



HAL
open science

Des limites à l'enrichissement de la motivation des arrêts de la Cour de cassation

Marie Garnier-Zaffagnini

► **To cite this version:**

Marie Garnier-Zaffagnini. Des limites à l'enrichissement de la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Revue Lexsociété, 2023, 10.61953/lex.3615 . hal-04093916

HAL Id: hal-04093916

<https://hal.science/hal-04093916>

Submitted on 10 May 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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Des limites à l'enrichissement de la motivation des arrêts de la Cour de cassation

MARIE GARNIER-ZAFFAGNINI

Docteur en droit

ATER à l'Université Côte d'azur

1. De l'enrichissement *hors* de l'arrêt à l'enrichissement *dans* l'arrêt. De longue date les juristes réclamaient une motivation «*plus explicite*»¹ des décisions de la Cour de cassation. Sans doute consciente de l'insatisfaction persistante d'une partie de la doctrine et de la nécessité de rendre plus accessibles ses décisions, celle-ci a tâché, au fil des réformes qu'elle a initiées, d'étoffer sa motivation par le moyen d'explications plus nourries et de justifications plus précises. L'enrichissement de cette motivation s'est fait, d'abord, *hors* l'arrêt, par la publication de rapports. Le Conseiller Chartier avait évoqué, dans le Rapport de 1999, leur objectif : «*leur dessein est de faire le point sur une question, à travers la jurisprudence de la Cour de cassation, telle qu'elle existe, et, ici, en remontant dans le temps dans la mesure nécessaire, pour faire saisir tous les tenants et aboutissants du sujet traité. Ce ne sont pas pour autant des œuvres de répertoire, car le but n'est pas d'inventorier, mais d'expliquer, et dans une certaine mesure, on le redira plus loin, de faire comprendre, d'explicitier ce qu'a voulu dire et dit la Cour*»². Pourtant, cette «*motivation à rebours*»³ suscitait toujours de vives réactions doctrinales⁴. Certains regrettaient que la haute juridiction «*ne (...) s'explique (pas) au moment même où elle s'exprime, en motivant un peu plus ses arrêts qu'elle ne le fait d'ordinaire, en cédant si peu que ce soit sur son imperatoria brevitats*»⁵. Présidée par Bertrand Louvel, la Cour de cassation a-t-elle ainsi fait de la motivation l'un des thèmes de réflexion les plus prégnants de sa réforme. Aussi, à partir de janvier 2015, c'est *au cœur* des arrêts les plus importants que la motivation devait s'enrichir, dans le cas de revirement de jurisprudence, de questions de principe, d'harmonisation de la jurisprudence, d'application des

¹ TUNC A., TOUFFAIT A., « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1974, p. 487 ; WITZ C., « Libres propos d'un universitaire français à l'étranger », *RTD Civ.* 1992, p. 737.

² CHARTIER Y., « Le Rapport de la Cour de cassation. A propos du Rapport pour l'année 1999 », *JCP* 2000, I, p. 238.

³ LIBCHABER R., « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD Civ.* 2000 p. 679.

⁴ Néanmoins, sur un plan purement juridique, si le principe de la nécessité d'une motivation ne peut être discutée, en revanche, les juges ne sont pas tenus par une « façon » de motiver, la CEDH considérant à ce titre que « l'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision », mais aussi selon la « présentation et rédaction des jugements et arrêts » (CEDH 9 déc. 1994, RUIZ TORIJA C/ Espagne, req. n° 18390/91, § 29)

⁵ LIBCHABER R., *art. cit.*, *RTD Civ.* 2000 p. 679.

normes européennes ou constitutionnelles ou encore de questions préjudicielles⁶.

2. Les objectifs et enjeux théoriques de la motivation enrichie.

L'effervescence du droit comparé et la montée en puissance des juridictions supranationales ont eu, d'une part, raison de l'engouement des juristes pour l'élégance et la concision de la motivation à la française⁷. D'autre part, le développement du rôle de la Cour de cassation — *et notamment son pouvoir normatif assumé*⁸ — impliquait de pallier le déficit de motivation et, partant, de légitimité. De la même façon, l'accroissement de la fondamentalisation du droit et l'usage du contrôle de proportionnalité *in concreto* obligeaient à un changement, sinon de paradigme, du moins de méthode. Il fallait donc, en somme, « *repenser la motivation* »⁹, dans le sens d'une plus grande lisibilité des décisions. La nécessité d'une motivation enrichie se faisait encore plus pressante en matière de revirement de jurisprudence, lequel rompt largement avec l'exigence de prévisibilité du droit, puisqu'il est, par principe, rétroactif. Davantage de lisibilité, d'accessibilité et une adéquation à l'augmentation des pouvoirs de la Cour de cassation, tels étaient donc les enjeux et objectifs affichés de la motivation enrichie.

3. L'expérimentation de la motivation enrichie – les mérites.

Selon le bilan réalisé par en 2017¹⁰ par un auteur, les évolutions en la matière sont réelles et portent sur des points fondamentaux : le dialogue des juges, la pédagogie ainsi que la mention des précédents. D'abord, la Cour de cassation développe une communication plus riche avec les autres juridictions, par le truchement de références développées à leurs jurisprudences, et notamment celle de la CEDH. Ensuite, l'intelligibilité de la décision paraît garantie par une intention pédagogique affichée, la Cour énonçant désormais de façon détaillée, sur

⁶ DEUMIER P., « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, p. 1783.

⁷ DEUMIER P., « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.* 2015 p. 2022

⁸ Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, 17 oct. 2014, site de la Cour de cassation ; v. également MALHIÈRE F., *La brièveté des décisions de justice*, Dalloz, 2013.

⁹ DEUMIER P., *art. cit.*, *D.* 2015 p. 2022

¹⁰ DEUMIER P., *art. cit.*, *D.* 2017, p. 1783.

plusieurs paragraphes, les textes applicables. Enfin, la mention des précédents, notamment ceux abandonnés par l'arrêt, a pour mérite d'établir avec certitude la position de la Cour et, ce faisant, de couper court aux discussions doctrinales — *du moins quant à l'abandon de la jurisprudence citée* —. L'usage du précédent a d'ailleurs fait l'objet d'une importante étude¹¹ saluée par la Cour de cassation. À l'heure où ces lignes sont écrites, c'est un bilan similaire qui peut être dressé. La doctrine salue, en premier lieu, l'identification claire¹² des revirements de jurisprudence que ne permettait pas la motivation « *purement formelle* » des décisions¹³. Elle se félicite, par ailleurs, des qualités didactiques et pédagogiques indéniables des nouveaux arrêts enrichis¹⁴, particulièrement soignés¹⁵, et le recours important aux jurisprudences européennes¹⁶. Pourtant, les nombreuses critiques adressées au fil des commentaires d'arrêts témoignent de déceptions persistantes.

3.1. Les déceptions. De manière générale, les auteurs rendent compte des limites d'une motivation qui demeure « *technique* »¹⁷. Si le gain de pédagogie est indéniable, l'enrichissement reste, bien souvent, très limité¹⁸ : le nombre d'arrêts

¹¹ LEROY G., *La pratique du précédent en droit français : étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, Thèse Aix-Marseille, 2021.

¹² BORGHETTI J.-S., « Préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante : indemnisation élargie et motivation enrichie » *RDC* sept. 2019, n°3 ; MOLINA L., « Prescription de l'action en garantie exercée par le constructeur contre le sous-traitant » *LEDC*, n° 1, jan. 2023, n°1.

¹³ GENICON T., « Les nouvelles méthodes de la Cour de cassation et le droit des contrats : vers une inflexion de la théorie des nullités », *RDC* sept. 2017, p. 415 : « Les commentateurs comme les praticiens ont trop souffert de ce véritable jeu du chat et de la souris qui consiste pour la Cour de cassation à en dire le moins possible, laissant aux lecteurs le soin de déployer pour chaque décision importante tout un panel d'interprétations quant au sens de l'arrêt, quant à sa portée, voire quant à la réalité même d'un revirement ».

¹⁴ SABARD O., « Condition d'anormalité du dommage pour la réparation des conséquences des risques sanitaires », *LEDC* Janvier 2023, n°1.

¹⁵ TRAUILLÉ J., « La motivation des arrêts de la Cour de la cassation Réflexions à partir du droit de la responsabilité civile » *D.* 2022, n° 3, p. 1567 ; BRENNER C., « La réitération des enchères n'exclut pas l'action en résolution mais le recours au droit commun », *Gaz. Pal.* 2022, n° 23, p. 10.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ TRAUILLÉ J., *art. cit.*, *D.* 2022, n° 3, p. 1567

¹⁸ LECUYER H., « Quelques observations sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 9 juin 2020, n° 21.

rendus avec une motivation enrichie apparaît très faible et leur motivation trop succincte sur le fond. Dans bien des espèces, la motivation dite « enrichie » est en réalité « lacunaire »¹⁹. Il est parfois regretté que cet enrichissement n'intervienne pas là où il était le plus nécessaire. En matière de nullités contractuelles, un auteur avait ainsi estimé, avec d'autres²⁰, que la motivation de la haute juridiction « *tranch(ait) avec la finesse d'analyse de l'avis formulé par l'avocat général* » et avait déploré que « *les éléments essentiels n'aient pas été repris dans l'arrêt, ce qui aurait permis une véritable motivation enrichie* »²¹. Surtout, la motivation demeure courte et « *le silence (est) conservé sur le poids de certains arguments* », — *comprendre arguments extrajuridiques* — notamment l'impact financier et les considérations éthiques²² ou politiques de la solution²³. Aussi, la réforme de la Cour de cassation, sur le terrain de la motivation, laisse-t-elle un goût d'inachevé. Il faut néanmoins admettre que, sur l'échelle du temps, et en raison de l'inertie inhérente à toute réforme institutionnelle, les huit années écoulées sont peu de choses et des évolutions demeurent *a priori* encore envisageables.

4. Perspectives ? Dans cette optique, une partie de la doctrine considère que la Cour de cassation doit poursuivre le « *renforcement de la lisibilité de la jurisprudence* » en facilitant la clarification et la compréhension des concepts et des solutions²⁴. L'auteur suggère également un « *renforcement de la justification, en droit, de la solution* »²⁵, notamment lorsque la Haute Cour « *exerce sa fonction normative* »²⁶. Enfin, la motivation enrichie devrait permettre à la Cour de faire « *état d'arguments qui ne relèvent pas de la seule technique juridique* »²⁷. Somme toute, comme le relève un auteur, ces perspectives d'évolutions posent

¹⁹ Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14218 : RDC 2016, n° 113h4, p. 435, note LAITHIER Y.-M.

²⁰ *Ibid.*

²¹ GENICON T., *art. cit.*, RDC sept. 2017, p. 415

²² NOREAU P., « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », *Éthique de la magistrature*, 2001, n° 2, vol. 3.

²³ V. TRAULLÉ J., *art. cit.*, D. 2022, n° 3, p. 1567; Rouvière F., « L'argumentation et la motivation de la Cour de cassation », D. 2022. p. 1567.

²⁴ TRAULLÉ J., *art. cit.*, D. 2022, n° 3, p. 1567

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

des questions qui se font l'écho de la Commission sur la « Cour de cassation en 2030 » : « *jusqu'où (...) enrichir ? Quels éléments prendre en compte ?* »²⁸, et font état de l'ouverture d'un champ des possibles. Il appert, pourtant, que la question mérite d'être posée sous un angle différent. C'est le principe même de la motivation enrichie, et non son étendue, qui doit, à notre sens, interroger. À cet égard, l'on ne peut faire l'économie d'une réflexion plus fondamentale encore sur le rôle de la Cour de cassation.

Celui-ci a indéniablement évolué. Néanmoins, deux limites court-circuitent et compromettent, à notre sens, l'évolution de la motivation vers une motivation *réellement* enrichie. L'une, pouvant *a priori* être dépassée, tient à un facteur processuel : c'est la séparation du droit et du fait (I). L'autre, plus dirimante, tient à sa légitimité politique : c'est l'exigence démocratique de rationalité formelle du jugement (II).

I. Une limite processuelle : la séparation du fait et du droit

5. *In ius, in factum.* La distinction entre le fait et le droit trouve son origine dans le droit romain qui établissait une distinction rigoureuse entre les actions qui reposaient sur une question de droit — *in ius* — et celles qui reposaient sur une question de fait — *in factum* —²⁹. La séparation du droit et du fait serait donc consubstantielle à la procédure romaine³⁰. Le droit canon aurait par suite repris cette différenciation et l'aurait diffusée³¹. Bodin³², au XVI^e siècle, acheva

²⁸ ROUVIÈRE F., *art. cit.*, D. 2022. p. 1567.

²⁹ LOUIS-CAPORAL D., *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Montpellier 1, 2014, p. 44 et s.

³⁰ CORNU-THÉNARD N., *La notion de fait dans la jurisprudence classique, étude sur les principes et la distinction entre fait et droit*, Paris II, 2011, p. 144 et s.

³¹ LOUIS-CAPORAL D., *ib. cit.*, p. 44 et s.

³² BERNS T., « Quel modèle théologique pour le politique chez Bodin ? », *Les origines théologico-politiques de l'humanisme européen*, Bruxelles ; BODIN J., *Ceuvres philosophiques*, PUF, 1951, p. 72 et s.,

son intégration dans les grands thèmes de la théorie du droit³³. Le mouvement humaniste consacrait, en effet, l'antériorité du fait sur le droit et, par là même, leur dissociation. Contrairement au fait, le droit serait « *constitué de règles appartenant à un monde (...) idéal et rationnel* »³⁴. La cause première de l'opposition du *droit* et du *fait* se fonderait ainsi sur la dichotomie entre le *sein* et le *sollen* présentée par Kant, puis par Kelsen³⁵. Aussi le *Sein* ou l'être s'établirait-il sur l'idée « *d'indicatif* »³⁶ alors que le *Sollen* ou le *devoir-être* supposerait l'idée du « *normatif* »³⁷, de l'impératif. Le fait appartiendrait donc à la première catégorie, le droit, à la seconde, les deux étant séparés par une barrière *a priori* infranchissable³⁸. Tel Hume qui interdisait strictement le passage de l'être au devoir-être³⁹, l'on pourrait estimer que « *toute confusion (entre fait et droit) est exclue. Entre les deux mondes (...), la porte est définitivement fermée* »⁴⁰.

6. Entre affranchissement et rémanence. La compétence de la Cour de cassation est, depuis sa création, cantonnée à l'examen du *sollen*, de « *ce qui doit être* », du droit et non du fait. Or, la limitation de sa compétence rejaillit inmanquablement sur le principe même de motivation. Le projet de réforme de la Cour de cassation, porté par le président Louvel « *se prévaut* » cependant « *d'une ambition radicale* »⁴¹, celle de « *s'affranchir de la distinction entre fait et droit* »⁴² (A). Toujours est-il qu'en pratique, près de dix ans après l'intervention orale du premier président⁴³, cette distinction encadre toujours, et de façon déterminante, l'étendue de la motivation enrichie (B).

³³ VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p. 477.

³⁴ LOUIS-CAPORAL D., *ib. cit.*, p. 54.

³⁵ OPPETIT B., *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1999, p. 61

³⁶ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 15.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ ATIAS C., *Questions et réponses en droit*, PUF, 2009, p. 21.

³⁹ C'est la traduction de la loi de Hume, v. ZIELINSKA C., « Autour de la loi de Hume : entre le normatif et l'évaluatif, entre right et good », *Raison Publique* 2017/2, n° 22, pp. 135-151.

⁴⁰ ATIAS C., *op. cit.*, p. 21.

⁴¹ CORNU-THÉNARD N., « Fait et droit dans la définition des pouvoirs du juge de cassation : une critique de droit romain », *Tribonien* 2019/1, n° 3, p. 8.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Audience Solennelle du 16 juillet 2014, Cour de cassation.

A. L'affranchissement théorique de la distinction entre fait et droit

7. L'impact de la distinction sur l'étendue de la motivation. Si la Cour de cassation n'est qu'un juge du droit, c'est qu'elle ne peut précisément pas motiver sa décision en fait. Elle est, ainsi, tenue de reprendre ceux qui sont établis par les juges du fond. Elle ne saurait les contrôler et, *a fortiori*, les remettre en cause. Or, ce « fait » recouvre deux niveaux de compréhension : les faits compris comme « *la singularité* » d'une « *espèce* », ⁴⁴ mais aussi comme « *les conséquences de fait que pourrait avoir dans d'autres espèces l'arrêt que la Cour s'apprête à rendre* » ⁴⁵. Aussi l'appréhension du fait est-elle liée à l'évaluation des « *incidences sociales, économiques, internes et internationales des décisions de justice* » ⁴⁶. Cette borne processuelle constitue donc une limite essentielle dans la motivation du passage de l'énoncé des textes applicables à la solution, d'abord, dans la détermination et l'harmonisation des notions de fait, ensuite, et dans la possibilité même de faire valoir des arguments extra juridiques, enfin, puisqu'ils constituent bien, au regard du droit, des faits.

8. L'illusion de la séparation. Pourtant, selon certains auteurs, « *l'étude de la jurisprudence révèle que la distinction contemporaine et matérielle entre le fait et le droit n'est pas le critère appliqué effectivement pour répartir les compétences entre juge de cassation et juge du fond* » ⁴⁷. Le premier président Bertrand Louvel, lors de son discours, déclarait d'ailleurs en 2014 que « *la montée en puissance de cours européennes, statuant en fait et en droit, amène notre juridiction à envisager, dans certaines situations, l'infléchissement de sa tradition de strict contrôle du droit* » ⁴⁸. Il s'avère, surtout, que ce critère de répartition de compétences entre les juridictions du fond et la Cour de cassation n'a aucun fondement textuel. Seul l'article L. 411-2 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que « *la Cour*

⁴⁴ JESTAZ PH., MARGUÉNAUD J.-P., JAMIN CH., « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ CORNU-THÉNARD N., *art. cit.*, *Tribonien* 2019/1, n° 3, p. 8.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Audience Solennelle du 16 juillet 2014, Cour de cassation.

de cassation ne connaît pas du fond des affaires». Or, comme le rappelle un auteur, le fait ne saurait être assimilé au fond⁴⁹ puisque ce dernier «*est ensemble fait et droit*». Dans cette perspective, la décision des juges du fond «*tranche définitivement en droit le litige, au vu des faits de la cause et des dispositions légales applicables*»⁵⁰. Aussi, à l'origine, la mission de la Cour de cassation consistait à examiner «*non pas si le jugement ou l'arrêt a été bien rendu au fond, s'il a fait justice aux parties, mais uniquement si les ouvertures ou moyens de cassation qui sont proposés devant elle sont bien justifiés par le demandeur qui attaque le jugement ou l'arrêt*»⁵¹. En somme, l'office du juge de cassation ne serait ni celui de connaître des faits, ni celui de connaître du droit, mais seulement celui de «*déclarer si le dispositif d'une décision arrêtée par une juridiction souveraine est ou non illégal*»⁵².

9. Un contrôle sans bornes processuelles ? Dans sa thèse, le doyen Marty relevait justement que les moyens d'ouverture de la cassation et donc la répartition de ses fonctions étaient formulés de façon imprécise tant et si bien que les juges de cassation auraient en réalité toute latitude pour mener à bien leur contrôle⁵³. Il considérait ainsi qu'il n'y aurait pas «*une part de l'activité du juge qui soit absolument soustraite au contrôle de la Cour de cassation*»⁵⁴. Et si la cloison opaque qui semble séparer le contrôle du droit de celui du fait n'était qu'illusion ? Alors rien ne s'opposerait à ce que la Cour de cassation décide de poursuivre et de parachever l'enrichissement de sa motivation.

Force est pourtant de constater que cette dichotomie demeure un des fondements du droit — *généralement accepté* — et qu'elle représente en pratique, encore en 2023, un obstacle manifeste au développement de la motivation enrichie.

⁴⁹ Audience Solennelle du 16 juillet 2014, Cour de cassation.

⁵⁰ WAREMBOURG N., « Le fond, le fait, le droit. Propos inactuels sur la cassation civile et son juge », *Tribonien* 2019/1, n° 3, p. 46.

⁵¹ J.-E. BOITARD, *Leçons de procédure civile*, Paris, 1847, II, p. 349-350.

⁵² WAREMBOURG N., *art. cit.*, *Tribonien* 2019/1, n° 3, p. 46.

⁵³ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit cit., essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Sirey, 1929, p. 364.

⁵⁴ *Ibid.*

B. Une limite rémanente à l'enrichissement de la motivation

10. Incidence de la séparation sur l'étendue de la motivation. L'étude des arrêts à motivation enrichie rendus par la Cour de cassation témoigne d'une incidence encore bien réelle de la séparation du fait et du droit sur l'étendue de la motivation. De telle manière que la quasi-totalité des critiques portées à son encontre est la conséquence de la rémanence de ce critère de compétence juridictionnelle. D'abord, la Cour de cassation reste bien souvent mutique sur son appréciation des conséquences factuelles de la solution et des considérations éthiques ou économiques qui l'ont commandée (1). Ensuite, la motivation enrichie étant absolument cantonnée aux notions de droit, il va sans dire que la Cour ne peut donner son appréciation des notions de fait (2), pourtant pourvoyeuses d'insécurité juridique.

1. Le silence persistant sur les considérations extra juridiques

11. Jugement réfléchissant et jugement judiciaire. Un auteur, reprenant le concept du jugement réfléchissant kantien, évoquait, à propos de l'application de la loi par le juge, l'image d'un «*saut dans le vide*»⁵⁵. Contrairement au jugement déterminant dans lequel le juge «*se contente de subsumer le réel sous une règle ou un principe déjà disponible*»⁵⁶, le juge judiciaire, pour rendre sa solution, procède «*de la force imaginative qui se laisse orienter, polariser, par l'idée régulatrice — le beau, le juste, la dignité humaine... qui ne se présente pas comme un universel déjà disponible, mais fait advenir, au travers de manifestations concrètes et partielles (celles du cas, précisément) quelque chose de sa réalité*»⁵⁷. Pour statuer, le juge doit embrasser les manifestations concrètes de la réalité des faits qui font de la situation sur laquelle il va se prononcer un tout unique, non soluble dans un cadre théorique, éthique, juridique même, qui

⁵⁵ OST F., « Droit et littérature : variété d'un champ, fécondité d'une approche », *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 2015, n° 1, p. 8.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

s'ajusterait impérativement. Or, enfermée derrière la cloison étanche du droit, la Cour de cassation est empêchée de rendre compte des raisons factuelles et des considérations extra juridiques, qu'elle a, pourtant, sans doute, prises en compte, lors du passage du droit à la solution retenue. Plusieurs exemples permettront certainement d'en attester.

Aussi, parfois, les textes choisis et explicités avec minutie par la Cour de cassation commandent en vérité une décision opposée à celle qui est retenue. Cette discrédance entre les textes et la solution est assurément la marque du fait que la Cour de cassation se fonde, dans certains cas, moins sur les arguments juridiques qu'elle énonce que sur les considérations extra juridiques qu'elle tait. Notamment, dans un arrêt rendu le 6 mai 2021⁵⁸, la 2^e chambre civile a décidé qu'un fauteuil roulant ne pouvait recevoir la qualification de véhicule terrestre à moteur, empêchant ainsi la victime de se voir reprocher une faute simple. Si l'on pouvait considérer, de prime abord, que la *ratio legis* de la loi Badinter avait été respectée, puisque la décision avait été rendue dans une optique de protection de la victime handicapée, il reste qu'en dernière analyse, les critères de qualification du VTM étaient bel et bien remplis en l'espèce. Au surplus, la motivation, loin de clarifier la dichotomie — déjà discutable — entre les victimes conductrices et non conductrices, laissait en suspens une autre question tout aussi cruciale : *quid* du dommage qui serait causé par le conducteur handicapé⁵⁹ ?

Par ailleurs, en matière de disproportion du cautionnement, l'ancien article L.341-4 du Code de la consommation prévoyait qu'« *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ». Ce texte commandait une appréciation purement objective de la disproportion du cautionnement puisque son application ne dépendait pas du comportement des parties, mais bien de la « *seule inadéquation du montant du cautionnement*

⁵⁸ Civ. 2e, 6 mai 2021, n° 20-14.551.

⁵⁹ BACACHE M., PORCHY-SIMON S., « Dommage corporel », *D.* 2021, p. 1980.

au patrimoine de la caution »⁶⁰. La solution retenue par la haute juridiction pouvait donc, *a priori*, être relativement prévisible en fonction du cas d'espèce. Pourtant, dans plusieurs arrêts, la solution retenue par la Cour fut assurément guidée par des considérations morales suscitées par la particularité des faits, le tout en contradiction avec le texte énoncé. Dans un arrêt du 8 janvier 2020, une banque avait consenti un prêt à une société dont le gérant s'était porté caution. La caution avait invoqué la disproportion manifeste de son engagement indiquant qu'au moment de la souscription du cautionnement, elle avait déjà contracté différents prêts. Or, celle-ci ne les avait pas mentionnés dans la fiche de renseignement. En principe, la caution qui donne des renseignements erronés devrait en subir les conséquences au regard de l'assiette de calcul de la disproportion manifeste. Or, la Cour décida que la Cour d'appel « *sans rechercher comme elle y était invitée, si la banque n'avait pas nécessairement connaissance des prêts que M. R. soutenait avoir conclu avec elle et qu'il invoquait pour démontrer que son cautionnement du 2 février 2019 était manifestement disproportionné lors de sa conclusion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». Dans un arrêt plus récent⁶¹, une banque avait consenti à une société un prêt de 160 000 euros. Le même jour, deux époux se sont portés cautions, solidaires, à concurrence de 52 000 euros, des engagements de la société à l'égard de la banque. La société ayant été mise en liquidation judiciaire, la banque a assigné les cautions en paiement. Celles-ci lui ont opposé la disproportion de leur engagement. À l'instar des arrêts précédents, la Cour de cassation fit prévaloir sur la lettre du texte, le comportement des parties pour juger d'une disproportion.

Enfin, dans un arrêt à motivation dite « enrichie », rendu en date du 16 novembre 2022⁶², la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence en matière de manquement grave commis par l'agent commercial pendant l'exécution du contrat. Or, la motivation n'a été enrichie qu'en « *apparence* », car si la Cour a expressément reconnu qu'elle opérait un

⁶⁰ JUILLET C., « La subjectivisation du principe de proportionnalité du cautionnement », *Rev. Soc.* 2016, p. 660

⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 2021, n° 19-21.254.

⁶² Cass. com., 16 nov. 2022, n° 21-17.423.

revirement, elle a laissé en revanche « *le justiciable dans l'ignorance de ce qui la poussait à trancher dans le sens inverse précédemment* ». Celui-ci ne sait « *pas plus pourquoi le revirement* » a été opéré aujourd'hui plus qu'hier⁶³. Un auteur estime, dans cette perspective, que ce sont des considérations extra juridiques factuelles qui avaient gouverné la solution et notamment une « *approche morale du contrat* »⁶⁴. La motivation enrichie demeure donc manifestement lacunaire puisqu'elle s'abstient d'explicitier les raisons d'une solution peu évidente ou inattendue et se contente d'invoquer la jurisprudence européenne et l'argument de l'interprétation littérale des textes⁶⁵.

La théorie de la séparation du droit et du fait implique ensuite, de façon qui apparaît souvent bien artificielle, l'exclusion quasi systématique des notions de fait de la motivation.

2. Les notions de fait exclues de la motivation

12. L'appréciation souveraine des juges du fond ? La distinction du fait et du droit rejaillit effectivement sur la compétence de la Cour de cassation en matière de contrôle des notions de fait. Elle effectue, selon la nature des notions, un contrôle différencié de leur appréciation par les juges du fond. Ainsi, dès lors que la Cour de cassation déclare qu'une notion relève d'une appréciation souveraine des juges du fond⁶⁶, c'est qu'elle n'exercera aucun contrôle sur cette appréciation : il s'agira là de notions de fait⁶⁷. En revanche, lorsque la Cour examine des notions de droit⁶⁸, le contrôle normatif⁶⁹ peut être *léger* et se

⁶³ Cass. com., 16 nov. 2022, n° 21-17.423.

⁶⁴ LEQUET P., « Agent commercial : la Cour de cassation procède à un revirement de la jurisprudence s'agissant de la faute grave », *LPA* 2023, p. 33.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ BACHELIER X., « Le pouvoir souverain des juges du fond », in *Droit et technique de cassation*, Colloque de la Cour de cassation, *Bull. inf.* n° 702, 15 mai 2009.

⁶⁷ LATINA M., « L'appréciation souveraine des juges du fond : une expression trop souvent galvaudée », *D. actu*, 21 mars 2022.

⁶⁸ Sur la distinction du fait et du droit en matière de cassation : AUBERT J.-L., « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115 ou encore ZENATI F., « La nature juridique de la Cour de cassation », *Bull. inf. C. cass.*, n° 575 du 15 avr. 2003.

⁶⁹ Il existe deux types de contrôles exercés par la Cour de cassation, un contrôle dit « *disciplinaire* » qui porte sur la forme ou la motivation des décisions et un contrôle

caractériser par l'expression « *la cour d'appel a pu en déduire* »⁷⁰ ou bien *lourd* si les hauts magistrats estiment qu'il n'y a « *qu'une seule solution juridique admissible* »⁷¹. Or, ces notions de fait, largement indéterminées, posent des problèmes sérieux en matière de prévisibilité juridique puisque leur appréciation est laissée aux juges du fond. En droit des contrats, l'on peut citer, pêle-mêle, le déséquilibre significatif⁷², le délai raisonnable⁷³, le manifestement excessif⁷⁴, la contrepartie illusoire ou dérisoire, le suffisamment grave⁷⁵, la disproportion manifeste⁷⁶, l'ignorance légitime⁷⁷, la confiance légitime⁷⁸, ou

« *normatif* » exercé sur le fond des décisions, v. sur ce point JOBARD-BACHELIER M.-N., BACHELIER X., BUK-LAMENT J., *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, 9^e éd., Dalloz, 2018, p. 75.

⁷⁰ La Cour emploie également les expressions suivantes : « *a décidé à bon droit* », « *que de ces énonciations d'où il résulte... l'arrêt se trouve légalement justifié* ». V. sur ce point : JOBARD-BACHELIER M.-N., BACHELIER X., BUK LAMENT J., *op. cit.*, 9^e éd., Dalloz, 2018, p. 127

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, FS-P+B : JurisData n° 2015-004113 : « qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve et n'était pas tenue de répondre au moyen inopérant invoqué par la deuxième branche et qui a procédé à une appréciation concrète et globale des contrats en cause, a caractérisé le déséquilibre significatif auquel la société Eurauchan a soumis ses fournisseurs ; que le moyen n'est pas fondé », v. également : MEKKI M., AVEC DARROIS J.-M., GAUVAIN J.-M., « Contrats et obligations - Se conformer au nouveau droit des contrats. Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », *JCP E* 2016, n° 25, 1376, spéc. n° 19 : « Enfin, quant à la preuve, le contrat d'adhésion comme le déséquilibre significatif reposent essentiellement sur un ensemble de faits et relèvent très certainement de l'appréciation souveraine des juges du fond. Cependant, la Cour de cassation veillera sur le fondement du contrôle du défaut de base légale à ce que les décisions des juges du fond soient suffisamment motivées ».

⁷³ Civ. 3^e, 5 janv. 2022, n° 20-18.918, PB (1^{er} moyen), *Lexbase, le Quotidien* du 13 janv. 2022, obs. MICHEL C.-A. ; *JCP G* 2022, 231, note MIGNOT M. ; *LEDC* févr. 2022, n° DCO200q4, obs. MOLINA L. ; *Constr.-Urb.* 2022, comm. 37, obs. SIZAIRE V. ; *D.* 2022. 501, note TISSEYRE S., Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 06-19.300.

⁷⁴ Civ. 1^{re}, 28 mars 2018, n° 17-14. 389 : *Bull. civ.* I, n° 58 ; Com. 20 sept. 2017, n° 16-15.346 ; Soc. 12 déc. 1990, n° 89-42.283.

⁷⁵ Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, n° 92-17.858 : *Bull. civ.* I, n° 14, p. 10.

⁷⁶ Com., 28 févr. 2018, n° 16-24.841 : *Bull. civ.* IV, n° 24, *JurisData* n° 2018-002761 ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 112, note AYNÈS L. ; *RD bancaire et fin.* 2018, comm. 65, note LEGEAIS D. ; *JCP E* 2018, 1197, note LEGEAIS D.

⁷⁷ Com. 3 mars 1987, n° 85-16.138.

⁷⁸ Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, n° 00-21.803 : *Bull. civ.* I, n° 216, p. 167 : « qu'enfin, c'est par une appréciation souveraine des circonstances de fait et des éléments de preuve que la cour d'appel a estimé que les deux sociétés HR et HRN ne pouvaient avoir "aucune confiance légitime" dans

encore les conditions substantiellement différentes⁷⁹. Toutefois, si elle indique laisser une appréciation souveraine aux juges du fond, l'on ne peut que constater que la solution qu'elle délivre est-elle-même fondée sur l'appréciation de ces notions de fait. Car, comment pourrait-il en être autrement, l'acte de juger rendant cette confrontation avec la particularité factuelle incontournable? À cet égard, de longue date, l'instrumentalisation de la notion de bonne foi⁸⁰ en matière de surendettement⁸¹ avait, par exemple, été dénoncée. La motivation enrichie apparaît alors, non pas seulement incomplète, mais souvent inutile, décevante, suspecte même, puisqu'elle cède, au fond, ce que l'on est venu y chercher : le pourquoi d'une décision à laquelle les textes n'auraient justement pas conduit.

13. Capacité et pouvoir. En définitive, il semble clair que ce déficit d'enrichissement constaté dans les nouvelles motivations des arrêts de la Cour de cassation est le produit inévitable du dogme de la séparation des faits et du droit. Il est alors permis de considérer qu'en franchissant le pas de l'abolition de cette cloison étanche, le monde juridique bénéficierait d'un apport substantiel et qu'il en serait, justement, sans se payer de mots, considérablement « enrichi ». Car, enfin, il s'agirait juste de permettre une adéquation entre les modalités du jugement et le récit qui en est fait, d'un renoncement réaliste à un postulat idéaliste. Pour autant, si la Cour *peut* s'affranchir de ce principe processuel — *parce qu'elle en est capable* — reste à s'interroger sur le point de savoir si elle le *peut* — *parce qu'elle en aurait le pouvoir* —. Or, à notre avis, le développement de la motivation enrichie est forcément borné par une exigence indépassable :

la conclusion du contrat de sorte que la société Fimotel n'avait pas engagé sa responsabilité pré-contractuelle ; que les moyens ne peuvent être accueillis ».

⁷⁹ L'appréciation des conditions substantiellement différentes, qui, au regard des vices du consentement, doit être effectuée *in concreto*, tout comme le caractère déterminant, relève du pouvoir souverain des juges du fond. La Cour de cassation précise en outre que cette appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond, Soc., 5 nov. 2014, n° 13-16.372 : *JurisData* n° 2014-026655 ; *JCP S* 2015, 1049, note CHENU D. ; GHESTIN J., SERINET Y.-m., préc. n° 2, spéc. n° 117 ; PETIT B., ROUXEL S., « Fac. Unique : contrat – vice du consentement – erreur », 15 janv. 2018 (actu 9 sept. 2021), spéc. n° 115.

⁸⁰ Pour un exemple récent v. Civ. 2^e, 30 juin 2022, n° 21-14.234, *AJDI* 2022. 559

⁸¹ PIÉDELIÈVRE S. « Surendettement – Procédure de surendettement », *Rep. proc. Civ.* nov. 2021, n° 67.

celle du respect du principe démocratique qui veut, qu'au moins *en apparence*, soient respectés les canons de la rationalité formelle. Seulement en apparence, objectera-t-on. Certes, mais dans la mesure où l'apparence possède en elle-même la substance de l'intention, de l'ambition, de l'éthique, ne s'impose-t-elle pas avec vigueur ?

II. Une limite politique : l'exigence démocratique de rationalité formelle

14. Une légitimité à construire. La motivation enrichie et ses contradictions, manifestées par ses excès et ses manques⁸², sont bien entendu la marque d'une justice humaine, constamment animée par la quête d'un équilibre, par définition perpétuellement à réévaluer entre la technicité du droit et les valeurs qui l'irriguent, le formalisme rigoureux de sa lettre et le réalisme de son objet⁸³. Or, acteurs de la haute juridiction de l'ordre judiciaire, les juges de cassation, non élus, ne disposent pas de légitimité démocratique. Par là même, leur décision ne bénéficie pas d'une légitimité qui serait associée au statut de leurs auteurs et elle demeure donc constamment à *construire*.

15. Rationalité *dans* l'arrêt et *hors* l'arrêt. Le mouvement de réforme de la motivation commande alors d'interroger la nature même du jugement, à la fois d'un point de vue descriptif — *ce qu'il est* — et normatif — *ce qu'il devrait être* —. À cette fin, il conviendra de distinguer la rationalité matérielle de la rationalité formelle puis d'appréhender le jugement non pas comme un acte rationnel, mais comme un processus en quête de rationalité formelle (A). Ces fondements théoriques posés, nous verrons que cette exigence démocratique de rationalité formelle se traduit, en pratique, par la prédominance d'un

⁸² TRAULLÉ J., *art. cit.*, D. 2022, n° 3, p. 1567.

⁸³ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994 ; DENQUIN J.-M., « Remarques sur la théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2004, n. 7, p. 179-209 ; BRUNET P., « Interprétation normative et structure du système juridique », D&Q, 2011/11, Parlermo.

enrichissement formel *dans* l'arrêt et le renforcement de l'enrichissement substantiel *hors* de l'arrêt (B).

A. La décision judiciaire : une quête de rationalité formelle

16. Rationalité matérielle et rationalité formelle. Max Weber, dans la *Sociologie des religions*⁸⁴, dégageait différents types de rationalité. Il distinguait, en premier lieu, les rationalités pratique, théorique et substantielle, lesquelles ne se rapportent pas à un domaine spécifique de conduite humaine. En revanche, les rationalités formelle et matérielle sont rapportées « *à des domaines sociétaux spécifiques qui ne sont véritablement formés ou affirmés qu'avec l'industrialisation* »⁸⁵ : l'économie, la politique et le droit. La distinction entre la rationalité formelle et la rationalité matérielle⁸⁶ repose sur l'opposition entre une activité capable d'être évaluée en des termes « *strictement comptables* » — *la rationalité formelle* —, et une activité qui, en revanche, « *fait intervenir des exigences d'autres natures : éthiques, politiques* »⁸⁷ — *la rationalité matérielle* —. Or, si la rationalité pratique utilise son inclination au calcul pour la satisfaction d'intérêts purement pragmatiques et individuels, la rationalité formelle « *ne justifie de tels calculs rationnels qu'en référence à des règles, des lois ou des formes de régulation appliquées de façon universelle* »⁸⁸. *Quid*, dès lors, de la rationalité de la décision judiciaire ?

17. La rationalité matérielle du jugement. Les juges de cassation, non élus, ne disposent pas, *per se*, d'une forme de légitimité démocratique. Lors d'un séminaire organisé par l'Institut des hautes études sur la justice, « L'acte de juger »⁸⁹, Guy Canivet se questionnait alors sur le degré de latitude dont les magistrats pouvaient bénéficier à l'égard de la loi, celle-ci étant l'expression de la

⁸⁴ WEBER M., *Sociologie des religions*, Galimard, 2006.

⁸⁵ KALBERG S., *Les idées, les valeurs et les intérêts*, La Découverte, 2010, p. 116 et s.

⁸⁶ WEBER M., *Sociologie du droit*, PUF, 2013, p. 167

⁸⁷ KALBERG S., *op.cit.*, p. 116 et s.

⁸⁸ WEBER M., *op.cit.*, p. 168

⁸⁹ Séminaire « L'acte de juger », IHEJ, Ecole normale de la magistrature, 11 janvier 2016.

volonté générale — *puisqu'elle émane de législateurs élus* — ce qui n'est pas le cas de professionnels nommés⁹⁰. Il rappelait ainsi immédiatement qu'il fallait « *rester fidèle au principe démocratique* »⁹¹. Nul doute, cependant, nous l'avons envisagé, que la « *vie du droit* », pour reprendre les mots du juge américain Benjamin Cardozo, ne tire pas sa source uniquement de la fermeté du raisonnement juridique, mais également de l'expérience⁹², autrement dit, de la somme des sentiments, des émotions éprouvées personnellement au cours de l'existence — *y compris la pratique professionnelle* — qui ont produit un savoir, une connaissance, mais aussi des opinions et des habitudes mentales. Ronald Dworkin considérait d'ailleurs que le droit « *est un processus d'interprétation* »⁹³ qui n'est pas transparent et que l'on ne peut donc observer scientifiquement. En tout état de cause, la vérité judiciaire à laquelle aboutit le jugement n'est certainement pas une vérité « *révélée* », mais une vérité construite, suivant un processus à la fois formel et substantiel, mêlant technicité juridique et empiricité factuelle. Toute interprétation, estimait Hans-Georg Gadamer, se fonde donc sur une « *précompréhension* » de l'identité sociale et historique du sujet⁹⁴. Dans l'art d'être juste, Martha Nussbaum évoquait également la part des émotions au contenu cognitif dans la décision de justice⁹⁵. De même, Richard Posner, adoptant une posture réaliste, avait forgé une théorie de l'interprétation juridique fondée sur une approche économique du droit aboutissant notamment à une meilleure compréhension de l'impact économique des règles de droit⁹⁶. C'est dire, en somme, que la rationalité formelle de la décision de justice est, dans les faits, largement limitée. La prise en compte de facteurs et d'exigences extra juridiques témoigne donc de ce que le jugement constitue, non

⁹⁰ CANIVET G., Séminaire « l'acte de juger » : débats contemporains Première séance : « La nature de la décision judiciaire » de Benjamin Cardozo, Ecole normale de la magistrature, 11 janvier 2016.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² CARDOZO B. N., *La nature de la décision judiciaire*, Présenté et traduit par Gwénaële Calvès, Editions Rivages du droit, Dalloz, 2011.

⁹³ DWORKIN R., *L'empire du droit*, Puf, 1994, p. 13-14.

⁹⁴ GADAMER H.G., *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1996, p. 287 et s.

⁹⁵ NUSSBAUM M., *L'Art d'être juste L'imagination littéraire et la vie publique*, Climats – Essais, 2015.

⁹⁶ POSNER R., *L'analyse économique du droit*, Michalon, 2003.

pas un acte de rationalité formelle, mais un acte de rationalité matérielle à la prévisibilité limitée.

18. Une quête de rationalité formelle. Pourtant, la légitimité du juge de cassation ne peut être bâtie que sur le socle d'une rationalité formelle, respectueuse du principe démocratique. La décision judiciaire doit donc nécessairement être conçue et élaborée comme un processus dynamique tendu par la quête de cette *rationalité formelle*. Prenant appui, *a priori* comme *a posteriori*, sur le texte de la loi — *au sens matériel* — le jugement atteint la plénitude de sa légitimité dans le texte où il dit le droit en taisant les arcanes nébuleux des faits et de leur évaluation. Ce qui revient d'ailleurs au même si l'on suit Nietzsche lorsqu'il martèle qu'il n'y a pas de faits, mais seulement des interprétations⁹⁷. L'exigence démocratique de rationalité formelle des décisions de justice borne ainsi nécessairement de façon radicale et consubstantielle l'étendue et la qualité de l'enrichissement de la motivation.

19. Le passage d'une rationalité matérielle à la rationalité formelle : l'écriture du jugement. Le concept de jugement réfléchissant est particulièrement parlant pour témoigner du passage d'une rationalité matérielle à la rationalité formelle du jugement, garante du principe démocratique. Au travers de la motivation et de l'écriture de la décision, le juge fait appel à sa capacité réflexive. Le juge, dès lors, pense « *sa propre pensée* »⁹⁸ : c'est le retour de la raison sur elle-même. La réflexivité du jugement pèse alors sur le juge comme une contrainte de rationalité. Le recours aux éléments clés de la rationalité formelle du jugement valide la pertinence intellectuelle et juridique de l'interprétation subjective et la légitime par son adéquation au texte d'une valeur universelle et générale. Max Weber indiquait à ce titre que la codification juridique et l'usage des textes légaux formaient l'*alpha*, et disons-le, l'*omega*, de la rationalisation formelle du droit. Les règles écrites, constituant un recours

⁹⁷ NIETZSCHE F., *La Volonté de puissance*, II, trad. G. Bianquis, Paris, Tel/Gallimard, 1995, p. 219.

⁹⁸ ALLARD J., « Dworkin, une philosophie critique du jugement », *Revue internationale de philosophie*, 2005/3, n° 233, p. 310.

fiable, permettraient *in fine* au justiciable d'«*évaluer rationnellement les conséquences juridiques et les chances de leur action*»⁹⁹.

La Cour de cassation est le recours juridique ultime, celui de la légalité du droit. C'est à elle que revient, nécessairement, le dernier mot et les textes juridiques écrits jouissent assurément d'une présomption de rationalité formelle. La motivation enrichie a donc pour finalité de renforcer la légitimité du jugement. L'explication et l'interprétation littérale minutieuse des textes rassurent et veulent témoigner, au moins en apparence, d'une prévisibilité de la solution. La motivation enrichie, traduisant majoritairement la part de rationalité formelle du jugement, renvoie assurément à une vision positiviste de la décision de justice. La Cour de cassation convoque la loi et l'interprétation se cantonne à un exercice de connaissance et de compréhension du texte. Pour satisfaire la quête de rationalité qui seule légitime le jugement, la motivation, même enrichie, doit conserver, en pratique, cette apparence de rationalité formelle. L'étude des arrêts les plus récents rendus avec une motivation enrichie témoigne de cette nécessité.

B. L'exigence de rationalité *dans l'arrêt et par-delà l'arrêt.*

20. Plan. Dans l'arrêt, la motivation enrichie doit respecter l'exigence démocratique de rationalité formelle (1). Il reste qu'en dehors de l'arrêt, cette exigence fondamentale de légitimité démocratique s'efface et l'obstacle à enrichissement substantiel de la motivation disparaît (2).

1. La prédominance des arguments textuels dans l'arrêt

21. La rationalisation par le texte. En se plaçant dans la perspective de cette quête de rationalité, l'on comprend plus aisément pourquoi l'enrichissement de la motivation repose encore aujourd'hui, au sein des arrêts, quasi exclusivement

⁹⁹ WEBER M., *op. cit.*, p. 167

sur le recours massif aux arguments juridiques légaux et supra légaux. Ces derniers constituant les arguments d'une autorité supérieure¹⁰⁰.

Dans un arrêt du 16 novembre 2022, rendu à propos des manquements graves commis par un agent commercial¹⁰¹, la Cour de cassation invoquait les articles L. 134-12, alinéa 1, et L. 134-13 du code de commerce, transposant les articles 17 §3 et 18 de la directive 86/653/CEE relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants du 18 décembre 1986. Elle déclarait en faire une interprétation littérale : « *aux termes du premier de ces textes (...) selon le second* »¹⁰², puis elle affirmait, à la suite d'un revirement, que « *l'agent commercial qui a commis un manquement grave, antérieurement à la rupture du contrat, dont il n'a pas été fait état dans la lettre de résiliation et a été découvert postérieurement à celle-ci par le mandant, de sorte qu'il n'a pas provoqué la rupture, ne peut être privé de son droit à indemnité* ». Dans cette motivation enrichie, la Cour ne fait pas le compte-rendu d'une réinterprétation ni d'un réexamen des faits mais se contente d'affirmer la pertinence indiscutable de sa décision : « en considération de l'interprétation qui *doit* être donnée »¹⁰³. Elle semble opérer donc une réflexion qui est une corroboration par les textes de sa propre pensée. La motivation enrichie est un miroir qui réfléchit une décision qui a le caractère péremptoire de la loi. L'enrichissement de la motivation n'est, en somme, que purement formel puisque l'énoncé minutieux des textes ne suffit pas à faire la lumière sur les raisons du revirement.

De la même façon, dans un arrêt du 9 mars 2023¹⁰⁴, rendu à propos du préjudice de jouissance d'un bail commercial, la motivation n'est enrichie que sur le plan textuel : sur les sept paragraphes que constitue la motivation, quatre sont dédiés à l'énoncé des textes applicables. La Cour de cassation commence par énoncer la règle de l'article 1725 du Code civil, puis celle des articles 1726 et 1727. Elle pratique ensuite une explication de texte signifiant que, si celui est bien compris,

¹⁰⁰ LEQUET P., *art. cit.*, *LPA* 2023, p. 33 ; TRAULLÉ J., *art. cit.*, *D.* 2022, n° 3, p. 1567

¹⁰¹ Cass. com., 16 nov. 2022, n° 21-17.423.

¹⁰² Paragraphe 9 de la décision.

¹⁰³ Paragraphe 13 de la décision.

¹⁰⁴ Civ. 3^e, 9 mars 2023, n° 21-21.698.

il ne peut mener qu'à la décision prise : il « *résulte* » de ces textes, « *que le bailleur doit garantir son locataire du risque d'éviction c'est-à-dire du trouble apporté à sa jouissance par l'exercice d'une action concernant la propriété du fonds ou le risque d'une telle action par ceux qui disposent de droits incontestables de nature à contredire ceux conférés par le bailleur au locataire* ». Ici encore, l'argument d'autorité prime sur une motivation substantielle et atteste du but poursuivi : il ne s'agit pas de sonder les cœurs et les reins du juge ni de faire une dissection du jugement, il s'agit juste que la bouche de la loi soit encore mieux entendue. Il s'agit, en somme, davantage de renforcer que d'éclairer.

Pour autant, si l'exigence démocratique commande le respect d'une certaine neutralité et l'apparence d'un syllogisme juridique parfaitement rigoureux dans l'écriture du jugement, rien ne s'oppose à ce qu'un réel effort de justification substantielle soit transcrit, *ailleurs*.

2. L'enrichissement substantiel de la motivation par-delà l'arrêt.

22. De l'enrichissement *dans* l'arrêt à l'enrichissement *hors* de l'arrêt : la boucle bouclée. Nous le mentionnions déjà à l'orée de cette réflexion, une partie de la doctrine regrettait, dès les années 2000, que l'enrichissement de la motivation se concentre *hors* de l'arrêt, notamment dans le rapport annuel de la Cour de cassation¹⁰⁵. Pourtant, plus de vingt ans plus tard, force est de constater que c'est ce mouvement d'enrichissement *par-delà* l'arrêt qui prévaut sur l'enrichissement *dans* l'arrêt.

23. La généralisation de la diffusion des travaux préparatoires et notices explicatives. Aussi, la Cour de cassation généralise-t-elle, de plus en plus, la diffusion des travaux préparatoires à la décision¹⁰⁶ : les rapports du conseiller et

¹⁰⁵ LIBCHABER R., *art. cit.*, *RTD Civ.* 2000 p. 679.

¹⁰⁶ Pour les mois de février et mars 2023, c'est plus de dix décisions auxquelles sont associés ces documents : AP. 3 mars 2013, n° 22-81.097 (Rapport du conseiller, Avis de l'avocat général ; Communiqué) ; AP. 17 fév. 2023, n° 21-86.418 (Rapport du conseiller, Avis de l'avocat général ; Avis oral de l'avocat général ; Communiqué) ; Civ. 2^e, 16 fév. 2023, n° 21-11.600 (Avis de l'avocat général) ; Com. 15 fév. 2023, n° 21-13. 288 (Deux Rapport du conseiller, Avis de l'avocat

les avis oraux ou écrits de l'avocat général. Les argumentaires y sont développés de façon extrêmement riche et détaillée aussi bien en droit, qu'en fait. Cette méthode de communication mérite d'être approuvée. Cette mesure, participerait, selon le rapport de la Commission « Cour de cassation 2030 » de l'amélioration de « *la compréhension des arrêts* » et permettrait aux praticiens de mieux saisir « *les modes de raisonnement de la Cour de cassation, ce qui renforcerait l'influence de sa jurisprudence ainsi que la cohérence et la prévisibilité du droit* »¹⁰⁷. La publication des avis et rapports contribuerait, en outre « *à mieux hiérarchiser les précédents multiples que l'open data fournira sans les assortir des nuances indispensables* »¹⁰⁸. Surtout, concentrer la justification de la solution de l'arrêt *en dehors* de l'arrêt témoigne d'un compromis tout à fait respectueux entre le respect du principe démocratique, d'une part et, le renforcement nécessaire de la transparence, de la prévisibilité du droit et de la sécurité juridique, d'autre part.

En effet, les avis donnés le sont en nom propre — *le nom de l'avocat général est reporté sur l'avis* —, et les magistrats, partageant avec le justiciable tous les aspects de leur démarche intellectuelle, ne sont alors pas les porte-parole d'une vérité judiciaire émise par l'institution républicaine. D'ailleurs, le plus souvent, les avis sont rédigés à la première personne. Cette individualisation de l'avis échappe à la solennité hiératique d'une décision de la haute instance juridictionnelle. L'humain a ici droit de cité. Avec lui, des considérations extra juridiques peuvent être évoquées au service de l'argumentation dont le processus est esquissé. La lecture de certains avis permet d'ailleurs d'apprécier la manière dont l'argument extra juridique, notamment l'impact économique de la solution, vient « *corroborer l'argumentation construite à partir des*

général) ; Soc. 8 fév. 2023, n° 21-16.824 (Avis de l'avocat général) ; Soc. 8 fév. 2023, n° 21-10.270 (Avis de l'avocat général) ; Soc. 8 fév. 2023, n° 21-17. 971 (Avis de l'avocat général) ; Soc. 8 fév. 2023, n° 21-14. 451 (Notice au rapport annuel, Communiqué) ; Soc. 8 fév. 2023, n° 20-23.312 (Notice au rapport annuel, Communiqué) ; Com. 8 fév. 2023, n° 21-17.763 (Notice au rapport annuel) ; Soc. 1^{er} fév. 2023, n° 21-13.206 (Rapport du conseiller, Avis de l'avocat général) ; Soc. 1^{er} fév. 2023, n° 21-18. 990 (Rapport du conseiller, Avis de l'avocat général) ; Soc. 1^{er} fév. 2023, n° 21-15. 371 (Rapport du conseiller, Avis de l'avocat général ; Notice au rapport annuel).

¹⁰⁷ Rapport Commission « Cour de cassation 2030 », p. 67.

¹⁰⁸ *Ibid.*

précédents»¹⁰⁹. Notamment, dans l'un d'entre eux, l'avocat général avait mentionné le fait qu'il avait été requis du ministère de la Jeunesse et des Sports et de la Fédération française de rugby « *de se livrer à une étude d'impact financier sur les conséquences d'une transformation de la responsabilité pour autrui en matière sportive en responsabilité de plein droit* »¹¹⁰.

24. Conclusion. « *Never complain. Never explain* », la formule adoptée par plusieurs gouvernants britanniques – *Churchill, La Reine Elisabeth II* – interdisant la plainte et l'explication peut sembler une expression de dédain de la part de détenteurs du pouvoir. En effet, s'expliquer, c'est toujours un peu se justifier. Plus précisément, se justifier, c'est admettre que l'on pourrait être d'avis que vous avez tort. C'est, en tous cas, un certain aveu de faiblesse. La « faiblesse » du jugement est constituée d'une nébuleuse très variée d'éléments, plus ou moins contingents, plus ou moins subjectifs, factuels, circonstanciels et en tous cas appartenant à des réalités autres que la norme. Impossible à recenser, ces données qui accompagnent l'acte de juger et qui pèsent sur lui, prises en compte volontairement ou non, nécessaires ou non, sont la vie même dans laquelle l'objet d'un jugement et son auteur s'inscrivent. Or cette vie, cette humanité, c'est l'impermanence, le mouvement et le mouvant, le particulier et le sensible, c'est le contradictoire et le fluctuant. Lorsque la Cour de cassation indique qu'elle offre aux juges du fond l'appréciation souveraine des faits, est-ce à dire qu'elle prétend les avoir totalement dédaignés ? Pas exactement : mais elle les a considérés déjà inclus dans la judiciarisation opérée en amont qui avait, en quelque sorte, changé leur nature. De la même façon, en tant que porte-parole de la loi, la haute juridiction confère au droit une légitimité indépassable : la légitimité démocratique de la loi, à travers la loi, jusqu'à la loi. Ainsi, lorsqu'elle parle de l'interprétation qui « *doit* » être donnée, fait-elle référence à un devoir intellectuel et moral. L'allemand fait d'ailleurs bien la différence entre *sollen* — ce devoir-être impératif — et *müssen* qui évoque en revanche une absolue

¹⁰⁹ LEROY G., « Vers une exposition raisonnée de l'argument conséquentialiste dans la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *Les cahiers de Portalis*, 2022/1, n° 9, p. 181.

¹¹⁰ DUPLAT J., avis sur Cass., ass. plén., 29 juin 2007, n° 06-18.141

contrainte physique. N'y avait-il donc pas une autre interprétation possible? Peut-être... Mais la décision prise annihile ces possibilités, assume l'autorité, l'unicité, l'obligatorité indiscutable d'une loi et de son interprétation. Si l'on accorde quelques crédits à ces considérations, ne faut-il pas en conclure qu'il y aurait une certaine contradiction entre cette nécessité d'une hauteur qui garantisse la légitimité, la permanence, l'infaillibilité de principe d'un ultime recours et la demande d'un accroissement de la glose juridique *dans* l'arrêt? La tradition de sobriété des motivations pourra-t-elle être, sans dommage, abandonnée?