



HAL
open science

La réforme annoncée de la Cour de cassation

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. La réforme annoncée de la Cour de cassation. Quarantième anniversaire du Code de procédure civile, Jan 2016, Paris, France. 480 p. hal-04016813

HAL Id: hal-04016813

<https://hal.science/hal-04016813>

Submitted on 6 Mar 2023

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.

La réforme annoncée de la Cour de cassation

par Méлина Douchy-Oudot, Professeur à l'Université de Toulon

Les conclusions semblent sans appel, la Cour de cassation doit être réformée. Le Premier président Bertrand Louvel l'expose sans détour l'enjeu est de taille « prendre toute notre part dans la protection des droits fondamentaux en recouvrant notre souveraineté juridictionnelle dans un cadre juridique européen partagé et pleinement assuré à l'échelon national »¹. Le premier think tank juridique – le Club des juristes² – ne chôme pas depuis sa création en 2007, sa conclusion, en la personne de son secrétaire général le professeur Nicolas Molfessis, est explicite : « elle (la Cour de cassation) doit se réformer si elle veut conserver la place qui est la sienne au sein de nos institutions », le constat est sévère : « l'essoufflement de son autorité se double d'une crise de légitimité, dans un environnement marqué, en droit interne, par la place considérable gagnée par le Conseil constitutionnel – le succès de la QPC ayant nourri l'impression d'une Cour de cassation partiellement sous tutelle – et, au niveau international, par la concurrence de la Cour européenne des droits de l'homme, devenue souvent instance d'appel de ses décisions. D'une cour supérieure et souveraine, à la tête de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation est devenue pour partie une cour subordonnée, sujette à contrôle et donc démenti »³.

Si le think tank n'est pas une société de pensée au sens de celles qui auraient pu, pour certains, expliquer la Révolution française, il reste un réseau d'influence, composé d'élites, réputées compétentes, qui œuvre pour la politique publique⁴. D'ailleurs la réforme proposée s'annoncerait directement contre-révolutionnaire si l'on se souvient de la loi du 27 novembre 1790 instituant l'ancêtre de la Cour, le Tribunal de cassation, garant de la bonne application de la loi dans le contexte d'une étanche séparation des pouvoirs.

L'analyse menée sur l'éventuelle réforme de la Cour de cassation n'emporte cependant pas l'unanimité chez les juristes, loin s'en faut⁵. Au point que l'interrogation demeure de la pertinence d'une réforme⁶. La Cour ne s'est-elle pas transformée, elle-même, depuis sa création ? Dans le même temps, elle a su conserver sa place de haute juridiction, veillant, quel que soit l'intérêt juridique ou financier en cause, à ce que la loi soit appliquée de même façon en France pour tout justiciable, véritable modèle démocratique ayant vocation à être imité à l'étranger⁷.

L'enjeu véritable de la réforme n'est pas seulement un enjeu politique de la place de la Cour par rapport à ses consœurs, Cours des autres Etats membres, Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne, voire de ses confrères, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, l'enjeu est juridique, quelle organisation judiciaire souhaitons-nous offrir aux

¹ Réflexions à la Cour de cassation, D. 2015, 1326.

² <http://www.leclubdesjuristes.com>

³ <http://www.affiches-parisiennes.com/l-indispensable-reforme-de-la-cour-de-cassation-5420.html#ixzz3maT8C5TY>

⁴ Le résultat peut en être apprécié dans le rapport comportant certaines propositions de réforme de la Cour de cassation : Sécurité juridique et initiative économique, H. de Castries et N. Molfessis, dir., Le Club des juristes, 2015.

⁵ B. Haftel, Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge, D. 2015, p. 1378.

⁶ V. Rebeyrol, Une réforme pour la Cour de cassation ?, JCP G 2015, doctr., 954.

⁷ P. Cassia, Filtrer l'accès au juge de cassation ?, D. 2015, p. 1361

justiciables ? Modifier la technique de cassation aura un effet domino qui n'a pas échappé à certains⁸.
Qu'en serait-il de nos cours d'appel ?

La Cour de cassation est passée d'un simple contrôle des normes à assumer une véritable mission normative (I), sans nécessité de réforme. Le titre caressé de cour suprême européenne correspond-il aux ambitions républicaines lorsque pour ce faire la Cour garante de la légalité sur tout le territoire devra réduire l'étendue du contrôle offert ? (II).

I – Du contrôle à la mission normative de la Cour de cassation

L'office du juge de cassation est techniquement très encadré (A), alors que la diversification des missions dévolues à la Cour de cassation élargit le spectre d'un office techniquement défini (B).

A – La délimitation de l'office du juge

« 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 » (CPC, art. 604). L'office du juge de la Cour de cassation est de contrôler les décisions des juridictions hiérarchiquement inférieures selon des mécanismes techniques ciselés.

La Cour de cassation est juge du droit, elle n'a pas à s'arrêter ni à peser les faits soumis. La concision normative de ses décisions participe du rôle qui lui incombe de vérifier que la règle a été correctement appliquée aux faits tels qu'ils ont été rapportés par les juges du fond : « il convient donc d'énoncer la règle régissant l'espèce, en en précisant le fondement légal et en en donnant au besoin l'interprétation et de déclarer, au vu des éléments de fait qui ont été rappelés, qu'elle a été ou bien méconnue, ou bien correctement appliquée »⁹. Il serait cependant illusoire et inexact de prétendre que la Cour se désintéresse par principe des faits, et il n'est pas argument sérieux de prétendre qu'elle dévie de sa fonction lorsqu'en certains de ces arrêts on la voit prendre des allures de juge du fait. « C'est que dans la pratique de la Cour de cassation, les frontières entre ce qui relève de son contrôle et ce qui est abandonné au pouvoir souverain des juges du fond ne sont pas fixées une fois pour toutes dans le marbre (...) la Cour de cassation ne perd pas de vue le but ultime de sa compétence, qui n'est pas de séparer le fait du droit, mais d'unifier la jurisprudence au plan national »¹⁰.

Le rôle de la Cour est de vérifier l'exacte application de la règle de droit par toutes les juridictions du territoire national afin d'assurer tout uniment le respect des normes par l'exacte interprétation qui doit en être faite et leur application commune à des faits similaires tranchés par des juridictions géographiquement éloignées. Entre Lille et Toulon, la règle de droit produit, pour des cas semblables, les mêmes effets. Le principe n'est pas vain dont les racines sont la sécurité juridique garantie aux justiciables, passant par l'accessibilité et la prévisibilité de la règle.

Le grain de sable serait dans le contrôle de proportionnalité¹¹ mené par la Cour pour en sa qualité de « premier juge européen » appliquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce contrôle suppose d'apprécier les effets de la règle sur les faits, de prendre le cas individuel pour justifier ou non la règle appliquée. Le processus a été qualifié de « révolution » à propos de l'arrêt

⁸ C. Jamin, *Cour de cassation : le fil et la pelote*, D. 2015, 1641.

⁹ *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Lexis Nexis, coll. *Droit&Professionnels*, n° 1266.

¹⁰ A. Bénabent, *Les pouvoirs respectifs des juges du fond et de la Cour de cassation*, *Responsabilité civile et assurances* n° 3, Mars 2014, dossier 8.

¹¹ C. Jamin, *Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux*, *RTD civ.* 2015, 263 ;

de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013¹², où la Cour n'a pas hésité « à faire jouer le principe de proportionnalité, permettant d'établir qu'une ingérence est injustifiée, afin d'écarter pour des raisons factuelles une disposition de la loi française qui lui paraît, dans le cas d'espèce, contraire à la Convention EDH »¹³.

De prime abord, il n'est rien d'exorbitant à écarter une loi pour que soit respecté un droit figurant dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, autrement dit la norme d'un traité. La nature du contrôle opéré¹⁴ reste de nature juridique, bien que ce contrôle, ainsi que le soulignait le Premier président Louvel, « implique une appréciation d'ensemble des situations au-delà des seuls aspects juridiques, aux réalités multiples du contexte (social, économique, général et personnel, matériel et moral) ». Le Premier président lui-même admet qu'« un tel contrôle – contrôle de légalité – imposé par le droit international, n'affecte pas la technique de cassation traditionnelle extrêmement souple et adaptable selon le degré de vérification que la Cour de cassation souhaite exercer, depuis le contrôle léger qu'elle porte par exemple sur l'interprétation des contrats, jusqu'au contrôle lourd qu'elle opère notamment à propos de l'application de la loi pénale »¹⁵.

Il n'est pas d'obstacle qui serait tiré de la technique de cassation, en particulier de l'exigence de l'article 978, al. 4 CPC selon laquelle : « Chaque moyen ou chaque élément de moyen doit préciser, sous la même sanction : - le cas d'ouverture invoqué ; - la partie critiquée de la décision ; - ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué ». C'est pourquoi, les conséquences qui sont rattachées par le premier magistrat de l'ordre judiciaire, à la nécessité pour la Cour de réfléchir « à la conceptualisation de ce contrôle dit de "conventionnalité" afin d'en fixer l'étendue et le niveau » restent, peut-être et justement, disproportionnées au vu du but poursuivi, puisqu'il s'agirait tout à la fois de transformer la motivation des arrêts, de faire jouer au ministère public le rôle d'interface pour une préparation pluridisciplinaire des arrêts, et de mettre en place des conditions de recevabilité drastiques des pourvois en cassation. Ceci aurait pour effet de transformer totalement le visage de la Cour de cassation, de réformer la technique de cassation, de réduire l'accès à la Cour pour les justiciables. Or, rien ne justifie cette transformation radicale de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, sinon la diversification des missions assurées depuis quelques décennies par la Cour, qui s'éloignent du champ de sa mission première.

B – La transformation de l'office du juge

L'office du juge de la Cour de cassation a été sensiblement modifié, indépendamment de la Cour européenne des droits de l'homme, par les missions plurielles qui ont été dévolues à la Cour ou dont elle s'est emparée, sculptant à petits traits les contours du cœur des débats actuels, sa reconnaissance en tant que cour suprême. Ceci est passé par l'avènement d'une doctrine officielle de la Cour, conduisant non plus à un contrôle normatif mais à une mission normative de la Cour traduite dans certaines décisions prises ces dernières années.

¹² Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26066, D. 2014, 179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2014, 124, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud.

¹³ P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, Révolution tranquille à la Cour de cassation, D. 2014, p. 2061.

¹⁴ F. Zenati, La nature juridique de la Cour de cassation, Cour de cassation, Bull. info n° 575 du 15 avr. 2003.

¹⁵ B. Louvel, Réflexions à la Cour de cassation, D. 2015, 1326.

Il y a une doctrine officielle de la Cour de cassation. La particularité de celle-ci est qu'elle n'est pas sans pouvoir¹⁶ en raison de sa fonction première de cassation, de contrôle normatif et hiérarchique des décisions des juges du fond, même si elle ne s'exprime qu'indirectement et sans contrainte juridique formelle. Cette doctrine se trouve dans divers modes d'expression utilisés par la Cour de cassation selon des degrés de formalisation distincts. Ce sera, selon un ordre de contrainte informelle croissant, les colloques tenus à la Cour, les rapports annuels et autres publications, les communiqués de la Cour¹⁷, les notes explicatives de la Cour, la hiérarchisation des arrêts (F.B.R.I)¹⁸ et les avis de la Cour de cassation.

L'intérêt de cette doctrine est qu'elle assume pleinement et ouvertement le rôle qu'elle s'est attribuée. Le Conseiller Alain Lacabarats, directeur du service de documentation et d'études de la Cour lorsqu'il écrivait ces lignes, l'exprime de façon explicite et donne la clé de la publication ou du caractère inédit des arrêts : « La décision de publication est prise en fonction de l'intérêt normatif de la décision, cet intérêt étant notamment attaché : - à la décision qui précise la portée d'une règle de droit ; - à celle qui amorce ou consacre une jurisprudence nouvelle ; - à celle qui infléchit ou modifie une solution ancienne ; - à celle qui rappelle des principes acquis, afin qu'ils ne soient pas perdus de vue ou pour montrer l'attachement de la Cour à des solutions controversées »¹⁹.

La mission est normative et trouve pour point d'orgue la procédure de saisine pour avis²⁰. Le professeur Frédéric Zénati l'avait exactement pressenti lors de l'adoption de cette procédure devant la Cour de cassation, emprunt à son homologue le Conseil d'Etat, qui soulignait, en 1992 au lendemain de la réforme, « La loi du 15 mai 1991 n'est pas une réforme de la Cour de cassation comme les autres. En instituant un référé auprès de cette Cour elle l'investit d'une forme inédite d'intervention qui conduit à repenser le système français des sources du droit et qui, à terme, peut bouleverser le mode d'élaboration de la jurisprudence »²¹.

Le terme est peut-être arrivé dans l'actuelle discussion sur la réforme de la Cour de cassation, où une partie de la doctrine soutient sans détour que « la Cour de cassation est au sommet de notre ordre judiciaire, et sa jurisprudence doit s'imposer pour être gage de sécurité juridique. L'idée, somme toute romantique, que les juges du fond seraient toujours libres de suivre sa doctrine – voire que les

¹⁶ Sur la discussion parallèle de la notion générale de doctrine, pour mémoire : Ph. Jestaz, C. Jamin, L'entité doctrinale française, D. 1997, chron., 167 et L. Aynès, P.-Y. Gautier, F. Terré, Antithèse de « l'entité », D. 1997, 229.

¹⁷ P. Deumier, Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation, RTD civ. 2006, 510.

¹⁸ Sur cette politique de communication : R. Libchaber, Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie, RTD civ. 2002, 604 ; sur la portée normative des arrêts, en particulier non publiés : P. Deumier, Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ?, RTD civ. 2011, p. 87 ; déjà : G. Canivet et N. Molfessis, La politique jurisprudentielle, Mélanges en l'honneur de J. Boré, éd. Dalloz 2007, p. 95 .

¹⁹ Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation, D. 2007, p. 889.

²⁰ L'un des derniers avis de l'année 2014 résonne en écho, Avis n° 15010 du 22 septembre 2014 (voir aussi le n° 15011) : « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant », v. notamment J. Hauser, L'externalisation de la fabrication des enfants ?, JCP G 2014, 1004 ; Ph. Reigné, D. 2014, 1669 et 2031, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; H. Fulchiron, *Fraus omnia corrumpit* ? À propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes, D. 2014, 1162 ; avis ayant même apaisé des inquiétudes chez certains : « C'est un soulagement. Et l'on se demande comment il aurait pu en être autrement, comment même la question a pu être posée » : A.-M. Leroyer, L'enfant d'un couple de femmes, D. 2014, 2031.

²¹ La saisine pour avis de la Cour de cassation (loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et décret n° 92-228 du 12 mars 1992), D. 1992, p. 247.

résistances et les rebellions sont souhaitables – n’est plus adaptée aux exigences d’un droit pléthorique et étouffant comme le nôtre »²², rejoignant par là une prospective déjà ancienne, sous la plume de Guy Canivet, devenue présent : « Comme toute cour suprême, la Cour de cassation remplit un rôle d’adaptation de la loi aux attentes de la société, c’est-à-dire qu’elle place le droit au plus près des données culturelles, économiques et sociales actuelles. Si tel est son rôle, elle doit l’assumer dans la transparence et en soumettre l’exercice à débat public »²³.

L’office du juge de la Cour de cassation n’est plus seulement contrôle normatif, il est pouvoir normatif. Certes, le passé est riche de situations où la Cour a suppléé les insuffisances de la loi pour répondre à des situations nouvelles non règlementées par le législateur, toute la jurisprudence sur la responsabilité civile, en particulier celle fondée sur l’article 1384 du Code civil, en livre un bel exemple, mais si la méthode s’est conservée, son usage a été détourné. Il n’est pas l’heure de soutenir que la jurisprudence n’est pas source de droit, la critique prête à sourire lorsqu’elle est opposée un peu facilement à ceux qui s’élèvent contre une réforme de la Cour de cassation, mais elle l’est par usurpation ou, de façon moins polémique, par « conquête de pouvoir » selon les mots de Guy Canivet, transformant les institutions et la constitutionnelle séparation des pouvoirs. L’affaire Cesareo bien connue est l’une des multiples illustrations du phénomène de transformation de l’office du juge. Lorsque l’Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 7 juillet 2006, retient, au visa de l’article 1351 du Code civil – la méthode demeure inchangée – « Mais attendu qu’il incombe au demandeur de présenter dès l’instance relative à la première demande l’ensemble des moyens qu’il estime de nature à fonder celle-ci », alors que le principe de concentration des moyens figurait au titre des propositions du rapport dit Magendie I de septembre 2004, alors que le décret du 28 décembre 2005 reprenant en grande partie des propositions dudit rapport laissait de côté celle-ci, il y a lieu de reconnaître le pouvoir normatif de la Cour de cassation. Il s’agit de politique juridique et cette politique juridique est menée par la Cour de cassation assumant non un contrôle normatif mais une mission normative, à l’instar des cours suprêmes.

Rien d’étonnant que la discussion contemporaine soit sur la reconnaissance explicite de ce que la Cour a conquis depuis quelques années de façon implicite. La difficulté n’est pas tant sur le titre que sur les conséquences que l’on voudrait en tirer s’agissant du fonctionnement de notre haute juridiction, en particulier s’agissant de l’accès à celle-ci pour les justiciables.

II – La Cour de cassation cour suprême, réponse à une situation de concurrence

L’argumentaire des partisans d’une Cour de cassation réformée en vue de nouvelles fonctions de cour suprême s’appuie sur des fondements partiellement distincts de ceux qui ont conduit à la transformation de son office. La Cour de cassation est en situation de concurrence avec des juridictions telles que la Cour européenne des droits de l’homme, ou, au plan national, avec le Conseil constitutionnel. Il lui appartiendrait de recouvrer sa souveraineté juridictionnelle, selon le mot de son Premier président²⁴ (A). Parmi les principales propositions discutées, ressort la nécessité d’instituer une véritable procédure de filtrage des pourvois en cassation (B).

A – A la recherche d’une souveraineté juridictionnelle perdue

²² N. Molfessis, <http://www.affiches-parisiennes.com/l-indispensable-reforme-de-la-cour-de-cassation-5420.html#ixzz3maT8C5TY>

²³ Le même résumait l’histoire de la Cour de cassation « à une conquête de pouvoir », Vision prospective de la Cour de cassation, Conférence à l’Académie des sciences morales et politiques, 13 nov. 2006, spéc. n° 44 : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/autres_publications_discours_2039/discours_2202/2006_2203/sciences_morales_9619.html

²⁴ Réflexions à la Cour de cassation, D. 2015, 1326.

Quelle est la place de la Cour de cassation alors que le Conseil constitutionnel par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité dicte, au plus haut de l'ordonnancement national, ce que suppose la protection des droits et que la Cour européenne des droits de l'homme impose les solutions qu'elle juge les plus conformes au texte européen de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? Entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité opéré par de telles Cours, la Cour de cassation serait-elle à l'étroit ? Sans doute un peu à lire les encouragements du Premier président Louvel aux contributions scientifiques en faveur d'une Cour « qu'il s'agit de sauvegarder en la rénovant », où comme une scansion musicale résonne l'affirmation première selon laquelle « l'enjeu n'est autre, en effet, que de prendre toute notre part dans la protection des droits fondamentaux en recouvrant notre souveraineté juridictionnelle dans un cadre juridique européen partagé et pleinement assumé à l'échelon national »²⁵.

Nul ne doute de la difficulté tenant à la fundamentalité des droits²⁶, au double contrôle, de constitutionnalité d'une part, de conventionalité d'autre part, et de la part congrue laissée à la Cour de cassation placée en concurrence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme²⁷. Est-elle pour autant en concours ? Est-ce donc là l'enjeu de la Cour de cassation ? Sa mission prioritaire ? Son sens et sa raison d'être ? Les études menées pourraient le laisser penser qui démontrent les différentes meurtrissures de notre Cour qui se trouve en porte à faux par rapport à la jurisprudence européenne²⁸. Plus personne ne s'étonnerait sans doute de l'affaire Dulaurans c/ France aujourd'hui, la Cour de cassation a pour aînée et conseillère la Cour européenne des droits de l'homme. Elle doit emprunter ses chemins au risque de se trouver en opposition et hors de force pour lutter contre les vents contraires européens. La Cour avait-elle les moyens de s'opposer à la solution Labassée et Mennesson²⁹ de la Cour européenne le 26 juin 2014 relatif à la transcription des actes d'état civil d'enfants nés à l'étranger par convention de gestation pour autrui ? Son opposition n'a servi à rien chacun s'en souvient³⁰.

L'autorité de la Cour de cassation, la légitimité de ces décisions est effectivement, sous cet aspect, discutée. Devenue cour suprême européenne sur son territoire, la Cour de cassation aurait-elle davantage d'autorité, serait-elle moins subordonnée au diktat des droits de l'homme tel que défendu en droit des personnes et de la famille par la CEDH par exemple ? Il ne nous semble pas, elle

²⁵ Idem.

²⁶ J. Andriantsimbazovina, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fundamentalité ?, D. 2002, p. 124.

²⁷ Voir nos obs. sous Civ. 1^{re}, 9 avril 2013, D. 2013, 1106.

²⁸ Lire sur ce point l'excellente analyse précitée : P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, Révolution tranquille à la Cour de cassation, D. 2014, p. 2061.

²⁹ n° 65941/11 et n° 65192/11, D. 2014, 1797, note F. Chénéde, 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, et 1806, note L. d'Avout ; AJDA 2014, 1763, chron., L. Burgorgue-Larsen ; AJ fam. 2014, 499, et 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2014, 616, obs. J. Hauser, et 835, obs. J.-P. Marguénaud ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, D. 2014, 1773.

³⁰ Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, D. 2014, 901, avis J.-P. Jean, 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1171, obs. F. Granet-Lambrechts, et 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; AJ fam. 2014, 244, obs. F. Chénéde, et 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Rev. crit. DIP 2014, 619, note S. Bollée ; RTD civ. 2014, 330, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{re}, 3 septembre 2013, n° 12-30138, 12-18.315, Bull. civ., I, n° 176, D. 2013, 2382, obs. I. Gallmeister, 2377, avis C. Petit, 2384, note M. Fabre-Magnan, 2014, 689, nos obs., 954, obs. A. Dionisi-Peyrusse, 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1171, obs. F. Granet-Lambrechts, 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano, et 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; AJ fam. 2013, 579, obs. F. Chénéde, 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse, et 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne ; AJCT 2013, 517, obs. R. Méssa ; Rev. crit. DIP 2013, 909, note P. Hammje ; RTD civ. 2013, 816, obs. J. Hauser ; JDI 2014, Comm. 1, note J. Guillaumé ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », D. 2013, 2349.

aura simplement rallié le camp droit de l'hommiste et baissé pavillon. Elle aura pleinement répondu aux attentes de la CEDH en donnant écho plein et entier à la jurisprudence européenne, assurant ainsi non plus l'unité du droit national, mais l'unité du droit européen sur son territoire, à l'instar des Cours nationales voisines. La Cour de cassation deviendrait de cette façon non plus seulement cour suprême, comme sa conquête de la mission normative sur le territoire national lui a permis de devenir au cours des ans, mais cour suprême européenne au détriment de sa fonction originelle. Faudrait-il cependant qu'elle le devienne de façon exclusive ? Il n'est pas sûr que la Cour de cassation serait moins Cour « subordonnée » qu'elle ne l'est actuellement. Elle perdrait en tout cas à coup sûr tout ce qui fait sa particularité et son originalité, et avec elles peut-être son efficacité.

Si le pas était franchi, plusieurs aspects de la Cour de cassation devraient être rénovés, en particulier l'abandon de la concision légendaire de ses arrêts, que le professeur Molfessis fustige au moment de rappeler la nécessaire réforme de la Cour : « Dans cette même perspective, la technique de cassation n'apparaît pas davantage de nature à répondre aux contraintes auxquelles la Cour de cassation doit faire face. L'enfermement de l'arrêt dans le pourvoi, devenu obsession, est sclérosant. La motivation sibylline des arrêts nuit à leur compréhension autant qu'à leur réception »³¹. La transformation de la Cour de cassation en Cour suprême européenne passerait par une transformation des habitudes de travail des conseillers qui devraient prendre le pli des développements circonstanciés des homologues anglo-saxons. Le contrôle de proportionnalité ne le postulerait-il d'ailleurs pas ? L'accessibilité de la solution serait-elle plus évidente ? Certains en doutent : « Une motivation plus détaillée des décisions de la Cour de cassation, comme l'est celle des arrêts de la CJUE ou de la Cour EDH, n'apporterait guère à l'usager du service public de la justice, surtout lorsqu'on observe que les arrêts de ces deux juridictions, malgré leur longueur, traitent souvent le nœud du problème dans un ou deux considérants seulement, dont la teneur est fréquemment bien plus obscure que celle des arrêts de la Cour de cassation »³².

Cette transformation supposerait le sacrifice de la fonction de la Cour de cassation chargée de veiller à la bonne application des règles de droit par les juridictions hiérarchiquement inférieures. L'un des moyens préconisé de cette réforme est, en effet, l'instauration d'une procédure de filtrage des pourvois dont les modalités sont encore en cours de discussion par les experts saisis de ces questions.

B – Au moyen d'une procédure de filtrage des pourvois

La procédure de filtrage des pourvois ne s'entend pas de la procédure dite de non-admission des pourvois existant depuis 2001, empruntée partiellement au Conseil d'Etat³³. La différence majeure par rapport à un véritable filtrage tient à l'instruction du dossier. La décision de non admission n'intervient qu'après que le mémoire ampliatif et le mémoire en défense ait été transmis et étudiés par le conseiller rapporteur : « Après le dépôt des mémoires, cette formation décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation » (CPC, art. 1014, al. 1^{er}).

Or, pour permettre à la Cour d'exercer pleinement sa mission normative, il faut réduire son action au contrôle des seuls pourvois jugés dignes de porter un intérêt juridique suffisant. Pour cette raison, l'une des solutions préconisées par les experts³⁴ consisterait à poser cinq critères de non-

³¹ Article précité ; contra : Ph. Malaurie, Le style des « Cours suprêmes » françaises. - une recherche constante de l'équilibre, JCP G 2012, doct., 689.

³² V. Rebeyrol, Une réforme pour la Cour de cassation ?, JCP G 2015, doct., 954.

³³ Procédure qui n'est pas sans poser question dans son articulation avec la QPC : B. Odent, Question prioritaire de constitutionnalité et procédure d'admission des pourvois, RFDA 2010, 695.

³⁴ Une gradation de solutions est proposée, celle-ci serait la plus radicale.

admission des pourvois avant tout dépôt de mémoire et instruction³⁵ : l'absence de violation d'un principe fondamental, l'irrecevabilité du pourvoi, l'absence de question juridique de principe, l'absence d'intérêt pour le développement du droit, l'absence d'intérêt pour l'unification de la jurisprudence. Il s'ensuit que tous les justiciables ne pourraient plus demander à la Cour de cassation de contrôler l'exacte application des règles de droit par les premiers juges. Certes, la qualification actuelle du pourvoi en cassation en tant que « recours extraordinaire » signifie bien qu'il n'est pas ordinaire d'agir devant la Cour et qu'il faut justifier d'un cas d'ouverture, mais le principe démocratique préside à l'accès à la haute juridiction. Tout justiciable qui justifie d'un manque de base légale, d'une violation de la loi par une juridiction inférieure peut demander aujourd'hui à la Cour de cassation de sanctionner cette transgression de la légalité. Si la procédure de filtrage des pourvois était adoptée, il ne le pourrait plus. Au nom des droits de l'homme, le justiciable serait donc moins à même de faire valoir ses droits.

Une telle réforme devrait être pensée par rapport à l'organisation judiciaire tout entière et non pas seulement par rapport à la Cour de cassation. Or sous toutes réserves, de réforme des cours d'appel il n'est, semble-t-il, aucunement fait état. Comment peut-on assurer l'unité des solutions prétorienne, si toutes les décisions rendues par les juges du fond ne peuvent être déférées à un contrôle d'application de la loi en cas de suspicion de violation de celle-ci ? Où est l'avantage retiré par les justiciables si aucun contrôle normatif n'est effectué au motif qu'il n'y a pas d'intérêt juridique justifiant une élévation de l'affaire jusqu'à la Cour de cassation statuant en tant que cour suprême ? Y a-t-il encore aristocratie de l'intelligence lorsqu'elle se construit au détriment du pragmatisme du quotidien ? La justice n'a de sens que si elle sert les intérêts pour lesquels elle est constituée.

Au-delà on constate que la Cour de cassation a pu, sans réforme aucune, accéder au statut recherché de cour suprême ainsi qu'il a été exposé. Elle a créé la norme et s'est débarrassée du vêtement trop court que lui avait donné les révolutionnaires. Elle a su se tailler un vêtement sur mesure lui permettant tout à la fois de gérer convenablement le flux des dossiers, de répondre aux attentes des justiciables et de dire le droit³⁶. Si la réforme de la Cour s'entend de la seule volonté de la hisser à la hauteur du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est là vaine recherche. Le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité supposent qu'il y ait pour assurer l'unité respective une seule cour au sommet de l'édifice institutionnel de l'ordre national et de l'ordre européen, et ce n'est manifestement pas là la place de notre Cour de cassation. Il serait dommage qu'elle perde ce qu'elle a mis plus d'un siècle à conquérir.

³⁵ M. Babonneau, Filtrage des pourvois : la Cour de cassation espère retrouver sa « mission normative », Dalloz Actualité 17 juin 2015.

³⁶ Relire l'analyse du présent de la Cour de cassation dans l'article précité de V. Rebeyrol.