

Table des annexes

Annexes documentaires

- **Annexe 1.1** – Extrait de la liste des critères de l'Etat de droit adoptée par la Commission de Venise à sa 106^e session plénière
- **Annexe 1.2** – Déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire
- **Annexe 1.3** – Etude sur les effectifs « extérieurs » à la magistrature judiciaire – Cour de cassation – Siège
- **Annexe 1.4** – Etude sur les effectifs « extérieurs » à la magistrature judiciaire – Cour de cassation - Parquet général
- **Annexe 1.5** – Pour une « opinion séparée intégrée » dans la motivation
- **Annexe 1.6** – La procédure interactive ouverte
- **Annexe 1.7** – Etendre les compétences du Tribunal des conflits ?
- **Annexe 1.8** – La bibliothèque de la Cour de cassation en 2030
- **Annexe 1.9** – Une meilleure fluidité des parcours professionnels entre juridictions de fond et Cour de cassation
- **Annexe 1.10** – « Le restatement : les Etats-Unis entre tradition civiliste et tradition de common law », *les Cahiers de la justice*, Dalloz, 2010, p. 81 à 95
- **Annexe 1.11** – Le parquet général de la Cour de cassation : état des lieux
- **Annexe 1.12** – Création d'un service d'appui aux magistrats de la Cour de cassation
- **Annexe 1.13** – Etat des lieux sur la question de la modulation dans le temps des décisions de la Cour de cassation
- **Annexe 1.14** – Projet de protocole de communication relatif aux affaires relevant d'une question d'intérêt public majeur

Les auditions

- **Annexe 2.1 - Liste des personnes auditionnées**
- **Annexe 2.2 - Audition de Justice Stephen Breyer**, juge à la Cour suprême des Etats-Unis (12 mars 2021)
- **Annexe 2.3 - Audition de Guy Canivet**, premier président honoraire de la Cour de cassation (27 novembre 2020)
- **Annexe 2.4 - Audition de Dineke de Groot**, présidente de la Cour suprême des Pays-Bas (18 mars 2021)
- **Annexe 2.5 - Audition de Mireille Delmas-Marty**, professeur honoraire au Collège de France (12 février 2021)
- **Annexe 2.6 - Audition de Ian Forrester**, ancien juge britannique au Tribunal de l'Union européenne (18 mars 2021)
- **Annexe 2.7 - Audition de Guillaume Fradin**, chef du service de la communication de la Cour de cassation (28 janvier 2021)
- **Annexe 2.8 - Audition d'Antoine Garapon**, magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la Justice (10 septembre 2020)
- **Annexe 2.9 - Audition de Jean-Paul Jean**, directeur du Service de la Documentation, des Etudes et du Rapport (SDER) de la Cour de cassation (28 juillet 2020)
- **Annexe 2.10 - Audition de Yannick Meneceur**, magistrat détaché au Conseil de l'Europe et chercheur associé à l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (22 janvier 2021)
- **Annexe 2.11 - Audition de Denis Salas**, magistrat, président de l'Association française pour l'histoire de la justice (4 février 2021)
- **Annexe 2.12 - Audition d'Alain Smetryns**, président de section honoraire à la Cour de cassation de Belgique (22 février 2021)
- **Annexe 2.13 - Audition de Jean-Michel Sommer**, président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation (24 février 2021)
- **Annexe 2.14 - Audition d'Alain Supiot**, professeur au Collège de France (18 décembre 2020)

Les contributions extérieures

Contributions d'organisations :

- **Annexe 3.1** - Contribution de l'Ecole nationale de la magistrature
- **Annexe 3.2** - Contribution du GIP Mission de recherche droit et justice
- **Annexe 3.3** - Contribution du CNB
- **Annexe 3.4** - Contribution du Syndicat de la magistrature

Contributions de personnes physiques :

- **Annexe 3.5** - Contribution de Jean-Philippe Pierron, *philosophe, Université de Bourgogne*
- **Annexe 3.6** - Contribution de Paule Gonzalès, *journaliste spécialisée au Figaro*

**Extrait de la liste des critères de l'Etat de droit
adoptée par la Commission de Venise à sa
106^e session plénière
(Venise, 11-12 mars 2016, p. 11-28)**

I. CRITÈRES

A. Légalité¹⁶

1. Primauté du droit

La primauté du droit est-elle reconnue?

- i. Existe-t-il une constitution écrite?
- ii. La constitutionnalité de la législation est-elle garantie?
- iii. La législation est-elle adoptée dans les délais prescrits par la constitution?
- iv. Le pouvoir exécutif se conforme-t-il dans son action à la constitution et aux autres normes de droit¹⁷?
- v. Les textes réglementaires sont-ils adoptés dans les délais exigés par la loi?
- vi. Existe-t-il un contrôle juridictionnel effectif de la compatibilité des actes et décisions du pouvoir exécutif avec la loi ?
- vii. Ce contrôle juridictionnel s'applique-t-il aussi aux actes et décisions des organismes indépendants et des acteurs privés remplissant des missions de service public?
- viii. Les droits de l'homme bénéficient-ils d'une protection juridique effective contre les atteintes émanant de personnes privées?

1. L'action de l'Etat doit être conforme à la loi, qui doit l'autoriser. La nécessité du contrôle juridictionnel des actes et décisions de l'exécutif et autres organes chargés de missions de service public est universellement reconnue, mais les pratiques nationales varient considérablement en ce qui concerne la façon de garantir la constitutionnalité de la législation. Si le contrôle juridictionnel est un bon moyen d'atteindre ce but, il y a d'autres façons de garantir le respect de la constitution et ainsi l'Etat de droit, comme l'examen a priori par une commission spécialisée¹⁸.

2. Respect du droit¹⁹

Les autorités publiques agissent-elles sur la base et dans le respect du droit en vigueur²⁰ ?

- i. Tous les pouvoirs des autorités publiques sont-ils prévus dans la loi²¹?
- ii. Les compétences de chaque autorité sont-elles clairement délimitées?
- iii. Les procédures que doivent suivre les autorités publiques sont-elles prévues dans la loi?
- iv. Les autorités publiques peuvent-elles agir sans base légale? Les cas dans lesquels elles le peuvent sont-ils dûment justifiés?
- v. Les autorités publiques respectent-elles leurs obligations positives de garantir la mise en œuvre et la protection effective des droits de l'homme ?
- vi. Lorsque des missions de service public sont confiées à des acteurs privés, existe-t-il des garanties équivalentes dans la loi²²?

2. L'une des exigences fondamentales de l'Etat de droit est que les pouvoirs des autorités publiques soient prévus par la loi. La règle de légalité, dès lors qu'elle porte sur les actes des agents de l'Etat, exige également que ces derniers soient autorisés à agir, qu'ils agissent dans

la limite des pouvoirs qui leur ont été conférés, et qu'ils respectent le droit procédural comme substantiel. La loi devrait prévoir des garanties équivalentes lorsque des pouvoirs de l'Etat sont délégués à des acteurs privés — surtout, mais pas uniquement, si ces compétences sont assorties d'un pouvoir de coercition. Les autorités publiques doivent par ailleurs activement protéger les droits fondamentaux de l'individu à l'égard des autres acteurs privés²³.

3. Le terme de « loi » n'englobe pas simplement ici la constitution, le droit international, la législation et la réglementation, mais le cas échéant aussi le droit édicté par les juges²⁴, comme les règles de common law. Toute loi doit être accessible et prévisible²⁵.

3. Rapport entre le droit international et le droit interne

Le système juridique national garantit-il que l'Etat respecte les obligations qu'il a contractées en droit international? Plus particulièrement :

- i. Garantit-il la compatibilité avec le droit relatif aux droits de l'homme, dont les décisions à caractère contraignant des juridictions internationales?
- ii. Existe-t-il des règles claires d'exécution de ces obligations dans le droit national²⁶?

4. La légalité revêt en droit international la forme du principe pacta sunt servanda (les traités doivent être respectés). Il n'y a pas de règle en ce qui concerne la place que doit prendre le droit international coutumier ou conventionnel dans l'ordre juridique interne, mais un Etat « ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »²⁷ ou le non-respect du droit international coutumier.

5. L'Etat de droit n'impose ni le monisme ni le dualisme, mais la règle pacta sunt servanda s'applique quel que soit le rapport choisi entre le droit national et international. En tout état de cause, le droit international doit être pleinement mis en œuvre dans le pays. S'il est intégré dans le droit interne, il a valeur contraignante selon les modalités qui ont été décrites à la section précédente sur la primauté du droit (II.A.2). Ce qui ne veut pas dire toutefois qu'il l'emporte toujours sur la constitution ou la législation ordinaire.

4. Compétences législatives de l'exécutif

La primauté du pouvoir législatif est-elle garantie?

- i. Des règles générales et abstraites sont-elles formulées dans un acte du parlement ou un texte d'application fondé sur cette loi, sauf pour un petit nombre d'exceptions prévues dans la constitution?
- ii. Quelles sont ces exceptions? Sont-elles limitées dans le temps? Sont-elles contrôlées par le Parlement et la justice? Existe-t-il une voie de recours effectif en cas d'abus?
- iii. Si le Parlement délègue une compétence législative à l'exécutif, les objectifs, la teneur et la portée de cette délégation de pouvoir sont-ils explicitement définis dans un acte législatif²⁸ ?

6. Dans un régime absolutiste ou dictatorial, l'exécutif possède des pouvoirs illimités, en droit ou dans les faits. Le constitutionnalisme moderne s'est formé en réaction aux systèmes de ce type, et garantit la primauté du pouvoir législatif²⁹.

5. Procédure législative

La procédure d'adoption des lois est-elle transparente, démocratique, inclusive, et soumise à l'obligation de rendre des comptes?

- i. La procédure législative est-elle soumise à de claires règles constitutionnelles³⁰?
- ii. Le Parlement a-t-il le dernier mot sur la teneur des lois?
- iii. L'adoption d'un texte législatif est-elle précédée d'un débat parlementaire, et les projets ou propositions de loi sont-ils dûment justifiés (par un rapport explicatif, par exemple)³¹?
- iv. Le public peut-il consulter le projet ou la proposition de loi au plus tard à sa transmission au Parlement, et fournir un authentique apport³²?
- v. Projets et propositions de loi font-ils si nécessaire l'objet d'évaluations (analyse d'impact budgétaire ou sur les droits de l'homme, par exemple) avant leur adoption³³?
- vi. Le Parlement participe-t-il à la préparation, à l'approbation, à la transposition et à la mise en œuvre des traités internationaux?

7. *Comme expliqué dans la partie introductive, l'Etat de droit est lié à la démocratie, car il promeut l'obligation de rendre compte et l'accès aux droits, qui limitent les pouvoirs de la majorité.*

6. Exceptions dans les situations d'urgence

Des exceptions sont-elles prévues par le droit pour les situations d'urgence?

- i. Existe-t-il des dispositions spéciales applicables aux situations d'urgence (guerre ou autre danger public menaçant la vie de la nation)? Le droit national prévoit-il des dérogations aux droits de l'homme pour les situations de ce genre? Quelles situations et critères retient-il?
- ii. Le droit national interdit-il la dérogation à certains droits, même en situation d'urgence? Les dérogations sont-elles proportionnées, c'est-à-dire strictement limitées, quant à leur durée, leurs circonstances et leur portée, aux exigences de la situation³⁴?
- iii. Est-ce que la possibilité pour l'exécutif de déroger à la répartition normale des pouvoirs en situation d'urgence est également limitée quant à sa durée, ses circonstances et sa portée?
- iv. Quelle est la procédure de déclaration de l'état d'urgence? La réalité de l'urgence, la durée de l'état d'urgence et la portée de toute dérogation décidée à ce titre sont-elles soumises à un contrôle parlementaire et juridictionnel?

8. *La sécurité de l'Etat et de ses institutions démocratiques, et la sûreté de ses dirigeants et de sa population sont des intérêts publics et privés essentiels qui méritent d'être protégés, et peuvent justifier la suspension temporaire de certains droits de l'homme et une attribution exceptionnelle de pouvoirs. Cependant, des gouvernements autoritaires ont utilisé des pouvoirs d'exception pour se maintenir au pouvoir, museler l'opposition et restreindre les droits de l'homme en général. Il est donc essentiel qu'il existe de strictes limites en ce qui concerne la durée, les circonstances, le moment et l'étendue de ces pouvoirs. Seule une démocratie qui respecte pleinement l'Etat de droit peut garantir efficacement la sécurité nationale et la sûreté publique³⁵. Cela exige le contrôle parlementaire et juridictionnel de la réalité de l'urgence et de la durée de l'état d'urgence.*

9. *Les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), de la Convention européenne des droits de l'homme, et de la Convention américaine relative aux*

droits de l'homme sont similaires en la matière³⁶. Elles prévoient dans des cas tout à fait exceptionnels des dérogations (à ne pas confondre avec de simples restrictions) aux droits garantis. Les droits dits « absolus » ne peuvent faire l'objet de dérogations : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et le principe « pas de peine sans loi », notamment³⁷. Le sous-critère II.A.6.i reprend synthétiquement les exigences de ces traités.

7. Devoir de mise en œuvre de la loi

Quelles mesures sont prises pour veiller à ce que les autorités publiques mettent effectivement en œuvre la loi?

- i. Les obstacles à la mise en œuvre de la loi sont-ils analysés avant et après adoption d'un texte?
- ii. Existe-t-il des voies de recours effectif en cas de manquement à mettre en œuvre la législation?
- iii. Des lois prévoient-elles des sanctions claires et spécifiques en cas de non-respect de la loi³⁸ ?
- iv. Existe-t-il un système solide et cohérent garantissant que les autorités publiques font effectivement appliquer ces sanctions?
- v. Ces sanctions sont-elles appliquées de façon cohérente?

10. Bien que la mise en œuvre de l'ensemble du droit soit rarement possible, le respect du droit constitue l'une des exigences fondamentales de l'Etat de droit. Cela implique que les organes de l'Etat mettent effectivement en œuvre les lois. L'Etat de droit perd tout son sens si le droit reste lettre morte et si son respect n'est pas assuré³⁹. La mise en œuvre du droit passe par une triple obligation : les sujets de droit doivent lui obéir, l'Etat doit raisonnablement le faire respecter et les agents publics doivent agir dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés.

11. La mise en œuvre effective du droit peut buter sur l'action illicite ou négligente des autorités, ou alors refléter les défauts d'un texte d'application difficile à mettre en œuvre par les autorités et les individus. Il est donc primordial de vérifier avant son adoption si le texte pourra vraiment être mis en œuvre, et de vérifier a posteriori s'il est effectivement possible de l'appliquer. Cela veut dire qu'il est utile à l'Etat de droit qu'il soit procédé à l'évaluation des textes de loi avant et après leur adoption.

12. L'absence de sanction suffisante (lex imperfecta) et l'insuffisance ou la sélectivité des sanctions garantissant le respect d'un texte peuvent aussi faire obstacle à sa bonne application.

8. Acteurs privés chargés de missions de service public

La loi garantit-elle que les entités non étatiques qui assurent tout ou partie de missions traditionnellement du ressort de l'Etat et prennent des mesures et des décisions ayant sur la population un impact similaire à celles d'une autorité publique sont soumises aux mêmes exigences de respect de l'Etat de droit et doivent rendre les mêmes comptes que les autorités publiques elles-mêmes⁴⁰?

13. *Des organismes mixtes (publics-privés) ou privés exercent des pouvoirs traditionnellement du ressort des autorités publiques dans un certain nombre de domaines, comme l'administration des prisons et la santé. En pareil cas, les exigences de l'Etat de droit s'imposent aussi.*

B. Sécurité juridique

1. Accessibilité de la loi

Les textes de loi sont-ils accessibles?

- i. Les textes de loi sont-ils tous publiés avant leur entrée en vigueur?
- ii. Sont-ils d'un accès aisé, par exemple consultables gratuitement sur l'Internet et/ou au journal officiel?

2. Accessibilité des décisions de justice

Les décisions de justice sont-elles accessibles ?

- i. Dans quelle mesure le public a-t-il accès aux décisions de justice⁴¹?
- ii. Est-ce que les exceptions sont suffisamment justifiées ?

14. *Les décisions de justice peuvent établir, compléter et clarifier le droit ; leur accessibilité contribue à la sécurité juridique. Des limitations peuvent être justifiées afin de protéger les droits individuels, notamment ceux des mineurs dans les affaires pénales.*

3. Prévisibilité de la loi

Les effets de la loi sont-ils prévisibles⁴²?

- i. Les textes de loi sont-ils rédigés de façon intelligible?
- ii. Un nouveau texte législatif précise-t-il clairement s'il abroge ou modifie un texte antérieur (et lequel)? Les modifications sont-elles intégrées dans une version complète et publiquement consultable du texte?

15. *L'impératif de prévisibilité signifie non seulement que la loi doit si possible recevoir la publicité nécessaire avant d'être promulguée et ses effets être prévisibles, mais aussi que sa formulation doit être suffisamment précise et claire pour permettre aux sujets de droit de régler leur conduite conformément à ses règles.⁴³*

16. *Le degré de prévisibilité nécessaire dépend toutefois de la nature du texte. La prévisibilité est en particulier essentielle en droit pénal. Les précautions à prendre avant de s'exposer à un danger concret ont gagné en importance, ce qui est légitime au regard de la multiplication des risques suscités en particulier par l'évolution des technologies. Cependant, dans les domaines auxquels s'applique l'approche préventive de la loi, comme la législation relative aux risques, les conditions justifiant l'action de l'Etat sont décrites dans des termes notablement plus larges et imprécis; pourtant, l'Etat de droit n'en interdit pas moins de passer outre l'impératif de prévisibilité.*

4. Stabilité et cohérence du droit

Les lois sont-elles stables et cohérentes ?

- i. Les lois sont-elles stables, en ce sens qu'elles ne sont modifiées qu'après que le public en ait été averti?⁴⁴
- ii. Leur application est-elle cohérente?

17. *L'instabilité et l'incohérence de la législation ou de l'action de l'exécutif peuvent affecter la capacité d'une personne à décider par avance de ses propres actions. Toutefois, la stabilité n'est pas une fin en soi : la loi doit s'adapter à l'évolution de la situation. Il est bien sûr possible de la modifier, mais cela doit donner lieu à un débat public, être annoncé, et ne pas aller à l'encontre d'attentes légitimes (voir sous-critère suivant).*

5. Attentes légitimes

Le principe des attentes légitimes est-il respecté?

18. *Le principe des attentes légitimes fait partie du principe général de la sécurité juridique dans le droit de l'Union européenne, inspiré de droits nationaux. Il signifie que les autorités publiques ne doivent pas se contenter d'observer la loi, mais aussi de respecter leurs promesses et les attentes qu'elles suscitent. Selon cette doctrine, les attentes de la personne qui agit de bonne foi en se fondant sur l'état courant du droit ne doivent pas être déçues, même si un changement de situation peut exceptionnellement appeler une modification de la loi allant à l'encontre d'attentes légitimes. Cela vaut non seulement pour la législation, mais aussi pour les décisions des autorités publiques⁴⁵.*

6. Non-rétroactivité

La rétroactivité du droit est-elle interdite ?

- i. La rétroactivité du droit pénal est-elle interdite?
- ii. Dans quelle mesure existe-t-il une interdiction générale de rétroactivité pour les autres lois⁴⁶?
- iii. Y a-t-il des exceptions, et dans l'affirmative à quelles conditions?

7. Nullum crimen, nulla poena sine lege

Le principe du *nullum crimen, nulla poena sine lege* (pas d'infraction ni de sanction sans loi) s'appliquent-ils?

19. *Une personne doit connaître par avance les conséquences de ses actes. La législation doit donc être prévisible (voir II.B.3 ci-dessus) et le droit, spécialement le droit pénal, non rétroactif. En droit civil et administratif, la rétroactivité peut aussi porter atteinte à des droits et intérêts juridiques⁴⁷. Cependant, en dehors du droit pénal, la restriction rétroactive de droits de l'individu ou la création de nouvelles obligations peuvent être admissibles, mais uniquement dans l'intérêt public et dans le respect du principe de proportionnalité (même dans le temps). Le législateur ne devrait pas se mêler de la façon dont les cours et tribunaux appliquent la législation en vigueur.*

8. Force de chose jugée (*res judicata*)⁴⁸

La force de la chose jugée est-elle respectée? (Plus aucune contestation n'est possible lorsqu'une décision définitive a clos tous les recours).

- i. Le principe *ne bis in idem* (interdiction de la double incrimination) est-il respecté?
- ii. Une décision définitive de justice reste-t-elle révisable ?
- iii. Dans l'affirmative, à quelles conditions?

20. *Le principe de la force de chose jugée implique que lorsqu'un recours a été définitivement tranché, de nouveaux recours ne sont plus possibles. Un jugement définitif doit être respecté, sauf raison impérative de revenir sur lui*⁴⁹.

C. Prévention de l'abus de pouvoir⁵⁰

Existe-t-il un dispositif de prévention de l'arbitraire et de l'abus de pouvoir par les autorités publiques?

- i. Dans l'affirmative, quelles sont les sources juridiques de ces garanties (constitution, législation, jurisprudence)?
- ii. Les pouvoirs discrétionnaires sont-ils clairement circonscrits, en particulier en ce qui concerne leur exercice par le pouvoir exécutif en matière administrative⁵¹?
- iii. Existe-t-il des mécanismes de prévention, de correction et de punition de l'abus (détournement) de pouvoirs discrétionnaires? Si un pouvoir discrétionnaire est confié à un agent de l'Etat, la façon dont ce dernier l'exerce fait-elle l'objet d'un contrôle juridictionnel?
- iv. Les pouvoirs publics sont-ils tenus de justifier en détail leurs décisions, en particulier lorsqu'elles touchent aux droits de l'individu? Le manquement à justifier dûment une décision constitue-t-il un motif valable de contestation en justice?

21. *Un pouvoir qui s'exerce par des décisions injustes, déraisonnables, irrationnelles ou abusives est incompatible avec l'Etat de droit.*

22. *Les pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif non circonscrits sont contraires à l'Etat de droit. En conséquence, la loi doit définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice de ces pouvoirs, de façon à protéger convenablement l'individu contre l'arbitraire.*

23. *Le risque d'abus du pouvoir discrétionnaire devrait donner lieu à des contrôles par des juridictions, voire d'autres organes indépendants le cas échéant. Les voies de recours devraient être claires et accessibles.*

24. *La possibilité d'en référer au médiateur ou à une autre forme de juridiction non contentieuse peut aussi être appropriée.*

25. *La motivation devrait être obligatoire également pour les décisions de l'administration*⁵².

D. Egalité devant la loi et non-discrimination

1. Principe

La constitution garantit-elle le principe de l'égalité de traitement, l'engagement de l'Etat à promouvoir l'égalité, et le droit des individus d'être à l'abri de toute discrimination?

2. Non-discrimination⁵³

Le principe de non-discrimination est-il respecté?

- i. La constitution contient-elle une interdiction de la discrimination?
- ii. Est-ce que la non-discrimination est effectivement garantie par la loi ?
- iii. La constitution et/ou d'autres textes de loi définissent-ils clairement et interdisent-ils la discrimination directe et indirecte?

26. Le principe de non-discrimination veut que soit interdite toute inégalité de traitement injustifiée prévue ou permise par la loi, et qu'une protection égale et effective soit garantie à toute personne contre toute discrimination fondée notamment sur des considérations de race, de couleur de peau, de sexe, de langue, de religion, d'opinions politiques ou autres, d'origine nationale ou sociale, d'appartenance à une minorité nationale, de patrimoine, de naissance ou de toute autre situation.

3. Egalité dans la loi

L'égalité dans la loi est-elle garantie ?

- i. Un principe constitutionnel interdit-il que la législation ou la réglementation enfreignent le principe de l'égalité (égalité dans la loi)⁵⁴? La norme précise-t-elle que toute différence doit être objectivement justifiée?
- ii. Un texte portant atteinte au principe d'égalité peut-il être contesté devant la justice?
- iii. La législation accorde-t-elle des privilèges à certains individus ou groupes? Ces dérogations et/ou privilèges poursuivent-ils un but légitime, et sont-ils compatibles avec le principe de proportionnalité?
- iv. Existe-t-il des mesures positives en faveur de certains groupes, notamment les minorités nationales, visant à compenser des inégalités structurelles?
- v.

27. La législation elle-même doit se conformer au principe de l'égalité : elle doit traiter sur un pied d'égalité des situations comparables, et différemment des situations différentes, et garantir l'égalité au regard de tout motif possible de discrimination.

28. Par exemple, l'immunité parlementaire, surtout s'il s'agit d'inviolabilité, doit être assortie de strictes restrictions ; « elle devrait toujours pouvoir être levée, selon une procédure claire et impartiale. S'il y est recouru dans la pratique, [l'inviolabilité] devrait être levée, à moins que son maintien ne se justifie en l'espèce, et qu'il ne soit proportionné et nécessaire à la protection du fonctionnement démocratique du parlement ou à la défense des droits de l'opposition politique. »⁵⁵

29. « La loi doit prévoir que l'interdiction de la discrimination raciale n'empêche pas de maintenir ou d'adopter des mesures spéciales temporaires destinées à prévenir ou à compenser les désavantages subis par des personnes [au motif qu'elles appartiennent à un certain groupe] ou à faciliter leur pleine participation dans tous les domaines de la vie. Ces mesures ne doivent pas être maintenues une fois atteints les objectifs visés. »⁵⁶

4. Egalité devant la loi

L'égalité devant la loi est-elle garantie?

- i. L'ordre juridique national fait-il clairement en sorte que la loi s'applique de la même manière à toute personne (égalité devant la loi) indépendamment de sa race, de la couleur de sa peau, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de ses opinions politiques ou autres, de son origine nationale ou sociale, de son appartenance à une minorité nationale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation⁵⁷? Prévoit-il que toute différence doit être justifiée objectivement, poursuivre un but raisonnable, et respecter le principe de proportionnalité⁵⁸?
- ii. Existe-t-il un recours effectif contre une application de la loi discriminatoire ou contraire au principe d'égalité⁵⁹?

30. L'Etat de droit exige la « soumission universelle » de tous au droit. Cela veut dire que la législation doit être appliquée de manière égale et cohérente. L'égalité ne saurait être purement formelle, elle doit se refléter dans une égalité matérielle de traitement, ce qui peut justifier, voire nécessiter, des différences. Par exemple, des actions positives peuvent être, dans des cas limités, un moyen de garantir l'égalité matérielle, afin de remédier à une situation défavorable ou à une exclusion antérieures⁶⁰.

E. Accès à la justice ⁶¹

1. Indépendance et impartialité

a. Indépendance du pouvoir judiciaire.

L'indépendance de la justice est-elle suffisamment garantie dans la constitution et la législation?

- i. Les principes fondamentaux de l'indépendance de la justice, y compris des procédures et critères objectifs pour la nomination, la titularisation, la discipline et la révocation des magistrats, figurent-ils dans la constitution ou la législation ordinaire⁶²?
- ii. Les juges sont-ils nommés à vie ou jusqu'à l'âge normal de la retraite? La révocation n'est-elle possible qu'en cas d'infraction grave à la discipline ou à des dispositions du droit pénal, ou si le juge ne peut plus accomplir ses fonctions judiciaires? La procédure est-elle clairement définie dans la loi? Le juge dispose-t-il de voies de recours contre une décision de révocation⁶³?
- iii. Les motifs de sanction disciplinaire sont-ils clairement définis, et les sanctions sont-elles limitées aux infractions intentionnelles et à la négligence grave⁶⁴?
- iv. Ces procédures sont-elles confiées à un organe indépendant⁶⁵?
- v. Cet organe ne comporte-t-il pas que des juges?
- vi. La nomination et la promotion des juges sont-elles définies et fondées sur des critères pertinents, comme la compétence, l'intégrité et l'expérience⁶⁶? Ces critères sont-ils définis dans la loi?
- vii. Dans quelles conditions est-il possible de muter un juge? Le consentement de ce dernier est-il nécessaire? Le juge peut-il contester sa mutation?
- viii. Existe-t-il un conseil indépendant de la magistrature ou de la justice? Est-il prévu par la Constitution ou la loi sur la magistrature⁶⁷? Dans l'affirmative, cet organe représente-t-il dûment les juges ainsi que les avocats et le public⁶⁸?
- ix. Un juge peut-il en particulier recourir auprès de ce conseil s'il estime qu'il est porté atteinte à son indépendance?
- x. L'autonomie financière de la justice est-elle garantie? En particulier, les tribunaux disposent-ils de ressources suffisantes, et le budget comporte-t-il une rubrique spéciale pour la justice, avec interdiction à l'exécutif de la réduire, sauf si la réduction est une mesure générale⁶⁹? Le corps judiciaire ou le conseil de la magistrature est-il consulté dans le processus budgétaire?
- xi. Les activités des procureurs sont-elles en majeure partie limitées au domaine pénal⁷⁰?
- xii. La justice est-elle perçue comme indépendante? Comment le public voit-il la possibilité que le pouvoir politique influence ou manipule la nomination et la promotion des juges et des procureurs, ainsi que les décisions de ces derniers dans les affaires? Le conseil de la magistrature défend-il efficacement, le cas échéant, les juges contre de telles atteintes?
- xiii. Les juges suivent-ils systématiquement les demandes des procureurs (prévention en faveur du ministère public)?
- xiv. La rémunération des juges est-elle juste et suffisante?

31. *La justice doit être indépendante. L'indépendance signifie qu'elle n'est soumise à aucune pression extérieure ni à aucune influence ou manipulation politique, surtout émanant de l'exécutif. Cette exigence fait partie intégrante du principe démocratique fondamental de la séparation des pouvoirs. Le juge doit échapper à toute influence ou manipulation politique.*

32. *La Cour européenne des droits de l'homme dégage quatre composantes de l'indépendance de la justice : le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres,*

l'existence d'une protection contre les pressions extérieures (notamment budgétaires) et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance et d'impartialité⁷¹.

33. Quel que soit le mode de nomination des juges, une durée de fonction limitée, ou pire encore renouvelable, peut les rendre dépendants de l'autorité qui les a nommés ou a le pouvoir de les nommer à nouveau.

34. La législation relative à la révocation ouvre la porte à des sanctions déguisées.

35. Les manquements justifiant des sanctions disciplinaires et leurs conséquences juridiques doivent être clairement définis dans la loi. Le système disciplinaire doit répondre aux exigences de la procédure équitable, avec droit de faire entendre sa cause équitablement et possibilité(s) de recours (voir II.E.2 ci-dessous).

36. Il est important que la nomination et la promotion des juges ne se fondent pas sur des considérations politiques ou personnelles, et il convient de surveiller constamment le système pour s'assurer qu'il en est bien ainsi.

37. Il pourrait être juridiquement admissible de recourir à la mutation d'un juge sans son consentement à titre de sanction, mais ce pourrait aussi être une forme de sanction déguisée motivée politiquement⁷². Une mutation est toutefois admissible en cas de réorganisation institutionnelle légitime.

38. « Il est approprié, pour garantir l'indépendance de la magistrature, qu'un conseil de la magistrature indépendant joue un rôle déterminant dans les décisions relatives à la nomination et à la carrière des juges ». La composition du conseil de la magistrature devrait « présenter un caractère pluraliste, les juges représentant une partie importante, sinon la majorité, de ses membres »⁷³. C'est la meilleure façon de garantir que les décisions prises en matière de sélection et de carrière des juges sont indépendantes du gouvernement et de l'administration⁷⁴. Il peut toutefois y avoir d'autres façons admissibles de procéder aux nominations dans une justice indépendante.

39. Donner un rôle à l'exécutif n'est admissible que dans les pays où ce pouvoir est endigué par une culture et des traditions juridiques consolidées au fil du temps. L'implication du Parlement fait courir un risque de politisation⁷⁵. Un conseil formé uniquement de juges pourrait être perçu comme animé d'une volonté corporatiste de se protéger et de défendre ses intérêts. La composition du conseil de la magistrature doit prévenir la politisation et le corporatisme⁷⁶, et rechercher un équilibre fonctionnel entre les membres juges et laïcs⁷⁷. L'association d'autres pouvoirs gouvernementaux ne doit pas faire peser une menace ou des pressions indues sur les membres du conseil et l'ensemble de la justice⁷⁸.

40. La justice a absolument besoin de ressources suffisantes pour être indépendante non seulement des institutions de l'Etat, mais aussi des personnes privées, et s'acquitter ainsi de ses fonctions avec intégrité et efficacité, de sorte que le public ait confiance en elle et dans l'Etat de droit⁷⁹. La possibilité de comprimer le budget de la justice donnerait à l'exécutif les moyens d'exercer sur elle des pressions indues.

41. Le bureau du procureur général ne doit pas pouvoir intervenir dans les affaires judiciaires en dehors de son rôle au sein de la justice pénale (comme c'est le cas dans le système de la « Prokuratura »). Un tel pouvoir mettrait en doute le travail de la justice et menacerait son indépendance⁸⁰.

42. Les sous-critères xii à xiv couvrent au premier chef l'image d'indépendance de la justice. La prévention en faveur du ministère public est un exemple de manque d'indépendance, qui peut être encore aggravé par la possibilité de sanction si la décision va dans le « mauvais » sens. Enfin, une rémunération juste et suffisante est un aspect concret de l'autonomie financière de la justice. C'est une façon de prévenir la corruption, qui peut éroder l'indépendance de la justice — que la menace émane d'autres pouvoirs publics ou d'individus⁸¹.

b. Indépendance des juges eux-mêmes

La constitution et la loi garantissent-elles suffisamment l'indépendance des juges eux-mêmes?

- i. Les activités judiciaires sont-elles contrôlées par les juridictions de rang supérieur, sauf en cas de recours, les présidents de tribunaux, l'exécutif ou d'autres organes publics?
- ii. La constitution garantit-elle le droit au juge compétent (juge naturel désigné par la loi)⁸²?
- iii. La loi désigne-t-elle clairement la juridiction compétente? Contient-elle des règles de résolution des conflits de compétence?
- iv. Les affaires sont-elles réparties selon des critères objectifs et transparents? Le dessaisissement d'un juge est-il exclu, sauf si la demande de récusation d'une des parties ou du juge lui-même a été déclarée fondée⁸³?

43. Il ne suffit pas de garantir l'indépendance de la justice à l'égard du législatif et de l'exécutif : il faut aussi garantir celle du juge au sein de la justice.

44. Le recours à un tribunal supérieur est un élément constitutif commun du système judiciaire, ce doit être le seul mode de contrôle de l'application du droit par un juge. Il n'est pas admissible que ce dernier soit soumis au contrôle d'autres juges, et a fortiori à une autorité hiérarchique de l'exécutif, exercée par exemple par des fonctionnaires. Un tel mode de contrôle irait à l'encontre de son indépendance individuelle, et serait par conséquent incompatible avec l'Etat de droit⁸⁴.

45. « On peut distinguer deux dimensions dans cette garantie. L'une a trait au tribunal dans son ensemble. L'autre concerne le juge ou le collège de juges chargé de l'affaire. [...] Il ne suffit pas que le tribunal (ou la juridiction) compétent pour une affaire donnée soit fixé à l'avance. Il est indispensable que l'ordre d'attribution des affaires aux différents juges (ou collèges de juges) au sein de cette juridiction le soit également, c'est-à-dire qu'il soit régi par des principes généraux objectifs »⁸⁵.

c. Impartialité de la justice⁸⁶

La constitution et la loi contiennent-elles des règles garantissant spécifiquement l'impartialité de la justice⁸⁷?

- i. Comment le public perçoit-il l'impartialité du système judiciaire et des juges eux-mêmes ?
- ii. La corruption existe-t-elle dans la justice? Des mesures spécifiques ont-elles été mises en place pour lutter contre elle (déclaration de patrimoine, par exemple)? Comment le public voit-il la chose⁸⁸?

46. *L'impartialité du pouvoir judiciaire doit être garantie en pratique comme en droit. L'adage, repris par exemple dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁹, dit que « justice must not only be done, it must also be seen to be done » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous). Ce qui veut dire qu'il doit y avoir impartialité objective, mais aussi subjective. La perception du public aide à apprécier la mise en œuvre pratique de cette garantie.*

47. *La déclaration de patrimoine est évoquée comme moyen de lutte contre la corruption parce qu'elle peut mettre en lumière un conflit d'intérêts, et conduire à surveiller des revenus inhabituels⁹⁰.*

d. Ministère public : autonomie et contrôle

Une autonomie suffisante est-elle reconnue au ministère public?

- i. Le bureau du procureur bénéficie-t-il d'une autonomie suffisante au sein de la structure de l'Etat? Agit-il sur la base du droit, et non de l'opportunité politique?⁹¹
- ii. Le pouvoir exécutif peut-il donner des instructions particulières au bureau du procureur sur une affaire? Dans l'affirmative, ces instructions sont-elles dûment motivées, communiquées par écrit, et publiquement consultables⁹²?
- iii. Un procureur de rang supérieur peut-il directement donner des instructions un procureur de rang inférieur dans une affaire? Dans l'affirmative, ces instructions doivent-elles être dûment motivées et communiquées par écrit?
- iv. Existe-t-il un mécanisme permettant à un procureur de rang inférieur de contester la validité d'une instruction qu'il juge illicite ou sous-tendue par des motifs inacceptables?
- v. Le procureur contestant la validité d'une instruction peut-il demander d'être remplacé⁹³?
- vi. La révocation d'un procureur n'est-elle possible que lorsqu'il atteint l'âge de la retraite ou pour des motifs disciplinaires, ou alors les procureurs sont-ils nommés pour une période relativement longue, sans reconduction possible dans leur fonction⁹⁴?
- vii. Ces points et les motifs de révocation des procureurs sont-ils clairement prévus par la loi⁹⁵?
- viii. Existe-t-il des voies de recours pour un procureur contestant sa révocation⁹⁶?
- ix. La nomination, la mutation et la promotion des procureurs sont-elles fondées sur des critères objectifs, en particulier la compétence, l'intégrité et l'expérience, et non pas sur des considérations d'ordre politique? Ces principes figurent-ils dans la loi?
- x. La rémunération des procureurs est-elle juste et suffisante⁹⁷?
- xi. A-t-on l'impression que le ministère public a tendance à demander une application sélective de la loi?
- xii. Les actes du procureur sont-ils soumis au contrôle juridictionnel?

48. *Il n'y a pas de standard commun sur l'organisation du ministère public, notamment sur l'autorité chargée de nommer les procureurs, ni sur l'organisation interne du ministère public. Une autonomie suffisante doit toutefois être garantie à ce dernier pour le protéger contre toute influence politique indue. Conformément au principe de légalité, le ministère public ne doit agir que sur la base du droit et en conformité avec lui⁹⁸. Cela n'empêche pas que la loi puisse laisser une certaine discrétion au ministère public sur l'opportunité de lancer ou non une procédure pénale (principe d'opportunité)⁹⁹.*

49. *L'autonomie doit aussi être garantie au sein du ministère public. Les procureurs ne doivent pas être soumis sans discrétion aucune à une stricte autorité hiérarchique, mais être à même de ne pas suivre des instructions contraires à la loi.*

50. *Les mêmes impératifs s'appliquent, mutatis mutandis, au ministère public et à la justice, notamment en ce qui concerne la nécessité de prendre en considération aussi bien la loi que la pratique.*

51. *Là encore¹⁰⁰, une rémunération suffisante est une importante composante de l'autonomie et une bonne défense contre la corruption.*

52. *Le manque d'impartialité du ministère public pourrait déboucher sur une pratique de poursuite inadéquate ou sélective, surtout pour le compte de personnes au pouvoir ou proches de ce dernier. Cela porterait atteinte au bon fonctionnement du système judiciaire, et donc à l'Etat de droit. La perception du public est un moyen précieux de dépister un problème de ce type.*

53. *Comme dans d'autres domaines, l'existence d'une voie de recours ouverte aux particuliers dont les droits ont été affectés est essentielle pour s'assurer du respect de l'Etat de droit.*

e. Indépendance et impartialité du barreau

L'indépendance et l'impartialité du barreau sont-elles garanties?

- i. Existe-t-il un corps d'avocats reconnu, organisé et indépendant (barreau)¹⁰¹?
- ii. Le fonctionnement du barreau a-t-il une base juridique, consacrant les principes d'indépendance de l'avocat, de confidentialité et de déontologie, ainsi que de prévention des conflits d'intérêts?
- iii. L'accès à un avocat est-il soumis à des règles objectives et suffisamment ouvertes, y compris en matière de rémunération et d'aide juridictionnelle ?
- iv. Existe-t-il au sein du barreau des procédures disciplinaires justes et efficaces?
- v. Comment le public perçoit-il l'indépendance du barreau?

54. *Les avocats sont d'indispensables auxiliaires de justice. Il est donc essentiel que leur organisation garantisse l'indépendance et le bon fonctionnement du barreau. La législation doit prévoir les grandes composantes de cette indépendance, et faire en sorte que l'accès à un avocat soit suffisamment ouvert pour garantir l'exercice du droit à un conseil. Les procédures pénales et disciplinaires doivent être efficaces et équitables, de manière à ce que les avocats soient indépendants et impartiaux.*

55. *La déontologie prévoit notamment les principes suivants : « L'avocat doit préserver son indépendance et pouvoir bénéficier de la protection qu'offre cette indépendance lorsqu'il représente ses clients et qu'il leur fournit des conseils impartiaux »¹⁰² ; il ou elle « doit faire preuve, à tout moment, de la plus haute probité, intégrité et équité à l'égard de ses clients, des tribunaux, de ses confrères et de tous ceux avec lesquels il est amené à établir un contact professionnel »¹⁰³ ; il « s'abstiendra d'accepter un mandat lorsque les intérêts du client s'opposent aux siens »¹⁰⁴ ; et il « accordera aux intérêts du client la plus haute importance »¹⁰⁵.*

2. Procès équitable¹⁰⁶

a. Accès à la justice

La population a-t-elle effectivement accès à la justice ?

- i. *Locus standi* (droit d'ester en justice) : un individu a-t-il effectivement et suffisamment aisément la possibilité de contester un acte public ou privé qui porte atteinte à ses droits¹⁰⁷ ?
- ii. Le droit de la défense est-il garanti, le cas échéant par une aide juridictionnelle effective¹⁰⁸ ? Dans l'affirmative, de quelle source de droit provient cette garantie ?
- iii. Toute personne qui n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur bénéficie-t-elle de l'aide juridictionnelle lorsque les intérêts de la justice l'exigent ?¹⁰⁹
- iv. Les exigences de forme¹¹⁰, les délais¹¹¹ et les frais de justice sont-ils raisonnables¹¹² ?
- v. L'accès à la justice est-il aisé dans la pratique¹¹³ ? Quelles sont les mesures prises pour le faciliter ?
- vi. Le public dispose-t-il d'une information convenable sur le fonctionnement de la justice ?

56. *Un particulier n'est en général pas capable de lancer une procédure judiciaire par ses propres moyens. L'aide juridictionnelle est donc essentielle, et tout le monde doit pouvoir en disposer. Les personnes qui n'ont pas les moyens nécessaires devraient aussi pouvoir en bénéficier.*

57. *La question porte sur un certain nombre d'obstacles procéduraux susceptibles d'entraver l'accès à la justice. Des exigences excessives de forme peuvent faire déclarer irrecevable une affaire pourtant sérieuse et bien fondée. Leur complexité peut nécessiter l'aide d'un avocat, même dans une affaire simple à impact financier réduit. La procédure judiciaire peut être facilitée par des formulaires standards simplifiés facilement accessibles au public.*

58. *Des délais très brefs peuvent en fait empêcher un justiciable d'exercer ses droits. La lourdeur des frais de justice incitera de nombreux particuliers, surtout si leurs revenus sont modestes, à ne pas porter leur affaire devant la justice.*

59. *Les réponses données aux questions précédentes relatives aux obstacles de procédure devraient déboucher sur des conclusions préliminaires en ce qui concerne la garantie d'accès à la justice. Cependant, une appréciation complète doit englober une évaluation pratique, qui devra alors tenir compte de l'avis du public.*

60. *La justice ne doit pas être perçue comme coupée du public et entourée de mystère. Une claire information, disponible en particulier sur l'Internet, sur la façon de soumettre une affaire à la justice est une bonne façon de rapprocher cette dernière du public. Cette information doit être aisément accessible à l'ensemble de la population, dont les groupes vulnérables, et traduite dans les langues des minorités nationales et/ou des migrants. Les tribunaux inférieurs doivent être bien répartis dans les pays et leurs bâtiments facilement accessibles.*

b. Présomption d'innocence¹¹⁴

La présomption d'innocence est-elle garantie?

- i. La présomption d'innocence est-elle garantie par la loi?
- ii. Les règles sont-elles claires en ce qui concerne la charge de la preuve?
- iii. Existe-t-il dans la loi des garanties visant à empêcher les autres pouvoirs publics d'émettre des avis sur la culpabilité de l'accusé¹¹⁵?
- iv. La loi et la pratique garantissent-elles le droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer, ni incriminer les membres de sa famille¹¹⁶?
- v. Existe-t-il des garanties contre la détention provisoire d'une durée excessive¹¹⁷?

61. *La présomption d'innocence est un élément essentiel de la protection du droit à un procès équitable. Pour qu'elle soit garantie, la charge de la preuve doit peser sur l'accusation¹¹⁸. Les règles et la pratique sur le niveau de preuve exigé doivent être claires et équitables. Ce qu'il convient d'éviter, c'est que d'autres pouvoirs publics, volontairement ou non, pèsent sur l'autorité judiciaire compétente en portant une appréciation anticipée sur les faits. Cela vaut aussi pour certains faiseurs d'opinion, comme les médias. La durée excessive de la détention provisoire peut être perçue comme préjugant de la culpabilité de l'accusé¹¹⁹.*

c. Autres aspects du droit à un procès équitable

Les autres règles relatives au procès équitable figurent-elles dans la loi et sont-elles appliquées dans la pratique?

- i. L'égalité des armes est-elle garantie dans la loi? Et dans la pratique¹²⁰?
- ii. Existe-t-il des règles excluant les preuves obtenues de façon illicite¹²¹?
- iii. Les procédures commencent-elles et les décisions de justice sont-elles prises sans retard indu¹²²? Existe-t-il un recours contre la longueur induite d'une procédure¹²³?
- iv. Le droit des parties de consulter en temps utile les documents et les dossiers du procès est-il respecté¹²⁴?
- v. Le droit d'être entendu est-il garanti¹²⁵?
- vi. Les jugements sont-ils solidement motivés¹²⁶?
- vii. Les audiences et la lecture des jugements sont-elles publiques, sauf dans les cas prévus au paragraphe 1 de l'article 6 de la CEDH ou dans les procès par défaut?
- viii. Existe-t-il des procédures de recours, en particulier en matière pénale¹²⁷?
- ix. Les notifications des tribunaux sont-elles communiquées dans les règles et en temps utile?

62. *La garantie du droit de contester une décision de justice figure expressément à l'article 2 du protocole 7 à la CEDH et à l'article 14.5 du PIDCP pour le domaine pénal, ainsi qu'à l'article 8.2.h de la CADH, avec une portée générale. Le droit national inscrit souvent ce grand principe de l'Etat de droit dans un texte de rang constitutionnel ou législatif, surtout dans le domaine pénal. Toute juridiction dont les décisions ne pourraient pas être contestées courrait un risque d'arbitraire.*

63. *On peut faire découler tous les aspects du droit à un procès équitable analysés ci-dessus du droit à un procès équitable défini à l'article 6 de la CEDH et précisé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ces règles visent à associer convenablement le justiciable à l'ensemble de la procédure judiciaire.*

d. Effet des décisions de justice

Les décisions de justice sont-elles suivies d'effet?

- i. Les jugements sont-ils effectivement et promptement appliqués¹²⁸?
- ii. Les recours pour non-application d'un jugement déposés devant une juridiction nationale et/ou la Cour européenne des droits de l'homme sont-ils fréquents?
- iii. Le public estime-t-il que les décisions de justice sont suivies d'effet?

64. *Les décisions de justice occupent une place centrale dans l'application de la constitution et de la législation. Le droit à un procès équitable et plus largement l'Etat de droit perdraient toute leur substance si les décisions de justice n'étaient pas appliquées.*

3. Justice constitutionnelle (le cas échéant)

La justice constitutionnelle est-elle garantie dans un pays pratiquant le contrôle de constitutionnalité (confié à une juridiction constitutionnelle spéciale ou à une cour suprême)?

- i. Un particulier a-t-il effectivement accès à la justice constitutionnelle pour contester des actes généraux : peut-il demander le contrôle de constitutionnalité d'une loi, directement ou par voie préjudicielle dans une affaire examinée par un tribunal ordinaire¹²⁹? Quel intérêt à agir est-il exigé de lui?
- ii. Un particulier a-t-il effectivement accès à la justice constitutionnelle pour contester un acte individuel qui l'affecte : peut-il demander le contrôle constitutionnel d'un acte administratif ou d'une décision de justice directement ou par voie préjudicielle¹³⁰?
- iii. Le Parlement et l'exécutif sont-ils tenus, avant d'adopter de nouvelles dispositions législatives ou réglementaires, de tenir compte des arguments présentés par la cour constitutionnelle ou un organe équivalent? En tiennent-ils compte en pratique ?
- iv. Le Parlement ou le pouvoir exécutif comblent-ils dans un délai raisonnable les lacunes identifiées par la Cour constitutionnelle dans la législation ou la réglementation?
- v. Lorsque la décision d'un tribunal ordinaire est annulée à la suite d'un recours en inconstitutionnalité, l'affaire est-elle rouverte et examinée par un tribunal ordinaire à la lumière des arguments avancés par la cour constitutionnelle¹³¹?
- vi. Si les juges de la cour constitutionnelle sont élus par le Parlement, une majorité qualifiée est-elle nécessaire¹³², et existe-t-il d'autres garanties d'équilibre dans la composition de la cour¹³³?
- vii. Existe-t-il un contrôle préalable de constitutionnalité par l'exécutif et/ou le législatif ?

65. La Commission de Venise recommande généralement l'institution d'une Cour constitutionnelle ou d'un organe équivalent. Ce qui compte, c'est qu'il existe des garanties effectives de conformité de l'action des autorités et de la législation avec la Constitution. Il peut y avoir d'autres façons d'assurer cette conformité. Le droit finlandais, par exemple, prévoit en parallèle un contrôle a priori de constitutionnalité par la Commission du droit constitutionnel, et un contrôle juridictionnel a posteriori si l'application d'une disposition de la loi suscite un conflit patent avec la constitution. Ce dispositif s'est révélé suffisant dans ce contexte national particulier¹³⁴.

66. Le contrôle juridictionnel complet de constitutionnalité est bien l'instrument le plus efficace de garantie du respect de la constitution ; il englobe un certain nombre d'aspects traités en détail ci-dessus. Premièrement, la très importante question du locus standi : réserver au pouvoir législatif ou exécutif le droit de demander un contrôle de constitutionnalité risque de restreindre considérablement le nombre des affaires, et ainsi la portée du contrôle. C'est pourquoi l'accès individuel à la juridiction constitutionnelle a pris pied dans la grande majorité des pays, du moins en Europe¹³⁵ ; il peut être direct ou indirect (par le biais d'une objection soulevée devant un tribunal ordinaire, qui en réfère alors à la cour constitutionnelle)¹³⁶. Deuxièmement : il ne devrait y avoir aucune restriction en ce qui concerne la nature des actes soumis au contrôle de constitutionnalité, qui doit être possible pour des actes normatifs généraux aussi bien que pour des actes administratifs ou judiciaires de portée individuelle. Un intérêt personnel peut toutefois être exigé dans le cas d'une requête émanant d'un particulier.

67. Le droit à un procès équitable exige l'application des décisions de toutes les juridictions, dont celles de la juridiction constitutionnelle. L'invalidation d'un texte contraire à la Constitution n'élimine pas à elle seule tous les effets d'une violation, ce qu'elle ne saurait de toute façon faire dans le cas d'une omission législative déclarée anticonstitutionnelle.

68. C'est pourquoi le présent document souligne à quel point il est important que le Parlement adopte des textes de loi conformes aux décisions de la Cour constitutionnelle ou d'un organe équivalent¹³⁷. Ce qui a été dit du législateur et de l'exécutif s'applique aussi aux tribunaux, qui doivent réexaminer les affaires dans lesquelles la juridiction constitutionnelle a rendu une décision d'inconstitutionnalité, sur la base des arguments de ladite juridiction.

69. « La légitimité d'une juridiction constitutionnelle et l'acceptation de ses arrêts dans la société peuvent très largement dépendre de la prise en compte par la cour des différentes valeurs sociales en cause, même si elle s'efforce de dépasser celles-ci par la mise en lumière de valeurs communes. A cette fin, un équilibre garantissant le respect des différentes sensibilités doit être assuré dans les règles relatives à la composition de ces juridictions »¹³⁸. Une majorité qualifiée nécessite un compromis politique ; c'est une façon de garantir une composition équilibrée si aucun parti ou coalition ne détient une majorité aussi élevée.

70. Même dans les Etats où le contrôle a posteriori par une Cour constitutionnelle ou suprême est possible, le contrôle préalable par l'exécutif ou le législatif facilite la prévention des violations de la Constitution.

Déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire

Outils et institutions de référence

Le référentiel de la déontologie : le recueil des obligations déontologiques des magistrats

Au-delà des multiples sources établissant et inspirant la déontologie des magistrats¹, le recueil des obligations déontologiques des magistrats constitue la « bible » de référence au quotidien des juges et procureurs français.

Il est né des dispositions de l'article 20-2 de la loi organique du 5 mars 1994 qui a confié au Conseil supérieur de la magistrature (CSM) le soin d'élaborer et de rendre public un tel ouvrage.

Issu de la réforme opérée par la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats², la première édition a été publiée en 2010 à la suite d'un important travail de conception et de concertation.

Conformément au souhait du législateur, ce recueil ne constitue pas un code de déontologie ayant force réglementaire et dont le contenu serait figé. Il énonce principalement les grandes valeurs devant structurer le comportement de tout magistrat, traduisant ainsi la volonté de ses concepteurs de tenir compte du contexte évolutif dans lequel s'exercent les missions du magistrat.

C'est ainsi qu'au regard de l'évolution des modes de vie comme par exemple l'émergence des réseaux sociaux dont l'utilisation désormais intensive n'est pas sans influence sur la déontologie des magistrats, ou des évolutions législatives ou réglementaires comme l'introduction de la notion de conflit d'intérêts dans le statut de la magistrature³, il est apparu nécessaire au Conseil supérieur de la magistrature d'engager une refonte complète de ce recueil dont une nouvelle version a été publiée en janvier 2019.

Le Conseil supérieur de la magistrature et son Service d'aide et de veille déontologique (SAVD)

¹ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Charte européenne sur le statut des juges, Constitution, loi organique statutaire - serment, dispositions de procédure civile et pénale,

² Intervenue dans le contexte postérieur à l'affaire dite d'Outreau

³ Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature

L'actualisation du recueil des obligations déontologiques des magistrats fût l'occasion pour le CSM, instance traditionnellement disciplinaire, de s'inscrire pleinement dans une démarche de prévention des déviations déontologiques et de conseil voire de soutien aux magistrats s'interrogeant sur le respect *in concreto* de telle ou telle obligation déontologique.

En premier lieu, le Conseil a jugé important de proposer une approche pratique et situationnelle des grands principes cardinaux d'indépendance, d'impartialité, d'intégrité, de loyauté, de conscience professionnelle, de dignité, de respect et d'attention à autrui, de réserve et de discrétion.

On notera notamment ce postulat : « *Le magistrat, membre de l'autorité judiciaire, tire sa légitimité de la loi qui l'a voulu indépendant et impartial, principes qui s'imposent aux autres pouvoirs. La méconnaissance de ces impératifs compromettrait la confiance du public* ».

Plus globalement, la nouvelle rédaction s'est nourrie de la volonté du CSM de centrer la déontologie des magistrats sur la notion de qualité de la justice et les devoirs professionnels qui la sous-tendent : le « bon comportement » du magistrat doit avant tout être guidé par la recherche d'une justice de qualité dans toutes ses dimensions.

En second lieu, nourri des enseignements tirés de son activité en matière disciplinaire en tant qu'elle fait apparaître de nouveaux besoins sur le terrain de la prévention des comportements à risque, le Conseil, en charge d'une mission de veille déontologique, a pris l'initiative, en juin 2016, de créer un *Service d'aide et de veille déontologique* (SAVD) chargé d'une part, d'offrir une aide concrète aux magistrats, sous la forme d'une permanence leur permettant de bénéficier d'informations rapides et adaptées sur les questions qu'ils se posent, d'autre part, d'assurer une veille anonymisée propre à compléter sa réflexion et à permettre l'actualisation du recueil.

Ce SAVD est composé de trois personnalités choisies par le Conseil parmi ses anciens membres à raison de leur connaissance de la déontologie des magistrats et de leur expérience en ce domaine, pour la durée du mandat en cours. Ces personnalités sont naturellement tenues à une stricte obligation de confidentialité⁴.

Les avis et conseils de cette structure ne font l'objet d'aucune formalisation écrite ni, *a fortiori*, d'aucune publication.

Le collège de déontologie des magistrats

Les magistrats de l'ordre judiciaire n'ont pas échappé au mouvement « vers-une-plus-grande-transparence-de-la-vie-publique » qui a succédé à l'affaire dite *Cahuzac*.

La loi organique du 8 août 2016 précitée a créé le *Collège de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire* par l'insertion d'un article 10-2 dans l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, dotant ainsi les

⁴ Au cours des dix-huit premiers mois de son activité, ce service a été saisi une centaine de fois.

magistrats de l'ordre judiciaire d'une instance déontologique comparable à celles déjà mises en place pour les magistrats des ordres administratif et financier.

Le législateur a assorti la création de cette instance de deux exigences statutaires nouvelles :

- L'obligation pour tout magistrat d'effectuer une déclaration d'intérêts dans les deux mois de son installation (art. 7-2-I) ;
- La participation à un entretien déontologique mené par le chef de juridiction à l'occasion de la remise de cette déclaration d'intérêts (art. 7-2-III).

Le collège a une double mission :

- Examiner les déclarations d'intérêts qui, en cas de doute sur une éventuelle situation de conflit d'intérêts, lui sont transmises pour avis par les autorités auxquelles sont remises ces déclarations ;
- Rendre des avis sur toute question déontologique concernant personnellement un magistrat sur saisine de celui-ci ou de son chef hiérarchique.

Cette dernière attribution nécessitait à l'évidence une mise en cohérence avec le rôle joué en ce domaine par le Conseil supérieur de la magistrature.

Le législateur a donc voulu que le collège siège « *aux côtés du Conseil supérieur de la magistrature* » dans le respect des attributions de cet organe constitutionnel.

Le collège, dont le secrétariat est assuré par le secrétariat général du premier président de la Cour de cassation, présente donc chaque année à ce dernier un rapport public sans information nominative, rendant compte de l'exécution de ses missions.

Ses avis écrits, anonymisés, sont publiés au sein de ce rapport annuel⁵.

La composition du collège, dont les cinq membres exercent un mandat de trois ans renouvelable une fois, est la suivante :

- Un magistrat, en fonctions ou honoraire, ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature, nommé par le Président de la République sur proposition de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature se prononçant hors la présence du premier président de la Cour de cassation et du procureur général près ladite cour ;
- Alternativement, un magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation, en fonctions ou honoraire, élu par l'assemblée des magistrats du siège hors hiérarchie de la cour ou un magistrat du parquet hors hiérarchie de la Cour de cassation, en fonctions ou honoraire, élu par l'assemblée des magistrats du parquet hors hiérarchie de la cour. Le premier président de la cour et le procureur général près la cour ne peuvent ni participer au vote ni être élus. Lorsqu'est élu un magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation, le magistrat de cour d'appel élu est un procureur général. Lorsqu'est élu un magistrat du parquet hors hiérarchie de la Cour de cassation, le magistrat de cour d'appel élu est un premier président ;

⁵ Le collège a publié deux rapports d'activité, le premier pour les années 2017-2018 (11 avis), le second pour les exercices 2019-2020 (6 avis)

- Alternativement, un premier président de cour d'appel, en fonctions ou honoraire, élu par l'assemblée des premiers présidents de cour d'appel et un procureur général près une cour d'appel, en fonctions ou honoraire, élu par l'assemblée des procureurs généraux près les cours d'appel ;
- Une personnalité extérieure désignée, alternativement, par le vice-président du Conseil d'Etat parmi les membres du Conseil d'Etat en fonctions ou honoraires et par le premier président de la Cour des comptes parmi les magistrats en fonctions à la Cour des comptes ou honoraire ;
- Un universitaire nommé par le Président de la République sur proposition, alternativement, du premier président de la Cour de cassation et du procureur général près ladite cour.

Le président du collège est élu en son sein parmi ses membres.

Les chefs de cour et de juridictions, autorités hiérarchiques des magistrats

La présente note de présentation ne serait pas complète si n'était pas évoqué le rôle grandissant des chefs de cour et de juridiction chargés, les uns et les autres, d'exercer une mission de veille déontologique permanente :

- Les chefs de cour parce qu'ils sont responsables du bon fonctionnement des juridictions de leur ressort, qu'ils sont autorité d'évaluation professionnelle, au sens large du terme, des magistrats, qu'ils reçoivent les déclarations d'intérêts des magistrats de la cour d'appel et procèdent à leur entretien déontologique, et qu'ils sont investis du pouvoir de saisir le CSM et de prononcer des avertissements ;
- Les chefs de tribunaux judiciaires parce qu'ils sont responsables de l'organisation et du bon fonctionnement de leur tribunal et qu'ils reçoivent les déclarations d'intérêts et procèdent aux entretiens déontologiques des magistrats de leur juridiction.

D'une façon générale, il est reconnu, notamment par le Conseil supérieur de la magistrature, que dans le cadre de leurs responsabilités et de leurs obligations de chefs de juridiction, les chefs de cour et de tribunaux exercent en premier niveau une veille déontologique qui doit notamment les conduire à prévenir toute difficulté et toute situation qui seraient de nature à porter atteinte à la l'indépendance et à l'impartialité des magistrats ainsi qu'à l'image et au crédit de l'institution judiciaire. Le bon respect par les magistrats de leurs obligations déontologiques fait partie intégrante de cette exigence.

On soulignera enfin le rôle primordial joué par **l'Ecole nationale de la magistrature** dans la compréhension et la diffusion des principes déontologiques tant auprès des auditeurs de justice que dans le cadre de la formation continue des magistrats au bénéfice desquels ont été mises en place diverses sessions consacrées à l'éthique, à la responsabilité et à la déontologie.

In fine

Une dernière remarque en guise de conclusion.

Opérer un lien direct entre une exigence déontologique accentuée des magistrats, dans le cadre d'une démarche éthique renforcée, et la légitimité de leur mission et de leur autorité, pour entièrement fondé qu'il soit d'y procéder, témoigne aussi de la nécessité et de la volonté de remédier à une certaine perte de crédibilité et d'image de l'institution.

Ce phénomène est loin d'être isolé.

On ne compte plus les chartes, guides, référentiels, comités d'éthique et autres outils et structures déontologiques dont se dotent institutions, entreprises ou encore professions libérales ou réglementées, et destinés à garantir la qualité, la sincérité et la crédibilité de leur prestation pour établir ou rétablir une relation de confiance avec celles et ceux auxquels elle est destinée, citoyens, usagers, clients, justiciables.

La déontologie, déclinée au bon niveau, comme remède à une crise confiance pourrait dès lors constituer un vecteur significatif de restauration d'une légitimité que l'on estime émue.

Étude sur les effectifs « extérieurs » à la magistrature judiciaire
Cour de cassation
Février 2021

CONSEILLERS EN SERVICE EXTRAORDINAIRE (CSE)			
	2019	2020	2021
Nombre (sur 120 conseillers en moyenne/an)	7	8	7
Origine	4 Professeurs des Universités 1 secrétaire général de société 1 avocat 1 notaire	6 Professeurs des Universités 1 secrétaire général de société 1 avocat	5 Professeurs des Universités 1 secrétaire général de société 1 avocat
Âge	72 ans : 1 71 ans : 1 70 ans : 1 65 ans : 2 60 ans : 1 52 ans : 1 65 ans d'âge moyen	73 ans : 1 71 ans : 1 66 ans : 2 61 ans : 2 53 ans : 1 52 ans : 1 63 ans d'âge moyen	72 ans : 1 67 ans : 2 62 ans : 2 54 ans : 1 53 ans : 1 62 ans d'âge moyen
Durée de mandat (durée légale : 10 ans)	6 ans : 3 5 ans : 2 4 ans : 1 1 an : 1	7 ans : 2 6 ans : 2 5 ans : 1 2 ans : 1 2 nominations en 2020	8 ans : 1 7 ans : 2 6 ans : 1 3 ans : 1 1 an : 2
Textes références	Article 40-1 à 40-7 de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958 Article 31 du décret du 7 janvier 1993 pris pour application de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958		
Observations	Depuis 2016, la durée de mandat des CSE est passée de 8 à 10 ans. 2 conseillers actuellement en poste à la Cour ont été intégrés dans le corps de la magistrature en 2015 et 2018 après avoir été nommés CSE, respectivement en 2007 (8 ans de mandat CSE) et 2013 (5 ans de mandat CSE).		

AUDITEUR AU SDER			
	2019	2020	2021
Nombre (sur 11 auditeurs en moyenne/an)	0	0	1 (détaché à la Cour de cassation dans le corps des administrateurs civils)
Origine			Premier conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel
Âge			45 ans
Durée du détachement			3 ans (dont 2 ans au titre de la mobilité obligatoire des membres des corps recrutés par la voie de l'ENA)
Textes références	Décret du 4 janvier 2008 relatif à la mobilité et au détachement des fonctionnaires des corps recrutés par la voie de l'ENA Décret du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'Etat Décret du 16 novembre 1999 portant statut particulier du corps des administrateurs civils		
Observations	L'agent dont il est question ici, bien que faisant fonction d'auditeur au SDER, n'est pas en poste en qualité de détaché judiciaire. Les règles statutaires régissant la magistrature judiciaire ne s'appliquent donc pas à lui.		



**Effectifs "extérieurs" à la magistrature judiciaire
Cour de cassation - Parquet général
Juin 2021**

AVOCATS GÉNÉRAUX EN SERVICE EXTRAORDINAIRE (AGSE)			
	2019	2020	2021
Nombre maximal	Le nombre des avocats généraux en service extraordinaire ne peut excéder le dixième de l'effectif des magistrats hors hiérarchie du parquet de la Cour de cassation.		
Nombre (sur 40 magistrats hors hiérarchie en moyenne / an)	3	3	4
Origine	3 Professeurs des Universités	3 Professeurs des Universités	4 Professeurs des Universités
Âge	57 : 1 52 : 1 51 : 1 53 ans d'âge moyen	58 : 1 53 : 1 52 : 1 54 ans d'âge moyen	59 : 1 54 : 1 53 : 1 50 : 1 54 ans d'âge moyen
Durée de mandat (durée légale : 10 ans)	4 ans : 1 3 ans : 1 1 nomination en 2019	5 ans : 1 4 ans : 1 1 an : 1	6 ans : 1 5 ans : 1 2 ans : 1 1 installation début 2021
Textes références	Article 40-1 à 40-7 de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958. Article 31 du décret du 7 janvier 1993 pris pour application de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958.		
Observations	Depuis 2016, la durée de mandat des AGSE est passée de 8 à 10 ans (toujours non renouvelable). Un AGSE actuellement en poste à la Cour de cassation vient de solliciter son intégration dans le corps de la magistrature (demande en cours d'instruction - il a été installé en septembre 2016, soit bientôt 5 ans de mandat AGSE).		

Pour une « opinion séparée intégrée » dans la motivation,

(Proposition d'introduction à la Cour de cassation d'une pratique d'opinions séparées compatible avec la tradition juridique française)

Parmi les juristes français, la pratique juridictionnelle consistant à permettre, voire à encourager, l'expression publique d'une opinion séparée par un juge à l'égard d'une décision à l'élaboration de laquelle il a participé suscite un mélange de fascination et de rejet. Peu en connaissent de façon précise et concrète les modes de fonctionnement, un certain nombre admettent qu'elle apporte une plus-value aux systèmes juridiques qui la mettent en œuvre, la plupart estiment qu'elle est incompatible avec l'esprit et les règles qui gouvernent le fonctionnement des juridictions françaises, en particulier celles qui s'imposent à la Cour de cassation, et tous sont prompts à s'engager dans une discussion passionnée dès que l'on aborde ce sujet.

L'incitation la plus récente à envisager la possibilité de mettre en œuvre cette forme d'expression de la délibération juridictionnelle vient du sommet de l'Etat. Prenant la parole lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire 2018, le Président de la République, Emmanuel Macron, s'est exprimé en ces termes : « *Mais je souhaite que la force de la procédure et de la délibération puisse être affirmée, mieux comprise et que nous réfléchissions collectivement à quelque chose qui n'appartient pas à notre tradition, je dois le dire, mais qui existe davantage dans d'autres univers juridiques, à l'introduction au moins dans les cours faïtières d'opinions dissidentes.* »¹

La commission n'ignore pas les obstacles habituellement opposés à l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation (I), mais elle connaît l'apport de cette pratique à la vitalité du droit (II) et elle souhaite proposer une formule permettant de conjuguer l'essentiel de cet apport avec les règles et l'esprit du fonctionnement de la Cour de cassation. Elle suggère de désigner cette formule par l'expression d'« opinion séparée intégrée ».

I – Les obstacles à l'introduction des opinions séparées à la Cour de cassation

Deux de ces obstacles sont présentés comme spécifiques au système juridique français.

En premier lieu, la publication et le commentaire de son vote dans un délibéré auquel il a participé constitue pour un juge une violation du secret des délibérés, que ce vote soutienne la majorité (on parle alors d'« opinion concordante ») ou la minorité (« opinion dissidente »). En vertu de l'article 6 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « *Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment en ces termes : "Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat."* » Le principe du secret des délibérés est fermement établi, décliné par de multiples textes² et solidement protégé par la jurisprudence.

En second lieu, enracinée au plus profond de la conception du légicentrisme classique qui régna longtemps en France à la façon d'un dogme, subsiste pour certains le mythe selon lequel la loi fournit une solution et une seule à toute question soumise au juge. Dès lors, ne peuvent coexister deux réponses, sans que l'une soit fautive. Prolongeant cette vision monolithique, beaucoup considèrent que l'expression d'une opinion dissidente, par sa seule présence, affaiblit l'autorité de l'arrêt auquel elle est adjointe. On y ajoute la perte d'autorité qui, selon les tenants de cette opinion, résulte de l'apparence d'unanimité que produit la non divulgation d'une répartition des votes entre majoritaires et minoritaires.

D'autres mises en garde proviennent de ceux-là mêmes qui appliquent les opinions séparées mais soulignent que leur mise en œuvre exige le respect d'une déontologie très stricte. Les risques d'abus sont réels et peuvent être lourds de conséquences : déploiement d'egos surdimensionnés ; opinions séparées interminables, utilisant des arguments qui n'ont pas été clairement exposés en délibéré, contenant des critiques dépourvues de retenue ou exprimant des jugements discourtois pour la juridiction elle-même ; incitation systématique pour les parties à former un recours contre la décision ; risque de

¹ https://www.courdecassation.fr/venements_23/audiences_solennelles_59/audiences_debut_annee_judiciaire_60/annees_2010_3342/janvier_2018_38367.html

² Parmi de nombreuses applications du principe de secret des délibérés, l'article 448 du code de procédure civile dispose : « Les délibérations des juges sont secrètes. »

« profilage » des juges, rendu plus dangereux encore par la mise au point de logarithmes ayant pour objet d'anticiper le sens des décisions ; menace sur l'indépendance des juges dont on peut connaître l'opinion, etc. Ces risques sont réels et on comprend qu'on ne veuille pas les importer à la Cour de cassation.

II – L'apport des opinions séparées à la vitalité du droit

La première vertu de l'expression d'une opinion individuelle peut sembler résider dans une forme de clause de conscience pour le juge, qui sait qu'il ne sera jamais inclus contre sa volonté dans un arrêt heurtant profondément ses convictions personnelles. Cet aspect de l'opinion dissidente est bien réel mais se concentre dans certains types de contentieux touchant à la morale ou à des orientations politiques et, à écouter les juges qui exercent dans un système ouvrant droit aux opinions séparées, ne constitue pas le principal facteur de leur attachement à cette modalité de délibération.

Les avantages attribués à la dissidence tiennent essentiellement à l'enrichissement qu'elle apporte aux délibérés, aux motivations des arrêts et aux dialogues qui en résultent avec l'extérieur.

Dans le discours mentionné ci-dessus, c'est sur cette vitalité que le Président de la République fonde son encouragement à introduire les opinions séparées : *« La mise en relief de ce que la décision de justice peut avoir de plurivoque, de complexe le cas échéant de contestable est à mes yeux un moyen utile de lui conférer sa part d'humanité et d'intelligibilité et de faire du juge le porteur d'une décision qui engage et qui, en effet, choisit parmi des possibles. Le souhait d'entrer dans la complexité des choses, de ne pas subir passivement une verticalité vécue comme une suggestion fait entièrement partie de l'esprit de notre temps et vous le voyez tous les jours dans l'exercice de vos responsabilités. »*

L'éventualité d'une opinion dissidente est, d'abord, une forte incitation pour la formation qui délibère à traiter tous les aspects du dossier, sans esquiver aucune difficulté. En effet, le problème qu'on a cru éviter ou estomper risquerait de ressurgir publiquement par la voix critique d'un ou plusieurs juges. A ce titre, l'opinion séparée approfondit le délibéré et constitue une forte garantie pour les parties.

Ensuite, la motivation de la décision est enrichie par la complétude du délibéré résultant de l'existence d'un courant minoritaire et de la volonté d'intégrer autant que possible les différentes positions qu'il exprimé, notamment celles qui pourraient prendre la forme d'une opinion séparée.

De plus, la conjonction de la motivation de la décision et des opinions séparées qui l'accompagnent permet aux observateurs extérieurs de beaucoup mieux comprendre la complexité des questions traitées, la richesse des arguments échangés et les possibles évolutions futures de la position majoritaire. Les avocats peuvent ainsi déterminer de façon plus pertinente leurs actions, et la doctrine dispose d'éléments plus précis pour expliquer et discuter la jurisprudence.

Il est également utile de souligner que, l'opinion séparée n'ayant pas d'autorité mais seulement la force de conviction de son message, elle peut aller au-delà des limites actuelles du droit et accoutumer les juges à des idées ou des réalités qui semblent encore incompatibles avec le droit positif et l'état des mentalités lors de la prise de décision. *« L'expérience canadienne et américaine tend à démontrer, à mon avis, que les opinions dissidentes dans les jugements dont l'objet revêt une grande importance pour la société civile, ou qui soulèvent des questions de droit nouvelles, permettent au droit de s'adapter aux valeurs nouvelles de la société, de façon graduelle, à travers l'exploration et l'explication par les juges, et par les juristes actuels et futurs, des diverses approches possibles face à une même problématique³. »*

III – Pour une « opinion séparée » intégrée à la motivation à la Cour de cassation

Peut-on importer tout ou partie de la richesse des opinions séparées dans la pratique de la Cour de cassation tout en respectant les règles qui organisent le fonctionnement de celle-ci ? Certains s'y sont essayés avec talent⁴. Invitée à se projeter dans l'avenir, la commission a souhaité suggérer une pratique susceptible de répondre à ce défi, qui prendrait la forme suivante.

Lorsque le délibéré fait apparaître, à côté d'une opinion majoritaire, une opinion minoritaire solidement argumentée, cette dernière, dans la pratique actuelle, disparaît sans laisser aucune trace. La

³ Claire L'Heureux-Dubé, « L'opinion dissidente : voix de l'avenir ? » (2000) C. du Cons. Const. 85

⁴ Voir Jean-Pierre Ancel, « Les opinions dissidentes », Cycle de conférences annuelles sur les méthodes de jugement, la Cour de cassation, Mardi 18 octobre 2005.

commission propose que dans une telle situation, la majorité puisse accepter que cette opinion minoritaire soit clairement intégrée dans la motivation de l'arrêt et présentée explicitement pour ce qu'elle est. A cette fin, en accord avec la majorité, le président de chambre demanderait au(x) conseiller(s) soutenant cette orientation de l'exprimer sous la forme d'un texte répondant aux exigences éthiques indispensables de synthèse et de retenue. Il inviterait le conseiller rapporteur à l'intégrer à la fin du projet d'arrêt, précédé d'une formule type, qui pourrait être, par exemple, « L'analyse et l'orientation présentées ci-dessous ont été débattues au cours du délibéré mais n'ont pas recueilli de soutien majoritaire. »

Il serait ainsi clair qu'un débat ouvert et respectueux a eu lieu sur une autre solution que celle retenue par la majorité. La partie qui succombe aurait la satisfaction non négligeable de constater que sa position a été sérieusement prise en considération. Les avocats pourraient y trouver une piste à développer pour suggérer ultérieurement une évolution jurisprudentielle. La doctrine disposerait d'un riche enseignement sur le cœur du débat ayant précédé un arrêt important. Le parquet général obtiendrait des éléments plus clairs et pertinents pour contribuer utilement à la réflexion à venir des juges. Enfin, alors qu'apparaît la menace d'un « conformisme judiciaire » aux orientations que suggèrera l'intelligence artificielle appliquée aux flots de précédents fournis par l'open data, il serait précieux pour le dynamisme du droit que le juge et l'avocat puissent trouver dans un arrêt invoqué, non pas un bloc pétrifié mais l'état, à un moment donné, d'une réflexion ouverte, reflet d'une jurisprudence vivante.

L'autorité de l'arrêt n'en souffrirait pas car l'ampleur de la majorité n'apparaîtrait pas. On peut même considérer qu'elle serait renforcée par le témoignage de l'ouverture du débat interne ayant précédé son prononcé, ce qui accroîtrait également son rayonnement dans le dialogue international des juges.

La plupart des risques que comporte l'opinion séparée seraient évités. L'anonymat protégerait l'indépendance des juges et écarterait la tentation d'autopromotion personnelle. La longueur excessive, l'usage systématique, les formulations blessantes ou déstabilisatrice pour l'arrêt constitueraient des obstacles à l'accord majoritaire nécessaire pour que la position minoritaire soit incluse dans l'arrêt. En outre, devant la Cour de cassation, aucune incitation à user d'une voie de recours contre l'arrêt n'est à craindre. Toutefois, un comportement éthique s'imposerait aux juges majoritaires qui devraient prendre en compte la valeur d'une opinion différente de la leur et se garder à cet égard d'opérer une censure.

Le secret des délibérations serait-il violé ? Il ne semble pas que ce soit le cas. En effet, ni le nombre, ni a fortiori le nom des tenants de l'opinion minoritaire ne seraient révélés. La présentation de l'opinion minoritaire concrétiserait seulement que, comme l'exige l'article 449 du code de procédure civile, « La décision [a été] rendue à la majorité des voix. »

La jurisprudence relative au secret des délibérés est ancienne et ne paraît pas exclure la proposition faite ici. Il résulte notamment du Répertoire civil Dalloz⁵ que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé, le 20 décembre 1996 (no 95-10.209, D. 1997. IR 47) que la décision d'un conseil de l'ordre des médecins pouvait mentionner qu'elle avait été prise à l'unanimité sans qu'il soit porté atteinte au secret des délibérations. On peut observer pourtant qu'il aurait pu être retenu, comme le soutenait le pourvoi, qu'une telle mention permet de connaître le vote individuel de chaque membre de la formation, ce qui n'est pas le cas de la suggestion présentée dans la présente note. De même la chambre sociale (Soc. 15 janv. 1964, Bull. civ. V, no 49) n'a pas cassé un jugement indiquant qu'il avait été rendu « à la majorité de trois voix ». A fortiori, le jugement peut indiquer que la décision a été prise « à la majorité des voix » sans autre précision (Civ. 1re, 12 juin 1974, no 73-12.882, Bull. civ. II, no 181, D. 1975. 173, note Aubert. – Soc. 14 mars 1974, no 72-14.636, Bull. civ. V, no 182), sauf si l'opinion de chacun des membres de la juridiction peut être ainsi connue (Versailles, 22 mars 1979, JCP 1980. II. 19300, note Perrin, pour une décision prise par le président et un assesseur au sein d'un tribunal paritaire des baux ruraux).

Il est vrai que dans la pratique proposée, le contenu de l'opinion minoritaire serait exposé. L'appréciation des conséquences de cet élément sur le respect du secret du délibéré dépend de la fonction que l'on assigne à cette règle. S'il s'agit d'éviter que la position individuelle de chaque juge soit dévoilée, aucune violation ne devrait en être déduite. En revanche, si on considère que le secret des délibérations protège une présomption d'unanimité, alors l'exposé d'une opinion minoritaire poserait problème. Toutefois, cette seconde conception de la fonction du secret des délibérations semble aujourd'hui difficile à soutenir pour deux raisons. D'une part, tout le monde sait parfaitement qu'il n'est

⁵ Répertoire de procédure civile Jugement Pr. civ., Secret du délibéré 207 - 208

pas rare que les juges restent partagés à l'issue du délibéré, comme le souligne expressément l'article 449 du code de procédure civile cité ci-dessus⁶. D'autre part, la solidité monolithique qu'était censée irradier l'unanimité était le produit d'une conception qui ne voyait dans la décision judiciaire que le prolongement automatique de la loi. Aujourd'hui, il est largement admis que la force du jugement et sa légitimité tiennent beaucoup à la richesse d'un délibéré permettant de confronter de façon ouverte et dialectique des opinions dont la différence fait la richesse.

Cependant, dans l'hypothèse où l'ajout d'une opinion minoritaire serait considéré comme constitutif d'une violation du secret du délibéré, deux solutions seraient possibles. La première consisterait à compléter l'article 448 du code de procédure civile qui dispose : « Les délibérations des juges sont secrètes. » en y ajoutant une formule qui pourrait être : « Toutefois la motivation de la décision peut exposer une opinion présentée durant le délibéré en indiquant qu'elle est restée minoritaire, sans toutefois mentionner ni le nom ni le nombre des juges qui l'ont soutenue. » La seconde solution, plus prudente mais moins féconde, masquerait que certains des arguments que développe puis rejette la motivation émanaient de juges minoritaires qui l'ont soutenue jusqu'au vote. Mais disparaîtrait alors le reflet de la richesse des délibérés, l'indication que cette argumentation était suffisamment forte pour avoir emporté le suffrage de certains juges et les enseignements susceptibles d'en être tirés.

Au vu de cette analyse, qui pourrait évidemment être approfondie, la commission est donc d'avis que la proposition pourrait être mise en œuvre sans réforme préalable des textes en vigueur, en vertu d'une pratique prétorienne. Celle-ci devrait être utilisée avec prudence et modération, dans des affaires dont la richesse délibérative pourrait le justifier.

Après une période expérimentale, une analyse serait faite pour apprécier les bénéfices et les difficultés résultant de cette pratique, sur la base des avis largement recueillis, non seulement auprès des membres de la Cour de cassation mais également des juges du fond, des avocats aux conseils et des avocats des juridictions du fond.

Si ce bilan révélait que l'application de cette proposition restait excessivement restreinte au regard de ce que l'on sait empiriquement de la réalité des délibérés, il faudrait alors se demander si les juges en position majoritaire ne refusent pas systématiquement qu'une opinion minoritaire soit exposée, quelle qu'en soit la richesse et la pertinence. Dans une pareille hypothèse, il faudrait alors envisager de reconnaître à une minorité qualifiée, qui pourrait être du tiers de la composition, le droit de voir sa position inscrite dans la motivation.

⁶ « La décision est rendue à la majorité des voix. »

La procédure interactive ouverte

A côté des trois circuits de traitement différenciés des dossiers selon leur degré de complexité actuellement mis en œuvre, la commission propose la création d'un traitement exceptionnel, qu'elle désigne par l'expression de « procédure interactive ouverte », réservé chaque année à quelques « dossiers phares ».

Cette proposition répond à une logique particulière. En effet, elle n'a pas pour objectif, comme le système de triple circuits mentionné ci-dessus, de répartir de la façon la plus pertinente possible les ressources de la Cour de cassation entre les différents types de pourvois qui lui sont soumis. La procédure interactive ouverte répond à des préoccupations différentes, fondées sur deux constats. D'une part, la visibilité de la Cour de cassation depuis le monde extérieur est très réduite. D'autre part, les domaines juridictionnel et politique n'étant pas séparés de façon hermétique mais en osmose par une multitude d'interactions, cette Cour si méconnue fait de temps à autre une irruption remarquée dans des questions très médiatisées, sans transparence suffisante sur son processus décisionnel, provoquant ainsi des mises en cause de sa légitimité et des accusations répétées de « gouvernement des juges ».

Il s'agit donc de choisir certaines affaires pour mettre en lumière le fonctionnement de la Cour et renforcer sa légitimité en ouvrant largement son prétoire, au-delà des seules parties, pour montrer à tous la richesse et la loyauté du débat qui précède son délibéré. Destinée à créer un « moment de justice » inclusif, public et transparent, exigeant une importante organisation, la procédure interactive ouverte serait réservée à quelques pourvois choisis pour l'interférence qu'ils impliquent entre les champs juridique et politique, l'ampleur de leurs conséquences potentielles, l'intensité des débats qu'ils suscitent dans l'opinion et, sans que ce dernier critère soit impératif, la complexité juridique ou technique qu'ils comportent. Le plus souvent, ces pourvois surgiront parmi les sujets d'intérêt public majeur, objets d'une réflexion et d'un dialogue animé par la Cour de cassation. On pense notamment, à titre d'exemples, à la bioéthique, l'environnement, la laïcité, les discriminations, etc.

La procédure interactive ouverte ne constituerait pas à proprement parler un « quatrième circuit » mais plutôt un mode de traitement appliqué à certains dossiers du circuit approfondi. La décision d'y recourir appartiendrait à la première présidente, sur proposition du président de chambre et après avis du procureur général.

Dans un article intéressant¹, dont certaines idées rejoignent une partie des analyses de la commission, le professeur Perroud souligne que « la cassation est un moment spécial d'interprétation ou de création de la loi et qu'il est nécessaire de rattacher ce moment à une légitimité démocratique. » La procédure interactive ouverte donnerait toute sa force à cette légitimité démocratique.

La visibilité, l'image et la légitimité de la Cour se jouent de façon substantielle sur ce type d'affaires. Leur traitement doit donc conjuguer, à un niveau d'excellence, plusieurs facteurs : l'ouverture de la procédure à tous ceux qui y ont un intérêt suffisant ; la contribution de personnes disposant de compétences reconnues dans le domaine concerné ; la transparence et la pédagogie permettant au plus grand nombre de s'intéresser à l'affaire et d'en suivre le déroulement ; la profondeur, la cohérence, et la clarté des arrêts. Contribuant de façon manifeste à créer ou préciser la norme au-delà de la seule affaire qui lui est soumise, la Cour de cassation doit alors apparaître comme un « forum démocratique » qui, tout en respectant la séparation des pouvoirs, contribue au bon fonctionnement de la démocratie dans les grands débats juridiques relevant de sa compétence. Il lui revient de faire en sorte que les enjeux en cause apparaissent dans toute leur ampleur, de démontrer une parfaite maîtrise des aspects techniques des dossiers et a fortiori des éléments de droit pertinents, de délivrer des décisions porteuses d'une grande capacité d'adhésion et mettant en œuvre son autorité avec prudence et créativité.

Une préparation très approfondie est nécessaire pour cela, réalisée, avec la participation essentielle du SDER², le soutien du service d'appui aux magistrats et en collaboration étroite avec le parquet général.

¹ Thomas Perroud « Une cassation participative est-elle possible ? » Recueil Dalloz 2019 p.2423

² Service de documentation, de la recherche et des études.

Deux étapes majeures se succéderaient : d'abord, une « séance préparatoire publique » serait destinée à explorer tous les aspects de l'affaire dans le but d'en donner une compréhension approfondie à la Cour. Tous les aspects pertinents pourraient y être discutés, non seulement juridiques et factuels mais également comparatistes et pluridisciplinaires. Se présenteraient devant la Cour les parties et leurs avocats, ainsi que les intervenants souhaitant s'y exprimer et admis à le faire, ce qui renforcerait son information et sa légitimité. Pour cela il conviendrait que la Cour élargisse la recevabilité des tierce-interventions afin de permettre à ceux dont les intérêts seront affectés significativement par son arrêt d'exprimer leur position. A ce titre, la pratique du Conseil constitutionnel, ouvrant son prétoire aux personnes justifiant d'un « intérêt spécial » peut servir de référence. En outre, l'invitation faite à des *amicus curiae* d'exprimer leur analyse du dossier permettrait à la Cour d'avoir les avis de personnes disposant d'une expérience et d'une qualification de haut niveau mais choisis avec le souci de ne pas rompre un juste équilibre entre les positions des différentes parties. Afin de faciliter les interventions et les propositions d'auditions d'*amicus curiae*, la décision d'appliquer la procédure interactive ouverte serait publiée sur le site internet de la Cour. Durant la séance préparatoire publique, les échanges seraient très interactifs, pour permettre à chacun de souligner les aspects qui lui paraissent déterminants et à la Cour de guider la discussion afin d'obtenir les informations et les avis dont elle estimerait avoir besoin pour forger son opinion. Elle pourrait adresser à l'avance des questions aux avocats des parties mais l'oralité serait favorisée afin de permettre que s'établissent de véritables échanges et que naisse une dialectique féconde. Ces séances se tiendraient soit devant la formation de jugement au complet, soit devant le conseiller rapporteur et trois³ autres membres de la formation de jugement désignés par le président. Elles seraient filmées et accessibles sur le site de la Cour.

Après un délai relativement bref, cette séance préparatoire serait suivie par une audience, afin de permettre aux parties et aux intervenants de présenter leurs positions juridiques, notamment à la lumière de la séance préparatoire, et à la Cour de les interroger sur les points de droit pertinents. Menés sous une forme dialogique, ces échanges prépareraient le délibéré.

Le délibéré conduirait à arrêter la solution de la majorité et déterminerait, le cas échéant, la ou les opinions minoritaires que la Cour souhaiterait faire apparaître dans l'arrêt. Un « comité de rédaction » composé du rapporteur et de deux membres de la formation désignés par le président, serait chargé de rédiger le projet d'arrêt, avec l'aide du SDER et du service d'appui aux magistrats. Une fois établi, ce projet ferait l'objet d'une seconde délibération portant uniquement sur la rédaction du projet.

L'ensemble de la procédure interactive ouverte serait accompagné par un plan de communication spécialement adapté à l'affaire en cause. Le rapporteur et l'avocat général, aidés par un membre du service d'appui aux magistrats, coordonnerait l'organisation des différents aspects du traitement de l'affaire.

Cette procédure mobiliserait d'importants moyens. Elle devrait donc être réservée à des « affaires phares », selon un rythme qui ne pourrait dépasser quelques cas par an.

En contrepartie de cet investissement exigeant, elle donnerait à la Cour de cassation et à la justice toute entière un surcroît de visibilité et de légitimité rarement atteint jusque-là.

³ La parité de la composition à laquelle conduit ce nombre est choisie volontairement, afin de souligner que la séance préparatoire publique n'est pas une audience mais bien un temps d'information et de dialogue préalable à l'audience à venir.

Étendre les compétences du Tribunal des conflits ?

1. L'idée d'une instance juridictionnelle extérieure à nos deux ordres de juridiction mais composée, à parité, de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation et qui juge des affaires n'est pas une vue de l'esprit.

Elle existe déjà : c'est le Tribunal des conflits qui tire notamment de la loi du 20 avril 1932 la compétence de mettre fin aux contrariétés de jugement entre les deux ordres de juridiction entraînant un déni de justice. Lorsque les conditions sont remplies, le Tribunal des conflits juge souverainement l'affaire qui lui est soumise et connaît de toutes les questions qu'elle pose, en fait et en droit. Il règle définitivement l'affaire.

La mise en œuvre de cette procédure est rare. Les conditions sont strictes. Elle permet de régler des situations choquantes pour le justiciable qui résultent de la complexité engendrée par la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, notamment en matière de coresponsabilités publique et privé. Le Tribunal des conflits s'est encore récemment prononcé dans ce domaine en ordonnant d'ailleurs avant-dire une expertise médicale ([décision n°4194 du 2 novembre 2020](#), commentée à l'AJDA 2021/09 p. 522).

Enfin, le Tribunal des conflits a, depuis la loi du 15 février 2015, une compétence de premier et dernier ressort : celle de statuer sur les recours en responsabilité pour une durée totale excessive des procédures afférentes à un même litige, conduites entre les mêmes parties devant les deux ordres de juridictions.

2. La commission sur l'avenir de la Cour de cassation à horizon 2030 proposera un renforcement du dialogue et de la coopération notamment avec le Conseil d'État. Cette coopération pourrait également prendre une forme juridictionnelle.

En Allemagne, il existe cinq ordres de juridiction. Le législateur a fait le choix de mettre en place un Sénat commun des juridictions suprêmes de la fédération (*Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes*). Cette juridiction, composée de représentants des juridictions suprêmes allemandes, peut être saisie par l'une d'entre elles, lorsqu'elle souhaite s'écarter de la solution consacrée par une autre juridiction sur le même sujet.

En France, on voit bien que le renforcement des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels et la compétence partagée en ces matières par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel vont créer des points de contact et des chevauchements délicats. L'exemple récent des différentes décisions rendues en matière de conditions de détention en est une bonne illustration. Ou bien encore celui des prolongations automatiques de détention provisoire.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat peuvent être conduits à appliquer les mêmes textes et leurs interprétations peuvent, parfois, diverger ce qui est de nature à affecter la prééminence du droit.

Cette situation pourrait donc justifier la mise en place d'un mécanisme juridictionnels de coordination.

3. Il s'agirait d'élargir les compétences du Tribunal des conflits et plus particulièrement celle qu'il tient de régler les affaires qui conduisent à un déni de justice.

Elle pourrait ainsi être étendue à celle de la prévention des divergences de jurisprudence.

Concrètement, les hautes juridictions suprêmes, si elles le souhaitent, pourraient saisir le Tribunal des conflits de ce type de difficulté dans des contentieux transversaux.

Faire trancher un point de droit délicat qui irrigue les contentieux des deux ordres par une juridiction composée par des membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. C'est admettre que le renforcement de la prééminence du droit nécessite, de temps en temps, une réponse commune sur des questions fondamentales où l'interdépendance des juridictions est manifeste.

Et si ce pouvoir juridictionnel facultatif semblait excessif, on pourrait alors organiser une procédure d'avis qui ne lierait pas les juridictions.

BIBLIOTHÈQUE DE LA COUR DE CASSATION

En 2030, la bibliothèque de la Cour de cassation pourrait piloter un réseau documentaire national judiciaire (B) et servir ainsi d'interface entre la sphère judiciaire et les réseaux documentaires déjà existants au niveau national (A).

Elle pourrait également animer, à l'échelle internationale, un réseau documentaire francophone dans le cadre des axes de coopérations mis en place par l'AHJUCAF et participer aux échanges documentaires formalisés entre les différentes cours suprêmes des états membres de l'Union européenne (C).

A. Les réseaux nationaux : l'existant

Depuis la fin des années 1980, les bibliothèques relevant du ministère de la Culture et du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche ont mis en place des structures documentaires communes dans le but de mieux servir leurs usagers locaux et distants, de favoriser les solutions d'interopérabilité technique en matière de catalogage, d'optimiser la gestion des espaces de stockage des collections et *in fine* réduire l'ensemble des coûts documentaires.

Cette logique de réseaux a porté ses fruits dans les domaines suivants :

- la conservation partagée : Il existe aujourd'hui 14 Plans de conservation partagée en France (PCP). Ces plans portent sur la gestion des collections de périodiques, envisagée sous un angle thématique à l'échelle d'une région. En 2017 a été mis en place le **PCP Droit**, coordonné par la BIU Cujas et le Centre Technique du Livre de l'enseignement supérieur (CTLes). Ce plan porte sur plus de 400 titres de périodiques, regroupe 14 bibliothèques partenaires et possède une plate-forme de gestion documentaire commune.

La bibliothèque de la Cour de cassation aurait vocation à intégrer le PCP Droit.

- Le signalement des collections : Deux grands catalogues nationaux structurent le champ bibliothéconomique français. D'une part, le SUDOC (Système universitaire de documentation) ; d'autre part, le CCFr (Catalogue collectif de France).

Depuis 2012, la bibliothèque de la Cour de cassation fait partie de ces deux réseaux.

- La diffusion des contenus numériques : Dans le domaine français et francophone, la bibliothèque numérique de référence est Gallica. En libre accès depuis de sa création en 1997, Gallica met à la disposition de ses usagers distants près de 7 millions de documents provenant de la Bibliothèque nationale de France et de ses partenaires. Les collections numérisées sont en partie reversées dans Europeana, le portail des bibliothèques numériques des bibliothèques nationales européennes.

Depuis janvier 2020, la bibliothèque de la Cour de cassation copilote le programme de numérisation concertée en sciences juridiques, aux côtés de la BnF et de la BIU Cujas.

B. Créer et piloter un réseau documentaire national judiciaire : les objectifs

De par la richesse de ses fonds et l'expertise de ses personnels, de par la solidité et l'ancienneté de ses partenariats avec les grands réseaux documentaires nationaux, **la bibliothèque de la Cour de cassation pourrait porter la création d'un réseau documentaire national judiciaire.**

Ce réseau aurait pour but d'accompagner et de faciliter la prise de décision des magistrats de la Cour de cassation, des juridictions d'appel et des juridictions du premier degré, par un accès plus large et plus rapide à la documentation juridique, avec une visibilité accrue des ressources disponibles au sein du réseau judiciaire ou grâce à la politique de partenariats documentaires déjà mis en place par la Cour de cassation.

C. Vers la mutualisation des ressources documentaires aux niveaux européen et international

Dans une même logique, **un réseau documentaire européen** pourrait être mis en place. La bibliothèque de la Cour de cassation y aurait toute sa part, aux côtés des autres bibliothèques et services de la documentation des cours de cassation des pays membres de l'Union européenne.

Une coopération documentaire renforcée au sein du réseau de l'AHJUCAF est d'ores et déjà envisagée.

Une meilleure fluidité des parcours professionnels entre juridictions de fond et cour de cassation

Une meilleure connaissance par les juges du fond du fonctionnement de la Cour de cassation est sûrement un des outils pour faciliter ce dialogue et développer cette confiance entre les niveaux juridictionnels.

C'est pourquoi il apparaît nécessaire de créer des passerelles permettant aux juges de passer plus facilement durant leurs parcours professionnels par la Cour de cassation.

Actuellement, les postes offerts au siège au sein de la cour de cassation sont de trois ordres : auditeur affecté au SDER, dans des tâches purement de soutien et d'analyse jurisprudentielle, conseillers référendaires (1er grade), pendant 10 ans, et conseillers (dits conseillers lourds - hors hiérarchie).

A l'exception des conseillers référendaires, les magistrats n'accèdent aux postes de conseillers lourds (échelle lettre E) qu'en toute fin de carrière, déjà en hors hiérarchie (présidents de chambre) et à un âge avancé proche de 60 ans, ce qui ne leur laisse que peu de temps pour apprendre les techniques de cassation et faire profiter la cour de leur expertise ancienne ou récemment acquise.

Les chefs de cour sont rattachés pour ordre à la Cour de cassation, en qualité de conseiller, mais en cours de mandat ou à la fin de celui-ci au bout de 7 ans, leur affectation à la cour de Cassation dans des fonctions juridictionnelles est souvent problématique ou peu opérationnelle.

Le retour trop rapide à la Cour de cassation des référendaires après un passage en juridictions en fin de mandat de 10 ans est souvent dénoncé et leurs perspectives d'évolution sont ensuite souvent faibles.

1. Rejet de l'idée d'offrir des postes au sein de la cour de cassation en sortie d'ENM ou dans un laps de temps trop court

Nous avons, après débat, exclu la possibilité d'offrir à quelques auditeurs de justice, même parmi les mieux classés, de rejoindre, au sein de la cour de cassation, leur premier poste et ce pour les raisons suivantes :

- l'ENM, au cours des 30 mois de formation des auditeurs de justice, axe ses enseignements sur la préparation aux seules fonctions de terrain et nullement sur la technique de cassation ;
- les juridictions souffrent structurellement de postes vacants ou découverts ;
- les magistrats de la cour de cassation, pour bien remplir leur office à l'égard des juridictions de fond, doivent préalablement connaître le fonctionnement de celles-ci et la réalité des rapports et de la « rencontre » avec les justiciables et leurs conseils ;

- des critiques récurrentes et d'une particulière actualité dans la haute fonction publique dénoncent le caractère artificiel et injustifiable de créer une « noblesse d'Etat à vie » à moins de 30 ans (auditeur au conseil d'Etat, à la cour des comptes etc) à partir du seul classement de sortie de l'Ecole de formation.

2. Proposition d'offrir des postes au sein de la cour de cassation après 7 années d'exercice des fonctions du second grade

Il est proposé d'encourager les juges plus tôt dans leur carrière, par exemple après sept années d'exercice des fonctions du second grade, au moment de la réalisation de leur « tableau d'avancement » et de leur accès au 1^{er} grade de la magistrature, de rejoindre pour un temps limité (5 à 7 ans) la cour de cassation au sein même des chambres, en qualité d'auditeur à la cour de cassation sans doute au sein du service d'appui aux magistrats encadrant alors les juristes assistants recrutés.

Cette proposition recueille un très large accueil favorable des premiers présidents

3. Proposition d'offrir des postes au sein de la cour de cassation en qualité de conseiller référendaire à des magistrats plus jeunes (par exemple 17 à 20 années après leur sortie d'Ecole) et ainsi promus à la hors hiérarchie

Alors qu'actuellement les conseillers référendaires sont accueillis au 1^{er} grade à la cour de cassation et quittent ensuite celle-ci pour devenir président de chambre hors hiérarchie dans les cours d'appel et accéder à la hors hiérarchie (HH) les conseillers expérimentés des cours d'appel ne peuvent accéder à la cour de cassation qu'après être devenus présidents de chambre de cours d'appel puis avoir exercé longtemps de telles fonctions, soit au bout actuellement d'un long parcours dans les juridictions géographiquement attractives (7 ans au 2^d grade +15 ans au 1^{er} grade + au moins 3 à 5 ans en hors hiérarchie).

Il est proposé d'offrir aux conseillers expérimentés des cours d'appel des postes hors hiérarchie de conseillers référendaires HH à la cour de cassation.

Cette proposition recueille un très large accueil favorable des premiers présidents

4. Proposition d'offrir à des conseillers « lourds » de la cour de cassation la possibilité de rejoindre les cours d'appel

Nous considérons comme souhaitable et bénéfique aux juridictions de fond et à la qualité de leur dialogue avec la Cour de cassation d'offrir la possibilité aux conseillers « lourds » de la Cour de cassation de rejoindre les cours d'appel en qualité de 1^{er} président de chambre mais avec la conservation de leur indice de rémunération (indice sommital E)

Cette proposition est généralement favorablement accueillie par les premiers présidents même si certains craignent qu'une telle possibilité puisse nuire à l'indépendance attendue des magistrats de la Cour de cassation.

Il leur sera répondu que toute nomination sera soumise à l'examen préalable du Conseil supérieur de la magistrature et que les avantages de doter les cours d'appel de magistrats parfaitement connaisseurs des exigences et de la jurisprudence de la Cour de cassation l'emportent largement sur les craintes hypothétiques de perte de prestige ou d'indépendance des conseillers de la cour de cassation.

LE *RESTATEMENT* : LES ÉTATS-UNIS ENTRE TRADITION CIVILISTE ET TRADITION DE *COMMON LAW*

[Philippe Pradal](#)

Dalloz | « Les Cahiers de la Justice »

2010/3 N° 3 | pages 81 à 95

ISSN 1958-3702

ISBN 9782996210038

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2010-3-page-81.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

© Dalloz. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Le *restatement* : les États-Unis entre tradition civiliste et tradition de *common law*

par Philippe Pradal

Philippe Pradal est Avocat aux barreaux de New York et de Paris, collaborateur au sein du cabinet Jones Day et intervient ponctuellement comme chargé de conférences à l'Institut d'études politiques de Paris et à la Business School de Rouen.

Le *restatement* est une technique juridique originale de droit américain, développée par l'*American Legal Institute*. Reformulation des différents champs du droit positif américain, élaborée à partir de l'étude méticuleuse de la jurisprudence, les *restatements* viennent au secours du juge américain dans l'élaboration de sa décision. Proches d'une entreprise de codification, les *restatements* sont autant de ponts avancés entre tradition civiliste et tradition de *common law*. Leur étude permet de mettre en lumière les correspondances entre le raisonnement du juge américain et celui du juge français.

Restatements are original legal tools of American Law, developed by the American Legal Institute. Restating various fields of American law, and made through comprehensive studies of the case law, the Restatements often help American justices in the making of their opinions. Close to a codification process, Restatements are advanced bridges between Civil law tradition and Common law tradition. Their study brings to light correspondences between French and American judges.

Pour le comparatiste de tradition civiliste, la toute première lecture d'un jugement de *common law* peut être semblable à la découverte d'un fruit exotique. On est, tour à tour, étonné, intrigué puis conquis ou déconcerté par cette saveur venue d'ailleurs qu'on cherche vainement à rattacher à un goût connu.

La lecture d'une décision rendue par une juridiction américaine est ainsi si surprenante dans son expression qu'elle laisse le

juriste, coutumier du syllogisme juridique, étonné et surpris par un raisonnement dont les traits les plus marquants sont l'analogie, la référence constante au précédent et le fait que chaque juge composant la juridiction de jugement émet sa propre opinion.

De fait, le droit positif d'un système de *common law* est le résultat d'une architecture complexe où s'enchevêtrent textes de loi et jurisprudences.

Si la souplesse et le pragmatisme d'un tel

système juridique – qui fait du juge un législateur-adaptateur de la norme aux évolutions économiques et sociales de la société – font souvent l'objet d'éloges, la critique la plus pertinente est certainement le manque de lisibilité et de sécurité juridique qu'engendre pour le justiciable un tel système.

Aux États-Unis, il s'ajoute, à cette architecture complexe, la diversité du *common law*¹ évoluant, sur un même sujet, de manière différente selon les états. L'adage

Traduit littéralement, *restatement* signifie « reformulation ».

selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi » est dès lors une véritable utopie pour le justiciable américain, confronté, en outre, à différents droits selon l'état dans lequel il se trouve.

Consciente de ce manque de lisibilité et de sécurité juridique, la communauté juridique américaine s'est très vite saisie du problème et a créé une technique juridique originale pour y répondre : le *restatement*.

Traduit littéralement, *restatement* signifie « reformulation ». S'il faut en règle générale se méfier du prisme déformant de la traduction en droit comparé², en l'espèce le concept de *reformulation* traduit bien celui du *restatement*. En effet, comme en français le préfixe « -re » indique la répétition, le

radical « state » du latin *status* désigne, dans ses acceptions les plus répandues, un état, une position, voire une organisation, alors que le suffixe « ment » dérivé du suffixe latin –ment(um) peut désigner une action, le résultat, l'instrument ou l'agent de celle-ci, son lieu voire sa condition. Le *restatement* est donc une prise de position, une reformulation co-substantielle à une formulation préexistante. Le *restatement* est la reformulation, par la communauté juridique américaine, du droit positif.

Concrètement, les *restatements* se présentent sous la forme de textes à vocation normative, élaborés par une « communauté d'experts », composée de professeurs, d'avocats et de magistrats, sur un thème préalablement déterminé. Ce travail de ré-écriture du droit positif se fait à la lumière des développements jurisprudentiels dans chaque état des États-Unis et représente pour chaque domaine une œuvre de synthèse et de systématisation extraordinaire.

Une comparaison simpliste entre les *Restatements* américains et les divers techniques et outils juridiques d'un système de droit civil tendrait à confondre ces derniers avec une œuvre de doctrine. Ainsi, en France, les *Restatement of Torts*³ et *Restatement of Contracts*⁴ pourraient être assimilés au travail de la commission de réforme du droit des obligations présidé par le professeur Catala. Ce serait pourtant se fourvoyer tant

1. Pour un plaidoyer en faveur du masculin de l'expression *common law*, voir la préface de *Common law d'un siècle l'autre*, ouvrage sous la direction de P. Legrand, 1992, Éditions Y. Blais (Cowansville, Qué), préface de P. Legrand.

2. S. Glanert, « Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus », in *Comparer les droits, résolu-*

ment, ouvrage sous la direction de P. Legrand, PUF, 1^{re} éd., juin 2009.

3. *Restatement* en droit de la responsabilité civile.

4. *Restatement* en droit des contrats.

sur la nature des *restatements* que sur l'utilisation qui en est faite. En effet, il n'est pas rare que les *restatements* soient cités par les juges américains au soutien de leur décision. Ces *restatements* sont alors revêtus d'une importance toute particulière dès lors qu'ils sont quasiment élevés au rang de règle de droit. C'est pour cette raison qu'ils trouvent leur place au sein de cette chronique « Juger ailleurs et autrement ».

L'apport de l'herméneutique, qui place au centre du droit comparé la compréhension des déterminants culturels du droit étranger objet de la comparaison⁵, commande de commencer cette chronique par un bref historique des *restatements* avant de décrire leur processus d'élaboration. Il conviendra, dans un second temps, de relater l'usage qui en est fait par les juridictions américaines puis de tenter de rendre compte des apports de cette technique juridique américaine originale.

Une brève histoire des *restatements*

Pour les historiens du droit américain, les origines des *restatements* remontent au début du ^{XX}e siècle et plus précisément au congrès annuel de l'*American Bar Association* (association nationale des avocats américains,

« ABA ») de 1906, qui se tint à Saint Paul, dans l'État du Minnesota⁶. Lors de ce congrès, l'éminent professeur Roscoe Pound, précédemment juge de la Cour suprême du Nebraska, se livra à une violente diatribe contre la mauvaise administration de la justice aux États-Unis et enjoignit son auditoire d'intervenir afin de remédier aux symptômes visibles d'un système qui, selon lui, démontrait de graves faiblesses⁷. Il était ainsi un des premiers juristes américains à mettre en exergue la perte du pouvoir de persuasion des arrêts formalistes traditionnels dans lesquels les juges, à la lumière des faits de l'espèce, découvraient dans chaque litige une norme originale.

Ce discours accueilli de manière contrastée par la communauté juridique américaine portait en lui les germes d'un courant réformateur qui vit le jour une vingtaine d'années plus tard. En 1923, au confluent des différents métiers du droit, l'*American Law Institute* dite ALI fut créée à l'initiative d'un cercle des juristes américains considérés comme les plus en vue de leur époque⁸ et réunis sous la bannière du « Comité pour l'établissement d'une organisation permanente pour l'amélioration du droit »⁹. Très vite l'ALI fit le constat que le *common law* devait gagner en lisibilité et en accessibilité pour s'adapter aux justiciables et aux change-

5. P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants, in *Comparer les droits, résolutions, op. cit.* ».

6. Pour une approche historique complète, N.E.H. Hull, *Restatement and Reform: a New perspective on the origins of the American Law Institute*, 8 Law & Hist. Rev. 65 1990

7. R. Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction*, 29 A.B.A. Rep., pt. I, 395-417, 1906

8. Not., Elihu Root (avocat, prix Nobel de la paix et secrétaire d'État sous Roosevelt), Learned Hand (magistrat de la Cour

d'appel fédérale du deuxième district), Benjamin Cardozo (magistrat auprès de la Cour d'appel de New York puis de la Cour suprême américaine), Samuel Williston (professeur à Harvard Law School).

9. Traduction de l'anglais : « *The Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law.* »

ments de société. C'est ainsi que furent ouverts les premiers chantiers des *restate-ments*.

Les *restatements* sont donc le fruit d'une querelle entre les Anciens et les Modernes qui continue d'animer le débat au sein de la communauté juridique américaine¹⁰, même si l'existence de l'ALI ne semble plus être remise en cause. Conçus pour clarifier et simplifier le *common law*, les premiers chantiers de *restatement* commencèrent dès le lancement de l'ALI. Le *common law* fut d'abord divisé en grands domaines au nombre desquels l'on comptait le droit du mandat, les conflits de lois, le droit des contrats, le droit de la propriété, les quasi-contrats et l'enrichissement sans cause, la responsabilité civile et la fiducie¹¹. Chaque groupe de travail présidé par un membre de l'ALI avait pour but de reformuler le

Dès l'origine, les *restatements* étaient porteurs d'une dialectique dynamique entre « reformulation » voire « codification » à droit constant et proposition de réforme.

common law tel qu'il était ou tel qu'il devrait être d'après une analyse de la jurisprudence des différents états. Dès l'origine, les *restate-ments* étaient porteurs d'une dialectique

dynamique entre « reformulation » voire « codification » à droit constant et proposition de réforme¹².

Pour comprendre l'aspect révolutionnaire d'une telle démarche par la communauté juridique américaine, il faut saisir la mentalité juridique américaine¹³. Il faut avoir à l'esprit la réticence quintessentielle du juriste de *common law* pour tout procédé susceptible de s'apparenter à une codification, perçue comme une fossilisation du droit. En outre, il peut paraître étonnant qu'une telle technique juridique, véritable travail d'experts, ait vu le jour dans un système juridique orienté vers une conception démocratique « participative » du système judiciaire où le citoyen est sollicité à la fois comme juré en matière civile et pénale et comme électeur de juges, dans de nombreux états.

Les *restatements* ont d'ailleurs fait l'objet de nombreuses critiques de différente nature. C'est ainsi que la composition de l'ALI a été vivement critiquée, chaque courant juridique américain particulier, non représenté au sein de l'ALI, se sentant automatiquement lésé. Ainsi, le juge Posner, membre éminent du mouvement « *Law and Economics* », prônant l'analyse économique du droit comme outil normatif¹⁴, a pu

10. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre la mesure de la littérature fournie, débattant du bien ou du mal fondé des *restatements*, répertoriée par le professeur K.D. Adams dans son article *Blaming the Mirror: The Restatements and the Common Law*, 40 Indiana Law Review, 2, 2007.

11. L'on notera au passage la division originale des domaines du droit, qui laisse apparaître des différences structurelles, voire épistémologiques, entre tradition civiliste et tradition de *common law*.

12. Cette dualité de fonction du *restatement* est entièrement assumée par l'ALI, voir L. Liebman, *The American Law Institute :*

A Model for the New Europe? (2008), article non publié, disponible sur demande auprès de l'ALI.

13. P. Legrand, *European Legal Systems are not converging*, International & Comparative Law Quarterly, 1996, 45(1).

14. Pour une présentation de ce courant, voir notamment H. Muir Watt, « Comparer l'efficacité des droits? », in *Comparer les droits, résolument*, op. cit. ; pour une présentation exhaustive de la méthode de l'analyse économique, voir E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2008.

regretter l'absence d'ouverture de l'ALI sur la société civile¹⁵. En outre, d'un point de vue méthodologique, l'ALI a été accusée de conservatisme. Il lui a notamment été fait grief de ne pas initier de véritables réformes de droit positif, le *restatement* étant alors perçu comme un *ersatz* de codification permettant de protéger le *common law* d'une refonte plus substantielle¹⁶.

Mais une fois lancée, la publication des *restatements* ne pouvait être arrêtée. Les *restatements* semblaient être devenus indispensables dans le système juridique américain des années 1920 qui, en plus du morcellement de son droit positif, devait composer avec une carte judiciaire complexe superposant les juridictions étatiques et fédérales permettant un *forum shopping* et rompant avec le principe d'égalité entre justiciables¹⁷. C'est ainsi que, dès 1932, paraissait le premier *Restatement of Contracts*. Depuis lors, trois séries de *restatements* ont été publiées, chaque nouvelle série étant l'occasion de mettre à jour le *restatement* précédent ou d'éditer le *restatement* d'une nouvelle matière.

S'il a fallu au moins six ans au premier *restatement* pour voir le jour, c'est que l'élaboration d'un *restatement* est affaire de patience. Selon Lance Liebman, actuel directeur de l'ALI, le trait caractéristique du travail de l'ALI est la notion de processus

(en anglais *process*)¹⁸. Un *restatement* est en effet le fruit d'un long travail de recherche, d'une réflexion collective menée au sein de l'ALI et d'une synthèse préparée par un rapporteur. Bien que chaque *restatement* soit unique dans sa facture, il est possible de distinguer trois moments dans l'élaboration d'un *restatement* : la décision d'ouverture d'un *restatement*, le travail de recherche et de rédaction et l'approbation du *restatement* par le conseil de l'ALI et l'ensemble de ses membres. Chacun de ces moments est divisé en plusieurs étapes qui agissent comme autant de filtres permettant d'affiner le texte du futur *restatement*¹⁹.

Lors de la phase introductive, c'est au directeur de l'ALI assisté d'un comité (*Program Committee*) que revient la décision d'ouvrir un champ d'investigation d'un *restatement*. Le directeur désigne alors un rapporteur pour le projet et une première conférence est organisée pour discuter de l'étendue du projet et désigner les conseillers qui assisteront le rapporteur. Puis, le projet d'ouverture du *restatement* ainsi choisi est présenté au conseil de l'ALI pour approbation.

Commence alors une seconde phase durant laquelle le rapporteur et ses conseillers rédigent des projets pour chaque subdivision ou segment du *restatement* qui ont été préalablement établis. Tout au long de cette élaboration, dif-

15. R.A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999).

16. N.M. Crystal, *Codification and the Rise of the Restatement Movement*, 54 *Washington University Law Review*. 239, 240 (1979).

17. R. Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction*, 29 *A.B.A. Rep.*, pt. I, 395–417, 1906.

18. L. Liebman, *The American Law Institute: A Model for the New Europe?* (2008), article non publié, disponible sur demande auprès de l'ALI.

19. Interrogée dans le cadre de cette chronique, l'ALI dénombre une douzaine d'étapes dans la rédaction d'un *restatement*, dont les principales sont résumées dans le présent article, voir *How an ALI project is developed*, document non publié, fourni sur demande à la discrétion de l'ALI.

férents professionnels d'horizons variés peuvent être consultés. C'est ainsi que le professeur George Bermann, rapporteur du *Restatement of International Commercial Arbitration* (*restatement* sur l'arbitrage commercial international), dispose de nombreux conseillers universitaires ou praticiens pour l'assister dans ses travaux²⁰. En parallèle, tous les membres de l'ALI souhaitant être impliqués dans un projet donné peuvent adhérer au groupe des membres consultatifs (*Members' Consultative Group*) correspondant au projet. Ce groupe sera régulièrement consulté par le rapporteur et se prononcera sur les différentes versions du texte.

Tout segment de *restatement* élaboré par le rapporteur est donc soumis aux observations des conseillers, à celles du groupe des membres consultatifs ainsi qu'aux autres

La force et l'importance des *restatements* résident dans le fait que les juges américains, quel que soit le degré de juridiction auquel ils appartiennent, n'hésitent pas à se référer à un *restatement* dans l'exposé de leur jugement.

experts éventuels, selon les projets. Une fois arrêté, chaque segment de *restatement* est soumis au directeur de l'ALI qui décide si celui-ci est prêt pour être soumis au conseil. Puis le conseil, saisi du texte, formule ses observations et commentaires et accepte ou non le texte. Si le conseil estime que le texte n'est pas encore prêt, le rapporteur et

son équipe se remettent à l'ouvrage. Lorsque le segment du *restatement* est approuvé par le conseil, il est alors soumis à l'approbation des quatre mille membres de l'ALI réunis lors du congrès annuel.

Chaque étape est donc l'occasion de formuler des observations, des commentaires et des critiques sur le projet. Ce processus particulièrement long et stratifié doit permettre l'émergence d'un texte de qualité permettant l'adhésion d'une large majorité des membres de l'ALI. L'indépendance de l'ALI, organisation non gouvernementale, lui permet de se soustraire à toute pression conjoncturelle et politique. En outre, il est intéressant de noter que les dernières matières ouvertes au *restatement* comme celle de l'arbitrage commercial international ont amené l'ALI à s'ouvrir sur le monde tant sur ses objets d'études qu'en faisant participer des intervenants de juridictions étrangères, tels un magistrat australien²¹, un avocat canadien²² ou encore un professeur d'une université française²³.

Mais les *restatements* seraient restés une entreprise vaine et, pour le comparatiste, un objet de curiosité de peu d'intérêt, s'ils n'avaient pas fait l'objet d'applications jurisprudentielles. La force et l'importance des *restatements* résident dans le fait que les juges américains, quel que soit le degré de juridiction auquel ils appartiennent, n'hésitent pas à se référer à un *restatement* dans l'exposé de leur jugement. L'utilisation

20. Pour une présentation plus détaillée des travaux dirigés par le professeur Bermann, voir G. Bermann, *The American Law Institute goes global: The Restatement of International Commercial Arbitration*, à paraître dans le *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2010.

21. Hon. Justice John Eric Middleton, magistrat auprès de la Cour fédérale australienne.

22. E. Bruce Leonard, avocat associé au sein du cabinet Cassels Brock & Blackwell LLP.

23. Catherine Kessedjian, professeur des universités à l'université Paris II, Panthéon-Assas.

du *restatement* dans une décision de *common law* devient alors incongrue car elle semble contraire au principe du précédent.

En effet, le *common law* est traditionnellement fondé sur un raisonnement dit inductif. Le juge de *common law* se focalise sur les faits, puis procède à un examen détaillé de l'espèce à la lumière de toute la jurisprudence précédente qu'il est tenu de suivre. En chemin, il s'égare parfois dans de surprenantes considérations sociétales, philosophiques ou morales, avant de découvrir une règle qui l'amène naturellement à conclure dans un sens ou dans un autre. Pis encore, en cas de désaccord, les juges d'une même juridiction peuvent chacun émettre une opinion différente au regard de la même espèce, leur divergence de vue est alors révélée au grand jour et le justiciable doit s'incliner devant la loi de la majorité. Privé de la technique du syllogisme, le juge de *common law* doit donc s'appliquer à convaincre du bien-fondé de sa décision et a développé pour ce faire une certaine stylistique et un discours particuliers ²⁴.

De l'usage des *restatements*

L'utilisation par les juges américains d'un ou plusieurs *restatements* dans leur argumentaire semble alors contraster avec la technique du précédent dès lors qu'elle introduit un raisonnement déductif dans un jugement

à dominante inductive. Trois exemples permettront d'illustrer notre propos. Étudions tout d'abord une décision de droit anglais, système de *common law* qui ignore l'existence du *restatement* et dans laquelle la *House of Lords* procède à la découverte d'une règle. Nous citerons ensuite deux décisions américaines, l'une fondée sur une lignée de précédents et l'autre fondée sur un précédent et un *restatement*.

Premier exemple : résolution d'un litige en l'absence de précédent

Le point de départ d'une décision de *common law* est l'examen des faits et la recherche d'un précédent qui fait difficulté lorsque l'affaire est nouvelle. Un arrêt anglais célèbre de la *House of Lords* de 1932, rendu dans une affaire *Donoghue v Stevenson* ²⁵, démontre que le juge de *common law* n'hésite pas à exposer des considérations morales, voire religieuses, dans sa découverte de la norme. En l'espèce, le demandeur avait bu dans un bar le contenu d'une bouteille de bière au gingembre offert par un ami qui l'accompagnait. La bouteille opaque n'ayant pas permis au demandeur de s'apercevoir qu'il y avait des restes d'escargot décomposés dans sa boisson, il devait contracter une gastroentérite sévère et engager une action en responsabilité contre le fabricant. Avant cette décision de la *House of Lords*, le *common law* anglais avait pour principe établi que le fabricant d'un produit n'était res-

²⁴. Pour un exposé complet de la différence entre le jugement français et le jugement américain, voir A. Garapon et I.

Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003.

²⁵. *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562.

pensable qu'à l'égard de son contractant et non à l'égard des consommateurs.

Par conséquent, lord Atkin, en rédigeant la décision de la *House of Lords*, eut beaucoup de mal à justifier la règle adoptée par la majorité des juges statuant en l'espèce et n'hésita pas à invoquer la maxime judéo-chrétienne – selon laquelle chacun se doit d'aimer son prochain – pour arriver à dégager un principe de responsabilité du fabricant vis-à-vis du consommateur. Le principe ainsi établi fut le suivant : « le fabricant d'un produit, qui vend ce produit dans une forme telle qu'il démontre son intention d'atteindre le consommateur final, sans qu'un examen intermédiaire du produit ne soit possible et en étant conscient qu'un manquement de sa part pourra causer un dommage au consommateur, est redevable envers ledit consommateur d'une obligation de prudence »²⁶. Cette formulation qui peut paraître alambiquée à un juriste de droit civil illustre bien l'importance des faits dans le procédé d'élaboration de la règle qui, une fois découverte par le juge, demeure néanmoins rattachée aux faits de l'espèce.

Si *Donoghue v Stevenson* est une affaire si connue outre-Manche et outre-Atlantique c'est parce qu'il s'agit de l'arrêt fondateur, en droit anglais, de la responsabilité civile moderne.

26. Traduction de l'anglais (texte original) : « a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence

Deuxième exemple : résolution d'un litige en se fondant sur un précédent

En *common law*, la grande difficulté pour le lecteur d'un arrêt est d'établir quelle est la règle, le *ratio decidendi* dégagé par un arrêt. En effet, les décisions étant très longues et leur rédaction ne répondant pas à une mécanique systématique, telle que le syllogisme, il n'est pas toujours évident de distinguer la règle des considérations secondaires, *obiter dictum*, que le juge évoque en passant. Par ailleurs, le *ratio decidendi* est d'autant plus difficile à trouver lorsque plusieurs juges se sont prononcés dans le même sens mais pas sur le même fondement. En conséquence, si les faits d'un litige réclament l'application d'une règle découverte par un arrêt antérieur, le juge faisant application de cette règle aura pour mission première la reformulation de cette dernière. Or, il existe autant de reformulations possibles que de magistrats.

En outre, sur un plan méthodique, il existe au moins deux manières de reformuler un précédent. La première approche consiste dans la reprise de l'énoncé de la règle dégagée par le précédent cité. À l'inverse, la seconde approche ne retient que le résultat obtenu par le précédent cité et non la règle de droit. Bien que la première approche soit souvent privilégiée, les juges de *common law* n'hésitent pas à s'affranchir

of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care. »

de précédents ou à modifier ces derniers en utilisant la seconde approche. Les règles dégagées par la jurisprudence sont donc virtuellement illimitées et en mouvement constant ²⁷.

Dans l'état de New York, avant l'affaire *Thomas v. Winchester* ²⁸, la règle était la même qu'en Angleterre avant *Donoghue*. Dans cette affaire, suite à une négligence de sa part, le défendeur avait étiqueté une bouteille de poison comme étant une bouteille de médicament. Le consommateur de la bouteille achetée en pharmacie tomba gravement malade et assigna le fabricant en responsabilité. La cour réaffirma le principe selon lequel le fabricant n'est pas responsable vis-à-vis du consommateur mais « découvrit » une exception au principe lorsque, comme en l'espèce, le manquement reproché avait eu pour effet de mettre la vie du consommateur en danger.

Quelques années plus tard, dans un arrêt *MacPherson v. Buick Motor Co.* ²⁹, la Cour d'appel de New York, statuant sur la responsabilité du fabricant d'une voiture défectueuse dont l'avant s'était écroulé sur son conducteur, suite à l'éclatement des pneus avant, étendait la jurisprudence *Thomas v. Winchester* en se fondant sur le résultat retenu par celle-ci : la responsabilité du fabricant. En effet, l'opinion de la Cour rendue par le juge Cardozo retint que le produit

était dangereux sans relever une quelconque mise en danger de la vie du conducteur.

Troisième exemple : résolution d'une espèce en se fondant sur un précédent et sur un *restatement*

Dans l'arrêt *Selmo v. Baratono* ³⁰, le demandeur avait été victime d'un accident de la route. Une voiture accrochée par son pare-choc à un autre véhicule qui la tractait s'était détachée en pleine course du fait d'un défaut de fabrication de son pare-choc par lequel elle tenait. Le véhicule du demandeur fut violemment heurté et il exerça alors une action directe en responsabilité contre le fabricant du véhicule au pare-choc défectueux. Dans sa décision, la Cour d'appel du Michigan, après avoir repris brièvement la jurisprudence *MacPherson*, cita au soutien de son argumentation le *Restatement of Torts* en son article 395 ainsi rédigé :

« Le fabricant, qui manque à son devoir de prudence lors de la fabrication d'un bien meuble, qui, à moins d'être fabriqué de manière diligente, doit être reconnu comme exposant à un risque de dommage corporel, les utilisateurs faisant un usage normal de la chose, est responsable pour tout dommage corporel causé par cette chose dans son usage normal et légal » ³¹.

²⁷. M.A. Eisenberg, *The Principles of Legal Reasoning in the Common Law*, in *Common Law Theory*, edited by Douglas E. Edlin, Cambridge University Press, 2007.

²⁸. *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. 397 (1852).

²⁹. *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

³⁰. *Selmo v. Baratono*, 28 Mich.App. 217, 184 N.W.2d 367, Mich.App. 1970.

³¹. Traduction de l'anglais : « A manufacturer who fails to exercise reasonable care in the manufacture of a chattel which, unless carefully made, he should recognize as involving an unreasonable risk of causing substantial bodily harm to those who lawfully use it for a purpose for which it is manu-

Puis, la Cour d'appel du Michigan poursuit en indiquant que les faits avaient été valablement constatés et arrêtés en première instance par le jury et conclut à la responsabilité du fabricant.

Dans ce dernier arrêt, le *restatement* n'a pas joué le même rôle qu'un article du code, mais est venu au soutien de l'argument du juge américain, qui, en citant une règle d'ordre général et en l'appliquant aux faits tels qu'arrêtés par le jury, a su faire preuve d'un raisonnement déductif s'apparentant à un syllogisme. La logique alors utilisée par le juge américain diffère de l'évocation traditionnelle du précédent. Dans un système de *common law* sans *restatement*, la Cour d'appel du Michigan aurait dû reformuler la jurisprudence précédente applicable aux faits de l'espèce. Elle aurait alors pu reprendre les règles précédemment énoncées ou précédemment « découvertes » – première approche, ou aurait pu se focaliser sur les résultats précédemment obtenus par la jurisprudence pour élaborer une décision chargée d'une valeur normative nouvelle et créer ainsi un précédent – deuxième approche. Mais, en l'espèce, la Cour d'appel du Michigan n'a pas eu à discuter de la jurisprudence précédente, elle n'a eu qu'à la citer et à lui adjoindre l'article 395 du *Restatement of Torts*, lequel fut élaboré précisément à partir des jurisprudences passées et notamment celle de *MacPherson*.

Le *restatement* est donc une reformulation d'une jurisprudence passée, celle proposée

par l'ALI. D'une certaine manière, le *restatement* a figé l'interprétation que les cours ont pu faire de *MacPherson*. De l'évocation d'un précédent, la Cour d'appel du Michigan a glissé vers l'évocation d'un principe général qu'elle a appliqué aux faits de l'espèce. Le *restatement* a donc permis une économie de moyens à la cour, dans les deux sens du terme, puisque son évocation a permis de simplifier le travail d'identification du *ratio decidendi* de *MacPherson* et de venir en appui au fondement de la décision.

Depuis leur apparition, les *restatements* sont très fréquemment cités pour soutenir une argumentation, comme venant valider l'interprétation faite de la règle se dégageant d'une jurisprudence particulière. En l'espace d'un demi-siècle, les *restatements* se sont immiscés dans les décisions jusqu'à être également repris dans les décisions de la Cour suprême américaine. Même si aucune étude n'a été menée sur la fréquence à laquelle les *restatements* sont utilisés par les juridictions américaines, force est de constater que la reprise même du texte de certains *restatements* dans l'argumentaire du juge de *common law* témoigne d'un succès certain.

Pourquoi un tel succès ? Plusieurs explications peuvent être avancées. Tout d'abord, les *restatements* ont pour immense avantage de dégager des principes à un niveau de généralité qui permet au juge de *common law* d'y voir plus clair dans l'océan de jurisprudence que lui fournissent les parties au soutien de leurs prétentions. Mais égale-

factured and to those whom the supplier should expect to be in the vicinity of its probable use, is subject to liability for bodily

harm caused to them by its lawful use in a manner and for a purpose for which it is manufactured. »

ment, parce que, dès lors que les *restatements* sont élaborés par les trois grandes professions du droit réunies au sein de l'ALI, les juristes américains ont naturellement tendance à invoquer les principes dégagés par leurs pairs.

Les *restatements* seraient-ils, comme certains l'ont prétendu, le premier pas vers une codification du droit de *common law* aux États-Unis³² ? Les fondateurs de l'ALI avaient certes comme but l'amélioration de l'administration de la justice, mais celle-ci ne pouvait passer que par la défense de leur système de *common law*. L'on retrouve d'ailleurs chez les plus vaillants soutiens aux projets de l'ALI les plus virulents opposants de la codification³³.

Le *restatement* serait-il alors une tentation *irrésistible* de toute communauté juridique de systématiser la pensée du droit en axiome, en loi quasi-mathématique dont la logique implacable devrait avoir pour fonction de s'imposer au justiciable ? Rien n'est moins sûr. En effet, il n'est pas anodin de voir que la pratique des *restatements* s'est développée aux États-Unis uniquement et non pas dans les autres pays de *common law*. Il est vraisemblable que le fédéralisme du système

américain et l'existence d'autant de *common law* que d'états donnent au *restatement* le rôle d'une langue juridique véhiculaire permettant à chacun de se retrouver³⁴. Le fédé-

Dès lors que les *restatements* sont élaborés par les trois grandes professions du droit réunies au sein de l'ALI, les juristes américains ont naturellement tendance à invoquer les principes dégagés par leurs pairs.

}

ralisme américain se traduit en effet par une répartition des compétences très largement décentralisées³⁵ au bénéfice des états. Le droit fédéral n'est constitué que par un nombre de matières limitativement énumérées par la Constitution américaine telle qu'interprétée par la Cour suprême des États-Unis. Cette dernière n'est compétente qu'en matière fédérale et constitutionnelle³⁶, le droit relevant de la compétence de chaque état ne fait donc l'objet d'aucune unification. Dans ce contexte, on comprend mieux pourquoi une organisation comme l'ALI a vu le jour aux États-Unis. À travers son travail de reformulation du droit positif américain, l'ALI se place au-dessus des différences étatiques et tente de reformuler le droit tel qu'il est ou devrait être dans la

32. M. Rheinstein, *Leader Groups in American Law*, in 38 *University of Chicago Law Review* (1971).

33. S. Williston, *Written and Unwritten Law*, 17 *American Bar Association Journal*, (1931).

34. De même, le juriste français pourrait s'étonner d'apprendre qu'aux États-Unis le concours d'admission au barreau compte, parmi ses épreuves, une journée de QCM sur un droit virtuel, puisqu'il s'agit de tester les étudiants sur leur connaissance des grandes règles partagées par la majorité des états, souvent dans des formes différentes. Ce corpus juridique complètement fictif permet toutefois de s'assurer que chacun des avocats du pays partage un langage, une logique commune.

35. Le terme de décentralisation, auquel il est fait recours, trahit l'eurocentrisme de l'auteur de cette chronique. En effet, il ne faut pas oublier qu'aux États-Unis le pouvoir fédéral est issu d'une soumission volontaire des états à l'autorité de la fédération, et que ce n'est pas l'État fédéral qui a distribué un pouvoir qu'il aurait détenu avant les états, mais plutôt les états qui ont délégué à la fédération un certain nombre de compétences.

36. Pour un exposé détaillé du contrôle de constitutionnalité de la Cour suprême américaine, voir P. Legrand, « Comment les juges de la Cour suprême des États-Unis (se) fabriquent des constitutions : à propos de l'affaire Heller », les Cahiers de la justice, n° 2010/1, p. 87.

majorité des états. Ce faisant, l'ALI participe à une entreprise d'unification du droit et, à tout le moins, au rapprochement des divers droits nécessaire au respect du prin-

À travers son travail de reformulation du droit positif américain, l'ALI se place au-dessus des différences étatiques et tente de reformuler le droit tel qu'il est ou devrait être dans la majorité des états.

cipe d'égalité entre les justiciables. Les autres travaux de l'ALI, que sont l'édition de *Principles*³⁷ et celle de *Model Codes*³⁸, s'inscrivent également dans cette démarche d'unification.

Toutefois, il faut garder à l'esprit que l'utilisation des *restatements* par les juridictions américaines est purement facultative. Le juge n'a recours au *restatement* que s'il le souhaite. Ainsi, dans l'exemple de l'affaire *Selmo*, la Cour d'appel du Michigan était libre de ne pas recourir au *restatement* et de procéder à sa propre reformulation de la jurisprudence passée pour dégager la règle de droit applicable aux faits de l'espèce.

« Car je est un autre »³⁹

Limiter notre exploration à la découverte du *restatement* américain comme technique

juridique trans-étatique serait méconnaître l'apport essentiel du droit comparé : celui du miroir révélateur⁴⁰.

Dans les trois exemples que nous avons évoqués, en lieu et place des efforts plus ou moins remarquables déployés par les juges de *common law* pour identifier la norme applicable, le juge français n'aurait eu qu'à évoquer l'article du code civil sur les vices cachés, la responsabilité du fait des choses ou les produits défectueux. Il aurait ensuite articulé un syllogisme et une décision alors évidente se serait imposée. Le juge français n'a en effet aucun besoin de passer par une opération de reformulation. Le raisonnement syllogistique fondé sur l'énonciation d'une majeure, puis d'une mineure, pour tirer une conclusion semble être diamétralement opposé au jugement de *common law*. Le syllogisme donne l'impression de soumettre le juge au droit et renvoie à la caricature que faisait Montesquieu du juge comme « bouche de la loi ». Mais la mécanique du jugement n'en est pas pour autant plus simple.

La rigueur du syllogisme n'est en vérité qu'illusoire⁴¹. Avant de mettre en place son syllogisme, le juge français doit choisir les prémisses. Ce choix est essentiel tant dans la formulation de la majeure – la règle de droit – que de la mineure – les faits.

37. L'ALI travaille notamment à l'édition de principes généraux dans les domaines suivants : le droit du commerce international (*Principles of Law of World Trade*), le droit des contrats de logiciel (*Principles of the Law of Software Contracts*), la gouvernance d'entreprise (*Principles of Corporate Governance*).

38. L'ALI a notamment participé activement à l'édition du code de commerce uniforme (*Uniform Commercial Code*) adopté partiellement ou adapté par les différents états des États-Unis.

39. Titre emprunté au célèbre mot d'Arthur Rimbaud dans sa lettre à Paul Demeny en date du 15 mai 1871.

40. J. Spurk, « Les comparaisons internationales comme méthode sociologique », in *Comparer les droits, résolument*, op. cit.

41. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre Magnan, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, La logique juridique.

De même que le juge anglais donne une importance particulière aux faits de l'espèce pour les rapprocher d'une jurisprudence connue, le juge français doit choisir les faits pertinents et parfois procéder à une qualification des faits, qui détermine l'issue du litige. Dans cet exercice, le juge français dispose d'un grand pouvoir, puisque c'est à lui d'établir si les preuves sont suffisantes et les présomptions établies. En outre, dans la qualification qu'il retient des faits de l'espèce, le juge prend nécessairement position dès lors que, une fois qualifiés, les faits présupposent une certaine solution.

Mais la liberté du juge français s'exerce également au niveau de la règle de droit. Dans ce domaine, le « syncrétisme juridique » est appelé à intervenir⁴² et le juge doit parfois faire preuve d'intuition pour identifier la règle applicable. En outre, le juge est bien obligé d'interpréter la loi voire de statuer quels que soient son silence ou son obscurité sous peine de se rendre coupable d'un déni de justice. C'est dans ce rôle de juge-interprète que les choix des prémisses de la majeure s'expriment. Il y a donc un véritable « va-et-vient du fait au droit » qui a fait dire à la doctrine que le juge français procède parfois à un syllogisme « inversé », « ascendant » ou « régressif »⁴³... un juriste de *common law* aurait dit « inductif ».

C'est ce qui fait dire à Mitchel Lasser que la différence entre système de tradition civiliste et de *common law* n'est pas si grande.⁴⁴ Le juge de *common law* ne ferait dans sa décision qu'exposer au justiciable l'intégralité de sa pensée alors que le juge français n'en présenterait que le résultat. Le prisme du syllogisme civiliste fonctionnerait un peu comme un « sur-moi juridique » qui n'existerait pas ou presque en *common law*. L'existence et l'utilisation des *restatements* abondent dans le sens d'un discours relativisant les différences qui opposent tradition civiliste et *common law*. L'étude des *restatements* permet, à tout le moins, de mettre en lumière que l'hypotético-déductivité chère au raisonnement syllogistique n'est jamais parfaite en droit.

Toutefois, l'étude des *restatements* américains permet également de mettre en lumière une autre manière de penser le droit. Dans la tradition civiliste, la place centrale du syllogisme empêche de concevoir l'exercice de juger comme une reformulation quelconque, le juge *dit* le droit, il ne le reformule pas. Pourtant, l'œuvre de la jurisprudence des juridictions françaises, parfois créatrice de droit, peut se concevoir comme une certaine reformulation de la norme. Dès lors, les *restatements* et l'ALI bientôt centenaire pourraient inspirer les juristes de tradition civiliste qui, en comparaison de leurs homologues américains,

42. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, n° 55, p. 52 et s.

43. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre Magnan, *Traité de droit civil : Introduction générale*, op. cit.

44. Voir, entre autres, M. Lasser, *Autoportraits judiciaires : le discours interne et externe de la Cour de cassation*, Les Cahiers de l'IHEJ, Langages de justices, octobre 1994.

peuvent paraître plus fermés aux autres disciplines. À l'instar de l'ALI qui sollicite actuellement Henrik Horn, professeur d'économie de l'université de Stockholm pour mener les travaux d'élaboration de principes de droit du commerce international (*Principles of World Trade Law*)⁴⁵, la communauté juridique de tradition civiliste

Ainsi, le juge américain n'a recours qu'occasionnellement à un raisonnement syllogistique, lorsqu'il choisit d'évoquer les *restatements* au soutien du fondement de sa décision.

pourrait associer des experts venus de disciplines différentes lorsqu'elle entreprend de réformer son droit.

*
* *

En somme, les *restatements* sont un point de contact, un pont, entre tradition civiliste et tradition de *common law*. En laissant apparaître le besoin de rationalisation du juriste américain, ils permettent à la fois de mettre en lumière les similitudes du raisonnement juridique entre deux traditions trop souvent perçues comme schématiquement opposées, et de prendre conscience des subtilités culturelles qui les différencient. Sur chaque rive, l'accessibilité et la clarté du droit sont les objectifs essentiels vers lesquels tendent chaque système judiciaire et tous leurs acteurs. Les

moyens utilisés pour parvenir à une bonne administration de la justice diffèrent et, pour les comprendre, il faut prendre en compte les différences culturelles de ces systèmes. Ainsi, le juge américain n'a recours qu'occasionnellement à un raisonnement syllogistique, lorsqu'il choisit d'évoquer les *restatements* au soutien du fondement de sa décision. L'autorité de celle-ci n'en est pas pour autant amoindrie car elle est revêtue de la force des précédents antérieurs quant à la norme invoquée et de l'intervention du jury quant aux faits retenus.⁴⁶

Mais les *restatements* sont aussi, pour le juriste américain, un moyen d'organiser la jurisprudence inter-étatique par grand domaine du droit et d'œuvrer au rapprochement – pour ne pas dire unification – des droits sur le territoire américain. De même, en proposant une formulation extrêmement lisible du droit américain, les *restatements* ont permis un accès plus facile à leur système juridique par les juristes étrangers.⁴⁷

Le comparatiste, souvent à la recherche de transposition des techniques juridiques étrangères dans son propre système, pourrait alors voir dans les *restatements* un moyen original à l'harmonisation des droits européens. En particulier, le débat animé autour de l'harmonisation du droit privé et la charge symbolique que constituerait

⁴⁵. Pour plus d'informations sur ce projet, et la consultation des travaux préparatoires, se référer au site de l'ALI : www.ali.org.

⁴⁶. A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003, Chapitre VIII, Le jugement : syllogisme ou opinion ?

⁴⁷. K. H. Nadelmann, *Nécrologie – William Drapper Lewis*, RID comp., 1949, vol. 1, n° 4, p. 439-440.

l'élaboration d'un code civil européen employée s'apparentait à celle du *restatement*.⁴⁸
pourraient peut-être laisser place à une
réflexion constructive si la technique

48. C.U. Schmid et A. Chamboredon, *Pour la création d'un « Institut européen du droit ». Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique trans-nationale en Europe*, RID comp., 2001, vol. 53, n° 3, p. 685-708.

Le parquet général de la Cour de cassation : état des lieux

La question de la détermination de la place et des modalités d'interventions du parquet général de la Cour de cassation dans le processus d'élaboration des arrêts de la Cour est ancienne, complexe et délicate.

Il convient de rappeler liminairement la nature et les fonctions particulières du parquet général de la Cour de cassation¹ : « Sa dénomination semble le rattacher à la cohérence d'une structure pyramidale du parquet, dont il se situerait à la tête. En réalité, le procureur général et les membres du parquet général de la Cour de cassation ne sont ni au sommet d'une hiérarchie, pour ne disposer d'aucune compétence en matière d'action publique et d'aucune autorité sur les parquets placés auprès des juridictions du fond, ni soumis à l'autorité du garde des Sceaux (...) Les avocats généraux sont indépendants du procureur général, qui n'a d'autre pouvoir que de les affecter dans une chambre. Leurs fonctions sont très différentes de celles des magistrats du parquet dans les juridictions du fond. Ils ne soutiennent pas l'accusation devant les chambres, même devant la chambre criminelle, puisque ce sont uniquement des décisions qui sont attaquées. Selon la loi, l'avocat général rend des avis sur les pourvois, dans l'intérêt de la loi et du bien commun, et éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir. (...) »

Traditionnellement, l'avocat général était étroitement associé à l'élaboration et au contrôle du travail du conseiller rapporteur. En particulier, il avait accès à l'intégralité des travaux de celui-ci, c'est à dire le rapport présentant le pourvoi, la note dans laquelle le conseiller donne son avis et le projet d'arrêt. Il participait ensuite à la « conférence » (séance préparatoire au cours de laquelle le président de chambre et les doyens examinent et orientent les dossiers prêts à être jugés) et assistait au délibéré. Cette proximité lui permettait d'élaborer ses avis en pleine connaissance de cause. Toutefois, la position centrale qu'il occupait, outre qu'elle suscitait certaines réserves parmi les conseillers, a donné lieu, à la fin des années quatre-vingt-dix, à plusieurs requêtes soumises à la Cour européenne des droits de l'homme par des justiciables invoquant l'article 6 de la Convention, et dirigées contre la Belgique, dont la Cour de cassation est proche du modèle français, et la France, tant pour le « commissaire du gouvernement » au sein du Conseil d'Etat que pour l'avocat général à la Cour de cassation. La jurisprudence de la cour de Strasbourg a été l'occasion d'une séparation nette des travaux du siège et du parquet général, les membres de ce dernier ne disposant plus que du rapport du conseiller rapporteur pour préparer leurs conclusions. Cette réorganisation a été réalisée dans un climat difficile dont les traces ne sont pas totalement effacées.

Plusieurs éléments intervenus depuis lors doivent être signalés : les effectifs du parquet général ont été substantiellement augmentés² ; le recrutement d'anciens conseillers référendaires a renforcé la compétence du parquet général ; la loi du 18 novembre 2016 a introduit à l'article L. 432-1 du code de l'organisation judiciaire (COJ) une nouvelle définition, plus large, de l'office du parquet général, ainsi formulée : « Il rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la cour sur la portée de la décision à intervenir » ; la première présidente et le procureur général actuellement en fonction ont conjointement œuvré à la

¹ La citation qui suit est extraite d'une interview du procureur général près la Cour de cassation, François Molins, publiée le 9 décembre 2020 sur Dalloz actualités.

² 24 avocats généraux en 2002, 56 aujourd'hui (avocats généraux et avocats généraux référendaires), et 224 magistrats du siège.

modification des pratiques pour augmenter les saisines concomitantes de l'avocat général et du conseiller rapporteur, faire connaître à l'avocat général certaines des observations de la conférence sur les projets d'arrêt, permettre la présence de l'avocat général lors de la séance d'instruction prévue pour le traitement des dossiers relevant du circuit approfondi, créer des espaces numériques partagés de documentation, ou encore préconiser l'organisation de réunions de concertation associant siège et parquet dans chaque chambre. La commission constate que ces éléments renforcent les moyens du parquet général et invitent à une coopération plus étroite entre ses membres et les magistrats du siège.

La commission observe cependant que subsistent de part et d'autre des sentiments d'insatisfaction et d'inachèvement. Les magistrats du siège ne contestent pas l'indépendance des avocats généraux mais un certain nombre d'entre eux estiment que le mode de fonctionnement actuel ne permet pas de tirer pleinement profit de leurs contributions. Les avocats généraux ont l'impression de ne pas être mis en mesure d'apporter une aide efficace et se sentent marginalisés. Des différences d'organisation du travail des uns et des autres suscitent des incompréhensions.

Ayant relevé que les juridictions supérieures étrangères et européennes n'étaient pas toutes dotées d'une institution comparable à celle du parquet général, la commission s'est interrogée sur son utilité. Après en avoir débattu, éclairée par l'expérience de plusieurs de ses membres, elle a estimé que cette fonction, exercée de façon approfondie et dans des conditions qui en permettent la pleine expression, peut-être d'un grand profit pour la Cour de cassation.

Sur ce point, la commission a examiné deux modèles d'organisation fonctionnant bien mais difficilement transposables.

En premier lieu, le Conseil d'Etat dispose de « rapporteurs publics » très bien insérés dans l'institution, au sein de laquelle ils disposent de prestige et d'influence. Ils sont étroitement associés à toutes les étapes de préparation des décisions, car ils sont considérés comme participant à la fonction de juger, et sont largement suivis par les formations délibératives. Cependant, ce modèle est difficilement transposable à la Cour de cassation. Sur le plan institutionnel, d'abord, les rapporteurs publics sont des maîtres des requêtes ou des conseillers d'Etat comme leurs collègues qui délibèrent sur les affaires et sont désignés par le vice-président. Ce modèle, appliqué à la Cour de cassation, entraînerait la disparition du parquet général par rattachement des avocats généraux au siège. Cette modification en profondeur de la structure de la Cour de cassation est intellectuellement concevable. Néanmoins, la commission estime que la nature d'une telle réforme et ses conséquences potentielles vont au-delà de la mission qui lui a été confiée. Elle retient surtout que la logique des systèmes est différente : la présence attentive d'abord, active ensuite du rapporteur public pendant et après l'instruction de l'affaire lui permet d'aider ses collègues à opérer un choix parmi tous les éléments examinés et à insérer leurs décisions dans un développement harmonieux et cohérent de la jurisprudence administrative. Mais placé dans cette position interne, il ne constitue pas à proprement parler le regard extérieur et possiblement original que l'avocat général peut être pour la Cour de cassation.

En second lieu, la Cour de justice de l'Union européenne comporte un corps d'avocats généraux qui peut faire penser à l'organisation du parquet général. Nommés selon la même procédure que les juges, ils déposent, à l'issue de l'audience, des conclusions de grande qualité, que les juges examinent attentivement et dont il n'est pas rare qu'ils suivent l'orientation, en tout ou en partie. Toutefois, même s'ils sont associés aux différentes phases de la procédure, ces avocats généraux travaillent de façon autonome, disposant comme les

juges de référendaires de haut niveau. L'un d'entre eux est élu, par ses pairs et pour trois ans, en qualité de premier avocat général pour organiser le fonctionnement du groupe mais il n'y a ni procureur général, ni parquet général.

A l'issue de ces travaux, la commission a estimé qu'il n'entraînait pas dans sa mission d'appeler à des transformations radicales mais que, pour que le parquet général de la Cour de cassation apporte les avantages qu'on peut en attendre, il convenait d'améliorer l'articulation entre les travaux des avocats généraux et ceux des conseillers. Elle a en conséquence formulé, dans le rapport, les quelques suggestions qu'elle pensait utiles au regard de cet objectif.

Création d'un service d'appui aux magistrats de la Cour de cassation

Doter la Cour de cassation d'un solide service d'appui aux magistrats est une mesure d'une portée considérable, qui changera profondément la situation de cette juridiction, en renforçant son efficacité, sa fiabilité et son attractivité. On peut considérer qu'elle constitue l'une des propositions les plus importantes émises par la commission, non seulement en raison de son intérêt intrinsèque, mais aussi parce qu'elle est à même de permettre le déploiement effectif de plusieurs autres suggérées dans son rapport final.

Malgré quelques progrès, la plupart des magistrats dans les juridictions françaises travaillent de façon très solitaire et ne bénéficient du soutien d'aucun collaborateur. Qu'il s'agisse de la logistique ou des éléments intellectuels nécessaires à leurs fonctions, ils effectuent seuls de nombreuses tâches dont ils pourraient être déchargés ou pour lesquelles ils pourraient être assistés.

Même si la Cour de cassation est mieux dotée que beaucoup de juridictions du fond, la situation n'y est pas significativement différente sur ce point. Depuis longtemps, les premiers présidents successifs ont envisagé de faire évoluer les méthodes de travail à cet égard et les nombreux rapports qui ont étudié les mesures susceptibles d'améliorer le fonctionnement de la Cour ont exploré cette voie. Malgré cela, aucune suite concrète ne leur a jamais été donnée et la Cour n'est toujours pas dotée d'un véritable service d'appui aux magistrats ayant pour mission d'apporter une aide concrète et permanente aux membres de la Cour.

Pourtant, si le soutien de collaborateurs est d'un grand profit pour les juges quelques soient leurs fonctions, les spécificités de la Cour de cassation y rendent cette mesure particulièrement nécessaire. Elle apporterait à brève échéance de nombreuses améliorations au fonctionnement de la Cour. Toutefois, son efficacité dépend de choix organisationnels déterminants.

Placée dans une position centrale, au cœur de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation doit satisfaire à de fortes exigences : traiter un nombre important de pourvois, en l'absence de mécanisme de filtrage ; assurer une parfaite sécurité juridique, pour effectuer le contrôle de légalité qui lui incombe ; développer une analyse large, prospective et pluridisciplinaire des contentieux importants afin d'élaborer une politique jurisprudentielle cohérente, adaptée à la complexité des questions qui lui sont soumises et apte à susciter l'adhésion de ses différents auditoires.

Cette mission composite incombe à des magistrats qui, à plusieurs égards, sont placés dans une situation ne facilitant pas la réalisation de ces objectifs.

Tout d'abord, contrairement à l'organisation qui prévaut au Conseil d'Etat, la Cour de cassation recrute ses membres parmi les magistrats des juridictions du fond. Dès leur arrivée, ils sont dans l'obligation de se former à un « nouveau métier ». A ce titre, deux aspects doivent être signalés.

En premier lieu, les questions à traiter sont posées à la Cour sous une forme codifiée très particulière, connue sous l'expression de « technique de cassation ». Ce système, qui offre l'avantage de la rigueur et de la précision, se présente au premier abord sous un aspect abscons et comporte des exigences méthodologiques et rédactionnelles propres à désarçonner ceux qui ne l'ont jamais utilisé. Pratiqué avec un grand savoir-faire par les avocats aux conseils, dont il constitue l'outil de base, appliqué avec rigueur par ceux des membres de la Cour de cassation qui en ont une maîtrise forgée par le temps, mise en œuvre par les chambres avec des nuances qui sont parfois significatives, son apprentissage peut relever autant de l'épreuve intellectuelle que du rite initiatique. Les conseillers qui n'ont pas fait antérieurement un premier passage à la Cour de cassation en qualité de conseiller référendaire et les nouveaux conseillers référendaires sont donc soumis à un rude apprentissage pendant lequel leurs efforts consistent d'abord à décrypter les pourvois et à maîtriser la rhétorique subtile par laquelle ils pourront y répondre.

En second lieu, en plus de la maîtrise de cette technique, il leur faut se hisser au plus haut niveau de compétence dans le domaine juridique qui leur est attribué, afin de pouvoir préparer des rapports et des projets d'arrêt faisant autorité. Au-delà de ce domaine, ils doivent développer les connaissances nécessaires pour délibérer utilement dans tous les contentieux traités par la section à laquelle ils sont affectés. Or ce droit peut être nouveau pour eux et, même s'ils l'ont déjà pratiqué dans les juridictions du fond, cela est rarement suffisant pour devenir immédiatement les arbitres reconnus de toutes les difficultés juridiques qu'il recèle.

Il est habituellement estimé qu'un conseiller est pleinement opérationnel à l'issue d'une période d'apprentissage de deux ans, cette durée variant selon sa connaissance préalable de la technique de

cassation (c'est à dire s'il a été antérieurement conseiller référendaire) et la complexité des matières qu'il a à traiter.

Ensuite, et ce point se conjugue avec la nécessité d'apprendre un nouveau métier, les conseillers et les conseillers référendaires ont une période d'emploi relativement courte à la Cour de cassation. Le Conseil Supérieur de la Magistrature a conscience de la nécessité de nommer de « jeunes » conseillers, comme le souhaite la première présidente, mais cette politique se heurte à des obstacles statutaires et à des contraintes de gestion. La durée théorique de la période d'activité des conseillers, entre leur prise de fonction et l'âge limite d'activité fixé à soixante-sept ans, est actuellement de six ans¹. Au surplus, un nombre croissant d'entre eux quittent leurs fonctions avant cette limite d'activité et très peu demandent le maintien en activité en surnombre jusqu'à soixante-huit ans que leur permet l'article 76-1-1 de l'ordonnance statutaire. Quant aux conseillers référendaires, ils ne peuvent rester à la Cour plus de dix ans et certains reviennent vers les juridictions du fond avant l'expiration de ce délai.

Sachant qu'en outre, les mois qui précèdent le départ des uns et des autres est consacré à terminer les dossiers qui leur ont été confiés, on doit constater que le temps pendant lequel ils sont pleinement opérationnels est limité.

Enfin, les méthodes de travail des conseillers à la Cour de cassation sont artisanales.

Un conseiller doit traiter un nombre important de dossiers. Il reçoit chaque semaine ceux qui lui sont attribués (la « distribution » dans le langage de la Cour) et doit veiller à ne pas laisser s'accumuler un retard qui peut devenir rapidement irrattrapable. Dans ce contexte, une affaire complexe est perçue à la fois comme un défi intellectuel stimulant et comme un risque de ralentissement de l'activité. L'exigence d'exhaustivité des recherches et d'approfondissement de la réflexion se conjuguent parfois difficilement avec la gestion du stock.

Cette tension est renforcée par le fait que l'instruction des pourvois est un travail solitaire : le conseiller effectue lui-même ses recherches, il oriente seul sa réflexion, il rédige de nombreux rapports, notes et projets. Il peut, bien sûr, demander conseil à un collègue mais expliquer le détail d'une difficulté juridique peut être long et l'interlocuteur est lui-même absorbé par ses propres tâches. Le travail devient collectif lors des délibérations. Mais si elles apportent un enrichissement évident, celui-ci intervient après coup.

Avant qu'il puisse arriver au cœur de la décision qu'il doit présenter, une partie importante de son temps est occupé par une période de décantation du dossier, comprenant lecture des pièces, recherches, puis exposition écrite des questions posées. Ces étapes préalables mobilisent son temps et ses compétences, réduisant d'autant la part faite au cœur de ses fonctions : choisir l'orientation qu'il proposera pour répondre aux moyens soulevés par le pourvoi.

Ces modes d'organisation et de fonctionnement comportent de sérieuses conséquences pour la Cour de cassation.

Elles limitent sa capacité de production, rendant difficile la conciliation entre la gestion du stock et la qualité du traitement des dossiers. Cette gestion qu'il assume seul, devient pour le conseiller un souci prégnant. Combinée avec le formalisme de la technique de cassation, elle peut le pousser à adopter une approche étroite de son office, traitant le pourvoi dans une démarche de « cruciverbiste juridique ».

Elles fragilisent la sécurité juridique. Ce long apprentissage, cette rotation rapide des conseillers laissant subsister peu de praticiens expérimentés, cette pression du stock et ce travail solitaire peuvent créer un risque d'approximation, voire d'erreur juridique. Or la Cour de cassation est la gardienne de l'interprétation et de l'application du droit. Toute erreur de sa part est susceptible d'avoir de graves conséquences.

Le contrôle de rigueur juridique de la production de la Cour s'exerce à trois niveaux : d'abord les doyens de section, qui reçoivent et vérifient les projets d'arrêt, au vu du dossier et du rapport. Cette tâche minutieuse est particulièrement lourde et exige d'eux un investissement considérable. Ensuite, les présidents de chambre portent une grande attention aux travaux préparatoires des arrêts. Mais, responsables du fonctionnement de la chambre sous tous ses aspects, présidant souvent plusieurs

¹ Des départs anticipés étant très probables au regard des comportements actuels, la durée réelle sera vraisemblablement inférieure. La durée moyenne de service des conseillers ayant quitté la Cour de cassation en 2019 était de 3,28 années. Pour les départs intervenus en 2020, cette durée moyenne était de 8 ans. Le petit nombre de magistrats à partir duquel ces chiffres sont calculés (respectivement 7 et 8) explique cette forte variation. Néanmoins, la tendance à des périodes courtes de service est manifeste.

sections, impliqués dans de nombreuses activités de réflexion et de représentation, ils sont également lourdement chargés. La délibération de la chambre constitue l'ultime contrôle. Cet examen est effectué de façon approfondie par le président et les doyens en formation restreinte ; s'y ajoute, lorsque l'affaire est soumise à la formation de section, la participation active des conseillers au délibéré. Les avis des avocats généraux contribuent également à cette vigilance. Soumis à une rude tension, ce dispositif peut laisser passer une erreur, heureusement très rare, et abrège matériellement le temps nécessaire pour une réflexion élargie.

Elles limitent l'attractivité des fonctions.

Le prestige et l'intérêt qui s'attachent aux fonctions de conseiller à la Cour de cassation sont indéniables.

Cependant les facteurs examinés ci-dessus comportent un risque d'érosion de leur attractivité. Quitter les juridictions du fond, où l'on exerce des fonctions comportant de grandes responsabilités, que l'on maîtrise bien, dans un environnement professionnel très vivant, au contact direct des réalités locales n'est pas toujours un choix facile. Prendre cette décision en acceptant de se retrouver dans un statut d'apprentissage, avec l'obligation d'assimiler rapidement des savoir-faire nouveaux, de traiter des dossiers complexes sans aide intellectuelle et matérielle peut être vu comme une vocation monacale que tous n'ont pas.

Ces circonstances se traduisent par la plus grande fréquence de départs anticipés mentionnée plus haut et par la difficulté que rencontrent les autorités de nomination pour déceler parmi les candidats ceux qui présentent un profil adapté à ces fonctions particulières.

La mise en place d'un service d'appui aux magistrats permettrait d'améliorer considérablement le fonctionnement de la Cour.

Trois objectifs principaux sont à attendre de cette réforme : décharger les magistrats de tâches qui peuvent être déléguées dans le cadre d'un contrôle attentif ; renforcer la sécurité juridique ; contribuer à développer « l'intelligence collective » de la juridiction.

Des assistants, recrutés en nombre suffisant, par des procédures rigoureuses, parmi de jeunes juristes bien formés, motivés et dynamiques, permettent de créer un solide pôle de travail et de compétence aux côtés des magistrats. Ce profil correspond aux « juristes assistants », tels que définis par l'article L123-4 du code de l'organisation judiciaire, qui dispose :

« Des juristes assistants sont institués auprès des juridictions. Peuvent être nommées en qualité de juristes assistants auprès des magistrats des tribunaux judiciaires et des tribunaux de première instance, des cours d'appel ainsi qu'à la Cour de cassation les personnes titulaires d'un diplôme de doctorat en droit ou sanctionnant une formation juridique au moins égale à cinq années d'études supérieures après le baccalauréat avec deux années d'expérience professionnelle dans le domaine juridique et que leur compétence qualifie particulièrement pour exercer ces fonctions. Ces juristes assistants sont nommés, à temps partiel ou complet, pour une durée maximale de trois années, renouvelable une fois. Ils sont tenus au secret professionnel et peuvent accéder aux dossiers de procédure pour l'exercice des tâches qui leur sont confiées. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article. »

Ceux-ci sont capables d'assimiler très vite la technique de cassation, n'ayant pas, comme les conseillers, une longue pratique de méthodes différentes. Recrutés spécifiquement en considération des besoins de la chambre au sein de laquelle ils sont destinés à travailler, ils y apportent des connaissances juridiques complètes, adaptés et actuelles.

Concrètement, trois types de tâches pourraient leur être confiées :

- Sous l'autorité d'un ou plusieurs magistrats expérimentés, ils procéderaient à l'orientation des pourvois vers les différents circuits de traitement. Ils soulageraient ainsi les conseillers d'une opération de tri longue et peu gratifiante.

- Pour les dossiers les plus simples, ils établiraient des fiches de proposition de rejet du pourvoi ou des suggestions de cassation. Ainsi, chaque conseiller, agissant par délégation du président de chambre, pourrait prendre un arrêt de rejet dans un nombre important de ces affaires, en se fondant sur ces fiches et au vu des dossiers. Son contrôle pourrait le conduire à demander des compléments d'information ou d'analyse et à nouer un dialogue avec l'assistant ayant étudié l'affaire.

- Pour les dossiers soumis aux formations délibératives, les assistants agiraient auprès des conseillers rapporteurs et des doyens. Ils aideraient les conseillers rapporteurs en faisant une note sur le

dossier, contenant des recherches approfondies de jurisprudence et de doctrine, des analyses sur les enjeux de l'affaire et les débats qu'elle soulève, ainsi que tous autres renseignements utiles. Sur la base de ces informations, qu'il pourrait faire compléter selon ses besoins, le rapporteur entrerait directement dans l'appréciation du bien-fondé du pourvoi. Tous les éléments fournis au rapporteur seraient mis à disposition, sous forme numérique, de l'ensemble des membres de la formation de jugement. Ces derniers pourraient ainsi faire connaître au rapporteur des observations qu'ils estimeraient pertinentes. Ils seraient ainsi mis en mesure de participer de façon plus éclairée aux délibérations. Les assistants apporteraient également leur aide aux doyens dans l'examen des projets d'arrêt et dans l'établissement et l'enrichissement des « retours de conférence », également diffusés à tous les membres de la formation de jugement.

Les magistrats seraient ainsi libérés de tâches lourdes, qui ne seraient pas négligées mais déléguées. Ils seraient disponibles pour se concentrer sur la réflexion, enrichie par un travail préparatoire solide fourni par les assistants. Ils disposeraient d'éléments d'analyse juridique dont la connaissance est indispensable mais dont la collecte est longue et fastidieuse. L'ensemble de ces travaux seraient largement partagés par la formation de jugement, enrichissant ainsi le débat collectif.

Il faut observer en outre que les assistants, en contribuant à l'élaboration d'une « mémoire » des chambres et en aidant les nouveaux conseillers à se familiariser avec la technique de cassation atténueraient les effets d'une rotation parfois trop rapide des conseillers.

Le succès de la mise en place d'un service d'appui aux juges exige des orientations claires, une organisation rigoureuse et une culture de travail adaptée.

Un choix s'impose entre plusieurs modèles différents d'organisation.

Le premier consiste à doter chaque juge d'un ou plusieurs assistants. Dans sa forme la plus caractéristique, ce modèle permet au juge de recruter lui-même ses assistants ou, à tout le moins, de les choisir sur une liste d'aptitude. Le lien personnel entre juges et assistants est très fort : ensemble, ils forment une « équipe », marquée par l'*intuitu personae*, dont l'entente est essentielle. Même si les relations avec l'extérieur sont riches, c'est autour du juge que s'organise et se déroule le travail. L'illustration topique de ce modèle est fournie par les « référendaires » placés auprès des juges et des avocats généraux à la Cour de justice de l'Union européenne et par les « *law clerks* » qui entourent les juges fédéraux américains, en particuliers à la Cour suprême.

Cette formule assure un niveau de compétence, d'efficacité et d'engagement d'autant plus remarquable que ces juridictions sont prestigieuses, que le statut dont bénéficient les assistants est favorable et que la mention de ces fonctions enrichit leur *curriculum vitae* professionnel. Toutefois, elle présente des limites : elle développe une autonomie des « cabinets » qui fait peu de place à des possibilités de gestion partagée des charges de la juridiction ; multipliant les effectifs, elle convient à des cours comportant peu de juges ; elle est budgétairement couteuse.

Le deuxième modèle consiste à créer un « *pool* » d'assistants permettant de rassembler une force de travail et de compétence mise à la disposition des juges selon leurs besoins. Les assistants ne sont plus attachés à un juge mais viennent vers lui pour l'aider à réaliser des tâches données. Il n'y a plus de « cabinet » autour des juges mais le lien entre ceux-ci et les assistants se crée autour des dossiers, notamment ceux pour lesquels le juge a été désigné comme rapporteur. C'est selon ce principe que fonctionne la Cour européenne des droits de l'homme.

Le grand avantage de cette formule tient à la mutualisation des compétences et des disponibilités, qui permet une adaptation souple aux besoins et une gestion des effectifs très réactives. En revanche, le lien entre juges et assistants est moins étroit et le contrôle de l'activité de chaque assistant doit être organisé de façon adaptée.

Il existe un troisième modèle, formule intermédiaire combinant un groupe d'assistants au service des juges et la mise à disposition de chacun d'eux d'un assistant particulier. C'est le choix fait par la Cour internationale de justice à La Haye. Ce type d'organisation oblige à une délimitation délicate entre les compétences du groupe d'assistants et celles des assistants attachés à chaque juge.

Le nombre de membres de la Cour de cassation et les contraintes matérielles, tenant aux exigences immobilières et budgétaires, ainsi que le nombre et la variété des pourvois suggèrent de recourir au deuxième type de structure mentionné ci-dessus.

Sans entrer dans les détails, il faut souligner que la qualité et la pertinence de cette organisation est capitale pour tirer pleinement bénéfice d'un service d'appui aux conseillers.

Les assistants doivent être recrutés, encadrés, soutenus et contrôlés de façon suivie et attentive, conformément à des règles et procédures clairement établies. Leur nombre doit être fixé selon des ratios réalistes mais suffisants pour leur permettre de fournir une aide significative. Leur installation matérielle doit être fonctionnelle. Il convient de leur assurer un statut matériel et moral valorisant et de faire en sorte que leur passage à la Cour favorise la suite de leur vie professionnelle.

La direction de ce service d'appui aux juges doit être pensée de façon à conjuguer l'uniformité de la gestion du groupe des assistants et l'adaptation de leurs activités aux besoins des chambres. Il faut donc construire une organisation qui, placée sous l'autorité de la première présidence, équilibre de façon fine et efficace centralisation et délégation. A ce titre, une distinction peut être faite entre la gestion des ressources humaines (fonction RH), assurant un suivi administratif unifié, et la direction fonctionnelle des assistants, opérée au niveau des chambres.

Enfin, les membres de la Cour de cassation devront acquérir une culture adaptée à ce nouveau type de travail. Certains ont déjà une expérience du travail collectif avec des collaborateurs. Pour d'autres, ce peut être une découverte pour laquelle il est bon qu'ils soient aidés. De nombreux aspects interpersonnels sont à prendre en compte : déterminer la nature et l'importance de l'aide qui peut être demandée, trouver le mode de relation humaine et professionnelle à créer avec les assistants, connaître l'amplitude des responsabilités qui doivent ou peuvent leur être confiées, etc. Tout cela doit être débattu, préparé et aménagé de façon permanente.

C'est une nouvelle communauté de travail qui est à construire. Sa création et son succès donneraient une impulsion exceptionnelle à la Cour de cassation.

Etat des lieux sur la question la modulation dans le temps des décisions de la Cour de cassation

Par un arrêt du 8 juillet 2004, la Cour de cassation a décidé pour la première fois d'écarter, dans une instance en cours, l'application du revirement qu'elle venait de consacrer ; la solution a été confirmée par l'assemblée plénière le 21 décembre 2006.

Depuis lors, la Cour de cassation use de la faculté qu'elle s'est accordée de moduler dans le temps les effets de ses revirements de jurisprudence avec parcimonie, les conditions étant restrictives (I).

Les modalités se sont progressivement précisées (II).

I. Les conditions de la modulation

Le principe demeure celui de la rétroactivité de la jurisprudence (A) et la modulation n'est admise que de manière limitée (B).

A/ Le principe de la rétroactivité de la jurisprudence

Selon des attendus classiques, la Cour de cassation décide que :

- « *la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* » (1^e Civ., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-11.982, *Bull.* 2000, I, n° 97) ou que
- « *l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* » (1^e Civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14.564, *Bull.* 2001, I, n° 249).

Cette solution persiste. On notera d'ailleurs que la faculté pour la Cour de cassation de moduler dans le temps les effets de ses décisions n'est pas formellement consacrée par les textes.

En particulier, elle n'a pas été envisagée lors de l'adoption de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, qui a élargi les pouvoirs de la Cour de cassation en lui permettant de mettre fin aux litiges en statuant au fond.

La Cour de cassation continue de juger que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée ([1^e Civ., 12 novembre 2020](#), pourvoi n° 19-16.964, publié au bulletin).

Dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure, elle a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir mis à la charge d'un médecin une obligation de résultat en matière d'infection nosocomiale, en vertu d'un revirement de jurisprudence, bien qu'il ne fût, au moment des faits,

tenu que d'une obligation de moyens (1^e Civ., 11 juin 2009, pourvois [n° 08-16.914](#) et [07-14.932](#), 2 arrêts, publiés au bulletin, *Bull.* 2009, I, n° 124)

Elle a encore énoncé, pour rejeter un moyen contestant l'application au litige d'une prescription qui n'était pas celle en vigueur lors de l'engagement de l'action, que « *les exigences de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime invoquées pour contester l'application d'une solution restrictive du droit d'agir résultant d'une évolution jurisprudentielle, ne sauraient consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante, dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit* » (2^e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 03-14.717, *Bull.* 2004, II, n° 361 ; voir également : Soc., 28 janvier 2004, [pourvoi n° 02-40.173](#) et [pourvoi n° 02-14.174](#), 2 arrêts ; voir également, dans le même sens : [Com. 20 avril 2017](#), pourvoi n° 15-21.930 ; [Soc., 22 septembre 2010](#), pourvoi n° 09-40.968, *Bull.* 2010, V, n° 191).

La solution de principe est identique en matière pénale, la chambre criminelle rappelant que « *le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle* » ([Crim., 30 janvier 2002](#), pourvoi n° 01-82.593, *Bull. crim.*, n° 16).

B/ Les dérogations au principe de rétroactivité de la jurisprudence

La Cour de cassation recourt à la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, en matière civile, afin d'éviter l'application rétroactive de règles procédurales nouvelles lorsqu'elle priverait un requérant de son droit d'accès au juge (A) et, en matière pénale, dans un souci de bonne administration de la justice (B).

En matière civile

La question de la conformité à la Constitution de la rétroactivité de la règle prétorienne a été indirectement soumise au Conseil constitutionnel au sujet de la notion d'entreprise publique au sens de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986.

Mais, d'une part, l'arrêt de la Cour de cassation *Frantour* ([Soc., 6 juin 2000](#), pourvoi n° 98-20.304, *Bull.* 2000, V, n° 216) énonçait pour la première fois une définition, mais ne constituait pas à proprement parler un revirement. Et, d'autre part, le fait pour le demandeur de ne pas être soumis à une obligation légale n'était pas un droit acquis dont il pouvait se prévaloir.

Aussi le Conseil constitutionnel a-t-il décidé que « *l'interprétation que la Cour de cassation a retenue de la notion "d'entreprise publique" figurant à l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 n'a pas porté atteinte à une situation légalement acquise* » ([Cons. const., décision 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques](#), cons. 10).

A contrario, il est cependant permis de considérer que le changement d'interprétation d'une disposition légale pourrait, le cas échéant, porter atteinte à une situation légale acquise d'une manière contraire à la Constitution.

En pratique, la Cour de cassation n'envisage la modulation que si le revirement a pour effet de priver le justiciable de son droit d'accès au juge ou de son droit d'exercer un recours.

Elle a encore récemment rappelé que la sécurité juridique « *ne peut faire obstacle à l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, dès lors que [la partie qui s'en prévaut] n'a pas été privée du droit à l'accès au juge* » ([1^e Civ., 3 février 2021](#), pourvoi n° 19-10.669, publié au bulletin ; voir également : [2^e Civ., 18 avril 2019](#), pourvoi n° 17-21.189, publié au bulletin).

L'arrêt fondateur a été rendu au sujet de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Ayant dit pour droit que les actions civiles fondées sur une atteinte à la présomption d'innocence commise par l'un des moyens visés à l'article 23 se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité en sorte que, contrairement à ce qu'avait jugé la cour d'appel, le demandeur doit réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée, elle a cependant ajouté :

« 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 » ([Plén., 21 décembre 2006](#), pourvoi n° 00-20.493, *Bull.* 2006, Ass. Plén., n° 15 ; [2^e Civ., 8 juillet 2004](#), pourvoi n° 01-10.426, *Bull.* 2004, II, n° 387).

Dans le même sens, la Cour de cassation, lorsqu'elle a modifié les règles de recevabilité du pourvoi en cassation formé contre certains arrêts rendus en matière de redressement ou de liquidation judiciaire, a expressément écarté l'application de la règle nouvelle dans l'instance en cours, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, afin de préserver l'accès au juge de cassation ([Com., 13 novembre 2007](#), pourvoi n° 05-13.248, *Bull.* 2007, IV, n° 243).

Plus récemment, elle a décidé que le revirement de jurisprudence relatif à la compétence pour connaître de l'appel des décisions en matière de pratiques restrictives de concurrence ne pouvait s'appliquer à un justiciable qui ne pouvait ni connaître, ni prévoir, à la date à laquelle il a exercé son recours devant la cour d'appel de Paris, la nouvelle règle jurisprudentielle limitant le pouvoir juridictionnel de cette cour, sauf à le priver d'un procès équitable ([Com., 21 mars 2018](#), pourvoi n° 16-28.412, *Bull.* 2018, IV, n° 33).

Elle fait à l'occasion référence à un contrôle de proportionnalité « restreint » : « *si la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste* » ([1^e Civ., 6 avril 2016](#), pourvoi n° 15-10.552, publié au bulletin).

Une simple atteinte au droit au juge ne suffit pas : il faut que le justiciable soit privé d'accès au juge ou privé de recours.

La Cour de cassation applique ainsi sans restriction dans le temps le principe de concentration des moyens, même si le justiciable ne pouvait pas prévoir la règle nouvelle et se trouve donc privé de la possibilité d'invoquer de nouveaux moyens ([Com., 12 novembre 2008](#), pourvoi n° 08-10.138).

En matière pénale

S'agissant de textes de procédure, la chambre criminelle de la Cour de cassation se fonde sur « *l'objectif, reconnu par le Conseil constitutionnel, d'une bonne administration de la justice, qui commande que la nouvelle interprétation qui en est donnée n'ait pas d'effet rétroactif* ».

La Cour de cassation indique ainsi sur son site internet que « *le revirement de jurisprudence comporte un risque particulier dans le domaine de la procédure pénale, celui de fragiliser des procédures qui avaient été régulièrement menées en application de la jurisprudence antérieure, alors même que la recherche et la poursuite des auteurs d'infractions constitue un objectif légitime au regard des droits et libertés garantis* ».

Par trois arrêts du 19 octobre 2010, la chambre criminelle a déclaré contraire à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le régime français de la garde à vue de droit commun, pour des motifs identiques à ceux relevés par le Conseil constitutionnel (Cons. const., décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*).

Elle a, toutefois, reporté les effets des règles nouvelles, dont l'application immédiate aurait porté « *atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice* », décidant qu'elles prendraient effet « *lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011* » ([Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.306, pourvoi n° 10-82.902](#) et [pourvoi n° 10-85.051](#)).

Depuis lors, la chambre criminelle a jugé, dans le même sens, que, si « *toute juridiction qui prononce une peine d'amende, y compris en matière contraventionnelle, doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges* », « *l'objectif, reconnu par le Conseil constitutionnel, d'une bonne administration de la justice, commande que la nouvelle interprétation qui est ainsi donnée à des dispositions de procédure n'ait pas d'effet rétroactif, de sorte qu'elle ne s'appliquera qu'aux décisions prononcées à compter du présent arrêt* » ([Crim., 30 mai 2008](#), pourvoi n° 16-85.777, publié au bulletin ; voir également, pour la motivation des périodes de sûreté facultatives ou excédant la durée prévue de plein droit : [Crim., 10 avril 2019](#), pourvoi n° 18-83.709, publié au bulletin).

La solution ne peut être étendue aux revirements sur l'interprétation d'un texte de fond, à raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

La France a ainsi été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en 2006 au profit d'un justiciable condamné, du chef de construction sans permis, pour avoir poursuivi les travaux en dépit de la suspension de son permis de construire par le juge administratif.

La Cour de Strasbourg a jugé que, « *même en tant que professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale* » ([CEDH, 10 octobre 2006, Pessino c. France](#), req. 40403/02, § 36).

La Cour de cassation, statuant sur réexamen, en a tiré les conséquences en cassant purement et simplement l'arrêt déféré sur le pourvoi initialement rejeté ([Plén., 13 février 2009](#), pourvoi n° 01-85.826, *Bull.* 2009, Ass. Plén., n° 1), sans envisager un revirement pour l'avenir.

Le juge ne peut, fût-ce pour l'avenir, incriminer un comportement qui n'est pas clairement prohibé par la loi pénale.

Ainsi, la chambre criminelle a récemment décidé que l'interprétation nouvelle de la loi pénale, conduisant à admettre qu'une société absorbante soit condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération, constituait un revirement de jurisprudence et ne pouvait « *s'appliquer aux fusions antérieures à la présente décision sans porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont il résulte que tout justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef* » ([Crim., 25 novembre 2020](#), pourvoi n° 18-86.955, publié au bulletin).

La solution est d'autant plus intéressante que le revirement s'appuyait sur un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne de 2015 (CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados SA c/ Autoridade para as Condições de Trabalho*, aff. C-343/13), à la suite duquel la Cour de cassation avait, dans un premier temps, maintenu sa jurisprudence.

II. Les modalités de la modulation

Se pose la question de savoir qui suggère la modulation (A) et qui la décide (B).

A/ Qui suggère la modulation ?

La demande peut tout d'abord être suggérée par le défendeur au pourvoi, qui cherche à échapper aux effets du revirement sollicité par le pourvoi.

On peut également concevoir qu'elle soit demandée, sous la forme d'un moyen de cassation, par le demandeur au pourvoi qui s'est vu appliquer par les juges du fond la solution d'un revirement antérieur et qui demande à la Cour de cassation d'en moduler les effets. Il arrive en effet que la Cour de cassation module les effets dans le temps d'un précédent revirement ([Com., 26 octobre 2010](#), pourvoi n° 09-68.928, *Bull.* 2010, IV, n° 159).

La modulation peut enfin être relevée d'office, sur la proposition du rapporteur ou la suggestion de l'avocat général.

On peut souligner, à cet égard, que, depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dite *J21*, l'article L. 432-1 du code de l'organisation judiciaire dispose que le parquet général « *éclaire la cour sur la portée de la décision à intervenir* », ce qui pourrait lui conférer un rôle particulier pour éclairer la Cour de cassation sur la nécessité d'une modulation.

Dans tous les cas, la modulation doit donner lieu à une discussion contradictoire entre les parties. Le groupe de travail consacré à la question des revirements de jurisprudence, présidé par le professeur Nicolas Molfessis, qui a remis son rapport au premier président de la Cour de cassation le 30 novembre 2004, suggérait que la modulation soit précédée d'une demande aux parties de leurs observations, sur le modèle de l'article 1015 du code de procédure civile. La discussion contradictoire instaurée par l'article 1015, initialement limitée aux moyens relevés d'office, s'est successivement élargie au rejet du pourvoi par substitution de motifs, à la cassation sans renvoi, et à la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au litige en statuant au fond.

Il ne vise certes pas explicitement la modulation des effets dans le temps, mais il est permis de se demander si l'on ne se trouve dans l'hypothèse d'un rejet du pourvoi par substitution de motifs, dès lors que la thèse du pourvoi est accueillie, mais que le pourvoi est néanmoins rejeté.

Quoi qu'il en soit, le respect du principe du contradictoire s'impose, même sans texte spécial, dès lors qu'il est envisagé de refuser au justiciable le bénéfice de la solution qu'il a sollicitée et dont le bien-fondé est reconnu.

B/ Qui décide de la modulation ?

C'est la formation saisie du pourvoi qui prononce l'éventuelle modulation des effets de sa décision dans le temps. Son appréciation ne relève pas d'une formation spéciale. Il s'agira le plus souvent d'une formation de section, d'une plénière de chambre, voire d'une chambre mixte ou d'une assemblée plénière, dès lors qu'on se trouve dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence.

La Cour de cassation pourrait demander, le cas échéant, l'éclairage d'un *amicus curiae* sur la portée du revirement envisagé (article L. 431-3-1 du code de l'organisation judiciaire, issu de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, *J21*). L'arrêt devra être publié pour que tout un chacun soit informé non seulement du changement de la règle prétorienne, mais de sa date d'effet.

On mesure toute l'ambiguïté du revirement pour l'avenir par rapport à l'office du juge et la prohibition des arrêts de règlement : le juge de cassation énonce une règle qu'il n'applique pas au litige, mais dont il annonce qu'il l'appliquera à l'avenir...

A l'avenir, mais selon quelles modalités transitoires ?

Lorsque la Cour de cassation module un revirement en matière civile, c'est en général à l'égard du seul requérant, en justifiant qu'elle ne s'applique pas « *dans l'instance en cours* ».

Savoir si le revirement a vocation à s'appliquer dans une autre instance est alors affaire d'interprétation. Il convient de rechercher, au cas par cas, si l'application du revirement conduirait à priver le justiciable d'accès au juge.

Plus rarement, la Cour de cassation adopte une formulation générale, véritable « disposition transitoire » : « *l'application immédiate d'une telle règle de procédure dans les instances introduites par un pourvoi dont le mémoire en demande aurait dû être signifié avant le 5 juillet 2012, date du présent arrêt, aboutirait à interdire aux demandeurs aux pourvois l'accès au juge, partant à les priver d'un procès équitable* » ([1^e Civ., 5 juillet 2012](#), pourvoi n° 11-18.132 , *Bull.* 2012, I, n° 157).

En matière pénale, c'est une formulation abstraite et générale qui prévaut.

La chambre criminelle a précisément défini l'application dans le temps du nouveau régime de la garde à vue ; et s'agissant de l'obligation de motivation pesant sur le juge, elle précise qu'elle ne s'applique qu'aux « *décisions rendues à compter du présent arrêt* » (cf. *supra*).

**Projet de protocole de communication relatif aux affaires
relevant d'une question d'intérêt public majeur**

- Une fois l'affaire repérée, saisine du service de communication.
- Schéma du traitement de l'affaire arrêté (notamment choix du circuit, possibilité ou non de séance(s) d'instruction, dates des audiences, date du délibéré, ...) entre le président de chambre, le doyen, le rapporteur et l'avocat général ; information de la première présidence.
- Réunion entre le service de communication, le président de chambre, le conseiller chargé de communication de la chambre et le cas échéant le rapporteur ainsi que l'avocat général : élaboration d'une stratégie de communication pour cette affaire ; un espace est réservé à l'affaire sur le site internet.
- Lors du point presse (tous les deux mois) entre le chargé de communication de la chambre et le pool de journalistes spécialisés sur le secteur concerné (économique, social, société, etc...), ces derniers sont informés de l'arrivée de cette affaire dans la chambre, des questions juridiques ou de sociétés qu'elle paraît poser à ce stade, des délais de traitement envisagés ... cette information sera actualisée tout au long du traitement de l'affaire ; information de l'AFP.
- Une audience de mise en état associant les avocats aux Conseils et l'avocat général est organisée.
- Plusieurs audiences programmées sont annoncées avec le nom et la qualité des intervenants à la presse et sur le site internet.
- Les audiences sont filmées par la Cour de cassation selon des normes arrêtées dans le cadre d'un règlement intérieur de la Cour et les images sont mises à disposition des agences de presse.
- Le jour du rendu de la décision le président lit un court communiqué expliquant la solution retenue par la Cour. Il est filmé et les images sont mises à disposition des agences de presse. De brefs extraits font l'objet de messages sur tweeter ou sur Instagram ; si nécessaire une conférence de presse est organisée afin de répondre aux questions des journalistes ; des contenus pouvant être publiés sous forme écrite ou vidéo sont réalisés en avance pour être publiés en même temps que la décision.
- Le plateau de la webtélé de la Cour de cassation accueille des spécialistes issus de la société civile et les journalistes spécialisés qui ont suivi l'ensemble du processus afin d'organiser un échange sur la portée de la décision ; le cas échéant des conseillers ou avocats généraux peuvent participer à ces débats dans une optique d'explicitation de la décision.
- Le communiqué de presse est mis en ligne en version anglaise le jour du rendu de la décision. L'arrêt est ensuite traduit au moins en anglais et en espagnol et, en fonction des affaires, dans une autre langue et placée sur le site internet de la Cour.
- Une communication est envoyée dans leurs langues aux cours suprêmes européennes par le biais du réseau des Cours suprêmes. Il en est de même avec les autres Cours qui pourraient être intéressées.
- La décision est incluse avec un commentaire dans la *Lettre* des chambres.
- Un conseiller de la chambre est chargé de la communication sur cette décision. Il sera le point de contact, en relation avec le président et le doyen, avec la doctrine voire les commissions des lois des assemblées parlementaires si celles-ci veulent des précisions pour préparer un futur texte.

Liste des personnes auditionnées

Ces personnes ont été auditionnées par la commission en son entier ou par une délégation. En outre, le président Potocki a rencontré les présidents de chambre et les premiers avocats généraux. Ont également été auditionnés les représentants des organismes qui ont adressé à la commission une contribution écrite spontanée (Syndicat de la magistrature, Conseil national des barreaux).

- **Julie Alix**, professeur à l'Université de Lille, membre du Conseil scientifique de la Mission de recherche Droit et Justice (21 janvier 2021)
- **Georges Bergounous**, membre commun aux trois formations du CSM, ancien directeur du service des affaires juridiques de l'Assemblée nationale (1^{er} février 2021)
- **Odette-Luce Bouvier**, conseillère à la Cour de cassation (délégation du Syndicat de la magistrature) (17 mai 2021)
- **Justice Stephen Breyer**, juge à la Cour suprême des Etats-Unis (12 mars 2021)
- **Catherine Brouard-Gallet**, conseillère d'Etat en service extraordinaire
- **Guy Canivet**, premier président honoraire de la Cour de cassation (27 novembre 2020)
- **Charruault Christian**, président de chambre honoraire, bureau d'aide juridictionnelle établi près la Cour de cassation
- **Jean-Denis Combrexelle**, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat (21 octobre 2020)
- **Pascale Deumier**, professeur, Université Jean Moulin Lyon 3 (22 octobre 2020)
- **Dineke de Groot**, présidente de la Cour suprême des Pays-Bas (18 mars 2021)
- **Mireille Delmas-Marty**, professeur honoraire au Collège de France (12 février 2021)
- **Laurent Fabius**, président du Conseil constitutionnel (13 janvier 2021)
- **Bernard Fau**, avocat (délégation du Conseil national des barreaux) (22 avril 2021)
- **Frédérique Ferrand**, professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3 (19 novembre 2020)
- **Ian Forrester**, ancien juge britannique au Tribunal de l'Union européenne (18 mars 2021)
- **Guillaume Fradin**, chef du service de la communication de la Cour de cassation (28 janvier 2021)
- **Antoine Garapon**, magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la Justice (10 septembre 2020)
- **Jérôme Gavaudan**, avocat, président du Conseil National des Barreaux (22 avril 2021)

- **Geoffrey Grandjean**, professeur chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Liège (21 janvier 2021)
- **Didier Guérin**, membre de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du siège, président de chambre honoraire à la Cour de cassation (1^{er} février 2021)
- **Fatima Halla**, secrétaire générale adjointe de la première présidence de la Cour de cassation (26 mai 2021)
- **Jean-Louis Halpérin**, professeur d'histoire du droit à l'École normale supérieure (21 janvier 2021)
- **Liora Israël**, sociologue du droit et de la justice, directrice d'études de l'EHESS (19 novembre 2020)
- **Jean-Paul Jean**, président de chambre honoraire à la Cour de cassation (28 juillet 2020)
- **Bruno Lasserre**, vice-président du Conseil d'Etat (21 octobre 2020)
- **Pascal Le Luong**, secrétaire général de la première présidence de la Cour de cassation (26 mai 2021)
- **Florence Marguerite**, conseillère référendaire à la Cour de cassation
- **Yannick Meneceur**, magistrat détaché au Conseil de l'Europe et chercheur associé à l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (22 janvier 2021)
- **Nils Monserrat**, secrétaire national du Syndicat de la Magistrature (17 mai 2021)
- **Julie Mouty-Tardieu**, conseillère référendaire à la Cour de cassation (délégation du Syndicat de la magistrature) (17 mai 2021)
- **Bruno Pireyre**, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (25 février 2021)
- **Sébastien Platon**, professeur à l'Université de Bordeaux (19 novembre 2020)
- **Isabelle Pouey**, membre de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet, substitut général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence (1^{er} février 2021)
- **Denis Salas**, magistrat, président de l'Association française pour l'histoire de la justice (4 février 2021)
- **Alain Smetryns**, président de section honoraire à la Cour de cassation de Belgique (22 février 2021)
- **Jean-Michel Sommer**, président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation (24 février 2021)
- **Alain Supiot**, professeur au Collège de France (18 décembre 2020)

- **Jean-Paul Sudre**, membre de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet, avocat général à la Cour de cassation (1^{er} février 2021)
- **Françoise Tulkens**, professeur à l'Université de Louvain-la-Neuve, ancien juge à la CEDH (1998 – 2012) (19 novembre 2020)
- **Régis Vanhasbrouck**, membre de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du siège, premier président de la cour d'appel de Lyon (1^{er} février 2021)



Commission de réflexion Cour de cassation 2030

Audition de Justice Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des Etats-Unis

12 mars 2021

La Commission s'est interrogée sur la transposition éventuelle à la situation française et, en particulier, à la Cour de cassation de certaines idées développées par Justice Breyer dans son ouvrage *La Cour suprême, le droit américain et le monde*¹. Aussi, les thématiques suivantes ont été abordées :

- Les grandes tendances juridiques et internationales de 2030 (a)
- La protection de l'Etat de droit (b)
- Le principe de sécurité juridique (c)
- La légitimité des Cours suprêmes (d)

a) Les grandes tendances juridiques et internationales de 2030

Quelles pourraient être, à votre sens, les grandes tendances de l'environnement juridique et international en 2030 ? Et quels rôles pourraient être amenés à jouer, dans le contexte de la mondialisation, les cours suprêmes nationales et régionales ?

Face à la multiplication des normes et des contentieux internationaux, Justice Breyer a identifié trois voies susceptibles d'être empruntées par les juges des Cours suprêmes.

D'une part, les juges peuvent être amenés à rappeler le moyen d'interprétation des traités internationaux. A titre d'exemple, Justice Breyer s'est appuyé sur les enjeux de l'interprétation de la Convention de la Haye sur la protection des enfants² dans un monde où les mariages internationaux sont de plus en plus nombreux. L'interprétation des traités est donc nécessairement vouée à évoluer. Aussi, il appartient aux juges de garantir l'interprétation la plus juste du traité à la lumière des évolutions sociétales.

D'autre part, les juges peuvent être invités à confronter leur propre pratique avec les pratiques étrangères. Justice Breyer a notamment³ illustré cette seconde voie par un contentieux relatif aux droits d'auteur. Dans cette affaire, les copies en cause étaient produites en Thaïlande et vendues

¹ Stephen Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, préface de Guy Canivet, ed. Odile Jacob, 2015

² Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

³ Justice Breyer s'est également appuyé sur les contentieux anti-fraude en matière mobilière.

aux États-Unis, soulevant ainsi un conflit de lois. Cette décision était très attendue car elle était susceptible de produire des effets dans de nombreux pays pour une valeur de 3 milliards de dollars. A cet égard, la Cour suprême a reçu des dizaines de mémoires en provenance des Etats et de personnes physiques et morales indiquant leurs différents points de vue. Justice Breyer considère que cette pratique des *amicus curiae* est d'une grande aide pour éclairer sur les enjeux d'une affaire et qu'elle doit être encouragée.

Enfin, les juges peuvent être amenés à appréhender de nouveaux accords, qui ne sont ni des traités internationaux, ni des lois nationales revêtant des aspects internationaux. On assiste en effet à une inflation de ces accords, adoptés de façon formelle et informelle, sous l'influence des régulateurs internationaux⁴. Néanmoins, ces accords ne sont pas toujours connus et leur statut n'est pas clairement établi, ce qui peut poser au juge des difficultés.

b) La protection de l'Etat de droit

Dans un monde où la démocratie libérale est remise en cause, une « Cour supérieure » nationale a-t-elle un rôle spécifique pour protéger les valeurs qui en constituent le fondement ?

Les Cours suprêmes ont un rôle essentiel dans la protection de l'Etat de droit et de ses valeurs. Le juge est en effet le premier gardien de ces principes. A cet égard, Justice Breyer a rappelé que les Cours suprêmes doivent garantir la protection des parties faibles qui ont besoin de sécurité juridique.

A ce titre, quelle part doit-elle prendre dans la défense de l'Etat de droit et quelle conception du droit et de ses méthodes d'élaboration cela implique-t-il ?

Les affaires controversées et médiatiques sont une véritable problématique pour la Cour suprême des Etats-Unis. En effet, les juges se rendent progressivement compte du fossé susceptible de se creuser entre le contenu des décisions et leur retranscription dans la presse. Ainsi, les médias peuvent constituer un prisme déformant par la mauvaise compréhension des décisions de justice.

A cette incompréhension des décisions s'ajoute une méconnaissance de l'office du juge. Aux États-Unis, la presse présente les juges de la Cour suprême comme des politiciens de grade inférieur (car non élus). Or, la fonction de juge ne revient ni à appliquer de façon automatique un principe, ni à faire de la politique. Les juges sont au contraire de réels praticiens. Cette conception erronée de l'office de juge est problématique car elle remet en cause l'autorité des juges et de leurs décisions. Aussi, c'est précisément lorsque les citoyens ne respectent pas les décisions judiciaires que l'Etat de droit se trouve menacé.

Justice Breyer souligne que c'est aux juges qu'il appartient de convaincre les justiciables de respecter les fondements de l'Etat de droit. Ce processus passe plus particulièrement par la communication des juges sur leurs décisions, une motivation claire des décisions mais aussi par l'éducation de l'ensemble des citoyens.

⁴ Par exemple, les accords de Bâle

c) Le principe de sécurité juridique

Dans le monde complexe dans lequel nous vivons, pensez-vous que le principe de « sécurité juridique », qui est souvent considéré par les observateurs comme l'une des missions des cours suprêmes soit encore pertinent ? A défaut, peut-il ou doit-il être remplacé par un autre principe ?

Le principe de sécurité juridique n'existe pas en tant que tel aux Etats-Unis. Cette idée renvoie au principe selon lequel le droit ne doit pas évoluer trop vite. Le juge doit donc parvenir à un juste équilibre entre un droit qui n'évolue jamais et un droit qui évolue trop vite. La sécurité juridique est cruciale pour les justiciables qui doivent pouvoir s'appuyer sur des normes prévisibles. Un droit qui changerait trop vite les empêcherait de réaliser leurs projets (propriété, vie familiale...). A l'inverse, une interprétation trop stricte des textes empêcherait des évolutions nécessaires, comme l'abolition de l'esclavage par exemple. C'est ce qu'on appelle aux États-Unis le *stare decisis*, c'est-à-dire le devoir du juge de respecter les décisions rendues par le passé sans s'y conformer avec une trop grande rigidité. En tout état de cause, il appartient au juge d'expliquer pourquoi il s'est légèrement écarté de la décision ultérieure.

d) La légitimité des Cours suprêmes

Quelle vision de l'office du juge cette « Cour supérieure » doit-elle promouvoir ? Comment peut-elle renforcer sa légitimité afin d'asseoir l'autorité de ses décisions participant à des orientations sociétales, à côté des autorités politiques, en évitant autant que possible le reproche récurrent, si français, de « gouvernement des juges » ? Peut-on soutenir qu'à côté de la légitimité électorale des politiques, qui est première, existe une légitimité juridictionnelle, qui en constitue un complément nécessaire au service de la démocratie ? Quels sont les fondements de cette légitimité juridictionnelle ?

Face aux critiques, les juges des Cours suprêmes doivent motiver clairement leurs décisions en tenant compte de la diversité des auditoires. Les juges doivent également trouver des compromis lors des délibérations et, pour les Etats-Unis, après avoir pris connaissance des opinions dissidentes. Se pose dès lors la question de la rédaction de l'opinion dissidente. Il ne s'agit pas seulement de montrer son désaccord, mais de l'expliquer auprès des citoyens pour qui les opinions dissidentes sont importantes. Selon Justice Breyer, leur absence signifierait pour les citoyens américains que les juges ne disent pas toute la vérité sur l'affaire.

De plus, Justice Breyer a souligné l'importance de l'enseignement auprès des étudiants de tout niveau. Il est important que les étudiants aient une bonne compréhension de l'office du juge qui ne se limite pas à appliquer mécaniquement des textes. En effet, ce n'est que par ce travail d'éducation que les étudiants pourront participer pacifiquement aux affaires du pays et donc respecter les fondements de l'Etat de droit. Ce travail revient néanmoins aux enseignants et non pas aux juges.

**Contribution aux travaux de la commission
sur l'évolution de la Cour de cassation à l'horizon 2030
Audition du 27 novembre 2020**

**Guy Canivet
Premier président honoraire de la Cour de cassation
Ancien Membre du Conseil constitutionnel**

Préalable

Je suis honoré que votre commission ait souhaité m'entendre, mais je dois commencer en relativisant l'intérêt de ma contribution. J'ai quitté la Cour de cassation depuis plus de 13 ans, ma vision est d'autant plus lointaine que l'institution a beaucoup changé durant ce délai où trois premiers présidents se sont succédé. Le seul avantage de cette position distanciée, voire décalée, serait le recul. Quant à l'expérience, durant les huit années de présidence, j'ai tenté quelques réformes plus ou moins abouties, ce que j'ai à en dire a peu de valeur dans un contexte très différent du début des années 2000. Je me bornerai donc à échanger avec vous quelques vaines idées sur la méthode de penser l'évolution de l'institution, sans avancer de propositions précises.

Introduction

Pour cette raison, il m'a semblé nécessaire d'organiser cette audition à partir d'une idée structurante. J'ai cru la trouver en lisant la lettre de mission qui vous saisit ; elle semble attendre de vos travaux une sorte d'aggiornamento consistant à mettre la Cour en phase avec les évolutions acquises ou prévisibles de la société. Quelle serait alors la logique du changement : adaptation, ajustement, recherche de consensus, ouverture au monde, modernisation, prévision, anticipation, scénario futuriste,... ? Aujourd'hui, certains courants de pensée influents considèrent que les grandes questions économiques et sociétales ne peuvent être abordées qu'à travers le prisme de l'innovation. S'est ainsi développée dans les sciences économiques et sociales, comme dans la politique des organisations internationales, une théorie de l'innovation qui en définit le contenu, en indique la méthode, en détermine les conditions et en sublime les enjeux.

Si le modèle de l'innovation a d'abord émergé dans le champ économique pour être appliqué à l'entreprise, il a progressivement été transposé au secteur public avec le concept « d'innovation sociale », qui désigne la reconnaissance par le pouvoir politique d'un besoin social et l'acceptation d'une solution novatrice par l'administration publique pour la réalisation d'une mission essentielle de l'État en satisfaisant des préoccupations citoyennes. Sont alors en mouvement, dans le secteur public, des forces inédites qui tendent au renouvellement des connaissances, de l'organisation, de la gestion, des compétences et des processus. En résumé est proposée une nouvelle manière d'aborder des problèmes anciens en discontinuité radicale avec les schémas habituels de pensée dans les institutions publiques.

L'innovation institutionnelle opère donc par des modifications radicales des structures, des techniques et des routines de mise en œuvre des politiques publiques. Bien que ce nouveau courant de la science politique porté par les grandes organisations internationales et relayé par

l'Etat n'ait guère encore pénétré la justice, la Cour de cassation, en tant que composante du service public judiciaire, ne devrait cependant pas échapper à cette remise en cause des pratiques du passé.

Mais quelles les schémas de pensée habituels du destin de la Cour ? Dans un ouvrage à paraître, Caroline Cabée dresse un historique des réformes de la Cour de cassation, depuis la création du Tribunal de cassation sous la Révolution jusqu'à l'époque récente. Cette chronique, précise et parfaitement documentée, révèle que la constante de ces initiatives endogènes plus ou moins abouties, dont la fréquence s'est notablement accélérée depuis une dizaine d'années, est la nécessité d'adapter la haute juridiction judiciaire à l'augmentation permanente du flux des recours et de tenter de régler les dysfonctionnements divers résultant du déséquilibre entre les affaires en instance et le rythme des jugements sans que soient jamais réellement repensés les moyens par lesquels la Cour exerce ses missions. La recherche obnubilée d'un équilibre statistique a sans doute empêché l'institution de prendre le recul nécessaire pour un examen critique tant de son processus de jugement que de l'exercice de ses missions.

C'est de ce tropisme paralysant que, me semble-t-il, le siège et le parquet général de la Cour veulent se libérer en affirment leur volonté de donner un sens et une cohérence aux efforts d'adaptation de la Cour. Dans cette perspective, il vous est demandé de dégager les éléments pertinents sur son avenir« dans le rôle juridique et social qui est le sien ». L'ambition ainsi affichée d'une « Cour de cassation du futur 2020-2030 » invite à une transformation tout à la fois de son activité juridictionnelle, de son organisation, de ses moyens, de sa position institutionnelle, de sa posture internationale et de son image publique. C'est bien la rupture avec les routines anciennes qui est recherchée.

Or précisément, appliquée à la justice, l'idée de rupture est discutée. Si la question est, implicitement au moins, en débat en ce qui concerne l'institution judiciaire en général, s'agissant spécialement de la Cour de cassation, l'innovation pose trois séries de questions : Peut-on innover en ce qui la concerne : à son égard le concept d'innovation est-il pertinent ? Pourquoi innover : y a-t-il des raisons de le faire, et quelles sont à cet égard les attentes sociales ? Et, en ce cas, comment innover : quelle serait la méthode d'une transformation novatrice de la Cour ?

L'innovation est-elle possible ?

Pour aborder la question de la pertinence de l'application du concept d'innovation à la Cour de cassation, encore faut-il avoir une vision claire de sa fonction. Au fond des choses, à quoi sert-elle ? Historiquement, la réponse n'a pas été univoque. Si l'Ancien Régime en faisait un attribut du pouvoir royal et la Révolution un instrument du pouvoir législatif, on peut estimer aujourd'hui sans ambiguïté qu'elle est une composante de l'autorité judiciaire dont elle assume la double fonction, curative d'une part, consistant à régler de manière efficace les litiges d'ordre privé et les violations de la loi pénale, directive d'autre part, visant, par les décisions de justice individuelles de nature civile ou pénale, à imposer aux divers acteurs de la société des comportements généralement conformes aux orientations éthiques, économiques et sociales voulues par la loi. Au sein de ce système, la Cour de cassation exerce spécifiquement une double fonction : juridictionnelle et normative. D'un côté, participant au processus de règlement des litiges, elle est, comme toute autre juridiction, tenue à un impératif d'équité, de rapidité et d'efficacité. Mais, en même temps, elle sécurise la méthode de jugement appliquée par les juridictions subordonnées ; en veillant au respect du mécanisme de révélation de la juste

solution, elle est garante du « bien juger », en définitive de la qualité de la justice. Quant à la fonction normative, elle consiste, on le sait, à sécuriser l'interprétation appropriée et uniforme du droit. À cet égard la garantie d'une application juste, sûre et constante de la règle est la condition de l'aptitude de celle-ci à déterminer les comportements des sujets de droit.

Cela précisé, le concept d'innovation s'applique-t-il aux fonctions de la Cour de cassation ? Autrement dit, pour l'accomplissement des missions institutionnelles ainsi décrites, la Cour de cassation peut-elle remettre en cause les idées reçues, proposer de nouvelles règles ou inventer de nouveaux savoir-faire afin de changer en profondeur le style et la culture de l'institution ? Un tel bouleversement dans la manière de se penser elle-même ne serait légitime et utile que s'il répondait à une attente de la société. L'aptitude à innover de la Cour de cassation serait donc conditionnée non seulement par la perception théorique de son propre rôle, mais aussi par sa compréhension des attentes concrètes de la société à son égard. L'innovation ne prospère que si elle est socialement attendue, souhaitée, à tout le moins acceptée.

Les forces de résistance à un tel mouvement sont tout à la fois théoriques et conjoncturelles. D'un côté, en référence à l'anthropologie du droit, on peut estimer que l'exercice de la justice repose sur des rituels fondateurs qui gouvernent l'espace et le temps judiciaires, ainsi que la tenue, le comportement, les gestes et les discours des acteurs, en construisant une représentation symbolique de la scène du procès dont l'intangibilité serait indispensable à l'autorité des décisions de justice. À première vue, une telle vision d'une justice aux formes de légitimation immuables serait incompatible avec l'idée de rupture. Les défenseurs de cette représentation traditionnelle de la justice ne peuvent toutefois ignorer l'évolution des sociétés démocratiques qui tendent à s'affranchir des symboles politiques ou religieux, la captation de la justice par les médias, les mutations technologiques et les transformations profondes des mentalités modifiant les attentes sociales qu'elles engendrent à l'égard de l'institution judiciaire. Il s'agirait alors de refonder la justice sur de nouveaux rites efficaces, signifiants et maîtrisés, c'est-à-dire fonctionnels. Sans remettre en cause le rapport entre pouvoir et symbole dans l'exercice de la justice, une démarche plus pragmatique consiste à identifier les fonctions des rituels en distinguant ce qui relève du nécessaire et du contingent dans la tradition pour explorer la possibilité d'une transformation technologique de la justice telle, par exemple, que la dématérialisation du procès. D'une manière ou d'une autre, les rituels – et spécialement ceux propres à la Cour de cassation – n'échappent pas à la logique de l'innovation.

D'un point de vue factuel, les sociologues du droit considèrent en général que l'institution judiciaire – et la Cour de cassation tout spécialement – valorisant la permanence et la continuité dans l'organisation, les procédures et les décisions, seraient, d'une manière générale, résistantes au changement. La culture institutionnelle, les *habitus* et l'*ethos* professionnels du personnel judiciaire ne prédisposeraient pas à l'innovation. Cette pesanteur conservatrice expliquerait les échecs récurrents dans la mise en œuvre des réformes successives de la Cour de cassation. Ce qui n'empêche pas certains sociologues de décrire comment ont finalement été introduites les nouvelles technologies dans l'exercice de la justice. Selon leurs analyses, l'institution judiciaire n'échappe pas à la montée en puissance des savoirs, des techniques et des technologies en cours dans les sociétés de la modernité avancée. Les différents avatars de leur pénétration dans le fonctionnement des juridictions sont alors confrontés aux trois façons de penser l'innovation, soit comme expression d'usages nouveaux d'un dispositif technique, (sociologie des usages), soit comme production d'un nouvel objet sociotechnique (sociologie des sciences et théorie de l'acteur-réseau), soit comme solution nouvelle par référence à des pratiques installées (sociologie des organisations). Telle serait la grille d'analyse de l'introduction des nouvelles technologies dans les pratiques de la Cour de cassation au cours des vingt dernières années. Si,

comme l'enseigne la sociologie classique, l'innovation se présente comme un usage nouveau d'une invention existante, elle intéresse naturellement la Cour de cassation.

Que l'approche soit symbolique, à partir des formes de légitimation de son autorité, ou fonctionnelle, en référence aux moyens de réalisation de ses missions institutionnelles, il n'est donc ni illégitime ni irréaliste de situer la Cour de cassation dans une perspective innovante. L'admettre introduit deux questions subséquentes qui s'enchaînent : tout d'abord, pourquoi innover ? Y a-t-il des raisons de renouveler la manière de penser le présent et l'avenir de la Cour de cassation en rupture avec la vision traditionnelle de l'institution ? En ce cas, quelle serait alors la stratégie à suivre pour ce faire ?

Si tel est le cas, pourquoi innover ?

S'interroger sur les raisons d'innover revient à une réflexion critique sur l'organisation de la Cour, sur ses procédures, ses méthodes et sur la technique du pourvoi en cassation. De ce point de vue quatre points seraient à examiner : la pertinence du modèle de cassation, la validité de la méthode de jugement des pourvois, l'efficacité des structures et l'adaptation de l'institution au contexte juridique, économique, technologique et culturel d'application du droit.

Notre modèle de cassation consiste - je ne vous apprends rien - à faire contrôler la régularité procédurale et substantielle d'un jugement, en matière civile ou en matière pénale, après épuisement des voies de recours ordinaires, généralement deux degrés de juridiction, par une décision de rejet ou de cassation. En cas de cassation, l'affaire est usuellement renvoyée devant une juridiction du fond du même degré, tribunal ou cour d'appel, qui suit ou non la décision de la Cour de cassation. Si elle ne le fait pas, en cas de nouveau pourvoi, la question est en principe jugée par l'assemblée plénière de la Cour, laquelle rend un arrêt ne s'imposant, en principe, qu'entre les parties sur la question de droit tranchée ; ce qui n'empêche pas, en cas de cassation, le retour devant une autre juridiction du fond, qui peut examiner le litige sur un autre fondement factuel ou juridique par une nouvelle décision elle-même susceptible de pourvoi et d'une nouvelle cassation introduisant un nouveau cycle de recours. Certes, il existe des mécanismes de dérivation qui permettent à la Cour de trancher définitivement le litige, notamment la cassation sans renvoi, dont la mise en œuvre reste toutefois anecdotique malgré un élargissement par la loi du 18 novembre 2016. Un tel système, qui peut retarder à l'infini la solution du litige et qui diffère parfois durant plusieurs années l'adoption d'une jurisprudence faisant autorité, répond-il à une conception moderne du procès appelant des solutions rapides, sans temps morts, utiles et effectives tant en matière civile qu'en matière pénale ? Est-il compatible avec une conception contemporaine du droit selon laquelle la règle, actualisée en permanence, suppose une effectivité immédiate, donc une interprétation sécurisée dès sa mise en œuvre ? Est-elle propice à une régulation opérationnelle des rapports économiques et sociaux qui exigerait un règlement rapide des litiges et favoriserait, pour les acteurs, des anticipations certaines dans leurs relations familiales, économiques et sociales. À ces multiples égards, si la rationalité de notre modèle de cassation a pu exister en son temps, peut-elle encore convaincre aujourd'hui¹ ?

Une telle confrontation entre continuité historique et sommation du présent implique tout autant la méthode de cassation. D'un côté, forgée par plus de deux siècles de pratique, c'est une construction savante destinée au contrôle de la régularité des jugements. Un modèle sophistiqué et codifié, qui allie rigueur méthodique et esthétique du raisonnement. S'il peut être amendé ou

¹ Club des juristes, *Sécurité juridique et initiative économique*, août 2015.

complété, il est généralement regardé comme indépassable par ses praticiens, magistrats de la Cour ou avocats aux conseils. D'un autre côté, cette mécanique complexe est généralement perçue comme ésotérique, inaccessible tant par l'opinion que par les autres professionnels du droit, en dépit des réels efforts de communication entrepris par la Cour. Par la formalisation rigoureuse et méticuleusement détaillée de ses règles, la méthode ne s'est-elle pas fossilisée dans un exercice intellectuel artificiel entre la Cour et ses auxiliaires de justice, en perdant de vue l'objet principal de contrôle de cassation ? Permet-t-elle la prise en compte des enjeux éthiques, économiques et sociaux dans l'interprétation de la loi ? Ne crée-t-elle pas une distance entre la juridiction judiciaire supérieure et les autres juridictions ?

La même démarche critique s'impose en ce qui concerne l'organisation de la Cour. Parmi les multiples aspects à évaluer sont à citer les attributions des chambres, l'organisation interne de celles-ci, le roulement des membres entre elles, les structures de travail, individuelles ou collectives, le nombre et la relation fonctionnelle des diverses catégories de magistrats du siège, du parquet général et de leurs collaborateurs, l'instruction et de la distribution des dossiers, le système de fixation aux audiences, le processus de préparation et de l'organisation de celles-ci, l'architecture et le rôle du parquet général, et ceux du service de documentation des études et du rapport, le système des assemblées plénières et des chambres mixtes... La finalité de cette mise en cause des structures de production des décisions serait de s'assurer que, dans leur ensemble, elles permettent une utilisation optimum des moyens de la Cour pour le meilleur exercice de ses missions.

L'objectif d'efficacité concerne tout autant la gouvernance de la Cour. Dans cette perspective, il s'agirait de se pencher sur les pouvoirs respectifs du Premier Président et du Procureur général, les rapports de l'un et de l'autre, l'autorité du Premier Président sur les présidents de chambre et les autres membres du siège, celle du Procureur général sur les avocats généraux, leurs rapports avec le greffe et le secrétariat du parquet, les attributions du bureau de la Cour, le rôle du collège des présidents de chambre, le fonctionnement de la démocratie interne au sein des assemblées générale et plénière, le mode d'élaboration et de gestion du budget et, à cet égard, les rapports de la Cour avec le Gouvernement et le Parlement.

Une ultime épreuve, qui n'est pas la moindre, serait de savoir si cet appareil organisationnel et procédural est propice à une bonne compréhension de la Cour sur l'évolution du contexte culturel, économique et social d'application du droit qu'elle est chargée d'interpréter. Il est à cet égard caractéristique que, dans la période récente, chaque fois qu'elle s'est posée la question de sa mise en phase avec ces réalités contemporaines, elle s'en est rapportée à des groupes de travail faisant appel à des personnalités extérieures, - c'est le cas de votre commission - alors que le vrai problème est l'aptitude des organes ordinaires de décision juridictionnelle ou organisationnelle à comprendre ces données et à les intégrer.

À ces multiples questions, les éléments de réponse seraient à recueillir non seulement dans le cadre d'une réflexion interne, mais encore au moyen d'audits externes et surtout d'enquêtes spécifiques sur les attentes des diverses composantes de la société à l'égard de la Cour. La rencontre de l'innovateur et des parties prenantes, spécialement des usagers, est le facteur essentiel de la réussite de l'initiative innovante.

Et alors, comment innover ?

La méthode est couramment décrite dans la littérature scientifique et institutionnelle consacrée à la question. Pour la résumer, elle repose sur trois idées simples, au moins dans leur

formulation : d'une part, remettre en cause les idées reçues afin, d'autre part, proposer de nouvelles problématiques et enfin inventer de nouveaux savoir-faire. Une démarche en trois temps, qui devrait en principe conduire à des propositions concrètes.

Remettre en cause les idées reçues

L'évolution de la Cour depuis près de deux siècles et demi a suivi certaines constantes qui ont stérilisé les diverses transformations quelle a tentées. Elles portent tout à la fois sur le mode d'adaptation à ses missions, sur sa gouvernance, sur la technique du pourvoi, le rôle des avocats généraux, la relation de la Cour avec la juridiction du fond et sur son mode de financement.

L'ouvrage précité de Caroline Cabée met en évidence un biais constant dans les tentatives de réformes de la Cour. En général, déplorant son propre dysfonctionnement, la Cour élaborait des programmes successifs de réforme pour en saisir le ministère de la Justice, lequel en examina l'opportunité et la pertinence, avant de décider à son gré de les soumettre, le plus souvent amendés, au Parlement, devant lequel ils furent à nouveau âprement discutés pour être, soit écartés d'emblée, soit soumis au vote des assemblées. Dans la meilleure hypothèse furent adoptées des lois plus ou moins éloignées des projets initiaux dont la mise en œuvre aléatoire se révéla souvent impropre à régler durablement la situation de la Cour, en laissant subsister, et parfois même en l'aggravant, le désordre qui avait motivé l'initiative salvatrice. La persistance de cette stratégie hasardeuse est significative d'un abandon au pouvoir politique de la structure, des méthodes et des moyens de la Cour ; une telle dépossession alimentant, en son sein, un sentiment d'incompréhension, de frustration et un esprit revendicatif exprimés avec plus ou moins de véhémence dans les discours officiels de ses représentants. Il est toutefois étrange et significatif de constater que, dans la plupart des cas, il était loisible à la Cour de mettre en place à droit constant des programmes efficaces de redressement. Ce tropisme de dépendance est d'ailleurs entériné par le pouvoir politique puisque, dans d'autres cas, à l'initiative du Gouvernement ou du Parlement, furent décidées des réformes importantes de la Cour sans qu'elle soit consultée, parfois même en dépit de son opposition. La rupture avec ce syndrome de soumission serait pour la Cour de décider elle-même les transformations souhaitables en optimisant l'interprétation des textes disponibles et en les mettant en œuvre par des directives précises suivies par les chambres. Une telle stratégie lui permettrait d'échapper tout à la fois à l'arbitrage du Gouvernement, aux avis du Conseil d'État et à l'intervention du Parlement sur le choix des méthodes d'exécution de ses propres missions. Encore faudrait-il que la Cour dispose d'une autorité dirigeante capable de décider les mesures internes nécessaires et de les faire appliquer fermement et uniformément au sein de l'institution ; ce qui imposerait une gouvernance reconnue, solide et effective.

Or précisément, dans de nombreux cas, si les réformes adoptées n'ont pu produire les résultats attendus, c'est en partie la conséquence de l'absence d'un pouvoir de direction capable d'imposer aux chambres des pratiques communes et de les faire uniformément appliquer. La chronique historique déjà citée souligne cette carence de la Cour, à l'origine incapable de cantonner la chambre des requêtes dans la fonction d'admission des pourvois pour laquelle elle était créée, ensuite de mobiliser ses ressources procédurales et les renforts de moyens concédés pour un traitement sélectif des contentieux, endiguer la prolifération de recours abusifs et enfin, récemment, de persister dans la mise en œuvre utile et durable de la procédure d'admission finalement ré-instituée sous une autre forme en 2001.

La perversion puis la suppression de la chambre des requêtes, et de la fonction d'admission dont elle était chargée, sont à l'origine d'une quête ininterrompue d'adaptation des moyens à

une augmentation constante et non maîtrisée des contentieux. D'où il résulta une transformation progressive de l'institution originaire de dimension restreinte, simplement composée d'une chambre civile et d'une chambre criminelle et dotée d'un effectif limité, en une lourde organisation comprenant désormais six chambres elles-mêmes divisées en sections, de sorte que les membres du siège, initialement fixés à 50 sont aujourd'hui quatre fois plus nombreux. C'est un changement d'échelle qui exigerait une direction ferme appuyée sur une administration rigoureuse capable de déployer un programme constant de suivi de l'activité pour la mise en cohérence des pratiques et des jurisprudences au service d'objectifs clairement définis. Ce qui, dans l'histoire de la Cour, n'a qu'imparfaitement été accompli. Il semble toutefois que depuis quelques années une mutation culturelle soit à l'œuvre, à la faveur de la lente pénétration dans l'institution judiciaire des techniques de « management » à laquelle n'échappe pas la Cour de cassation. De sorte qu'en son sein, l'idée d'une direction effective et active semble désormais davantage acceptée. Sur la question de la gouvernance, l'innovation serait en mouvement.

Si tel est le cas, les transformations nécessaires de la technique du pourvoi en cassation pourraient être facilitées dans le sens d'une simplification de la méthode, de la prise en compte explicite du contexte d'application de la loi et de la lisibilité des décisions. La stratégie utilisée pour introduire un contrôle de proportionnalité dans la technique de cassation puis pour « enrichir » la motivation des arrêts, semble aller dans le sens d'une rénovation ambitieuse de l'appareil de justification des solutions retenues, selon des règles décidées en interne et mises en œuvre par des recommandations précises. Un procédé comparable semble avoir été adopté en ce qui concerne la transformation du rôle des avocats généraux et de leurs relations avec les chambres, source de tensions irrésolues depuis qu'une jurisprudence impérative de la Cour européenne des droits de l'homme a conduit à les écarter en 2001 du processus de délibération des arrêts.

Serait également à renouveler la relation de la Cour de cassation avec les juridictions du fond. Historiquement, hormis le contrôle de la régularité des décisions, la Cour de cassation est sans lien fonctionnel avec cours et les tribunaux judiciaires. Toutefois, s'il est admis que la mission de la Cour est de s'assurer de la qualité de la justice civile et pénale dans l'ensemble du système judiciaire, il serait nécessaire de soumettre les juridictions, à tous les degrés, au respect de prescriptions fixant les normes de cette qualité, à savoir la méthode et le style de motivation des jugements, ainsi que l'autorité de la jurisprudence. Cette « gouvernance procédurale et normative » impliquerait l'instauration d'un rapport nouveau de collaboration entre la Cour et ces juridictions judiciaires pour la conception et la mise en œuvre de ces prescriptions sur le « bien juger ». Cette vision collective et coordonnée de l'appareil juridictionnel relativement à l'éthique et à la méthode du jugement, dans le respect de l'indépendance des juridictions, rompt avec la culture actuelle d'autonomie et d'individualisme aux divers échelons de l'appareil juridictionnel. Elle devrait être facilitée par deux modifications récentes du statut de la magistrature : tout d'abord, la loi du 8 août 2016 qui fait des premiers présidents des cours d'appel des membres du siège de la cour de cassation et qui crée ainsi un lien statutaire entre eux, ensuite, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui place le premier président de la Cour à la présidence de la formation plénière et de la formation compétente à l'égard des magistrats du siège du Conseil supérieur de la magistrature, en lui conférant, par là même, une nouvelle autorité sur le corps judiciaire.

Dans une perspective innovante, la tradition de dépendance financière de la Justice et en son sein celle de la Cour de cassation seraient elles aussi à reconsidérer. Historiquement, le financement de la justice, souvent insuffisant, a été assuré par les collectivités publiques. Désormais entièrement à la charge de l'État, il est réglé, depuis 2001, par la loi organique

relative à la loi de finance (LOLF), qui, de manière surprenante, ne reconnaît aucune autonomie de décision et de gestion budgétaires aux diverses composantes de l'appareil judiciaire. Un groupe de travail constitué par le Premier Président de la Cour de cassation sur la situation financière de l'autorité judiciaire a, au mois juillet 2017, établi un rapport très complet qui en souligne les imperfections et émet des propositions d'aménagement, pour certaines importantes, de la LOLF, sans pour autant revoir fondamentalement la situation contingente des juridictions et spécialement de la Cour de cassation. Une vision innovante de la position institutionnelle de l'autorité judiciaire consisterait cependant, aujourd'hui, à prendre acte de la garantie constitutionnelle de son indépendance dans l'organisation budgétaire de l'État, sous une forme à déterminer, en conférant un rôle central et une position particulière à la Cour de cassation, à l'instar de ce qui existe pour l'ordre administratif et les juridictions des comptes.

Penser autrement l'institution

Pour aborder méthodiquement ces questions, il s'agirait d'adopter un nouveau mode de penser la Cour de cassation, en suivant les orientations issues de la théorie de l'innovation : Agilité institutionnelle, responsabilité managériale, efficacité de l'action et discernement dans la mise en œuvre des moyens.

L'agilité institutionnelle consisterait à réagir rapidement à tout changement de contexte afin de décider des modifications d'organisation et de méthode appropriées pour les mettre aussitôt en œuvre. Cette réactivité souple permettrait une adaptation aux évolutions du contentieux, d'assurer sans délais l'interprétation des lois nouvelles et faire face aux situations de crise. Le dispositif à prévoir pour répondre aux nouveaux contentieux provoqués par les conséquences économiques et sociales de l'actuelle pandémie serait un excellent test de cette adaptation à une situation inédite.

S'imposer une telle réactivité suppose que la Cour assume la responsabilité managériale non seulement de son propre fonctionnement, ce qui est classique, mais encore celle de la qualité de la justice rendue dans l'ensemble de l'institution judiciaire, ce qui serait nouveau. Prendre en charge une telle responsabilité requiert, comme on l'a déjà dit, d'une part, de maîtriser les ressources budgétaires, d'autre part, de se donner les moyens d'agir sur les juridictions, enfin de rendre compte, par exemple dans le rapport annuel de la Cour, des résultats des politiques qualitatives mises en œuvre. Elle aurait donc à élargir l'objet de sa communication à l'ensemble de l'institution judiciaire. Le pouvoir politique et le corps judiciaire lui-même seraient-ils prêts à consacrer ainsi la position hiérarchique de la Cour de cassation au sommet de l'institution judiciaire ?

Enfin, le principe de responsabilité commande celui d'efficacité. Ce qui conduirait à mettre en place des dispositifs de suivi des lignes directrices méthodologiques et d'évaluation des pratiques de la Cour elle-même, mais aussi de l'ensemble des juridictions judiciaires, afin d'apporter les corrections nécessaires à une meilleure performance de l'institution.

L'un des aspects de cette démarche est, au sein de la Cour de cassation, le discernement dans la mise en œuvre des moyens. L'idée n'est pas nouvelle ; elle se traduit depuis de nombreuses années par la recherche d'un traitement sélectif des pourvois qui consiste en principe à adapter l'ampleur de l'examen à la nature et la complexité des questions soulevées. C'est ce à quoi servait la chambre des requêtes, et c'est l'objet de nombreuses réformes de la Cour : division des chambres en sections, assemblées plénières des chambres, chambre mixte et assemblée plénière de la Cour, instauration des formations restreintes, création du corps des conseillers

référendaires, réintroduction de la procédure d'admission, ... C'est aussi la finalité des initiatives de rationalisation dans le traitement du contentieux : regroupement d'affaires par séries ou audiences thématiques, ... Le but de tous ces procédés est de distinguer ce qui relève du mal jugé procédural évident à traiter par des moyens restreints, ou du mal jugé substantiel qui pose des questions normatives plus ou moins complexes, selon que le jugement ou l'arrêt attaqué remet en cause une interprétation acquise qui ne justifie pas d'évolution, applique une interprétation établie qui mérite d'évoluer, soulève une question inédite ou propose une interprétation nouvelle qui justifie un examen approfondi. Cette réflexion est engagée puisqu'ont été récemment établies des propositions qui systématisent des critères de différenciation des pourvois et instaurent des méthodes de jugement graduées. Vue sous cet angle, la technique du traitement différencié n'est pas réellement innovante, elle est déjà sous une forme ou sous une autre pratiquée par de nombreuses juridictions, nationales ou supranationales, chargées d'un contrôle normatif. Elle le devient, en revanche, lorsque cet effort de rationalisation mobilise de nouveaux savoir-faire.

Mobiliser les nouveaux savoirs et les inventions technologiques

Ces nouveaux savoir-faire consistent soit à donner un nouvel usage à des disciplines scientifiques jusqu'alors écartées du processus décisionnel ou à une invention technologique, soit encore à introduire des formes organisationnelles inédites.

Ouvrir la méthode de jugement à de nouvelles disciplines

Le recours à de nouvelles disciplines dans la méthode du jugement est une question classique dont l'application réfléchie et systématisée par la Cour de cassation serait innovante. Ce thème mériterait à lui seul un examen spécifique, qu'il s'agisse de l'approche pluridisciplinaire des questions de droit, et en particulier de la prise en compte explicite du contexte d'interprétation du droit et de l'évaluation des conséquences économiques et sociales des solutions retenues, de l'approche par le droit comparé des questions de dimension universelle ou de l'articulation du droit national avec les droits supranationaux. Depuis quelques années, ce travail est largement entrepris à la Cour de cassation.

Donner un nouvel usage aux inventions technologiques

L'usage innovant de nouvelles technologies n'y est pas davantage ignoré. Depuis une vingtaine d'années, la Cour met en œuvre les techniques numériques pour l'organisation et l'exploitation de la base de ses arrêts, la gestion des procédures et la dématérialisation de l'instruction des pourvois pour en tirer des conséquences organisationnelles innovantes, sans que ces inventions aient encore libéré toutes leurs potentialités. Dans la même perspective, un usage innovant pourrait être tiré du « Big Data » des décisions de justice et de l'intelligence artificielle. Par des textes récents, la Cour de cassation est chargée de la mise à disposition du public de la base de données complète des décisions judiciaires. De ce fait, elle dispose désormais du moyen de connaître l'intégralité de la production juridictionnelle. En marge de la mission spécifique que lui confie la loi, elle pourrait donc recourir aux techniques de l'intelligence artificielle pour discerner, dans la masse des jugements et arrêts, les incertitudes de droit à clarifier par priorité et les pratiques à corriger. Passer d'un examen individuel des décisions dans le cadre de l'exercice d'une voie de recours à une observation intelligente systématisée de l'ensemble du contentieux afin d'orienter sa politique jurisprudentielle serait une autre manière de comprendre sa mission régulatrice. À la condition toutefois que soient instaurés les moyens procéduraux lui permettant d'être saisie sans délai des questions utiles.

Anticiper la sécurisation et l'évolution du droit

Anticiper l'interprétation des lois et règlements est en soi une idée innovante. Elle peut être exploitée sous deux aspects. L'un a déjà été largement évoqué dans le cadre d'une nouvelle relation entre la Cour et les juridictions du fond. Sous l'égide de la Cour de cassation, celles-ci seraient associées à un programme de sécurisation du droit en discernant, dès la première instance, les questions juridiques importantes, soit par leur nouveauté, soit par leur caractère systémique.

La réalisation d'un tel programme supposerait que soit revue la fonction contentieuse de la Cour de cassation dans deux directions : d'une part, en modifiant la procédure d'avis, d'autre part, en généralisant la cassation sans renvoi.

Crée par la loi du 15 mai 1991, en reprenant une procédure déjà en œuvre au Conseil d'État depuis 1987, la procédure d'avis n'a pas connu le développement espéré, d'une part parce qu'elle s'est heurtée au scepticisme ambiant sur le rôle consultatif de la Cour, d'autre part, en raison du caractère non juridictionnel des avis, qui les prive d'autorité contraignante. En dépit de plusieurs réformes, elle reste peu utilisée par les juridictions du fond, de sorte que le processus de sécurisation de l'interprétation du droit par une saisie immédiate de la Cour de cassation manque d'effectivité. Pour le rendre utile, il pourrait être envisagé d'intégrer ce mécanisme dans le processus contentieux en transformant la demande d'avis en « question préalable d'interprétation », sur le modèle de la question prioritaire de constitutionnalité, qui a désormais fait ses preuves. Ainsi, en cas de difficulté sérieuse d'interprétation de la loi, le juge aurait l'obligation de transmettre la question à la Cour de cassation et il serait lié par la réponse préjudicielle de celle-ci.

Une autre transformation importante de la fonction contentieuse de la Cour serait de généraliser la cassation sans renvoi. Aujourd'hui peu utilisée, elle pourrait être généralisée en créant, au sein de la Cour de cassation, un dispositif opérationnel de jugement au fond. Il s'agirait de mettre fin au pouvoir de « rébellion » de la juridiction de renvoi et au cycle infini des pourvois dans la même affaire. En outre, la perspective pour la Cour d'avoir à statuer au fond l'inciterait à plus de réalisme en ne prononçant de cassation que dans la perspective de la solution à apporter au litige. Il suffirait en définitive de donner une portée générale aux nouvelles dispositions de l'alinéa 2 l'article L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire, issues de l'article 38 de la loi du 18 novembre 2016. Cette généralisation est autorisée par la souplesse d'interprétation de la notion de « bonne administration de la justice » permettant à la Cour de statuer au fond en cas de cassation. À condition toutefois de préciser les dispositions du Code de procédure civile et du Code de procédure pénale qui s'y rapportent. Ainsi, le renvoi après cassation deviendrait l'exception. Une telle portée donnée à la cassation sans renvoi, introduirait à n'en pas douter une réflexion nouvelle au sujet de la distinction entre juge du fond et juge de cassation et à un réexamen, sous un angle nouveau, de la lancinante question de la distinction du fait et du droit dans la technique du pourvoi en cassation.

Conclusion

L'abondante littérature managériale émanant du secteur privé ou du secteur public, et les expériences acquises dans chacun de ces domaines, donnent un contenu et une méthode au modèle de l'innovation. Mais toutes ces études s'accordent sur le constat que, plus que la méthode, c'est la culture de l'innovation qui est importante. C'est une dynamique à faire

partager par toutes les composantes de l'institution. C'est une stratégie à indiquer clairement et à diffuser dans toute la structure. La Cour de cassation y serait d'autant plus réceptive si elle était affranchie d'une vision supérieure et fragmentée de son rôle, en prenant conscience qu'elle est une partie de l'institution judiciaire au sein de laquelle elle exerce une responsabilité particulière, celle de la qualité et qu'elle est ainsi associée à la performance d'ensemble et à l'autorité de celle-ci.



Commission de réflexion Cour de cassation 2030

Audition de Dineke de Groot, Présidente de la Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad*)

18 mars 2021

La réunion est consacrée à l'audition, en anglais, de Dineke de Groot, Présidente de la Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad*).

A titre préliminaire - Le parcours de Dineke de Groot

La Présidente de Groot a suivi ses études à Amsterdam. Elle a ensuite occupé la fonction de juge au tribunal de district d'Amsterdam. En 2008, alors qu'elle exerce les fonctions de juge, elle obtient son doctorat. C'est en 2012 qu'elle est nommée à la Cour suprême des Pays-Bas, avant d'accéder à la fonction de présidente en 2020. En parallèle à ses fonctions au sein de la juridiction, elle enseigne à l'université d'Amsterdam.

1° - Présentation de la Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*)

a. La création de la Cour suprême néerlandaise

La Cour suprême néerlandaise a été créée en 1838 sur le modèle de la Cour de cassation française. Si cette juridiction a initialement été fondée en vue garantir la bonne application du droit et l'uniformité de la jurisprudence, l'office du juge au sein de la Cour suprême des Pays-Bas s'est progressivement élargi.

b. Le rôle de la Cour suprême néerlandaise

i. Fonctions principales

La Cour suprême néerlandaise est la juridiction la plus élevée en matière civile, pénale et fiscale.

La mission première de la Cour suprême des Pays-Bas, tenue par les faits tels qu'ils résultent de la décision attaquée, est d'assurer l'uniformité du droit, le développement du droit et la protection juridique des individus.

D'une part, promouvoir l'unité du droit constitue une fonction traditionnelle du juge de cassation. D'autre part, assurer le développement du droit consiste à adapter le droit au contexte

contemporain et aux évolutions de la société ; ce rôle normatif pose la question de l'articulation de la fonction de la Cour avec celle du pouvoir législatif. Enfin, garantir la protection juridique des individus suppose de garantir la sécurité juridique, un principe essentiel dans un Etat de droit.

Dans un objectif de qualité de la justice, la Cour est tenue de juger non seulement à la lumière de l'intérêt individuel des parties, mais également en considération de l'intérêt plus large des justiciables. En effet, les missions dont se voit investie la Cour de cassation sont des missions servant l'intérêt général, qui dépassent le seul intérêt de l'affaire jugée ; c'est pourquoi il est primordial de garder à l'esprit le fait qu'une décision portant sur un cas d'espèce est susceptible d'affecter d'autres justiciables.

Aux Pays-Bas, s'il est possible de se pourvoir en cassation en matière civile, pénale et fiscale, à l'inverse, certains litiges ne peuvent être portés devant la Cour suprême néerlandaise (ex : en matière sociale, seul un appel contre un jugement rendu en première instance est possible). En matière civile, les parties doivent obligatoirement être représentées par des avocats habilités auprès de la Cour suprême.

La *Hoge Raad* est également compétente pour connaître des décisions rendues par les juridictions des territoires caribéens compris dans le Royaume des Pays-Bas.

ii. Fonctions secondaires

- **Rôle disciplinaire**

La Cour suprême néerlandaise joue un rôle disciplinaire par le traitement des demandes du Procureur général de suspendre ou de révoquer des juges n'étant plus en mesure d'exercer leurs fonctions ou ayant fait l'objet d'une condamnation. La Cour dispose également du pouvoir de conduire des enquêtes contre les juges ayant fait l'objet de plaintes auprès du Parquet général.

- **Rôle de conseil**

La Cour joue également un rôle de conseil auprès du Gouvernement et du ministère de la Justice sur les projets de lois relatifs à l'organisation judiciaire.

c. L'organisation de la *Hoge Raad*

La Cour suprême s'organise autour de trois chambres, représentant une trentaine de juges : la première chambre, chargée des contentieux civils, la deuxième chambre, compétente pour connaître des affaires pénales, et la troisième chambre, fiscale. En termes de ventilation des pourvois, environ 60% des dossiers traités relèvent de la matière civile, 20% de la matière pénale, 20% de la matière fiscale. Une quatrième chambre, qui ne siège pas de façon permanente, est compétente pour statuer sur la suspension ou la révocation des juges (cf. *supra* – Rôle disciplinaire).

A ces chambres s'ajoute le Parquet général, représentant une vingtaine de personnes. Le parquet a pour mission principale d'émettre des avis dans les affaires dans lesquelles la Cour suprême doit statuer.

Enfin, le *Director of Operations* et son équipe, représentant environ 200 personnes, sont sollicités en vue d'alléger les travaux de la Cour suprême et du Parquet général.

2° - Le dialogue avec la Cour suprême des Pays-Bas

Au cours de la réunion a été abordée la question du dialogue entretenu d'une part avec les juges du fond, d'autre part avec le législateur.

a. Le dialogue entre la Cour et les juges du fond

Le dialogue avec les juges du fond repose sur différents instruments, parmi lesquels on compte : la procédure préjudicielle et la cassation dans l'intérêt d'une application uniforme de la loi ; la mise en place de point de contact ; la possibilité offerte aux juges du fond de venir quelques semaines en observation au sein de la Cour ; l'organisation de réunions avec les points de contact.

i. La procédure d'avis et la cassation dans l'intérêt d'une application uniforme de la loi

La *Hoge Raad* est susceptible d'être saisie sur le fondement de trois voies distinctes : d'une part, par un pourvoi classique formé par l'une des parties ; d'autre part, par le biais d'une demande d'avis posée par une juridiction inférieure ; enfin, dans le cadre d'une demande de cassation dans l'intérêt d'une application uniforme de la loi introduite par le Parquet général.

Concernant la demande d'avis, celle-ci permet aux juridictions du fond, confrontées à une question de droit récurrente et dont la réponse est essentielle pour trancher le litige, d'adresser immédiatement cette question à la Cour. Il est possible de saisir la Cour suprême néerlandaise d'une demande d'avis depuis 2012 en matière civile, 2016 en matière fiscale ; il sera possible d'y recourir dans un futur proche en matière pénale. Il est fréquent de recourir à cette procédure aux Pays-Bas en ce qu'elle permet d'apporter dans un temps limité une réponse dans un périmètre large de domaines.

La demande de cassation dans l'intérêt d'une application uniforme de la loi peut être mise en œuvre par le Parquet général, notamment à la demande d'une juridiction, en vue d'apporter une réponse à des questions urgentes, bien que la Cour n'ait pas été saisie par les parties à un litige. Il est fréquent de recourir à cette voie pour traiter de questions de société sur lesquelles le législateur n'intervient pas (ex : en matière d'euthanasie).

ii. La mise en place de points de contact (*contact judges*)

Le dialogue avec les juridictions inférieures repose également sur les « points de contact (*contact judges*) » siégeant dans chacune de ces juridictions. Cette politique permet à la fois de promouvoir

le dialogue avec les juges du fond, mais également de bénéficier d'une certaine visibilité sur l'activité de ces derniers.

Les points de contact permettent aux juges du fond de bénéficier d'un canal de communication direct avec la *Hoge Raad*. Ils octroient notamment la possibilité pour les juges du fond d'apprécier l'opportunité de poser une question préjudicielle et de mieux comprendre comment celle-ci doit être posée pour ouvrir la voie à une réponse. Toutefois, ces points de contact n'ont pas vocation à s'exprimer sur le fond des affaires, à moins qu'un juge du fond ne s'engage dans un raisonnement manifestement erroné. Ils ne jouent pas le rôle de conseiller, et ne sont pas autorisés à dévoiler des informations qui n'ont pas été rendues publiques. La mise en place de ces points de contact est notamment rendue possible par la taille modérée des Pays-Bas et, *a fortiori*, le nombre restreint de juridictions sur le territoire (onze cours régionales en première instance et quatre cours régionales d'appel).

iii. L'organisation de semaines d'observation à la *Hoge Raad*

La Présidente de la Cour suprême des Pays-Bas souligne l'importance d'échanger avec les juges du fond et de s'assurer que ces derniers aient connaissance de la manière dont les affaires sont traitées au niveau de la cour supérieure.

C'est pourquoi les juges du fond sont autorisés à rester quelques semaines à la Cour en qualité d'observateur, en vue de découvrir les méthodes et modalités de travail au sein de la juridiction. Autoriser un juge à passer quelques semaines en qualité d'observateur n'engage pas la Cour à le recruter et, à l'inverse, ne témoigne pas forcément de l'intérêt du juge à être recruté.

A l'inverse, les membres de la Cour peuvent également être autorisés à passer quelques semaines dans les juridictions du fond. Toutefois, cette pratique est très peu développée compte tenu du coût de tels stages et des effectifs limités de juges siégeant à la *Hoge Raad*, faisant de chacun d'eux un maillon indispensable.

iv. L'organisation de réunions avec les juges du fond

Des réunions ponctuelles sont organisées avec les juges de contact, d'un autre type que ceux précédemment présentés. Ces réunions, auxquelles les membres de la *Hoge Raad* peuvent assister en qualité d'observateur, offrent la possibilité de discuter de divers sujets selon une approche générale, sans rentrer dans le détail des affaires particulières. Ces rencontres constituent également l'occasion de discuter du rapport annuel.

b. Le dialogue entre la Cour et le législateur

Engager un dialogue avec le législateur constitue un enjeu essentiel pour la Cour suprême néerlandaise et vient satisfaire un intérêt commun entre les deux institutions. Le dialogue avec le législateur repose sur quatre moyens distincts :

- La motivation des arrêts.

- La possibilité, prévue par la loi, pour le Président et le Procureur général¹, de conseiller le législateur et de lui suggérer des réformes.
- La possibilité de mettre en lumière dans le rapport annuel publié par la Cour la jurisprudence relative aux textes de lois adoptés. Le législateur voit d'un bon œil le fait que la Cour appelle l'attention des parlementaires sur des points spécifiques.
- L'organisation de débats avec le Parlement.

3° - La légitimité de la Cour suprême néerlandaise

L'enjeu de la légitimité est particulièrement important dans un contexte où aucune autorité n'est définitivement acquise ; la légitimité doit perpétuellement être démontrée en vue d'être maintenue. L'idée de « mériter » la confiance des justiciables s'impose désormais tant dans la culture néerlandaise que dans le contexte français.

Les néerlandais témoignent d'une profonde confiance à l'égard de l'institution judiciaire ; en effet, les statistiques rendent compte d'une confiance accordée par environ 70% de la population.

Différentes réformes ont été menées dans l'objectif de renforcer la légitimité de la Cour. Ces initiatives portent sur la composition de la Cour, la politique de transparence ainsi que la communication de la juridiction. La Présidente, à l'occasion de son audition, souligne l'importance de la représentativité de la Cour suprême néerlandaise comme facteur de légitimité.

a. La représentativité comme facteur de légitimité : principe et limites

Si la représentativité d'une juridiction est susceptible d'être perçue comme un facteur de légitimité, il est important de garder à l'esprit qu'il n'existe aujourd'hui pas de règles contraignantes en matière de diversité, l'objectif principal demeurant la nomination de juges en considération de leurs compétences.

b. Un défaut de représentativité du corps social constaté

Au sein de la *Hoge Raad*, très peu de juges sont d'origine étrangère. En outre, la juridiction a longtemps été composée d'un nombre limité de femmes ; toutefois, la Cour tend progressivement vers la parité (la juridiction compte désormais 40% de femmes).

Néanmoins, une certaine forme de diversité s'exprime dans les expériences professionnelles des juges de la Cour suprême néerlandaise. En effet, parmi eux, on compte à la fois des anciens juges du fond, des juristes, des universitaires, des avocats ou encore des inspecteurs fiscaux.

¹ La Présidente de Groot insiste sur le fait que ce sont la Présidente et le procureur général eux même et non la Cour qui formulent ces propositions, afin d'assurer un plein respect de l'indépendance juridictionnelle de la Cour

c. La volonté d'encourager la diversification des profils

C'est à la lumière de ces défauts en termes de diversité que la Présidente s'interroge sur les politiques à mettre en place en vue de faciliter l'intégration au sein de la Cour suprême des Pays-Bas de magistrats plus représentatifs du corps social. En effet, la Cour aspire aujourd'hui à une composition plus équilibrée en considération de différents facteurs, à l'instar de l'âge, du sexe, de l'expérience professionnelle, des origines...

4° - Le bureau scientifique

a. Le contexte dans lequel s'inscrit la création du bureau scientifique

Au fil des années, la Cour suprême des Pays-Bas a dû faire face à une augmentation du nombre d'affaires à traiter.

Face à la nécessité de traiter avec célérité un nombre de dossier croissant, un mécanisme de filtrage des pourvois été mis en place. Le filtrage résultait depuis 1988 essentiellement de l'application de l'article 81 de loi sur l'organisation judiciaire, permettant un rejet par voie de motivation abrégée. Depuis le 1er juillet 2012, l'article 80a de la loi sur l'organisation judiciaire prévoit également une non-admission *ab initio*, permettant de sélectionner en début de procédure les pourvois.

Toujours pour faire face à cet afflux de dossiers a été créé, en 1978, un bureau scientifique apportant son appui aux conseillers et avocats généraux de la *Hoge Raad*. Ce bureau scientifique comprend entre 80 et 90 juristes ; il est composé de profils spécialisés recrutés pour une durée de six ans. Une des questions faisant actuellement l'objet de débats consiste à savoir si, au terme de ces six ans, ces chercheurs doivent ou non rester à la Cour suprême. Aujourd'hui, les membres du bureau scientifique, enrichis de leur expérience à la *Hoge Raad*, bénéficient de belles perspectives de carrière, notamment dans les juridictions du fond ; disposer de juges maîtrisant la technique de cassation est particulièrement apprécié.

b. La fonction du bureau scientifique

Les membres du bureau scientifique conduisent des recherches préliminaires, parmi lesquelles on compte l'analyse des dossiers, la collecte de fonds documentaires ou encore la recherche de la jurisprudence rendue par les juridictions nationales ou supranationales (notamment la Cour européenne des droits de l'homme). Ils participent également à la rédaction de projets de conclusions et de jugements ainsi qu'au tri des pourvois.

Si les membres du bureau scientifique constituent une aide précieuse pour les magistrats déchargés d'un certain nombre de leurs tâches, ils ne s'immiscent pas dans les débats entre les juges, qui ne sont pas liés par les travaux du bureau scientifique.

c. La politique de recrutement des membres du bureau scientifique

Les membres du bureau scientifique sont souvent repérés par le biais de réseaux universitaires ou d'événements organisés par la Cour à cette fin.

La détection de profils compétents est plus ou moins aisée selon la matière concernée : ainsi, s'il n'existe pas de difficulté à recruter des profils en matière civile, le défi s'avère plus difficile à relever en matière pénale et fiscale.

Concernant la rémunération, si elle est convenable, équivalente à celle d'un jeune juge, peu de perspectives d'augmentation de salaire existent.

d. L'organisation du bureau scientifique

Dans les chambres fiscale et pénale, chaque juge dispose d'un chercheur du bureau scientifique. Dans la chambre civile, les juges ont davantage tendance à traiter seuls les dossiers.

Les chercheurs mis à la disposition des juges varient d'une affaire à l'autre ; ainsi ils ne se voient pas accaparés par un unique magistrat.

Le juge au cœur des processus transformateurs¹

Mireille Delmas-Marty, Professeur émérite au Collège de France, membre de l'Institut

Nous vivons depuis vingt ans une multiplicité de crises quasi-permanentes : crise sécuritaire avec les attentats terroristes, puis crises humanitaires avec les naufrages de migrants en Méditerranée, ensuite crise économique et financière, sociale sous la forme inattendue des « gilets jaunes », climatique avec le dérèglement de l'écosystème, et enfin crise sanitaire avec l'actuelle pandémie de Covid-19. La déstabilisation des systèmes politiques, démocratiques et juridiques qui en résulte peut être comprise comme un phénomène lié à la mondialisation, source d'interdépendances très fortes entre les États.

Si la plupart des défis de nos sociétés se posent déjà à l'échelle globale, les réponses, en l'absence d'État mondial, doivent néanmoins être essentiellement trouvées à l'échelle nationale. Il existe ainsi un écart de plus en plus net entre le problème à résoudre et le lieu où la solution doit être recherchée, celui d'un territoire délimité par des frontières et sur lequel s'exerce la souveraineté d'un pouvoir politique. Paradoxalement, ces interdépendances ont aussi conduit à un transfert des pouvoirs en dehors des États. En témoignent les pouvoirs croissants des institutions européennes et onusiennes, des entreprises transnationales, ainsi que le pouvoir émergent des scientifiques, global par sa nature, enfin le pouvoir naissant des acteurs civiques. Cet écart est particulièrement frappant en France où l'État reste « la trame de fond » sur laquelle s'est construite la Nation². L'action étatique s'inscrit désormais à l'intérieur des contraintes posées par un nouvel ordre transnational, à peine esquissé, dans lequel les pouvoirs économiques privés et les diverses organisations internationales sont des acteurs à part entière qui déploient des stratégies autonomes avec lesquelles l'État doit désormais composer et interagir, y compris dans l'élaboration des normes destinées à les régir³.

Face à ces interdépendances et à la multiplication des contre-pouvoirs non-étatiques, la démocratie est ébranlée et la crise de l'État de droit presque inéluctable, car la démocratie s'est essentiellement construite autour des pouvoirs étatiques. Une telle évolution appelle à repenser tous nos repères, qu'ils soient juridiques, logiques, économiques, anthropologiques ou politiques. Pour le juriste, l'apprentissage de la complexité est désormais un préalable pour penser un droit nécessairement en mouvement. C'est la condition pour que le juge continue d'occuper une place centrale à l'intérieur de ces processus transformateurs.

L'apprentissage de la complexité

Certes il serait possible de répondre à des défis globaux par le droit de façon simple. Il suffirait de mettre en place un système hégémonique, par extension du droit du pays le plus puissant au reste de la planète. Il y a déjà l'exemple du droit américain pour les délits financiers et l'on devine le rêve chinois à l'horizon des « Nouvelles routes de la soie »⁴. Mais jusqu'à présent aucun empire n'a fonctionné à l'échelle planétaire.

¹ L'auteur tient à remercier son assistant de recherche Hugo Pascal pour sa précieuse contribution à la mise au point de cette communication.

² Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'occasion des 80 ans de la Revue Esprit. Table-ronde sur les transformations de l'État, effacement ou montée en puissance ?, 8 avril 2013.

³ *Ibid.*

⁴ Li Bin, « Les Nouvelles routes de la soie : un nouveau paysage pour cartographier l'évolution de la gouvernance mondiale », *Revue européenne du droit*, mars 2021.

L'image traditionnelle à laquelle se réfère la pensée juridique est celle de la pyramide de normes, construite par chaque État de façon linéaire, hiérarchique et statique. Or, dans l'univers de la mondialisation, les systèmes juridiques sont pluriels, interactifs, combinatoires et évolutifs, car il se construisent à partir d'interactions qui relèvent de logiques non standard, comme la logique des ensembles flous (*fuzzy logic*). Cette logique, formelle mais graduée, consiste à évaluer le degré de proximité d'une pratique par rapport à la norme de référence et à déterminer un seuil de compatibilité au-delà duquel la pratique est jugée incompatible. La régulation se développe désormais *de facto* dans un nouvel espace non euclidien, conçu comme un champ ouvert, hétérogène, et instable, organisé selon des interactions multiples. Une étude attentive des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) montre que le flou n'est pas toujours synonyme d'arbitraire et d'incohérence : on peut construire un raisonnement logique et prévisible avec des concepts flous, à condition que le juge fasse un effort de transparence pour expliciter ses critères et de rigueur pour appliquer les mêmes critères avec la même pondération d'une affaire à l'autre. Ainsi formalisée, la logique floue permet d'adapter le raisonnement juridique à des situations trop imprécises pour être pensées en logique binaire et conduit à remplacer une décision de « conformité » par une décision de compatibilité.

La notion autonome de « matière pénale » en est un exemple frappant. Alors que traditionnellement est « pénal » ce que le législateur a qualifié tel, la CEDH a développé l'idée selon laquelle les garanties du régime juridique propre au droit pénal pouvaient s'étendre dans les domaines voisins dits « matière pénale ». Encore faut-il que le juge explicite les critères d'application de ce concept (transparence). Qu'est-ce qui fait qu'une norme ou une sanction soit suffisamment proche du pénal pour imposer le respect de règles plus exigeantes (légalité, non rétroactivité, etc) ? La Cour a posé plusieurs critères, tels la sévérité de la sanction ou encore la généralité de l'infraction. Rationnelle, la logique floue devient nécessaire dans un univers juridique qui devient de plus en plus imprécis à mesure qu'il se mondialise. Mais elle implique un transfert de pouvoir à l'interprète (le juge ou l'organe assimilé) et ne sera prévisible qu'à la condition que la motivation soit transparente et le raisonnement rigoureux. Encore faut-il ajouter que le flou s'accompagne parfois d'un droit mou (non obligatoire) et doux (non sanctionné). L'anglais, qui confond les trois termes, oppose différentes sortes de *soft law* (le flou, le mou, le doux) au *hard law* (le précis, l'obligatoire et le sanctionné). Apparemment moins contraignante, la *soft law* est souvent plus efficace, et parfois même plus répressive, que la *hard law*.

La *compliance* en fournit un bon exemple, car le mécanisme des *deals of justice*⁵, qui est à l'origine de cette mise en conformité constitue originellement un assouplissement du droit pénal américain. Il offre la possibilité, au lieu de lancer un procès pénal, de procéder à une négociation entre l'accusation et la défense, afin de renoncer aux poursuites pénales. Le procureur épargne des années de recherche des preuves ; tandis que l'accusé évite un long procès qui peut déboucher sur des peines de prison très lourdes pour les dirigeants accusés, et porter durablement atteinte à l'image de l'entreprise. Tout le monde y trouve son intérêt, y compris le Trésor américain qui reçoit le montant d'une amende qui peut se chiffrer en milliards de dollars.

La RSE fournit un autre exemple d'interaction entre *soft law* et *hard law*. Au départ, il s'agissait d'une responsabilité au sens anglais, c'est-à-dire une participation aux décisions au sein de l'entreprise, mais sans le devoir d'en rendre compte. Néanmoins, cette *soft law* se

⁵ A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2014.

durcit au fil du temps en raison des conséquences attachées aux engagements des entreprises. Des engagements, même spontanés et volontaires, peuvent ensuite être invoqués contre les entreprises afin de mettre en cause leur responsabilité, juridique cette fois-ci⁶. Plusieurs incriminations, comme par exemple le délit de publicité mensongère ou certains délits du Code du travail, en permettant de lancer un procès en responsabilité, déclenchent des processus transformateurs.

Il en va de même avec les nouveaux « procès climatiques », intentés non seulement contre des États, mais aussi contre des entreprises, comme l'illustre la condamnation de l'entreprise Shell par un tribunal néerlandais, le 26 mai dernier, à réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 45 % d'ici 2030⁷. La loi française sur le devoir de vigilance⁸, adoptée en 2017 à la suite de l'incendie de l'atelier de textiles du Rana Plaza au Bangladesh, et les projets qui étendraient ce devoir de vigilance au niveau européen⁹, contribuent à cette responsabilisation et permettraient par-là repenser la relation entre acteurs privés et droits de l'homme, essentiellement comprise jusqu'alors au sein d'une relation entre individus et États. Façon de durcir la *soft law*, ce dispositif impose aux entreprises le devoir de vérifier ce qui se passe tout au long de la chaîne de valeur, y compris dans les filiales et chez les sous-traitants et nourrit des embryons jurisprudentiels ou législatifs dans de nombreux pays européens, du Royaume-Uni¹⁰ au Pays-Bas en passant par la Norvège.

Enfin, même si l'on ne mesure pas encore tout à fait les bouleversements qui pourraient naître de la loi Pacte de 2019¹¹ sur la raison d'être des entreprises et l'intérêt social élargi, on peut estimer que le durcissement de ces notions pourrait devenir l'un des processus contribuant à consacrer une économie des biens communs dessinant une nouvelle anthropologie entre humanité et nature.

Penser un droit en mouvement

À l'évidence, le droit est en mouvement : c'est pourquoi les phénomènes normatifs émergents ne peuvent être pensés selon la seule métaphore de la pyramide des normes. En dépit des piliers, des socles, des droits fondamentaux, nous sommes entrés dans une zone de turbulence, par nature instable. Certes la métaphore des réseaux rend mieux compte des horizontalités (réseaux des villes, des juges), que celle de la pyramide¹², mais elle ne suffit pas à exprimer cette instabilité croissante qui caractérise nos sociétés. D'où la métaphore des

⁶ P.-L. Périn et H. Pascal, « La RSE : une mutation des relations entre Etats et entreprises », *RISP*, octobre 2020.

⁷ H. Miller et L. Hurst, "Shell on Trial as Court Weighs Its Climate Responsibility", *Bloomberg*, 25 mai 2021.

⁸ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁹ Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises [2020/2129(INL)].

¹⁰ *Lungowe c. Vedanta Resources plc* [2019] UKSC 20 : "Even where group-wide policies do not of themselves give rise to such a duty of care to third parties, they may do so if the parent does not merely proclaim them, but takes active steps, by training, supervision and enforcement, to see that they are implemented by relevant subsidiaries. Similarly, it seems to me that the parent may incur the relevant responsibility to third parties if, in published materials, it holds itself out as exercising that degree of supervision and control of its subsidiaries, even if it does not in fact do so. In such circumstances its very omission may constitute the abdication of a responsibility which it has publicly undertaken."

¹¹ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

¹² F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

nuages et des vents¹³. Au-delà des problèmes habituels de traduction (l'État de droit n'est pas un synonyme de *rule of law*, les droits de l'homme peuvent renvoyer à l'État soumis au droit comme à l'État qui fait des lois, le droit commun n'a pas le même sens que la *common law*, etc.), il faudrait remplacer les « concepts fondateurs » par des « processus transformateurs ». Dès lors, petit à petit, subrepticement on subvertit le sens des mots : c'est ainsi que la souveraineté qui se voulait « solitaire » pourrait devenir « solidaire ».

En résumé, on ne peut ni choisir entre le souverainisme (trop étroit) et l'universalisme (trop uniformisant), ni enfermer les systèmes de droit dans une logique hiérarchique et binaire ; ni admettre l'appropriation des biens communs mondiaux par les États ou les ETN ; ni transposer la séparation des pouvoirs à l'échelle d'un gouvernement du monde, ne serait-ce que parce qu'il n'existe pas de pouvoir exécutif mondial, ni de législateur mondial. C'est pourquoi le juriste doit être innovant et le droit novateur. Il ne s'agit pas de donner libre cours à une imagination débridée, mais simplement de sortir des sentiers battus, parce que la réalité n'y passe plus. Elle passe par une complexité qui pourrait paradoxalement renforcer la justice et par de nouveaux récits d'anticipation qui devraient contribuer à équilibrer la force.

Le juge au centre des processus transformateurs

La polycrise actuelle pourrait donner au juge et au procès un rôle central pour panser les plaies de la civilisation. Dans un contexte où les relations internationales se sont vues confiées à d'autres institutions de nature technique ou économique sans que les voies d'une nouvelle gouvernance mondiale démocratique aient pour autant été tracées, certains ont pu prédire le caractère périphérique du droit et des juges dans la mondialisation¹⁴. Pourtant, le développement de l'arbitrage international et la multiplication des mécanismes privés de règlement de différends ne suffisent pas à conforter cette affirmation. Juges et procureurs demeurent les nécessaires tiers garants de l'impartialité entre acteurs publics. Ils sont désormais organisés en réseaux, condition essentielle dans un État de droit qu'avocats et autres juristes contribueront à vivifier. Plus encore, ils participent à l'élaboration de nouveaux standards, assurant pleinement leur rôle d'« ingénieurs sociaux »¹⁵, et leur montée en puissance contribue à dessiner une possible refondation des pouvoirs¹⁶.

En invalidant partiellement la loi climat du 12 décembre 2019 au nom des droits fondamentaux des générations futures, le Tribunal de Karlsruhe illustre remarquablement cette créativité du juge. Il affirme qu'« *il n'est pas tolérable de permettre à une certaine génération d'épuiser la majeure partie du budget résiduel de CO₂ en ne réduisant les émissions que de façon relativement modérée, si une telle approche a pour effet de faire porter aux générations qui suivent un fardeau écrasant et de confronter ces dernières à une vaste perte de leur liberté. À l'avenir, même des pertes graves de liberté seront susceptibles d'être justifiées au regard du principe de proportionnalité du droit constitutionnel en vue de lutter contre le changement climatique* ».

Si l'on songe aussi à la pandémie, une telle affirmation montre que les valeurs s'affrontent inévitablement et qu'il revient au juge d'appliquer le principe de proportionnalité,

¹³ M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde – Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016.

¹⁴ M. Shapiro, "The Globalization of Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Fall 1993.

¹⁵ R. Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", *Harvard Law Review* 24 (1911), pp. 591-619.

¹⁶ M. Delmas-Marty, *La Refondation des pouvoirs : Les Forces imaginantes du droit*, 3, Seuil, 2007.

donc d'en définir les critères. Une autre illustration peut être trouvée dans les efforts du juge pour répondre aux défis posés par la *gig economy*, et en particulier par le statut des travailleurs des nouvelles plateformes, la Cour suprême de cassation italienne considérant par exemple depuis une décision du 24 janvier 2020 que tout travail organisé par autrui (*lavoro etero-organizzato*) bénéficiera de l'ensemble du droit du travail, sauf convention collective spécifique, se confrontant ainsi à la difficile appréhension de nouvelles pratiques par les catégories traditionnelles.

Dans certains domaines, allant de l'économie digitale au droit de la concurrence en passant par le droit des consommateurs, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) est aussi devenue un lieu de régulation mondiale et a déjà beaucoup contribué à la conceptualisation de standards mondiaux¹⁷. Seulement, elle ne peut pas être la seule institution en charge du contrôle démocratique. Il est important en Europe d'avoir deux cours suprêmes : une cour des droits de l'homme et une cour réservée au début au « marché commun ». Bien qu'elle ait incorporé aujourd'hui les droits fondamentaux inscrits dans la Charte européenne de 2000, la CJUE ne remplace pas la CEDH en matière de droits de l'homme. Maintenir cette bipolarité (marché/ droits de l'homme) à partir des deux cours (CJUE et CEDH), est peut-être l'une des clés d'un équilibre dynamique. À l'échelle mondiale on peut imaginer un équilibre analogue entre l'organe d'appel de l'OMC, le panel d'experts de l'OIT, ainsi que le Comité de l'ONU pour les droits de l'homme ; à condition que l'on renforce leur contrôle sur les droits humains. On pourrait même imaginer une Cour des biens communs qui serait chargée de la mise en cohérence de l'ensemble. À moins que la Cour internationale de justice devienne suffisamment autonome pour jouer ce rôle.

Il n'en demeure pas moins que les juges nationaux sont paradoxalement parmi les premiers appelés à jouer un rôle essentiel dans cette nouvelle reconfiguration des pouvoirs. Mais le paradoxe n'est qu'apparent. En effet, la complexité croissante des normes et la superposition des institutions juridiques appellent à plus de cohérence : comme on l'a vu plus haut, l'Etat n'est plus toujours soumis à une obligation de conformité mais à une obligation de compatibilité. En étendant la marge d'interprétation du juge national, la complexité accroît son rôle. Encore faut-il tirer les conséquences méthodologiques du passage d'un système juridique simple à un système complexe : une motivation plus explicite de la décision est donc nécessaire, qu'il s'agisse de définir les critères de compatibilité ou de les pondérer.

C'est précisément le rôle du juge, surtout s'il est membre d'une Cour suprême, de contribuer à l'articulation de ces différents fragments pour en faire un « État de droit », notion elle-même interactive, définie par des échanges verticaux mais aussi horizontaux, au croisement des savoirs et des pratiques. L'« État de droit » ainsi compris n'est ni répétitif, ni incantatoire car il se révèle bien plus complexe que le « mantra », invoqué sans être appliqué. Les dernières décisions du Conseil constitutionnel sur l'état d'urgence en témoignent d'ailleurs. Soumis au reproche récurrent de gouvernement des juges, les juges ont néanmoins acquis une véritable légitimité. Plus le pouvoir parlementaire paraît affaibli, plus forte est en effet la nécessité d'un autre contre-pouvoir étatique. Celui des juges semble, à ce titre, mieux adapté que les contre-pouvoirs exercés par des groupes d'intérêts, des GAFAM aux grands groupes économiques. Il faut donc réaffirmer cette légitimité et donner au juge les moyens de l'exercer, notamment en termes de statut garantissant son indépendance et son impartialité.

Il est temps de prendre conscience de l'ampleur du phénomène auquel nous assistons car la montée en puissance des juges s'accompagne d'une complexité croissante des rapports

¹⁷ A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

hiérarchiques au niveau des cours suprêmes : à la verticalité s'ajoute en effet un mode de fonctionnement en réseau horizontal et interactif. C'est donc un véritable défi qu'elles doivent aujourd'hui relever et la Cour de cassation semble particulièrement bien armée y pour faire face. Son appartenance à l'Europe combinée au principe de l'applicabilité directe des normes internationales, lui donne les moyens d'une meilleure appréhension de la transformation d'un ordre juridique purement national vers une vision multilatérale qui lui permettra d'avancer « Sur les chemins d'un *Jus commun* universalisable », pour reprendre le titre d'un livre tout récent¹⁸. Nous rapprochant ainsi d'un ordre juridique mondial fondé sur des objectifs communs et sur une coopération solidaire, prenons le pari que la Cour de cassation jouera un rôle essentiel dans cette évolution.

¹⁸ *Sur les chemins d'un Jus commune universalisable*, Mireille Delmas-Marty, Kathia Martin-Chenut et Camila Perruso, eds, Mare&Marin, 2021



Commission de réflexion Cour de cassation 2030

Audition de Ian Forrester, ancien juge britannique au Tribunal de l'Union européenne

18 mars 2021

a) L'Etat de droit

Ian Forrester a soutenu que la légitimité des actions de l'administration dépend d'un contrôle juridictionnel authentique et visible. Ce contrôle est crucial puisqu'en son absence l'ensemble des activités de l'administration risquerait d'être qualifié d'arbitraire. Ainsi, l'intervention du juge ne doit pas être perçue comme un affaiblissement de l'administration mais, au contraire, comme un renforcement de sa crédibilité par l'obtention de la confiance du justiciable.

Ian Forrester a illustré les enjeux du contrôle juridictionnel au Royaume-Uni dans le contexte particulier du Brexit. Il évoque l'affaire Miller (janvier 2017) dans laquelle la cour suprême a jugé que le Gouvernement ne dispose pas de la prérogative de décider seul du retrait de l'Union européenne sans l'accord préalable du Parlement exprimé en vertu d'une loi. Puis, dans une décision de septembre 2019, la Cour suprême a dû statuer, sur la licéité de la recommandation, faite par le Premier ministre Boris Johnson à la Reine, de suspendre (*prorogation* en anglais) le Parlement. La *prorogation*, qui est une suspension des initiatives législatives et des adoptions des projets de loi, ne peut être prononcée que par la Reine, en vertu de ses *prerogative powers*. Or, l'entrevue entre la Reine et le Premier ministre avait eu lieu à quelques semaines de la sortie effective du Royaume-Uni de l'UE. L'affaire Miller/Cherry pose à la Cour la question de savoir si le Premier ministre n'a pas recommandé à la Reine de suspendre le Parlement afin de pouvoir librement accéder au « no-deal Brexit », et donc échapper à sa responsabilité devant le Parlement. La Cour suprême confirme que la *prorogation* était volontaire et dans le but de laisser libre cours au Gouvernement de mener à bien le « no-deal Brexit », et rejette l'argument de la défense en rappelant que tout tribunal de Common Law est dans l'obligation de faire respecter la loi et la Constitution, et donc surveiller que le principe de souveraineté parlementaire est bien respecté, ce qui ne va pas à l'encontre de la séparation des pouvoirs. La Cour en conclut que la décision de suspendre le Parlement n'est illégale que si l'objectif de la prorogation est d'empêcher, sans justification raisonnable, le bon exercice du pouvoir législatif en vertu de la Constitution.

Enfin, Ian Forrester a constaté de réels progrès dans l'exercice de ce contrôle juridictionnel, tant à Luxembourg qu'à Strasbourg, malgré les fortes réticences des pays de l'Est.

b) L'efficacité de la justice

- *La rédaction des décisions*

Ian Forrester est convaincu que les décisions de justice doivent être écrites pour le justiciable. Si la perfection intellectuelle reflétée dans la rédaction des décisions est une bonne chose, elle ne suffit pas. Aussi, il convient d'être concis.

En outre, Ian Forrester a souligné l'amélioration du style de rédaction des décisions françaises, peu compréhensibles pour les étrangers il y a 15 ans. La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), quant à elle, doit également poursuivre ses efforts en termes de rédaction des ordonnances d'irrecevabilité et de certains arrêts ne soulevant pas de difficultés particulières. Ainsi, il ne faut pas perdre de vue qu'une décision contestée vaut mieux qu'une décision incomprise.

- *Les plaidoiries*

Ian Forrester a soutenu que les plaidoiries des avocats participent à renforcer la justice par des débats francs sur des questions délicates. Or, la distanciation sociale que l'on connaît aujourd'hui rend plus rares ces plaidoiries, qui ne peuvent être compensées par la lecture des arrêts¹.

En outre, Ian Forrester a affirmé qu'un observateur extérieur est bien souvent étonné par le silence des juges lors d'une audience en France. Ce silence peut s'expliquer par la crainte des juges de ne pas être impartial, mais aussi par les obligations du code de déontologie. A l'inverse, les juges anglo-saxons n'hésitent pas à formuler des questions de fond sur l'affaire. Ainsi, le dialogue entre les juges et les avocats peut être intense et s'étendre sur plusieurs jours.

Ian Forrester a en ce sens insisté sur la nécessaire collaboration entre les juges et les avocats. A titre d'exemple, au Royaume-Uni les avocats et les magistrats participent ensemble à des séminaires. De même, l'ensemble des juges britanniques ont d'abord été avocats. Ils appartiennent ainsi à la même corporation, facilitant leurs échanges sur les affaires qui leur sont soumises. Les avocats participent même à la rédaction des décisions de justices, par exemple s'agissant de la formulation de questions préjudicielles.

c) L'accès à la justice notamment pour les plus démunis

Ian Forrester a affirmé que l'aide juridictionnelle est aujourd'hui mise à mal au Royaume-Uni. A titre d'exemple, il s'est appuyé sur une affaire relative la transfusion de sang contaminé par le virus de l'hépatite C. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si la contamination indécélable du sang pouvait être considérée comme un produit défectueux sur le fondement du droit de l'Union européenne. Cette affaire était très importante et regroupait pas moins de 120 parties pour une somme totale de 9 millions d'euros. Ces parties ont pu être représentées grâce à l'aide juridictionnelle. Or, en 2008, l'aide juridictionnelle a été drastiquement réduite et les critères d'éligibilité ont été strictement encadrés en fonction du revenu du client et du litige. Ainsi, cette évolution de la législation est inquiétante puisque sans fonds, l'individu doit se défendre sans avocats.

¹ Jean-Denis Bredin et de Thierry Levy, *Convaincre : dialogue sur l'éloquence*, ed Odile Jacob, 2002

Ian Forrester a dressé en ce sens deux conclusions sur l'aide juridictionnelle.

- D'une part, le système judiciaire n'accorde pas aux démunis un accès à la justice digne d'un pays respectueux de l'Etat de droit. En effet, la réduction systématique du budget de l'aide juridictionnelle entrave l'accès à la représentation. Il appartient ainsi aux juges de rappeler à l'administration qu'il faut dépenser pour assurer un régime digne d'un pays avancé. Ian Forrester a notamment pris l'exemple des avocats newyorkais qui doivent déclarer au *Chief judge* leur part d'activité *pro bono*.
- D'autre part, Ian Forrester a souligné que dans quelques années de nouveaux contentieux vont surgir du fait de la pandémie. Aussi, de plus en plus de justiciables vont solliciter les tribunaux et l'aide juridictionnelle.

d) Les risques de l'inflation législative

La pandémie marque une inflation législative. En effet, pas moins de 6 142 textes de toute nature ont été adoptés sur la période de février à avril 2020 en France. Or, lorsque la loi ne définit pas un principe mais une série de règles ad hoc, il devient très difficile d'identifier l'esprit de la loi. Le législateur est donc contraint d'adapter les textes au regard des décisions de justice. Ainsi, Ian Forrester a invité la Cour de cassation, aux côtés du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, à entamer une démarche solennelle pour appeler l'attention des pouvoirs publics sur les conséquences et risques de cette inflation législative.

e) Le dialogue des juges

Avec la construction européenne, la coopération, l'harmonisation entre les législations et la confiance mutuelle entre les pays se développent. A ce titre, la France élabore depuis 60 ans des règles sur de nombreux sujets avec ses partenaires européens (criminalité, médicaments, véhicules...), source de véritables opportunités pour les citoyens.

Néanmoins, les tribunaux nationaux sont parfois hésitants à l'idée de poser une question préjudicielle à la CJUE, eu égard à la longueur de la procédure, à la possible reformulation de leur question, et à la peur de voir leur jurisprudence critiquée. Ces sentiments expliquent notamment les fréquences auxquelles les Etats membres posent des questions préjudicielles. A titre d'exemple, l'Ecosse a posé 15 questions préjudicielles en 60 ans, alors que la Lettonie a posé 40 questions préjudicielles en seulement 15 ans². Aussi, il existe de réelles disparités entre les Etats membres.

Ian Forrester a également souligné que si les pays de l'Est invitent régulièrement la CJUE à donner son avis sur leur jurisprudence, la France et Royaume-Uni sont beaucoup plus combatifs. Cette position est perçue positivement par la CJUE puisqu'elle lui permet de défendre ses décisions contre les critiques. Aussi, les juridictions nationales ne doivent pas hésiter à demander des éclaircissements à la Cour, comme en témoigne le contentieux récurrent du foulard

² Voir le rapport annuel de la CJUE

islamique³. En tout état de cause, ces demandes d'éclaircissement permettent toujours de clarifier la jurisprudence de la CJUE.

Enfin, Ian Forrester a conclu que les juridictions nationales ne doivent pas avoir peur de la critique émanant d'une juridiction extérieure, comme la CJUE a pu craindre la critique de la CEDH dans son avis 2/13. La CJUE peut tenir compte des particularités de la jurisprudence des Etats membres⁴ permettant ainsi aux normes nationales et européennes de coexister.

³ Ian Forrester a notamment fait référence à l'affaire *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme c/ Micropole SA* du 14 mars 2017, C-188/15

⁴ Ian Forrester a fait référence à la jurisprudence relative aux abattoirs juifs de Flandres.

Cour de cassation 2030

Audition

Guillaume Fradin, responsable de la communication de la Cour de cassation

Je suis honoré d'avoir été invité à intervenir au sein du groupe de réflexion '*Cour de cassation 2030*' et particulièrement sensible au fait que, pour la première fois, notre juridiction me propose de penser la communication sans bride.

Permettez-moi de dire « *notre* » juridiction : je ne suis ni magistrat, ni greffier, mais voilà un peu plus de huit ans que j'exerce mes fonctions au sein de cette institution en qualité de professionnel de la communication et je dois reconnaître que mon attachement à cette vénérable maison n'a cessé de croître à mesure que j'ai senti possible son ouverture à davantage de communication.

Sans bride donc. Les brides peuvent être nombreuses et de différentes natures : souvent nécessaires (matérielles, budgétaires, temporelles, logiques qui structurent et animent un champ professionnel, un champ institutionnel ou politique...); irrésistibles parfois (culturelles, philosophiques, historiques...). Or, lorsque Messieurs les présidents Cathala et Potocki m'ont invité à intervenir, c'est en me demandant de faire preuve d'audace, en m'invitant à '*rêver*'. J'essaierai. '*J'essaierai*' car j'ai peut-être fini, à mon tour, par intérioriser certaines des préventions qu'entretiennent les acteurs du champ judiciaire à l'égard de la communication.

Par prudence donc, je rêverai éveillé.

Je me livrerai d'abord à un développement à portée générale sur le rapport du judiciaire à la communication, puis je formulerai quelques propositions pour les dix prochaines années.

I. La confrontation des logiques judiciaire et communicationnelle

Les champs judiciaire et communicationnel obéissent à des logiques difficilement compatibles. Cette faible compatibilité tient, notamment, à la nature même de la mission remplie par le magistrat, ainsi qu'au déficit d'image dont souffre le corps depuis la fin de l'Ancien Régime.

1. Des contraintes professionnelles

Les contraintes qui pèsent sur l'institution judiciaire, et plus particulièrement sur le magistrat du siège, réduisent considérablement la marge de manœuvre dont dispose le communicant.

a. Le secret du délibéré

Le délibéré est le cœur battant de la décision. Le secret empêche le communicant de s'imprégner pleinement de l'esprit de l'arrêt. Le communiqué, qui n'est pas un sommaire, se doit d'être pédagogique : il déborde nécessairement la lettre de la minute. Comment donc éclairer sans trahir ? Bien heureusement, une chaîne de confiance peut être établie entre les membres d'une juridiction et son communicant. En étroite collaboration avec la chargée de mission jurisprudence de la première présidence, le rapporteur et son président, je prends part active à l'écriture des communiqués. Pour autant, ma matière première est et restera l'écho plus ou moins dégradé échappé des débats. Quant au public, il continuera d'éprouver, face à la communication judiciaire, un sentiment de frustration né de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'émetteur de tout dire, de tout expliquer.

Il est tout de même important de souligner le fait que le nouveau mode de rédaction des arrêts et la motivation enrichie tendent à rendre la décision plus accessible.

b. L'acte de juger

Communiquer, c'est mettre en valeur, '*mettre en scène*', renoncer à une complète réserve. Et l'on ne peut reprocher au personnel judiciaire de faire preuve de frugalité communicationnelle : rendre une décision de justice c'est produire de la violence et pas seulement symbolique. En se prononçant, le juge donne tort à l'un, raison à l'autre. La base de travail du juge, ce n'est pas que le droit, c'est aussi la détresse. Un tribunal, c'est un lieu de souffrance, une souffrance qu'une surexposition de la décision peut amplifier, prolonger. L'action de communication peut être source d'humiliation, produire un dommage collatéral, être perçue comme l'ultime coup porté au perdant. Dans le champ judiciaire, la question de la communication doit toujours se poser au prisme de la dignité des parties et la décision ne jamais être présentée comme la manifestation écrasante du maintien de la paix sociale.

2. Un déficit d'image ?

a. De Saint-Louis...

Si déontologie et souci de l'Autre pèsent sur la communication judiciaire, cela ne veut pas dire que cette dernière ne peut pas produire des effets puissants, qu'elle n'est pas capable de frapper les esprits.

Au sein même de notre Cour, la statue de Saint-Louis nous le rappelle. Louis IX, le roi juriste, l'un des premiers '*communicants*' du monde judiciaire, a su marquer son temps jusqu'au nôtre en maniant le symbole. Le chêne n'est pas simplement l'image d'une transcendance, d'un lien entre Ciel et Terre. Le chêne, c'est un arbre ; un arbre pousse dans un jardin ; un jardin est un espace public, ouvert. Saint-Louis sous son chêne, c'est, rendue sensible, l'idée selon laquelle tout individu, quelle que soit sa condition, peut avoir accès au plus haut degré qualitatif de justice, simplement en pénétrant un jardin. Figure dont les historiens ont su mettre au jour la part d'ombre, Louis IX conserve néanmoins une place privilégiée dans l'imaginaire collectif : celle d'une bonne justice garantie au peuple, à l'équilibre entre clémence et fermeté (*voir les tableaux de Merson qui, de chaque côté de la statue de Saint-Louis, peignent la libération des prisonniers d'une part, le procès d'Enguerrand IV de Coucy d'autre part*).

De cette image du chêne, retenons que la communication est le véhicule par le transit duquel la justice peut se mettre à la portée du public. Mais pas seulement. La communication doit conduire les Français à éprouver le sentiment que la Cour de cassation est LEUR Cour suprême. En d'autres termes, la Cour de cassation doit continuer de s'ouvrir pour mieux laisser le public se la faire sienne. La Cour de cassation doit être ce '*jardin*', leur jardin.

b. ...aux Parlements d'Ancien Régime

Il est difficile de parler de communication dans le champ judiciaire sans évoquer le désamour traumatique qui existe entre la France et sa justice depuis la fin du XVIII^e siècle : en bloquant la plupart des réformes nécessaires à la modernisation du royaume, il semble que les Parlements d'Ancien Régime aient enraciné la crainte du juge dans l'esprit français. A cela, on s'opposera que la

plupart d'entre nous ne pensent pas '*Parlements*' lorsqu'ils jettent la pierre au magistrat, pour la simple et bonne raison que cet épisode prérévolutionnaire est peu connu. Mais je crois en l'existence d'un inconscient collectif forgé par une Histoire même mal ou pas transmise, un inconscient collectif qui irrigue les consciences individuelles tout en les dépassant : c'est la culture d'une Nation. Dans beaucoup d'autres pays, le juge est mieux considéré ; il n'est pas soupçonné d'être un obstacle au bon fonctionnement de la société. Il faut bien à cela qu'existe une cause culturelle. Difficile, en France, d'ouvrir un journal, d'allumer la radio, la télévision ou d'aller sur un site.fr sans lire « *gouvernement des juges !* ». L'un des enjeux de la communication judiciaire française des cinquante prochaines années est, à mon sens, de parvenir à déconstruire ce système de représentation qui fait du magistrat et de la machine judiciaire un organe hostile au bon fonctionnement du reste du corps social. Cet objectif n'est pas inatteignable, le lien avec le peuple pas à ce point distendu. Si ce traumatisme prérévolutionnaire a fait souche, c'est qu'il est savamment entretenu par des élites concurrentes de celle que forme la magistrature. Avant d'être le soulèvement d'un peuple, la Révolution française est la prédation d'une élite à l'égard d'une autre : la très haute bourgeoisie contre la noblesse. Depuis le XVIII^e siècle, les '*robes*' sont matées et nos élites contemporaines veillent à préserver cet héritage. Elites politique, institutionnelle, médiatique... Du pouvoir qu'elles se partagent, elles n'entendent pas céder un seul atome à une institution judiciaire qu'elles continuent de qualifier obstinément d''*autorité*', quand elles ne la relèguent pas au rang de simple '*service public*'... Campagne présidentielle de 2017 avec l'affaire Fillon, mise en cause de l'actuel garde des sceaux... Chaque fois que le traitement d'une affaire judiciaire peut avoir un impact sur la vie publique, l'on entend gronder, comme une alarme, les voix indignées qui mettent en garde contre la prise d'otage par le juge de notre destin collectif. Mais si ce fantasme furieux des Parlements (absence de légitimité, *hold-up*, coup d'Etat) ressurgit sans cesse et de façon irrésistible, c'est que les acteurs du champ judiciaire ne se donnent pas les moyens de lui opposer un système de représentation alternatif.

c. Et demain ?

Un renversement des croyances est pourtant possible.

Lorsque j'ai ouvert la Cour de cassation aux Journées européennes du patrimoine, je pensais répondre à un désir de culture historique et architecturale. A l'épreuve de leur rencontre avec le grand public, les magistrats ayant joué les guides ont tous pu en témoigner : en faisant le choix du 5 Quai, les visiteurs viennent avant tout à la rencontre des juges, découvrir leur métier, le fonctionnement de la juridiction, bien plus qu'ils ne cherchent la dorure ; ce dont ils ont soif, c'est de comprendre le rôle que joue la Cour de cassation dans leur vie. De la curiosité, de l'intérêt ; pas une once d'hostilité.

Lorsque l'Exécutif a tenté de soumettre la Cour de cassation au contrôle de l'Inspection générale de la justice, le premier président Louvel et le procureur général Marin ont fait le choix de contre-attaquer sur les réseaux sociaux. A cette occasion, le compte Twitter de la Cour a connu un niveau d'activité sans précédent : 6 000 nouveaux abonnés en un mois ; des 6 millions de vues de nos publications sur ce thème et des commentaires en soutien à foison. Comment ne pas être ému en lisant nos abonnés '*lambda*' (pas des professeurs, pas des chercheurs) donner le nom de Montesquieu, rappeler le principe de séparation des pouvoirs, et s'indigner qu'il soit porté atteinte à la Justice, c'est à dire, et pour reprendre leurs propres termes, à la Démocratie. Cette réaction aigüe en faveur du judiciaire tend à prouver qu'il existe bel et bien un terrain sur lequel le juge peut porter en germe le renouveau de sa légitimité. Ce terrain c'est, pour employer un anglicisme qui a fait

florès, celui du 'care' : en quoi la justice exerce-t-elle une influence positive sur nos vies quotidiennes ; comment la justice contribue-t-elle à harmoniser le fonctionnement de la société dans laquelle nous évoluons.

Cette représentation de contrepoids, c'est à la Cour de cassation de la construire puis de la porter. C'est son unicité et sa mission d'uniformisation de l'interprétation du droit qui l'y invitent. De tour d'ivoire, la Cour de cassation doit se changer en phare.

Qui n'a jamais entendu le citoyen le moins instruit prononcer mécaniquement l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* », et souvent sur un ton où se mêlent le dépit et l'ironie... Car comment faire... Chaque citoyen aimerait disposer du savoir grâce auquel il est possible de mesurer les conséquences de ses actes, de ses choix. Le droit est présent dans tous les aspects de nos vies. Bien sûr, il y a les avocats. Mais alors il est trop tard. On recourt à ces conseils pour faire face aux poursuites ou lorsqu'il faut en engager. Bien sûr, il y a les professeurs. Mais tout le monde n'essuie pas les bancs de l'université, si tant est que celle-ci permette d'acquérir des connaissances pratiques. La Cour de cassation a une main à tendre à un public en quête de savoir et, se faisant, une nouvelle légitimité à inspirer. La justice ne doit pas se contenter de montrer qu'elle tranche ou qu'elle empêche. Elle doit aussi montrer qu'elle accompagne. Non pas seulement qu'elle donne raison ou tort, mais qu'elle rend la vie (pas nécessaire plus douce, mais) plus lisible.

J'entends déjà certains membres de la Cour me rétorquer : « *Nous sommes des juges ! Ni professeurs ! Ni communicants ! Ni 'nounous républicaines' !* ». C'est vrai. Le juge traite avant tout des dossiers. Mais formuler cette objection lorsqu'on a fait le choix de rejoindre la Cour de cassation, c'est traiter la juridiction suprême comme une juridiction ordinaire, ce qu'elle n'est pas. La Cour de cassation remplit une mission d'intérêt général qui dépasse le seul cadre des litiges à trancher. 'Cocher' pour intégrer la Cour de cassation, c'est avoir conscience du fait que l'on rejoint une institution dont la mission dépasse le traitement de l'espèce, une juridiction unique dont l'action contribue à forger le destin collectif. Etre juge à la Cour de cassation, c'est à mon sens accepter d'exercer ses fonctions en y ajoutant un supplément d'âme, une dimension qui prend corps, pour partie, dans le champ de la communication.

II. Quelques pistes pour les dix ans à venir

1. La communication n'est pas un 'gadget'

Pour faire sa révolution, le champ judiciaire doit intégrer à son logiciel une donnée essentielle : le terme '*communication*' recouvre des réalités fonctionnelles multiples (la relation presse, la veille, le community management, la production de contenus éditoriaux print et web, la captation et le retraitement audiovisuels, la conception graphique, l'événementiel, le media training, le lobbying...). A un niveau artisanal, la communication est un '*fourre-tout*' ; celui qui en a la charge, un débrouillard '*touche-à-tout*'. Dans son acception professionnelle, sérieuse, la communication est un pôle ; celui qui en a la direction, le chef d'orchestre qui met en musique les différents savoir-faire d'une équipe de spécialistes. Dans le domaine de l'immobilier, l'on dit souvent qu'il existe trois critères garantissant la valeur d'une opération : l'emplacement, l'emplacement et l'emplacement. Dans le domaine institutionnel, l'effectivité d'une politique communicationnelle en requière trois elle aussi : les moyens, les moyens et les moyens. La communication, ce n'est pas une fioriture qui se superpose à un contenu noble. C'est un bras armé. Et la guerre bat son plein. La massification des flux d'information noie les contenus. Pour parvenir à émerger de cet océan médiatique, la

compétition est féroce mais surtout injuste : le message qui surnage n'est pas le plus important du point de vue de l'intérêt général mais le mieux confectionné.

Pour réfléchir à demain, il faut comprendre dans quel monde nous sommes d'ores et déjà plongés. L'internet a bouleversé le mode de consommation de l'information ; les réseaux sociaux plus encore. Aujourd'hui, n'importe quel individu, entreprise, association, peut créer un compte Twitter, Facebook, LinkedIn ou Instagram et produire du contenu sans plus aucun intermédiaire. Entendons-nous : les journalistes n'ont pas perdu leur complète utilité. A l'heure des *fake news*, les professionnels du décryptage ont un rôle à jouer. De plus, l'émetteur peut vouloir confronter son message au filtre critique d'un journaliste et, à l'épreuve d'une interview, à la faveur d'un papier inspiré, recevoir une validation. Il n'en reste pas moins que la capacité à toucher les masses n'est plus un monopole de presse. La contrepartie ? L'émetteur qui choisit l'autonomie doit professionnaliser sa communication. L'internet d'aujourd'hui n'est plus celui du début des années 2000. Les particuliers ont atteint un haut degré d'expertise technique. Du fait de la miniaturisation des technologies, les compétences audiovisuelles de n'importe quel adolescent, enfermé dans sa chambre, équivalent à celles d'un professionnel de l'image d'il y a à peine quinze ans. Partant, plus l'émetteur dispose d'une assise institutionnelle forte, plus le public attend de lui un niveau de performance technique élevé, supérieur à une moyenne déjà haute. En d'autres termes, pour être perçue comme crédible, une institution qui communique se doit d'investir massivement au plan logistique et humain.

2. Communiqué sans répit : l'exemple d'une exploitation optimale des lettres de chambre

Les lettres de chambre ont un succès important. Pour autant, en dépit des efforts de pédagogie déployés par les chambres, sans accompagnement communicationnel fort, les lettres ne peuvent livrer leur plein potentiel. Il ne faut pas attendre du public, exposé à une offre d'information massive et ultra concurrentielle, qu'il fasse la démarche de chercher par lui-même la donnée, même lorsque celle-ci est mise à disposition de façon aussi claire et concentrée que dans une lettre. Une fois publiée, encore faut-il faire vivre la lettre, en faire connaître le contenu au-delà du cercle circonscrit de ses abonnés.

Le Scm a mené l'expérience consistant à exploiter pleinement la substance d'une lettre : dès publication et pendant plusieurs jours, sans interruption, le service a mis en valeur sur les réseaux sociaux chacun des arrêts sélectionnés par la chambre. Un jour, un tweet, un arrêt : choix de la décision en tenant compte de l'actualité sociétale du jour, adaptation du commentaire aux exigences formelles des 280 caractères qu'autorise Twitter, choix d'une illustration parlante mettant en image le thème de l'arrêt. Au fil de l'expérience, le niveau d'abonnement de notre compte Twitter a bondi. Nous répondions à une attente du public : être accompagné de façon simple, attrayante, digeste et régulière dans le suivi des dernières actualités du droit.

Hélas, cette expérience n'a pu être élargie à toutes les chambres : la valorisation systématique de ces publications sur les réseaux sociaux réclamait un investissement auquel ne pouvait sacrifier le Scm, mobilisé sur d'autres projets. Et nous aurions aimé aller plus loin. Chaque arrêt signalé dans les lettres aurait pu bénéficier du soin communicationnel le plus complet : un tweet illustré, nous l'avons dit, mais aussi une infographie animée, une capsule vidéo...

Une direction de la communication c'est, *a minima*, six professionnels spécialisés, managés par un directeur et son adjoint. Le Scm devrait être doté, par exemple, d'un rédacteur et d'un community manager ayant la charge d'alimenter à un rythme parfaitement régulier les réseaux sociaux de la Cour ainsi que son site internet.

La production industrialisée et sans répit de vrais contenus éditoriaux écrits et/ou audiovisuels, confectionnés, pensés, peaufinés, en lien avec les magistrats, permettrait d'occuper le terrain de l'information avec comme objectif deux contenus éditoriaux par jour.

3. Une Web TV ?

Une Web TV n'est pas l'équivalent pour l'internet d'une chaîne de télévision appelée à diffuser en continu. Il s'agit plutôt d'un dispositif matériel (un plateau de tournage) et humain (un animateur et une équipe de rédaction) permettant d'émettre ponctuellement, mais à un rythme très soutenu, des contenus riches et variés. Il ne s'agirait plus seulement de retransmettre les événements qui se tiennent à la Cour, mais de créer une plateforme d'échange et d'analyse polyvalente et proactive.

Au sortir d'une audience de rentrée, un plateau permettrait aux chefs de Cour de revenir sur les moments forts de leurs allocutions, mais aussi de donner la parole à certaines des hautes personnalités invitées.

Au terme d'une audience d'installation, nous pourrions recueillir le témoignage des nouveaux arrivants, évoquer avec eux leur parcours, les raisons pour lesquelles ils ont fait le choix de rejoindre la juridiction et travailler ainsi à l'attractivité des métiers de la Cour.

Là encore, la publication de chaque lettre pourrait donner lieu à l'interview de l'un des magistrats ayant contribué à sa confection, l'occasion de revenir avec lui sur les dernières actualités jurisprudentielles et de les contextualiser.

Pourquoi ne pas accueillir en plateau des spécialistes issus de la société civile afin d'échanger avec eux sur la portée sociétale des décisions rendues par la juridiction ?

Grâce à cette communication contrôlée, la Cour ne se trouverait plus dans une posture de complète dépendance à l'égard des journalistes. Bien évidemment, nous pousserions le vice jusqu'à inviter sur le plateau la Cour des membres de la presse judiciaire afin de traiter avec eux des sujets de fond maintes fois rejetés par leurs rédactions.

Vous le voyez, des moyens techniques et humains importants peuvent conduire à inverser le rapport de force qui existe entre une institution et les relais d'information allogènes desquels elle est habituellement dépendante.

4. La captation et la diffusion des audiences

Je vous propose de faire un instant abstraction des contraintes légales.

Pour beaucoup, l'idée de capter les audiences juridictionnelles tient du cauchemar. Et en effet, dans le cas des juridictions du fond, un projet de cette nature n'irait pas sans poser de très sérieuses questions.

En revanche, à l'échelle de la Cour de cassation, cette diffusion présenterait à mon sens moins d'inconvénients que de bénéfices. Les audiences de la Cour suprême offrent une prise fort mince à la justice spectacle : les échanges sont techniques et les parties très peu exposées. Diffuser en direct les assemblées plénières reviendrait à créer un nouveau temps fort de la vie publique : les grands enjeux juridiques qui animent notre société et la partition jouée par la Cour de cassation dans leurs évolutions gagnaient en lisibilité aux yeux des citoyens et de nos partenaires institutionnels.

5. D'autres pistes

a. Un porte-parolat ?

Pourtant très ritualisée, la procédure de cassation se prive d'un moment fort : celui du prononcé. La simple mise à disposition par le greffe de la décision, à 14h, ne me semble pas être à la hauteur ce que l'on peut attendre d'une Cour suprême. Au plan symbolique, tout se passe comme si, après une phase de publicité, la Cour non seulement refusait d'assumer aux yeux de la société la réponse qu'elle a choisi de donner à la question qui lui était posée, mais évitait de contempler ses effets immédiats.

Dès lors, ce sont les avocats qui s'approprient le moment et créent l'événement : sur les marches menant à l'entrée de la Cour, les conseils présentent l'arrêt au prisme des intérêts qu'ils défendent. Le message est vicié.

Une lecture publique du communiqué qui accompagne les décisions portant sur de grandes questions de société donnerait à l'activité de notre juridiction davantage de visibilité.

Irait-on jusqu'à proposer aux journalistes présents d'engager un échange ? Un point presse interactif ne serait pas exempt de risques, risques qu'un média training approfondi ne suffirait probablement pas à réduire.

b. Une ouverture au public : visites, forums et logique participative

Ouvrir la Cour au public paraît indispensable. Il ne s'agit pas de mettre en place des visites à caractère muséal. Les Journées européennes du patrimoine sont là pour répondre à ce besoin.

Il s'agit plutôt de proposer tout au long de l'année un parcours pédagogique à des groupes de citoyens intéressés : leur faire découvrir le fonctionnement de l'institution et la nature du travail effectué par les magistrats. En ce domaine, la mobilisation des magistrats honoraires pourrait être un levier intéressant.

Au-delà, l'organisation récurrente de '*master classes*' ou de '*forums du droit*' serait l'occasion de revenir, avec un public inscrit, sur les dernières décisions marquantes rendues par la Cour : la Juridiction suprême se mettant à la portée du citoyen et proposant un temps d'échange sur la façon dont elle structure notre société du quotidien. Là encore, la publication des lettres serait un point de départ intéressant pour la mise en place de ces '*rendez-vous de la Cour*'.

Cette ouverture pourrait enfin passer par la mise au vote, via l'internet, des thèmes d'une partie des colloques organisés par la Cour : vote ouvert aux professionnels du droit pour les sujets les plus techniques ; vote ouvert au grand public pour répondre aux préoccupations du citoyen.

c. L'hermine

Ma dernière proposition, j'en ai conscience, porte atteinte au sacré : la robe d'audience solennelle du premier président de Cour de cassation, procureur général, président de chambre et premier avocats général.

La dimension rituelle de la procédure est essentielle. Lorsqu'elle est en accord avec l'imaginaire collectif, elle rend sensible des valeurs, matérialise des principes. Ainsi, la robe est là pour nous rappeler que l'individu s'efface derrière la fonction et qu'en la revêtant, il rend la justice non pas en son nom propre mais au nom du peuple français.

Or, force est de constater que la robe est l'objet de railleries : l'habit solennel, souvent le seul qui apparaisse dans les médias à l'occasion des audiences de rentrée, est perçu par le public comme suranné (costume d'Ancien Régime qu'il est), folklorique, non plus comme l'uniforme qui signale la

charge d'une haute mission. Ce vêtement impressionne sans réellement inspirer le respect ; il tend à véhiculer l'image '*fin de règne*' d'un corps s'agrippant sur la forme à un reste de légitimité qu'il perd sur le fond. Le premier président Canivet ne s'y était pas trompé en choisissant, pour son portrait officiel, de poser en robe noire. Un symbole ne produit d'effet que s'il entre en résonance avec le monde qui l'entoure. Une robe de magistrat, oui, pas un déguisement royal.

Pourquoi ne pas étudier la marge de manœuvre que nous donne le code de l'organisation judiciaire pour réinventer le vêtement du magistrat : une coupe, des textures plus modernes et légères qui montreraient qu'une audience à la Cour de cassation n'est pas un voyage dans le temps mais la manifestation rituelle d'un moment important pour notre société.

III. Pour conclure

La Cour de cassation doit investir dans sa communication : c'est une question de darwinisme institutionnel. La Cour ne tient pas sa légitimité des urnes. Elle la tire de ce qu'elle fait pour le citoyen et de ce qu'elle donne à voir. N'attendons pas de l'Exécutif et des autres institutions de la République qu'elles nous soutiennent dans notre quête de légitimité. Elles nous la disputent.

En s'imposant dans l'opinion comme incontournable, comme sculpteur du monde qui nous entoure, la Cour de cassation aura davantage de poids face aux décideurs politiques qui, eux, ne respectent que les forts. Il va de soi que tout ne dépend pas de la communication. Mais sous-estimer cette ressource dans la compétition à laquelle se livrent les institutions est une erreur stratégique majeure. Le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel, la Cour des comptes n'ont pas attendu pour se donner les moyens de leurs ambitions... et grignoter peu à peu ce qui reste de crédit voire de prérogatives au juge de cassation.

C'est un travail de longue haleine : il est aussi profitable à la Cour de recevoir des groupes de visiteurs tout au long de l'année pour leur expliquer sa mission qu'à un politique en campagne de serrer des mains, une à une, aux quatre coins de la France. Le bénéfice n'est pas immédiat : c'est un investissement.

La communication fait partie des leviers nobles dont dispose notre juridiction pour retrouver une assise de premier plan au sein de la société. Alors, n'ayez pas peur ! Communiquez !

Commission Cour de cassation 2030

Audition d'Antoine Garapon, magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la Justice

10 septembre 2020

André Potocki exprime sa reconnaissance à Antoine Garapon pour avoir accepté l'invitation de la Commission. Il rappelle qu'Antoine Garapon débute par une intervention d'une trentaine de minutes, suivi d'échanges avec les membres de la Commission.

Antoine Garapon introduit son intervention par une métaphore fondée sur la corrélation entre la réforme de la Cour de cassation et un bateau faisant face à une tempête. Il intitule son intervention : « La réforme de la Cour de cassation : le cap de tempête ». Il insiste sur la difficulté de la tâche de la Commission qui ne doit pas se précipiter dans la faisabilité de la réforme mais prendre le bon point de départ. Ce point de départ doit être suffisamment loin dans l'Histoire et suffisamment large dans les disciplines sollicitées.

Ainsi, son intervention partira des côtes abruptes (1), prendra les vents favorables (2), fixera un cap (3) et fera la cartographie des récifs (4).

1. Le départ des côtes abruptes :

Tout d'abord, les côtes que nous quittons sont abruptes. Les handicaps semblent nombreux et surtout contre intuitifs. Antoine Garapon est frappé que, de plus en plus, notre pays apparaît difficilement déchiffrable, se ment beaucoup à lui-même et a du mal à parler de la réalité, préférant caresser l'idéal plutôt que de se regarder en face. Les verrous ne résident selon lui pas dans les textes mais dans les non-dits, les tabous, les choses refoulées, tout ce que l'on sait mais que l'on tait. C'est un immense secret de famille qui pèse. Le malaise est ressenti par tous et la difficulté réside dans la complexité de la culture française à l'égard du droit et plus encore à l'égard des juges.

Il propose de recenser les paradoxes et les contradictions, précisant que comme tous les symptômes, on leur ferme la porte.

La première contradiction est la suivante : la République est anti-juridique. La République s'oppose au droit privé en ce que l'Etat est la seule norme. Dans la conception française, l'Etat, la représentation nationale, monopolise toute la légitimité, la loi est acceptable quand elle représente la volonté souveraine. Le pacte implicite est donc le suivant : la justice judiciaire et le droit privé sont tolérés à condition qu'ils ne se mêlent pas de l'essentiel.

La deuxième contradiction réside dans le fait que la Cour de cassation est une cour souveraine mais elle est sectorisée. L'idée de Napoléon relative à la dualité des ordres de juridiction est de limiter le pouvoir judiciaire. Le positivisme juridique poussé à son paroxysme a conduit à séparer le droit privé du droit public mais ce qui était réalisable dans un certain environnement politique n'est plus tenable aujourd'hui.

Le troisième paradoxe concerne la magistrature. Elle est une caricature pompeuse quant à sa structure séparée entre le cérémoniel/le symbolique et le fonctionnel fondé sur la compétence. Elle est exilée en ce qu'elle est indépendante du politique comme le souhaitait Napoléon.

Le quatrième paradoxe est fondé sur un droit extrêmement technique qui cache des choix politiques. C'est un mythe qui tient toujours aujourd'hui.

Le dernier paradoxe est le suivant : la Cour de cassation est une institution disciplinaire qui intervient contre les juridictions du fond. Par rapport à l'Angleterre, la justice n'a pas la politique de *juris dictio*, elle est une section d'un « Etat église ».

2. Les vents favorables :

Les vents favorables poussent la Cour de cassation dans le sens de la réforme.

Antoine Garapon observe un phénomène de judiciarisation. Il indique que 57 plaintes ont été déposées à la Cour de justice de la République dans le cadre de la crise sanitaire. Le citoyen saisit ainsi la justice pénale contre les représentants politiques. Dans ce contexte, la justice judiciaire est à la fois pompier et pyromane.

Il remarque également une montée de l'individualisme : le droit privé, poussé par la mondialisation, sert les intérêts individuels.

3. Trouver un cap :

L'idée est de réfléchir à la Cour de cassation que l'on envisage pour la France et pour le monde en 2030.

Il faut donc trouver un cap, mais pour mettre en œuvre un changement encore faut-il en sentir le besoin. Il s'agit ainsi de déterminer le *need for change* comme le disent les anglo-saxons. Le problème est le suivant : les hermines tiennent chaud aux juges dans un monde qui change.

Il faut résoudre les contradictions évoquées, il faut sortir de son groupe de référence : pour qui travaille-t-elle ? Ce qui caractérise la France, c'est que le groupe de référence est interne alors que dans le système de Common law il travaille pour l'extérieur.

Ainsi, les magistrats français travaillent pour la Cour de cassation et à la Cour de cassation les juges travaillent pour leur conscience plus que pour les justiciables.

La justice a trois auditoires (Perelman) qui vont prendre connaissance de ses décisions : l'auditoire des parties, l'auditoire des juristes et l'auditoire universel. C'est cet ordre qui devrait prévaloir, la Cour de cassation devrait d'abord dire le droit pour les parties mais il semble aujourd'hui que la Cour de cassation dise le droit tout d'abord pour les juristes, ensuite pour les parties et enfin pour l'auditoire universel.

Le cap est donc le suivant : il faut sortir de l'entre soi et se préoccuper des inquiétudes de la société française. La panique morale de la société résulte d'une peur de dislocation et de démembrement. Si on porte un regard sur la Cour suprême allemande, on se rend compte qu'elle a à cœur de démontrer son engagement et de partager ses travaux avec tous ses concitoyens.

Il faut considérer l'arrêt comme un acte de communication avec la société et non comme un langage codé. Il convient ainsi d'encourager une démarche de communication dans une langue qui parle à tous. Cet engagement doit transparaître dans les formes de travail. Pourquoi ne pas envisager des audiences avec le public car les débats sont souvent très riches, mais qu'est ce qu'il en reste ?

Selon Antoine Garapon, deux types d'affaires sont traitées à la Cour de cassation : les questions purement techniques pour les juristes et les questions d'intérêt général pour lesquelles le juge suprême doit trancher avec l'impératif de mise en cohérence du droit et des évolutions sociales. Dans ce second type d'affaires il faudrait un réel débat démocratique avec la société et l'on pourrait imaginer des audiences filmées et diffusées en direct pour les citoyens.

Il souligne l'importance d'une Cour en respiration démocratique avec la société française. Quand la justice est dans un temps pertinent, dans un contentieux encore vivant elle est en phase avec les attentes sinon « on se débrouillera autrement ».

Pour fixer ce cap il faut également avoir confiance dans la connaissance de la matière que l'on est appelé à traiter. Il y a, à cet égard, un problème de confiance en soi du juge judiciaire. Il est difficile pour une Cour de connaître toutes les matières, mais c'est néanmoins nécessaire car aujourd'hui c'est un prérequis de légitimité et de crédibilité. Cela est très important car le juge judiciaire ne se sent pas légitime et il existe ainsi un phénomène de défiance publique à l'égard du juge judiciaire. Il constate que les juges de la Cour n'ont pas confiance en eux parce qu'ils ont intériorisé la défiance des élites à leur égard : « Au nom de quoi, je vais prendre partie dans un débat sociétal ? » La crédibilité des décisions de la Cour de cassation est la condition de la légitimité.

Les juges judiciaires n'ont pas conscience de la réalité économique (la jurisprudence à l'égard de l'article 700 du code de procédure civile en est une illustration).

Par ailleurs, les juges de la Cour de cassation doivent être très compétents, en d'autres termes une juridiction suprême doit se hisser au niveau de la plus haute partie de l'affaire qu'elle juge. Il manque un désir d'excellence dans nos juridictions. Il faut en permanence être dans la recherche d'une innovation. Antoine Garapon est inquiet d'une perte de puissance intellectuelle des magistrats. Aujourd'hui une Cour suprême sérieuse doit s'équiper, elle doit recruter des juristes spécialisés.

Les juges suprêmes doivent aussi être reconnus par les autres pouvoirs. Aux Etats-Unis cela a été le cas à partir des années 1950, mais la préoccupation actuelle est de conserver ce respect, ce qui doit être une préoccupation permanente.

Une Cour suprême doit rechercher une autorité de type persuasive, en rédigeant des décisions bien motivées, claires et non codées. Aujourd'hui, on assiste à l'inverse à un épuisement de la légitimité technique de la Cour de cassation.

On devrait se diriger vers la solution Dworkinienne d'un roman écrit à plusieurs, avec une structure narrative qui permet d'avancer vers une décision qui sera acceptée.

4. Cartographie des récifs (des écueils) :

La Cour de cassation subit une pression à 360 degrés. Le changement est ainsi inévitable.

Un premier écueil porte sur la communication, la Cour de cassation ne s'adresse qu'aux juristes, ce qui n'est pas le cas de la Cour suprême allemande. C'est une pression qui vient par le haut.

Il y a également une pression latérale qui vient des autres juridictions, notamment européennes, avec des décisions qui jugent d'autres décisions et une certaine hiérarchie dans l'articulation des systèmes juridiques.

Il y a un troisième type de pression par le bas qui résulte de l'impératif d'efficacité. Les modes alternatifs de résolution des litiges menacent l'office du juge avec l'idée que si le juge ne rend pas la justice d'autres le feront, notamment dans le cadre de l'arbitrage, et ils le feront à l'étranger avec d'autres intérêts.

Enfin, il faut s'intéresser aux raisons pour lesquelles les réformes précédentes n'ont pas fonctionné pour s'assurer de ne pas commettre les mêmes erreurs.



Commission Cour de Cassation 2030

Audition du Président Jean

28 juillet 2020

Jean-Paul Jean souligne que le champ de la réflexion de la Commission est particulièrement vaste. Il rappelle qu'il y a déjà eu de nombreuses réflexions au sein de la Cour de cassation. Néanmoins, parfois, des difficultés ont nécessairement pu survenir dans la mise en œuvre des préconisations faites. En ce sens, il souligne qu'il est remarquable que la Première présidente ait mis en œuvre aussi rapidement les conclusions du Groupe de travail sur les méthodes de travail, à l'issue d'une année de travaux s'appuyant pour beaucoup sur la réflexion et les leçons des expérimentations déjà engagées.

Jean-Paul Jean rappelle que le rapport sur la réforme de la Cour de cassation, dont il a présidé les travaux, produit en avril 2017, contenait deux grandes parties : réformer et transformer¹. Nombre de propositions étaient formulées dans ce cadre, dont la mise en place de circuits différenciés².

Il indique que la Commission pourra trouver toutes analyses utiles et références bibliographiques dans ce rapport, ainsi que l'a aussi souligné le rapport Nallet.

Jean-Paul Jean propose 7 points d'éclairage, thématiques, susceptibles d'apporter des pistes de réflexion pour les travaux de la Commission :

1. Un point de vue historique
2. Du point de vue méthodologique : qu'est-ce que la méthode prospective ?
3. Les spécificités de la Cour de cassation française
4. Le rôle normatif de la Cour de cassation
5. Le rapport au politique
6. Du point de vue de la gestion des ressources humaines : qui sont les juges de cassation ?
7. Le lien avec les méthodes de travail : qu'est-ce qu'une méthode de travail européenne ?

1) Rappel historique :

¹https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/travaux_reforme_2014_2019_9706/reflexion_reforme_8630/

² Synthèse et propositions

<https://www.courdecassation.fr/IMG///Synth%C3%A8se%20introductive%20de%20la%20Commission%20de%20r%C3%A9flexion.pdf>

Jean- Paul Jean relève qu'il est intéressant d'observer les « effets générations ». La génération qui porte par cycle la réflexion sur la Cour de cassation est généralement celle qui s'en va.

Différentes périodes peuvent être distinguées.

En 1958-1959 ont eu lieu les grandes réformes gaullistes de l'Etat. Il s'agissait alors de mettre un terme aux méthodes de travail archaïques. Il fallait, selon la formule du premier président Aydalot, « sortir la justice du néolithique ».

La réflexion sur une vision non étatique de la justice en général et sur la Cour de cassation en tant que telle commence en 1972, lorsque l'Ecole Nationale de la Magistrature est déplacée à Bordeaux, avec les premières importantes promotions d'auditeurs. Les travaux d'André Tunc et d'Adolphe Touffait relatifs à la motivation sont très intéressants à cet égard³. En effet, la motivation de la Cour de cassation française était alors (déjà) perçue comme peu compréhensible. Il est intéressant d'observer que cela n'était pas du tout le cas au XIX^{ème} siècle, la motivation étant alors beaucoup plus claire. La motivation des décisions s'est complexifiée au XX^{ème} siècle, ce qui a créé « une sorte d'entre soi », Touffait et Tunc comparant le style de la Cour à la messe en latin.... On voit avec la Cour européenne des droits de l'homme que la motivation est une source de construction progressive du droit, intelligible notamment grâce au contenu du raisonnement et aux opinions dissidentes.

En 1978, l'article *La Cour suprême idéale* d'André Tunc⁴ pose les bases de la réflexion. Comment contrôler les décisions et guider la jurisprudence dans les meilleures conditions possibles ?

Ce sont les individus, les juges, qui ont modernisé les méthodes de travail de la justice dans les années 1970-2000, période que Jean-Paul Jean a nommé les « trente glorieuses de la justice » dans « Histoire de la justice en France »⁵. : accès au droit, procédures alternatives, procédures rapides ... Toutes ces procédures n'étaient pas prévues par la loi, ce sont les magistrats qui en sont à l'origine.

Des juges modernistes ont fait avancer les choses pendant que d'autres se contentaient de se lamenter sur les difficultés de leur institution. En 1981, le Premier président Robert Schmelck porte une réflexion sur les flux et l'encombrement de la justice. La problématique est simple : comment traiter les milliers de dossiers tout en assurant la qualité de la justice rendue ? Dans un ouvrage relatif à la qualité de la justice, Guy Canivet, s'interrogeant sur la conciliation entre les flux et un niveau de qualité suffisant des décisions, avait démontré que la jurisprudence de la Cour EDH permettait de gérer simplement les affaires simples, pour prendre du temps sur les affaires compliquées⁶. Concilier efficacité et qualité, c'est cet axe fondamental qui a été engagé en

³ Touffait (Adolphe), Tunc (André). Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974, p. 487-508.

⁴ Tunc (André). Conclusions : [La Cour suprême idéale](#). In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978. La cour judiciaire suprême. Enquête comparative. pp. 433-471.

⁵ Histoire de la justice en France du XVIII^{ème} siècle à nos jours, J.-P. Royer, J.-P. Allinne, B. Durand, N. Derasse, J.-P. Jean 5^{ème} édition, PUF, 2016

⁶ Canivet (Guy), « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires dont sont saisies les juridictions ? », in : L. Cavois, H. Dalle, J.-P. Jean (dir) *La qualité de la justice*, La documentation française, 2002

2003 par la CEPEJ au Conseil de l'Europe, André Potocki étant le représentant français et Jean-Paul Jean président du groupe des experts⁷.

En 2001, la mise en place de la LOLF (loi organique relative aux lois de finances) constitue un événement fondamental. Le Premier président Guy Canivet, grand réformateur, a réussi à négocier de vraies avancées : modernisation de la Cour, réforme des conseillers référendaires, autonomie en matière de communication et d'informatique, la procédure de non-admission. Mais il n'a pas pu ou souhaité obtenir l'autonomie de gestion pour la Cour de cassation, alors que le Conseil d'Etat a saisi cette opportunité historique pour être aujourd'hui en auto-administration.

Jean Paul Jean identifie plusieurs obstacles à cette autonomie de gestion de la Cour dont la complexité de l'organisation judiciaire, l'absence d'administration décentralisée et la dualité parquet/siège. Et le politique ne souhaite pas une telle autonomie. La spécificité historique est ici, le modèle français, avec une administration de la justice assurée par le ministère.

Par la suite, le Premier président Bertrand Louvel a ouvert de nombreuses pistes en créant la commission de réflexion sur la réforme de la Cour. L'un de ses apports majeurs a été le renforcement du dialogue avec l'Europe et notamment avec la Cour EDH.

Par ailleurs, le Premier président B. Louvel a souhaité élargir la réflexion sur ces sujets au monde universitaire. La Commission de réflexion a ainsi organisé une « controverse en novembre 2015 afin d'associer en toute liberté le regard des universitaires sur la réforme de la Cour dont deux d'entre eux étaient membres permanents⁸. Loïc Cadiet avait alors souligné la fragilité de la Cour de cassation par rapport aux autres juridictions suprêmes sur la scène internationale, et la nécessaire modernisation de la Cour. Il appelait de ses vœux le « réarmement intellectuel de la Cour de cassation ».

Jean-Paul Jean estime que c'est justement ce que peut faire la Commission 2020-2030 : réarmer intellectuellement la Cour de cassation, se projeter tout en proposant des pistes concrètes, en phase avec les nouvelles méthodes de travail.

La Cour de cassation se trouve toujours « entre tradition et modernité », c'est son « génie propre », pour reprendre des expressions citées fréquemment. Jean-Paul Jean renvoie à un article sur la comparaison qualitative entre la justice administrative et la justice judiciaire qui illustre bien cette idée⁹. Il s'agit donc pour lui de s'interroger sur ce que veut et ce que peut la Cour.

Sur le plan historique, Jean Paul Jean mentionne également la réflexion qui a été menée sur le rôle du parquet général, abondamment documentée, notamment lors des travaux de réflexion de 2014-2017.

2) La méthode prospective

⁷ Systèmes judiciaires européens : efficacité et qualité, Rapport de la CEPEJ sur 47 pays (président du groupe des experts), éd. du Conseil de l'Europe, Les études de la CEPEJ n° 26, 2018

⁸ Colloque téléchargeable : <https://www.lexisnexis.fr/pdf/2016/regards-universitaire-reforme-cour-cassation.pdf>

⁹ Jean, Jean-Paul. « [Regards compares, justice administrative – justice judiciaire : entretien avec Jean-Paul Jean](#) », Revue française d'administration publique, vol. 159, no. 3, 2016, pp. 849-854.

Jean-Paul Jean rappelle qu'il a participé en 2007, pour y représenter la justice, à la mission prospective de l'Etat dans 10 ans, au sein du CAS (Centre d'analyse stratégique) alors dirigé par René Sève. Il s'agissait notamment de cerner les forces et les faiblesses de l'institution judiciaire, d'évaluer quels contentieux allaient monter en puissance, les tendances qui pesaient sur le système judiciaire et quel modèle de justice était pertinent pour l'avenir.

La réflexion prospective nécessite habituellement l'établissement de différents scénarii, dont une hypothèse haute, une hypothèse basse et une hypothèse prolongeant les tendances contemporaines, après avoir identifié signaux forts et signaux faibles. Ainsi, par exemple, la place de la Cour de cassation ne sera pas la même si de nouvelles compétences sont dévolues à l'Union européenne via notamment les questions préjudicielles en matières économique et sociale et la procédure pénale européenne au sein d'un espace juridique intégré concernant la criminalité transnationale avec un parquet européen

N'avoir qu'un seul scénario encourt le risque de s'exposer à des critiques récurrentes sur les a priori de la démarche alors même que des propositions sont pertinentes. Dans le cadre de la réflexion prospective, il faut se garder des marges de négociation pour la mise en œuvre.

3) Les spécificités de la Cour de cassation française

La crise du Covid-19 a conduit à s'interroger sur les rôles respectifs du politique, du décideur public et du juge. On a vu le Conseil d'Etat, dans le contexte de crise sanitaire, prendre des décisions qui semblent relever de politiques publiques (gel hydro alcoolique en détention, port du masque...). Jean-Paul Jean indique être assez réservé sur cette question, considérant notamment que le juge ne doit pas se positionner, ou très prudemment, sur des questions qui relèvent du politique, par exemple la régulation économique. Le rôle primordial des juges est selon lui de protéger les droits fondamentaux.

Sur le plan du positionnement institutionnel de la Cour de cassation, revenant à la question de l'autonomie de gestion, qui est un point crucial, Jean-Paul Jean relève que la justice administrative est autogérée en totalité par le Conseil d'Etat qui dispose du pouvoir juridictionnel, du pouvoir d'administration et du pouvoir disciplinaire, sous des formes savamment aménagées. Et il ajoute que le Conseil d'Etat estime qu'il ne peut être contrôlé budgétairement par la Cour des comptes dont il contrôle juridictionnellement l'instance de discipline budgétaire.

La Cour de cassation, quant à elle, a accepté d'être contrôlée par la Cour des comptes. alors qu'auparavant elle ne l'était pas.

Une évolution est envisageable : la Cour de cassation pourrait sortir de l'ensemble administratif des autres juridictions. On peut citer à titre d'exemple la réforme belge¹⁰ engagée en 2014.

Il rappelle par ailleurs que l'AHJUCAF recommande de renforcer l'indépendance des Hautes juridictions par leur autonomie budgétaire¹¹.

¹⁰ https://www.ahjucaf.org/sites/default/files/intervention_ouverture_j_de_codt-2.pdf

4) Rapport au politique

Jean-Paul Jean souligne que, sur le plan politique, il peut y avoir des résistances face aux réformes. Tel a été le cas de la proposition de filtrage en 2017. La proposition a été soutenue par le garde des Sceaux mais logiquement repoussée par les parlementaires, l'impact de la proposition n'étant alors pas encore suffisamment mesuré.

De la même façon, il considère que le politique ne souhaite pas l'autonomie budgétaire de la justice, mais que, concernant la seule autonomie budgétaire de la Cour de cassation, celle-ci serait souhaitable et possible, d'autant plus si cela s'inscrit dans un programme de réforme de modernisation.

Il s'agit donc pour la Cour de cassation de négocier avec le Ministère. S'agissant de l'autonomie de gestion de la Cour, si elle est souhaitée, il serait alors opportun de mener une action commune avec le parquet général.

5) Le rôle normatif

Jean-Paul Jean rappelle que beaucoup a déjà été écrit sur le rôle normatif de la Cour. Il considère que si la Cour de cassation veut renforcer son rôle normatif, il ne faut pas qu'elle se contente de l'affirmer.

Jean-Paul Jean formule quelques propositions concrètes.

1. La Cour de cassation contrairement à d'autres Cours nationales affaiblit inutilement son autorité par la procédure historique ouvrant la possibilité de « rébellion » et la cassation avec renvoi vers une cour d'appel. Selon lui, lorsque la Cour de cassation dit le droit, elle devrait être suivie. Mais pas dans n'importe quelle condition. Cela suppose préalablement que les circuits différenciés soient mis en place, le circuit approfondi notamment. Les circuits différenciés mis en place consolident la Cour de cassation dans son rôle normatif, et préparent la réflexion à 10 ans. Ainsi, on pourrait imaginer que les affaires importantes soient jugées systématiquement en formation plénière de chambre ou en assemblée plénière, donc avec une autorité renforcée afin de régler la question sans « rébellion » éventuelle ultérieure. Il n'y aurait plus ni cassation avec renvoi, ni rébellion. Ce serait une rupture historique importante et renforcerait considérablement l'autorité de la Cour.

Sur ce point, Jean-Paul Jean évoque la question de la composition de l'assemblée plénière, dans laquelle les juges civilistes sont majoritaires, ce qui ne pose pas de problème pour les affaires non pénales. On a pu constater dans le passé que cela pouvait soulever des difficultés (affaires relatives à la garde à vue par exemple), la chambre criminelle ayant des spécificités que les autres n'ont pas. On pourrait ainsi imaginer que la composition de l'assemblée plénière soit différente pour les affaires criminelles, et un nouvel équilibre avec les représentants de la chambre criminelle.

2. Jean-Paul formule une autre proposition qu'il qualifie de symbolique susceptible d'accompagner des changements de contenu : lors des audiences solennelles notamment on

¹¹ https://www.ahjucaf.org/sites/default/files/ajuhcaf_bruxelles_10-10-2017_recommandations_autonomie_budgetaire-3.pdf

pourrait imaginer, pour ancrer la Cour dans la modernité tout en gardant le symbole fondamental de la robe, que les plus hauts magistrats ne portent plus d'hermine. La justice d'aujourd'hui et du futur veut parler aux citoyens, sans démesure du décorum, comme dans d'autres Cours pourtant tout aussi prestigieuses. La justice est une force tranquille qui n'a pas à avoir de complexe, son autorité tient d'abord à la qualité et à la force des décisions qu'elle rend.

3. Enfin, concernant les demandes d'avis, tous motivés et expliqués depuis 2015, le Président Jean considère que, lorsqu'ils sont rendus, là encore, dans la composition plénière, ils doivent faire autorité ou bien être très rapidement suivis d'un arrêt au fond pour renforcer l'autorité de la Cour si celle-ci revendique son statut de Cour suprême judiciaire

6) La gestion des ressources humaines

La légitimité du juge de cassation dépend de ceux qui composent la Cour. Il faut s'interroger sur qui sont les juges de cassation ?

Jean-Paul Jean relève qu'il y a de moins en moins de civilistes, problème qui a d'ailleurs été identifié par la Première présidente. Il conviendrait de réfléchir aux moyens nécessaires pour rendre plus attractives les fonctions civiles.

Le statut des conseillers référendaires peut également interroger. Quel est l'intérêt de l'institution judiciaire dans son ensemble ? Ne faut-il pas avoir beaucoup moins de juges à la Cour, comme c'est le cas dans certaines juridictions suprêmes étrangères, mais développer l'équipe autour du magistrat ? Dans certaines Cours suprêmes, les juges choisissent des conseillers référendaires travaillant avec eux, mais qui ne font pas le même travail qu'eux. Jean-Paul Jean considère que les conseillers référendaires qui sont des magistrats de grande qualité serviraient peut-être mieux la justice en restant ensuite plus longtemps comme présidents de chambre au sein d'une cour d'appel ou d'un tribunal judiciaire pour des contentieux de haut niveau juridique.

Les juridictions du fond ont besoin de grands juges.

Par ailleurs Jean-Paul Jean considère qu'il y a une vraie question de gestion des ressources humaines au sein de la Cour. Il faut une pluralité, une plus grande diversité des parcours : des juges qui ont fait des carrières différentes, des universitaires, de grands avocats, notamment. Il faut repenser le modèle de recrutement, en intégrant la réflexion concernant les magistrats du parquet général, leur rôle, leur statut, leur organisation, leur rôle dans la procédure, questions sur lesquelles il renvoie aux nombreux éléments documentés du rapport d'avril 2017.

Jean-Paul Jean est d'avis que la réforme de 2001, sur les conseillers référendaires, a dérivé. Il faut s'interroger sur les moyens qui permettraient de trouver cette diversité des parcours et assurer la place de chacun. Il y a une réflexion prospective du métier de juge de cassation à mener, d'autant plus si une autonomie de gestion est préconisée.

7) La méthode de travail européenne

Jean-Paul Jean souligne le rôle essentiel du SDER dans la sensibilisation des juges, notamment sur la jurisprudence de la Cour EDH.

Il rappelle que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat étaient les juridictions pilotes lors de la création du réseau européen de la CEDH en 2015.

Jean-Paul Jean se demande si les deux réseaux européens (SCN et RJUE) tels qu'ils existent actuellement permettent une collaboration horizontale ? Grâce à ces réseaux intégrés, on devrait logiquement savoir en temps réel si d'autres Cours nationales en Europe ont travaillé ou sont en train de travailler sur les questions juridiques traitées par la Cour.

Il pense ainsi qu'une réflexion pourrait être menée sur la façon d'organiser les réseaux dans une vision prospective.

De la même façon, une recomposition, une adaptation du SDER pourrait être envisagée pour favoriser ces échanges.

Au cours des échanges qui ont suivi, Jean-Paul Jean a ajouté les observations suivantes :

Sur la prospective, il s'agit d'un choix méthodologique.

Dans les travaux précédents de la Cour, il y avait des peurs (notamment la peur de l'américanisation, et du *pick and choose*). La peur principale est la limitation de l'accès à la cassation et le risque de voir la Cour choisir ses affaires. Un principe fondamental du droit français est que le juge de cassation ne choisit pas sa saisine. Or certaines cours suprêmes le font, directement ou indirectement.

Pour Jean-Paul Jean, la Cour suprême est celle qui statue en dernier dans une ligne juridique.

Le terme Cour suprême peut faire naître des peurs, et il est plus prudent de ne pas l'utiliser vis-à-vis du politique. Mais dans le dialogue avec les autres cours (étrangères), on utilise le terme cour suprême, qui est un terme générique (plusieurs cours étrangères cumulent les fonctions administratives et judiciaires) et valorisant.

S'agissant du rôle normatif de la Cour, l'open data va le renforcer. A cet égard il est essentiel de renforcer la hiérarchisation des arrêts. Plus il y a de quantité de décisions, plus il faut travailler sur la qualité. On peut imaginer une forme de labellisation des arrêts, identifiant la qualité au sein de la quantité de la production jurisprudentielle¹². C'est à la Cour de cassation de mettre en place un mécanisme qui permet d'effectuer cette indispensable hiérarchisation.

Enfin, Jean-Paul Jean n'identifie pas vraiment plusieurs fonctions à la Cour de cassation, mais statutairement plusieurs fonctions personnelles aux chefs de Cour, ce qui est très différent. Pour le Conseil d'Etat les différentes fonctions (de conseil, juridictionnelle, administration, disciplinaire) sont plus perceptibles.

¹² <https://www.courdecassation.fr/IMG///Jean-Paul%20Jean%20%20Open%20data.pdf>

L'*open data* des décisions de justice : contexte, enjeux et perspectives pour la Cour de cassation

Par Yannick Meneceur, magistrat détaché au Conseil de l'Europe et chercheur associé à l'IHEJ¹

« Il faut fonder le concept de progrès sur l'idée de catastrophe.
Que les choses continuent comme avant, voilà la catastrophe »
Walter Benjamin, Essai sur *Charles Baudelaire*

La présente étude a été rédigée sur invitation de la commission Cour de cassation 2020-2030, afin de dresser un panorama prospectif du contexte, des enjeux et des perspectives de la mise à disposition des décisions de justice (*open data*).

Après une définition exacte de l'*open data* et de sa distinction avec d'autres termes désignant les moyens de son exploitation (comme l'intelligence artificielle), l'étude entend soumettre à la commission des propositions concrètes pour une Cour de cassation exerçant, à l'horizon 2030, deux principales fonctions dans le domaine : celle de producteur et de fournisseur d'*open data*, ainsi que celle d'exploitant.

Cet exercice prospectif prend en compte le modèle économique *extractif* actuellement prédominant, au profit d'entrepreneurs privés, afin de se projeter vers un modèle *génératif*. L'idée serait de pouvoir exploiter des communs (la jurisprudence) afin de faire émerger une offre publique redistribuant au plus grand nombre la capitalisation de l'intelligence collective, *via* des algorithmes spécialisés et fiables, selon des procédures certifiant la qualité de l'ensemble.

Les potentialités et les impacts d'un traitement massif du contenu rédactionnel de textes normatifs et de la jurisprudence avec différentes méthodes algorithmiques et statistiques, dont « l'IA », sera aussi traitée avec d'identifier des cas d'usages pertinents de ces nouvelles technologies. Il sera notamment étudié deux tendances ayant un impact fort sur les systèmes juridiques : l'avènement d'un « droit fondé sur la donnée » (*data-driven law*), inductif, fondé sur la base d'un traitement massif d'informations normatives et jurisprudentielles, tels que les applications de « jurimétrie » et l'émergence d'un « droit fondé sur le code informatique » (*code-driven law*), déductif, fondé sur la traduction dans un programme informatique de mécanismes juridiques, tels que les développements relatifs aux *smart contracts* (« contrats intelligents »).

Il doit être précisé que cette étude n'a pas intégré tous les projets d'emploi de l'intelligence artificielle au sein de la haute juridiction, en l'absence de documentation approfondie publique et de publication scientifique. Ce travail se projette donc *in abstracto* en émettant une série de 7 recommandations, dont certaines d'entre elles sont actuellement en cours de réalisation ou d'exploration, tels que les projets de pseudonymisation des décisions de justice initié dans le cadre du programme d'EIG ou de *Legal Data Mining* (en collaboration

¹ Les analyses et opinions exprimées dans la présente note n'engagent que l'auteur et ne reflètent aucune position officielle du Conseil de l'Europe

notamment avec l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, L'École Polytechnique de Paris, HEC-Paris et l'ULB).

Propositions pour la commission Cour de cassation 2020-2030

Proposition n°1 : Création d'un service centralisé des décisions de justice, assurant un égal accès à tous les opérateurs et un traitement homogène du fonds jurisprudentiel

Proposition n°2 : Catégoriser les accès aux décisions de justice en fonction des finalités, distinguant notamment les besoins de publicité de ceux de la publication

Proposition n°3 : Mettre en place une chaîne de certification de la qualité des décisions de justice mises à disposition, garantissant leur entière conformité à la décision prononcée

Proposition n°4 : Création d'un moteur de recherche avancé de jurisprudence, basé sur les meilleurs standards du marché

Proposition n°5 : Contribuer à un service national de délivrance des décisions de justice

Proposition n°6 : En lien avec la recherche, se doter d'une capacité prospective sur les usages de l'*open data* et documenter les débats par une production neutre, indépendante et objective sur les potentialités des technologies numériques

Proposition n°7 : Participation de la Cour de cassation aux travaux de normalisation des algorithmes de traitement de la jurisprudence

Plan de l'étude

1. Les cas d'usage actuels du traitement de l'<i>open data</i>.....	5
1.1. L' <i>open data</i> , un « carburant » et « l'IA », un moteur.....	5
1.2. Les cas d'usage dans la justice.....	6
2. Les enjeux de l'<i>open data</i> et de « l'IA »	7
2.1. L' <i>open data</i> : une politique publique au soutien de l'économie de la donnée	7
2.2. Le droit face au traitement algorithmique et à « l'IA ».....	8
3. Les pistes prospectives d'actions pour la Cour de cassation d'ici à 2030	12
3.1. La Cour de cassation, producteur et fournisseur d' <i>open data</i>	12
3.2. La Cour de cassation, exploitant de l' <i>open data</i>	15
Bibliographie.....	18

L'open data des décisions de justice : contexte, enjeux et perspectives pour la Cour de cassation

A la suite de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 de réforme pour la Justice² qui limite dans certaines hypothèses la mise à disposition électronique des décisions de justice avec le nom des magistrats, une étude de l'IFOP de juin 2019 indiquait que 87 % des avocats semblaient opposés à l'anonymisation des décisions de justice, notamment chez les 60 ans et plus (94%), ceux qui exercent en individuel (92%), les indépendants (92%) et les avocats travaillant dans le droit pénal (94%)³. Vu de l'étranger⁴, même incompréhension à la lecture de ces nouvelles dispositions, où les peines de 5 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende⁵ encourues par toute personne opérant au « profilage » de juges⁶, sont perçues comme « unique au monde » et à contrecourant d'un large mouvement de transparence de la vie publique, traduites par les politiques d'ouverture des données dites d'*open data*⁷.

Ces deux exemples sont significatifs des solides confusions qui persistent dans cette période de transition numérique. A l'évidence, les décisions de justice, par nature rendues au nom du peuple français et publiques, doivent porter mention du nom des professionnels ayant concouru à la prise de décision. Ce principe de publicité, non contesté, est consacré depuis bien longtemps dans notre droit positif, notamment sur les bases de l'article 6 § 1 de la Convention EDH et l'article 11-3 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile. Mais la possibilité technologique de rendre potentiellement disponible l'entier corpus des décisions de justice rendues en France, en modernisation de ce principe de publicité, est loin de n'être qu'une évolution du support ; elle emporte avec elle des possibilités nouvelles de traitement de l'information, au moyen de diverses techniques algorithmiques, du fait des caractéristiques originales des biens numériques, reproductibles à l'infini et corrélables à très grande échelle.

Pour en saisir le contexte, les enjeux et les perspectives, il devra donc être d'abord pris des exemples concrets d'usage, dont ceux relatif à la justice en incluant l'initiative privée (1). Ces cas d'usages seront à contextualiser dans un plus large mouvement mondial et à analyser précisément (2) afin d'en déduire des pistes prospectives d'actions dans les dix prochaines années pour la Cour de cassation (3).

² Art.33 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/3/23/JUST1806695L/jo/texte>

³ T. Coustet, 87% des avocats opposés à l'anonymisation des décisions de justice, Dalloz Actualités, 13 juin 2019 (étude IFOP pour la legaltech Doctrine) : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/87-des-avocats-opposes-l-anonymisation-des-decisions-de-justice?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter#.XQJq4_ZuJaR

⁴ France Bans Judge Analytics, 5 Years In Prison For Rule Breakers, Artificial Lawyer, 4 juin 2019 : <https://www.artificiallawyer.com/2019/06/04/france-bans-judge-analytics-5-years-in-prison-for-rule-breakers/>

⁵ Alignant cette infraction sur le régime des peines prévues par les articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, spécifiques à la collecte des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite

⁶ Le texte de l'article « Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées »

⁷ Voir notamment les travaux de l'organisation multilatérale *Open Government Partnership* à laquelle adhère la France : <https://www.opengovpartnership.org/>

1. Les cas d'usage actuels du traitement de l'*open data*

1.1. L'*open data*, un « carburant » et « l'IA », un moteur

L'avènement, depuis le début des années 2010, d'algorithmes avancés de traitement statistique de l'information (algorithmes d'apprentissage statistique de la famille du *machine learning* – apprentissage automatique dont le *deep learning* – apprentissage profond) s'est appuyé sur des succès majeurs dans la reconnaissance d'images ou de sons. Cette forme « d'intelligence artificielle » (« IA⁸ »), connue dans ses fondements depuis les années 1950-60, a pu devenir une réalité opérationnelle du fait de la puissance des microprocesseurs informatiques et de la disponibilité d'une très grande quantité de données pour « entraîner » les machines. Les besoins en données ont donc considérablement accru et ont conduit à la recherche et à la production massive de cette forme particulière de « carburant » pour nourrir des moteurs « d'IA ». **L'*open data* qualifie donc précisément une politique publique de mise à disposition de données à titre non onéreux, sans pouvoir être confondu avec les modalités de leur traitement par divers procédés algorithmiques⁹.**

Les potentialités de cette approche statistique fondée sur de la donnée, dont ses capacités « prédictives », a conduit à une généralisation de l'usage de ces algorithmes dans la plupart des domaines d'activité, qu'il s'agisse du commerce (profilage publicitaire), de la logistique ou de l'industrie ou même dans des secteurs où l'expertise humaine semblait difficilement automatisable comme la santé (diagnostic médical) ou la justice. De manière générale, les usages pourraient être sommairement catégorisés comme suit, étant précisé que certaines applications peuvent combiner plusieurs de ces catégories entre elles :

- **L'analyse de données** pour détecter de catégoriser des données ou d'identifier des récurrences – il s'agit ici de reconnaître une image (dont les visages) ou un son, de détecter des comportements atypiques (fraudes à la carte bancaire ou à divers services par exemple) ou de révéler des liens potentiels (corrélations) dans de grandes masses de données textuelles (telles que les applications dites de *legal discovery* ou de recherche de preuve) ;
- **L'interprétation de données**, basée sur des informations structurées ou non structurée, tels que les systèmes employés pour « lire » des radiographies médicales ou établir des profils de comportement d'individus pour diverses finalités (comme le ciblage publicitaire) – alors que l'analyse est simplement descriptive, l'interprétation, elle, cherche à établir des hypothèses afin de répondre à la question « pourquoi ? » ;
- **La prévision** (ou la « prédiction ») dans le but d'évaluer l'évolution probable d'une situation donnée – le but ici est de pouvoir effectuer des recommandations de contenu, comme dans les fils d'actualité des réseaux sociaux ou les plateformes de contenu culturel, ou d'établir des probabilités (sous forme de score par exemple) dans diverses applications d'évaluation de risque ;

⁸ L'acronyme d'intelligence artificielle sera présenté entre guillemets par commodité éditoriale. L'ensemble des technologies recouvertes par ce terme ne constituent naturellement pas une personnalité autonome et, afin prévenir tout anthropomorphisme, il a été choisi de résumer les termes plus appropriés « d'outils d'intelligence artificielle » ou « d'applications d'intelligence artificielle » par le seul terme « d'IA » entre guillemets.

⁹ Au sens strict, l'*open data* désigne la mise à disposition d'une base de données informatique brute, librement téléchargeable, et dont la licence autorise à en réemployer son contenu sans le paiement d'une redevance à son producteur.

- **L'interaction avec les individus** – il peut s'agir d'agents conversationnels (*chatbots*) ou d'outils ayant la capacité de répondre à la voix ou aux gestes de leurs utilisateurs ;
- **L'interaction physique avec l'environnement** en traitant des informations provenant de divers senseurs – il s'agit ici de systèmes robotiques, tels que les véhicules autonomes, interagissant avec les humains ou d'autres systèmes robotiques. Ce cas d'usage n'intéressera pas nos développements sur l'*open data* des décisions de justice.

1.2. Les cas d'usage dans la justice

Très concrètement, un certain nombre de « jeunes pousses » (*startups*) ont investi en France les potentialités de ces algorithmes d'apprentissage statistique pour proposer une offre commerciale innovante, dépassant même des éditeurs juridiques historiques ne possédant pas la même agilité ou d'outils peu adapté au marché européen ou français. Parmi les innovations issues de ces « legaltechs », il pourrait ainsi être cité des moteurs de recherche avancés, des outils d'aide à la rédaction ou à la détection de clauses atypiques dans des contrats, des outils de « jurimétrie¹⁰ » (outils dits de justice prédictive, actuarielle ou quantitative) pour évaluer des fourchettes prévisionnelles de montants d'indemnisation dans certains types de contentieux. Ces algorithmes ont également été employés pour d'autres tâches en amont de leur traitement, comme la pseudonymisation automatisée des décisions de justice, ou en aval pour construire des interfaces « intelligentes » avec les utilisateurs. L'offre publique reste bien plus modeste, et relève pour l'instant de l'expérimentation, puisqu'il pourrait être cité les projets lancés avec des entrepreneurs d'intérêt général (EIG) au sein de la Cour de cassation, pour la pseudonymisation des décisions de justice¹¹, et de la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la justice, pour la construction d'un référentiel d'indemnisation pour le contentieux du préjudice corporel - DataJust.

L'*open data* des décisions de justice répond donc au besoin massif de données tout à fait typique de cette nouvelle industrie numérique, qui s'est confrontée en ce qui concerne le système judiciaire français à plusieurs difficultés venant de l'urbanisation du système d'information, conçue pour des objectifs de gestion des affaires et non de collecte de documents et des modalités de gouvernance de la donnée, encore partagée entre différents acteurs publics (et même si le décret de 2020 tend à clarifier un certain nombre de responsabilités). En dépit de ces difficultés structurelles, la pression sur l'institution judiciaire pour opérer à cette ouverture massive, avec un certain nombre d'arguments parfois tout à fait contestables, est à contextualiser dans un mouvement bien plus large d'un marché de la donnée dont il est difficile de mesurer les conséquences sur les structures étatiques.

¹⁰ Ce terme, retenu dans un [rapport de Sopra Steria Next pour le CNB](#) avec celui de « justice simulative », sera employé dans la présente note en remplacement de justice « prédictive », actuarielle ou quantitative – ces approches, nous le verront, s'inscrivent toutes dans la même logique de traitement statistique en masse du contenu rédactionnel des décisions de justice. Voir 2.2 pour des développements spécifiques.

¹¹ Cette étude n'approfondira pas les potentialités de ce projet en l'absence de documentation publique ou de publication scientifique permettant d'en évaluer les options.

2. Les enjeux de l'*open data* et de « l'IA »

2.1. L'*open data* : une politique publique au soutien de l'économie de la donnée

L'*open data* des décisions de justice a provoqué – et provoque encore – d'intenses débats semblant opposer les tenants d'une modernisation approfondie de la justice par les technologies numériques à des réfractaires, parfois caricaturés en véritables néo-luddites. C'est toutefois une autre ligne de fracture, moins simpliste, qui structure en réalité des débats qui opposent les promoteurs de la neutralité des technologies numériques, dont seules les dérives d'usages seraient à prévenir, à des analystes de leur impact social profond, du fait de leur capacité à structurer et à traiter de l'information dématérialisée et du transfert de gouvernementalité s'opérant en faveur des opérateurs – essentiellement privés – maîtrisant ces opérations. Ce serait même l'équilibre de l'entier système démocratique qui serait à réexaminer sous ce nouveau prisme, certains auteurs s'alarmant d'un glissement de l'État de droit vers une autre forme de gouvernementalité (algocratie¹², gouvernementalité algorithmique¹³, « coup data¹⁴ », État des algorithmes¹⁵).

En toute hypothèse, l'*open data* est bien l'instrument d'un nouveau projet de société qui nous vient notamment, dans la forme que nous étudions, d'un grand projet de Barack Obama. Celui-ci en avait fait le premier acte de sa présidence le 20 janvier 2009 avec l'*Open Government Initiative*, réponse innovante et contemporaine à la croissante demande de transparence pesant sur l'État américain depuis la guerre du Vietnam. En Europe, le sujet de la transparence des institutions avait déjà été traité, notamment par la directive 2003/98 du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public (dite PSI) ou encore par la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics (Convention dite de Tromsø, ouverte à la signature en 2009 et entrée en vigueur dans 10 pays l'ayant ratifié le 1^{er} décembre 2020¹⁶). Les arguments démocratiques n'ont jamais manqué dans les deux cas : meilleure transparence de la vie publique, modalité de contrôle moderne de l'État par la société civile, lutte contre la corruption pour n'en citer que quelques-uns.

Un autre argument a été moins débattu publiquement et a pourtant été essentiel dans l'intégration de telles obligations de mise à disposition de données dans des instruments juridiques contraignants : tirer profit des externalités positives du traitement d'information numérique, en offrant à tous les opérateurs un accès à l'activité des services publics (dont ceux de la santé et d'activités régaliennes comme la justice). C'est en cela qu'en France, une certaine confusion sur les finalités de l'exploitation des décisions de justice a été entretenu, en mélangeant et en instrumentalisant les notions de publicité et de publication afin de justifier la

¹² P. Gueydier, Pouvoir régalien et algorithmes, vers l'algocratie ?, 2018

¹³ A. Rouvroy et T. Berns, Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation, Réseaux 2013/1, n°177, 2013, pp163-196

¹⁴ A. Basdevant, J-P. Mignard, L'empire des données, Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte, 2018

¹⁵ Y. Meneceur, L'intelligence artificielle en procès, coll. Macro droit – Micro Droit, Bruylant, 2020.

¹⁶ STCE n°205 – Ce texte ne traite pas spécifiquement de l'*open data*, mais pose un cadre général d'accès aux documents publics sur lequel il pourrait être fondé une telle politique.

plus large ouverture possible des données et de dynamiser l'offre privée en pleine construction¹⁷.

De fait, l'enjeu de l'*open data* est essentiellement économique, afin de livrer un « carburant » gratuit à l'ensemble d'un nouvel écosystème industriel, incluant une partie de la recherche, avec un argument principal : la production de cette donnée par les services publics, financés par tous, serait un bien commun, qui n'appellerait aucune contrepartie. Un cadre international de coopération multilatérale est même venu au support de l'expansion du concept à un niveau international : le Partenariat pour un Gouvernement Ouvert (PGO – *Open Government Partnership* ou *OGP*). Cette organisation, également financée par des opérateurs privés¹⁸, réunit aujourd'hui plus de 70 États et assure la promotion des principes de l'*open data* afin que cette mise à disposition de données devienne progressivement obligatoire.

Ce type d'ambition n'a toutefois pas manqué d'inquiéter l'opinion publique, essentiellement sous l'angle de l'émergence d'une société de surveillance, concrétisée notamment par les révélations de l'affaire « Snowden » mettant à jour des liens étroits entre le gouvernement fédéral américain et l'industrie numérique. Cette ambition serait également à considérer sous l'angle de la maîtrise du système de production de l'information, puisque l'exploitation de ces données passe par la conception d'algorithmes ou « d'IA », dont le fonctionnement est loin d'être transparent et à la main des seuls concepteurs opérant seuls à des calibrages et influant de manière consciente ou non sur le résultat produit. Cette ambition, enfin, devrait considérer qu'**une fois libérée dans l'espace numérique, l'information ne peut être rétractée**. La reproductibilité à l'infini de l'information numérique laisse ainsi la possibilité de croiser des masses considérables de fichiers, depuis n'importe quel lieu, sans pouvoir en contrôler précisément la finalité. C'est là une originalité substantielle qui conduit à devoir constituer une toute nouvelle grille d'analyse pour identifier les risques potentiels sur les droits des individus et l'impact sur la société dans son ensemble. Ainsi le débat sur le maintien du nom des juges ou des membres du greffe aurait dû considérer que les risques substantiels de profilage ne peuvent être prévenus en se limitant à restreindre la diffusion de décisions « sensibles ». Le principe inverse aurait dû prévaloir, en n'autorisant la libération d'informations nominatives que pour des hypothèses précises, justifiant une telle mesure. Cela aurait d'ailleurs été dans la logique du principe de minimisation des données, présent dans le RGPD, que la Convention 108 du Conseil de l'Europe ou la loi informatique et libertés.

2.2. Le droit face au traitement algorithmique et à « l'IA »

Il convient par ailleurs de s'interroger sur les potentialités et les impacts d'un traitement massif du contenu rédactionnel de textes normatifs et de la jurisprudence avec différentes méthodes algorithmiques et statistiques dont « l'IA ». De manière prospective, il pourrait être catégorisé deux tendances ayant un impact fort sur les systèmes juridiques :

¹⁷ Y. Meneceur, *Open Data des décisions de justice : pour une distinction affirmée entre les régimes de publicité et de publication*, La Semaine Juridique, édition entreprise et affaires, n°37, 12 septembre 2019 – Pour une argumentation contraire, voir T. Perroud, P. Bourdon, L. Cluzel et O. Renaudie, *L'open data ou comment accomplir (enfin !) la promesse de publicité de la justice*, Dalloz Actualités, 12 octobre 2020

¹⁸ La Ford foundation et l'Omidyar Network créé par le fondateur d'eBay

- l'avènement d'un « droit fondé sur la donnée » (*data-driven law*¹⁹), inductif, fondé sur la base d'un traitement massif d'informations normatives et jurisprudentielles – il s'agit notamment des applications de « jurimétrie » ;
- l'émergence d'un « droit fondé sur le code informatique » (*code-driven law*²⁰), déductif, fondé sur la traduction dans un programme informatique de mécanismes juridiques – il s'agit notamment des développements relatifs aux *smart contracts* (« contrats intelligents »).

Les applications de « jurimétrie », d'initiative privée, ont suscité un vif débat en France, révélant un certain enthousiasme venant des rangs même des professionnels face à la possibilité de « collégialité élargie²¹ » et l'émergence d'une « norme issue du nombre²² » mais également un certain scepticisme. S'il convient d'écarter les discours s'inscrivant en simple réaction d'une initiative débordante et enthousiaste, la tendance de fond est plus signifiante à examiner car nous avons affaire avec une technologie qui s'interpose de manière inédite – et structurante – entre le juriste et la jurisprudence et qui a la potentialité de s'ériger elle-même la norme.

Tout d'abord, en s'interposant entre le juriste et l'accès à la jurisprudence, la « jurimétrie » interprète la masse d'information composée par la jurisprudence non en la « révélant », comme un bain en photographie argentique, mais en la structurant dans le filtre logique des algorithmes et des modèles mathématiques. Ce traitement de l'information n'est donc pas du tout neutre et se trouve même être totalement étranger à un raisonnement judiciaire, qui relève de l'interprétation et dont le fameux syllogisme n'est qu'un mode de présentation du raisonnement juridique. Même s'il possède des apparences logiques, il ne rend pas compte de l'intégralité du raisonnement tenu par le juge, lequel est ponctué d'une multitude de choix discrétionnaires, non formalisables *a priori*. La cohérence d'ensemble des décisions de justice n'est donc jamais assurée et relèverait davantage d'une mise en récit *a posteriori*, que d'une description stricte de l'intégralité de ces décisions. Comme le soulignait Xavier Linant de Bellefonds « la complexité du droit tient à son caractère téléologique et contentieux : deux raisonnements cohérents peuvent conduire à des arbitrages différents en fonction de deux ordres d'impératifs²³ ». Le découpage du droit sous forme de code informatique ou de modèles mathématiques ne suffit donc pas pour donner une représentation valable de l'ensemble des connaissances et méthodes qui guident un juriste.

Ensuite, la « jurimétrie » va également s'imposer aux juristes avec une autorité bien particulière, qui ne trouve pas son fondement sur les compétences juridiques des concepteurs de ces solutions (certains n'ont aucune formation en la matière) mais sur des biais cognitifs bien connus de tous les utilisateurs de systèmes automatisés : les biais d'automatisation et d'ancrage²⁴. Le premier décrit la propension humaine à privilégier les suggestions

¹⁹ [M. Hildebrandt, Data-driven prediction of judgment. Law's new mode of existence?, Draft Chapter for OUP Collected Courses Volume EUI 2019 Summerschool, 21 octobre 2020](#)

²⁰ [M. Hildebrandt, Code Driven Law. Scaling the Past and Freezing the Future, SSRN, 19 février 2020](#)

²¹ [B. Louvel, Discours d'ouverture du colloque « La jurisprudence dans le mouvement de l'open data », 14 octobre 2016](#)

²² [E. Buat-Menard, P. Giambiasi, La mémoire numérique des décisions judiciaires : l'open data des décisions de justice de l'ordre judiciaire, Recueil Dalloz 2017, p. 1483](#)

²³ [Xavier Linant de Bellefonds, professeur à l'université Paris XII, « L'utilisation des systèmes experts en droit comparé » in Revue internationale de droit comparé, 1994, Volume 46, n°2 pp. 703-718](#)

²⁴ En ce qui concerne le biais d'automatisation, V. not. *R. Parasuraman, V. Riley, Humans and Automation : Use, Misuse, Disuse, Abuse, Human Factors and Ergonomics Society, 1997* et *C. Hadavas, How Automation Bias Encourages the Use of Flawed*

automatiques des systèmes de prise de décision et d'ignorer des informations contradictoires faites sans cette automatisation, même si elles sont correctes. De tels biais ont été documentés pour les pilotes de ligne ou pour les médecins dans les unités de soins intensifs et ont révélé que des professionnels ont tendance à ne plus remettre en cause les recommandations d'un système automatisé malgré leur expérience. Nombre d'entre nous ont pu en être victimes face à des propositions audacieuses de nos correcteurs orthographiques ou en étant confrontés à des itinéraires originaux émanant de nos navigateurs GPS. Le second désigne la difficulté à se départir d'une première information, même parcellaire, notamment quand il s'agit d'apprécier une situation chiffrée. C'est ainsi qu'en période de solde, nous sommes conduits à l'impression d'avoir une bonne affaire entre les mains si l'écart entre le prix barré et le prix affiché est important. Avec la combinaison de ces deux biais, l'on comprend dès lors que ces solutions de « jurimétrie » auront une autorité bien différente des nomenclatures et des échelles et qui s'imposeront tant aux justiciables qu'aux avocats et juges avec une force particulière. D'où une nécessité accrue d'exactitude que ces systèmes, fondés sur une approche statistique et probabiliste, sont incapables de garantir.

Ils reposent en effet essentiellement sur l'identification de récurrences et l'identification de corrélations lexicales, entre les motifs d'une décision et son dispositif. Une étude conduite en 2016 par l'UCL (University College London) sur un échantillon de décision de la Cour européenne des droits de l'homme démontre bien que cette opération nécessite d'élaborer un cadre interprétatif préalable, tout à fait déterminant sur le résultat produit²⁵. En ce qui concerne les applications en France, comme DataJust, l'on voit bien que certains critères émanent des dispositions même de la loi mais que d'autres procèdent de l'arbitrage de l'équipe de conception, sans garanties qu'ils constituent un « filet de pêche » suffisamment serré pour ramener tous les éléments nécessaires pour rendre compte de l'ensemble des réelles causes ayant conduit à un montant d'indemnisation²⁶. Voici tous les ingrédients réunis pour du *data dredging* (dragage de données), c'est-à-dire restreindre le panel de décisions sélectionnées à celles se devant de correspondre au cadre posé, et pour une confusion totale entre corrélation et causalité, certains concepteurs des legaltechs imaginant avoir ainsi être en capacité de révéler avec ces systèmes le taux d'irritabilité du juge, les tendances discriminatoires des magistrats exerçant en matière pénale ou encore de mettre à mal l'impartialité des juges administratifs en matière de contentieux des étrangers.

L'enthousiasme face à ces dispositifs, dont les vertus seraient une meilleure prévisibilité et une discipline de la jurisprudence, doit donc être très fortement tempéré au regard des conséquences désastreuses résultant du déploiement de solutions algorithmiques modelant l'interprétation de la jurisprudence au gré des arbitrages de concepteurs, hors de tout contrôle. Il est également à craindre que les juges se retrouvent à arbitrer contre des propositions émanant des algorithmes ou à arbitrer entre des interprétations algorithmiques au lieu de se prononcer en droit.

Algorithms, Slate, 6 mars 2020. – En ce qui concerne le biais d'ancrage V. par ex. A. Tversky, D. Kahneman, *Judgement under Uncertainty : Heuristics and Biases*, Science, 1974.

²⁵ N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, [Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective](#), 24 octobre 2016

²⁶ Y. Meneceur, DataJust face aux défis de l'intelligence artificielle, La Semaine Juridique, édition générale n°40, 28 septembre 2020

Il ne sera développé aussi précisément la seconde tendance du « droit fondé sur le code informatique » (*code-driven law*), que l'on retrouve notamment dans des *smart contracts* (« contrats intelligents »). Il peut toutefois être sommairement décrit leur fonctionnement.

Ces *smart contracts* peuvent par exemple déclencher automatiquement une augmentation d'une prime d'assurance automobile après qu'un véhicule équipé de capteurs *ad hoc* ait détecté un certain seuil de fatigue ou de conduite à risque. Dans cette forme de « droit codé », le seuil de déclenchement de la règle est déterminé à l'avance et c'est le code informatique qui en assure l'exécution automatique sans autre intervention humaine. Un autre exemple pourrait être donné avec la détection automatique d'une fraude à des prestations sociales qui arrêteraient le versement chaque fois qu'une personne est signalée par le système comme commettant « probablement » une fraude. Là encore, l'intérêt réside dans le fait que le seuil pour cette probabilité procède d'une prédétermination sans contextualisation, avec un code informatique exécutant *a priori* ce type de la réglementation intelligente et n'ouvrant des possibles contestations qu'*a posteriori* – pour peu qu'elles soient possibles²⁷. La logique commune de cette approche réside essentiellement dans la modélisation d'un lien entre des masses d'informations collectées (dont de l'*open data*) pour une finalité – parfois différente ou indéterminée – et un certain résultat comportemental, générateur de risque. L'algorithme ainsi créé peut être appliqué à des personnes individuelles pour évaluer leur probabilité de manifester une conduite à risque et d'appliquer, automatiquement, des mesures pour mettre fin à ce risque. On retrouve la vision de cette tendance dès 2000, avec Lawrence Lessig qui a déclaré en 2000 que « le code [informatique] est la loi ». Ce dernier décrit d'ailleurs très précisément l'affaiblissement de la primauté de la règle juridique et de l'État de droit, qui ne se traduit pas par un coup d'État violent, mais par la délégation aux machines du traitement d'un certain nombre de situations et l'implémentation, volontaire ou involontaire, dans le code informatique « d'un certain nombre de valeurs. Il garantit certaines libertés, ou les empêche. Il protège la vie privée, ou promeut la surveillance. La seule question est de savoir si nous aurons collectivement un rôle ou si nous laisserons les codeurs le soin de choisir nos valeurs à notre place ».

C'est dans ce contexte précis que doit être comprise et analysée l'ouverture des décisions de justice et le déploiement d'algorithmes les exploitant. Le recours au numérique ne peut être envisagé sans une analyse précise de son impact et du nouvel environnement socio-technique ainsi composé. Des équilibres nouveaux doivent être trouvés, afin de concilier un accès plus approfondi à la jurisprudence et la protection de la vie privée, de l'indépendance de la justice et de l'État de droit. Le rôle de la Cour de cassation sera essentiel pour construire ces nouveaux équilibres.

²⁷ Voir la critique du système d'arbitrage baptisé (de manière trompeuse) e-courts aux Pays-Bas : C. Pavillon, Justice alternative et numérique: des expériences mitigées aux Pays-Bas, La Semaine Juridique édition générale, supplément au n°51, 17 décembre 2018

3. Les pistes prospectives d'actions pour la Cour de cassation d'ici à 2030

Évaluer les opportunités offertes par *l'open data* pour la Cour de cassation dans les 10 années à venir nécessite donc de considérer conjointement plusieurs questions, notamment sur la manière dont la Cour de cassation :

- adapte son offre vis-à-vis des juridictions judiciaires et à ses propres besoins ;
- se positionne vis-à-vis des besoins exprimés par d'opérateurs privés ;
- traduit son offre vis-à-vis de l'université et de la recherche publique ;
- recompose son offre à la société civile et au grand public ;
- exerce un rôle central de garant de la qualité de l'information produite et de prévention de différentes dérives d'usage.

En ce sens, il convient donc de distinguer le circuit de production de la donnée ouverte (*l'open data* en tant que tel) (3.1) de son traitement algorithmique, notamment par de « l'IA » (3.2).

3.1. La Cour de cassation, producteur et fournisseur d'open data

Une fois produite, une information numérique n'est ni détruite, ni soustraite à autrui par sa consommation. Il s'agit donc là d'une opportunité majeure d'amélioration de l'efficacité et de la qualité de la justice, déjà traduite depuis des décennies par la constitution de base de données. Ce travail n'a malheureusement pas encore conduit à une standardisation à la source du processus de production et la mise en œuvre des dispositions résultant de l'article 33 de la loi du 23 mars 2020 de programmation et de réforme pour la justice, qui modifie les articles 20 et 21 de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, et du décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives va devoir conduire à la mise en place d'un processus simple de collecte, associant étroitement les juridictions. L'état actuel du droit en la matière, résultat de nombreuses réflexions, pourrait encore évoluer non pour ajouter à sa complexité mais clarifier les processus.

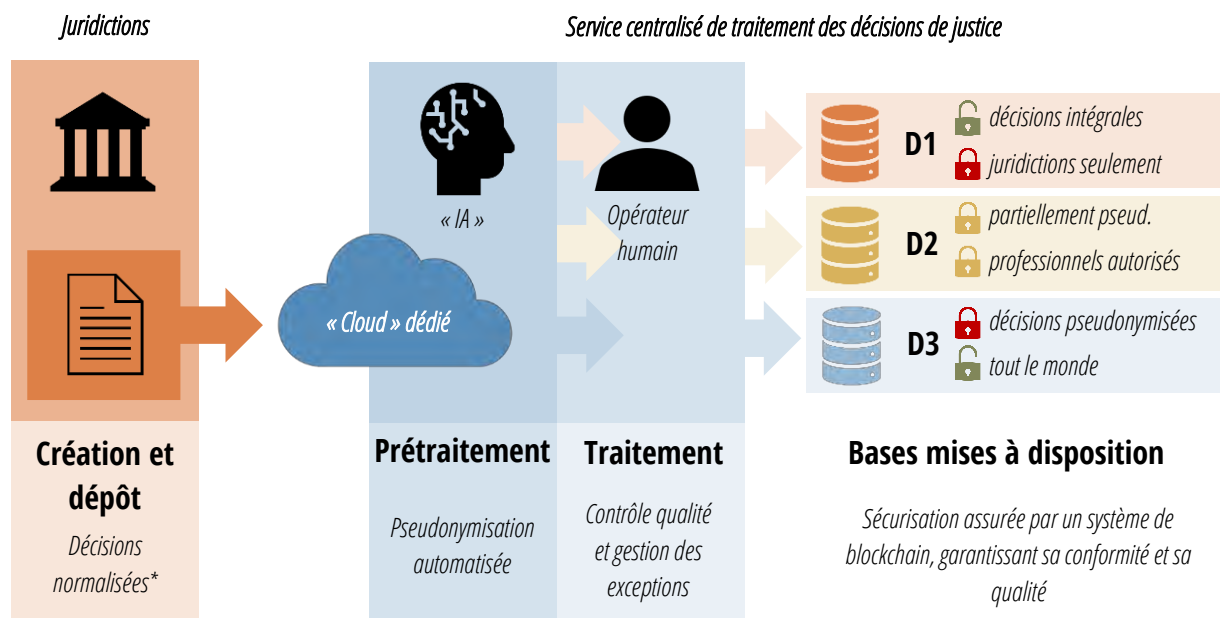
À l'horizon 2030, il pourrait donc être imaginé un circuit de production simplifié, adaptant potentiellement certaines des dispositions déjà citées, notamment afin de garantir une homogénéité des opérations de pseudonymisation. Il pourrait notamment être émis l'idée de la création d'un service centralisé de traitement des décisions de justice²⁸, assurant un traitement homogène du fonds jurisprudentiel, sa mise à disposition effective et des économies d'échelle par une mutualisation des moyens nécessaires entre tous les producteurs.

Trois niveaux d'accès aux décisions (D) pourraient être organisés (D1, D2 et D3) sur le modèle des bulletins du casier judiciaire : le niveau D1 serait réservé aux juridictions et contiendrait les décisions intégrales, le niveau D2 serait rendu accessible à des professionnels autorisés et contiendrait les décisions partiellement pseudonymisées (noms de parties, sauf les

²⁸ La nature de ce service resterait à déterminer, notamment en ce qui concerne sa potentielle mutualisation avec le Conseil d'État, et sa gouvernance qui pourrait inclure des représentants de toutes les parties prenantes (cours suprêmes, juridictions, ministère de la justice, avocats, éditeurs juridiques, legaltechs mais également de la CNIL et d'experts issus de la société civile).

décisions pour lesquelles le nom des magistrats ou membre du greffe ont été maintenus²⁹) et le niveau D3 serait accessible de la manière large, avec des décisions entièrement pseudonymisées et sous réserve du respect des conditions de la licence de réemploi des données³⁰.

Fig.1. Description schématique d'un possible processus de mise à disposition des données



* Indépendamment de l'évolution des applicatifs métiers dans les différents niveaux de juridiction, les décisions prononcées pourraient être déposées, dans un format en « lecture seule » (PDF par exemple) et avec un nom de fichier normalisé (numéro ECLI par exemple), dans un espace de stockage dédié de type « Cloud » - opéré par une autorité publique française. Il serait également joint à la décision une notice normalisée, traitable informatiquement, indiquant si les noms des magistrats et des membres du greffe sont à maintenir dans la base D2.

Tableau 1. Exemples d'application de l'open data

Exemple de besoin	Niveau d'accès à la base	Opérateur	Finalité et modalité d'accès
Délivrance d'une copie électronique d'une décision de justice	D1	Juridiction, sur demande d'un usager, à partir d'une application dédiée ³¹	Publicité, accès unitaire
Réalisation d'un moteur de recherche public de jurisprudence judiciaire	D1, D2 et D3	Cour de cassation, filtrage de la base en fonction du profil de l'utilisateur, à partir d'une application dédiée ³²	Publication, accès unitaire
Réemploi de décisions de justice, justifiant d'un accès au nom des professionnels	D2	Chercheurs, legaltechs ou éditeurs juridiques, sur autorisation du service centralisé pour une finalité et un temps déterminé	Publication, accès à l'intégralité de la base via une API*

²⁹ Il ne sera pas discuté ici de la pseudonymisation des autres professionnels (avocats, experts, huissiers, etc) dont il pourrait aussi être envisagé l'occultation.

³⁰ Pour des exemples de licence de réutilisation, voir le site data.gouv.fr

³¹ Voir 3.2

³² Voir 3.2

Exemple de besoin	Niveau d'accès à la base	Opérateur	Finalité et modalité d'accès
(magistrats et membres du greffe)			
Réemploi de décisions de justice sans justification particulière, dans les conditions de la licence	D3	Tout opérateur, sans autorisation préalable	Publication, accès à l'intégralité de la base via une API* ou en téléchargement

* Une API (Application Programming Interface) est un ensemble normalisé de classes, de méthodes, de fonctions et de constantes qui offre des services à d'autres logiciels. Spécifiquement, des tiers pourraient ainsi exploiter en temps réel aux informations à jour contenues à la base D2 ou D3 de la Cour de cassation, sans avoir à télécharger le contenu.

La distinction entre ces différents niveaux d'accès permet de mettre en œuvre répondre à différentes finalités, selon des modalités d'accès conciliant différentes exigences, et qui ne sauraient être confondus de manière indistincte à la seule notion de publicité. Plutôt qu'une logique de prohibition, la réutilisation légitime des données sensibles (avec le nom des magistrats et membres du greffe – D2) pourrait également être garantie *ex ante* au cas par cas, par un système d'autorisation d'exploitation pour une finalité et un temps déterminé. L'absence d'autorisation préalable ne concernerait que la base de données entièrement pseudonymisée (D3).

Un autre aspect important est d'assurer à tous les opérateurs, publics et privés, un égal accès à cette ressource et d'en assurer la qualité. Les pratiques de collecte de décisions auprès des juridictions durant ces dernières années devraient être prévenues en assurant une modalité effective d'accès et en sanctionnant les éventuels abus. De plus, la question de la qualité des fonds jurisprudentiel constitués par certains opérateurs privés est souvent minimisée, alors que l'on peut se demander si les décisions obtenues sont effectivement celles prononcées – autrement dit si leur puit de « carburant » n'est pas « frelaté ». Aucune chaîne de certification de la qualité n'existe, ce qui pose d'autant plus de difficulté pour des applications de « jurimétrie », qui construisent des modèles mathématiques et statistiques non auditables : sans certification des données ayant servi à « l'entraînement », les prévisions sont tout à fait contestables et risquent de générer plus de contentieux qu'elles n'aident à en résoudre. Un système de *blockchain*³³ pourrait garantir l'intégrité des décisions de justice enregistrées dans les bases de données.

Proposition n°1 : Création d'un service centralisé des décisions de justice, assurant un égal accès à tous les opérateurs et un traitement homogène du fonds jurisprudentiel

Proposition n°2 : Catégoriser les accès aux décisions de justice en fonction des finalités, distinguant notamment les besoins de publicité de ceux de la publication

³³ La blockchain est une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente, sécurisée et distribuée. Une blockchain peut assimiler à un grand registre, anonyme et infalsifiable, impossible à effacer et indestructible

Proposition n°3 : Mettre en place une chaîne de certification de la qualité des décisions de justice mises à disposition, garantissant leur entière conformité à la décision prononcée

3.2. La Cour de cassation, exploitant de l'*open data*

La question du modèle économique de cet *open data* pourrait également être instruite : comme la plupart des grands opérateurs numériques, l'essentiel de la valeur traitée par le système ne provient généralement pas de l'exploitant. Autrement formulé pour ce qui concerne l'*open data* des décisions de justice, c'est l'activité des juridictions qui est exploitée par un système de coordination (un algorithme) pour en produire une nouvelle valeur. Il est toutefois légitime de questionner la manière dont le produit de cette capitalisation de l'intelligence collective est redistribué.

Si cette valeur est rendue aux juridictions – et plus généralement à l'entière collectivité – pour améliorer leurs activités et si elle sert à renforcer les capacités d'action de chacun, on pourrait alors considérer que ce dispositif est *génératif*. Cette restitution doit bien entendu être effectuée à titre non onéreux pour l'entière communauté, dans l'idée d'accroître un bien commun (la connaissance de l'état de la jurisprudence) à partir de biens déjà communs (la jurisprudence). Dans ce modèle, l'intelligence collective peut également être générative d'une gouvernance partagée au sens où ce nouveau bien commun est non seulement produit, mais également géré par l'entière communauté. C'est ainsi que, dans d'autres domaines que le droit, Wikipédia ou Open Street Map rassemblent des communautés qui coordonnent les activités individuelles des internautes, tout en disposant d'un pouvoir de régulation.

Mais, dans d'autres modèles, la valeur peut aussi être capturée par une plateforme, qui extrait et emploie alors pour son propre bénéfice les activités de tiers. En ce cas, la valeur produite par le dispositif de coordination n'a pas vocation à être restituée tel quel à la collectivité, car elle sert d'abord les intérêts de la plateforme. Ce modèle, *extractif*, monétise la valeur produite par l'exploitation de l'intelligence collective, en ne redistribuant pas aux producteurs – ou à la communauté – le bénéfice de cette monétisation. Google et Facebook illustrent parfaitement cet exemple, puisque même si ces entreprises fournissent aux internautes un service à titre non onéreux (l'accès au moteur de recherche et au réseau social sont libres), ils monétisent la constitution de profils d'individus à partir de leurs recherches et de leurs comportements auprès du marché publicitaire. Ils réalisent ainsi des profits sans commune mesure avec le service offert à leurs utilisateurs (il conviendrait d'ailleurs mieux de parler de ressources dans ce cas). De manière plus perturbante, les intérêts commerciaux peuvent également amener ces plateformes à produire une information qui ne corresponde pas à l'attente des utilisateurs mais à des intérêts leur étant propre ou en faveur de leurs financeurs.

On retrouve cette exacte logique extractive chez les legaltechs exploitant des décisions judiciaires. Leur modèle pourrait d'ailleurs être caractérisé par, au moins, deux éléments :

- leur objet social n'est pas de redistribuer la valeur créée aux producteurs que sont les juridictions – ou même l'entière collectivité – mais bien de générer du profit en créant des services accessibles à titre onéreux, même aux producteurs de l'information³⁴ ;
- la réexploitation possible d'autres informations sur leurs usagers, captées à l'occasion de leur utilisation des nouveaux services créés (les passages de décisions les plus fréquemment surlignées par les utilisateurs d'un de ces nouveaux moteurs de recherche juridique ou même la typologie des affaires recherchées représente une nouvelle information à employer, voire à monétiser – Google ne gagne pas d'argent avec son moteur de recherche mais avec l'exploitation du comportement de ses utilisateurs et la distribution de publicité ciblée).

Il semble donc important de pouvoir capitaliser l'infrastructure qui va être mise en place pour la mise en œuvre de l'*open data* non pas à la seule fin de garantir l'émergence d'une offre du secteur privé simplement extractive, mais également pour l'émergence d'une offre publique redistribuant au plus grand nombre la capitalisation de l'intelligence collective.

En coordination avec l'offre publique déjà existante, la Cour de cassation pourrait ainsi proposer ou contribuer à la construction d'un moteur de recherche avancé, basé sur les meilleurs standards du marché employant des algorithmes « d'IA », pour offrir un accès unitaire à l'ensemble des décisions des juridictions judiciaires selon des profils d'accès différents. Selon les profils, les bases D1, D2 ou D3 seraient accessibles et la base D3 (entièrement pseudonymisée) téléchargeable ou interrogeable *via* une API.

La délivrance de copie de décisions de justice pourrait s'appuyer sur la même base technologique, en ajoutant aux services déjà offerts dans les tribunaux un système de demande en ligne, administré au niveau des juridictions (la plateforme informatique serait nationale et la décision de délivrance gérée par le greffe du tribunal où la décision a été rendue).

Enfin, les débats sur les applications de « jurimétrie » ont illustré les difficultés à disposer d'une documentation scientifique à même d'éclairer les débats et la décision publique. L'absence de maturité de cette approche, questionnable en bien des aspects même pour la construction de référentiels, justifie des études bien plus approfondies afin d'en objectiver l'apport potentiel. En toute hypothèse, il devrait être écarté la construction d'une norme « de faits » provenant de ces systèmes, dont la méthodologie statistique confère aux opérateurs la produisant (et la comprenant) une place considérable dans le système normatif, sans aucun fondement ni contrôle démocratique. En lien avec la recherche, et avec l'appui de la mission de recherche droit et justice par exemple, la Cour de cassation devrait ainsi pouvoir renforcer sa capacité prospective afin d'être force de proposition sur les usages à venir et contribuer à l'évaluation des usages présents.

La question de la mise en place d'une autorité de contrôle des algorithmes, notamment en capacité potentielle de labelliser ou de certifier, est actuellement discuté au niveau européen (tant au niveau de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe). Il ne sera pas développé

³⁴ L'accès gracieux accordé aux magistrats en juridiction à certains moteurs de recherche procède plus d'actions commerciales que d'un modèle redistributif durable.

ici la question de la pertinence d'un tel organe ou de son articulation avec les autorités de protection des données. L'analyse des applications structurantes à destination des systèmes judiciaires devraient toutefois pouvoir bénéficier de l'expertise spécifique des professionnels du domaine, dans une approche multidisciplinaire. S'agissant spécifiquement du traitement de la jurisprudence, le rôle des cours suprêmes serait également clé dans de tels dispositifs et il semble souhaitable que dans une perspective 2020-2030, la Cour de cassation puisse être associée étroitement aux réflexions et travaux en la matière.

Proposition n°4 : Création d'un moteur de recherche avancé de jurisprudence, basé sur les meilleurs standards du marché

Proposition n°5 : Contribuer à un service national de délivrance des décisions de justice

Proposition n°6 : En lien avec la recherche, se doter d'une capacité prospective sur les usages de l'*open data* et documenter les débats par une production neutre, indépendante et objective sur les potentialités des technologies numériques

Proposition n°7 : Participation de la Cour de cassation aux travaux de normalisation des algorithmes de traitement de la jurisprudence

Bibliographie

Ouvrages

- D. Bourcier, P. Hasset et C. Roquilly (dir.), Droit et intelligence artificielle – Une révolution de la connaissance juridique, Romillat, coll. Droit et technologies, 2000
- E. Morozov, Pour tout résoudre, cliquez ici – L’aberration du solutionnisme technologique, FYP éd., 2014
- D. Cardon, A quoi rêvent les algorithmes – Nos vies à l’heure des big data, Seuil, coll. La République des idées, 2015
- A. Supiot, La gouvernance par les nombres – Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015
- O’Neil, Weapons of Math Destruction, How Big Data increases inequality and threatens democracy, First Editions, 2016
- O. Rey, Quand le monde s’est fait nombre, Les essais, Stock, 2016
- F. Jarrige, Techno-critiques – Du refus des machines à la contestation des technosciences, La Découverte, 2016
- E. Sadin, La siliconisation du monde, Ed. L’Echappée, 2016
- L. Schneps, C. Colmez, Les maths au tribunal – Quand les erreurs de calcul font les erreurs judiciaires, Seuil, 2017
- B. Stiegler (dir.), La toile que nous voulons – Le web néguentropique, FYP éd., 2017
- J-C. Heudin, Intelligence artificielle, Manuel de survie, Science eBook, 2017
- P. Jensen, Pourquoi la société ne se laisse pas mettre en équations, Seuil, 2018
- Garapon, J. Lassègue, Justice digitale – révolution graphique et rupture anthropologique, PUF, 2018.
- A. Basdevant, J-P. Mignard, L’empire des données, Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte, 2018.
- P. Janot, Lex Humanoïde, des robots et des juges, Editions Thot, 2018
- E. Sadin, L’intelligence artificielle ou l’enjeu du siècle, Ed. L’Echappée, 2018
- R. Sève (dir.), La justice prédictive, Archives philosophiques du droit n°60, Dalloz, 2018
- Cardon, Culture numérique, Les presses de SciencePo, coll. “Les petites humanités”, 2019
- A. Bensamoun (dir.), G. Loiseau (dir.), Droit de l’intelligence artificielle : LGDJ, 2019
- M. David, C. Sauviat, Intelligence artificielle, la nouvelle barbarie, Éditions du Rocher, 2019
- Y. Meneceur, L’intelligence artificielle en procès, coll. Macro droit – Micro droit, Bruylant, 2020

Rapports et documents cadres

Conseil de l’Europe

- Lignes directrices sur la conduite du changement vers la cyberjustice, CEPEJ, 2016

- Algorithmes et droits humains - Étude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données et éventuelles implications réglementaires, DG1, 2017
- Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires, CEPEJ, 2018
- Etude « Discrimination, intelligence artificielle et décisions algorithmiques », ECRI, 2019
- Lignes directrices et rapport portant sur les implications de l'intelligence artificielle en matière de protection des données, Comité consultatif de la Convention 108, 2019
- Déclaration sur les capacités de manipulation des processus algorithmiques, Comité des Ministres, 2019
- Recommandation « Décoder l'intelligence artificielle : 10 mesures pour protéger les droits de l'homme », Commissaire aux droits de l'homme, 2019
- Responsabilité et IA : Étude sur les incidences des technologies numériques avancées (dont l'intelligence artificielle) sur la notion de responsabilité, sous l'angle des droits humains, DG1, 2019
- Recommandation du Comité des Ministres relative aux impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme, Comité des Ministres, 2020

Rapports de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE)

- Rapport « Intelligence artificielle et marchés du travail: amis ou ennemis ? » - APCE, Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, M. Stefan Schennach (Autriche, SOC), 5 octobre 2020
- Rapport "Intelligence artificielle et santé: défis médicaux, juridiques et éthiques à venir" - APCE, Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable ; rapporteure : Mme Selin Sayek Böke (Turquie, SOC), 1 octobre 2020
- Rapport sur la Justice par algorithme (le rôle de l'intelligence artificielle dans les systèmes de police et de justice pénale) - APCE, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme; rapporteur: Mr Boriss CILEVIČS (Lettonie, SOC), 1 octobre 2020
- Rapport sur la prévention des discriminations résultant de l'utilisation de l'intelligence artificielle - APCE, Commission sur l'égalité et la non-discrimination ; rapporteur : M. Christophe Lacroix (Belgique, SOC), 29 septembre 2020
- Rapport sur « Les interfaces cerveau-machine: nouveaux droits ou nouveaux dangers pour les libertés fondamentales? » - APCE, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme; rapporteur : M. Olivier Becht (France, ALDE), 24 septembre 2020
- Rapport sur la nécessité d'une gouvernance démocratique de l'intelligence artificielle - APCE, Commission des questions politiques et de la démocratie ; rapporteure : Mme Deborah Bergamini (Italie, EPP/CD), 24 septembre 2020
- Rapport "Aspects juridiques concernant les «véhicules autonomes»" - APCE, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme ; rapporteur : Mr Ziya Altunyaldiz (Turquie, NI), 22 septembre 2020

Autres organisations internationales

- L'intelligence artificielle – Les retombées de l'intelligence artificielle pour le marché unique (numérique), la production, la consommation, l'emploi et la société, Avis du Comité économique et social européen, 2016 (Anglais seulement)
- Gouvernance de la stratégie portant sur l'intelligence artificielle pour l'Europe, Conseil de l'Union européenne, 2018 (Anglais seulement)
- Communication « L'intelligence artificielle pour l'Europe », Commission européenne, 2018
- Déclaration sur l'intelligence artificielle, la robotique et les systèmes « autonomes », European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), Commission européenne, 2018 (Anglais seulement)
- #BigData : Discrimination dans la prise de décision fondée sur les données, Agence des droits fondamentaux, 2018 (Anglais seulement)
- Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance, groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'intelligence artificielle, Commission européenne, 2019
- Qualité des données et intelligence artificielle – atténuer les biais et les erreurs pour protéger les droits fondamentaux, Agence des droits fondamentaux, 2019 (Anglais seulement)
- Intelligence artificielle centrée sur l'humain, G20, 2019 (Anglais seulement)
- Principes sur l'IA et Recommandation du Conseil sur l'intelligence artificielle, OCDE, 2019
- Étude préliminaire sur les aspects techniques et juridiques liés à l'opportunité d'un instrument normatif sur l'éthique de l'intelligence artificielle, UNESCO, 2019
- Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression sur l'IA et son impact, Nations Unies, 2018 (Anglais seulement)
- L'ère de l'interdépendance numérique, Groupe de haut niveau sur la coopération numérique, Nations Unies, 2019
- Livre blanc sur l'intelligence artificielle : une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance, Commission européenne, 19 février 2020
- S. Samoli, M. López Cobo, E. Gómez, G. De Prato, F. Martínez-Plumed, B. Delipetrev, AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence, Publications Office of the European Union, 2020

Articles

- R. C. Lawlor, What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions, American Bar Association Journal, vol. 49, No. 4, Avril 1963, pp. 337-344
- Xavier Linant de Bellefonds, professeur à l'université Paris XII, « L'utilisation des systèmes experts en droit comparé » in Revue internationale de droit comparé, 1994, Volume 46, n°2 pp. 703-718
- C. Peterson, Logique déontique et logique des normes, Ithaque – Revue de philosophie de l'université de Montréal, 2010

- J. Angwin, J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks, ProPublica, 23 mai 2016
- A. Rouvroy, T. Berns, Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation, Réseaux 2013/1 n°177, 2017, pp.163-196
- A. Garapon, Les enjeux de la justice prédictive, La Semaine Juridique édition générale n°1-2, 9 janvier 2017
- B. Barraud, Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ?, Les Cahiers de la Justice n°2017/1, 2017
- La jurisprudence dans le mouvement de l'open data, acte du colloque de la Cour de cassation du 14 octobre 2016, La Semaine Juridique, supplément au n°9, 27 février 2017
- E. Buat-Menard, P. Giambiasi, La mémoire numérique des décisions judiciaires : l'open data des décisions de justice de l'ordre judiciaire, Recueil Dalloz 2017, p. 1483
- R. Boucq, La justice prédictive en question, Dalloz Actualités, 14 juin 2017
- J. Dupré, J. Lévy-Véhel, L'intelligence artificielle au service de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel, Dalloz IP/IT n°10, 2017
- M. Clément, Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ?, AJDA 2017, p. 2453
- B. Mathis, La justice prédictive est compliquée mais pas dangereuse, Revue Réseaux "Politique des algorithmes" 2013/1, 6 février 2018
- Y. Meneceur, Quel avenir pour la « justice prédictive » ?, La Semaine Juridique édition générale n°7, 12 février 2018
- M. Oswald, J. Grace, S. Urwin, G. C. Barnes, Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and Experimental proportionality, Information & Communications Technology Law, Vol. 27, No. 2, 3 avril 2018, pp.223-250
- C. Castelli, D. Piana, Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi, Questione Giustizia, 15 mai 2018
- S-M. Ferrié, Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable, La Semaine Juridique édition générale n°11, 12 mars 2018
- T. Cassuto, Droit et intelligence artificielle, Dalloz.actualités, 14 mars 2018
- L-M. Augagneur, Justice – D'où jugez-vous ? Un paradoxe entre justice prédictive et réforme de la motivation des décisions, La Semaine Juridique édition générale n°13, 26 mars 2018
- Y. Meneceur, Les systèmes judiciaires européens à l'épreuve du développement de l'intelligence artificielle, Revue pratique de la prospective et de l'innovation n°2, Octobre 2018
- Actes du colloque « L'obsolescence programmée du juge ? Justice judiciaire, justice amiable, justice numérique », La Semaine Juridique édition générale, supplément au n°51, 17 décembre 2018
- D. Cardon, J-P. Cointet, A. Mazières, La revanche des neurones, Réseaux 2018/5 n°211, 2018, pp.173 à 220
- Y. Meneceur, Les enseignements des éthiques européennes de l'intelligence artificielle, La Semaine Juridique édition générale n°12, 25 mars 2019
- Y. Meneceur, C. Barbaro, Intelligence artificielle et mémoire de la justice : le grand malentendu, Les Cahiers de la Justice 2019/2, Dalloz et École Nationale de la Magistrature, juin 2019

- K. Yeung, A. Howes, G. Pogrebna, AI Governance by Human Rights-Centred Design, Deliberation and Oversight: An End to Ethics Washing, 21 juin 2019 *in* M. Dubber, F. Pasquale (dir.), *The Oxford Handbook of AI Ethics*, Oxford University Press, 2019
- Y. Meneceur, Open Data des décisions de justice : pour une distinction affirmée entre les régimes de publicité et de publication, *La Semaine Juridique édition entreprise et affaires* n° 37, 12 septembre 2019
- A. Jobin, M. Ienca, et E. Vayena, The global landscape of AI ethics guidelines, *Nature Machine Intelligence* 1, septembre 2019, pp.389–399. Mittelstadt, Principles Alone Cannot Guarantee Ethical AI, *Nature Machine Intelligence*, novembre 2019
- Un monde judiciaire augmenté par l'intelligence artificielle ?, *Compte rendu du colloque organisé par l'institut Présage à la Cour de cassation le 25 juin 2019*, *Revue Experts* n°147, décembre 2019
- M. Hildebrandt, The issue of bias: the framing powers of ML, à paraître *in* M. Pelillo, T. Scantamburlo (dir.), *Machine Learning and Society : Impact, Trust, Transparency*, MIT Press, 2020
- R. Vinuesa, H. Azizpour, I. Leite, M. Balaam, V. Dignum, S. Domisch, A. Felländer, S. D. Langhans, M. Tegmark & F.F. Nerini, The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals. *Nat Commun* 11, 233 (2020), 13 janvier 2020
- M. Hildebrandt, Code Driven Law. Scaling the Past and Freezing the Future, SSRN, 19 février 2020
- Y. Meneceur, DataJust face aux défis de l'intelligence artificielle, *La Semaine Juridique*, édition générale n°40, 28 septembre 2020
- M. Hildebrandt, Data-driven prediction of judgment. Law's new mode of existence?, *Draft Chapter for OUP Collected Courses Volume EUI 2019 Summerschool*, 21 octobre 2020

« Cour de cassation 2030 »

Audition du 4 février 2021 de Denis Salas

La lettre de la Première présidente pose bien le problème : il s'agit pour votre commission de situer la cour de cassation dans son environnement institutionnel au sens large (national et international) et de dessiner les grandes orientations capables de guider ses réformes à long terme ou à court terme. Par mon regard « éloigné », je n'entrerai pas dans vos méthodes de travail que je connais imparfaitement. Sous cette réserve, je vais aborder deux points : la place d'une cour suprême ¹ dans la mutation de notre démocratie ; puis la nécessité de mesurer les obstacles à sa réforme liés à notre culture politico-juridique ; j'ajouterai quelques pistes autour d'une ligne directrice de réforme : toute cour suprême doit désormais s'appuyer sur un tissu de relations à créer avec son environnement et ses publics.

La cour de cassation dans la mutation de notre démocratie

Il y a un discours qu'on entend beaucoup qui est tantôt une diatribe assez radicale contre les cours de justice suspectées de paralyser l'Etat , tantôt un plaidoyer souverainiste argumenté comme celui de Marcel Gauchet qui relève à mon avis d'une méconnaissance de l'institution dont elle est en partie responsable. Pour Gauchet, la démocratie se renie elle-même en sacralisant l'Etat de droit. Ce qui provoque un double phénomène de dépolitisation et de privatisation inhérent à une société d'individus. Les droits de l'homme et les cours suprêmes qui les sacralisent nuiraient à l'intégrité de la démocratie. ² A l'opposé de cette approche abstraite,

¹ J'entends le mot « cour suprême » au sens d'un *idéal type* défini par Max Weber comme un outil méthodologique, une catégorie qui aide à comprendre ou théoriser certains phénomènes, sans prétendre que les caractéristiques de ce type se retrouvent toujours et parfaitement dans les phénomènes observés. Le terme de « cour faïtière » parfois utilisé reste tributaire d'un langage encore trop vernaculaire.

² Au début de l'IHEJ nous avons travaillé avec Marcel Gauchet qui avait compris la place inédite de la justice dans « la révolution des pouvoirs » (titre de son ouvrage chez Gallimard, 1998) mais qui nous avait dit en substance « comment voulez vous que je puisse penser une institution aussi opaque ? »

un Bruno Latour avait répondu à ce défi par une observation participante de plusieurs mois au conseil d'Etat qui a donné lieu à son livre « La fabrique du droit ». ³ Il reste que cette critique élargie des droits de l'homme est une querelle ancienne qui vient d'un héritage de la Révolution française et ne permet guère d'avancer.⁴

Que retirer de ce débat ? Nous avons vécu jusque là dans une démocratie représentative qui n'a laissé aucune place au judiciaire dès l'origine. ⁵ Le judiciaire, à l'inverse du conseil d'Etat qui est un tiers inclus, est vécu comme un intrus qui brise le noyau de la démocratie constituée par une étroite relation entre représentants et représentés. Là est le pacte fondateur de toutes nos Républiques, la Vème comme les autres : le peuple n'existe que par ses représentants à la fois légitimes et/parce que vertueux. Ce qui nous oppose aux Etats-Unis, à l'Allemagne et à l'Union européenne où le pacte constituant fait *ab initio*, c'est-à-dire dans la constitution, toute sa place au juge. Il est significatif qu'un penseur comme Habermas pense que les droits et le suffrage sont co-originaux de la démocratie.

Chez nous au contraire, le juge qu'il soit constitutionnel, administratif ou judiciaire, est le tiers qui sépare au moyen du droit cette relation fusionnelle, fondatrice, exclusive qui repose sur une équation insécable : loi= droit= volonté générale. Il se place à l'articulation des espaces politique et civique. Il fait ainsi exister le peuple plaideur à côté du peuple électeur. Son rôle est de contester l'hégémonie représentative de la majorité tout en exprimant une autre expression citoyenne qui est parallèle et souvent appelée aux États-Unis « contre majoritaire ». Cette perspective de la fragmentation du corps du peuple uni à celui de ses représentants reste sous jacente dans notre culture de l'Etat unitaire qu'évoquait Jean Louis Quermonne.

³ Bruno Latour *La fabrique du droit, Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2002.

⁴ Sur ce débat, cf. Justice Lacroix et Jean Yves Pranchère, *Les droits de l'homme rendent-ils idiots*, Seuil, 2019

⁵ C'était la conclusion du cours du constitutionnaliste de Jean Louis Quermonne (qui vient de nous quitter) sur la Vème République que je suivais dans les années 1980 à Sciences po. « Il doit être entendu que la Vème République exclut d'emblée l'existence d'un troisième pouvoir quel qu'il soit. Etat unitaire, elle rejette les tentations fédéralistes qui pourraient faire des régions le siège de pouvoirs politiques dispersés. Etat républicain au sens où elle hérite d'une certaine continuité avec la Révolution française, elle exclut également l'existence d'un pouvoir judiciaire » *Le Gouvernement de la France sous la Vème République*, Dalloz, 1986 (nombreuses rééditions depuis).

La fracture se creuse dans les années 1990 et s'accélère depuis lors. Sa manifestation bruyante exclusivement vue sous l'angle pénal surmédiatisé des « affaires » cache une mutation plus profonde. Le noyau de la légitimité électorale en se fissurant fait apparaître une autre distribution du pouvoir plus en phase avec les attentes des citoyens. L'émergence d'une légitimité d'impartialité et de réflexivité selon Pierre Rosanvallon ⁶ concerne directement les cours suprêmes, instances non partisans qui rendent des décisions délibérées et argumentées. En somme c'est autour du citoyen qu'il vote ou qu'il plaide plus que de l'Etat que s'ordonne la justice, ce « tiers pouvoir ». Bien qu'elle soit perpétuellement mise en scène dans son exercice comme dans son élection, la démocratie représentative ne peut cacher cette légitimité nouvelle qu'on peut appeler aussi l'Etat de droit qui était jusque là simplement *déclaré* mais qui devient peu à peu *une garantie* ⁷. La prise en compte de cette mutation restera sans doute progressive et heurtée dans notre pays compte tenu de l'absence de moment fondateur.

A l'opposé de Marcel Gauchet, Pierre Rosanvallon soutient qu'il y a désormais deux expressions de la volonté générale, deux exigences démocratiques à faire vivre : le choix périodique de nos représentants élus sur la base de programmes différenciés et l'existence d'institutions garantes du bien commun au-delà de ces différences. En d'autres termes, la souveraineté n'est plus unitaire mais plurielle. Dworkin dit en d'autres termes la même chose : à côté de la logique du suffrage il y a celle d'un « forum de principes ». Ce sont les institutions réflexives et impartiales comme les cours suprêmes qui portent le « peuple principe » (cycle long de la démocratie) à côté du « peuple suffrage » (cycle court). Il est important qu'à côté du Conseil constitutionnel, les autres cours suprêmes soient qualifiées de « juges constitutionnel de droit commun » en s'affirmant à cette place par leur position clairement non partisane. « *Les cours constitutionnelles contribuent à rendre présent en permanence les principes organisateurs de la vie sociale. C'est aussi la*

⁶ *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Le Seuil 2008.

⁷ C'est le sens de la définition de la commission de Venise (Conseil de l'Europe) qui le définit comme *une garantie* des citoyen face aux pouvoirs: *toute personne* doit disposer de voies de recours pour contester une décision devant un juge *indépendant et impartial* selon une procédure équitable », *Rapport sur la prééminence du droit*, 25-26 mars 2011. Je souligne.

*fonction la plus large du droit dont les divers tiers pouvoirs sont les agents directs ou indirects : tenir les promesses qu'une collectivité s'est faites à elle-même ».*⁸

Le poids d'une culture politique

A cette mutation à la fois récente et déchirante, s'oppose une culture politique française qui se situe à l'opposé. Cela vient de l'impensé de la figure du juge dont je viens de parler. Je vois *trois obstacles* dont nous devons tenir compte au moment de penser l'avenir d'une cour suprême comme la cour de cassation : la capacité d'intervention de la loi dans notre pays y compris dans le fonctionnement interne d'une telle cour, la conception française de séparation des pouvoirs et celle de la justice comme service public.

Dans notre pacte républicain, je le rappelle, c'est la loi qui détermine les contours de la fonction du juge. Il y a une empreinte législative sur la fonction judiciaire. On cite toujours l'article 66 de la constitution comme célébrant « le juge gardien des libertés individuelles » en oubliant la fin de l'article « il assure le respect de ce principe *dans les conditions prévues par la loi* ». Son rôle de gardien des libertés est sous le contrôle des représentants du peuple. En France, à l'inverse des pays de *common law*, le pouvoir politique peut à tout moment modifier le périmètre de la fonction d'une cour suprême.

Cette fonction - y compris son organisation interne - est ainsi modelée par d'autres que lui. Lors de l'arrêt Canal (1962), le conseil d'Etat fit l'expérience d'une telle intervention au moins une fois dans son histoire. La cour de cassation en a fait, au contraire, l'expérience tout au long de son histoire. Pendant l'affaire Dreyfus la chambre criminelle a été dessaisie au profit d'une assemblée plénière composée de juges (loi du 1^{er} mars 1899) supposés plus conservateurs et moins susceptible d'être dreyfusards. En 2010, sa formation spéciale en matière de QPC a été supprimée par la loi organique du 22 juillet 2010 ce qui a pour effet de transférer à chaque chambre cette compétence. Autrement dit, en France, la séparation des

⁸ Pierre Rosanvallon, *ibid*, p. 224-225

pouvoirs protège l'exécutif contre le judiciaire. C'est un pli culturel dont il faut avoir conscience alors qu'il est inconcevable dans d'autres démocraties libérales.

Inversement, le juge ne peut protéger son périmètre contre d'éventuelles atteintes. Il peut faire connaître son opinion comme le fit le Premier Président Vincent Lamanda qui avait protesté en vain dans cette affaire. Ce fait résulte de l'absence chez nous d'une procédure comme *le contempt of court* au sens d'une protection contre l'atteinte à l'autorité judiciaire et à ces décisions. En *common law*, le *contempt* est rarement appliqué car le respect des décisions de justice est intériorisé et donc l'autonomie du judiciaire inscrite dans les mentalités. L'exécution, fait corps avec la décision (le philosophe J. Derrida avait fait un séminaire sur l'expression « *to enforce the law* »).⁹ Le juge français peut adresser une injonction assortie d'une astreinte (pour réprimer le discrédit jeté sur une décision) ce qui est rare. Mais surtout ces incriminations ne sont pas pensées spécifiquement comme une atteinte à l'autorité judiciaire mais comme une atteinte à « l'autorité de l'Etat » étant mentionnées dans le livre IV du Code pénal qui lui sont consacrées. Manière de rencontrer à nouveau une séparation des pouvoirs conçue en France depuis le XIX^{ème} siècle au profit du seul exécutif.

Le dernier obstacle vient de la conception française de la justice comme service public. La justice est pensée dans l'Etat au sens d'une administration garante de l'intérêt général et capable de réaliser le bien public. C'est souvent souligné comme un point fort du système français à l'inverse des pays de *common law* où l'accès au juge suprême est plutôt conçu comme *un privilège*, où les cours suprêmes peuvent choisir leurs affaires. Chez nous, c'est un droit fondé sur l'égalité des citoyens devant la justice.

Cela va peser lourd sur le projet de filtrage des dossiers par la cour que vous envisagez (28.000 décisions rendues par an par la cour de cassation, moins de 100 par la cour suprême des Etats Unis). Un des grands partisans du filtrage André Tunc l'avait proposé depuis longtemps... sans en mesurer les obstacles. Il avait vu que la masse des décisions le plus souvent non publiées a un public réduit aux parties ce

⁹ Jacques Derrida, *Force de loi*, Galilée, 1994

qui a un effet enfermant.¹⁰ Ni les juristes, ni les autres cours, ni le public n'y ont accès... Au-delà de la protestation des avocats contre cette sélection (dont le grand perdant serait le justiciable), il y a l'idée ancrée dans notre culture qu'une cour suprême doit *rendre justice* plus que *créer le droit* au nom de l'égal accès des citoyens au juge. Nous devons en avoir conscience : ce substrat culturel est toujours sous jacent. Le principe posé par le Code de l'organisation judiciaire selon lequel « le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice » ne fait qu'actualiser la loi du 16 et 24 août 1790 qui fondait l'abolition des privilèges de juridictions en vigueur sous l'Ancien régime : « *Tous les citoyens sans distinction plaideront en la même forme et devant les mêmes juges dans les mêmes cas* ». ¹¹

Une relation à créer avec ses publics

Une fois mesuré les obstacles quelques points s'ouvrent pour la cour de cassation comme cour suprême à condition de la penser comme *acteur de sa légitimité*.

Sa légitimité viendra d'abord de ses décisions et de leur capacité à s'emparer des questions de principe que portent devant elle les plaideurs. Une démarche interprétative peut promouvoir un élargissement de l'office du juge en anticipant la portée de ses décisions. C'est aussi ce que suggère l'avis de l'avocat général de la cour de cassation (avis QPC du 15 mai 2020) relatif à la dignité de conditions de détention. Il faudrait, écrit-il, (via une réforme législative) élargir l'office du Juge des libertés (JLD), ne pas dissocier la *décision* de son *exécution* car un juge « *ne peut pas se désintéresser des modalités d'exécution de sa décision* » concernant celui qu'il a placé en détention provisoire sans l'enfermer dans l'alternative détention/liberté. Il importe donc de « réoutiller » le juge afin qu'il puisse préserver efficacement la dignité des personnes. L'avis du magistrat est éclairé non seulement par l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme mais aussi les

¹⁰ André Tunc, « La cour suprême idéale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30 n°1, 1978 (en ligne). Le thème du filtrage fait l'objet de recommandations du *Rapport de la commission de réflexion de la cour de cassation*, Jean Paul Jean, 22 février 2017.

¹¹ Article 16 du titre II de la Loi des 16 et 24 août 1790

autres législations européennes italiennes et allemandes ainsi que les jurisprudences américaines.

Ce point de vue conséquentialiste est illustré par des exemples de politique « affirmative » où la cour suprême participe activement aux reformes législatives tout en redessinant l'office du juge au nom des principes quelle défend et que les citoyens soutiennent. Les cours de *common law* vont très loin dans cette voie puisqu'elles interviennent sous la pression de la société civile pour contraindre l'exécutif à agir par exemple pour la défense de l'environnement et de ses conséquences sur la santé. Ainsi la cour suprême indienne avait ordonné la fermeture des tanneries malgré l'intérêt économique de leurs exportations et les conséquences pour les salariés. Elle était consciente des conséquences économiques potentiellement négatives à court terme mais, selon elle, le statu quo serait nuisible à plus long terme pour la population. Ceci faisant, elle créait un mouvement d'actualisation d'un principe de protection de la nature dans un contexte d'urgence écologique qui n'a cessé de s'affirmer depuis.¹²

Par ailleurs, la justice abandonne trop souvent aux autres acteurs le *storytelling* de ses propres actions. Une cour suprême doit prendre toute sa place dans l'espace public. Il reste du chemin pour peser dans le débat public, répondre à une attente d'intelligibilité de ses décisions, faire émerger les enjeux élargis du litige les plus significatifs dans un forum « démocratique » au sens d'une délibération sur les valeurs communes de la cité.

Plus précisément, une cour suprême doit s'approprier le segment qui lui revient dans l'espace public : elle devrait se transformer en une « institution pédagogique » au sens où l'entend Aharon Barack¹³ pour diffuser l'éducation au droit. C'est une voie à suivre qui est amorcée par la cour de cassation : diffuser les grands débats de société traités dans ses formations de jugement sur le site de la

¹² Je renvoie sur ce point au dossier des *Cahiers de la Justice* « Le rôle des cours suprêmes dans les sociétés démocratiques », Dalloz/ENM, 2010/2. Sur l'actualisation d'un mouvement initié par les cours suprêmes, voir le dossier intitulé « La cause environnementale », *Les Cahiers de la Justice*, 2019/3.

¹³ Aharon Barack, ancien président de la cour suprême d'Israël, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge. Le rôle de la cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 66, 2006 (en ligne).

Cour, confier ce rôle à des portes paroles des chambres, les accompagner d'entretiens avec les acteurs, de communiqués de presse (à condition de ne pas laisser la rédaction aux seuls communicants...) ¹⁴.

Comparons à 20 ans de distance l'affaire Perruche (2000) à l'arrêt société UBER (2020). On a d'un côté d'un côté le « lynchage » de la cour de cassation par les médias parce qu'elle osa indemniser un enfant né handicapé suite à une faute médicale (le fait d'être né étant interprété comme un préjudice) sans que la cour put infléchir par ses interventions orales ou écrites ces attaques.¹⁵ La comparaison est nette avec l'arrêt société UBER du 4 mars 2020 qui rétablit la place du salariat (et les droits qui s'y attachent) dans un marché du travail dérégulé avec une décision claire, compréhensible, écrite de manière non elliptique (« motivation enrichie »), traduite en deux langues, accompagné d'un communiqué de presse, publié sur le compte *Twitter* de la cour (plus de 140.000 abonnés)... et donc repris par la totalité des médias et les réseaux sociaux.

Enfin comme l'avait démontré Durkheim, le droit est un fait social ; une cour suprême est inscrite dans une société donnée ; le droit qu'elle dit est celui auquel la société aspire ; mais - c'est en cela qu'elle est une institution réflexive - celui qu'elle dit se réfléchit dans la profondeur de champ de nos principes. J'en ai été témoin direct : lors du procès de Charlie Hebdo la question de la visioconférence fut posée pour surmonter les contraintes de la pandémie. Entre le circuit court proposé par une ordonnance du Garde des sceaux (autoriser la visioconférence pour la fin du procès) et la nécessaire coprésence des acteurs du procès à l'audience, un référé du Conseil d'Etat a tranché en faveur de cette dernière option. La cour d'assises a pu ainsi ouvrir un débat sur cette question avec les parties et ainsi desserrer le temps de l'urgence. Ce qui lui a permis de retrouver la

¹⁴ Cf. l'émission animée par Ali Baddou sur la web TV du Conseil relative aux « 10 ans de la question prioritaire de constitutionnalité » (en ligne sur son site) n'est pas qu'une opération de communication mais veut donner à voir une expression de la démocratie ignorée des non spécialistes. Manière pour le Conseil de prendre en main sa propre histoire au besoin en renommant la QPC « la question citoyenne ». Cf. aussi l'intéressant article de Mathieu Disant « L'audience publique devant le Conseil constitutionnel. Observations sur la place de l'oralité dans le procès constitutionnel » (*Mélange Dominique Rousseau*, LGDJ, 2020) qui montre les limites d'une systématisation de cette pratique par ailleurs saluée comme innovante.

¹⁵Voir la mise au point de Guy Canivet « Puissance et enjeu de l'interprétation judiciaire. Approche pratique à partir d'un cas de responsabilité médicale », *Les Cahiers de la Justice*, L'office du juge, 2020/4.

valeur intrinsèque de l'acte de juger pour y puiser sa décision malgré les sommations de l'état d'urgence sanitaire.

De ce point de vue, une attention extrême doit être portée aux motivations. Par ses écritures, le juge s'adresse désormais à un auditoire universel. Pour une cour suprême, la motivation n'est pas un moyen de contrôle des cours inférieures mais un acte de persuasion où est mise à l'épreuve une argumentation, un facteur de légitimation de l'acte de juger, « une nouvelle forme de légitimité démocratique reposant sur la délibération et la justification des décisions. »¹⁶

La communication des cours suprêmes passe de l'intra-juridictionnel à l'*inter-juridictionnel*. Les juges de tous horizons se parlent par motivations interposées où le meilleur argument a des chances d'être repris. Cela est très assumé dans les écrits que j'ai cités sur la dignité des personnes détenues nourris de ce dialogue inter-juridictionnel mondialisé. Dialogue qui porte avec lui la réciprocité et nuance l'opposition classique entre les systèmes juridiques.¹⁷

A côté de cela, il y a la communication *externe* en direction des publics qui suppose de manier un autre style. Je ne vois pas de ce point de vue de différence entre les écritures du droit. J'écris le mot au pluriel car je mets sur le même niveau d'exigence intellectuelle la motivation écrite (celle du jugement), la motivation orale, et la motivation communiquée. Dans les incrustations de l'émission sur « les 10 ans de la QPC », j'ai constaté l'extrême attention portée aux mots afin qu'ils soient fidèles à l'argumentation d'origine (par exemple, la décision « fraternité » donne toute sa force à la devise républicaine... mais elle ne

¹⁶ Je renvoie sur ce point au remarquable texte de Mathilde Cohen dans *les Cahiers de la justice* (« Pour qui écrivent les juges ? 2014-2), synthèse d'un rapport de la Mission de recherche droit et justice, « La motivation des décisions de justice entre épistémologie sociale et théorie du droit, Le cas des cours constitutionnelle et des cours constitutionnelles », Mathilde Cohen et Pascal Pasquino, 2013 (en ligne). André Tunc (cf. référence ci-dessus) raconte une anecdote qui date des années 1980 caractéristique d'une vision *interne* de l'écriture du droit. Un procureur reçoit un arrêt de la cour de cassation. Il ne comprend pas le sens de la décision. Il appelle son collègue à qui il fait part de son désappointement et qui lui répond : « C'est normal, monsieur le procureur, vous n'étiez pas au délibéré ! ».

¹⁷ C'est ainsi que l'arrêt société Uber fait écho à celui de la cour suprême britannique qui a estimé le 19 février dernier que les conducteurs de l'entreprise américaine de réservation de voiture (VTC) sont bien des salariés et non des indépendants ce qui implique pour eux une série de droits (salaires minimum et congés payés). *Le Monde* 21 février 2021.

fait pas obstacle à la lutte contre l'immigration irrégulière). L'écriture des décisions passe d'une fonction interne à une fonction *externe* en direction des organes étatiques, du barreau, de la doctrine, des citoyens - tous ceux qui constituent le public des sociétés démocratiques auquel s'adresse désormais une cour suprême.

On retrouve ici, quoique dans un autre contexte, le concept propre à la CEDH de « marge nationale d'appréciation ». Il ne se situe pas comme une interface Etat/cour suprême mais une interface société démocratique/cour suprême. Celle-ci doit convaincre sans imposer, être le miroir réfléchissant de l'état moral d'une société. Elle devrait avoir des capteurs lui permettant de mesurer le seuil d'acceptabilité de ces décisions ce que Rawls appelle « la contrainte de raison publique » (*public reason*). ¹⁸Autrement dit, sa décision doit résulter de motifs clairs et explicites mais aussi acceptables par la société toute entière. Ce qui exclut les affirmations cryptées ou elliptiques. Ses décisions doivent donc se fonder sur des « raisons publiques » au sens où elles articulent deux expressions de la démocratie, l'une fondée sur la fidélité aux principes fondateurs, l'autre sur la volonté de loi issue du suffrage mais enrichie de son interprétation. Ainsi une cour suprême, avec la distance qui est la sienne, conquiert une légitimité à dire le droit dans une société démocratique caractérisée par le pluralisme moral et philosophique.

Conclusion

Je termine en évoquant une discussion récente que j'ai eu avec Mireille Delmas Marty que vous allez entendre bientôt. Dans un monde traversé par un droit de plus en plus fragmenté, instable, littéralement déboussolé, contaminé par le temps court, où les états d'urgence se succèdent, dans un monde occupé à la guerre contre le terrorisme et la gestion de la pandémie, où la sécurité dite « globale » est devenu un absolu... nous avons besoin d'une boussole. ¹⁹ C'est la tâche d'une cour suprême de marquer la permanence des principes fondateurs de notre démocratie. Et de le faire face aux dérives de l'illibéralisme et aux « despotismes

¹⁸ Cf. Jurgen Habermas et John Rawls, *Débat sur la justice politique*, Le Cerf, 1997.

¹⁹ Voir sur ce point le débat entre Olivier Abel et Mireille Delmas Marty « Dans la spirale des humanismes » dans la revue *Le Grand continent* du 16 janvier 2021 (en ligne)

légaux » qui se répandent un peu partout en Europe et ailleurs. Pour conserver son intégrité au droit comme valeur et stopper sa dérive instrumentale, nous avons besoin de retrouver un droit « instituant » qui oriente le sens de notre démocratie au milieu des rapports de force politique, économique, militaires... Cela reste une finalité de notre démocratie à ne pas perdre de vue dans les années qui viennent. Et c'est au juge d'en fixer le cap.

Denis Salas, février 2021

**Audition d'Alain Smetryns, président de section honoraire à la Cour
de cassation de Belgique**

22 février 2021

Preliminaires

Avant d'entamer notre conversation, je voudrais souligner que la Cour de cassation de Belgique est très traditionaliste et peu encline à quitter, en ce qui concerne son fonctionnement et les règles qui régissent la procédure en cassation, les sentiers battus.

Ainsi la dernière réforme de la procédure en cassation par la loi du 6 juillet 2017 a provoqué beaucoup d'émotion au sein de la Cour. Il s'agissait pourtant de rien de bien révolutionnaire. L'idée de cette réforme avait été lancée par le procureur général Dirk Thijs lors de son installation. Il s'agissait, dans un esprit d'économie procédurale, d'en supprimer la possibilité existant jusqu'alors pour le juge de renvoi de ne pas se conformer à la décision de la Cour quant au point de droit tranché. En cas de rébellion du juge de renvoi et de deuxième pourvoi, l'affaire était traitée en chambres réunies et, en cas de nouvelle cassation, le juge de renvoi était cette fois-ci obligé de se conformer à la décision de la Cour. La suppression de cette possibilité de rébellion par le juge de renvoi et l'obligation pour celui-ci de se conformer à la décision de la Cour, avec comme corollaire une cassation sans renvoi au cas où il n'y a plus rien à juger, était vécue par une grande partie de la Cour, voire la majorité de celle-ci comme une grave atteinte au dialogue voulu par le législateur entre la Cour de cassation, qui ne peut connaître du fond des affaires, et les juridictions du fond. En réalité la réforme n'avait que très peu d'incidences réelles, la rébellion du juge étant exceptionnelle tout comme un retour par la Cour sur sa décision antérieure. Nous étions de plus un des rares pays où cette règle était encore de mise. Les juridictions du fond n'étant par ailleurs pas tenues de se conformer à la jurisprudence de la Cour dans les autres affaires, la réforme n'était également pas de nature à rompre le dialogue entre la Cour et les juridictions de fond. La réforme se fit nonobstant les protestations de la Cour. Elle donna lieu à un article du président Christian Storck «Quand l'Ubris dicte une réforme de la Cour de cassation» (Liber amicorum Martine Delierneux) et à une réplique en quelque sorte du président de section Albert Fettweis dans un article intitulé «Sur l'autorité contraignante des arrêts de la Cour de cassation».

Ceci pour dire que si le but de notre contact est d'apprendre quelles voies nouvelles la Cour de cassation de Belgique emprunte ou envisage d'emprunter dans les années à venir, vous risquez d'être déçu.

J'espère que votre commission a pris ou prendra également contact avec nos collègues de la *Hoge Raad der Nederlanden*, qui se veut et est une cour réellement innovante.

Etat de droit

Le premier point, la protection de l'état de droit, me fait de prime abord penser à la lutte menée dans les médias par notre ancien premier président, le chevalier Jean de Coudt, pour s'insurger contre les restrictions budgétaires et leurs répercussions sur le fonctionnement de la justice, mettant, selon lui, l'existence de l'état de droit en péril.

Il est incontestable que l'état de droit présuppose l'existence d'un appareil judiciaire indépendant et en mesure de rendre une justice de qualité endéans un délai raisonnable.

Si l'indépendance du pouvoir judiciaire et la séparation des pouvoirs sont fondamentaux, la question du budget nécessaire pour rendre une justice de qualité est également primordiale pour l'existence d'un état de droit, tout comme de multiples autres facteurs: la qualité de la formation et du recrutement des magistrats, la mise à disposition d'infrastructures et d'outils de travail adéquats, la mise en place d'un cadre suffisant ou encore une organisation judiciaire efficace.

La Cour de cassation n'a néanmoins pas pour tâche de veiller au bon fonctionnement de la justice en général, mais sa position dans l'appareil judiciaire et son autorité morale lui imposent peut-être de veiller au grain et de donner, si besoin en est, de la voix par le biais de son premier président, ceci nonobstant le rôle qui revient au Conseil supérieur de la Justice (contrôle externe du fonctionnement via des audits, le traitement des plaintes, l'établissement d'avis), au Collège des cours et tribunaux et aux assemblées générales.

En tant que juge de la légalité des décisions judiciaires, la Cour de cassation joue par contre de par de là-même un rôle de premier ordre dans la protection de l'état de droit: veiller à ce que les lois soient correctement appliquées par les juges de l'ordre judiciaire et tous les droits des citoyens respectés. Ce rôle est encore plus évident au pénal où la Cour peut soulever un moyen d'office.

Si c'est là l'essence même de la fonction de la Cour, l'intervention de la Cour est néanmoins souvent mal perçue par le grand public. Pensons à l'arrêt de la Cour qui prononça en son temps le dessaisissement du juge d'instruction Connerotte dans le cadre de l'affaire Dutroux et mena à une incompréhension générale de la population et une marche blanche rassemblant quelques 300.000 personnes dans les rues de Bruxelles.

Une communication de la Cour dans les affaires délicates, de nature à heurter l'opinion publique, s'impose donc et ce d'autant plus que le travail de la Cour est de par la technique de cassation souvent des plus hermétiques.

Cette communication manque, à mon avis, bien trop souvent. Aux Pays-Bas elle est la règle.

Mettre la protection de l'état de droit en exergue, ne peut pas avoir pour conséquence d'empêcher la Cour d'aller lors de l'interprétation et l'implémentation de la loi, le cas échéant, au-delà des termes de celle-ci. L'importante fonction normative qui revient à la Cour implique incontestablement une certaine liberté par rapport à la lettre de la loi.

La Cour n'est aussi pas la seule garante de l'état de droit.

Ainsi il appartient au Conseil d'Etat de procéder à l'examen de l'illégalité des actes administratifs, nonobstant la règle constitutionnelle qui veut que les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois.

Le contrôle de l'inconstitutionnalité des lois revient lui à la Cour constitutionnelle, tout comme le contrôle de la conformité de la loi au droit communautaire échappe également à la Cour, sauf dans les cas évidents ou ayant déjà été tranchés par la Cour de Justice.

Sujets d'intérêt publics majeurs

En droit judiciaire belge un recours en cassation est possible contre toutes les décisions définitives rendues en dernière instance. Aucun seuil, aucun filtre légal n'est prévu en dehors de l'obligation de faire appel à un avocat à la Cour et des incidences de la technique de cassation (irrecevabilités des moyens).

Sauf en matière pénale, la procédure belge ne connaît pas non plus de contrôle préalable de la recevabilité des pourvois (qui, vu l'obligation d'intervention d'un

avocat à la Cour en matière civile, ne présenterait d'ailleurs pas beaucoup d'intérêt).

Aux Pays-Bas, outre différents seuils et restrictions et les rejets dans le cadre du contrôle préalable de la recevabilité, bien des recours sont rejetés par application de l'article 81 de la Loi sur l'organisation judiciaire, notamment quand l'affaire ne présente pas d'intérêt pour le développement de la jurisprudence.

De telles restrictions à la possibilité d'introduire un recours ou d'en obtenir un examen au fond, sont tout simplement impensables dans l'ordre judiciaire belge.

Nous connaissons bien la possibilité de faire examiner l'affaire par une formation restreinte (3 juges), lorsque la solution de l'affaire semble évidente ou lorsque l'examen des moyens ne présente pas d'intérêt pour l'unité ou le développement de la jurisprudence.

Maintenir une information et une réflexion à jour dans une série de sujets d'intérêts public majeurs me semble tout à fait louable, dans la mesure où cela permettrait d'éviter des divergences jurisprudentielles accidentelles. Le danger en est peut-être une fixation de la pensée dans ces matières.

Une différenciation dans le traitement me semble par contre plus problématique.

Un traitement prioritaire pourrait par exemple ne pas être totalement justifié par rapport à d'autres affaires urgentes (par exemple en matière de faillite) qui ne relèveraient pas de ce domaine (voir sous la rubrique «différenciation de traitement»).

Une différenciation de traitement sur le plan qualitatif me semble difficilement imaginable (voir cependant la suggestion formulée sous la rubrique «relations fonctionnelles avec le parquet»).

Par contre nous avons dans le souci d'éviter une éventuelle future divergence de jurisprudence entre les sections d'une même chambre traité une affaire d'intérêt public majeur directement en plénière (réunion des deux sections linguistiques d'une même chambre et composition à 9 juges), alors qu'en règle un tel traitement ne s'impose que quand une contradiction dans la jurisprudence de la Cour est constatée. Il s'agissait de l'action de l'enfant handicapé (non de ses parents) du chef du dommage subi de par sa naissance à l'encontre du médecin ayant omis de conseiller une interruption de grossesse (arrêt impliquant le rejet d'une telle action).

Légitimité de la Cour

- Quant à la *diversification de la composition de la Cour*, l'article 254, §3, du Code Judiciaire prévoit que pour pouvoir être nommé conseiller à la Cour de cassation, le candidat doit exercer des fonctions juridiques depuis au moins quinze années, dont les dix dernières en tant que magistrat du siège ou du ministère public. Avant la loi du 22 décembre 1998 l'exercice du barreau ou une fonction académique ou scientifique en droit pouvaient également être pris en considération.

A l'heure actuelle seuls les magistrats du siège ou du parquet rentrent donc en ligne de compte pour une nomination à la Cour.

On peut le regretter. Aux Pays-Bas on n'hésite pas à recruter des spécialistes provenant d'autres horizons.

Lorsqu'une place à la Cour est déclarée ouverte, la Cour détermine le profil auquel les candidats doivent correspondre (pénaliste, spécialiste en droit des sociétés, fiscaliste etc).

Pour le reste il appartient au président de chambre de former de par la distribution des dossiers des spécialistes au sein de sa chambre.

(A moins que la *diversification de la composition de la Cour* ait trait aux nombres de magistrats composant le siège: chez nous formation à 3, à 5, à 9 (plénière soit la réunion des deux sections d'une même chambre) ou à minimum 11 (chambres réunies – magistrats des différentes chambres par ordre d'ancienneté).

- Responsabilité, déontologie, éthique: L'approfondissement envisagé a, je le suppose, trait à la responsabilité, la déontologie et l'éthique de la magistrature en général. S'il n'appartient pas à la Cour d'établir des avis, elle pourrait, si elle en décidait ainsi, envisager de faire établir une étude sur le sujet en vue de sa publication dans le rapport annuel. Cela cadrerait dans le rôle d'exemplarité qui revient à la Cour.

- Transparence et restitution du fonctionnement:

Dans la genèse d'un arrêt on peut retenir: les études des référendaires ou des magistrats délégués, la documentation établie, le projet du magistrat rapporteur, les remarques, variantes ou conclusions du ministère public, la correspondance avec les collègues et leurs variantes et finalement le délibéré et l'arrêt définitif.

De tous ces stades seuls l'arrêt définitif et les conclusions sont communiqués aux parties et font parties du dossier auquel elles ont accès.

Changer cela impliquerait la suppression de fait du secret du délibéré. Autant passer à la publication des opinions dissidentes. Cela ne s'inscrit néanmoins pas dans nos traditions et va en quelque sorte à l'encontre du rôle de la Cour qui est de mettre fin aux disparités jurisprudentielles.

La question de la transparence pose également celle de la motivation des arrêts.

La Cour de cassation belge a depuis belle lurette laissé tomber les «attendus» et rédige ses arrêts en style direct, mais pour le reste l'arrêt reste construit de façon syllogistique et la règle de droit est formulé sans autres explications, mais de la façon la plus limpide possible et ne débordant pas du cadre du moyen.

La Cour se comporte comme si elle est le porte-parole de la loi et comme si aucune autre interprétation de celle-ci n'est possible.

C'est bien sûr une fiction car la Cour a opéré un choix entre les différentes interprétations possibles, faisant le cas échéant l'objet d'après discussions doctrinales et jurisprudentielles.

Les motifs sous-jacents à ce choix ne sont pas exprimés dans l'arrêt.

Cette absence de motivation fait régulièrement l'objet de critiques, mais personnellement je reste partisan de la méthode (et je ne suis pas seul en cela).

Les motifs qui plaident en droit pour l'une ou l'autre des thèses en présence sont dans la règle connus, tout comme les considérations d'ordre économiques ou sociales. Le cas échéant ils sont développés de façon explicite dans les conclusions du ministère public ou encore dans le rapport annuel.

La méthode à l'avantage de la simplicité et de l'efficacité: moins de discussions au cours du délibéré, moins de difficultés de rédaction et moins de critiques possibles quant aux arguments retenus. Elle risque aussi moins de lier la Cour pour le futur.

- Procédures publiques et interactives:

Toutes les procédures devant la Cour sont publiques.

Elles se déroulent selon le schéma suivant: le président de la chambre donne la parole au magistrat-rapporteur, celui-ci fait son rapport, qui est en fait des plus

succincts (mention de la décision attaquée, de l'intervention d'un avocat à la Cour pour le demandeur, du nombre de moyens développés par celui-ci, du dépôt par un avocat à la Cour d'un mémoire en réponse pour le défendeur et d'éventuelles autres péripéties procédurales); suite à cela le président donne la parole au ministère public qui développe oralement ses conclusions ou renvoie à ses conclusions écrites, après quoi la parole est donnée aux avocats des parties qui dans la règle se contentent de remercier la Cour. Cela se comprend, car la procédure est essentiellement écrite et ne peut sortir du carcan du moyen.

Il s'agit donc généralement d'une occupation très formelle, qui pour cette raison a été supprimée aux Pays-Bas.

L'article 1106 du Code Judiciaire prévoit en son troisième alinéa que le greffier joint le cas échéant à l'avis de fixation les questions que la Cour ou le ministère public envisagent de poser à l'audience aux avocats, ou aux parties non représentées par un avocat, ayant déposé la requête en cassation ou un mémoire en réponse, mais il est plutôt rare que la Cour fasse usage de cette possibilité.

L'article 1107 du Code Judiciaire prévoit quant à lui que les plaidoiries des parties ne peuvent porter que sur les questions de droit proposées dans les moyens de cassation ou sur les fins de non-recevoir opposées au pourvoi ou aux moyens.

Une plus large interactivité est donc exclue et il ne pourrait en être autrement vu l'interdiction de sortir du moyen et l'absence de moyen d'office (du moins au civil).

- Solennité:

L'emploi de la salle solennelle et le port de la robe rouge sont limités à quelques occasions: l'ouverture de l'année judiciaire avec le prononcé par le Procureur général de sa Mercuriale, les installations et les affaires traitées en chambres réunies (conflits d'attribution, recours contre les décisions des Cours d'appel jugeant des infractions commises par les ministres et anciennement les cas de rébellion par le juge de renvoi).

Les installations sont effectivement de véritables cérémonies. C'est aussi le cas au niveau des Cours d'appel. On peut en discuter ... c'est la question de la nécessité de l'apparat en général.

- Communication:

Sous la rubrique «Etat de droit», j'ai déjà insisté sur la nécessité d'une communication de presse destiné au grand public dans les affaires importantes ou sensibles. Au Pays-Bas elle a lieu de façon systématique et est organisée de façon professionnelle.

Le rapport annuel est un outil de communication classique (compte rendu des activités, statistiques, arrêts importants, études).

Le site web de la Cour est lui le moyen de communication actuel par excellence. Au grand dam de la Cour celle-ci ne possède plus son propre site, mais un sous-portail dans le cadre d'un site général.

La Cour de cassation belge n'est pas présente sur les réseaux sociaux. La question de la présence de la Cour sur *Tweet* a été rejetée récemment par le *staff* de la Cour. On peut le regretter.

Sous la rubrique «Preliminaire», j'ai évoqué déjà la possibilité et/ou la nécessité d'interventions publiques par le biais du premier président.

Efficacité

- Service d'appui aux magistrats :

La Cour de cassation de Belgique est en vertu de l'article 135*bis* du Code Judiciaire assistée par des référendaires dont le nombre est au minimum de cinq et au maximum de trente, et est déterminé par le ministre de la Justice.

Selon le dernier tableau en ma possession la Cour était en réalité assistée par 13 référendaires.

Pour pouvoir être nommé référendaire près la Cour de cassation, le candidat doit être âgé de vingt-cinq ans accomplis et être docteur ou licencié en droit. Les candidats sont classés, en vue de leur nomination, lors d'un concours.

Nos référendaires sont de jeunes et brillants éléments (qui cumulent souvent leurs activités avec un doctorat ou des activités académiques).

Aux termes de la loi les référendaires préparent le travail des conseillers et des membres du parquet; ils participent aux tâches de documentation ainsi qu'à celles de traduction et de publication des arrêts et à la mise en concordance des textes français et néerlandais.

On leur confie des études approfondies, ainsi que l'étude de dossiers en cours, souvent parmi les plus complexes. Dans ce cas, ils effectuent les recherches nécessaires et rédigent une étude, ainsi qu'un ou plusieurs avant-projets d'arrêt ou de conclusions.

L'aide qui nous est apportée par les référendaires est inestimable.

Le but n'est pas que les référendaires restent leur vie durant à la Cour. La plupart d'entre eux nous quittent au bout d'un certain nombre d'années et entament une carrière soit dans la magistrature, soit dans le monde académique.

Il y a en vertu de l'article 136 du Code Judiciaire auprès de la Cour de cassation de Belgique également un service de la documentation et de la concordance des textes français et néerlandais des arrêts. Ce service est composé entre autres de magistrats délégués, dont le nombre est déterminé par le ministre de la Justice. Selon le dernier tableau en ma possession ils étaient en réalité au nombre de six.

Le Ministre de la Justice peut plus précisément déléguer, sur proposition conforme du premier président de la Cour de cassation et du procureur général près cette Cour, des magistrats des cours et tribunaux pour exercer des fonctions au sein du service de la documentation et de la concordance des textes auprès de la Cour de cassation. La durée de la délégation ne peut excéder six ans (mais le mandat est renouvelable).

Les magistrats délégués sont donc des magistrats du siège ou du parquet des cours et tribunaux qui, intéressés par le travail de la Cour, consacrent en règle un jour par semaine à la Cour de cassation. Leur travail est comparable à celui effectué par les référendaires. Cette délégation n'est pas rémunérée.

La fonction est considérée comme une voie d'accès à la Cour, dès lors qu'elle permet aux délégués de soupeser leur intérêt pour le travail de la Cour et à la Cour d'évaluer l'aptitude du délégué à une nomination au sein de celle-ci.

- Traitement différencié :

En règle les dossiers sont traités dans leur ordre d'arrivée et l'éventuel traitement différencié (prioritaire) d'après l'urgence ou l'importance est laissé à l'appréciation du président de chambre et/ou du magistrat rapporteur.

Un dossier mérite le cas échéant un traitement prioritaire, vu:

- l'urgence intrinsèque de l'affaire (en matière de faillite ou de réorganisation judiciaire par exemple) ou celle due à des éléments externes (solutions jurisprudentielles divergentes créant une insécurité judiciaire);
- l'importance objective de la problématique (e.a. les sujets d'intérêt public majeur) ou des possibles répercussions économiques ou sociales d'ordre général.

Puis il y a les dossiers qui présentent une urgence ou importance principalement subjective (droit des personnes, successions etc.) et ceux qui se situent à la croisée de ces catégories (la récupération d'une créance importante peut être d'une importance capitale pour la survie d'une entreprise).

Et puis que dire des dossiers simples à traiter en formation restreinte. Est-il justifié de postposer le traitement d'un dossier qui ne demandera finalement que des réponses des plus simples?

Il est donc bien malaisé de réglementer le traitement différencié des dossiers.

Il suffirait peut-être d'établir à titre de directive interne une série de critères qui pourraient le cas échéant être pris en considération en vue d'un traitement prioritaire par le président de chambre et/ou le magistrat rapporteur, qui garderaient pour le reste leur liberté d'appréciation au cas par cas.

- Référé:

L'article 1094/1 du Code judiciaire prévoit que le premier président peut, dans des circonstances exceptionnelles, à la demande d'une partie, quand l'intérêt général l'exige ou en cas d'absolue nécessité, décider sur conclusions écrites ou verbales du procureur général, d'abréger le délai dont dispose le défendeur pour déposer un mémoire en réponse ou celui dont dispose le demandeur pour déposer un mémoire en réplique, sans que ces délais puissent être inférieurs à quinze jours.

La demande visée à l'alinéa 1er est introduite par un acte distinct joint au pourvoi en cassation ou au mémoire en réponse et signifié ou, le cas échéant, communiqué avec ceux-ci.

Par dérogation à l'alinéa 2, lorsqu'une partie justifie avoir été dans l'impossibilité de joindre sa demande en abréviation de délai à son pourvoi en cassation ou à son mémoire en réponse, la demande visée à l'alinéa 1er est introduite par une requête déposée au greffe de la Cour et dont le greffier donne connaissance par pli judiciaire aux autres parties.

La partie adverse dispose d'un délai de quinze jours pour formuler des observations. Ce délai prenant cours le lendemain du jour où la requête en abréviation des délais est signifiée, notifiée ou envoyée à cette partie; ces observations sont faites moyennant un écrit qu'elle envoie au premier président de la Cour et dont elle réserve copie aux autres parties.

Le premier président statue sur pièces et fixe, de concert avec le ministère public, un calendrier de procédure ainsi que la date à laquelle la cause est portée à l'audience.

Le premier président peut entendre les parties en présence du procureur général. Le greffier notifie l'ordonnance du premier président aux parties par pli judiciaire.

Cette possibilité d'abréviation des délais a été introduite dans la législation belge par la loi du 4 octobre 2014. Je n'ai pas souvenir que la chambre (1 N), que j'ai quittée en janvier 2020, ait eu à traiter une seule affaire dans laquelle il avait été fait usage de cette possibilité.

- Dialogue avec les autres juridictions :

La Cour de cassation de Belgique est dans certaines circonstances tenue de poser des questions préjudicielles à:

- la Cour de Justice Européenne en tant que gardienne de l'interprétation du droit européen; sauf acte clair ou question déjà jugée, la Cour de cassation est ainsi régulièrement tenue de poser une question préjudicielle dans la mesure où la réponse à celle-ci est nécessaire à la solution du pourvoi;

- la Cour de Justice Benelux dans des matières bien spécifiques: e.a. le droit commun de la propriété intellectuelle, l'astreinte, l'assurance de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs; la Cour de Justice Benelux est composée de magistrats des cours de cassation des trois pays concernés; le nombre de questions préjudicielles posée par la Cour est les dernières années plutôt limité;

- la Cour constitutionnelle: il s'agit de la constitutionnalité des lois, en ce compris le respect de l'égalité des Belges devant la loi et donc d'un contentieux des plus vastes; dans nombre de dossiers les parties invitent la Cour à poser une question préjudicielle; si la question peut légalement être évitée, la Cour l'évitera.

Le protocole n° 16 qui permettra de poser des questions préjudicielles à la Cour européenne des droits de l'homme est en cours de ratification par la Belgique (avant-projet de loi soumis au Conseil d'Etat).

Outre ce dialogue judiciaire, la Cour est bien sûr représentée au niveau européen: réseau des présidents de cours suprêmes, réseau des procureurs généraux, réseau européen en matière civile et commerciale, conseil consultatif de juges européens, réseau judiciaire de l'Union européenne.

A mentionner également, hormis les visites de courtoisie, les échanges de magistrats organisés par le réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, qui sont à la source d'une meilleure connaissance et compréhension des systèmes voisins.

La Cour entretient également un dialogue épisodique (non-structurel) avec les autres juridictions supérieures nationales.

- Avis aux juridictions du fond

Dans le système judiciaire belge les juridictions du fond n'ont pour l'instant pas la possibilité d'interroger la Cour.

Eu égard à la charge de travail de la Cour, l'introduction d'une telle possibilité n'est pas envisageable sans une, vu les restrictions budgétaires qui président à l'administration de la justice, peu probable extension du cadre.

Il serait intéressant d'interroger nos collègues des Pays-Bas quant à leur expérience avec cette possibilité introduite chez eux il y a quelque temps déjà.

Relation fonctionnelle entre les conseillers et le parquet général

Le traitement du dossier débute chez le magistrat-rapporteur désigné par le président de chambre (à moins que son intervention soit précédée par celle d'un référendaire ou d'un magistrat délégué). Une fois le projet établi, le dossier est transmis au parquet.

Soit l'avocat général chargé du dossier acquiesce au projet, prend ou non des conclusions écrites et transmet le dossier pour fixation, soit il a des observations à formuler (défaut de réponse à un moyen d'irrecevabilité, désaccord quant à la formulation de la réponse ou quant à la règle de droit formulée). Dans ce cas il prend contact avec le magistrat rapporteur et ils discutent du problème. Il se peut que le magistrat rapporteur accepte le bien-fondé de l'observation, tout comme il

se peut que l'avocat général retire son observation. Il arrive également que les deux campent sur leur position. L'avocat général établira éventuellement une variante, ainsi qu'une conclusion écrite.

Passé ce stade, il n'y a en principe plus de contact entre siège et parquet. Cette césure a été mis en place après la condamnation par la CEDH du système amenant le parquet avec voix consultative jusqu'au sein du délibéré.

Après la fixation de l'affaire à l'audience, débute le dialogue (par courriel ou par des séances de prédélibéré) entre les membres de la chambre qui aura à en traiter et ce en vue de l'audience et du délibéré final.

Le dialogue entre le magistrat rapporteur et le parquet, justifié par le rôle d'*amicus curiae* que joue le parquet général près la Cour de cassation, fait l'objet d'une action contre la Belgique devant la CEDH où elle est pendante depuis déjà quelques années.

La position que prendrait la Belgique quant à la position du parquet général en cas de condamnation par la CEDH, est une inconnue totale. Faire traiter le dossier en premier par le parquet, ce qui peut paraître logique et ce qui est le cas aux Pays-Bas, exigerait, outre un soutien par des référendaires, que l'effectif du parquet général soit doublé ou triplé.

La Cour regretterait en tous cas le traditionnel et fructueux dialogue entre siège et parquet.

Comme l'effectif du parquet est environ d'un tiers de celui du siège, il est évident que le parquet est dans l'impossibilité de consacrer une étude approfondie à tous les dossiers traités. Certains membres de la Cour sont donc d'avis que pour que toute intervention du parquet comporte une réelle plus-value, on pourrait envisager que le parquet ne soit plus obligé de prendre des conclusions orales ou écrites dans toutes les affaires et puisse réserver son intervention aux dossiers qui lui paraissent les plus intéressants, par exemple ceux traitant de sujets d'intérêt public majeurs. Le parquet général ne partage pas du tout ce point de vue.

Système informatique

Nous cheminons vers la digitalisation totale de tous les dossiers judiciaires.

Tout arrêt dont la publication a été ordonnée par la chambre qui l'a prononcé, est repris à la banque de données du pouvoir judiciaire (anciennement nommée

Juridat et actuellement *Juportal*). Nous limitons le nombre d'arrêts publiés autant que possible, dans la mesure où tout arrêt publié doit également être traduit dans l'autre langue nationale, ce qui demande bien des efforts à notre service de traduction, qui travaille sous la supervision des conseillers. Les systèmes informatiques de traduction (nécessitant d'être nourris, ce qui est une activité en soi) semblent peu efficaces à l'heure actuelle.

Nous avons également accès à une banque de données interne, qui reprend elle tous les arrêts prononcés, ainsi que plus récemment à une plateforme informatique interne.

Les conseillers ont de par le ministère accès à une série de banques de données juridiques, dont l'accès est normalement payant, ce qui a malheureusement eu pour conséquence qu'il a été mis fin aux abonnements papier aux revues juridiques des bibliothèques.

Comme déjà mentionné la Cour ne possède malheureusement plus de site propre, mais un sous-portail dans le site du service fédéral Justice.

Si de par le passé les prédélibérés de la section néerlandophone se déroulaient depuis de longues années déjà par échange de courriels, la crise sanitaire actuelle a donné lieu à des délibérés définitifs par vidéoconférence.

Le *staff* de la Cour a rejeté assez récemment une demande de coopération de la Cour à un projet de recherches en matière d'intelligence artificielle. On peut le regretter.

Gand, le 8 février 2021.

Alain Smetryns,

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation
de Belgique.

AUDITION COMMISSION COUR DE CASSATION 2030 : 24 FEVRIER 2021

Jean-Michel Sommer : président de chambre, directeur du SDER

INTRODUCTION

L'état des lieux : un préalable indispensable

Nul ne sait précisément ce dont la Cour de cassation sera saisie en 2030. Cependant, des projections peuvent être faites à partir des contentieux dont sont aujourd'hui saisies les juridictions du fond et de leur évolution. Ainsi, près de la moitié des pourvois formés concernent aujourd'hui la matière sociale et, si on y ajoute le contentieux de la sécurité sociale, cette part passe à 63%. Des hypothèses peuvent être formulées, notamment sur les évolutions de ces bocs de contentieux.

La place institutionnelle de la Cour de cassation

La Cour de cassation est placée au sommet de la hiérarchie judiciaire dans l'ordre interne. Elle est une juridiction subordonnée au Conseil constitutionnel et, au plan européen, aux Cours de Strasbourg et de Luxembourg. Sa place éminente ne contredit pas son caractère profondément « démocratique », dans son accès (grâce au bénéfice de l'aide juridictionnelle), son fonctionnement (examen de l'ensemble des pourvois, collégialité, dialogue avec les juges du fond) et sa composition (juges venant des juridictions du fond et parfois y retournant) : elle est d'abord un tribunal qui offre à chacun le droit de voir reconnaître ou consacrer son droit.

Les missions de la Cour : un rôle normatif, unificateur et disciplinaire

Il se déduit des articles 604 du code de procédure civile et L. 111-1 du code de l'organisation judiciaire que la Cour de cassation est une juridiction ayant pour fonction de dire le droit, la « jurisdictio » et d'harmoniser et d'unifier la jurisprudence. Le pourvoi a également une finalité disciplinaire qui consiste à censurer la méconnaissance des règles gouvernant la discipline du procès. Ces trois missions, qui ne doivent pas être hiérarchisées, méritent d'être préservées. La France est un pays centralisé et attaché au respect de la loi et de l'égalité.

Bien que le rôle « disciplinaire » de la Cour de cassation soit important - la violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties étant le seul cas permettant l'engagement de la responsabilité disciplinaire d'un juge à raison de son activité juridictionnelle aux termes de l'article 43 alinéa 2 de l'ordonnance n°58-270

du 22 décembre 1958 - on constate cependant un faible nombre de cassations à caractère disciplinaire, environ 6% des arrêts rendus¹.

L'attention doit donc se porter principalement sur son rôle normatif et d'unification de la jurisprudence. Cette perspective ne se conçoit pas sans ancrer le procès de cassation et l'office de ses juges dans un « continuum », un ensemble – première instance, appel puis cassation- dont les éléments sont inséparables. Nul n'ignore qu'un arrêt de la Cour de cassation n'est bien compris qu'à la lecture de l'arrêt frappé de pourvoi.

En somme, l'activité de la Cour de cassation doit être pensée autour d'une réflexion renouvelée sur la jurisprudence et sur les relations que la Cour entretient avec les juridictions du fond.

Se porter vers l'avenir implique que la Cour et ses juges se dotent de solides soutiens et d'outils adaptés à son office. Ses juges doivent être accompagnés dans la sélection, le traitement des pourvois et la diffusion de la jurisprudence.

L'équipe placée autour ou auprès du juge de cassation ne saurait se borner à « trier » des affaires au lieu et place des juges eux-mêmes. Ceux-ci doivent être accompagnés tout au long de leur mission de sélection et de jugement des affaires et la Cour doit être soutenue dans son rôle normatif et d'unification de la jurisprudence. L'harmonisation de celle-ci sur l'ensemble du territoire passe également par la valorisation de la mise à disposition de la jurisprudence.

Les missions d'analyse des contentieux, d'identification des questions posées, d'aide à la décision et de diffusion de la jurisprudence sont complémentaires. En se plaçant d'un point de vue dynamique, chacune de ces tâches se nourrissent les unes des autres.

A cette fin, la Cour doit bénéficier de services lui permettant de mieux connaître les contentieux dans lesquels s'inscrivent les pourvois (II), d'être entourée dans la sélection, l'instruction et le jugement de ceux-ci (III) et de remplir le rôle qui lui est dévolu de diffuser sa jurisprudence (IV). Il sera d'abord rappelé la place et le rôle actuels du SDER (I).

I – Place et rôle actuels du SDER

Le service de documentation, des études et du rapport a vu ses attributions recentrées sur ses missions traditionnelles depuis le rattachement à la première présidence du service des relations internationales et du service de la communication.

Le rôle premier assigné au SDER résonne pourtant avec les réformes et évolutions entreprises depuis près de deux ans au sein de la Cour.

La loi de finances du 4 août 1956 a transformé le fichier central officiel de jurisprudence, créé en 1947, en service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

¹ Voir sur ce point « Les cassations disciplinaires devant les chambres civiles (2010 - 2019). De la statistique des cassations à la statistique des griefs », Service de documentation, des études et du rapport (SDER) 1^{er} septembre 2020, rapport Brigitte Munoz-Perez et Evelyne Serverin.

L'organisation et les attributions actuelles du service sont définies par les articles R. 433-1 à R. 433-4 du code de l'organisation judiciaire.

Placé sous l'autorité du premier président et dirigé par un président de chambre, le service est prioritairement rattaché au siège de la Cour de cassation.

Selon l'article R. 433-2 du code de l'organisation judiciaire, la première de ses missions consiste à rassembler les éléments d'information utiles aux travaux de la Cour et à procéder aux recherches nécessaires. Il classe les pourvois dès le dépôt du mémoire ampliatif et analyse les moyens de cassation, afin de faciliter les rapprochements entre les affaires en cours. Il participe à la conception des moyens de traitement automatisé des données jurisprudentielles.

Aux termes des articles R. 433-3 et R. 433-4, le service de documentation et d'études tient une base des décisions de la Cour de cassation et des décisions rendues par les autres juridictions présentant un intérêt particulier ainsi qu'une base de données distincte rassemblant l'ensemble des arrêts rendus par les cours d'appel et décisions prises par les premiers présidents de ces cours. Il établit deux bulletins, l'un pour les chambres civiles, l'autre pour la chambre criminelle.

De ces textes ressortent nettement deux attributions, la première recouvrant des tâches d'aide à la décision des juges, la seconde réunissant les activités liées à la diffusion et à la valorisation de la jurisprudence et des publications de la Cour.

L'évolution du rôle de la Cour de cassation, des besoins d'assistance des chambres et des juridictions du fond, la dématérialisation des procédures et de leur traitement, les perspectives de modernisation des bases de données et l'avènement et l'essor de l'open data judiciaire ont conduit récemment le SDER à reconsidérer son organisation. Il est renvoyé à cet égard au nouveau projet de service et au nouvel organigramme du SDER.

Quelle que soit son organisation future, les missions historiques qui ont été confiées dès l'origine au SDER sont plus que jamais d'actualité.

II – Mieux connaître les contentieux traités dans les juridictions du fond pour les rattacher aux pourvois dont la Cour est saisie

Les pourvois ne viennent pas de nulle part, ils sont dirigés contre des arrêts et, on le sait, la question juridique soumise à la Cour est posée par les parties et par leurs avocats. La Cour n'est pas « hors sol ». Il faut rappeler que la justice est d'abord et principalement rendue par les juridictions du fond et que la Cour de cassation, lorsqu'elle est saisie, dans peu de cas en vérité, est le lieu d'achèvement d'un litige. La Cour de cassation reste avant tout un tribunal.

Certes, il ne lui est pas interdit de relever d'office un moyen ou de substituer un motif de pur droit, mais les principes d'impulsion procédurale et le principe dispositif veulent que le procès civil demeure entre les mains des parties. La Cour ne se saisit pas elle-même et elle ne peut pas ne pas juger. Elle n'est pas un législateur, quand bien même elle produit de la norme. Le litige prend racine dans la demande introductive d'instance.

Ce préalable est nécessaire pour convaincre de l'extrême importance de se préoccuper des contentieux du fond afin d'aider la Cour à remplir son office.

L'intégration récente dans le système d'information de la Cour de cassation de la variable « nature des affaires civiles »² codée par les cours d'appel répond à ce besoin de mise en perspective des pourvois avec les contentieux des juridictions du fond. Il sera ainsi possible de calculer des taux de pourvoi par nature d'affaire. Notons que cette même variable servira également pour les besoins de l'open data.

L'étude des contentieux traités par les cours et tribunaux, réalisée à partir des données issues du répertoire général civil, croisées le cas échéant avec les informations sur les questions de droit soulevés dans les mémoires ampliatifs, constitueront autant de sources précieuses d'informations qualitatives pour anticiper les pourvois à venir et ainsi mieux les traiter.

Complétée par des échanges avec les cours d'appel, par l'instauration de référents, par l'utilisation des bases de données, la consultation des listes de discussion, peut-être demain par l'exploitation des données mises en open data, l'information de la Cour devrait lui permettre de sélectionner les pourvois pour les orienter utilement dans des circuits adaptés.

III – Accompagner les juges tout au long du processus de sélection et de jugement des pourvois

Seront ici envisagées deux fonctions de soutien aux juges de la Cour : l'aide à la sélection des pourvois et l'aide à la décision.

- **L'aide à la sélection des pourvois**

Trois circuits de traitement des pourvois ont été récemment instaurés à la Cour, aux fins d'ajuster les moyens employés pour résoudre le litige en fonction du degré de complexité qu'il présente et de réserver l'expression de la Cour de cassation, par des arrêts motivés en style direct, aux décisions présentant un apport normatif.

Au sein de chaque chambre, une cellule de pré-orientation des dossiers vers l'un des trois circuits, avant leur distribution aux conseillers rapporteurs, a été mise en place.

L'efficacité du dispositif repose, on l'a vu, sur la mise en place d'outils comme l'implantation dans les systèmes informatiques de la NAC, afin d'identifier, dès la déclaration du pourvoi, les natures d'affaires. Cette donnée peut également permettre le repérage de pourvois urgents par matière.

Pour seconder cette détection et la sélection, une nouvelle nomenclature hiérarchisée, la nomenclature des affaires orientées dans les chambres (NAO), est en cours de construction. Elaborée sur le modèle de la NAC par un groupe de travail récemment installé, elle permettra

² La nomenclature « Nature des affaires civiles et des procédures particulières » (NAC) est associée à cette variable. Elle comprend 810 postes,

de décrire plus précisément, au-delà de la nature de l'affaire, la question juridique posée par le mémoire ampliatif.

Cette nomenclature devrait constituer un puissant outil d'assistance à la mise en place des circuits différenciés. Le signalement et la détection des pourvois les plus complexes, par voie de conséquence la détection des affaires les plus simples, conditionnera le succès de ces nouveaux circuits.

Le rôle du parquet général, désormais systématiquement associé à l'instruction des pourvois orientés vers le circuit approfondi, sera à cet égard prépondérant.

Sélectionner les pourvois, c'est déjà juger. Les équipes chargées de l'orientation doivent donc être constituées de magistrats ou être étroitement encadrées par des magistrats ayant une expérience des juridictions et de leur fonctionnement. Ce rôle peut difficilement être abandonné à des juristes dépourvus d'expérience juridictionnelle, seraient-ils des juristes de très haut niveau. Des équipes renforcées de conseillers référendaires et d'auditeurs pourraient constituer ce pôle en charge de l'identification des questions nouvelles et/ou importantes et, on le verra, d'assister les juges pour l'instruction et le jugement de ces pourvois.

En complément, les ressources de l'intelligence artificielle (IA) sont dès à présent mobilisées pour accompagner le processus de sélection. Ainsi, la Cour de cassation, en partenariat avec l'ordre des avocats aux Conseils, s'efforce-t-elle de tirer parti des potentialités de l'IA en ayant conclu une convention avec des chercheurs d'HEC Paris et de l'Ecole polytechnique. Le projet vise à étudier le circuit des affaires jugées par la Cour et s'appuie sur les potentialités des nouvelles technologies. L'objectif est d'identifier les arguments et les questions juridiques, les connexités intellectuelles et de tenter d'objectiver la notion de complexité d'une affaire, selon une méthodologie construite en commun avec la Cour.

Quoiqu'il en soit et préalablement à toute réforme importante, un bilan s'imposera, afin d'évaluer la pertinence de la mise en place des circuits différenciés, aujourd'hui institués au sein de chaque chambre.

- ***L'aide à la décision***

Il paraît artificiel de séparer la sélection des dossiers les plus complexes de l'accompagnement des juges dans le traitement des pourvois. La première de ces tâches oblige en effet à « entrer » dans le dossier et à procéder aux recherches nécessaires au jugement de l'affaire.

La diversité des pourvois, la multiplicité des moyens et des branches soumis à l'examen de la Cour, l'émergence de textes voire de droits nouveaux justifient de plus en plus la disponibilité d'une équipe pluridisciplinaire auprès des rapporteurs.

Au surplus, de nombreuses questions présentent aujourd'hui un caractère transversal, à la jonction de différentes branches du droit qui sollicitent des compétences relevant de

plusieurs chambres. En présence d'une pluralité de moyens, il n'est pas rare non plus que tous ne se rattachent pas aux attributions de la chambre saisie.

Ensuite, le droit national trouve de plus en plus fréquemment des prolongements dans le droit intégré de l'Union ou dans la mise en œuvre des exigences de conventionalité et du respect des droits fondamentaux.

L'expérience récente montre un besoin et une demande accrus des chambres en droit comparé. A cet égard, il est envisagé un développement des réseaux. Il pourrait être proposé un équivalent d'Erasmus entre équipes « d'aide aux juges » des juridictions supérieures. Portée par le réseau des présidents des Cours suprêmes, cette proposition revêtirait une dimension évidemment politique, mais aussi pratique et opérationnelle. Un même besoin peut être signalé en droit administratif. Il est souhaitable que l'assistance des juges en ce domaine soit partagée.

En dernier lieu, aucun compte-rendu analytique des délibérés dans les affaires les plus significatives n'est établi, à l'instar de la pratique en cours au Conseil d'Etat qui fait réaliser ces documents par son Centre de recherches et de documentation juridiques. Les équipes chargées de la sélection et de l'aide à l'instruction des pourvois pourraient se voir confier cette tâche. Cette innovation présenterait le double avantage de laisser une trace écrite des débats et de faciliter une motivation enrichie des arrêts.

Ces perspectives militent pour la mise en place auprès des juges d'équipes spécialisées, mutualisées et encadrées.

IV – Diffuser largement les décisions et les travaux de la Cour : la valorisation de la jurisprudence

La diffusion de la jurisprudence et des publications de la Cour ne revêt pas seulement une dimension instrumentale. L'open data des décisions de la Cour et des autres juridictions comprend certes des enjeux techniques, mais aussi des enjeux jurisprudentiels et éthiques. Avec la diffusion des publications de la Cour, la réalisation de travaux de recherche et le développement d'actions de formation et d'information en direction des juridictions du fond, la valorisation de la jurisprudence est, dans tous ses aspects, indispensable à l'accomplissement de la mission d'unification de la jurisprudence. Cette mission se conçoit mal si elle est disjointe des missions précédemment décrites.

- ***L'open data des décisions judiciaires***

Les travaux actuellement menés par le SDER recouvrent très largement les constats, les préoccupations et/ou les suggestions de la Commission.

La légitimité de la Cour de cassation, qui s'est vue confier par le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 la responsabilité de la mise à la disposition du public, sous forme électronique, de l'ensemble des décisions de justice rendues par les juridictions judiciaires, tient à la fois à sa place mais surtout à ses missions. C'est pourquoi, au-delà de la nécessité de protéger les données personnelles sensibles qui, à soi seule, pourrait justifier cette désignation, il a été

décidé d'investir la Cour de cassation de cette responsabilité plutôt que d'en charger le ministère de la Justice, voire une autorité administrative indépendante.

De façon plus large, l'open data permettra aussi, par la réalisation d'études, de connaître les tendances en matière de contentieux des juridictions du fond et de contribuer à l'unification de la jurisprudence.

Un moteur de recherche de jurisprudence est en cours de développement au SDER. Il est inséparable de l'open data. L'objectif est que ce moteur soit configuré pour prendre en compte la hiérarchie des arrêts. Ainsi les résultats des recherches effectuées tiendront prioritairement compte de la formation qui a rendu l'arrêt (un arrêt d'assemblée plénière sera rendu plus visible qu'un arrêt de formation restreinte) ainsi que du niveau de publication des arrêts. Par ailleurs, dans l'interface utilisateur, il est également prévu de faire apparaître les mots clés liées aux recherches les plus fréquentes afin de proposer des « raccourcis » de recherche aux utilisateurs, en fonction de l'actualité, sur le modèle de ce qui est réalisé par le centre de documentation du pouvoir judiciaire espagnol. Complémentaire, cet outil permettra d'avoir un retour sur les sujets intéressant les utilisateurs.

Le moteur devrait être enrichi, dès la mise en open data des décisions de la Cour de cassation en septembre 2021, d'un lien assurant le chaînage avec la décision frappée de pourvoi. Ni Légifrance ni aucun moteur de recherche ne fournissent actuellement un tel service. Une réflexion sera également menée sur la diffusion en open data des travaux préparatoires, rapports des rapporteurs et avis des avocats généraux. Elle suppose des arbitrages au sein de la juridiction.

La Cour propose enfin de tenir compte des recommandations du rapport établi en janvier 2017 par le professeur Loïc Cadiet à la demande du Garde des Sceaux, de celles du Conseil de l'Europe et de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) ainsi que des travaux conduits sous l'égide de l'Union européenne. Tous s'accordent à penser qu'une régulation et un contrôle des algorithmes et de la réutilisation des données s'imposent, selon des modalités à déterminer.

Il est essentiel que le recours aux outils dits de justice prédictive ou prévisionnelle soient gouvernés par des principes de transparence des algorithmes ainsi que par l'adoption de mécanismes de contrôle par la puissance publique. Une réflexion est engagée sur ce point, conjointement avec le Conseil d'Etat et la Chancellerie, associant la communauté des ré-utilisateurs des données, les avocats et l'université. La Cour entend prendre une part influente sur ce sujet.

- ***La valorisation de la jurisprudence en direction de la communauté juridique et des juridictions du fond***

D'autres supports assurent la valorisation des diffusions de la Cour, on évoquera son rapport annuel, en cours de transformation profonde, ainsi que les bulletins, les lettres des

chambres, la lettre du SDER...Les juges de la Cour, aidés en cela par les équipes placées autour d'eux, jouent un rôle premier dans la diffusion de ces travaux.

Des conventions de recherche sont par ailleurs signées avec des universitaires. Ces partenariats, qui s'appuient sur l'exploitation des décisions mises à la disposition des chercheurs, se développent afin de mieux connaître la production jurisprudentielle de la Cour de cassation et des cours d'appel.

De tels projets de recherche sont utiles à la Cour et à ses juges, qui doivent exprimer leurs besoins. Ainsi une recherche est actuellement conduite sur les « barèmes » d'indemnisation en matière prud'homale.

Dans le contexte de l'open data, une recherche sur la question de la « jurimétrie » pourrait aussi être envisagée.

L'encouragement de ces collaborations rejoint les orientations de la Commission qui propose d'adosser le service accompagnant les juges à un ou plusieurs organismes de recherches.

La valorisation de la jurisprudence se fait également auprès des juridictions du fond. Plusieurs groupes de travail ont d'ores et déjà été constitués et plusieurs actions engagées en ce sens. Il en va ainsi de l'organisation de stages à la Cour, au bénéfice de présidents de chambre des cours d'appel, en lien avec l'Ecole nationale de la magistrature, la mise en place de déplacements réguliers dans les cours d'appel ou encore l'installation d'un comité chargé de proposer des outils méthodologiques, fiches et recommandations ainsi que des bibliothèques de motivation.

Dans le même esprit et enfin, des études réalisées par les magistrats des chambres de la Cour, aidés par les équipes du SDER, supplanteront à l'avenir l'étude annuelle figurant au rapport d'activité. Ces courtes études, rédigées à partir des contentieux traités, avec une visée prospective et scientifique, feront dès cette année l'objet d'une diffusion dans un Recueil annuel des études de la Cour.

Ici encore, les juges de la Cour de cassation ne sauraient s'exonérer d'une participation à ces actions de formation et d'information, destinées à faire connaître les décisions rendues et leur autorité, mais ils ne pourront remplir cette mission que s'ils sont renforcés par des équipes placées autour d'eux.

On le voit, les différentes missions d'accompagnement du juge de cassation sont étroitement imbriquées et se nourrissent les unes des autres. L'articulation avec l'actuel SDER des missions d'appui envisagées par la Commission n'est qu'une question de choix d'organisation administrative et d'appellation. Ces missions sont complémentaires et doivent être coordonnées. Les futurs choix comme les décisions à venir nécessitent de

***s'accorder sur les missions de la Cour et de partager la conviction que la Cour doit être
arrimée aux juridictions du fond ainsi qu'à l'ensemble de l'institution judiciaire.***

*** * ***



Commission Cour de cassation 2030

Annexe - Audition d'Alain Supiot, professeur au collège de France

18 décembre 2020

Alain Supiot rappelle que très tôt, il a été intéressé par la question de l'office du juge et y a consacré ses premiers travaux.

Lors de sa présentation, il abordera dans un premier temps quelques repères avant de se focaliser sur les propositions concrètes dans un second temps.

a) Les repères

Selon lui, la fonction de juge doit être abordée dans le contexte de la crise institutionnelle. En effet, il pense qu'aux crises technologiques, écologiques et géopolitiques s'ajoute une crise des institutions.

Pour Alain Supiot, il y a juridicité dès lors qu'on est dans un rapport ternaire, or nous vivons dans une époque dominée par la pensée binaire.

L'un des moteurs de cette représentation binaire est la révolution informatique, dont l'importance est comparable à celle de la révolution industrielle. Elle pousse à voir dans les individus des particules communicantes et contractantes et la société comme une poussière d'individus qui s'ajustent mutuellement par des calculs. Ces individus étant armés des mêmes droits, la règle est « que le meilleur gagne ». L'horizon d'une telle représentation est une contractualisation intégrale des rapports sociaux. L'Etat lui-même est conçu comme une entreprise. On oublie que ce qui fait une société, telle que définie déjà dans le Digeste, c'est un projet commun, c'est-à-dire une troisième dimension, qui transcende les relations bilatérales entre individus. Or la notion dominante aujourd'hui, qui a du reste été consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme, est celle du « vivre ensemble », c'est-à-dire d'une juxtaposition d'individus.

Dès lors l'institution judiciaire est conçue comme une machine à peser des intérêts, à travers le contrôle de proportionnalité et la mise en œuvre de bilans coûts/avantages. La place exorbitante prise par ces méthodes, notamment dans la jurisprudence de la Cour de justice européenne, conduit à n'en reconnaître aucune à des principes absolus et intangibles.

La Cour a ainsi affirmé dans son arrêt « Viking » que la dignité humaine devait être mise en balance avec les libertés économiques. Selon Alain Supiot, il y a là une dérive très dangereuse.

Plus généralement, cette idéologie contractualiste soumet la fonction de juger à des pressions contradictoires : d'un côté on entend limiter le recours au juge au profit d'arrangements négociés,

de l'autre au contraire on assiste à une montée du contentieux et au risque d'un gouvernement des juges.

La tendance à l'érosion de la figure du Tiers et à l'éviction du juge se manifeste de plusieurs façons. Elle se donne à voir tout d'abord dans la privatisation de la fonction de juger à l'œuvre sur le marché de l'arbitrage. Celui-ci a pris aux États-Unis une importance considérable, avec la stipulation dans les contrats les plus ordinaires de clauses compromissaires, activement défendue par la Cour suprême. En Europe, la Cour de justice a jugé que « l'efficacité » du marché de l'arbitrage devait conduire le juge à s'abstenir d'y intervenir.

Un autre facteur d'érosion de la figure du juge est l'emprise de la doctrine *Law and Economics*, selon laquelle la fonction du droit est de permettre aux individus de maximiser leurs utilités individuelles, dont la somme est assimilée à l'utilité collective. D'où la théorie de la « violation efficace » (*efficient breach*) du contrat, selon laquelle chaque partie doit pouvoir décider, sur la base d'un calcul d'utilité, de ne pas respecter la parole donnée si cette violation s'avère plus avantageuse pour lui. La barémisation des indemnités de licenciement est un exemple de mise en œuvre de cette théorie. Face aux dysfonctionnements réels des Prud'hommes, les pouvoirs publics auraient pu se donner les moyens de rendre le service public de la justice rapide et efficace, comme le recommandait le rapport Lacabarats. On a préféré priver le recours au juge de tout intérêt économique.

Autre exemple de tendance à l'éviction du juge : l'ubérisation. Les travailleurs sous plate-forme sont soumis à des systèmes disciplinaires informatiques, et partout dans le monde les juges y ont reconnu des traits de subordination et requalifié ces relations en contrat de travail. D'où le lobbying intense des entreprises concernées pour fermer la porte des palais de justice aux travailleurs concernés. Le récent rapport Frouin a ainsi pour objectif explicite de faire "échapper assez largement au contrôle de la Cour de cassation" le sort des travailleurs sous plateformes.

Mais à l'inverse, la contractualisation a aussi pour effet une judiciarisation des rapports sociaux. La réduction de la société à des individus en concurrence et la pulvérisation du Droit en droits individuels engendrent inévitablement une montée des contentieux ainsi que de la violence. A cela s'ajoute dans le cas européen la multiplication et l'éparpillement de juridictions engagées dans une « guerre du dernier mot », propice aux conflits de jurisprudence et à la multiplication des recours.

Les pouvoirs du juge s'en trouvent accrus, d'où le grief d'un retour d'un « gouvernement des juges ». Cette notion a été forgée il y a un siècle par Édouard Lambert pour analyser l'obstruction de la Cour Suprême américaine à l'essor de la législation sociale et l'atteinte que cette obstruction portait à la séparation des pouvoirs, condition de la démocratie. Le principe de cette séparation ne signifie pas que le gouvernement, le Parlement et le juge s'ignorent ou exercent des fonctions radicalement séparées, mais tout au contraire qu'ils sont liés les uns aux autres, en sorte que « le pouvoir arrête le pouvoir » (Montesquieu), c'est-à-dire que « tout organe politique trouve un autre organe qui puisse s'opposer à sa volonté » (Eisenmann)

Les juridictions européennes sont les plus exposées à enfreindre la séparation des pouvoirs, car elles ne font pas partie d'un ordre constitutionnel ainsi conçu. Leur pouvoir normatif n'étant borné par aucun gouvernement ou parlement, la question se pose donc de savoir qui garde ces gardiens. Le doyen Carbonnier disait de la Cour européenne des droits de l'Homme que c'est un fleuve sorti de son lit et que l'on ne sait pas comment l'y ramener. C'est encore plus vrai de la Cour de Luxembourg qui, à la différence par exemple de la Cour suprême des États-Unis, n'a pas en face d'elle des organes exécutif et législatif susceptibles d'endiguer ses débordements.

Un dernier facteur pèse lourdement sur les transformations de l'office du juge : sa soumission aux techniques du *New public management* inspirées de l'idée que l'État devrait être géré comme une entreprise. Ces techniques de management, et notamment la gouvernance par objectifs quantifiés, qui sont focalisées sur la nécessité de faire du chiffre, se sont étendues à la sphère publique, conduisant par exemple le personnel hospitalier à se plaindre de devoir « soigner l'indice plutôt que le malade ». Les tribunaux échappent d'autant moins à cette gouvernance par les nombres, que la justice est l'un des services publics les plus paupérisés.

Alain Supiot invite les membres de la Commission à lui poser des questions sur la première partie de son intervention.

Bruno Cathala demande à Alain Supiot ce qu'il pense du gouvernement des juges qui est une préoccupation majeure pour la Commission.

Alain Supiot estime que certaines de ces critiques, par exemple celles qui sont formulées à l'égard de la Cour de justice de l'Union européenne, sont fondées sur le fait qu'elle dit pour droit et s'arroge la possibilité de le faire dans des domaines qui ne dépendent pas directement du droit de l'UE, elle prétend ainsi s'ériger en cour suprême, notamment en rendant un avis négatif à l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH.

Selon lui, le problème est le fait que les juridictions européennes agissent en dehors d'un cadre constitutionnel, comme celui qui existe au sein des Etats, sans réel contrepouvoir.

André Potocki rappelle que les juridictions européennes ont permis des progrès cruciaux en termes de droits fondamentaux en Europe.

Il pense que le fondement essentiel de la légitimité de la Cour de cassation tient à ce qu'elle est co-responsable de la démocratie sur le plan institutionnel dès lors qu'elle a la charge de la protection de l'état de droit.

André Potocki souligne que l'état de droit est en danger. Pour appuyer son propos, il cite la chronique de Marcel Gauchet dans Figarovox. Certains détracteurs disent que l'état de droit est une notion qui ne peut être définie. Pourtant, il réaffirme que l'état de droit implique notamment la protection des droits européens des droits de l'Homme.

Il pose la question suivante à Alain Supiot : comment pourrait-on ré-enchanter l'état de droit dans le cadre d'une formule forte et claire pour rappeler à nos concitoyens que cette notion est fondamentale dans notre société démocratique ?

Alain Supiot estime que le problème de la dévalorisation de l'État de droit relève d'une inculture juridique de la majeure partie de notre intelligentsia. L'une des raisons en est peut-être l'absence de toute formation juridique dans l'enseignement secondaire.

Il précise que son intention n'est pas de critiquer les juridictions européennes mais de rappeler les risques auxquels les expose la fragilité de leur légitimité, combinée à l'absence de contrepoids démocratiques.

Xavier Ronsin pose les questions suivantes à Alain Supiot : quelles conclusions tirez-vous du dialogue des juges nationaux avec les cours européennes ? Que diriez-vous si le gardien des juridictions européennes était la cour nationale avec une faculté de résistance ?

Alain Supiot précise que son propos est celui de l'analyse, il n'est pas normatif. ' Une juridiction supranationale doit être prudente car elle risque de polariser des critiques et de fragiliser sa

légitimité. La pérennité des progrès des cours européennes dépend de leur capacité à éviter le risque du gouvernement des juges.

Ainsi, selon Alain Supiot, le principe d'identité constitutionnelle autorise les juges nationaux, qui ont une force et une légitimité qui la permettent, à s'opposer à l'expansionnisme des institutions européennes. Ces exemples de résistance sont nombreux en Europe et notamment en Allemagne, en Espagne, en Italie et même en Grèce.

La faculté pour les cours nationales de réaffirmer des principes fondamentaux ne constitue pas une menace pour les juridictions européennes mais au contraire un moyen d'assurer leur pérennité, un contrepoids nécessaire pour les prémunir de l'*hubris* du gouvernement des juges et les ancrer dans un ordre juridique démocratique.

Angelika Nussberger pense qu'il n'y a que des mauvaises réponses à la question de « qui garde les gardiens ? ». Elle souligne que d'une part il y a la réponse de la cour constitutionnelle allemande et d'autre part celle du Brexit, de sorte qu'aucune de ces solutions n'est souhaitable.

Selon elle, le problème repose sur le manque de dialogue. En Allemagne, plus personne ne sait quoi faire actuellement et la Cour de Karlsruhe est en train de perdre de sa légitimité.

Alain Supiot est d'accord avec les propos exprimés. Il regrette cependant l'absence de procédure de contre-pouvoir dans les institutions européennes.

Sur la question de la soumission à la Cour de justice de l'union européenne, la Cour de cassation devra un jour se positionner. Se soumettra-t-elle par exemple à la jurisprudence Laval et Viking en matière de droit de grève et de liberté syndicale, alors que cette jurisprudence intervient dans un domaine qui échappe aux compétences européennes mais relève de principes constitutionnels, et que cette jurisprudence a été condamnée par l'OIT ?

Alain Supiot estime qu'il convient de distinguer entre les relations de la Cour de cassation avec les autres juridictions françaises et celles qu'elle entretient avec les juridictions supranationales.

Christophe Soulard note les limites de la comparaison entre le rôle de la Cour de justice de l'union européenne et celui de la Cour de cassation, la première étant un agent de l'intégration européenne. D'un point de vue démocratique, ce fait était traditionnellement accepté dans la mesure où le législateur européen a toujours entériné les approches de la Cour.

La Cour de cassation, quant à elle, est dans un cadre plus statique.

Alain Supiot rappelle que la Cour européenne des droits de l'Homme la Cour de cassation ? fait les frais de cette revendication de la Cour de justice de l'union européenne qui s' imagine comme ayant le rôle de la cour suprême des États-Unis.

Les citoyens français attendent de la Cour de cassation qu'elle soit l'un des gardiens de la légalité en France.

Après cet échange avec les membres de la sous-commission, Alain Supiot suggère de passer à la seconde partie de son intervention.

b) Les propositions

Alain Supiot rappelle que pour savoir où l'on va il faut savoir d'où l'on vient. Par conséquent, pour inventer la modernité, il faut se nourrir de ce qui relève de la tradition.

Il note toutefois une ignorance de la classe politique sur les principes fondamentaux du droit.

Dans la tradition juridique française, il y a une conception républicaine de la justice.

Tout d'abord, selon cette conception, l'impératif d'égal accès au juge est reconnu. Il s'applique à tous, indifféremment de la condition. Il faut que le justiciable puisse trouver son juge.

Cette tradition juridique est légicentrée, ainsi le juge est un gardien des lois et non pas une source de droit, et c'est la différence majeure avec les systèmes juridiques anglo-saxons.

La figure qui incarne l'Etat dans l'imaginaire juridique est celle du haut fonctionnaire. Il représente l'Etat et par conséquent cela pose problème quand il manque de diligence ou « pantoufle ».

D'une part, voici les forces du système pour l'avenir de la Cour de cassation :

- La capacité de résistance des cours d'appel qui représente une respiration dans le système, et en pratique les cours d'appel n'en abusent pas.
- L'indépendance intellectuelle de la Cour de cassation contrairement aux autres juridictions supérieures françaises. En effet, d'une part le Conseil constitutionnel n'a ni la composition ni les moyens de travail d'une véritable juridiction. Beaucoup de ses membres ont participé à l'élaboration des lois dont ils contrôlent la constitutionnalité. Leur mode de désignation ne garantit pas leur professionnalisme et leur impartialité et ils ne disposent pas d'une assistance comparable à celle observée dans les Cours constitutionnelles dignes de ce nom. Quant au Conseil d'Etat, il est conseiller du gouvernement et ses membres participent, pour d'excellentes raisons, de l'univers administratif. La Cour de cassation, quant à elle, n'est pas intégrée à la technocratie étatique.
- La légitimité que la Cour de cassation tire de son insertion dans un ordre juridique républicain assurant la séparation des pouvoirs, ce qui n'est pas le cas des juridictions européennes.

D'autre part, voici les faiblesses du système pour l'avenir de la Cour de cassation :

- La distance avec la sphère du pouvoir politique peut également représenter un inconvénient. À ce titre, la Cour de cassation a moins d'influence que le Conseil d'Etat sur l'exécutif, elle est moins bien armée pour défendre ses positions.
- L'engorgement juridictionnel représente une menace pour le bon fonctionnement de l'institution. Le nombre de pourvois pourrait conduire à une restriction de l'accès à la Cour de cassation, ce qui n'est pas la solution. Alain Supiot pense à cet égard que le filtre à mettre en œuvre est celui des avocats aux Conseils, officiers ministériels, et pour cela il encourage un dialogue de la Cour de cassation avec l'ordre.
- Les magistrats qui composent la Cour manquent de la diversité des expériences dont peuvent bénéficier les conseillers d'Etat. Il serait donc utile de permettre aux conseillers de la Cour de cassation d'être délégués pour des durées limitées dans la société civile, ce qui favoriserait la diversité de points de vue et d'expériences.
- Quant à la doctrine, il estime que la distance critique n'est plus respectée dans certains domaines, comme le droit des affaires. De nombreux professeurs de droit sont des professionnels de la consultation au service d'intérêts privés, en sorte qu'il est malaisé de distinguer dans leurs publications ce qui relève d'une analyse objective et ce qui est dicté par la défense des intérêts économiques qu'ils servent.

- Enfin, la Cour de cassation souffre sans doute d'un certain déficit de réflexion collective, historique et prospective. Il note que le service du rapport du Conseil d'Etat est très influent. Alain Supiot recommande d'engager une concertation avec le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel pour permettre une réflexion commune plus approfondie sur des grands thèmes d'actualité.

Bruno Cathala souligne que le justiciable doit trouver son juge comme l'a dit Alain Supiot, mais la question est de déterminer quel juge ? La vision latine exclut les autres modes de règlement des conflits, faut-il que cela évolue ?

Sur le légicentrisme, le juge n'est pas une source de loi mais c'est une source de droit. Le juge social est confronté à un entremêlement des normes, comment doit-il rendre justice dans ce cadre ?

Alain Supiot rappelle qu'il faut tenir compte de la spécificité française. Ainsi, selon lui, une Cour suprême qui aurait tous les pouvoirs est vouée à l'échec en France.

Quant aux questions de règlement amiable des litiges, il n'est pas contre la conciliation mais il indique qu'il serait dangereux d'ouvrir une porte permettant d'échapper à la justice dès que les justiciables le souhaitent.

Sandrine Zientara indique que la Commission s'est également posée la question de la légitimité du juge dans le contexte européen et qu'elle a validé un postulat assumé fondé sur l'évolution du légicentrisme pour la Cour de cassation devenue juge de la loi avec la question prioritaire de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité.

Elle pose la question suivante : comment, dans ce contexte, la Cour de cassation pourrait renforcer sa légitimité ?

Alain Supiot estime que l'exigence de motivation est une garantie de la légitimité du juge. Celui-ci n'est certes pas « la bouche qui prononce les paroles de la loi », mais il doit montrer qu'il juge conformément à la loi qu'il contribue à faire vivre et évoluer. Cela permet d'éviter que le juge se prenne pour le législateur.

André Potocki estime que la première force de la Cour de cassation est son pouvoir normatif. La seconde responsabilité de la Cour de cassation est qu'elle est chargée, au niveau interne, de protéger les droits fondamentaux. La Cour européenne des droits de l'Homme considère à cet égard qu'il faut mettre en œuvre un « ordre public européen » constitué par les droits et libertés protégés par la Convention.

Il pose donc la question suivante : faut-il faire sans dire ou faire en expliquant ce que l'on fait ? Autrement dit, faut-il revendiquer les pouvoirs considérables et croissants de la Cour de cassation ou ne pas les aborder pour éviter les critiques ?

En cas de position assumée, faudrait-il alors, pour légitimer ce pouvoir, créer des procédures plus ouvertes et transparentes afin que les citoyens aient le sentiment qu'il existe un forum démocratique ? Y a-t-il un danger à procéder de la sorte ?

Alain Supiot adhère sans hésiter à la seconde proposition qui est celle de la position assumée et de l'explication.

Il est favorable à l'expression des opinions dissidentes.

Alain Supiot est également favorable à la construction de valeurs européennes communes, mais il pense qu'il faut être prudent. Sur la laïcité par exemple, chaque Etat dispose de solutions propres. Selon lui, avoir des valeurs communes n'est pas pour autant uniformiser.

Il salue les efforts de modernisation de la motivation. Le problème des motivations précises c'est qu'elles lient davantage l'avenir.

André Potocki remercie Alain Supiot pour son intervention éclairante.

Alain Supiot quitte la réunion.

La Directrice de l'Ecole nationale de la magistrature

Bordeaux, le 31 mars 2021

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres de la commission 2030,

Faisant suite à votre courrier du 26 novembre 2020, je vous remercie de nouveau de votre sollicitation en vue d'associer l'École nationale de la magistrature à vos travaux en cours relatifs à l'avenir de la Cour de cassation à l'horizon 2030.

Les champs ouverts par la lettre de mission établie par Madame la première présidente de la Cour de cassation et Monsieur le procureur général près ladite Cour sont extrêmement vastes et conduisent l'École nationale de la magistrature à prioriser les sujets susceptibles d'alimenter la réflexion que vous conduisez. Compte tenu de la place et de la fonction de l'École, cette dernière s'exclut par principe de toute réflexion relative aux activités juridictionnelles et institutionnelles de la Cour.

Parmi les nombreuses autres thématiques susceptibles d'alimenter vos réflexions, l'École nationale de la magistrature a choisi d'orienter sa contribution, tout d'abord, sur le thème du partage et de la visibilité des outils méthodologiques, pédagogiques et des ressources documentaires élaborés par la Cour de cassation. Cette question fait en effet écho aux travaux récents d'un groupe travail réunissant notamment la Cour de cassation et l'ENM et pourrait permettre d'envisager des orientations prospectives à moyen terme.

Les réformes législatives d'ampleur qui se sont succédées au cours des dernières années, l'accroissement de la production normative internationale et communautaire et l'influence croissante de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne comme de la Cour européenne des droits de l'homme ont complexifié et modifié en profondeur la motivation des décisions de justice pour les magistrats, tout en rendant plus indispensables encore une actualisation constante de leurs connaissances et un suivi régulier des actualités juridiques et judiciaires. Cette situation se retrouve à l'identique du côté des avocats, la question de la motivation des jugements et arrêts étant étroitement dépendante de celle de la présentation des conclusions et de l'articulation des moyens, notamment dans les procédures écrites.

Siège

Direction, Recrutements, Formation initiale et Recherche, Secrétariat général

10, rue des Frères Bonie - 33080 Bordeaux Cedex
Tél : 05 56 00 10 10 - Fax : 05 56 00 10 99

www.enm.justice.fr

Antenne parisienne

Direction, Formation continue, Formations professionnelles spécialisées, Département international

8, rue Chanoinesse - entrée : 3 ter; quai aux Fleurs - 75004 Paris
Tél : 01 44 41 88 20 - Fax : 01 44 41 88 21

Consciente de la difficulté pour les magistrats et auxiliaires de justice de concilier cette vigilance constante avec leur activité juridictionnelle et professionnelle, la Cour de cassation et l'ENM, dans le respect de leurs rôles institutionnels respectifs, ont accru leur production d'outils d'aide à la rédaction des décisions de justice, de veilles jurisprudentielles, de notes et d'études en lien avec l'actualité judiciaire et juridique, tout en élargissant leurs canaux de communication à destination de l'ensemble des professionnels du droit via des diffusions de plus en plus fréquentes sur leurs sites internet, des publications sur les réseaux sociaux, ou des courriers électroniques ciblés envoyés sur les boîtes mails professionnelles de leurs destinataires. À titre d'illustrations récentes, peuvent être cités le rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité diffusé au mois d'octobre 2020 sur le site internet de la Cour de cassation, les fiches méthodologiques de procédures civile et pénale issues des réflexions des groupes de travail conduits par le président Lacabarats et auxquels l'ENM est associée, ou encore les lettres des chambres de la Cour et du SDER lancées au cours de l'année 2020.

Ces outils et productions méthodologiques et documentaires, qui contiennent notamment des trames de motivation, des commentaires de jurisprudence et des analyses de fond et de procédure élaborées par le SDER, participent incontestablement de la mission unificatrice de la Cour de cassation et constituent des ressources particulièrement précieuses pour les magistrats et les auxiliaires de justice.

Pour autant, la fréquence de leur diffusion et leur volume imposés par les évolutions actuelles de l'environnement juridique, européen et international ont pour contrepartie une perte de visibilité auprès des professionnels du droit.

Ce diagnostic a été posé entre nos institutions dans le cadre d'un groupe de travail institué en 2020 à l'initiative du président Sommer, directeur du SDER, et réunissant des représentants de la Cour de cassation, de l'ENM, de la DACG et de la DACS. Les échanges intervenus à cette occasion ont conduit au constat d'un éparpillement des outils pédagogiques, méthodologiques et de la documentation entre les institutions participantes n'en favorisant ni la visibilité ni l'accès pour les utilisateurs et à la conclusion d'une nécessaire circularisation de l'information entre l'ENM, la Cour de cassation et le ministère sur leurs productions respectives. Ce groupe de travail a permis de dégager des solutions efficaces à l'échelle interne par l'instauration d'un comité de pilotage réunissant un référent unique désigné par chaque institution et chargé, notamment, de l'élaboration d'une veille commune sur les mises en ligne et publications de chacune, diffusée à fréquence fixe au sein à chaque institution.

Néanmoins, la problématique reste en l'état inchangée s'agissant de la mise en lumière de ces outils méthodologiques et productions documentaires à l'égard des juridictions du fond et des auxiliaires de justice. Afin d'y remédier, pourrait être envisagée la communication régulière par le SDER d'une veille synthétique, à l'image de celle précédemment évoquée, à un référent identifié dans le ressort de chaque cour d'appel et au sein de chaque barreau qui serait chargé d'en diffuser le contenu auprès des services des juridictions et des cabinets d'avocats du ressort en fonction de leurs domaines d'activités. L'intervention d'un ou plusieurs conseillers du SDER dans le ressort de chaque cour d'appel, à l'occasion d'une conférence annuelle qui pourrait réunir magistrats, avocats et universitaires, et serait destinée à présenter les principaux outils et publications diffusés sur la période et les sites internet et intranet de la Cour de cassation, pourrait également constituer une piste intéressante. Le SDER intervient déjà chaque année en formation initiale à l'ENM en vue de présenter le fonctionnement du site intranet de la Cour de cassation et la classification de ses productions méthodologiques et

documentaires aux auditeurs de justice et l'utilité de cette présentation est unanimement soulignée. Ce type d'interventions semble donc devoir être favorisé, permettant plus largement d'incarner les relations que la Cour de cassation s'attache à entretenir avec les juridictions du fond et l'ensemble des personnels judiciaires. Au-delà de ces propositions, la réflexion pourrait également s'orienter sur la mise à disposition d'outils numériques agiles, aisément accessibles et régulièrement actualisés, permettant la diffusion d'une information précieuse pour les acteurs du droit.

Au titre du second aspect de sa contribution, l'École nationale de la magistrature souhaite souligner l'enjeu majeur que constitue l'effet de la transition numérique, présentée comme troisième révolution industrielle, sur le droit, l'acte de juger et les procédures qui y contribuent. Il paraît donc pertinent d'appeler l'attention de votre commission sur l'émergence en 2020 d'un projet de recherche consacré à la transformation du métier de magistrat sous l'influence du numérique, auquel des chercheurs de l'université de Limoges ont pris l'initiative d'associer des représentants de la Cour de cassation et de l'ENM, outre des magistrats du fond et des représentants du greffe. Si les travaux n'en sont encore qu'à leur début, la participation commune de la Cour de cassation et de l'ENM à des projets de recherche intéressant les mutations structurelles de l'institution judiciaire apparaît particulièrement pertinente. Cette initiative pourrait donc être renouvelée périodiquement, le cas échéant sur la base d'appels à projet communs de la Cour de cassation et de l'École nationale de la magistrature.

Je vous remercie pour l'attention portée à la présente contribution et vous prie de croire que l'École nationale de la magistrature se tient à la disposition de votre commission dans le cadre des travaux ambitieux qui lui sont confiés.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres de la commission, l'expression de ma considération distinguée.



Nathalie RORET,

Directrice de l'École nationale de la magistrature

COMMISSION DE REFLEXION COUR DE CASSATION 2030

**Contribution du GIP Mission de recherche Droit et Justice sur la question du
renforcement des liens entre la Cour de cassation et le monde de la recherche
Mars 2021**

Dossier suivi par Kathia MARTIN-CHENUT et Vanessa MAQUET

Dans le cadre de la consultation mise en place par la Commission de réflexion Cour de cassation 2030, et dans la continuité des échanges virtuels ayant déjà eu lieu, la Mission de recherche Droit et Justice souhaite apporter des éléments de réflexion concernant la question du renforcement des liens entre la Cour de cassation et le monde de la recherche. Cette question a été soumise au Conseil scientifique de la Mission et discutée à l'occasion de sa réunion plénière de mars 2021. Les éléments ici rassemblés et synthétisés s'entendent de la contribution de la Mission de recherche Droit et Justice.

S'intéresser au renforcement des liens entre la Cour de cassation et le monde de la recherche invite à une réflexion prospective sur la possibilité d'une implication plus forte ou plus conséquente et participative de la communauté scientifique au travail de la Cour de cassation. Plus concrètement, elle pose la question de la réalité et de la réalisation d'un véritable dialogue de la Cour de cassation avec certains « sachants » et plus largement avec l'ensemble de la société civile. L'enjeu est alors double : la temporalité d'une part, car la réalité de ce dialogue doit s'inscrire dans une dynamique à la hauteur de ses ambitions, et la traduction d'autre part, car la réalisation de ce dialogue implique nécessairement une projection pragmatique.

1. La temporalité

La réalité d'un dialogue entre la Cour de cassation et le monde scientifique n'est pas nouvelle : ponctuellement, les magistrats ont pu solliciter l'expertise de chercheurs et réciproquement

(consultations), et tous deux ont su échanger ou s'associer à l'occasion d'évènements scientifiques (colloque, séminaires, publications collectives, réseaux interprofessionnels). Renforcer cette réalité invite aujourd'hui à inscrire ce dialogue dans le long terme et à l'envisager comme une véritable implication de la communauté universitaire et scientifique au cœur du travail de la Cour. C'est donc le défi d'un vrai changement de culture qu'il faut relever tant pour la Cour de cassation que pour le monde de la recherche. Or, la construction d'un tel changement s'inscrit dans une temporalité longue, et cela pour au moins deux raisons :

- Identifier précisément les besoins

Afin de répondre au mieux aux besoins de la Cour, l'expression précise de ses attentes est nécessaire. Plusieurs questions doivent être soulevées. D'une part, quant à la nature de ce dialogue : s'agit-il d'une association au processus décisionnel ? Ou d'une collaboration dans l'identification et l'appréhension de contentieux sensibles ou déterminants ? D'autre part, quant aux interlocuteurs : qui seraient ces « sachants » universitaires ou scientifiques ? Ou plus largement, que faut-il comprendre par « société civile » ? Et quel serait leurs intérêts ? L'apport des chercheurs sur ces points pourrait enrichir la réflexion. En effet, imaginer les possibilités d'implication des différents acteurs pourrait éventuellement dépendre du degré de connaissance de ces interlocuteurs, mais également de leurs ambitions. En empruntant la voie d'une communication pédagogique sur ce point, la Cour facilitera ce travail de dialogue.

- Inscrire ce dialogue dans la pérennité

Cette réflexion en amont sur les besoins s'avère nécessaire pour pouvoir nouer les bons contacts, le risque étant de reproduire une dynamique similaire à l'existant. Or, l'enjeu est de dépasser les sollicitations ponctuelles pour inscrire ce dialogue dans la pérennité. L'interaction doit être pensée pour produire un lien sur le long terme et reposer sur une logique de réseau stable et durable, ainsi que sur des véritables échanges et fertilisations croisées.

2. La traduction

Les modalités de la consultation et de l'implication des acteurs académiques et scientifiques doivent être analysées en détail. Un écueil semble d'emblée devoir être évité : le risque de sélectivité des interlocuteurs, car celle-ci véhiculerait non seulement l'idée d'un choix au détriment d'autres, mais également que quelques-uns représentent un tout. Dès lors, en s'ouvrant et en s'attachant à la pluralité, trois pistes pourraient être explorées :

- S'inspirer de l'existant :

L'intervention de la société civile est organisée, voire institutionnalisée, dans d'autres systèmes juridictionnels et ces derniers peuvent nourrir la réflexion et la concrétisation de modalités propres à la Cour de cassation¹. Sans envisager une transposition ou une importation directe, la pratique des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel², des « lettres d'observation » devant le Conseil d'État³ ou encore la tierce intervention ou l'*amicus curiae* devant les juridictions européennes ou internationales⁴ sont autant d'exemples dont il est possible de s'inspirer. Un regard sur les pratiques étrangères⁵ peut également être éclairant.

- Mobiliser des réseaux de chercheurs déjà constitués

Un potentiel de ressources mobilisables immédiatement peut être identifié et activé car il existe des groupements de chercheurs assurant un travail de veille permanent et susceptible d'être sollicités. Si la Cour s'appuie déjà ponctuellement sur la pratique des consultations,

¹ Parmi la littérature s'intéressant à cette question, voir particulièrement : Rafael Encinas de Munagorri, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD Civ*, 2005, p. 88 ; Thomas Perroud, « Une cassation participative est-elle possible ? », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2423.

² Denys de Béchillon, « Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, n°9, 27 Février 2017, doctr. 225.

³ Éric Sagalovitsch, « De la porte étroite devant le Conseil d'État », *JCP G*, n° 14, 3 Avril 2017, 363 ; Damien Connil, « De la nature et des finalités de l'*amicus curiae* », *AJDA*, 2015, p. 1545.

⁴ Emmanuel Decaux, Christophe Pettiti, *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'Homme et en droit comparé*, Bruylant, 2009.

⁵ Guy Canivet, « L'*Amicus curiae* en France et aux États Unis », *RJCom* 2005, p. 102 ; Sandrine Menétrey, *L'Amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010.

l'idée serait ici d'inscrire cette implication dans une relation pérenne de capitalisation des connaissances. On peut citer par exemple le réseau thématique « Sociologie du droit et de la justice » (RT13) de l'Association Française de Sociologie ou le réseau de la revue *Droit et société*, mais aussi des différents GIS (Groupements d'intérêts scientifiques) ou GDR (Groupements de recherche) en sciences humaines et sociales qui pourraient être identifiés et mobilisés selon les thématiques d'intérêt (travail, environnement, santé, nouvelles technologies ...). Ce mouvement devra être élargi à la mobilisation des réseaux étrangers et veiller au décloisonnement des disciplines en ne se limitant pas aux seuls réseaux de juristes.

- Envisager l'intermédiation par la création d'un centre de ressources

Au cœur même de ce dialogue, l'enjeu d'intermédiation entre la demande et l'offre paraît déterminant. En effet, la difficulté s'avère, d'un côté, que le monde universitaire, et plus largement celui de la recherche, n'est pas très lisible vu de l'extérieur et, de l'autre côté, qu'une connaissance très fine de la Cour de cassation est indispensable : il est primordial par conséquent, de trouver les bons interlocuteurs.

Dans ce contexte, le service des études, de la documentation et du rapport constitue bien évidemment un acteur de premier plan qui assure un rôle « miroir » et d'intermédiaire avec quantité d'interlocuteurs ou de réseaux existants ou à construire.

Dans le prolongement de cette analyse, le groupement d'intérêt public (GIP) *Mission de recherche Droit et Justice* peut envisager de développer son rôle d'interface dans le contexte de sa fusion avec l'Institut des hautes études sur la justice.

3. Les développements envisageables pour construire l'avenir

Le futur groupement d'intérêt public, créé au 1^{er} janvier 2022 regroupera les missions actuellement exercées par les deux structures, la MRDJ et l'IHEJ : financement de recherches scientifiques, études prospectives, diffusion des connaissances sous des formats variés. Au-delà, le futur GIP devra développer son rayonnement européen et international et intégrer dans l'ensemble de ses travaux le point de vue des justiciables et citoyens. L'accent mis sur la

pluridisciplinarité des travaux demeurera ; une plus forte articulation entre recherche et analyse prospective sera réalisée ; un pôle de veille et de ressources chargé de capter les évolutions et au service des acteurs et décideurs sera mis en place ; enfin, l'accueil en « résidence » de courte durée sera plus largement ouvert aux chercheur.es et professionnel.les de justice. La gouvernance sera élargie d'une part aux chef.fes des cours faîtières et d'autre part à l'ensemble des justices – justice consulaire et justice prud'homale comprises – et des professions juridiques.

Dans ce contexte, plusieurs modalités de coopération immédiate avec la Cour de cassation sont envisageables :

- La concertation en amont de la programmation scientifique et du programme de travail : cette consultation⁶ sera systématisée pour déterminer les thèmes des appels à projet de recherche, ainsi que pour évoquer tous sujets pouvant faire l'objet d'études de la part du futur GIP. Les suggestions des différents membres du GIP et de son conseil scientifique feront l'objet de débats collectifs destinés à identifier au mieux les enjeux transversaux.
- La restitution de travaux de recherche ou de réflexion à destination exclusive des membres de la Cour de cassation (siège, parquet et greffe) : le GIP pourra organiser des séminaires ou réunions permettant aux membres de la Cour d'échanger de manière collective et pluridisciplinaire avec des universitaires ou chercheur.es. Au-delà d'une consultation sur un point précis, ce dialogue a vocation autant à approfondir et éclairer des thèmes de contentieux fondamentaux qu'à analyser des pratiques juridictionnelles.
- L'analyse de problématiques particulières : sous la forme d'ateliers ou de séminaires non institutionnels associant des membres de la Cour, d'autres professionnel.les et des universitaires et chercheur.es, animés par le GIP, ces ateliers ou séminaires sont destinés à défricher un sujet dans un cadre pluridisciplinaire et multi-acteurs.

⁶ Pour 2022, le courrier de consultation sera adressé en avril 2021 à Madame la Première Présidente, en sa qualité de « présidente tournante » du CA de l'IHEJ dans le cadre d'un courrier commun aux deux organismes.

À plus long terme, l'enjeu nous paraît de favoriser progressivement une évolution des cultures professionnelles tant des milieux académiques et scientifiques que de l'institution judiciaire pour mieux intégrer la culture des connaissances dans la pratique juridictionnelle et la conduite des politiques de la juridiction (*knowledge based policies and practices*). Ce faisant, la connaissance de la Cour de cassation, de son fonctionnement, de son mode de raisonnement, de la qualité de ses décisions, sera mieux connue et mieux diffusée dans un premier temps au sein de la communauté scientifique, puis au-delà au sein de la société.

Pour être opérationnelles et temporellement raisonnables, ces modalités reposent sur un engagement fort et une concertation riche avec les différentes entités de la Cour, au premier rang desquels le service dédié, le Service de la documentation, des études et du rapport, ainsi que l'ensemble des chambres, des magistrats du siège et du parquet, des fonctionnaires, et des autres professionnels intervenant spécifiquement à la Cour, particulièrement les avocats aux conseils ou les experts.

En conclusion, au-delà des coopérations envisageables avec le futur GIP, nous souhaitons mettre l'accent sur l'enjeu des relations de la Cour avec l'ensemble de la société civile. À ce titre, il nous semblait utile d'offrir un vaste programme de visites de la Cour – lorsque la situation sanitaire le permettra à nouveau. Pourraient être envisagées, au-delà du caractère patrimonial des lieux des visites éducatives pour les plus jeunes, des visites d'échanges avec les étudiants ou les universitaires et scientifiques⁷, voire, systématiser des visites de connaissance des institutions avec les membres des assemblées parlementaires et avec les fonctionnaires d'État et des collectivités territoriales. L'ouverture de la Cour, sa meilleure connaissance par le public, la compréhension de son activité et de ses décisions nous

⁷ Pour mémoire, le GIP MRDJ a tenu l'un de ses conseils scientifiques à l'automne 2019 au sein de la Cour de cassation ; une visite des lieux organisée par le service de la bibliothèque et un échange avec Jean-Michel SOMMER, Directeur du SDER, avait été organisé avec les vingt membres du conseil scientifique qui en ont conservé un riche souvenir. Seuls certains universitaires juristes connaissent relativement bien les lieux et la juridiction ; cette approche « réelle » tant des lieux que le dialogue informel avec un haut magistrat de la Cour avaient permis aux autres scientifiques de saisir en peu de temps la nature de celle-ci et d'inscrire dans leur mémoire une image construite et positive de la juridiction.

paraissent pouvoir reposer sur une activité pédagogique intense et systématique visant une grande variété de publics. L'ouverture et l'explication des lieux, de l'histoire, des raisons d'être et du fonctionnement de la juridiction entraînera également la production de documents pédagogiques – papier et en ligne – voire inspirera les artistes et les auteur.es de fiction. Lourde, cette activité pourrait être menée en partenariat avec les acteurs de l'Éducation Nationale, des Universités, des ministères, des collectivités territoriales ou des assemblées parlementaires et s'appuyer sur un collectif scientifique pour la rédaction des documents. Enfin, si l'ouverture des locaux de la Cour à des colloques constitue une belle opportunité en raison du prestige des lieux qui profite à de nombreux partenaires – le GIP MRDJ ou l'Association française pour l'histoire de la justice par exemple – ceux-ci pourraient également être l'occasion d'un dialogue organisé entre les intervenants, le public et les membres de la Cour.

**CONTRIBUTION
DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX
AUX TRAVAUX DE LA COMMISSION 2030 SUR L'AVENIR DE LA COUR DE CASSATION**

Par lettre du 26 novembre 2020 adressée à sa présidente par Monsieur André Potocki, président de la Commission 2030, le Conseil national des barreaux a été invité à participer à la réflexion sur l'avenir de la Cour de cassation à l'horizon 2030.

Par une motion délibérée en assemblée générale le 12 mars 2021, le Conseil national des barreaux a déterminé les axes de sa contribution. La Commission des Textes du Conseil national a ensuite été chargée de formaliser la contribution de l'institution.

* * *

Observations liminaires

Le Conseil national des barreaux souhaite qu'une réflexion sur l'avenir de la Cour de cassation procède d'une approche essentiellement fonctionnelle du rôle de la Cour dans l'articulation harmonieuse du service public de la justice, conforme à la fois à l'exigence contemporaine de sécurité juridique et d'accessibilité de la justice et au vœu du Constituant qui l'a créée comme une cour régulatrice en écartant dès son origine l'ambition d'une Cour suprême¹, que traduit sa dénomination fonctionnelle inchangée depuis l'institution du Tribunal de cassation en 1790.

Cette approche est regardée par le Conseil national des barreaux, comme essentielle dans la tradition institutionnelle française et l'équilibre des pouvoirs.

Le Conseil réaffirme son attachement à ce que toute évolution de l'organisation de la juridiction et des modalités du contrôle qu'elle exerce, soit guidée par le souci premier d'un meilleur fonctionnement du service public de la justice au profit des justiciables, détaché de l'ambition d'institutionnaliser un rôle normatif autonome accru.

Le Conseil estime enfin que l'avenir de la Cour de cassation devrait être envisagé en suivant la ligne directrice exprimée par le Président de la République dans son allocution du 15 janvier 2018², inscrivant le rôle de la Cour dans un dialogue des pouvoirs au plan national et dans le développement déjà entrepris d'un dialogue des juges, au plan européen.

¹ Archives Parlementaires 3 mai 1790, Tome XV page 671, cité in actes du bicentenaire de la Cour de cassation, La Documentation française 1990, page 51, note 28

² <https://www.courdecassation.fr/IMG///Allocutions%20Président%20de%20la%20République%20Rentrée%202018.pdf>



L'attachement à ces principes étant rappelé, le Conseil national des barreaux fait partager à la Commission les réflexions suivantes :

I - L'office de la Cour de cassation

Trois thèmes seront abordés ici : la mission de la Cour et les conséquences que cela induit sur le traitement des pourvois, l'utilité de l'instauration d'une procédure d'urgence et enfin la présentation de sa jurisprudence par la Cour de cassation.

La mission de la Cour de cassation

Cette mission, définie par l'article L.411-2 du Code de l'organisation judiciaire, s'exerce à l'initiative des parties (l'hypothèse exceptionnelle du pourvoi dans l'intérêt de la loi formé en matière pénale sur l'ordre formel du ministre de la justice³ ou celle de la saisine pour avis par une juridiction⁴ ne sont pas évoquées ici en première intention).

Il en découle des conséquences au plan de l'examen des pourvois et au plan des objectifs de la mission fondamentale de la Cour.

En ce qui concerne l'examen des pourvois, dans la perspective de l'exercice de la mission d'un service public « *pas tout à fait comme les autres* »⁵ que remplissent les juridictions et spécialement la Cour de cassation, la mission qui lui est assignée par la loi implique que soit satisfaite l'attente légitime du justiciable, qu'une décision intelligible soit rendue sur son pourvoi.

Pour le Conseil national il s'agit d'une nécessité juridique, constitutionnelle et conventionnelle, mais, au-delà même, d'une nécessité de l'organisation institutionnelle de l'Etat, qui doit pouvoir reposer sur la confiance des citoyens dans la justice dont les décisions doivent être comprises, sans que la réponse judiciaire puisse être regardée comme déceptive par sa forme, ce qui pose la question du filtrage des pourvois.

Jusqu'ici, le filtrage a été conçu comme un moyen de gestion – en réalité de réduction – des stocks d'affaires plus que comme l'accomplissement de la mission assignée à la Cour.

La procédure de non-admission instaurée par la loi n°2001-539 du 25 juin 2001, désormais prévue à l'article 1014 du Code de procédure civile et modifiée en son dernier état, par le décret n°2014-1338 du 6 novembre 2014 avait déjà appelé bien des réticences de la profession d'avocat, à la différence de l'instauration de l'article 1009-1 du même Code à l'initiative du Premier président Pierre Drai qui s'appuyait sur la recherche d'une plus grande efficacité d'exécution des décisions civiles du fond frappées de pourvoi.

Plus encore, le dispositif de sélection par autorisation préalable des pourvois présentés au parlement par amendement du gouvernement en 2016, aussitôt abandonné en cours de procédure parlementaire, dont une nouvelle version avait été proposée à la Garde des sceaux en mai 2018 par le Premier président Louvel, avait entraîné un mouvement d'opposition du Conseil national des barreaux, de la Conférence des bâtonniers et du Barreau de Paris, exprimée sans ambiguïté devant la commission présidée par Monsieur Henri Nallet.

³ Art ; 620 CPP

⁴ Art. L441-1 COJ

⁵ Allocution du Président de la République, précitée



Cette dernière version s'inscrivait dans l'idée qu'il appartenait à la Cour de cassation de déterminer les questions d'intérêt public et/ou juridique majeur, ce qui lui permettrait de se positionner comme une Cour suprême. Cependant, le Conseil national avait exprimé que cette démarche revient à occulter le droit fondamental de tout justiciable à former un pourvoi contre une décision de justice illégale. Il avait été rappelé par la profession que la Cour de cassation est une cour supérieure dans son ordre juridictionnel et que la tradition juridique et juridictionnelle française ne permet pas au juge de choisir les affaires qu'il juge, puisqu'il juge ce qu'on lui donne à juger. Il ne peut pas se livrer au « *cherry picking* » à l'instar de la Cour suprême américaine, c'est-à-dire à une sélection des affaires les plus intéressantes sur le plan du droit ou sur le plan de la politique jurisprudentielle pour privilégier un rôle de para-législateur.

L'objectif de ces propositions contrariait la vocation fonctionnelle de la Cour, exprimée par l'article 604 du code de procédure civile selon lequel « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». L'aspiration manifestée par le projet soumis à la Commission Nallet, à l'inverse du dialogue légitime exprimé en ligne politique par le Président de la République, comme un objectif pour l'harmonisation du droit, semblait flirter dangereusement avec la prohibition faite aux juges par l'article 5 du Code civil « *de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

Pareillement, bien que n'affichant plus cette ambition, l'avant-projet de modification des articles L.421-4, L.431-8 et d'ajout d'un article L.431-1-1 au Code de l'organisation judiciaire, semble-t-il abandonné aujourd'hui par le gouvernement, établissait dans le projet de loi dit « *pour la confiance dans l'institution judiciaire* » un dispositif de sélection des pourvois, donnant lieu, dans les cas où une solution apparaîtrait manifeste, sans phase contradictoire et sans motivation, à des décisions de rejet ou d'irrecevabilité prononcées par les présidents des chambres de la Cour ou leurs délégués statuant seuls.

Cet avant-projet de loi, soumis par le Garde des Sceaux au Conseil national des barreaux a fait l'objet d'une motion délibérée par son assemblée générale du 12 mars 2021, s'y opposant formellement.

Dans cet état, le Conseil national des barreaux estime qu'une réflexion d'avenir sur l'efficience de la mission de la Cour de cassation ne pourrait emprunter la voie d'un tri visant à écarter des pourvois, sans possibilité d'une phase contradictoire préalable s'inspirant des dispositions de l'article 16 du Code de procédure civile, fût-elle rapide, ni s'abstraire de l'expression nécessaire de motifs. Au plan institutionnel, on ne juge pas mieux en jugeant moins.

Sur ce point, le Conseil affirme la nécessité de statuer sur chaque pourvoi par une décision comportant une motivation *ad hoc* exprimée dans un souci pédagogique et non frustratoire, qui permet au justiciable de saisir que sa réclamation a été comprise et jugée, et ainsi d'appréhender la raison pour laquelle au-delà du caractère abstraitement « *manifeste* » de la situation, son pourvoi a été déclaré irrecevable ou rejeté. L'importance est la même que celle de comprendre lorsqu'à l'inverse le pourvoi est accueilli ou rejeté après examen, quelle est la position de la Cour et ses conséquences.

Cette démarche pédagogique relayée par les avocats qui sont en lien direct avec les justiciables, s'inscrit dans le même esprit qui a guidé la Cour de cassation lors de la modification de la structure de ses arrêts visant à les rendre plus intelligibles et partant, mieux acceptés par les parties. L'introduction d'un tri sans l'expression de motifs apparaîtrait paradoxale en regard de cette évolution.

L'absence de motivation affecterait en fin de compte la conception contemporaine d'un droit fondamental de tout justiciable à faire juger un pourvoi dirigé contre une décision de justice qu'il estime illégale et il paraît socialement inacceptable que l'issue du pourvoi intervienne sans explication ni contrôle de la Cour elle-même.



Toute absence de motivation érigée en principe creuserait le fossé entre l'institution et les justiciables. Elle nourrirait comme tout obstacle à l'accès au juge, un sentiment d'arbitraire et de défiance envers la justice qui, au contraire, appelle aujourd'hui d'être confortée comme institution de la République, dans son image, sa place et son crédit.

Cet équilibre entre l'impératif de remplir pleinement la mission qui lui est assignée et en même temps la contrainte de faire face au nombre des pourvois, au demeurant stable depuis plusieurs années, implique sans doute des mesures d'organisation interne que ni le format de la présente contribution ni l'objectif général de la lettre de mission donnée à la Commission, ne permettent ici d'aborder.

L'utilité d'instaurer une procédure d'urgence devant la Cour de cassation

L'accélération des rapports de droit induit la nécessité d'introduire en certaines matières des procédures d'urgence même en matière civile, devant la Cour de cassation.

L'article 1009 du code de procédure civile permet certes déjà une procédure accélérée devant la Cour de cassation. C'est cette voie qui est par exemple utilisée pour les dossiers d'enlèvements internationaux d'enfants. Les décisions sont alors rendues en quelques mois.

Mais cette disposition reste impuissante à permettre l'intervention très rapide de la Cour dans des matières où une procédure d'urgence de type « *référé cassation* » pourrait être utile et, sans être exhaustif, il est possible d'évoquer le contentieux électoral, la matière du droit des personnes, voire des personnes vulnérables, la matière de l'enlèvement international, certains cas d'exercice de l'autorité parentale. Dans de telles matières qui peuvent présenter un caractère d'extrême urgence, les parties se pourvoient peu aujourd'hui, préférant saisir à nouveau le juge du fond avec souvent la limite de devoir disposer d'un élément nouveau pour y être admis.

Dans le domaine procédural, le contentieux de la compétence et celui des conflits de lois dans le temps pourraient avec profit être soumis dans un but d'efficience, au juge de cassation selon une procédure adaptée à la nature du procès.

Avec toutes les spécificités qui sont certes les siennes, le Conseil d'Etat a développé ses procédures d'urgences, qui permettent d'apporter une réponse très rapide à des questions touchant au fond du droit ou à la compétence, qui donnent au contentieux administratif une agilité qui pourrait être recherchée dans le contentieux judiciaire.

La présentation de sa jurisprudence par la Cour de cassation

Dans une visée pédagogique au profit des « *usagers* » du droit, le Conseil national des barreaux, tout en rappelant son attachement à ces principes et au rôle fonctionnel assigné à la Cour de cassation comme juridiction supérieure régulant les décisions des juges du fond, invite la Commission à réfléchir sur les instruments d'accès à ses arrêts et à ses avis, notamment par voie dématérialisée, afin de permettre aux justiciables, aux juridictions et aux professionnels d'en dégager la portée de façon analytique et hiérarchisée.

A cet égard, l'intrusion dans l'analyse de la jurisprudence, de l'intelligence artificielle mise en œuvre par les « *legaltechs* » qui peut d'une certaine manière être présentée comme un bienfait pour l'unification du droit, présente à bien des égards les dangers d'une dérive anglosaxonne, par le risque de privilégier des critères factuels ou d'apparente similitude des causes, par rapport à l'analyse



juridique et par l'écrasement d'une hiérarchie jurisprudentielle entre des décisions de portées différentes, que l'institution du bulletin ainsi que des tables annuelles et décennales avait eu, dès l'origine de la Cour, pour objectif de réguler et que le Conseil d'Etat a su préserver par les publications au recueil Lebon.

Le maintien dématérialisé de publications au bulletin des arrêts de la Cour de cassation permettant de hiérarchiser les décisions, leur accessibilité par un dispositif équivalent à celui des tables ou par un autre d'intérêt équivalent, que n'apporte pas le dispositif de publication Légifrance et peu les dispositifs des « *legaltechs* » qui n'ont pour ces dernières aucune autorité pour en décider, ainsi qu'une réflexion sur les différentes publications en ligne de la Cour de cassation mériteraient d'être inclus dans les axes à privilégier dans les dix ans à venir.

II- La Cour de cassation dans l'agencement des juridictions nationales et européennes

L'intrusion des décisions émanant de juridictions européennes (TUE, CJUE et CEDH) dans le paysage normatif national est parfois apparue comme une source de concurrence ou de dépossession du juge national. Ce temps est révolu et il est désormais acquis qu'il est le premier juge de l'application en droit interne du droit de l'Union européenne (CJCE, 9/03/1978, *Simmenthal* ; CJCE, 14/12/1995, *Van Schijndel*), de la Convention européenne des droits de l'homme, et des sources écrites du droit international supérieures à la loi par l'effet de l'article 55 de la Constitution.

C'est ici encore un rôle régulateur qui incombe à la Cour de cassation.

Ce rôle de la Cour de cassation apparaît au Conseil national d'autant plus sujet à l'attention dans les dix ans à venir qu'il s'exerce au regard d'une norme dont l'établissement est progressif et parfois évolutif, résultant de la jurisprudence des juridictions européennes dont le rôle est essentiellement différent du sien, puisqu'il procède le plus souvent d'un contrôle mélangé de fait et de droit et vise à l'interprétation, pour leur application à l'ensemble des Etats membres ou aux Etats signataires de la CEDH selon le cas, de normes exprimées en termes généraux et partant sujettes à déclinaison.

L'aggiornamento intervenu dans le libellé des arrêts de la Cour de cassation et en corolaire dans la présentation des moyens de cassation, conduit à un certain rapprochement, peut-être inéluctable et bénéfique, entre les méthodes de la Cour de cassation française et celle des juridictions européennes pour le traitement des causes qui leurs sont soumises.

L'énoncé des moyens au soutien des griefs de cassation, constituait un cadre strict pour l'examen de la critique. Cette technique du pourvoi en cassation, qui avait pour but de chasser le fait au profit du seul droit organisait une procédure écrite, soumise seulement à des délais impératifs, sans instruction du litige, sans mise en état comme devant les juges du fond, et sans évocation⁶. L'évolution contemporaine et la place de la Cour de cassation dans l'agencement des juridictions nationales et européennes impliquent cette évolution vers une plus grande lisibilité et une appréhension plus globale du moyen dans l'environnement du procès.

Dans la perspective d'une Union de droit, il appartient aussi à la Cour de cassation de résoudre elle-même les questions de non-conformité du droit interne au droit de l'Union européenne, ce qui implique d'être actif dans un rôle d'interprétation du droit européen. Elle doit aussi, dans le souci de remplir son office régulateur au plan national, aborder de façon fonctionnelle le renvoi des questions

⁶ Intervention de M. Gérard Pluyette, « La cassation, voie d'achèvement du procès ? » colloque Cour de cass. 2011.



préjudicielles à la CJUE dès lors que le droit de l'Union présente des spécificités qu'un juge national ne peut ou ne sait pas résoudre seul.

Cet office la rend nécessairement initiatrice d'une coopération entre juges et l'inscrit dans le « *dialogue des juges* ». Ce rôle incombe au premier chef à la Cour de cassation, pour l'ordre judiciaire et elle y est déjà très active. La Déclaration issue de la Conférence de Bruxelles en mars 2015 en est l'illustration puisqu'elle établit un dialogue entre la CEDH et les « *Cours supérieures* », dans le réseau dit « *réseau des Cours supérieures* » (RCS). La participation au réseau judiciaire de l'Union européenne à l'initiative de la création d'une plateforme d'échanges, accessible aux juridictions constitutionnelles et suprêmes des Etats membres et la participation au réseau des Présidents des Cours Suprêmes judiciaires de l'Union en témoignent aussi.

Les avocats inscrits aux barreaux français, déjà présents de longue date devant les juridictions nationales et européennes, tout au long de la chaîne juridictionnelle à l'exception il est vrai de la Cour de cassation et parfois du Conseil d'Etat, sont, comme acteurs habituels des procédures conduites devant les juridictions de l'Union et devant la Cour européenne des droits de l'Homme, en prise directe et permanente avec cette élaboration d'une norme jurisprudentielle supérieure, qu'il incombe ensuite à la Cour de cassation de faire appliquer par les juridictions nationales du fond.

C'est la raison pour laquelle le Conseil national des barreaux, qui en est l'institution représentative, est extrêmement attentif au « *dialogue des juges* » déjà très avancé et dont le développement est appelé de ses vœux, pour ainsi mieux intégrer le droit de l'Union et celui de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour de cassation et dans la motivation pédagogique des arrêts. Ce rôle élevé de la Cour de cassation, que les concepteurs du Tribunal de cassation n'avaient pu envisager en 1790, doit, par ruissellement, permettre une fluidité de l'intégration par le droit et doit conduire les justiciables à s'abstraire d'un discours ou d'une posture d'un droit européen subi, d'anticiper et d'accompagner les revirements de jurisprudence qu'influencent ou dictent les sources européennes et internationales.

Acteurs de premier plan de l'intégration par le droit au sein de l'Union, les avocats français constituent une ressource exceptionnelle de savoirs et d'expérience dans ce domaine, qui peut être mise à profit dans une perspective d'évolution de la Cour de cassation, trait d'union entre les juridictions européennes et les juridictions nationales du fond, visant à une adaptation qualitative des décisions rendues sur le territoire national.

Ce rôle de la Cour de cassation s'inscrit pleinement dans sa fonction régulatrice. Elle peut l'exercer dans son propre domaine de compétence, en développant par ailleurs au plan interne, le « *dialogue des pouvoirs* ».

III- La Cour de cassation et le « *dialogue des pouvoirs* »

La Cour de cassation a, on l'a vu, d'abord une vocation unificatrice du droit. Son rôle est de contrôler l'exacte application du droit et d'assurer l'unité d'interprétation des règles dans toute la France.

Par là même, elle fait certes parfois œuvre créatrice en faisant évoluer la norme, en adaptant les règles aux circonstances nouvelles, en interprétant les lois nouvelles. Elle ne peut et ne doit pas



statuer par arrêts de règlements, mais elle impose l'application de normes nouvelles et c'est en ce sens que l'on a pu parler de l'image doctrinale de la Cour de cassation⁷.

Le Conseil national constate que le législateur et l'exécutif pourtant très circonspects, n'ont jamais méconnu l'intérêt de la position particulière de la Cour de cassation et l'apport de sa réflexion au droit positif puisqu'ils ont même expressément organisé les modalités de cet apport.

La Cour de cassation, par sa situation privilégiée de juge du droit, a la possibilité, en procédant à une analyse statistique et critique du contentieux qui lui est soumis, de déceler les anomalies ou les manques qui se manifestent dans l'application des lois et, par là même, d'en définir les causes et d'en proposer les remèdes.

C'est ce que lui a prescrit pour la première fois le décret n°67-1208 du 22 décembre 1967, qui, dans ses articles 12 et 13 prévoit la remise par les chefs de la Cour au garde des Sceaux, chaque année, d'un rapport sur l'activité de la Cour.

A cette occasion, le premier président et le procureur général « *peuvent appeler l'attention du ministre de la justice sur les constatations faites par la Cour à l'occasion de l'examen des pourvois, et lui faire part des améliorations qui leur paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées* ».

Ces textes sont devenus depuis lors les articles R.431-9 et R.431-10 du Code de l'Organisation judiciaire. Ils sont totalement actuels.

La Cour de cassation n'a pas manqué depuis 1967, de signaler aux pouvoirs publics des difficultés et de proposer des solutions. Cette collaboration entre la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire et le pouvoir exécutif a permis au gouvernement de faire procéder par le Parlement aux modifications nécessaires et parfois même a été à l'origine de dépôts de projets de lois par le gouvernement pour combler un vide législatif constaté par la Cour en certaines matières.

Cette mission mérite d'être développée.

La Cour joue ce rôle conjointement avec le Conseil d'Etat pour ce qui est du ressort de celui-ci. Le Conseil constitutionnel s'y livre aussi, à un niveau différent.

Pour le Conseil national des barreaux, la règle de la séparation des pouvoirs - fondamentale dans notre système constitutionnel - impose à la Cour de cassation de se cantonner dans le domaine strictement judiciaire, mais en entrant, par les dispositifs existants ou d'autres à inventer, dans un dialogue avec le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

Ce dialogue paraît au Conseil national, précisément être celui évoqué le 15 janvier 2018 par le président de la République.

Dans cet objectif, il lui semble utile et peut-être nécessaire d'accroître l'efficacité des instruments législatifs et réglementaires qui contribueraient au « *dialogue des pouvoirs* » sans empiètement des uns sur les autres.

Des dispositifs plus développés de propositions de réformes, d'adaptations du droit, de textes nouveaux issus d'un retour d'expérience, permettant des interactions plus fréquentes qu'annuellement par le biais du Rapport annuel, devraient contribuer à ce dialogue et à placer l'autorité judiciaire sur un même terrain - chacun dans son rôle - avec le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif qui disposent déjà entre eux de multiples mécanismes d'interaction. Une vision prospective

⁷ « L'image doctrinale de la Cour de cassation », Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1973, La Documentation française.



devrait pouvoir conduire à en créer d'autres ou à en développer certains existants, afin de faire une place institutionnelle plus ample à la Cour de cassation dans un « dialogue des pouvoirs ».

On peut apprécier à nouveau, après ces explications, la qualité des systèmes existants depuis 1967 que nous venons d'évoquer et l'intérêt de les développer, à l'aune des propos du Président de la République en 2018 :

« Ces dernières décennies, par le dialogue des droits et le dialogue des juges (...) les juges contribuent plus profondément qu'autrefois à la définition de l'intérêt général et avec plus de latitude par rapport à l'exécutif. (...) Il est tout à fait remarquable aussi, je le sais Monsieur le Premier président, que votre cour ces derniers mois a été plus loin en envisageant une réforme touchant aux modalités même du contrôle que vous exercez (...) C'est dans ce travail d'interprétation, de dialogue que se trouve la dimension presque politique du pouvoir du juge (...) En France, l'indépendance est tenue pour la source de la légitimité de la justice et c'est cela que nous devons œuvrer à affermir. (...) Chacun des pouvoirs de notre République doit fonctionner dans le respect des prérogatives de l'autre et dans le dialogue. (...) »

Cette doctrine exprimée par le Chef de l'Etat devant la Cour de cassation, qui fait du dialogue entre les pouvoirs un corollaire de l'indépendance de la justice découlant elle-même de la séparation des pouvoirs, paraît au Conseil national devoir entraîner l'adhésion et exclure définitivement tout système dans lequel la Cour de cassation, sous couvert d'instruire et de juger des pourvois en cassation, disposerait, en en admettant certains pour en écarter d'autres, du pouvoir de fixer la norme primaire aux lieu et place du pouvoir légitime : législatif ou réglementaire.

Pour le Conseil national des barreaux, un chantier des articles R.431-9 et R.431-10 du Code de l'organisation judiciaire mériterait donc d'être ouvert avec sans doute une intervention législative pour en accroître le champ et en multiplier les moyens.

Tels sont les éléments de réflexion que le Conseil National des Barreaux souhaitait porter à la connaissance de la Commission suivant l'invitation qui lui en a été faite.

Bernard FAU

Président de la Commission des textes

**OBSERVATIONS DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE
DEVANT LA COMMISSION CHARGÉE DE REFLECHIR
A L'AVENIR DE LA COUR DE CASSATION A L'HORIZON 2030**

Un vaste chantier que la Cour de la prochaine décennie, qui ne doit en rien négliger ses fondations pour mieux y ancrer sa modernité.

Comment dire le droit et comment le créer dans la décennie à venir ?

Alors même qu'à l'ère de l'*Open Data* et d'un impératif de communication, la jurisprudence devient l'affaire de toutes les juridictions mais aussi d'instances nouvelles, arbitrales, médiatrices, alternatives, et que la judiciarisation des rapports sociaux est une tentation grandissante, la Cour de cassation se doit de penser l'avenir et non de le subir. Alors même que l'inflation de textes désordonnés, mal pensés et peu rédigés, rend la Loi d'autant plus violente qu'elle devient illisible et méconnue, la Cour de cassation se doit de devenir une force de proposition d'un droit rénové, harmonisé et ouvert, un bien commun.

1 – La Cour de cassation de 2030 : repenser sa mission juridictionnelle

1. Une cour moderne, au service de la Justice, ne peut que s'inscrire **dans la continuité des juridictions du fond, de premier degré et d'appel, reconstruites et revalorisées**, dans un constant aller-retour d'informations et de formation et non plus dans cette relation distanciée, où les uns ignorent la réalité du quotidien judiciaire et les autres suspectent une institution perçue comme hermétique, barricadée dans les ors du Palais. La question de la fonction, du rôle de la Cour de cassation ne se traite pas distinctement de celle de l'architecture d'ensemble de notre organisation judiciaire et de son fonctionnement. Laisser se dégrader, dans les juridictions du fond, les conditions de travail, se perdre la collégialité, le temps d'audience et de plaidoirie et renoncer ainsi au service public de la justice tout en pensant une cour suprême, appelée à ne connaître, par l'instauration de circuits d'orientation/sélection, que des affaires nobles, dignes d'intérêt, et traiteraient à l'économie le « tout venant », sans plus de motivation, comme une réminiscence des décisions « tampons », serait revenir à une conception élitiste d'une juridiction en quête de dépoussiérage. Il nous faut donc promouvoir **une réforme d'ensemble où les juridictions, du fond comme supérieure, seraient pensées dans une même et indissociable dynamique, au service des justiciables.**
2. Créer au sein de la Cour de cassation **une structure, transversale, dédiée aux relations internes**, à l'instar de celle dédiée aux relations internationales, avec pour mission d'institutionnaliser **des temps de formation, d'information et d'échanges avec les**

juridictions du fond, avec la prise en compte de cette activité, notamment par sa consécration statutaire, pour les conseillers, en service ou honoraires, et les conseillers référendaires appelés, en sus de leurs attributions au sein de leur chambre, à définir, organiser et animer cette structure.

3. Redéfinir les périmètres d'activités des chambres, en s'inscrivant résolument dans la transversalité, lorsque cela s'avère possible. Une telle réorganisation ne saurait faire l'économie d'une étude approfondie, statistique et juridique, des contentieux traités, de ceux en devenir, ou en déclin, ceux prévisibles mais tous, identifiés, recensés et projetés, **en une approche qualitative comme quantitative, par des spécialistes des statistiques judiciaires**. Cela pourrait se concrétiser par la création d'un service permanent de la Première présidence ou du Service de documentation, des études et du rapport (SDER). Ce travail d'identification des contentieux émergents, qui devrait se faire dès le stade des pourvois afin de repérer les questions transversales posées à la Cour, doit être mené en lien étroit et permanent avec les juridictions du fond. Parallèlement, l'identification, par les magistrats, juristes et greffiers de ce service, des divergences de jurisprudence pourrait être utilement assurée.
4. D'ores et déjà, des contentieux se prêtent à une restructuration des chambres. Ainsi, **en matière de procédure civile, on pourrait constituer une section (ou une chambre)** avec des magistrats représentant les chambres civiles, commerciale et sociale, afin que l'information et la réflexion sur les méandres de la procédure d'appel, ne soit pas maîtrisée, du fait des réformes enchevêtrées qui la bousculent, que par quelques processualistes, « *happy few* », alors qu'elle devrait, par essence, permettre de tendre à la **définition de règles communes, sur la base de fondamentaux, nés de l'exigence du procès équitable**. Ou encore, la création d'une chambre (ou d'une section) de l'indemnisation aurait le mérite de regrouper ce contentieux actuellement partagé par la deuxième chambre pour la responsabilité délictuelle, la première chambre pour la responsabilité contractuelle et la chambre criminelle pour les intérêts civils. De même, la réforme du droit des obligations, avec la question délicate de son application dans le temps, pourrait être confiée à une chambre (ou section) composée des membres de chaque chambre concernée.
5. Redéfinir et revaloriser la fonction du rapporteur, qui rédige le rapport, l'avis et les projets de décision, en créant une équipe d'appui, chargée de la préparation des dossiers et de la recherche de documentation. Le SDER est une structure composée de magistrats et juristes opérationnelle, qui pourrait utilement et aisément être développée dans cette dynamique, l'idée étant de mettre, en renforçant les équipes, **les membres de ses différents bureaux au service de tous les rapporteurs**, au fil des besoins et des affaires à traiter, et non d'adjoindre à un rapporteur une équipe de juristes. **Toutefois, seul le magistrat rapporteur reste maître de l'orientation initiale et finale ainsi que de ses modalités de traitement, enrichi ou non. Une formation solide, de huit mois, voire un an, par un tuteur, plus ancien dans le service, de chaque juriste appelé à intervenir en appui au rapporteur et bénéficiant de perspectives professionnelles intéressantes, est indispensable à la pleine réussite de ce travail en équipe.** Cette première phase, « collectivisée », **se poursuivrait utilement, au sein de la chambre, avec les audiences d'instruction dédiées aux affaires les plus complexes, posant des questions inédites ou à débattre, à l'initiative du rapporteur en charge du dossier, avant l'audience de jugement, d'ores et déjà mises en œuvre à compter de mars 2021. La désignation de co-rapporteurs, à la demande d'un rapporteur ou sur**

décision de la conférence, au sein des chambres, en amont, permettrait d'assurer une qualité de réflexion et de décision.

6. Cette organisation, **résolument collégiale**, à tous les stades de la préparation des dossiers et de l'élaboration des décisions, centrée autour d'un rapporteur réinscrit dans sa fonction de juge, s'inspire de celle existante dans des juridictions européennes ou internationales, mais se doit de rester fidèle à la mission **juridictionnelle première de la Cour de cassation française**, soucieuse de traiter toutes les affaires qui lui sont déférées, dans la continuité de la Justice du fond, sous réserve, bien évidemment, de sa spécificité de juge du droit.
7. Cette **exigence de collégialité**, garante de la qualité des décisions rendues par la Cour de cassation prohibe la pratique actuelle d'hyper individualisation d'un contentieux qui peut être traité des années durant, par un seul « spécialiste » de la matière (tel est le cas du contentieux des étrangers, traité par un seul rapporteur depuis 2014). Eriger la conférence « élargie » en principe, donner une voix délibérative aux conseillers référendaires, consacrer la liberté d'orientation, en fin d'instruction, par le rapporteur du dossier, autant de mesures qui s'inscrivent dans la même volonté de promotion, voire de réinstauration, d'une **culture de la collégialité**, bien mise à mal actuellement, dans certaines chambres, avec des conférences président/doyen mais sans rapporteur, et la disparition corrélative des formations de section, trop souvent perçues comme sources de « dissidence ».
8. Repenser les fonctions du président et du doyen de chambre, en optant pour une « **gouvernance collégiale** » (président/vice-présidents dans chaque section ?), tout en veillant à affirmer qu'aucun juge de la Cour ne peut être dans un rapport de subordination envers un autre juge, la **collégialité** devant être le principe de base de cette organisation nouvelle. Le rapporteur ne doit pas être dépossédé par le binôme président/doyen, une fois son travail d'instruction achevé, de la suite donnée au pourvoi. Il doit rester l'un des **trois décisionnels**, en formation restreinte, et à « l'avant-poste » lors des audiences de section ou élargies.
9. Remettre en cause le **mode de désignation des doyens et revaloriser cette fonction**, est une nécessité. Pour mieux identifier les dysfonctionnements actuels et exploiter les pistes intéressantes (désignation, sur candidatures motivées, par une commission collégiale, au sein de la Cour ? vice-présidence avec une fonction de communication et de diffusion de la jurisprudence ?), dresser le **bilan, en toute transparence**, du mode actuel de désignation des doyens (proposés par les présidents et désignés par le premier président, et non plus désignés à l'ancienneté), mais aussi des **dérives, générées ou facilitées** par les pratiques actuelles qui, si elles ne sont pas à déplorer dans toutes les chambres -ou sections-, sont réelles et préoccupantes.
10. La culture de la soumission, favorisée par l'organisation actuelle des chambres, le système infantilisant et partial des primes modulables, tout comme les pratiques autoritaristes de la présidence de chambre sont autant de facteurs de la perte d'indépendance des magistrats du siège à la Cour, de la **dégradation et du déficit d'attractivité** notables de la fonction de conseiller mais aussi de celle de doyen. En particulier, face à la tentation présente dans certaines chambres, de faire du doyen le

collaborateur personnel du président, le rappel est nécessaire de ce que **le doyen n'est au service que de sa chambre et de la Cour.**

11. Une réelle **collégialité**, un **travail d'équipe**, tout au long du processus d'instruction, des **délibérés libres et stimulants**, une **plume et une pensée revalorisées**, au service de la **qualité de la justice** rendue, sont les fondamentaux de la Cour de cassation de demain.
12. Le **rôle et le statut de l'avocat général** à la **Cour de cassation** sont à **redéfinir**, en le consacrant comme un membre de la juridiction avec pour fonction, en tant qu'« **avocat de la loi** », de prendre position publiquement, ce qui passera par la suppression du pourvoi dans l'intérêt de la loi, et par sa **désignation par le Conseil supérieur de la magistrature**, sans proposition gouvernementale.
13. Inscrire le juge de cassation dans la modernité, en ne le cantonnant pas à la seule **élaboration de rapports**, mais en **promouvant la rédaction d'articles, de publications, la participation à des forums de discussions et d'échanges**. Il conviendrait d'encourager l'exposé des différentes réponses envisageables, des pistes de réflexion, dans des rapports enrichis, dans les affaires qui s'y prêtent, mais aussi dans les lettres des chambres ou par des commentaires autorisés, publiés par la Cour. Une telle pratique, favorisée par les études et notes de l'équipe du juge, rendrait compte de la richesse des « débats intérieurs » au sein de la Cour.
14. Dans cette dynamique, une **réflexion comparatiste sur l'introduction des opinions dissidentes** à la **Cour de cassation** pourrait être engagée, afin de tirer les enseignements de cette pratique dans des juridictions européenne et étrangères, et analyser l'intérêt d'une telle réforme, par son impact sur l'enrichissement de la pensée juridique et judiciaire, mais aussi au regard de la primauté, en droit interne, du secret du délibéré et du collectif dans l'élaboration de la jurisprudence.

2. – La Cour de cassation de 2030 : créer le droit pour la Cité de demain

1. Une Cour de cassation, source de droit, doit être dotée d'un **bureau de la synthèse, de l'évolution et de la prospective**, chargé de veiller à la cohérence de la jurisprudence des chambres, de mener des réflexions sur les textes normatifs existants, les améliorations et réformes à promouvoir, non plus au détour d'un rapport, mais au terme d'un processus de la Cour identifié et consacré par le code de l'organisation judiciaire. Cette structure, pour s'inscrire dans le futur du droit, doit être composée sous l'impulsion de magistrats de la Cour, notamment de **spécialistes de droit comparé, des droits européen et international**, mais aussi d'experts en d'autres sciences humaines, sociologues, historiens, philosophes et autres. De même, la réalisation d'études d'impact participerait à cette mission de réflexion sur le droit positif dont la Cour du futur sera le moteur. Ce n'est pas dans une logique de compétition avec d'autres institutions, mais bien dans une volonté

d'enrichissement et de lisibilité de la loi par l'usager du droit qu'est le juge de cassation que doit s'inscrire cette mission nouvelle.

2. Dans cette dynamique, engagée de manière positive par la nouvelle motivation des décisions de la Cour de cassation, une remise en cause de la technique de cassation serait opportune. Si elle fait partie de notre tradition judiciaire et a le charme de l'hermétisme, cette technique contribue à faire de nos décisions des « ovni » peu compréhensibles pour la société, mais également pour les juges du fond et parfois même pour la doctrine et les propres membres de la Cour, qui n'ont pas participé au délibéré. Frein à l'évolution de la jurisprudence et du droit en ce qu'elle permet d'esquiver les questions, cette technique ésotérique nuit au rayonnement de la jurisprudence, en France comme à l'étranger. 
3. L'ouverture de la saisine pour avis de la Cour, ou de l'intervention volontaire dans les pourvois, sur des questions d'intérêt général, s'inscrirait dans cette même conception d'une cour supérieure, actrice de la pensée juridique. 
4. Une Cour, ouverte sur l'international et sur la Cité, doit intégrer, avec un statut protecteur et valorisant, dans ses équipes d'appui au juge comme dans son bureau du droit, des magistrats étrangers, mais aussi des amicus curiae, issus de l'Université, du tissu associatif, de l'entreprise et autres. 
5. Une Cour, ouverte aux autres auxiliaires de justice et juristes, tels que les avocats, les personnels des greffes, enseignants universitaires, avec des passerelles en cours de carrière, gagnerait à un tel «métissage», au terme d'un processus approfondi de sélection, en s'enrichissant des expériences diversifiées de ces juristes, dont l'apprentissage du métier de juge de cassation serait facilité et encadré par l'équipe d'appui du SDER. 
6. Une Cour ouverte sur d'autres systèmes de pensées juridiques comme sociétales, avec des partenariats conclus avec d'autres cours étrangères, afin de faciliter les échanges de magistrats, et de s'enrichir de logiques autres. 
7. Une Cour au service du bien commun de la justice, dont les membres seraient incités et soutenus -notamment par des crédits de temps et l'appui apporté par l'équipe du SDER, dans des rencontres, conférences, échanges avec les citoyens, les associations et autres cercles de réflexion, sous réserve d'une absence de rémunération pour cette mission. 

Telles sont les pistes de réflexion et d'action pour une Cour de cassation du futur, réconciliée avec une tradition de promotion du droit, au service de la Justice et des citoyen.ne.s.

Le parquet général de la cour de cassation, serviteur du bien commun et de la loi

A propos de la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle *Publiée au Journal Officiel du 19 novembre 2016* et de l'article L. 432-1 du code de l'organisation judiciaire est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Il rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir ».

Une lecture rapide de l'alinéa précédemment cité, y trouvera la double présentation, somme toute classique pensera-t-on, du rôle du parquet général. Il importe, en interne, qu'il soit en cohérence avec la loi et la logique positive qui la structure, le sens aigu de la légalité en sa finalité courte servant l'impartialité pour la justice. Il importe tout autant, en externe, qu'il soit en congruence avec ce qui fait la finalité longue de la loi et qui définit son horizon : la promotion du bien commun. Mais c'est pourtant là l'occasion d'une surprise. Parler de bien est la résurgence d'un concept très ancien, pétri de la métaphysique scholastique du temps de la Chrétienté. Depuis les modernes contractualistes du XVIII^e siècle, le concept d'intérêt général, construit à partir d'une réflexion sur la volonté générale distincte de la volonté de tous, fait de l'intérêt le postulat de base structurant la société. Il s'est progressivement, dans une logique combattante, substitué à celui de bien commun. Pour quelles raisons ce concept de bien commun, d'origine prémoderne, ressurgit-il au cœur d'un projet de modernisation de la justice pour le XXI^e siècle ? Parler d'une défense du bien commun de la part du parquet doit-il se comprendre comme un anachronisme ? Est-ce bien plutôt l'occasion d'une relecture d'un concept ancien, débarrassé de ses attendus théologiques, mais relu aux prismes du statut du droit au XXI^e siècle ? Dans cette hypothèse, on s'attendrait à ce qu'il soutienne, dans sa conception de la justice, un souci du commun que la seule loi ne peut garantir, et que l'intérêt général ne parviendrait pas à contenir. Faut-il y associer, au-delà de l'assonance, la question du bien commun et la défense de ce qu'il est devenu possible de nommer, avec la crise écologique, les communs ?

Le bien commun au sens prémoderne : un englobant

Le concept de bien commun n'est pas synonyme de celui d'intérêt général. Il part même d'une prémisse contraire. Pour l'intérêt général, le point de départ est l'intérêt individuel, supposant une compréhension du sujet humain comme « individu » (« in-dividu » : le plus petit atome du social qu'on ne peut pas diviser), avec ce que cela suppose comme approche atomisée et désaffiliée. Précisément, on part de l'individu vers le collectif qui est à construire. Pour le bien commun, le point de départ est le commun qui est donné au sein duquel il s'agit de se déployer comme sujet. Aristote, le théoricien de l'humain comme « animal politique » puis Thomas d'Aquin (XIII^e) insistaient sur le fait que la société est logiquement antérieure à ses membres, le lien entre le bien de chacun et le bien commun étant donc nécessaire. L'organisation politique de la société au-delà du but de répondre aux intérêts de ses membres, serait ainsi de concourir à leur bien, favorisant les relations humaines plutôt que des droits individuels. Ici le tout l'emporte logiquement et chronologiquement sur les parties qui le compose, faisant du bien commun l'expression typique d'une intelligence des sociétés dites traditionnelles, c'est-à-dire de ces sociétés holistes où l'unité du corps social prime sur les parties qui le compose

Le bien commun tire donc, en raison de son histoire ancienne, plutôt en direction du droit naturel et de sa métaphysique de la substance soutenant un ordre des choses qui est aussi un ordre pour les choses et les êtres que du droit positif. Il actualise une antique proposition : la loi naturelle *lex naturalis* est l'expression de la loi divine, *lex divina*. C'est dire qu'il relève d'un droit englobant, non encore émancipé du droit canon ou du théologico-politique. Convoquer le concept de bien commun dans un contexte de la modernité tardive, est-ce alors un anachronisme antimoderne ? Nous ne le croyons pas. Il s'agit, plus ou moins volontairement, d'une manière de mettre en perspective l'importance d'une compréhension du commun dans les sources du droit et de l'idée de justice, donnant de revisiter à nouveaux frais l'articulation entre loi positive et bien commun.

L'intérêt général et la loi positive : pour une liberté émancipée d'un bien commun

L'intérêt général, traduit dans la loi positive, s'est progressivement émancipé de l'antique bien commun jugé aliénant parce qu'il reposait sur une conception du monde comme *cosmos* ou création, porteur d'un dessein envisagé comme un programme à honorer. On lui reprocha d'enfermer la liberté et les droits individuels dans un ordre du monde a priori constitué sans discussion et autoritaire. Une conception émancipatrice de la liberté par les libérations trouve dans le bien commun le mauvais objet à combattre parce qu'il soutient l'écrasante puissance de tutelles garantes de l'ordre du monde. Sommairement l'histoire du droit est ainsi passée de la *loi naturelle* (concept théologique attentif à un dessein créateur dont est porteuse la nature), soutien du bien commun, vers le *droit naturel* (concept reconnaissant la valeur inconditionnelle et singulière de l'humain dans une nature humaine) et bientôt oubliera ce dernier au profit de la référence à ces *droits fondamentaux* (concept fondé en raison), que ce sont les droits de l'homme, serviteurs des idéaux d'émancipation propres aux modernes Lumières.

Là où pour le bien commun la liberté commune est donnée dans un ordre du monde initial à expliciter ; pour l'intérêt général et la loi positive, la liberté sera à construire, à revendiquer comme un résultat à atteindre. Aussi la loi positive serait-elle à penser comme émancipée de la notion de bien commun qui lui paraît expression d'un ordre prémoderne traditionnel et autoritaire. Retrouver la présence du bien commun à côté de la loi, au sens positif, est donc au moins surprenant, étrange voire serait inquiétant si cette réintroduction était l'objet intentionnel de mobilisation d'un héritage antimoderne. Mais sans doute tous ces raisonnements n'ont pas même été évoqués ou l'ont été par inadvertance ? Comment penser ensemble alors dans un même geste la présence de la loi positive et celle du bien commun ? Serait-ce l'alliance du marteau du prétoire et du goupillon de l'autel, ces deux enceintes du sacré dans nos sociétés ? Ou bien y a-t-il là dans une perspective moins dichotomique que de tension féconde, l'opportunité d'une réinterprétation ouverte du rôle du parquet ?

Le bien commun après l'émancipation du droit positif moderne : une liberté dans la conscience de ses appartenances

Sans en surdéterminer l'expression, l'arrivée du concept de bien commun dans l'alinéa que nous commentons active ainsi la fécondité d'une catégorie très ancienne, chronologiquement pré-moderne. Mais elle le fait dans des usages qui relèvent de la modernité tardive. Il s'agirait de promouvoir, paradoxalement, une liberté dans la dépendance c'est-à-dire non pas une liberté qui s'aliène (sous le poids de la nécessité de la nature ou de la nécessité sociale) mais une liberté qui s'ouvre à la conscience des appartenances (la mémoire collective, le lien à l'écoumène) et des solidarités (liens institutionnels de prévention, de précaution, patrimoine culturel) qui contribuent à lui donner consistance. On notera que l'évolution des différentes générations de droits de l'homme peut être lue comme allant dans ce sens : des

droits créances aux droits sociaux voire au droit à un environnement sain. Il serait donc question d'initier une figure d'équilibre entre le discours émancipateur et protecteur de la liberté individuelle et de ses intérêts par la loi et la conscience de la vulnérabilité partagée à l'heure des « communs ». Face à une dynamique globale de privatisation des biens publics, le retour des communs incarne, dans un contexte historique qui ne lui est guère favorable, à l'exception notable par exemple de l'alinéa que nous commentons en une direction qui n'avait peut être envisagée au moment de sa rédaction ?, un horizon d'émancipation capable de faire droit au pluralisme culturel.

Sans doute faut-il ici distinguer entre le bien commun, les biens communs et les communs.

Le bien commun est un idéal régulateur du bien vivre pour une société donnée et qui définit son horizon d'attente et qui explicite un style de vie bonne et de justice. Pour le parquet à qui il est demandé « d'anticiper l'impact des décisions prises par la haute juridiction », l'enjeu est fort. L'anticipation en imagination de l'impact d'une décision fait bien du bien commun un horizon régulateur réinstallant le travail du droit dans une perspective de temps long et de pensée large.

Les biens communs sont, quant à eux, une catégorie d'économistes caractérisant les biens et services, matériels et immatériels, auxquels tout humain devrait pouvoir avoir accès aujourd'hui et demain. Ici on donne chair au bien commun, et au rôle du parquet dans le choix de piloter les affaires humaines, notamment dans la dimension des capacités qui soutiennent les droits.

Enfin, les communs relèvent d'une option épistémologique et politique qui résistent à l'extension du modèle de la propriété et de l'appropriation à tous les secteurs du monde vécu, résistant à sa commensurabilité à l'uniformisation culturelle et se conçoit comme un horizon d'émancipation. En effet, avec la conscience de la précarité planétaire – « notre Terre à tous » du rapport Brundtland - ; de l'importance de communs inappropriables comme l'air, l'eau par exemple ou le « patrimoine commun de l'humanité », la notion du commun revêt son importance. Paradoxalement le mouvement des communs est aujourd'hui un concept d'émancipation pour faire émerger pluralisme et démocratie là où le bien commun dans sa version traditionnelle était plutôt un principe conservateur. Pour le parquet cela pourrait avoir une signification axiologique, que de se faire le soutien de la promotion et du soutien des communs en écoutant les requêtes de ceux et celles qui s'en font les défenseurs dans la société civile (lanceurs d'alertes, ONG, syndicats, intellectuels, etc.) Le défi pour le parquet, sera d'inventer une méthode : comment faire la part du bien commun en se mettant à l'écoute de la dimension d'extériorité à la loi, en se rendant disponible à ce qui nous porte et qui nous est « en commun » ?

Dans le cadre d'une pensée visant à la modernisation de la justice au XXI^e siècle, l'évocation du concept de bien commun doit donc être envisagée et relue tout autrement que l'appel à un retour à un ordre ancien. En effet, le mobiliser après qu'il ait été élaboré par la tradition révolutionnaire et post-révolutionnaire le concept d'intérêt général ; et qu'il ait été construit un droit positif avec ses lois qui a cherché à prendre et conquérir son autonomie à l'égard du droit naturel, c'est manifester un point d'attention sur ce qui s'engage dans le commun à l'égard des méfaits constatés d'une conception exaltée des seuls intérêts (sous-entendus individuels). Si ce n'est pas un anachronisme, l'alliance de la loi, de l'intérêt général et du bien commun relève d'une mise en discussion de nos traditions libérales et individualistes en promouvant une pensée du pluralisme dans la conscience du caractère

singulier de notre situation historique vulnérable ? En effet, la limite du concept d'intérêt général, qui est aussi une catégorie absorbante, tient à ce qu'il part de l'idée qu'il y a des individus séparés, et l'on se demande comme les réunir et faire coexister des intérêts distincts. Le bien commun, quant à lui assume la dimension de coexistence, pensant ce qui nous unit en vue de ce qui peut s'inventer ensemble. On quitte la valorisation souveraine d'un individu solitaire au profit de la conscience partagée d'une souveraineté solidaire. Aussi défendre le bien commun, est-il bien plus exigeant que la défense l'intérêt général, liant les hommes et les humains à leur milieu à l'heure de la transition écologique et sociale.

Jean-Philippe Pierron, Philosophe, Université de Bourgogne

CONTRIBUTION sur la communication de la Cour de cassation de Paule Gonzalès, journaliste au Figaro

Des trois Cours « suprêmes » - Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et Cour de cassation – cette dernière est sans doute celle dont l'impact concret sur la vie des Français est le plus important et celle dont les arrêts sont rarement annoncés et insuffisamment commentés par les médias grand public.

Cette situation est paradoxale, puisqu'à l'inverse ses magistrats les plus hauts, en l'occurrence son Premier président et son procureur général, bénéficient d'une aura remarquable lorsqu'ils apparaissent dans l'espace public pour défendre l'institution.

J'ai notamment en mémoire la rencontre en octobre 2016 entre François Hollande et Bertrand Louvel et Jean-Claude Marin après que le Président a confié dans un livre tout le mal qu'il pensait de la magistrature ; et à l'automne 2020, les prises de paroles de Chantal Arens et François Molins dont les communiqués pourtant laconiques et sibyllins ont eu d'importantes répercussions médiatiques.

Cela dit combien l'attente d'une justice visible et qui s'exprime, est grande chez les Français. Cela rassure aussi sur la légitimité et la reconnaissance de la Cour de cassation dans l'espace public. Mais, alors que la justice judiciaire traverse une crise de défiance sans précédent, cela me semble-t-il l'oblige aussi.

1/Son rôle prescriptif :

Il concerne à la fois les membres de la Cour comme les grands pans du droit qui structure la société. Mieux faire connaître ces très grands juristes qui composent la Cour me semble une nécessité pour incarner et donner une voix à une institution qui dégage trop souvent une solennité archaïque qui confine parfois à l'arrogance.

De même, la Cour mérite de mieux affirmer ses lignes de force, tous les principes dont elle est le garant : des plus conceptuels au plus opérationnels, si l'on peut le dire ainsi.

2/Créer du lien intuitu personae

Tout au long du confinement, le Conseil d'Etat s'est imposé comme le protecteur de l'Etat de droit et des libertés publiques alors même que beaucoup de ses arrêts déboutaient les plaignants. Je pense notamment à la validation des prolongations automatiques de détention provisoire. De même, alors que le Conseil constitutionnel a paru très en retrait tout au long de cette période, ses rares

décisions, venant parfois confirmer celles déjà prises par la Cour de cassation ont été abondamment commentées.

De ces « succès » de communication plusieurs leçons sont peut-être à retenir :

- L'adéquation très forte entre le temps médiatique et celui des décisions du fait de la procédure en référé dont le Conseil d'Etat s'est emparé.
- La prise de parole pédagogique en « off » ou en « on » parfois au plus haut niveau de ces institutions pour expliquer « à chaud » non seulement ces décisions et leur contexte,
- Mais aussi pour éclairer des points d'actualité sensibles en matière de droit. Au fil de ces échanges souvent informels se crée une relation de confiance réciproque extrêmement positive, pour ne pas dire une habitude de travail, qui ancre ces institutions comme références sûres et efficaces alors que nous sommes confrontés à un impératif d'immédiateté qui nous pose la question de la fiabilité de nos sources qu'il s'agisse du décryptage de l'information comme de son accessibilité. A cet égard, l'idée de notices accompagnant la publication des décisions proposées par la Première Présidente est un premier pas intéressant.
- La prévisibilité des décisions importantes puis éventuellement leur communication sous embargo. Cela nous permet de prévoir en amont la publication d'un sujet et de préparer le décryptage de décisions parfois complexes. Aujourd'hui nos principaux « lanceurs d'alerte » sur les arrêts à venir sont les avocats défendant leur dossier.

3/ Faire œuvre d'alerte et de pédagogie

La création des lettres régulières reprenant l'actualité des différentes chambres de la Cour de cassation est une formidable initiative dans la mesure où elles proposeront un premier tri de l'activité fournie de la Cour de cassation.

Mais il me semble important que la Cour de cassation puisse également proposer un double regard : Celui prospectif concernant les grandes thématiques qui se dégagent de la société française, dans la mesure où à travers les pourvois, la Cour de cassation a un regard sur les grandes préoccupations des Français. Celui également explicatif sur les évolutions des décisions de justice et de la jurisprudence sur de grands sujets, car la production judiciaire et sa grande diversité rendent difficiles d'emblée un état du droit.

Enfin, même si nous avons bien conscience que chaque institution doit rester dans son rôle, ne serait-il pas possible que sur de grands textes législatifs, la Cour de

cassation puisse proposer des analyses sur les points les plus litigieux des textes afin d'en expliquer la complexité.