



La Cour de cassation, complice d'escamotage du Parlement ?

Michel Boudot

► To cite this version:

Michel Boudot. La Cour de cassation, complice d'escamotage du Parlement ?. Le Parlement escamoté, Basile Ridard; Damien Fallon, Dec 2022, Poitiers, France. <hal-03988083>

HAL Id: hal-03988083

<https://hal.science/hal-03988083v1>

Submitted on 13 Apr 2026

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

Prof. Dr. Hdr. Michel BOUDOT, Université de Poitiers, Institut Jean Carbonnier.

Bon à tirer pour l'ouvrage

B. Ridard & D. Fallon (dir.), *Le parlement escamoté*, Actes du colloque éponyme, Presses universitaires Juridiques de Poitiers, à paraître (???) .

LA COUR DE CASSATION, COMPLICE D'ESCAMOTAGE DU PARLEMENT ?

Complice ? – Il est bien entendu que cette question se veut provocatrice et admettons qu'elle le soit. Mais pour autant, elle ne manque pas de sens. Il est vrai que j'aurais pu choisir de traiter du sujet différemment en me demandant si la Cour de cassation n'était pas elle-même victime de l'escamotage du Parlement. Cette question non plus ne manque pas de sens, tant les moyens alloués à la justice sont maigres et n'ont cessé de s'amaigrir jusqu'à aujourd'hui. Et soyons assurés que la loi du 20 novembre 2023¹ ne clora pas tous les conflits récurrents entre les hauts magistrats judiciaires et les ministres des Sceaux ; certains mériteraient qu'on y réfléchisse, mais c'est bien de complicité dont je veux parler, ou à tout le moins de connivence ou de collusion, pour exprimer des formes de détournement et ou de contournement de la procédure législative à l'œuvre au sein de la Cour de cassation.

Côté Cour [de cassation] – Plantons le décor. Le fait incriminé est un escamotage de démocratie de la part des divers acteurs participant à divers titres au processus d'élaboration et de concrétisation des normes du système juridique français ; mais j'entends souligner d'emblée que cela n'a rien de neuf en soi, ni même d'exceptionnel. Car, dire que la Haute juridiction judiciaire française conduit une politique d'affirmation de son rôle *jurislatif* général et, partant, que cette politique contrarie le schéma hiérarchique dessiné par les constitutions de la République française depuis la fin du 19^e siècle, est un lieu commun. C'est un lieu commun tellement hypostasié que les arrêts de règlement, appelés de principe par euphémisme, ne sont plus jamais interrogés à l'aune des textes du Code civil qui les prohibent. On fait bien peu cas de nos jours des articles 5 et 1351 (renuméroté 1355) du Code civil, qui réservent à la loi le soin de disposer par « voie générale et réglementaire » et dont l'article 34 assure une transcription technique dans la Constitution du 4 octobre 1958.

C'est qu'en vérité, depuis plus d'un siècle, la doctrine française a assimilé, voire intériorisé l'idée que la Cour de cassation faisait le droit vivant ; ce sont même les plus grands civilistes du tournant du 20^e siècle qui lui en ont soufflé l'idée, et tout

¹ Loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027.

particulièrement Adhémar Esmein, qui rédigea en 1902 un article programmatique à l'entame de la *Revue trimestrielle de droit civil*². Rien n'est fortuit³.

Par le passé déjà, la Cour de cassation française a assumé plusieurs réformes d'ampleur. Parmi elles, sa propre réforme du droit des délits civils. Je veux parler de celle qui eut lieu entre 1896 et 1941 : entre l'arrêt *Veuve Teffaine*⁴ et le deuxième arrêt *Franck*⁵, la Haute cour a construit la plus considérable réforme jurisprudentielle que nous ayons connue en droit commun, puisqu'elle a institué *contra legem* une deuxième clause générale de responsabilité extracontractuelle, du fait des choses. Avec l'accueil favorable des arrêtistes et des auteurs des traités qui en dirent la synthèse, la Cour de cassation a contribué à créer un système normatif et dogmatique parallèle à celui du Code civil, un système de grands arrêts de la jurisprudence civile, qui a profondément bouleversé les fonctions sociales de la responsabilité civile⁶ ; ces bouleversements ont touché non seulement la responsabilité délictuelle, mais aussi le droit de l'inexécution des contrats, ainsi que tous les mécanismes assurantiels.

Mais il ne faut pas s'y tromper : l'idéologie du droit vivant utilise aussi à rebours le slogan qui fait du droit législatif un droit mort. Et c'est précisément par ce slogan que la Cour de cassation avait mené au début du 20^e siècle la réforme des nullités contractuelles, grâce à la théorie éditée du droit de critique, laquelle place la loi sous la dépendance du juge, l'instituant indispensable pour rendre effectives les prévisions du législateur en matière de nullité : hors situations atypiques ou monstrueuses, il n'existe pas de nullité radicale ou de plein droit des actes juridiques⁷ ; le juge apprécie et décide. Cette réforme des nullités a été récemment consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 qui a modifié le Code civil et notre droit commun du contrat⁸.

2 A. Esmein, La jurisprudence et la doctrine, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n. 1, pp. 5-19 ; G. Jèze, De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence : Le rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux, *Revue du droit public*, 1914, p. 311 ; comp. F. Gény, *Science et technique en droit privé*, Tome 1^{er} Sirey, 1922, p. 14.

3 M. Boudot, « Les programmes scientifiques des revues juridiques des 19^e et 20^e (et 21^e) siècles », in J. M. Augustin et V. Gazeau (dir.), *Coutumes, doctrine et droit savant*, LGDJ, 2007, pp. 307-318. (hal-04010879).

4 Cass. civ., 16 juin 1896, DP 1897.1.433, concl. L. Sarrut, note R. Saleilles, S. 1897.1.17, note A. Esmein.

5 Ch. réun 2 décembre 1941, DC 1942.25 note Ripert, S. 1941. 1. 217 note Mazeaud, JCP 1942. II. 1766, note Mihura.

6 M. Boudot, M. Faure-Abbad, D. Veillon (Dir.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, 2019, (hal-03768342).

7 R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, A. Rousseau éd., 1909, p. 137 : « On se rend mieux compte que la loi n'a pas pu tout prévoir ; on reconnaît ce qu'il y a d'artificiel dans certaines constructions ; on se méfie de certains procédés scolastiques, de la logique pure ; on cherche à faire pénétrer plus de justice, à donner une place plus large au bon sens dans le raisonnement juridique. Le droit devient plus vivant. ».

8 Article 1178 alinéa premier : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. ».

Quoi qu'il en soit, comment nous dispenser de nous interroger sur ce « droit vivant » théorisé hier, et revendiqué aujourd'hui par la Cour de cassation ? Cédé- sir est bien présent dans les discours solennels qui ouvrent les rapports annuels⁹ et il n'y a qu'un pas pour penser que la raison jurisprudentielle tente de s'affranchir à bas coûts de l'autorité de la loi.

Pour ne pas avoir à entrer dans un débat par trop polémique, tenons pour droit positif que la Cour de cassation ait acquis par des évolutions successives un pouvoir normateur général¹⁰. Évolution tranquille, révolution de velours, coup d'état, putschs, peu importe comment on en est arrivé à y croire, pourvu qu'on y croie. Pour autant, quoi qu'on en dise, ce droit jurisprudentiel est *infirme* selon le mot du doyen Carbonnier, qui en soulignait la lenteur, l'incertitude et l'insécurité¹¹. Cette infirmité n'est pas celle de la norme individuelle contenue dans les jugements et arrêts, celle-ci devient exécutoire selon des règles de notification connues *a priori*, pour avoir ensuite pleine force *inter partes*. L'infirmité frappe en revanche de la prétendue norme « de principe » déclarée par les arrêts dits « de principe ». Dans notre système politique, le pouvoir de la haute juridiction judiciaire ne comprend pas celui de défaire la loi : un arrêt de principe de la Cour de cassation – fut-il publié au bulletin – n'étant pas promulgué, il n'abroge pas la loi qu'il déjuge. Il la contredit, la rend équivoque, brouille son interprétation mais ne l'abroge pas. Ce pouvoir est *infirme* aussi parce que l'on ignore tout de la date d'entrée en vigueur de la décision de principe, on ignore tout de sa sortie de vigueur, tout de la durée de vigueur d'un arrêt ancien, tout de la force d'un arrêt passé inaperçu¹²...

Les hauts magistrats en sont pleinement conscients¹³ et c'est pour rendre clair ce qui est obscur que la Cour de cassation déploie ses rapports et études¹⁴. Il faut les lire attentivement, car ce qui est le plus intéressant, est précisément que cette

9 *Rapport de la Cour de cassation 2019*, p. 16, sous la plume de F. Molins : « Mais le droit ne peut échapper au temps. Les normes et leur interprétation font partie d'un droit vivant qui ne peut être dissocié de la société elle-même, et aujourd'hui la Cour de cassation accompagne au quotidien la dynamique du fait social tout en respectant la sécurité juridique et les droits fondamentaux » comme un écho de la p. 11 sous la plume de Chantal Arens, « La jurisprudence de la Cour s'illustre par une remarquable adaptation des normes de la Convention, conçue comme un instrument vivant, à l'évolution des sociétés européennes et au dialogue constant avec les juridictions nationales ».

10 Le rôle normatif de la Cour de cassation, Étude annuelle 2018, La Documentation française.

11 J. Carbonnier, *Droit civil I, Introduction*, 4^e éd., Paris, PUF, 1962, [34], p. 120.

12 Parmi tant d'exemples, doit-on dire que la jurisprudence *contra legem* sur les « quasi-ouvrages » est entrée en vigueur avec Cass. 3^e civ. 15 juin 2017, n° 16-19.640, qui a suscité C. Charbonneau, « L'avènement des quasi-ouvrages », *RDI* 2017, p. 409 et « Quand le quasi-ouvrage emporte l'ouvrage », *RDI*, 2018, p. 41 ; M. Faure-Abbad, « La garantie décennale des existants », in *Variations autour du droit public*, Mélanges en l'honneur de Christian Debouy, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2018, p. 17, ou bien avec Cass. 3^e civ. 7 avril 2016, n° 15-15.441 passé sous les radars des commentateurs ?

13 B. Louvel, « Projet pour la Cour de cassation », 19 juin 2014. Texte disponible : <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2014/06/19/projet-pour-la-cour-de-cassation>.

14 F. Ferrand, « La juridiction civile suprême en droit comparé : missions, filtrage et intensité du contrôle », in G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), *L'accès au juge de cassation*, Société de législation comparée, 2015, p. 149 s.

littérature n'explique rien mais justifie et promeut. Elle n'explique rien parce que les discours tenus par les rapports et études sont des discours de motivation ; ils annoncent, promeuvent ou justifient des changements d'état du droit positif, parfois même *contra legem*¹⁵, mais ne produisent pas de propos analytiques au moyen de concepts. Cette littérature dessine clairement un projet constitutionnel différent du modèle de la Cinquième République, où les hauts magistrats judiciaires seraient investis du pouvoir de poser par voie d'arrêt des règles générales complètes [en appliquant la Constitution]. Il faut parvenir à faire de la Cour de cassation une cour suprême, lit-on¹⁶. C'est un projet métamorphique, comme l'est la transformation d'une chose par augmentation de la pression (politique) ambiante. Comment y parvenir ?

Côté jardin [du Luxembourg ou de l'Elysée ?] - L'histoire de la législation civiliste récente se divise en trois moments au cours desquels la France a créé ou recrée des Codes de lois.

Le premier moment fut le moment Carbonnier, qui a produit la réforme du droit des personnes et de la famille. Cette œuvre législative s'étend de 1964 jusqu'à 1985.

Le deuxième moment a été celui du droit constant. À partir des années 1990, on a multiplié par voie d'ordonnance des collections de lois appelées « Code » : Code de la propriété intellectuelle (1992), Code de la consommation (1993, 2016), Code de l'environnement (2000), Code de l'éducation (2000), Code du patrimoine (2004), Code du tourisme (2004), Code du sport (2004), Code de l'énergie (2005), Code des transports (2010). Il est inutile de s'étendre sur *la vocation de notre temps* à produire des compilations de lois et de réglementations dans des ensembles qui se veulent homogènes ; mais il faut en avoir bien conscience pour saisir ensuite la place du droit commun dans cette constellation de codes. Car plus ces compilations spécialisées se veulent homogènes, plus vite un méta-discours de spécialistes les rendra autonomes.

Le troisième moment est celui des années 2000 où le code civil français s'est offert de nombreuses réformes, de nombreuses re-réformes principalement en droit des personnes et de la famille, y compris en droit patrimonial avec la réforme des successions et des libéralités. En dehors de ce champ de nombreuses fois labouré, le code civil a été modifié structurellement pour introduire la réforme du droit des sûretés en 2006, achevée en 2021, et évidemment la réforme du droit du contrat et du régime des obligations en 2016. Mais cette dernière réforme n'a pas achevé la restructuration des sources des obligations, puisque la

15 M. Faure-Abbad, « Le choix *contra legem* : réflexion à partir de deux arrêts de la troisième chambre civile de la Cour de cassation », in H. Kassoul (dir.), *Le choix des juges. Les rencontres de Thémis et Sophia*, 3^e éd., LexisNexis, 2024, pp.179-197 ; puis, Cass. 3^e civ., 21 mars 2024, n° 22-18.694 et l'analyse de P. Deumier, « La jurisprudence consensualiste dans tous ses états », RTD civ. 2024, p.613..

16 C. Arens in Rapport de la Cour de cassation 2021 dessinant *l'objectif général d'instaurer pleinement la Cour de cassation dans son rôle de Cour suprême judiciaire*, p. 72 ; position soutenue par des publications dirigées par des universitaires, F. Marchadier (dir.), *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Études annuelles 2018, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2018.

responsabilité extra-contractuelle n'a pas été revisitée pour le moment, malgré plusieurs projets doctrinaux et gouvernementaux.

Un constat : ces réformes ont majoritairement été faites par voie d'ordonnance sur habilitation.

Pourquoi préférer les ordonnances à la procédure parlementaire ordinaire ? Une rhétorique bien réglée postule l'efficacité de cette voie technocratique face aux débats parlementaires dont on déplore les lourdeurs, quand ce n'est pas l'incompétence des parlementaires sur les questions techniques. On utilise couramment les ordonnances lorsqu'il faut transposer des directives européennes, pour en quelque sorte *soulager le Parlement* ; on y recourt aussi pour codifier à droit constant, au motif – à vérifier – que ces codifications n'appellent pas d'intervention dans les corps des textes. Mais surtout, l'ordonnance est l'outil de choix pour lutter contre les situations de crise. Si la crise sanitaire consécutive à la pandémie de Covid-19 a connu son lot d'ordonnances, elle n'est qu'un exemple d'un état permanent d'exception, entretenu depuis que les élections présidentielles se gagnent grâce à une rhétorique sécuritaire contre le terrorisme, contre les crises économiques, contre les envahisseurs migrants, même contre le froid polaire en temps de réchauffement climatique. La confusion entre efficacité et urgence a conduit à écarter très largement le Parlement des débats sur la recodification du Code civil. Ce décor dessine la scène d'une alliance objective.

Sur scène - Une attention soutenue mérite d'être portée sur un moment capital de notre histoire législative récente. Toutefois, l'adjectif *législative* n'est peut-être pas le mieux choisi ; on pourrait aussi bien dire *para-législative* car ce sont des normes *paratopiques* qui servent de fondement (ou de support) aux réformes¹⁷.

La réforme du droit civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, est le résultat de nombreuses péripéties et d'une habilitation législative donnée au Gouvernement par un Parlement sous tension¹⁸. Le Gouvernement – plus exactement le bureau des obligations de la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice – a préparé un projet d'ordonnance et un rapport au Président de la République. Et nous savons combien étaient minimes les moyens mis à disposition des magistrats et fonctionnaires du ministère de la Justice puisque Mme Charlotte de Cabarrus, qui fut chef du bureau des obligations du Ministère de la Justice et l'une des artisans du projet d'ordonnance, s'en était même émue publiquement à Poitiers, lors d'un colloque consacré à la réforme du régime général des obligations¹⁹.

17 *Norme paratopique* est une description empruntée à O. Pfersmann, « Le problème des normes paratopiques », in AAVV, *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruylant, 2012, pp. 557-565.

18 Rappelons tout de même que le Sénat avait refusé – quasi-unaniment – d'habiliter le Gouvernement.

19 Les jeudi 26 et vendredi 27 mai 2016 à la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers. Actes publiés in L. Andreu et V. Forti, *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016.

Le rapport au Président de la République présente l'ordonnance comme supplétive de volonté. Le nouvel article 1104 du Code civil prévoit ainsi que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ». Était-il besoin de le dire ? Sans aucun doute car, selon le rapport, « *La présente ordonnance étant supplétive de volonté sauf disposition contraire, le deuxième alinéa précise que le devoir de bonne foi est une disposition d'ordre public* ». C'est donc bien le rapport au Président de la République et non l'ordonnance elle-même, qui énonce que les textes modificatifs du titre III du Livre III du Code civil ne sont impératifs qu'en présence d'une mention spéciale du type « sauf disposition contraire ». La méthode employée produit un changement de perspective : elle fait peser sur le juge la charge de définir l'ordre public, et de trancher les ambiguïtés notionnelles et les équivocités des formulations de l'ordonnance. Un seul exemple suffit à s'en convaincre. Il concerne l'article 1221 du Code civil qui fait obstacle à l'exécution forcée du contrat en cas de *disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier*. Serait-il permis de stipuler une clause interdisant au débiteur d'invoquer une telle disproportion ? On attend ce qu'en dira la Cour de cassation tout en observant, non sans un certain amusement, que cette exception à l'exécution forcée des contrats visait précisément, selon le rapport au Président de la République, « à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées » de la Cour de cassation, et particulièrement de sa troisième chambre civile. Pour l'heure, cette dernière entend bien se saisir pleinement du contrôle de proportionnalité qui lui a été donné²⁰, en l'étendant même au-delà de la demande d'exécution forcée en nature seule visée par l'article 1221, aux dommages et intérêts contractuels²¹.

Et le problème est bien là.

En introduisant cette méthode, le rapport au Président de la République a créé une série d'incertitudes linguistiques et dogmatiques sur le caractère dérogeable à telle ou telle règle du régime commun, laissant à la Cour de cassation seule le soin de les résoudre ; et ce, alors qu'à chaque page du rapport, on lira des incantations à la déesse « sécurité juridique » (26 occurrences dans le rapport).

Si l'on retient de tout cela qu'il appartient au juge de dire ce qui relève de l'ordre public et ce qui n'en relève pas en matière contractuelle, c'est donc que la mission lui a été confiée de se prononcer sur les conditions d'application des textes. Mais ici, je veux souligner qu'il ne s'agit pas seulement de dimensionner des notions à contenu variable ou de concrétiser des normes générales dans des espèces ; il s'agit au contraire de fixer les conditions générales d'application du droit des contrats.

Était-ce dans l'habilitation donnée par le Parlement ? Était-il prévu que le Gouvernement sous-traitât à la Cour de cassation le soin de faire la loi du contrat ? Je ne crois pas. Il y a dans le rapport au Président de la République comme un pacte, dont la jurisprudence de la Cour de cassation se saisit déjà, une alliance objective entre une haute Cour qui se rêve en Cour suprême et un Gouvernement qui gouverne avec efficacité. Avec efficacité, c'est-à-dire contraint par une exigence de rendement, ce qui est autre mot pour se passer de débats parlementaires.

20 Cass. 3^e civ, 13 juillet 2022, P, n° 21-16.408 et 21-16.407.

21 Cass. 3^e civ. 6 juin 2023, P et L, n° 22-10.884.