378, obs. P. Ourliac. (11) Et ce, depuis l'arrêt *Sunday Times*, préc. (12) CEDH 6 mai 2010, n° 17265/05, *Brunet-Lecomte et Lyon Mag* c/ France, § 62. (13) Ex. CEDH 21 mars 2000, n° 34553/97, *Dulaurs c/ France*, § 33 s., D. 2000. 883, note T. Clay; AJDI 2003. 293, et 249. (14) Étude D. Tomasin; RTD civ. 2000. 439, obs. J.-P. Marguénaud, et 635, obs. R. Perrot; JCP 2000. II. 10344, note A. Perdriau. (15) AJDA 2000. 997, obs. J.-F. Flauss, à propos de CEDH 14 janv. 2010, n° 36815/03, *Atanasovski c/ ex-République yougoslave de Macédoine*, § 36 s., « l'existence d'une jurisprudence établie sur la question en jeu imposait à la Cour suprême l'obligation de donner des raisons substantielles pour expliquer ce revirement de jurisprudence ». (16) H. Croze, Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation, in *Mélanges P. Malaurie, Défrénois*, 2005, p. 181. (17) J. Rivero, Le Conseil d'État, Cour régulatrice, D. 1954. 157. (18) V. les contributions de D. Botteghi et C. Alonso, in P. Raimbault (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Univ. Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 153 et 161.

cours étrangères et européennes, bien qu'usant d'une motivation explicative, respectent le syllogisme, autrement dit énoncent la règle de droit, la situation d'espèce et l'application de l'une à l'autre. Il est important de ramener le syllogisme judiciaire à ce qu'il est, c'est-à-dire un syllogisme de construction plus souvent qu'un raisonnement syllogistique<sup>18</sup> : si les deux peuvent coïncider<sup>19</sup>, ce ne sera pas toujours le cas, car il s'agit de deux opérations différentes. Derrière le syllogisme de construction, la jurisprudence a toujours procédé d'« une balance déguisée »<sup>20</sup>, celle qui fait en sorte que la norme retenue pour la majeure prime les autres interprétations en présence. Les droits fondamentaux ont appelé l'affichage de cette balance, du fait de la collision visible des différents droits protégés par la majeure. La question de l'évolution de la motivation n'implique donc pas nécessairement de renoncer au syllogisme de construction, qui donne à la motivation la rigueur de sa progression, mais de se demander si l'exposé de certaines étapes n'appelle pas des explications supplémentaires, en fonction du pouvoir qui y est réellement exercé. Pour y répondre, il faut en définitive choisir en opportunité.

### C - L'opportunité

**Les explications renforcent-elles ou affaiblissent-elles l'autorité ?** La perception d'une autorité d'autant plus grande qu'elle est muette puise à une longue histoire, celle d'un pouvoir royal qui n'a pas à se justifier<sup>21</sup> et d'un jugement qui s'affaiblit en s'expliquant<sup>22</sup>. Cette conception est encore parfois invoquée aujourd'hui, alors qu'elle semble démentie par l'expérience contemporaine : les juridictions européennes et étrangères qui utilisent le registre de l'explication ne semblent pas exactement accuser un déficit d'autorité. En outre, la société contemporaine 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 »<sup>23</sup>. Dans cette société de la transparence, les mystères entourant la motivation des arrêts de la Cour de cassation la placent « en décalage croissant » avec son époque<sup>24</sup>. Il est possible d'ajouter à cette évolution générale de la société l'évolution particulière des juristes vers une nouvelle passion pour la sécurité juridique et la prévisibilité, qui ne fait pas bon ménage avec l'opacité de la jurisprudence. À tout le moins, il ne nous semble donc pas possible d'affirmer un lien établi entre charge d'autorité et longueur de la motivation<sup>25</sup>.

**La Cour de cassation doit-elle emprunter une autorité de forme législative ?** Le style actuel emprunte directement à la loi, par un énoncé lapidaire qui sublime la figure du juge

bouche de la loi. L'argument est très souvent invoqué et sa théorisation la plus poussée est celle de la nature législative de la Cour de cassation exposée par Frédéric Zenati : « L'autorité chargée de donner l'interprétation de la loi n'a, au contraire, pas lieu de se justifier, pas plus que n'a à le faire le législateur lui-même. Bien mieux, le faire affaiblirait son interprétation ; *imperatoria brevitatis* des arrêts suprêmes emprunte au style concis et ferme de la loi »<sup>26</sup>. L'argument doit pourtant être revu dans le nouveau contexte d'un juge qui assume ses pouvoirs, actualisation à laquelle Frédéric Zenati a lui-même procédé : la Cour de cassation « ne se considère plus comme la bouche de la loi, voyant désormais dans l'interprétation un acte normatif autonome (...). Leur évolution crée, en tout cas, un besoin de justification, qui appelle donc une motivation d'une autre nature, qui se doit d'être démonstrative »<sup>27</sup>. L'époque contemporaine permet, en effet, de doublement contester la forme législative de la motivation. D'une part, l'autorité du législateur a elle-même évolué : la Cour de cassation n'exprime pas sa majeure comme le législateur, mais comme le législateur du XIX<sup>e</sup> siècle ; celui du XXI<sup>e</sup> siècle n'est désormais plus autorisé à intervenir sans produire une étude d'impact, qui permet de contrôler qu'il a des raisons d'intervenir, qu'il a envisagé les différentes options à sa disposition et qu'il en a mesuré les conséquences. D'autre part, si le juge français du XXI<sup>e</sup> siècle assume désormais son pouvoir créateur propre, comment ne pas en assumer les implications rédactionnelles ? La jurisprudence n'est pas la loi : elle n'a pas d'autorité de commandement, mais une autorité de raison. Or il sera difficile pour la Cour de cassation de convaincre de ses raisons si elle s'obstine à refuser de les donner. En persistant à emprunter formellement une autorité qu'elle reconnaît par ailleurs ne pas être la sienne, la Cour de cassation affaiblit son pouvoir bien plus qu'elle ne le renforce.

**Moins on en dit, mieux ça vaut**<sup>28</sup> ? La révélation des motifs aboutira à leur critique, ce qui fait craindre une fragilisation de l'interprétation retenue. L'argument doit être relativisé et encadré. Relativisé, en ce que les choix faits par la Cour de cassation sont déjà soumis à la critique, à la différence près que la doctrine ne peut s'en prendre qu'à des hypothèses, ce qui n'est pas forcément le plus intéressant, ni pour le commentateur, ni pour la Cour de cassation. Encadré, car l'ajout d'explications ne doit pas être de nature à créer un nouveau champ de contestations : la Cour de cassation devra rapidement rappeler que le choix d'une interprétation ne peut être remis en cause en tant que tel<sup>29</sup>. La motivation concise présente cependant un

(18) Y. Gaudemet, Les méthodes du juge administratif, LGDJ, rééd. 2014 (or. 1972), p. 89 s. (19) Car le « contexte décisive » et le « contexte justificatif » s'entremêlent : V. M.-C. Ponthoreau, L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif, in F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, Bruylant, 2012, p. 5, spéc. p. 6. (20) S. van Drooghenbroeck, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Publ. Facultés de Saint Louis, 2001, nos 399 s. (21) T. Sauvel, Histoire du jugement motivé, RD publ. 1955. 30. (22) J.-P. Andrieux, Histoire de la jurisprudence. Les avatars du droit prétoire, Vuibert, p. 162. (23) B. Louvel, La Cour de cassation face au défi du XXI<sup>e</sup> siècle, mars 2015. (24) RTD civ. 2000. 679, obs. R. Libchaber. (25) Sur son caractère dépassé, F. Malhière, La brièveté des décisions de justice, Dalloz, vol. 125, 2013. (26) La nature de la Cour de cassation, BICC 15 avr. 2003, p. 3 s. (27) La signification, en droit, de la motivation, in S. Caudal (dir.), La motivation en droit public, Dalloz, 2013, p. 25, spéc. p. 35-36. (28) « Comme on l'entend souvent dire, dans le délibéré de tels arrêts, par les conseillers les plus anciens : "Moins on en dit, mieux ça vaut" », R. Lindon, La motivation des arrêts de la Cour de cassation, JCP 1975. I. 2681. (29) Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janv. 2002, n° 00-10.788, D. 2002. 1279, obs. B. Poisson ; RTD civ. 2003. 154, obs. N. Molfessis ; Dr. et patr. sept. 2002. 97, note P. Bonfils.

autre avantage, car elle accompagne la prudence d'un juge qui n'avance qu'à « petits pas » : faute d'avoir éprouvé la solution, et de pouvoir en anticiper toutes ses implications, la Cour en dit le moins possible. Pourtant, la jurisprudence contemporaine semble se construire aussi souvent par arrêt de principe que par « petits pas ». En outre, le fait de s'expliquer n'ôte pas au juge sa liberté de préciser ensuite sa position, serait-ce au prix d'évolutions ; en revanche, cela ôte de la brutalité à ce changement. Il reste la crainte de perdre le confort que donne une motivation lapidaire, « parce que votre jugement sera vraisemblablement correct, mais vos motifs seront certainement mauvais »<sup>30</sup>. Mais il ne faut pas exclure qu'il y ait en contrepartie dans la motivation explicite un gain dans la qualité de la prise de décision, éprouvée par l'écriture du raisonnement qui la porte.

Les raisons semblent donc nombreuses et convergentes pour estimer qu'il y aurait plus d'avantages que d'inconvénients à une évolution de la motivation. Cependant, pour s'en assurer, il faut mettre en balance les raisons d'évoluer avec l'étendue de l'évolution envisagée.

## II - Identification

Les défenseurs de la concision admettent que certains arrêts appellent des compléments, ceux de l'explication ne plaident pas nécessairement pour une motivation fleuve : à partir de positions de principe différentes, il est peut-être possible de s'accorder sur un même résultat. Ce résultat nous semble passer par trois identifications : celle des arrêts concernés par l'évolution (A), celle des supports pouvant accueillir les explications (B) et celle des éléments intéressant l'arrêt (C).

### A - Quels arrêts ?

**La gradation des arrêts.** Il est difficile d'imaginer la Cour de cassation rendre chaque année des milliers d'arrêts longuement motivés. Dès lors, et sauf à restreindre l'accès au juge de cassation, l'enrichissement d'une motivation s'accompagne « d'une sélection drastique des affaires méritant des développements particuliers »<sup>31</sup>. Il serait ainsi possible d'enrichir la palette existante (non-motivation, motivation tampon, motivation normale) par une motivation enrichie pour les affaires les plus importantes. Les arrêts dont l'effet portera au-delà du cas devraient penser leur motivation au-delà du cas, pour les juristes appelés à manier la norme nouvelle. Si les explications supplémentaires ne concernent donc qu'un faible nombre d'arrêts, la modification du style est susceptible d'avoir une portée plus générale.

**Une évolution générale du style ?** Le style de la Cour de cassation est loué pour sa précision et sa concision, mais il ne concourt pas toujours à la compréhension de la décision ; les critiques se focalisent sur la phrase unique, ses subordonnées, ses points-virgules et ses constructions sophistiquées. Le rapport du Conseil d'État évoque abondamment ses travers : elle correspond mal au langage courant contemporain et donne l'image d'une juridiction désuète ; elle est difficile à mettre en œuvre face à des litiges de plus en plus complexes ; elle nuit à la diffusion internationale des décisions et isole les juridictions françaises. Ces défauts doivent néanmoins être mis en balance avec les atouts de la phrase unique : elle accentue le déroulement logique de la motivation, participe de la solennité de la décision et de l'uniformisation impersonnelle des décisions de justice françaises<sup>32</sup>. Son abandon fait courir le risque de la perte de standardisation du style de rédaction et de la tentation de digressions plus ou moins variables - bien que l'expérience tende à démentir de tels effets secondaires<sup>33</sup>.

### B - Quel support ?

**Tout dans l'arrêt ?** La première solution consisterait à tout révéler dans l'arrêt : faire état des doutes, des considérations contradictoires, des préférences doctrinales, des distinctions possibles entre précédents et, à l'occasion, y ajouter des *obiter dicta*. En livrant tous les méandres des arguments soupesés par les juges pour emporter leur décision, les arrêts optimisent les chances de rallier les lecteurs. Cependant, la persuasion ne prévaut-elle pas alors sur la compréhension ? Certains spécialistes de juridictions plus explicatives admettent que « l'excès de motivation empêche, de plus en plus souvent, de distinguer le véritable apport d'une décision »<sup>34</sup>. Car la concision est loin d'être dépourvue de vertus : quand elle n'est pas elliptique, elle permet une compréhension rapide et efficace. En outre, quand bien même la révélation intégrale serait la plus pertinente, elle nous semble trop radicalement éloignée de la tradition française pour être considérée comme une évolution réaliste. Comme le répète le Conseil d'État à longueur de rapport, il est possible d'améliorer la rédaction « en veillant à ne pas sacrifier la rigueur du raisonnement »<sup>35</sup>. Ce même rapport fait état d'un dernier argument, celui de la volonté de maintenir un délibéré collégial des motifs, leur volume devant donc rester à proportion de ce qui peut être débattu dans ce cadre.

**Tout hors l'arrêt.** Trois supports peuvent être envisagés pour faire connaître ce que l'arrêt ne dirait pas. Le premier est la diffusion d'opinions séparées. Du point de vue interne, l'opinion séparée obligerait chacun à une certaine cohérence de position, ne pouvant approuver ici une position critiquée là : elle permettrait également d'éviter des compromis dans la

(30) Lord Campbell, cité par J. R. Spencer, Quelques observations préliminaires, in *Juges et jugements : l'Europe plurielle*, SLC 1998, 73, spéc. p. 76. (31) A. Lacabarats, Les juges de cassation en Europe : la rédaction des arrêts de la Cour de cassation en France, in *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation* (dir.), Les juges de cassation en Europe, Dalloz, 2012, p. 87 et 90. (32) Rapp. CE, p. 38 s. (33) V. les cas étrangers cités par le Conseil d'État et ses propres tests. (34) Sur la CJUE, L. Coutron, Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire, RTD eur. 2009, 643 ; sur les critiques américaines, H. Muir Watt, La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme, in N. Molfessis (dir.), La Cour de cassation et l'élaboration du droit, *Economica*, 2004, p. 53, spéc. p. 61. (35) P. 7.

motivation, puisque le magistrat minoritaire pourrait faire valoir autrement son opinion. Du point de vue externe, la technique permet de faire des prévisions sur la stabilité de la solution selon la force de l'adhésion qui l'a portée. Les opinions dissidentes n'en sont pas moins critiquées, y compris dans les systèmes de *common law*, du fait « d'un risque réel de fragilisation de l'autorité des décisions et de la cohérence du droit »<sup>36</sup>. D'autres considérations nous semblent plaider pour la mise à l'écart de cette option : d'une part, pour être à égalité de capacité de conviction, il faudrait que la rédaction de l'arrêt puisse recourir aux mêmes ressorts argumentatifs que ceux de l'opinion séparée : on bascule ainsi dans un modèle de rédaction discursif, que l'on vient de considérer comme inadapté. D'autre part, la méthode nous semble appropriée à des juridictions très personnalisées, aux antipodes de la Cour de cassation où la personne des magistrats s'efface derrière l'institution.

La deuxième option reporte l'intégralité de l'objectif de lisibilité sur la diffusion des travaux préparatoires. La solution a notamment été envisagée en réponse à l'obligation de motivation renforcée de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon Christian Charruault, « s'il est fait obligation à toute Cour suprême de donner les raisons substantielles qui l'ont conduite à faire œuvre normative, les modalités de cette révélation ne sont pas imposées », la diffusion pouvant dès lors se faire par le vecteur des travaux préparatoires des arrêts<sup>37</sup>. Si ce n'est qu'à peine envisagée, la solution est déclassée par ce même auteur, qui rappelle l'absence d'« onction juridictionnelle » de ces documents et le manque de lisibilité d'une jurisprudence qui s'expose de façon éparpillée. Ajoutons, dans le même sens, que les raisons substantielles des travaux préparatoires ne sont pas nécessairement celles de l'arrêt, et restent donc des hypothèses, certes éclairées. Si cet argument temporel ne vaut plus pour la troisième option à disposition, celle des communiqués et notes explicatives, qui sont élaborés *ex post*, les autres critiques formulées pour les travaux préparatoires peuvent leur être opposées. Travaux préparatoires ou note explicative, si l'on admet que les raisons d'une jurisprudence vont elles-mêmes produire un effet normatif, en ce qu'elles sont un élément déterminant de son sens et de sa portée, elles ne peuvent être énoncées autrement que par l'arrêt. Les autres supports ne sont, de ce point de vue, que des « palliatifs à une motivation indigente des arrêts eux-mêmes à laquelle rien ne saurait suppléer »<sup>38</sup>. La jurisprudence ne peut être lisible si son sens est éparpillé entre divers documents, à la valeur plus ou moins officielle et dont l'articulation est source de brouillage<sup>39</sup>.

**Des supports aux fonctions dédiées.** Il est dès lors peut-être préférable de rendre à chaque support sa fonction : l'arrêt doit dire le droit, les travaux préparatoires déployer l'argumentation persuasive, le communiqué communiquer. La compréhension de l'arrêt ne nous semble pas impliquer la révélation

de l'intégralité de la réflexion, mais la clarification de la seule interprétation retenue. La diffusion plus courante des travaux préparatoires permettra de constater que la discussion a également envisagé les autres interprétations possibles et les arguments au soutien de chacune. Le droit vivant pouvant être compris par la lecture de l'arrêt, et convaincre par celle des travaux préparatoires, le communiqué pourrait retrouver sa fonction d'origine, celle de communication vers le grand public : il peut utilement apporter de la pédagogie à certains éléments techniques et éviter une surinterprétation de la décision, en expliquant notamment la marge qui était celle du juge.

### C - Quels éléments ?

Les éléments d'une motivation enrichie varient en fonction des questions posées et des enjeux qui y sont liés. Pour autant, il faut une logique partagée au sein de la Cour pour maintenir la cohérence rédactionnelle de l'institution. Elle pourrait être celle affirmée par le rapport du Conseil d'État, 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 »<sup>40</sup>.

**Le besoin normatif.** Le pouvoir normatif du juge est lié à un besoin de développement du droit révélé par le cas : texte défailant, textes contradictoires, texte ou jurisprudence vieillissant, contraire aux normes supérieures, divergence, résistance, question de principe, etc. Du point de vue du pouvoir créateur du juge, celui-ci n'ayant pas été officiellement institué à cette fin, il est utile qu'il indique la justification de son intervention, qui est dès lors légitimée par les besoins du droit. Du point de vue du maniement de la jurisprudence, la révélation permettra d'acclimater chacun aux causes les plus récurrentes d'intervention créatrice et, progressivement, de leur donner plus de prévisibilité. Du point de vue du traitement des affaires, l'identification d'un tel besoin pourrait être *a minima* le déclencheur d'un circuit long, *a maxima* l'explication des hypothèses qui pourraient, demain, subordonner l'accès au juge de cassation.

**Les raisons déterminantes.** Parce qu'il existe plusieurs possibilités juridiques pour répondre à ce besoin, la solution retenue résulte d'un choix et non d'une révélation. Ce choix est fondé sur des raisons, ce qui atteste qu'il n'est pas arbitraire. Ces raisons ayant emporté la conviction des juges, elles emporteront également l'adhésion d'autres juristes. Elles aideront à évaluer la portée de la nouvelle règle et à anticiper sa péremption : chacun sait combien le recours au but poursuivi par la norme ou à l'intention de son auteur est la boussole privilégiée de l'interprétation et elle ne l'est pas moins pour l'interprétation de la norme jurisprudentielle que pour celle de la norme législative. Rappelons que la Cour européenne exige que ces raisons soient

<sup>36</sup> H. Muir-Watt, préc., p. 62. <sup>37</sup> C. Charruault, Propos sur la parole de la Cour de cassation, site Cour de cassation, cycle de conférences Droit et technique de cassation, 15 mars 2010. <sup>38</sup> S. Gjidara, La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles, LPA 2004, n° 105, p. 3, n° 59. <sup>39</sup> Ex., V. P. Ancel, Retour sur l'arrêt de l'assemblée plénière du 6 octobre 2006, à la lumière du droit comparé, in Mélanges G. Viney, LGDJ, 2008, p. 23. <sup>40</sup> P. 7-8.

mentionnées en cas de revirement de jurisprudence. Cette exigence a timidement intégré quelques arrêts de la Cour de cassation, démontrant à l'occasion qu'il est possible de donner des indications précieuses en peu de mots <sup>41</sup>.

**Le mode d'emploi.** Lorsque des éléments de la portée sont connus dès l'énoncé de la nouvelle jurisprudence, il est également possible d'indiquer dans l'arrêt son mode d'emploi, sur le modèle du Conseil d'État. Il est ainsi possible de comparer, du point de vue de la facilité de maniement, les deux arrêts par lesquels les deux hautes juridictions ont, à six mois d'écart, réalisé leur premier revirement pour l'avenir <sup>42</sup>. Le Conseil d'État l'énonce ainsi : « (...) il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; (...) toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ». La formule reste complexe du fait de la phrase unique. Pour autant, le lecteur est assuré que le juge vient de poser des « règles définies ci-dessus », du maintien du principe de rétroactivité, de l'existence d'exceptions, du sort spécifique des actions en cours et, ce qui est fondamental pour une telle innovation, il sait à partir de quand la nouvelle jurisprudence va s'appliquer. Quant à la Cour de cassation, elle a décidé « que si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que M<sup>me</sup> X n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ». Il ne suffit pas d'être expert en technique de cassation pour comprendre l'implication monumentale de cette motivation : il faut également être assez acclimaté à la question de la rétroactivité de la jurisprudence pour en deviner tous les enjeux, puisqu'il n'y est fait mention ni de nouvelle règle, ni de jurisprudence, ni de principe de rétroactivité, ni d'exception. Quant à savoir à partir de quand la nouvelle jurisprudence va s'appliquer, tout reste à deviner.

**La référence aux jurisprudences européennes.** La volonté de conformité ou d'harmonisation avec la jurisprudence euro-

péenne est la raison déterminante de certains arrêts et devrait alors apparaître : outre qu'elle permet de comprendre le choix effectué, qui plus est au soutien d'un argument peu contestable, elle fait enfin entrer le juge national dans un véritable dialogue des juges. La Cour de cassation est probablement, de toutes les hautes juridictions françaises, celle qui a déjà fait les avancées les plus significatives en ce sens. Le principe ne semble donc pas soulever de difficulté, mais il reste à en systématiser la pratique et la forme.

**La référence à ses propres précédents.** La question est plus délicate, car elle soulève une objection de principe : en mentionnant sa propre jurisprudence, la Cour de cassation ne lui reconnaît-elle pas une autorité obligatoire qui n'appartient pas à notre système ? Il faut tordre le cou à une telle compréhension. La jurisprudence peut mentionner ses précédents sans leur reconnaître de force obligatoire ; c'est bien ainsi que procèdent les juridictions européennes et de nombreuses juridictions continentales. Faire référence à un précédent signifie alors, et c'est heureux, que la juridiction est soucieuse de son rôle de garante de la cohérence et de la stabilité de la jurisprudence : d'une logique d'autorité et d'« obligatorité », qui est celle des systèmes de précédent obligatoire, on passe à une logique de raison et de cohérence, qui est celle de notre système. Au-delà du principe, il est indispensable de se doter, en pratique, d'une doctrine du maniement du précédent, qui doit guider le choix des arrêts cités et celui des arrêts les citant. Quant au premier, il nous semble que la référence à l'arrêt de principe suffit, sans qu'il soit utile de retracer tous les rebondissements de la lignée ou les lignées jurisprudentielles proches - qui seront utilement trouvés dans les travaux préparatoires. La multiplication de précédents est de nature à nuire à la compréhension de ce qui est essentiel <sup>43</sup>. Quant aux arrêts nécessitant la citation de précédents, le premier est, à l'évidence, le revirement de jurisprudence (et sa variante pernicieuse, la création d'une exception nouvelle qui maintient la jurisprudence pour le reste), qui appelle la mention du précédent abandonné, généralement ou pour une situation. La mention est utile plus généralement à chaque fois qu'une jurisprudence existante est la raison déterminante de la nouvelle interprétation. Il reste une dernière hypothèse, plus courante et plus délicate, celle du cas dans lequel une cour d'appel a manqué au respect d'une jurisprudence. La proposition aggrave l'objection de principe : censurer une cour d'appel au motif qu'elle n'a pas respecté la jurisprudence de la Cour de cassation, n'est-ce pas consommer la mutation de notre système en système de précédent obligatoire ? C'est effectivement reconnaître franchement la réalité de l'obligation faite aux juges de respecter l'uniformité de l'interprétation et l'éga-

(41) Com. 8 févr. 2011, n° 10-11.896, D. 2011. 515, obs. A. Lienhard, 1314, note N. Molfessis et J. Klein, 1321, note F. Marmoz, et 2758, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2011. 288, note P. Le Cannu ; RTD civ. 2011. 493, obs. P. Deumier ; Soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.233, D. 2012. 443 ; 1765, chron. L. Pécaut-Rivolier, et 2622, obs. J. Porta ; RDT 2012. 168, obs. T. Grumbach. (42) CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Tropic*, D. 2007. 2500, note D. Capitant ; AJDA 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher, 1497, tribune S. Braconnier, et 1777, tribune J.-M. Woehrling ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus, 2008. 42, et 2009. 246, obs. R. Noguellou ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas, 917, étude F. Moderne, 923, note D. Pouyaud, et 935, étude M. Canedo-Paris ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; Cass., ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, D. 2007. 835, note P. Morvan ; RTD civ. 2007. 72, obs. P. Deumier, et 168, obs. P. Théry ; JCP 2007. II. 10040, note E. Dreyer et 10111, note X. Lagarde. (43) Ex., pour la CJUE, L. Coutron, préc.

lité de tous devant elle. Le précédent n'est pas obligatoire pour autant, il est la raison de reconnaître une application divergente, et donc mauvaise, du droit; tout comme la Cour de cassation reste libre de s'écarter de ses précédents pour des raisons impérieuses, les juges du fond conservent une capacité de résistance, qu'ils n'hésitent d'ailleurs pas à utiliser. La référence au précédent devra ainsi aboutir à dissocier les cas de méconnaissance de la jurisprudence de la Cour et les cas de rébellion réelle, par laquelle les juges du fond défendent en connaissance de cause une interprétation divergente pour appeler à un réexamen. Plusieurs systèmes de droit civil prévoient d'ailleurs expressément l'accès au juge de cassation pour ces cas de mauvaise application de la jurisprudence, qui ne sont donc pas une marque des systèmes de *common law*<sup>44</sup>.

**La référence à des données non juridiques.** La prise en considération des données sociales ou économiques a fait de franches avancées avec le recours à l'*amicus curiae*. Il reste à la rendre visible dans les cas où elle a été déterminante. Le premier cas est celui de la mise à l'écart d'une interprétation possible mais produisant des conséquences excessives. La modulation de la jurisprudence dans le temps est, par exemple, particulièrement propice à ce raisonnement. Le second cas est celui des droits fondamentaux, pour la résolution desquels le juge se montre conscient de son propre rôle social, ce qui implique l'intégration dans la balance de tous les éléments du contexte<sup>45</sup>.

Finalement, il est possible d'atteindre l'objectif de compréhension sans débauche d'évolutions: le nombre d'arrêts concerné est limité, le nombre d'éléments à faire apparaître également. La proposition a tout pour faire l'unanimité contre elle: trop timide pour ceux qui apprécient le style plus discursif, trop attentatoire au style actuel pour justifier de s'embarasser d'un changement. Pour autant, concilier évolution et tradition nous semble gage de la réalisation d'un changement de motivation.

### III - Réalisation

**La difficulté du changement.** La motivation ne doit pas être envisagée comme une abstraction pure, dont il suffirait de déterminer les qualités exemplaires: elle est une activité humaine et touche à ce qu'il y a de plus profondément ancré dans l'acte de juger, la réflexion sur sa propre prise de décision et le geste d'écriture. L'expérience du Conseil d'État est, à cet égard, significative de la difficulté d'un tel changement. Alors que le rapport avait été élaboré en suivant une méthode rigoureuse, le bilan actuel, après trois années d'expérimentation qui ne devait en durer qu'une, est que le passage à la pratique tarde. La réalisation doit donc être préparée, peut-être en en

appelant à l'expertise d'autres disciplines. Par exemple, les sciences de gestion s'intéressent au pilotage du changement dans une organisation et pourraient donner une idée à la Cour de cassation de ce qui l'attend: dans la phase de réflexion sur une remise en cause des méthodes, les membres de l'organisation « se montrent inquiets, posent beaucoup de questions, expriment du scepticisme »; en phase de transition, ils « se plaignent d'être plus fatigués ou stressés, sont nostalgiques du passé, posent souvent les mêmes questions »; ce n'est qu'en phase de « ritualisation », quand le changement a intégré les nouvelles habitudes, que les membres « cherchent les moyens d'harmoniser le nouveau modèle avec les autres aspects du fonctionnement de l'organisation » ou encore « comparent de moins en moins la situation présente avec celles du passé »<sup>46</sup>. Faute de disposer des compétences sur la façon de gérer au mieux ces différentes étapes, il sera seulement possible ici d'attirer l'attention sur quelques pistes.

**L'expérimentation.** Parce qu'il y a long de l'idée à la pratique, l'élaboration de décisions tests, sur le modèle des annexes du rapport du Conseil d'État, semble indispensable, permettant la comparaison entre des arrêts dans leur rédaction actuelle et des arrêts rédigés sur un nouveau mode, pour répondre à un même pourvoi. Les tests sont aussi nécessaires pour mesurer les modifications assez simples à mettre en œuvre et les modifications plus difficiles à manier dans la rédaction. C'est sur cette base qu'il sera possible de procéder à un bilan avantages en termes de compréhension/coûts en termes de difficulté de rédaction. Ils devraient également avoir le souci de tenter d'anticiper les risques de dérive, pour mieux les cantonner. Ils pourraient ensuite être expérimentés en conditions réelles pour mesurer les coûts de transition, par exemple en termes de durée de délibéré et de rédaction.

**L'expérience.** Il est également possible d'utiliser l'expérience acquise au sein de la Cour de cassation. La première est celle des notes explicatives: il n'est souvent pas nécessaire d'en savoir plus pour comprendre l'arrêt. La deuxième expérience est celle du chaînage des précédents jurisprudentiels. Dans le prolongement des travaux et propositions de Xavier Henry<sup>47</sup>, il est désormais assez précis et élaboré. L'expérience montre qu'il n'implique pas de resituer la décision dans quantité de précédents et que la Cour de cassation sait déjà sélectionner la ou les quelques décisions utiles à la compréhension. Enfin, la troisième expérience à exploiter est celle acquise par les conseillers lorsqu'ils siégeaient dans les juridictions du fond. Du fait de cette expérience, les conseillers de la Cour de cassation connaissent déjà un autre mode de rédaction, mais aussi l'adaptation à un nouveau style - toutes expériences qui pourraient, en définitive, permettre à la Cour de cassation de réaliser son évolution plus facilement que le Conseil d'État. Et

<sup>44</sup> V. F. Ferrand, La juridiction judiciaire suprême en droit comparé. Missions, filtrage, intensité du contrôle, in G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), L'accès au juge de cassation, Société de législation comparée, 2015, à paraître. <sup>45</sup> Sur ce pt, V. A. Schahmaneche, La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, Pedone, 2014, nos 110 s. et 750 s. <sup>46</sup> P. Colletterte, M. Lauzier et R. Schneider, Le pilotage du changement, Presses de l'Université du Québec, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 105-106. <sup>47</sup> Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le *Bulletin civil*, BICC 1<sup>er</sup> juin 2004, n° 599.

puis, il y aura l'expérience future, la façon dont les rédacteurs des décisions et leurs lecteurs s'approprièrent les évolutions et les corrigeront.

Après avoir sérieusement les raisons, l'identification et la réalisation d'une évolution de la motivation des arrêts de la Cour de cassation, je conclurai en suggérant à la Cour de cassation de

procéder exactement à l'inverse : de commencer par l'élaboration de décisions tests, de préparer plusieurs formules, intégrant des motivations plus ou moins importantes; d'identifier lors de la réalisation de ces tests les évolutions semblant utiles à la compréhension sans se heurter à des difficultés de rédaction excessives; sur la base de cette identification, et de leur expérimentation, de décider de l'opportunité de l'évolution.