

COUR DE CASSATION

RAPPORT DE LA COMMISSION DE RÉFLEXION SUR LA COUR DE CASSATION 2030

2030

Juillet 2021



Avant-propos

« Toute institution vieillit. On perd de vue les principes directeurs comme un navire voit disparaître les côtes, et il faut au commandant faire le point régulièrement, pour savoir où il va. »

Pierre Bellet (premier président de la Cour de cassation, 1977-1980)

Dans un monde soumis à des mutations rapides, à des crises fréquentes et à des tensions fortes, le droit peut et doit favoriser l'adaptation, la solidarité et la pacification de notre société. À côté des autorités politiques qui fixent les règles de droit, les juges qui les appliquent aux situations concrètes ont, à ce titre, une responsabilité essentielle. Il en est tout particulièrement ainsi de la Cour de cassation, qui interprète et unifie le droit dans de multiples domaines déterminants pour la vie de nos concitoyens. C'est la forte conscience de cette responsabilité qui a conduit la première présidente et le procureur général à ouvrir une réflexion sur la place et le fonctionnement de cette juridiction dans les dix prochaines années.

Ils ont confié cette tâche à une commission de douze membres, composée de magistrats, d'avocats, d'universitaires, de membres de la fonction publique et du monde de l'entreprise, venant de Paris et de la province, de France et de l'étranger, riches d'expériences multiples et de sensibilités variées. Cette équipe a travaillé avec un sérieux remarquable et dans une ambiance chaleureuse. Elle a bénéficié du soutien précieux des cabinets de la première présidente et du procureur général, ainsi que de l'aide efficace de jeunes juristes en stage auprès de la Cour. Que tous trouvent ici l'expression de mon amicale reconnaissance. De multiples réunions, en sous-commissions thématiques ou en commission plénière, hélas trop souvent

à distance, de nombreuses auditions de personnalités remarquables et d'experts de grande qualité, des échanges approfondis notamment avec des magistrats de la Cour de cassation, des lectures, des notes, ont permis d'engranger une riche moisson, transformée en un rapport plus dense que nous ne l'avions imaginé.

Comme cela nous était demandé, nous y analysons d'abord les différents environnements de la Cour. Cette approche pourra paraître à certains loin des préoccupations de la justice. Mais, avec les réflexions sur la légitimité qui les suivent et les complètent, ces développements contribuent à donner la juste perspective de la place de cette grande institution. Nous suggérons ensuite des améliorations de l'organisation et du fonctionnement de la Cour, qui nous sont apparues nécessaires pour lui permettre de remplir au mieux ses missions dans les temps qui viennent. Le périmètre qui nous était attribué est trop vaste pour que nous cherchions l'exhaustivité. La perspective temporelle fixée par notre lettre de mission est suffisamment longue pour que nous ne nous arrêtions pas aux contraintes du moment. Nous avons donc choisi de faire une place particulière à quelques grands thèmes, parmi lesquels : l'ouverture de la Cour, les synergies conduisant à mobiliser des capacités d'intelligence collective, les moyens permettant de répondre à l'exigence d'excellence qu'une cour supérieure doit remplir, l'indispensable effort de communication...

Sans chercher à surprendre, ni entrer dans le détail de la mise en œuvre des réformes préconisées, nous proposons plusieurs voies novatrices, telles que : l'introduction de l'opinion séparée, la « procédure interactive ouverte », l'accueil de juges de juridictions supérieures d'États membres de l'Union européenne pour siéger à la Cour avec voix consultative, l'accroissement des compétences du Tribunal des conflits, etc. Mais nous portons aussi une réelle attention au travail quotidien de la Cour en soulignant la nécessité de créer un service d'appui aux magistrats, d'améliorer l'articulation des travaux du siège et du parquet général dans l'intérêt commun, de faciliter le fonctionnement de la demande d'avis que peuvent présenter les juridictions du fond, de mettre en place, en étroite relation avec les cours d'appel, un « Observatoire des litiges judiciaires ».

Les membres de la commission ont constaté que les juges de la Cour de cassation irriguent en permanence de leurs décisions, parfois de leurs doutes et de leurs hésitations, tous les magistrats, les professionnels du droit, les citoyens. Ils ont ainsi été conscients que le rapport qu'ils élaboraient ne portait pas seulement sur une institution mais sur la Justice elle-même, sur la façon dont toutes les instances judiciaires permettent en temps réel, de manière la plus efficace possible, la réalisation du droit.

Comme on le voit, même si l'objet de ce rapport est la Cour de cassation en 2030, il ne constitue pas un essai d'anticipation judiciaire. Penser l'avenir, ce n'est pas tenter de le prédire. L'exercice serait trop aléatoire et assez vain. C'est bien plutôt penser le présent pour contribuer à l'ouvrir à tous les possibles. Dans le champ de la justice, cela consiste à éclairer les voies nouvelles permettant aux magistrats de rendre des décisions répondant toujours mieux aux demandes des justiciables, tout en protégeant fermement les valeurs dont ils sont comptables, dans une démocratie vivante mais fragile.

Vient maintenant pour nous le temps d'être jugés sur le rapport que nous déposons. Que ceux qui nous liront sachent que leur attention justifie nos efforts. Que ceux qui nous critiqueront de façon constructive soient convaincus qu'ils nous enrichiront. Que ceux qui nous approuveront poursuivent dans les voies que nous avons ouvertes. Pour moi, fier de la confiance qui m'a été accordée, reconnaissant de l'occasion qui m'a été donnée d'exprimer mes convictions et heureux des amitiés que j'ai trouvées dans cette entreprise, je regarderai avec autant de confiance que d'exigence la Cour de cassation aller vers son avenir.

André Potocki
Juge

Paris, le 23 avril 2020



Lettre de mission
- Cour de cassation du futur - 2020-2030 -

Monsieur le Juge,

Riche d'une longue histoire et en charge de fonctions éminentes, la Cour de cassation est, depuis sa création, placée au cœur de l'ordre juridique national. Les responsabilités qu'implique cette position lui font un devoir essentiel de s'adapter, au-delà de ce cadre initial, aux évolutions rapides d'un monde en perpétuel changement. Il y va de son efficacité et de sa légitimité en sa qualité de gardienne du droit et des libertés individuelles.

Depuis septembre 2019, nous avons affirmé notre volonté commune de poursuivre et développer les réformes déjà initiées. Pour cela, plusieurs groupes de travail chargés de trouver des réponses ajustées aux défis actuels ont été créés. Ces structures internes, dont les travaux sont en voie d'achèvement, ont déjà produit des éléments féconds que nous entendons mettre en œuvre rapidement.

Au-delà de ces projets en cours, il nous apparaît également indispensable de prolonger la réflexion sur la Cour de cassation dans une perspective à moyen terme. Une telle démarche permettra de donner sens et cohérence dans le temps aux efforts d'adaptation de notre juridiction.

A cette fin, nous avons décidé d'instituer une commission de réflexion ouverte sur l'extérieur, chargée de rassembler et d'analyser des éléments pertinents sur l'avenir de la Cour de cassation dans le rôle juridique et social déterminant qui est le sien.

Nous vous remercions très sincèrement d'avoir accepté de prendre en charge la conduite de ce projet « Cour de cassation du futur - 2020-2030 ». Nous savons que la variété de vos expériences professionnelles vous qualifie tout particulièrement pour assurer cette mission.

Pour mener à bien ce travail, il conviendra, d'abord, d'examiner les grandes tendances qui se dessinent dans l'environnement juridique, institutionnel et international de la Cour de cassation. Ces trois champs, ayant une forte influence sur le futur de la juridiction, sont traversés par des évolutions et des mutations déjà discernables, qui peuvent être projetées à moyen terme, à tout le moins sous forme d'hypothèses. Ce travail permettra de ne pas considérer la Cour de cassation de façon isolée mais de la placer dans un ensemble de phénomènes reliés entre eux et interdépendants.

Ensuite, à la lumière de cette première phase, une seconde étape vous conduira à envisager des orientations générales pour l'avenir de la Cour de cassation, accompagnées, autant que possible, de préconisations concrètes, aussi bien prospectives qu'actuelles. Ces suggestions pourraient porter, de façon non exclusive, sur l'activité juridictionnelle de la Cour de cassation, son organisation, la modernisation de ses moyens, son action internationale et sa politique de communication. Nous sommes conscients à cet égard de ce que, s'agissant de perspectives à moyen terme, les propositions de la commission devront être imaginatives et ne se prêteront pas toutes à une mise en œuvre à court terme.

Nous arrêterons d'un commun accord la composition de la commission dont vous dirigerez les travaux.

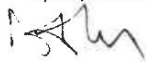
Vous procéderez aux auditions qui vous paraîtront nécessaires. A ce titre, l'examen de certains modèles étrangers serait évidemment profitable. De plus, nous souhaitons que l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation vous apporte sa contribution sous forme de consultations régulières, afin de tenir compte de son statut spécifique, et vous permette de bénéficier de sa connaissance approfondie de notre Cour, ainsi que de son expérience pratique du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Il nous apparaît également que les institutions représentatives des barreaux contribueront utilement à votre analyse des relations étroites que nous tenons à établir entre les juridictions du fond et la Cour de cassation. Enfin, les deux directions du greffe seront associées aux réflexions, en tant que de besoin.

Si la situation sanitaire vous permet de débiter vos travaux, comme nous le souhaitons, dès la fin du service allégé de l'été 2020, nous souhaiterions recevoir votre rapport au mois de septembre 2021 et avoir d'ici là des réunions d'étape trimestrielles avec la commission, pour procéder à un échange de vues sur l'avancement de vos réflexions.

La Cour de cassation, et en particulier les secrétariats généraux, vous apporteront tout le soutien nécessaire au bon déroulement de votre mission.

En vous renouvelant nos remerciements, nous vous prions de croire, Monsieur le Juge, à l'assurance de notre parfaite considération.

François Molins



Chantal Arens



Les membres de la commission de réflexion « Cour de cassation 2030 »

- **André Potocki**

Président de la Commission

André Potocki est conseiller honoraire à la Cour de cassation, où il a siégé pendant six ans.

De 1995 à 2001, il a été juge au Tribunal de première instance de l'Union européenne et, de novembre 2011 à juin 2020, il a siégé en qualité de juge élu au titre de la France à la Cour européenne des droits de l'Homme. Au cours de sa carrière, il a notamment occupé les fonctions de secrétaire général en juridiction, en particulier à la Cour de cassation, de chef du service des affaires européennes et internationales au ministère de la Justice et de vice-président de la Commission pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe.



- **Florence Bellivier**

Florence Bellivier, agrégée de droit privé, est professeur à l'Université Paris Nanterre.

Spécialiste des liens entre droit et évolutions scientifiques, elle s'intéresse aux bouleversements du droit pénal et du droit civil induits par les biotechnologies. Elle co-dirige, avec Christine Noiville, les Cahiers Droit, Sciences & Technologies.



- **Bruno Cathala**

Bruno Cathala est actuellement président de la chambre sociale de la Cour de cassation depuis octobre 2018.

Juge des enfants à Rouen puis à Nîmes, il fut détaché en qualité de maître de conférences à l'Ecole nationale de la magistrature. Président du TGI de Montargis, il occupa ensuite des fonctions de direction à l'administration centrale du ministère de la justice. Vice-président au TGI de Créteil en 1996, il fut nommé à l'Inspection générale des services judiciaires de 1999 à 2002. Détaché auprès Ministère des affaires étrangères, il occupa les fonctions de Greffier adjoint du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de La Haye (2001) puis de directeur des services communs (2002) et de Greffier (2003) à la Cour pénale internationale. Nommé président du tribunal de grande instance d'Evry en 2008, puis premier



président de la Cour d'appel de Douai en 2014, il rejoint la Cour de cassation en septembre 2017.

- ***François Feltz***

François Feltz est premier avocat général honoraire à la Cour de cassation. Actuellement, il préside le Collège de déontologie du ministère de la justice.

Après un premier poste en qualité de substitut au tribunal de grande instance de Reims à sa sortie de l'Ecole nationale de la magistrature en 1979, François Feltz a poursuivi sa carrière au sein du parquet, en devenant successivement premier substitut auprès du tribunal de grande instance de Laon, puis substitut général près la cour d'appel de Douai. En 1991, François Feltz choisit de rejoindre l'inspection générale des services judiciaires où il officia pendant neuf années. A l'issue de cette période, il fut nommé procureur de la République près le tribunal de grande instance de Poitiers puis, en 2005, avocat général au sein de la cour d'appel de Paris. En novembre 2009, il est nommé à la tête du parquet général de la cour d'appel d'Orléans, avant de se voir confier, en janvier 2012, la direction de l'inspection générale des services judiciaires (actuelle inspection générale de la justice). Enfin, d'octobre 2015 à juin 2018, il exerce les fonctions de Premier avocat général à la Cour de cassation à la deuxième chambre civile.



- ***Catherine Lesage***

Catherine Lesage, avocat spécialisé en droit immobilier, droit commercial des affaires et de la concurrence, ancien Bâtonnier, est avocat honoraire depuis le 1 Juillet 2019 après 42 années d'exercice professionnel au barreau de Nantes. Elle fut élue au conseil de l'Ordre en 1984, élection renouvelée régulièrement. Elue dans le même temps, Bâtonnier désigné (2006), Bâtonnier du barreau de Nantes (2007 - 2008) et membre du Conseil National des barreaux durant 2 mandats (2006 - 2011), elle s'impliqua au sein des Commissions « Règles et Usages » et « Formation » avec également un rôle actif dans le Groupe « Arbitrage » qu'elle contribua à créer, ainsi que dans l'organisation à Nantes de la Convention Nationale des Avocats. Au rang des mandats exercés ensuite figurent, ceux de Président du Conseil régional de discipline, Membre de la Commission de contrôle des CARPA, responsable de pôle à l'Ecole des Avocats du Grand Ouest. Elle est actuellement membre du Comité scientifique de la Commission Formation du Conseil National des Barreaux, ambassadeur de la Fondation de l'Université, et finalise une formation de médiateur.



- ***François Molinié***

François Molinié est avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Ancien premier secrétaire de la conférence du stage des avocats aux Conseils, il est actuellement le Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Il est également Vice-président de la Société de législation comparée.



- ***Angelika Nussberger***

Angelika Nussberger est professeure de droit constitutionnel, de droit international et de droit comparé à l'Université de Cologne.

Ses recherches portent sur le développement du droit constitutionnel des États d'Europe centrale et orientale, le développement de la compétence des cours constitutionnelles, l'influence du droit international public sur le développement du droit interne et le droit social international. Elle dirige l'Institut für osteuropäisches Recht und Rechtsvergleichung (droit de l'Europe de l'Est et droit comparé) de l'Université de Cologne depuis 2002. Elle fut élue, au titre de l'Allemagne, juge à la Cour européenne des droits de l'homme en 2010, puis Vice-présidente en février 2017, fonction qu'elle occupa jusqu'en janvier 2020.



- ***Xavier Ronsin***

Xavier Ronsin est depuis mai 2016 premier président de la Cour d'Appel de Rennes et a présidé la conférence nationale des premiers présidents de cour d'appel.

Il a été directeur de l'École nationale de la magistrature (ENM) de 2012 à 2016. Il a également été juge d'instruction à Lorient et Chartres puis procureur de la République près les tribunaux de grande instance de Roanne et de Nantes. Ancien directeur adjoint de l'administration pénitentiaire (2002 à 2004) il est l'un des rédacteurs des Règles pénitentiaires européennes, adoptées en janvier 2006 par le Comité des Ministres de la Justice du Conseil de l'Europe. Ancien membre de 2007 à 2017 du Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants au titre de la France, expert auprès de la CEPEJ sur les sujets d'intelligence artificielle, il a également été membre de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH).



- ***René Sève***

René Sève est directeur des archives de philosophie du droit, contrôleur budgétaire et comptable ministériel.

Précédemment, il a été directeur de recherche au CNRS et directeur de cabinet du secrétaire d'État au Commerce extérieur. Nommé contrôleur général économique et financier, il a été chef de la mission de Contrôle économique et financier de l'Audiovisuel public, puis directeur général du Centre d'analyse stratégique (qui a succédé au Commissariat général du plan).



- ***Christophe Soulard***

Christophe Soulard est actuellement président de la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis juillet 2017.

Il y avait précédemment exercé les fonctions de conseiller référendaire, avant d'être nommé premier vice-président au tribunal de grande instance de Metz, puis de réintégrer la Cour de cassation en qualité de Conseiller. Au cours de sa carrière, il a également exercé pendant 3 ans des fonctions au sein de la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg et dirigé, pendant 6 ans, un institut européen de formation en droit communautaire destiné aux juges et fonctionnaires des pays membres de l'Union ou candidats à l'adhésion.



- ***Carol Xueref***

Carol Xueref est administratrice au sein des entreprises IPSEN et Eiffage et membre du conseil d'administration de l'Association des Juristes Franco-Britanniques.

Précédemment, elle a été membre du collège de l'autorité de la concurrence et membre fondateur du cercle Montesquieu (association des directeurs juridiques) et secrétaire générale de l'entreprise Essilor International.



- ***Sandrine Zientara-Logeay***

Sandrine Zientara-Logeay est, depuis 2018, avocate générale à la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Ancienne Directrice de la Mission de recherche Droit et Justice, elle a été coordinatrice du rapport « La Féminisation des métiers du Ministère de la Justice » de l'Inspection générale de la justice. Entrée dans la magistrature en 1990, elle a exercé des fonctions du parquet (comme substitut du procureur à Brest) et du siège (comme juge à Mayotte et vice-président en Polynésie française) et a été avocate générale référendaire à la chambre sociale et à la chambre criminelle de la Cour de cassation. Elle a été aussi en poste à l'administration pénitentiaire, notamment comme chef du bureau du droit pénitentiaire.



Liste des recommandations de la Commission de réflexion « Cour de cassation 2030 »

Une Cour suscitant l'adhésion à son autorité

1. Accroître la diversité du recrutement des membres de la Cour (paragraphe 2.2.1.2)

Renforcer la confiance dans le processus d'élaboration des décisions :

2. Utiliser plus souvent la motivation enrichie, en y intégrant non seulement la dimension juridique de l'arrêt mais également des explications destinées à faciliter sa compréhension par le plus grand nombre. (2.2.2.2)
3. Ouvrir la possibilité d'intégrer une opinion minoritaire dans la motivation d'un arrêt, sous une forme anonyme et avec l'accord de la majorité. (2.2.2.2)
4. Organiser sur certaines « affaires phares » un débat exceptionnel, appelé « procédure interactive ouverte ». (2.2.2.3)

Ouvrir la Cour de cassation aux regards extérieurs :

5. Instaurer un mécanisme de retour sur expérience en procédant à l'examen rétrospectif annuel d'un échantillon de décisions de la Cour. (2.2.3.2)
6. Instituer une relation étroite et permanente de la Cour avec la recherche afin de favoriser une connaissance « réflexive » et prospective de ses activités. (2.2.3.3)

Une Cour à la hauteur de la complexité du droit

Structurer le dialogue des juges :

7. Présenter explicitement les analyses de la Cour lorsqu'elle interroge une des deux cours européennes sur une question de droit. (3.1.1.1)
8. Promouvoir un dialogue international proactif en appliquant une stratégie clairement déterminée. (3.1.1.2)
9. Permettre à des juges de juridictions supérieures d'États membres de l'Union européenne de siéger à la Cour avec voix consultative. (3.1.1.2)
10. Créer une structure permanente de dialogue entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. (3.1.1.3)
11. Instituer une procédure formelle d'avis entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. (3.1.1.3)
12. Accroître les compétences du Tribunal des conflits. (3.1.1.3)
13. Alléger les conditions de recevabilité des demandes d'avis présentées par les juridictions du fond. (3.1.1.4.1)
14. Instituer auprès du SDER, et en lien avec la bibliothèque de la Cour de cassation, un « service central de documentation judiciaire » pour toutes les juridictions du fond. (3.1.1.4.1)
15. Organiser annuellement une séance de travail entre chaque chambre de la Cour et des membres des cours d'appel. (3.1.1.4.1)
16. Faciliter, au cours de la vie professionnelle des magistrats, des alternances entre des fonctions à la Cour de cassation et au sein des juridictions du fond. (3.1.1.4.1)
17. Faire que le pourvoi en cassation soit pleinement une voie d'achèvement en renforçant, dans l'intérêt du justiciable, l'autorité des arrêts de cassation et en étendant le champ de la cassation sans renvoi. (3.1.1.4.2)

Amplifier l'intelligence collective de la Cour :

18. Assurer une veille intellectuelle sur les évolutions significatives de la société et du droit et notamment sur les « sujets d'intérêt public majeur ». (3.1.2)
19. Instituer des « conférences élargies d'évaluation de la jurisprudence ». (3.1.3)

Accroître les ressources intellectuelles de la Cour :

- 20.** Reconnaître l'apport du parquet général et adapter ses tâches et son mode de fonctionnement. (3.2.1.1)
- 21.** Créer un grand service d'appui aux magistrats. (3.2.1.2)

Garantir la nécessaire prévisibilité du droit :

- 22.** Rendre progressivement plus fréquente la publication du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général. (3.2.2.2)
- 23.** Mieux identifier et développer le circuit de l'urgence de la Cour de cassation. (3.2.2.3)
- 24.** Mettre en place, au sein de la Cour, un « Observatoire des litiges judiciaires ». (3.2.2.4)

L'indispensable amélioration des moyens informatiques de la Cour de cassation :

- 25.** Renforcer rapidement et profondément le système d'information de la Cour de cassation. (3.3.1)
- 26.** Accroître l'autonomie informatique de la Cour de cassation. (3.3.2)
- 27.** Développer les outils d'échanges virtuels pour les magistrats de la Cour de cassation. (3.3.4)
- 28.** Rendre possible un échange de données entre la Cour de cassation et les cours d'appel afin d'optimiser le traitement de certains pourvois. (3.3.5)
- 29.** Doter la Cour de cassation des moyens nécessaires pour relever le défi de l'open data des décisions judiciaires. (3.3.6)

Une Cour visible, intelligible, accessible

- 30.** Promouvoir une communication par et sur les acteurs de la Cour, conforme à leur déontologie. (4.1.1.1 et 4.1.1.2)
- 31.** Modéliser une stratégie proactive de communication, notamment sur les affaires d'intérêt public majeur. (4.1.1.3)

- 32.** Filmer et diffuser les séances préparatoires publiques et les audiences dans les affaires relevant de la procédure interactive ouverte. (4.1.1.3)
- 33.** Créer un conseil de juridiction de la Cour. (4.1.2)
- 34.** Renforcer substantiellement les moyens matériels et humains du service de communication. (4.2.1. et 4.2.2)
- 35.** Doter la Cour d'une fonction de porte-parole. (4.2.1)
- 36.** Créer la Web TV de la Cour. (4.2.2)
- 37.** Engager une réflexion sur la modernisation et la simplification des dénominations, symboles et costumes dans l'ensemble des juridictions judiciaires. (4.3)

Table des matières

Première partie

Le renforcement des valeurs

en réponse à l'intensification des défis 19

1.1. Un monde sous tensions 20

1.1.1. L'empreinte de la globalisation 20

1.1.2. L'impact de la géopolitique 22

1.1.3. La fragilisation des modèles de gouvernance démocratique 23

1.1.4. La réduction des espaces de débat démocratique 24

1.2. Affirmation des valeurs démocratiques et accroissement de la complexité du droit 26

1.2.1. Enracinement des valeurs démocratiques
par la densification des sources supra-législatives 26

1.2.1.1. De la loi au droit 26

1.2.1.1.1. *Internationalisation croissante et européanisation du droit* 26

1.2.1.1.2. *Centralité de la Constitution* 27

1.2.1.2. Primauté des valeurs démocratiques 27

1.2.1.2.1. *Le renouveau universel des droits de l'homme* 27

1.2.1.2.2. *La primauté conventionnelle au service des valeurs* 28

1.2.1.2.3. *La « constitutionnalisation du droit »* 28

1.2.2. Multiplication des sources et mutations méthodologiques 29

1.2.2.1. Complexité des articulations institutionnelles et normatives 30

1.2.2.2. Enrichissement des processus de décision 31

Deuxième partie

Une Cour suscitant l'adhésion à son autorité 32

2.1. La nécessité d'une légitimité repensée 33

2.1.1. Une mission essentielle :
garantir la fonction protectrice de la prééminence du droit 33

2.1.2. Une exigence accrue :
asseoir la légitimité d'une fonction normative élargie 37

2.2. Les facteurs indispensables de légitimité39

2.2.1. La confiance dans les juges	39
2.2.1.1. Impartialité, déontologie et responsabilité des magistrats de la Cour.....	39
2.2.1.2. Accroître la diversité du recrutement des membres de la Cour.....	41
2.2.2. La confiance dans le processus d'élaboration des décisions.....	42
2.2.2.1. Diversité des circuits de traitement et confiance dans le circuit court.....	42
2.2.2.2. Renforcer la motivation des arrêts et introduire « l'opinion séparée intégrée »	44
2.2.2.3. Organiser un débat exceptionnel sur certaines « affaires phares » : la « procédure interactive ouverte »	46
2.2.3. L'ouverture de la Cour aux regards extérieurs.....	47
2.2.3.1. La question de l'évaluation	47
2.2.3.2. Instaurer un mécanisme d'examen rétrospectif d'un échantillon des décisions de la Cour.....	48
2.2.3.3. Ouvrir la Cour à la recherche	49

Troisième partie

Une Cour à la hauteur de la complexité du droit 51

3.1. L'enrichissement de la Cour par l'intelligence collective52

3.1.1. Structurer le dialogue des juges	52
3.1.1.1. Intensifier le dialogue avec les juridictions européennes et internationales.....	52
3.1.1.2. Instaurer un dialogue proactif avec les juridictions supérieures judiciaires étrangères.....	53
3.1.1.3. Organiser le dialogue avec les autres juridictions supérieures nationales : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat	54
3.1.1.4. Créer les conditions d'un dialogue renouvelé avec les juridictions du fond.....	55
3.1.1.4.1. Renforcer les échanges.....	55
3.1.1.4.2. Renforcer la cohérence.....	56
3.1.2. Assurer une veille intellectuelle sur des « sujets d'intérêt public majeur »	59
3.1.3. Instituer des « conférences élargies d'évaluation de la jurisprudence »	60

3.2. L'exigence d'excellence dans la mise en œuvre du droit.....62

3.2.1. Accroître les ressources intellectuelles de la Cour	62
3.2.1.1. Bénéficier pleinement de l'apport du parquet général.....	62

3.2.1.2.	Créer un grand service d'appui aux magistrats	65
3.2.2.	Garantir la nécessaire prévisibilité du droit	67
3.2.2.1.	De la sécurité juridique à la prévisibilité	67
3.2.2.2.	Développer les efforts en faveur de la prévisibilité du droit	68
3.2.2.3.	Prendre en considération l'urgence	70
3.2.2.4.	Mettre en place, au sein de la Cour, un « Observatoire des litiges judiciaires ».....	71

3.3. L'indispensable amélioration des moyens informatiques de la Cour.....73

3.3.1.	Régénérer le système d'information de la Cour	73
3.3.2.	Accroître l'autonomie informatique de la Cour	74
3.3.3.	Rénover le « bureau virtuel » des conseillers à la Cour.....	74
3.3.4.	Créer un espace délibératif virtuel pour les magistrats de la Cour....	75
3.3.5.	Rendre possible un échange de données avec les juridictions du fond.....	75
3.3.6.	Relever le défi de l'open data des décisions judiciaires.....	76

Quatrième partie

Une Cour visible, intelligible, accessible78

4.1. Définir une politique de communication audacieuse : un enjeu majeur pour la Cour au XXIème siècle79

4.1.1.	Promouvoir une image de la Cour conforme à la réalité	81
4.1.1.1.	Faire connaître l'institution	81
4.1.1.2.	Incarner les acteurs.....	82
4.1.1.3.	Développer la communication sur les affaires particulières	83
4.1.2.	Créer un conseil de juridiction de la Cour.....	85

4.2. Construire un grand service de communication.....86

4.2.1.	Accroître les moyens humains de la communication	86
4.2.2.	Adapter ses outils à des publics ciblés.....	86

4.3. Moderniser les dénominations, représentations et symboles : l'exigence de simplification87

Introduction

La Cour de cassation est en osmose avec le monde qui l'entoure et il est essentiel qu'elle en ait conscience. Par mutations brusques ou par évolution progressive, notre environnement aux composantes multiples exerce une profonde influence sur toutes les institutions, y compris juridictionnelles, et notamment les cours supérieures. Observer ce phénomène offre des clefs pour comprendre leur situation présente et fournit des pistes pour préparer leur adaptation à l'avenir. C'est pourquoi la lettre de mission instituant notre commission nous a invités à « ne pas considérer la Cour de cassation de façon isolée mais [à] la placer dans un ensemble de phénomènes reliés entre eux et interdépendants ». A cette fin, il nous a été demandé « d'abord, d'examiner les grandes tendances qui se dessinent dans l'environnement juridique, institutionnel et international de la Cour de cassation ». A cette demande la première partie du rapport apporte une réponse qui permettra de mieux comprendre les principaux défis auxquels la Cour de cassation sera confrontée au XXI^{ème} siècle (partie 1). Les trois parties suivantes, plus programmatiques, développent les analyses et recommandations proposées par la commission pour permettre à la Cour¹ de relever ces différents défis. Pour assurer la prééminence des valeurs démocratiques, la légitimité de la Cour et l'adhésion à son autorité devront être renforcées (partie 2). Afin de faire face à la complexité du droit, la Cour devra s'enrichir par l'intelligence collective, gagner en excellence et optimiser l'usage des nouvelles technologies (partie 3). Enfin, la Cour devra réussir sa révolution communicationnelle pour devenir plus visible, lisible et accessible (partie 4).

¹ Conformément à l'usage, le terme « la Cour », écrit avec une majuscule, désigne nécessairement la Cour de cassation.

Première partie

Le renforcement des valeurs en réponse à l'intensification des défis

Multidimensionnel, espace de diversité et de relations coopératives ou conflictuelles, changeant au rythme du temps, l'environnement, ou plus exactement « les » environnements, de la Cour de cassation sont marqués par une complexité et une instabilité porteuse de multiples défis pour celles et ceux qui ont mission de « rendre la justice ».

1.1. Un monde sous tensions

1.1.1. L'empreinte de la globalisation

C'est sans doute cette contraction du temps et de l'espace, que l'on a coutume de désigner par le mot de « globalisation »², qui marque immédiatement celui qui observe notre environnement. Ce phénomène est en relation avec celui, proche mais différent, de la « mondialisation » avec laquelle on pourrait le confondre. Cette dernière recouvre essentiellement une ouverture progressive du monde aux échanges de toutes natures. « La mondialisation est un processus historique de diffusion spatiale de l'information à travers les frontières nationales, fruit de l'ouverture des mentalités, du progrès technique et des échanges culturels et économiques »³. La globalisation, pour sa part, est définie comme issue de la conjonction d'une doctrine, le « néolibéralisme »⁴, et de fortes mutations technologiques. Si le néolibéralisme n'est plus revendiqué ouvertement comme il l'était dans les années quatre-vingts, il conserve encore une forte influence dans certaines sphères économiques et politiques. Cette doctrine se caractérise par « la soumission de l'action individuelle et publique à la rationalité économique (l'individu calculant, l'État entrepreneur), la promotion unilatérale de la 'concurrence' dans toutes les sphères de la société, un étatisme renforcé mis au service du marché et un horizon d'« égale inégalité pour tous »⁵. Le développement vertigineux des techniques de

traitement et de transmission des informations ainsi que la baisse des coûts et le gigantisme des moyens de transport, notamment maritimes, ont favorisé une concurrence s'exerçant d'autant plus facilement sur des marchés immenses que les autorités politiques ont procédé à l'élimination des obstacles au commerce et à l'investissement par une politique de mise en compétition active. L'interaction entre néolibéralisme et révolution technologique a conduit à l'intégration des marchés à l'échelle globale, à la dématérialisation des échanges et à la financiarisation des activités. La structuration de l'économie globale s'en trouve à son tour profondément modifiée : un réseau complexe de chaînes de valeurs imbrique désormais les économies nationales dans des processus transfrontières sophistiqués, mêlant la coopération, l'interdépendance et la concurrence. Dans ce contexte ont surgi des entreprises multinationales, grandes banques, principaux constructeurs automobiles ou « GAFA », dont la puissance dépasse souvent celle des États.

Même si les diverses crises qui se sont succédé ont conduit à mettre en cause la place centrale concédée à « l'entreprise de soi », que promeut la globalisation, celle-ci, indissociable des avancées des nouvelles

² Sur l'idée que la globalisation dont il est question ici n'est pas la première dans l'histoire moderne : D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000*, in D.M. Trubek & A. Santos (eds), *The New Law And Economic Development* 19 (2006), 25–71.

³ M. Bruley, « Système d'Information Décisionnel » (https://www.decideo.fr/bruley/Definition-de-la-globalisation-ne-pas-confondre-mondialisation-et-globalisation_a159.html)

⁴ Le néolibéralisme se distingue nettement du libéralisme, auquel il s'oppose même sous certains aspects. Cf. M. Føssel « Néolibéralisme versus libéralisme ? » (<https://esprit.presse.fr/article/michael-foessel/neoliberalisme-versus-liberalisme-14660>)

⁵ M. Føssel *ibidem*

technologies, est un phénomène pérenne, dont l'influence sur le droit et la justice, en particulier dans le champ économique, ne peut être ignorée. Quelques observations, nécessairement lacunaires, méritent d'être gardées à l'esprit. Dans la logique néolibérale, le droit n'est porteur d'aucun projet collectif ; il ne constitue qu'un ensemble d'informations qui, comme les prix, permet aux particuliers de déterminer la stratégie qui leur paraîtra la plus adaptée pour satisfaire leurs intérêts personnels. Au surplus, « en permettant de rompre avec l'unité de temps, de lieu et d'action qui caractérise l'organisation traditionnelle du travail (Perin, 1998 ; Lallé, 1999), les TIC [technologies de l'information et de la communication] permettent le développement de nouvelles formes de travail *déspatialisé* (...)»⁶ » C'est pourquoi, fonctionnellement et intellectuellement, la globalisation porte un puissant mouvement de privatisation de l'ensemble du droit : ce sont essentiellement les individus qui règlent par le contrat la multiplicité de leurs relations et les États sont incités à intégrer la valeur d'efficacité au service d'une concurrence aussi libre que possible⁷. En conséquence, tandis que les juridictions administratives

ont vu leur champ de compétence partiellement réduit⁸, les juridictions judiciaires sont confrontées, dans le domaine des relations privées, à une puissante concurrence de la part des organismes d'arbitrage mais aussi par des modes alternatifs de résolution voire d'évitement des conflits. En outre, la mondialisation, au sens rappelé ci-dessus, irrigue l'ensemble des contentieux, même ceux qui ne comportent pas de dimension internationale car elle « opère une mise en présence de cultures, d'idées et de concepts qui imprègnent tous les secteurs, et donc également le droit et la justice »⁹ et « le 'monde qui nous entoure' dans ce sens-là est comme un environnement (c'est la métaphore qu'employait Foucault), qui exerce une pression de manière diffuse, latérale et enveloppante »¹⁰. A la fois partenaire des cours supérieures des principaux pays et guide des juridictions judiciaires internes, la Cour de cassation est mise au défi de connaître, comprendre et maîtriser ce vaste mouvement d'idées, de débats et d'influences qui anime perpétuellement l'espace judiciaire mondial : « Le juge français sera plus reconnu par le monde à mesure de ce qu'il reconnaîtra le monde dans ses propres jugements »¹¹.

⁶ L. Taskin, « La déspatialisation, enjeu de gestion », - *Revue française de gestion*, 2010/3 (n° 202), pages 61 à 76

⁷ Cet aspect peut être rapproché des propos d'Alain Supiot tenus lors de son audition par la commission, le 18 décembre 2021 : « [la révolution informatique] pousse à voir dans les individus des particules communicantes et contractantes et la société comme une poussière d'individus qui s'ajustent mutuellement par des calculs. Ces individus étant armés des mêmes droits, la règle est « que le meilleur gagne ». L'horizon d'une telle représentation est une contractualisation intégrale des rapports sociaux. L'État lui-même est conçu comme une entreprise. On oublie que ce qui fait une société, telle que définie déjà dans le Digeste, c'est un projet commun, c'est-à-dire une troisième dimension, qui transcende les relations bilatérales entre individus. Or la notion dominante aujourd'hui, qui a du reste été consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme, est celle du « vivre ensemble », c'est-à-dire d'une juxtaposition d'individus » Annexe n° 2.14.

⁸ Outre le mouvement de privatisation d'entreprises qui relevaient du domaine du droit administratif, la manifestation la plus symbolique de cette évolution est la loi n° 874-99 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire.

⁹ A. Garapon, « Le monde, un défi pour le juge français du XXI^e siècle », *Les Cahiers de la Justice*, 2013/3

¹⁰ Idem.

¹¹ Ibidem.

1.1.2. L'impact de la géopolitique¹²

Pour beaucoup de juristes, il n'est peut-être pas évident que la situation géopolitique soit pertinente pour envisager l'avenir de la Cour de cassation. Pourtant, à maints égards, l'action de celle-ci peut être influencée, voire conditionnée, par des tensions ou des conflits de cet ordre. Il suffit de penser, à titre d'illustration, à la nature de certains contentieux contractuels spécifiques, via le contrôle des sentences arbitrales, à la situation juridique de migrants fuyant des zones de guerre, à des procédures pénales anti-terroristes dérogatoires, aux conséquences de la gestation pour autrui pratiquée licitement à l'étranger sur les actes de l'état civil d'un Etat qui l'interdit, etc. De même, la coopération judiciaire, qu'il s'agisse de vérifier la validité de mécanismes d'entraide ou de nouer des relations intellectuelles avec des juridictions d'autres États, est en résonance avec cette dimension internationale. Par ailleurs, la mise en œuvre des normes internationales comporte des enjeux de souveraineté qui doivent être connus d'une juridiction du niveau de la Cour de cassation.

Sans entrer dans une analyse détaillée des évolutions en cours, certaines d'entre elles méritent d'être soulignées. Tout d'abord, les luttes pour l'hégémonie mondiale ou régionale, dans un monde où le leadership américain est devenu à la fois relatif et contesté, conduisent à des tensions répétées, qui affaiblissent les structures multilatérales et fragmentent le droit international public. Ensuite, la multiplication et la superposition

des crises graves de toutes natures (financière, budgétaire, migratoire, terroriste, environnementale et climatique, sanitaire) désorientent les gouvernements, constituent des épreuves pour la solidarité des États au détriment des plus faibles, suscitent parmi les populations inquiétude et contestation. Au surplus, la zone de stabilité et de richesse progressivement construite par l'intégration européenne est elle-même fragilisée. La difficulté à décider ensemble d'une politique commune en matière de migration, la recherche d'un équilibre entre l'obligation de

" Ainsi, la Cour de cassation doit penser son proche avenir dans un environnement géopolitique européen et international complexe et troublé. "

protéger les populations contre les agressions terroristes et celle de respecter les droits fondamentaux, la crise financière traversée par la Grèce en 2008, la sécession chaotique du Royaume-Uni, la distance prise par certains pays d'Europe centrale avec les valeurs fondatrices de l'Union européenne ont créé des clivages dangereux entre les États membres. Les forces centrifuges qui s'exercent dans de telles occasions mettent en cause le principe moteur de « confiance légitime » entre les États membres et sont susceptibles de paralyser le fonctionnement des instruments de coopération et de régulation très intégrés institués par l'Union européenne¹³. Dans ce contexte, le nécessaire dynamisme du dialogue entre les cours

¹² Désignant au sens strict une rivalité de pouvoirs sur ou pour du territoire, le terme de « géopolitique » est utilisé ici dans l'acception plus large qui lui est fréquemment donnée de rivalités entre des pouvoirs étatiques ou paraétatiques portant sur des espaces d'influence, en y incluant les crises qui influent sur ces rivalités. (cf. Y. Lacoste, « Définir la géopolitique » (<https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/277002-definir-la-geopolitique-par-yves-lacoste>))

¹³ Construits en vue de prévenir l'usage de la force par les échanges économiques, ces mécanismes sont aussi destinés désormais à protéger les citoyens européens, ce qui rend préoccupant leur dysfonctionnement : en témoignent les hésitations des juges de certains États membres à mettre en œuvre le mandat d'arrêt européen à la demande d'un autre État membre contre lequel la Commission européenne invoque l'existence d'un risque clair de violation grave de l'état de droit (cf. pour la Pologne : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-07/cp180113fr.pdf>)

supérieures nationales et les deux cours européennes doit être conduit en ayant à l'esprit l'importance du dispositif juridictionnel européen et sa relative fragilité.

Ainsi, la Cour de cassation doit penser son proche avenir dans un environnement géopolitique européen et international complexe et troublé.

1.1.3. La fragilisation des modèles de gouvernance démocratique¹⁴

Bénéficiant de la réorganisation et de la relance économique mises en œuvre à l'issue de la Seconde guerre mondiale, soudées par la bipolarisation instituée par la « guerre froide » et par le dynamisme économique et social des « Trente glorieuses », les démocraties libérales occidentales ont eu un bref sentiment d'accomplissement et de pérennisation de leur modèle lors de l'effondrement du bloc soviétique¹⁵. Depuis lors, les crises économiques et financières, les guerres, les migrations, le terrorisme, la menace environnementale et la pandémie changent la donne pour les démocraties libérales, assaillies par le doute sur elles-mêmes et des contestations multiples. Elles coexistent dans le monde avec des zones de profond chaos et de misère extrême, ainsi qu'avec des régimes autoritaires, dont certains manifestent des réminiscences impériales.

Les démocraties libérales font face à une double menace. A l'intérieur, leur modèle est mis en cause du fait de la convergence de ressentiments suscités par de multiples facteurs : défiance des citoyens à l'égard des responsables politiques, perçus comme lointains et dépassés ; accroissement des inégalités¹⁶ sous l'effet de la concurrence mondiale et des technologies destructrices d'emplois ; fragmentation d'une population

que ne soude plus une culture commune et que divisent des discriminations encore chroniques. S'est ainsi installé ce que l'historien belge David Van Reybrouck qualifie de syndrome de « fatigue démocratique ». A l'extérieur, un modèle concurrent a surgi, incarné par plusieurs grandes puissances, « qui se revendique comme plus stable, plus efficace et plus apte à répondre aux attentes du peuple que la démocratie, qu'il s'agisse de prospérité, de cohésion sociale ou de sécurité [...] [Ce modèle] se caractérise par un mode de gouvernement autoritaire organisé autour du culte d'un homme fort et de l'exacerbation des passions identitaires, nationales et religieuses »¹⁷. Au cœur même de l'Europe, une version atténuée de ces régimes s'est progressivement affirmée dans des pays qui avaient connu la démocratie avant d'être intégrés dans le bloc soviétique. Désignés par le politologue américain Fareed Zakaria comme des « démocraties

¹⁴ Sur le concept de « gouvernance », préféré ici à celui de « gouvernement », v. P. Kjaer, *Between Governing and Governance. On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, Hart publishing, Oxford, 2010.

¹⁵ « De son côté, Francis Fukuyama rencontrait une audience mondiale en affirmant que l'histoire, elle aussi, touchait à sa fin. Ce par quoi il fallait comprendre non pas qu'il n'y aurait plus d'événements ni de conflits, mais qu'on ne pourrait désormais plus imaginer d'autre forme d'organisation politique plausible que celle reposant sur le couplage de l'économie de marché et d'un système de démocratie parlementaire » : A. Caillé, P. Chanial, et F. Gauthier, « Présentation », *Revue du MAUSS*, vol. 49, no. 1, 2017, pp. 5-26.

¹⁶ T. Piketty, *Capital et idéologie*, Le Seuil, p. 36 et s. Pour la France, le constat peut être plus nuancé, compte tenu notamment du maintien du système de protection sociale (voir, à cet égard, H. Le Bras, *Se sentir mal dans une France qui va bien. La société paradoxale*, L'Aube, 2019).

¹⁷ N. Baverez, « Les démocraties contre la démocratie », *Pouvoirs*, 2019/2, n° 169.

illibérales », ces modes de gouvernance qu'illustrent notamment la Hongrie et la Pologne, ont réduit considérablement les libertés, s'appliquant prioritairement à prendre le contrôle de la justice, des médias et des universités et à limiter strictement toutes les formes d'opposition.

Dans les pays démocratiques, une dangereuse conjonction s'opère entre, d'une part, la rareté et la précarité des emplois, dont la rémunération est utilisée comme variable d'ajustement dans un environnement de concurrence sévère, et, d'autre part, l'accroissement des inégalités entre ceux capables de s'adapter à des mutations économiques incessantes et les autres. Se forme ainsi une « société du déclassement »¹⁸. La fragilisation de l'Etat-providence et l'inégal accès au progrès social développent des ressentiments que capte aisément un populisme dont les thèmes simplificateurs séduisent ceux qui se sentent laissés pour compte. La tentation est alors forte de rechercher des suffrages en instrumentalisant des thèmes aussi éruptifs que celui de l'identité ou de la laïcité dans des populations marquées par les diversités multiples et par des menaces aussi radicales que la grande pauvreté et le terrorisme. Ce risque est accru par le fait qu'à la

jonction du géopolitique, du politique et du privé, il est manifeste que « loin que les

" Il appartient à la Cour de développer des pratiques propres à susciter la confiance dans l'action des juges. "

croyances et les passions religieuses se retrouvent toujours plus confinées dans l'espace privé, elles font en réalité de plus en plus irruption dans l'espace public, jusqu'à se retrouver au cœur des débats politique les plus centraux et les plus chauds d'aujourd'hui »¹⁹.

Ce mélange de doute, de déception et de contestation marque les contentieux soumis à la justice. Il suscite également, à côté de critiques légitimes, des réactions aussi irrationnelles que violentes aux arrêts que rend la Cour de cassation dans des domaines où le droit tangente la politique. Il appartient à la Cour de développer des pratiques propres à susciter la confiance dans l'action des juges. C'est notamment à la recherche de telles pratiques que le présent rapport entend contribuer.

1.1.4. La réduction des espaces de débat démocratique

Confrontés à la complexité et aux incertitudes d'une organisation sociale qui ne satisfait pleinement ni le besoin de sécurité ni l'exigence de liberté, ne disposant plus de repères idéologiques ou religieux, isolés par la disparition des collectivités familiales, professionnelles ou de proximité sociale, que ne pallient pas les relations virtuelles qu'offre Internet, beaucoup d'individus se sentent désorientés dans ce que le sociologue Zygmunt Bauman a qualifié, par une métaphore fameuse, de « modernité liquide ». Ils

sont alors exposés à des tentations régressives pouvant prendre de multiples formes : repli majoritaire et violence minoritaire, fermeture nationaliste, fondamentalismes religieux, refus de la réalité, etc.

Étudiant les mécanismes d'adhésion aux idéologies totalitaires, le sociologue et psychanalyste allemand Erich Fromm a montré comment le sentiment d'impuissance et de dévalorisation pousse les individus à la violence : « Je peux échapper aux sentiments de

¹⁸ O. Nachtwey, *La société du déclassement : la contestation à l'ère de la modernité régressive*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2020.

¹⁹ A. Caillé, P. Chanial, et F. Gauthier, « *Présentation* » *précitée*.

ma propre impuissance vis-à-vis du monde qui m'est extérieur en le détruisant »²⁰.

généralisé éclipsent les options élaborées dans un dialogue réfléchi.

" Elle détient institutionnellement une puissante autorité qu'il lui faut mettre en œuvre avec attention, ouverture et mesure, en faisant de l'élaboration de la justice un espace vivant de dialogue démocratique. "

Nombreux sont ceux qui, face à une réalité dont ils peinent à accepter les contraintes et les frustrations, s'engagent dans une relativisation systématique de l'objectivité factuelle, que les réseaux sociaux amplifient au-delà de toute limite. Au mieux, l'*advocacy* (le plaidoyer, la sensibilisation) remplace l'*accuracy* (l'exactitude, la précision). Mais bien souvent, l'idée même d'une vérité objective est niée. Pour utiliser des expressions américaines devenues courantes, les efforts de *fact checking* (vérification factuelle) ne peuvent désactiver les flots de *fake news* (informations fallacieuses ou « infox »). Entretenu par de puissants groupes de pression et par des personnalités politiques en charge des plus hautes responsabilités, le déni s'installe face à de graves menaces collectives, telles que la crise climatique, l'épuisement des ressources naturelles et la fracture sociale. Les mesures radicales et simplificatrices, comme l'accroissement massif de la répression, la fermeture des frontières, le contrôle social

mis à discussion et réfutation, le tout dans une acceptation partagée de la vérité au moins factuelle²¹. C'est ce débat que les facteurs actuels de crispation sociale tarissent, risquant de stériliser ainsi la démocratie elle-même. Il appartient aux institutions structurant la société de travailler à le revivifier. Si le devoir des responsables politiques à cet égard est essentiel, la justice, et donc la Cour de cassation, doit être un acteur de premier plan. Elle dispose pour cela de puissants atouts car il lui revient de traiter les situations conflictuelles au moyen d'outils procéduraux exprimant des valeurs de loyauté, de respect et d'écoute, sous le regard de l'opinion publique. Elle constitue donc un laboratoire et une vitrine de « sociabilité démocratique ». Elle détient institutionnellement une puissante autorité qu'il lui faut mettre en œuvre avec attention, ouverture et mesure, en faisant de l'élaboration de la justice un espace vivant de dialogue démocratique.

²⁰ Dans un livre fameux, *La peur de la liberté*, publié en 1941, Erich Fromm a étudié les mécanismes socio-psychologiques qui expliquent l'adhésion à des idéologies autoritaires comme le nazisme ou le fascisme.

²¹ Cette réflexion sur la démocratie, que Karl Popper a transposée de sa pensée scientifique vers la science politique, a été élaborée dans plusieurs ouvrages et conférences et notamment, *The Open Society and its enemies*, Londres, Routledge & Kegan, 1945.

1.2. Affirmation des valeurs démocratiques et accroissement de la complexité du droit

Le droit français, et notamment ses branches civile et pénale qu'applique la Cour de cassation, traverse depuis plus d'un demi-siècle une période de profonde et rapide mutation qui, même si elle est bien connue, mérite d'être rappelée car elle oriente une partie des

choix pour l'avenir. En un mot, ses sources normatives se sont multipliées, entraînant à la fois un rehaussement du statut juridique des droits fondamentaux et une complexité croissante de la mise en œuvre du droit interne.

1.2.1. Enracinement des valeurs démocratiques par la densification des sources supra-législatives²²

1.2.1.1. De la loi au droit

Historiquement organisé autour du légicentrisme et de la souveraineté nationale, le droit français est désormais un ensemble composite de normes d'origines diverses, faisant une large place aux droits fondamentaux.

1.2.1.1.1. *Internationalisation croissante et européanisation du droit*

Le développement de la mondialisation et la multiplication des échanges de toute nature qui en est résulté ont accru la nécessité de disposer d'instruments juridiques permettant d'ordonner ces relations toujours plus denses entre des ensembles juridiques, politiques et culturels différents. Les mécanismes classiques du droit international privé et les règles de droit pénal international ont élaboré progressivement, selon des schémas très sophistiqués, des

répartitions de souveraineté concernant la loi applicable, le juge compétent et l'exécution des décisions de justice. Sur certains sujets qui s'y prêtaient, notamment en raison de leur internationalité, des réseaux de conventions internationales toujours plus denses se sont développés, offrant des règles substantielles unifiées ou des mécanismes améliorant la coopération interétatique²³.

" Historiquement organisé autour du légicentrisme et de la souveraineté nationale, le droit français est désormais un ensemble composite de normes d'origines diverses, faisant une large place aux droits fondamentaux. "

²² Une étude plus approfondie que ne le permet le présent rapport devrait également faire une place aux sources infra-législatives et notamment à la *soft-law* : cf. sur ce point M. Ailincăi (dir.), *Soft Law et droits fondamentaux*, Pedone, 2017.

²³ Parmi celles qu'utilisent fréquemment les magistrats, on peut mentionner à titre d'illustration : la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 ; la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; les conventions de l'Organisation internationale du travail ; de

La construction européenne a produit une accélération spectaculaire dans le rapprochement de nombreux États du continent. Ceux qui sont parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention européenne des droits de l'homme ou la CEDH) ont intégré des standards minimaux communs des droits et libertés énoncés par cet instrument international et ceux d'entre ces pays qui sont également membres de l'Union européenne sont entrés dans un important processus d'unification économique et juridique toujours en cours.

1.2.1.1.2. *Centralité de la Constitution*

La Constitution de 1958 et ses évolutions successives donnent une place centrale à la Constitution, que traduit la montée progressive du rôle du Conseil constitutionnel, et relativisent corrélativement la loi traditionnellement conçue comme expression de la volonté générale. Comme le relève Pierre Brunet, en énonçant que « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution²⁴ », le Conseil constitutionnel a opéré un glissement en vertu duquel « parce que la loi doit être conforme à la Constitution, elle doit être contrôlée conformément à la Constitution ; parce que la volonté générale réside dans la Constitution, ceux qui en assurent le respect apparaissent à certains comme des représentants »²⁵.

1.2.1.2. **Primauté des valeurs démocratiques**

1.2.1.2.1. *Le renouveau universel des droits de l'homme*

La puissance destructrice de la Seconde guerre mondiale et le naufrage humanitaire qui l'avait précédée et accompagnée ont conduit à une réaction collective de grande portée. Sont ainsi apparus les premiers piliers d'une véritable justice pénale internationale : l'Accord de Londres du 8 août 1945 instituant le Tribunal militaire international de Nuremberg chargé de juger « les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe » et la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, inspirée par l'action de Raphael Lemkin²⁶. Au-delà de cet objectif de répression justifié par l'ampleur des crimes commis, les droits de l'homme trouvèrent un puissant appui au sein de l'Organisation

des Nations Unies, fondée en 1945 pour assurer la paix en tirant les leçons de l'échec de la Société des Nations (SDN). En 1948 fut adoptée la Déclaration universelle des droits de l'homme proclamant les valeurs humanistes et leur nécessaire protection par le droit. Cette déclaration, véritable matrice des droits fondamentaux, comporte un préambule solennel dans lequel on peut notamment lire ces deux affirmations célèbres : « Considérant qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression, (...) Considérant que les États Membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (...) ». Malgré sa

nombreuses conventions bilatérales en matière d'entraide pénale internationale conclues avec des pays non membres de l'Union européenne, etc.

²⁴ Décision 85-197 DC, 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

²⁵ P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, vol. 114, no. 3, 2005, pp. 5-19.

²⁶ R. Badinter « De Nuremberg à la Haye », *Revue internationale de droit pénal*, 2004/3-4 (Vol. 75), pp. 699-707. Voir également sur cette période le très beau livre de Philippe Sands, *Retour à Lemberg*, Albin Michel, 2017.

grande autorité morale, ce texte n'a pas de force normative. C'est en 1966 que l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté deux traités qui en concrétisent le contenu : le Pacte des droits civils et politiques et le Pacte des droits économiques, sociaux et culturels. Toutefois, même s'ils ont été ratifiés par de nombreux États, l'application effective de ces textes rencontre de multiples obstacles. Dans les faits, pour ce qui concerne le continent européen, la mise en œuvre tangible des droits les plus importants qu'ils consacrent s'est effectuée par les deux grands traités qui ont structuré la construction européenne.

1.2.1.2.2. La primauté conventionnelle au service des valeurs

Le noyau dur de la Déclaration universelle des droits de l'homme a été repris dans la Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome en 1950. Plusieurs facteurs expliquent l'empreinte profonde et dynamique de cette dernière sur l'ordre juridique français : politiquement, elle établit un lien explicite dans son préambule entre les libertés fondamentales et « un régime politique véritablement démocratique » ; juridiquement, en vertu de l'article 55 de la Constitution, elle dispose d'une autorité normative supra-législative ; fonctionnellement, elle apporte une nouveauté décisive, en instituant une juridiction chargée d'en assurer le respect et l'interprétation, qui peut être saisie, après épuisement des voies de recours internes, par toutes les personnes qui se prétendent victimes d'une violation des droits qu'elle protège ; en outre, elle bénéficie devant les juridictions

internes d'une invocabilité directe qui en assure largement la diffusion dans les rapports de droit.

Cette révolution normative et axiologique est puissamment soutenue par l'Union européenne, pilier central de la construction européenne, issue après métamorphoses successives du Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome en 1957. Initialement orientée vers les domaines économiques, cette organisation dispose d'un pouvoir intégrateur particulièrement efficace. Développant progressivement ses compétences au-delà de son champ économique d'origine, elle a d'abord accueilli l'essentiel des droits protégés par la CEDH, avant d'être elle-même dotée d'une « Charte des droits fondamentaux », reflet modernisé de la CEDH. Toutefois, consacrant à la fois des droits et des principes, l'intensité normative de ses dispositions fait l'objet d'une jurisprudence

" Cette révolution normative et axiologique est puissamment soutenue par l'Union européenne, pilier central de la construction européenne. "

complexe de la Cour de justice²⁷. Ce mouvement conventionnel de promotion des droits de l'homme a été encore renforcé par le phénomène interne de « constitutionnalisation » du droit.

1.2.1.2.3. La « constitutionnalisation du droit »

Une fois passé le bouillonnement révolutionnaire, les textes constitutionnels français ont été essentiellement consacrés aux règles d'organisation et de fonctionnement de l'Etat. Comme pour le développement conventionnel des droits de l'homme, c'est le naufrage des valeurs fondamentales ayant abouti à la Seconde guerre mondiale qui a

²⁷ Cf. notamment dans le domaine social : A. Bailleux, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *Revue de droit social*, 2014/3, pp. 284-308 (https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A166471/datastream/PDF_01/view).

inspiré la nécessité de les introduire dans les constitutions, afin de faire obstacle à l'adoption de lois susceptibles de les violer à nouveau. L'Allemagne et l'Italie ont donné un exemple que la France a suivi de façon plus limitée en insérant dans la Constitution de 1946 un préambule contenant notamment une référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », sans les identifier. Le très court préambule de la Constitution de 1958 « proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme (...) tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ». Ce n'est donc pas le texte de la Constitution mais l'action créatrice du Conseil constitutionnel qui a conduit progressivement à faire du droit constitutionnel le soubassement de la plupart des autres domaines du droit.

Sortant de son rôle limité de gardien du domaine réglementaire contre les incursions du pouvoir législatif, le Conseil constitutionnel a mené une action active et audacieuse au soutien des droits et libertés. Il a franchi le Rubicon par la fameuse décision du 16 juillet 1971, relative au contrat d'association²⁸, en donnant valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution, ce qui lui a permis de fonder son contrôle sur la catégorie ouverte des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », mentionnée dans le préambule de la Constitution de 1946. « Bien plus, le Conseil constitutionnel s'est référé à des catégories de droits et libertés qui n'étaient pas prévues dans le texte de la Constitution. Tel est le cas de la catégorie des « principes et règles à valeur constitutionnelle » et de celle des «

objectifs à valeur constitutionnelle ». Ce faisant, le Conseil constitutionnel manifeste un double pouvoir créateur : il crée la catégorie et les principes, droits ou libertés qu'il y inclut²⁹. » Au surplus, cette méthode lui a permis de prendre en compte de façon flexible les exigences de la CEDH. Le caractère transversal des droits fondamentaux l'a conduit ainsi à tisser une jurisprudence s'insérant dans de multiples champs juridiques avec lesquels le droit constitutionnel n'avait jusque-là que peu de liens. Son pouvoir politique a été sensiblement accru par la loi constitutionnelle de 1974, ouvrant la saisine *a priori* du Conseil constitutionnel à un groupe de soixante députés ou de soixante sénateurs. Son pouvoir juridictionnel a été démultiplié par la réforme constitutionnelle 2008, créant un contrôle *a posteriori* permettant à tout justiciable de contester, devant le juge en charge de son litige, la constitutionnalité d'une disposition législative applicable à son affaire. Ce développement de la justice constitutionnelle a constitué un « changement de paradigme [qui] s'accompagnait nécessairement de la prise en compte d'une nouvelle discipline juridique, le droit constitutionnel considéré pendant longtemps et par beaucoup comme un non-droit ou un droit qui n'était pas sérieux, mais qui devait devenir le droit de la Constitution entendue comme la source ou le fondement des autres droits »³⁰. « Par conséquent, les juristes de ces disciplines doivent acquérir le réflexe constitutionnel, l'ordre juridique étant petit à petit imprégné de la Constitution »³¹. Comme on le sait, ce mouvement est loin d'être propre à la France et constitue même le nouvel état d'une conscience juridique du monde occidental³² et au-delà.

1.2.2. Multiplication des sources et mutations méthodologiques

²⁸ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

²⁹ V. Champeil-Desplats, *Analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les droits fondamentaux*, [not set], Jan 2008, Sendai, Japon. hal-01667059.

³⁰ M. Verpeaux, « Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit », *RFDA*, 2014, p.1203.

³¹ *Idem*.

³² V. Duncan Kennedy, *op cit*.

1.2.2.1. Complexité des articulations institutionnelles et normatives

Comme le soulignent les développements qui précèdent, le véritable changement de paradigme tient à la multiplicité, la diversité et l'enchevêtrement des sources normatives que le juge doit identifier et conjuguer harmonieusement pour trancher des litiges complexes. Le droit des libertés, dont l'étendue s'est considérablement accrue, en est un exemple frappant : « (...) plus que toutes les autres disciplines juridiques, le droit des libertés est celle qui trouve simultanément son fondement dans les sources constitutionnelles, européennes et internationales »³³. Mais beaucoup d'autres domaines du droit sont également concernés : « Le droit du travail se crée aussi à Bruxelles, avec les directives de l'Union européenne (UE) plus nombreuses qu'on ne le pense généralement en droit social, à Luxembourg avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), à Strasbourg avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), à Genève avec le droit produit par l'Organisation internationale du travail dont il faut rappeler que la France est le deuxième État membre après l'Espagne quant au nombre de conventions ratifiées. Or, le seul qui puisse coordonner ces différentes normes juridiques pour en faire un système cohérent, sinon harmonieux, en tout cas praticable pour les employeurs, les salariés et les organisations syndicales, c'est le juge »³⁴. Ce « système de pluralité des centres de production normative »³⁵ confronte tous les juges, et spécialement les cours supérieures

qui guident et coordonnent leur action, au défi de la complexité du droit qui reflète celle du monde. Mais il leur offre par là-même des outils sophistiqués pour transformer cette contrainte en richesse.

Le juge est ainsi fréquemment placé dans un dédale, au sein duquel il lui faut, pour s'orienter, prendre en compte de délicates articulations institutionnelles et normatives. Se trouvant dans une situation d'appartenance simultanée à plusieurs ordres juridiques, il ne peut plus se limiter à invoquer la seule hiérarchie des normes. Il doit combiner celles-ci au moyen de règles parfois difficiles à déterminer, en veillant à respecter des équilibres subtils pour ne pas

" Le juge est ainsi fréquemment placé dans un dédale, au sein duquel il lui faut, pour s'orienter, prendre en compte de délicates articulations institutionnelles et normatives. "

menacer la stabilité de l'ensemble. Comparant les cours dans cette situation d'interdépendance aux éléments d'un mobile, le président de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne soulignait « qu'aucun d'entre eux ne tourne autour de son axe, mais que chacun entretient avec les autres un dialogue permanent et imaginaire déclenché par leurs mouvements »³⁶. Même si d'indispensables relations d'autorité existent, elles ne se réduisent pas à une soumission hiérarchique mais font place à une interaction permanente et féconde. C'est dire que cet exercice, qui conjugue maîtrise technique, créativité et diplomatie, participe d'une

³³ J. Andriantsimbazovina, « 'Vivre ensemble' et droit des libertés », *AJDA*, 26 octobre 2020.

³⁴ J.-G. Huglo, « Le rôle de la Cour de cassation dans l'articulation des normes en droit du travail », *Droit social*, 2017, p.404.

³⁵ Idem. Cette formulation est plus adaptée à notre réflexion que celle de « pluralisme juridique », lequel s'applique à l'étude des normes d'origine non-étatique et inclut fréquemment une approche anthropologique et sociologique. Cf. P. Schiff Berman, « Le nouveau pluralisme juridique », *Revue internationale de droit économique*, 2013/1-2 (t. XXVII), pp.229-256.

³⁶ Prof. Dr. Andreas Vosskuhle, discours à l'occasion de l'audience solennelle d'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, le 31 janvier 2014 (https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_FRA.pdf).

forme nouvelle d'éthique en ce qu'il commande d'animer mais aussi de protéger un système de droits et de libertés qui constitue

un bien commun pour toutes les juridictions, à qui il doit permettre d'assurer cohérence et sécurité juridique.

1.2.2.2. Enrichissement des processus de décision

Les articulations normatives qui découlent de cette diversité conduisent à intégrer et faire cohabiter des modes de raisonnement

circonstances posent de nouveaux problèmes qui sollicitent selon une fréquence croissante le pouvoir normatif de la Cour de cassation. Le dialogue avec d'autres cours, nationales ou étrangères, constitue alors une source précieuse d'inspiration. La motivation des arrêts n'est plus seulement l'énoncé d'une solution sèchement logique mais un pont construit entre les interrogations des parties, souvent largement partagées au sein de la société, et la capacité des juges à élaborer une réponse

" La formulation des droits fondamentaux est par nature ouverte, le principe et la règle s'y mêlent de façon étroite, rendant nécessaire une interprétation créatrice de la part du juge. "

multiples. Beaucoup savent maintenant que la place du syllogisme, si cher aux juristes français, est désormais limitée. Les juges intègrent dans leur processus décisionnel de nouveaux instruments, tels que la proportionnalité, la balance des intérêts ou encore certains raisonnements téléologiques.

Cette complexité ne doit pas être disqualifiée en la désignant comme une pathologie du droit. Elle traduit les mutations rendues nécessaires pour s'adapter à des contentieux qui portent la complexité du monde. Ainsi, les trois démarches mentionnées ci-dessus, la proportionnalité, la balance des intérêts et certains raisonnements téléologiques, répondent à la nécessité d'arbitrer au plus juste de fréquents conflits de valeurs et d'intérêts trop délicats pour être résolus de façon binaire. La formulation des droits fondamentaux est par nature ouverte, le principe et la règle s'y mêlent de façon étroite, rendant nécessaire une interprétation créatrice de la part du juge. Les progrès scientifiques, notamment dans différentes branches de la médecine, l'évolution des mœurs, le refus des discriminations dans une population multiculturelle et bien d'autres

porteuse de sens, de cohérence et d'adhésion. Dans ces affaires, issues du monde tel qu'il est, se jouent l'autorité et le crédit de la justice.

Cet examen des grandes tendances de l'environnement juridique, institutionnel et international de la Cour de cassation souligne le poids de ses responsabilités et l'importance des défis qu'il lui appartient de relever. Au sein d'un monde complexe et instable, elle doit apparaître comme une source d'autorité légitime, apportant à tous la protection que constitue la prééminence du droit et répondant à la demande de justice selon des modalités transparentes et ouvertes. Chargée de coordonner l'interprétation et l'application d'un droit composite, difficile d'accès et de maniement, il lui appartient de pleinement mettre en œuvre toutes les ressources dont elle peut disposer. Pour mener à bien cette mission, selon l'exhortation de Mireille Delmas-Marty, « (...) il faudra inventer et pratiquer une pédagogie de la complexité pour éviter ce qu'on pourrait appeler la démagogie de la simplicité »³⁷.

³⁷ Entretien publié dans *Le Point*, le 26 mars 2020.

Deuxième partie

Une Cour suscitant l'adhésion à son autorité

2.1. La nécessité d'une légitimité repensée

2.1.1. Une mission essentielle : garantir la fonction protectrice de la prééminence du droit

Pour naviguer dans l'environnement précédemment décrit, complexe, instable et soumis à des tensions multiples, cet « océan mondialisé » selon une métaphore qui lui est chère, Mireille Delmas Marty imagine une boussole capable d'orienter « nos sociétés vers une gouvernance qui les stabilise sans les immobiliser et les pacifie sans les uniformiser » et un fil à plomb, symbolisant « une gouvernance mondiale dans laquelle la justice serait fortifiée par les humanismes juridiques et la force équilibrée par les principes régulateurs »³⁸.

Au premier rang de ces principes régulateurs figure l'Etat de droit. Ce concept, forgé dès le XIX^e siècle par les juristes allemands³⁹ puis français⁴⁰, désigne un Etat régi par le droit, à travers la construction d'un ordre juridique, auquel le pouvoir exécutif et l'administration sont soumis et qui est fondé sur la hiérarchie des normes. S'écartant de l'épure originaire d'une conception formaliste, la théorie a trouvé en Europe, après la Seconde guerre mondiale, une consécration

en droit positif avec l'introduction du principe de *rule of law*⁴¹, ou prééminence du droit, à l'article 3 du statut du Conseil de l'Europe⁴². En rupture avec les régimes totalitaires reposant sur la négation des droits que les individus tirent de leur nature humaine, a émergé alors une conception davantage matérielle et substantielle de l'état de droit⁴³, qui implique l'adhésion aux droits fondamentaux et aux valeurs de la démocratie et l'instauration de mécanismes de garanties appropriés, reposant sur le contrôle du juge constitutionnel. Acquérant ensuite une dimension universelle et s'imposant « sur le mode de l'évidence »⁴⁴, le principe de prééminence du droit s'est élargi encore à partir des années quatre-vingts. D'une part, le *rule of law* apparaît dans une série de déclarations des Nations unies⁴⁵. D'autre part, sur fond de crise de l'Etat providence et de recul des modes et instances

³⁸ M. Delmas-Marty, Une boussole des possibles, Gouvernance mondiale et humanismes juridiques, Collège de France éditions, 2020.

³⁹ Sur la doctrine allemande du Rechtsstaat, voir notamment O. Jouanjan, *Figures de l'Etat de droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

⁴⁰ Léon Duguit, Maurice Hauriou puis Raymond Carré de Malberg, dans les premières années du XX^e siècle.

⁴¹ La *rule of law* britannique a été théorisée par Dicey (*Introduction to the Study of the law of the constitution*, 1885).

⁴² 5 mai 1949, il est associé au « principe en vertu duquel toute personne (...) doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

⁴³ Lorsque « état de droit » est la traduction de *rule of law*, et vise donc un ensemble de principes, la commission a fait le choix de l'écrire avec un « e » minuscule pour le différencier de l'Etat de droit qui désigne non la situation mais l'institution soumise au droit. Il convient de noter que la notion de *rule of law*, parfois traduite par prééminence du droit (par exemple dans le rapport sur la prééminence du droit adopté par la commission de Venise lors de sa 86^e session plénière, mars 2011), est désormais traduite dans les textes de la commission de Venise par Etat de droit (Liste des critères de l'Etat de droit adoptée lors de 106^e session plénière, mars 2016) et dans ceux de la commission européenne par état de droit (Rapport 2020 sur l'état de droit. La situation de l'état de droit dans l'Union européenne). La commission européenne comme la Cour de Strasbourg mettent une minuscule quand il s'agit de désigner l'état de droit en tant qu'ensemble de principes (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1602583951529&uri=CELEX%3A52020DC0580>).

⁴⁴ J. Chevallier, *L'Etat de droit*, LGDJ, 2017, p. 111.

⁴⁵ Déclaration du millénaire (8 septembre 2000), Déclaration du sommet mondial 2005 et Déclaration sur l'Etat de droit adoptée par l'Assemblée générale le 24 septembre 2012, selon laquelle « les droits de l'homme, l'Etat de droit et la démocratie sont interdépendants, se renforcent mutuellement et font partie des valeurs et principes fondamentaux, universels et indivisibles, de l'Organisation des Nations-Unies ».

traditionnels de régulation, les rapports sociaux se sont judiciairisés et le droit⁴⁶ est perçu comme permettant la refondation du lien social. En outre, la défense des droits des individus, auxquels la loi majoritaire ne peut porter atteinte, vient limiter l'emprise de l'Etat. Enfin, dans la période actuelle, se développent des réflexions autour d'un « état de droit mondial »⁴⁷, pensé non plus sous la figure de la pyramide de Kelsen mais sous celle du mobile de Calder, ou de la « boussole des possibles » de Mireille Delmas-Marty et qui, en l'absence d'Etat mondial, permettrait de faire face à la « polycrise » et de relever les défis communs, notamment environnementaux, sanitaires et sociaux, grâce à « une gouvernance par le droit »⁴⁸ fondée sur les « valeurs primordiales »⁴⁹.

La commission a fait le choix de s'appuyer, pour conduire sa réflexion, sur les critères du principe à valeur universelle de prééminence du droit ou d'état de droit, tels que définis par la commission de Venise⁵⁰ en raison de leur dimension synchrétique⁵¹ et plus opérationnelle que théorique. Ces critères, en leur dernier état⁵², s'organisent autour des cinq piliers que sont la légalité (entendue comme la nécessité d'encadrer par la loi l'exercice de la puissance publique), la sécurité juridique (qui implique notamment l'accessibilité, la prévisibilité et la non-rétroactivité de la loi), la prévention de l'abus de pouvoir (soit une protection contre le risque d'arbitraire), l'égalité devant la loi qui doit s'appliquer de la même manière à tous, et son corollaire, la non-discrimination, et enfin l'accès à un

juge, indépendant et impartial, selon une procédure équitable. La commission de Venise se réfère aussi à la notion d'inscription de l'état de droit « dans un environnement favorable » qui suppose de le relier non seulement aux droits de l'homme, en particulier les libertés fondamentales et la dignité, mais aussi à la démocratie. Selon la commission de Venise, « la démocratie implique l'association de la population aux décisions au sein d'une société (...). L'Etat de droit promeut la démocratie en établissant l'obligation pour les personnes exerçant la puissance publique de rendre compte et en garantissant les droits de l'homme, qui protègent les minorités contre les décisions arbitraires de la majorité »⁵³. Ainsi défini, l'état de droit ou la prééminence du droit ne constitue nullement un mantra, une incantation magique vide de sens précis comme d'aucuns ont pu le qualifier mais bien un dispositif structurant de nature à garantir la pleine effectivité des droits fondamentaux par l'accès au juge. Les cours supérieures sont ainsi au cœur du dispositif permettant d'assurer la prééminence du droit, à savoir, en France, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat - dont historiquement la théorie de l'Etat de droit et de l'encadrement des autorités publiques par le droit a d'abord légitimé la montée en puissance - et la Cour de cassation. Au sommet de l'ordre judiciaire, dans ses missions traditionnelles d'interprétation de la loi et de contrôle de l'application conforme de la règle de droit par les juridictions du fond, la Cour de cassation garantit à tous les citoyens l'application de la loi. Désormais

⁴⁶ Voir aussi sur les finalités du droit, J. Commaille, *À quoi nous sert le droit*, Gallimard, 2015 et F. Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2016.

⁴⁷ Audition de Mireille Delmas-Marty par la commission (annexe n°2.5).

⁴⁸ « Gouverner la mondialisation », in *Revue européenne du Droit* (RED), mars 2021. Voir notamment la contribution de Dominique Rousseau « Pour une gouvernance mondiale démocratique ».

⁴⁹ A savoir : fraternité et hospitalité inspirées par l'humanisme communautariste ; égalité et dignité, ou égale dignité, reliées à l'humanisme d'émancipation ; solidarité sociale et écologique, associée à l'humanisme des interdépendances, responsabilité et créativité comme conditions d'un humanisme de l'indétermination, op cit, RED, Mireille Delmas-Marty et Olivier Abel, dans la spirale des humanismes.

⁵⁰ La « Commission européenne pour la démocratie par le droit », dite commission de Venise, est un organe consultatif du Conseil de l'Europe, créé en 1990, qui traite des questions de démocratie, droits de l'homme et prééminence du droit et qui a notamment pour mission de contribuer au développement d'un patrimoine constitutionnel commun. Outre les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, 15 autres Etats non européens sont membres de la Commission de Venise.

⁵¹ Ils visent à assurer la conciliation des divers concepts de *Rule of law*, *Rechtsstaat* et *Etat de droit*.

⁵² Liste des critères de l'Etat de droit adoptée lors de 106ème session plénière, mars 2016 ; pour le détail de ces critères il convient de se référer à l'annexe n°1.1.

⁵³ *Idem*.

elle s'assure aussi que la loi et son application respectent non seulement la Constitution (par le biais du contrôle de constitutionnalité dont elle effectue le filtrage) mais encore les normes internationales intégrées dans l'ordre juridique français (par le biais du contrôle de conventionnalité), notamment la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La commission a pris la mesure, en France comme ailleurs, des contestations, empreintes de populisme ou davantage théorisées, classiques⁵⁴ ou plus récentes⁵⁵, adressées à l'état de droit qui, selon ces critiques, aboutirait à l'évidement de l'Etat par le droit et à ce que les droits fondamentaux, considérés comme droits des individus, s'opposent aux droits des peuples et à leur souveraineté. Certains brandissent ainsi le spectre du « gouvernement des juges »⁵⁶ et en viennent à envisager la remise en cause des engagements internationaux de la France. D'autres suggèrent la révision de la Constitution pour ménager une possibilité de résistance pour le parlement en cas de déclaration de non-conformité à la constitution d'une loi. Si de telles remises en cause semblent épargner certains pays d'Europe⁵⁷, force est de constater qu'elles révèlent la fragilisation des modèles de gouvernance démocratique évoqués précédemment, que vient accentuer la montée en puissance des démocraties dites illibérales.

Pour la commission, invitée à porter sa réflexion vers l'avenir, ces contestations rendent indispensable de rappeler que le rôle de la Cour de cassation ne se limite pas à apporter une réponse relevant de la seule technique juridique à chacun des pourvois que les parties lui soumettent. En effet, au-delà et à l'occasion de cette fonction quotidienne, elle assure la mise en œuvre d'un ordre juridique dans lequel tous, y compris l'Etat, sont soumis au principe de légalité et elle veille à la sauvegarde des droits fondamentaux qui forment la substance concrète de la démocratie. Ce lien entre l'état de droit, les droits fondamentaux et la démocratie peut évidemment faire l'objet de débats stimulants. Mais il recèle un fort degré d'acceptabilité, ici et maintenant, car chacun peut comprendre concrètement que l'état de droit est avant tout une condition *sine qua non* de la garantie de ses droits contre l'arbitraire, voire la barbarie⁵⁸. La commission souligne que la critique des droits fondamentaux consistant à les opposer à la souveraineté des peuples est porteuse d'une conception étroite de la démocratie fondée exclusivement sur le respect de la volonté majoritaire. Or, les formes contemporaines de l'expression démocratique sont en réalité plurielles et les démocraties modernes intègrent, à côté de la légitimité issue du suffrage universel qui est première, d'autres légitimités, qui sont complémentaires. Parmi ces dernières, celle du juge, qui garantit notamment l'égalité de traitement et la prise en compte des spécificités individuelles, est essentielle.

⁵⁴ Voir J. Lacroix et J.-Y. Pranchère, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Seuil, 2016.

⁵⁵ Voir notamment M. Gauchet, « Remettre à sa juste place l'Etat de droit par rapport à la souveraineté populaire », entretien au *Figaro*, 26 octobre 2020 (<https://www.lefigaro.fr/vox/societe/marcel-gauchet-remettre-a-sa-juste-place-l-etat-de-droit-par-rapport-a-la-souverainete-populaire-20201025>) et « Le droit contre la loi », *Actes du colloque Res publica*, 22 octobre 2018, (https://www.fondation-res-publica.org/Le-droit-contre-la-loi_r151.html) .

⁵⁶ Cette notion a été forgée il y a un siècle par Édouard Lambert pour analyser l'obstruction de la Cour Suprême américaine à l'essor de la législation sociale et l'atteinte que cette obstruction portait à la séparation des pouvoirs, condition de la démocratie.

⁵⁷ A titre d'exemple, dans la conception allemande, on ne saurait douter de la notion d'Etat de droit. Cette réalité s'explique par l'histoire de l'Allemagne qui a nourri au sortir de la Seconde guerre mondiale une grande défiance à l'égard du législateur, privilégiant un système où la confiance est placée dans les juges. Ainsi l'Etat de droit se dresse-t-il chez nos voisins allemands comme une garantie contre l'arbitraire ayant caractérisé la période antérieure à l'année 1949. Cela n'empêche pas une controverse sur « le gouvernement des juges », surtout en raison de la position très forte de la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe.

⁵⁸ « The clearest way to show what the rule of law means to us in everyday life is to recall what has happened when there is no rule of law » (La façon la plus claire de montrer ce que l'Etat de droit signifie pour nous dans la vie de tous les jours est de rappeler ce qui s'est passé en l'absence d'Etat de droit) selon Dwight D. Eisenhower, 34^e président des Etats-Unis.

C'est ce que Pierre Rosanvallon met en lumière lorsqu'il écrit que les « cours suprêmes » participent « à l'enrichissement de la délibération démocratique⁵⁹ ». Ainsi, la justice, selon Dominique Rousseau, « est le code d'accès à la démocratie continue car elle est l'institution qui lui apporte la mesure⁶⁰ ». La protection que doit assurer la Cour de cassation en garantissant le maintien de l'état de droit, y compris dans les adaptations qu'exigent certaines situations exceptionnelles, s'avère fondamentale dans un contexte de crises, ainsi que le soulignait récemment la première présidente, Chantal Arens⁶¹.

Dès lors que la Cour de cassation a la charge, avec d'autres, de la protection de l'état de

droit, elle est en quelque sorte « co-responsable de la démocratie » sur le plan institutionnel et doit pouvoir contribuer à sa revitalisation, à l'heure de la réduction déjà évoquée des espaces démocratiques.

La commission a néanmoins bien conscience que l'avènement de cette « démocratie juridique », pour reprendre l'expression d'Habermas⁶², ne peut faire l'économie d'une réflexion approfondie sur les conditions d'acceptabilité de sa mise en œuvre et sur les limites qui doivent être pensées pour qu'elle se déploie en complémentarité et non en concurrence avec la démocratie politique.

De surcroît, si dans une démarche d'utopie créatrice on se projette dans l'espace et le temps, au-delà de la scène démocratique nationale et de la décennie 2020, vers une gouvernance mondiale par le droit, dont les juges des cours suprêmes nationales seraient pour partie les vecteurs⁶³, la question de la légitimité des juges se pose avec plus d'acuité encore.

" Dès lors que la Cour de cassation a la charge, avec d'autres, de la protection de l'état de droit, elle est en quelque sorte « co-responsable de la démocratie » sur le plan institutionnel et doit pouvoir contribuer à sa revitalisation. "

⁵⁹ P. Rosanvallon, La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité, Éditions du Seuil, 2010, notamment p. 223.

⁶⁰ D. Rousseau, « Pourquoi supprimer le ministère de la justice », *Magazine des Anciens élèves de l'ENA*, juin 2018, n° 481 – Voir aussi : « La CEDH, stop ? Non, encore ! » *Dalloz actualité*, 29 novembre 2016.

⁶¹ Rule of law, Entretien avec Chantal Arens, *La semaine juridique*, Edition générale, 7 septembre 2020.

⁶² J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997.

⁶³ Voir B. Stirn, « Participer à la gouvernance de la mondialisation par le droit : de nouveaux horizons pour les cours suprêmes nationales », *RED*, 2021, préc.

2.1.2. Une exigence accrue : asseoir la légitimité d'une fonction normative élargie

La légitimité a toujours été indispensable au juge pour les deux faces de son office : d'une part, il lui faut favoriser l'acceptation de sa décision par les parties dont il tranche le litige singulier ; d'autre part, devant appliquer une règle générale à un cas particulier, il est très souvent amené à compléter, voire à créer, la norme en l'interprétant. Mais la mission de protection de l'état de droit dont est investie la Cour de cassation renouvelle substantiellement les données de cette question. Puisque le juge est chargé de veiller, en application du principe de légalité, au respect par le législateur des droits fondamentaux et plus généralement des engagements internationaux du pays, en écartant le cas échéant l'application de la loi dans le litige dont il est saisi, il exerce une part du pouvoir normatif. Il faut se demander alors quelles sont les justifications profondes de cette nécessaire évolution.

Le légicentrisme issu de la Révolution française, exprimé par un usage simplificateur⁶⁴ de la fameuse formule de Montesquieu selon laquelle le juge ne serait que « la bouche de la loi » votée par les représentants du peuple, qu'il se contenterait d'appliquer mécaniquement, sans participer à la détermination de son contenu, a certainement toujours constitué une fiction⁶⁵ mais celle-ci a servi de socle à la légitimité du juge. Or cette conception est aujourd'hui à l'évidence dépassée : le mouvement profond de « constitutionnalisation » du droit et la consécration, en droit interne et en droit international, des « droits fondamentaux », caractérisés par un soubassement axiologique et une forte

indétermination sémantique, conduisent fréquemment le juge, appelé à trancher un conflit, à arbitrer entre des valeurs, en précisant leur contenu. Ces évolutions ont eu pour conséquence de démultiplier les domaines d'intervention du juge (sphère privée, économie, bioéthique, santé, environnement, droit social, etc.) qui s'est vu ainsi confier, sans l'avoir revendiqué, de nouveaux pouvoirs et de nouvelles responsabilités⁶⁶. En outre, la multiplication, dans le contexte de la mondialisation⁶⁷, de différents types de normes : nationales et internationales, supra et infra-législatives, d'origine publique et privée, formellement obligatoire (« *hard law* ») ou non (« *soft law* »), ne permet plus de se représenter le système juridique sous la forme d'un ordre clos, parfaitement ordonné et univoque⁶⁸. Cet environnement complexe exige du juge qu'il construise l'articulation nécessaire entre des règles multiples et intriquées, l'invitant ainsi à être, selon l'expression d'Antoine Garapon lors de son audition devant la commission⁶⁹, un « réducteur de complexité ». Le juge ne peut plus en conséquence tirer sa légitimité de l'idéal d'automaticité et de prévisibilité de ses décisions qui caractérisait jusqu'ici le modèle légal-rationnel mis en lumière par Max Weber⁷⁰. L'essoufflement de ce modèle classique de légitimité affecte en premier lieu la Cour de cassation qui en fut à l'origine l'une des plus emblématiques traductions institutionnelles. Il laisse également le juge démuni face à la puissante critique à laquelle la société démocratique confronte en permanence ses institutions.

⁶⁴ C. Spector, « La bouche de la loi ? Les figures du juge dans L'Esprit des lois », *Montesquieu Law Review*, Université de Bordeaux, Forum Montesquieu, 2015, pp. 87-102. hal-02476028

⁶⁵ « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats » selon Portalis, dans son « Discours préliminaire du premier projet de Code civil ».

⁶⁶ F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991.

⁶⁷ On assiste aussi, dans le contexte national, à une inflation législative associée pour certains à un affaiblissement de la sacralité et de la qualité de la norme.

⁶⁸ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

⁶⁹ Cf. annexe 2.8

⁷⁰ M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF, Quadrige Grands Textes, Paris, 2007.

Repenser les conditions de cette légitimité a été l'un des grands chantiers de la philosophie du droit de ces trente dernières années. S'appuyant sur le constat que la règle de droit ne réside pas tant dans l'énoncé juridique que dans son interprétation, des auteurs en ont conclu que le droit ne peut plus se penser hors de sa pratique et de ses acteurs. La question de la légitimité du juge implique une réponse plus élaborée que la seule référence abstraite et formelle à la loi. Elle réside également dans l'acte de juger lui-même, les qualités propres du juge, son mode d'intervention ou encore son éthique professionnelle. Il s'agit ainsi de construire

les facteurs de cette légitimité procédurale, que Pierre Rosanvallon qualifie de « légitimité d'exercice » : à la différence de la légitimité que confère l'élection qui vaut pour le temps du mandat, celle du juge est toujours précaire et suppose une « ratification permanente et silencieuse », chaque décision équivalant « à une refondation de l'institution »⁷². Pour la Cour de cassation, les principes essentiels lui permettant d'asseoir sa légitimité à assurer la prééminence du droit résident principalement, selon la commission, dans le respect de l'impartialité, dans l'application de la collégialité à la fois interne, se fondant sur le délibéré, et externe,

reposant sur le dialogue avec les autres juges, dans le renforcement du contradictoire à l'égard des parties mais aussi à l'égard des tiers dans le cadre d'un débat ouvert et public, dans la motivation argumentée de ses décisions, conçue comme un acte de persuasion à desti-

nation d'un auditoire plus large que les parties, voire universel⁷³, et, enfin, dans une exigence de reddition de comptes. Il s'agit de construire un espace de la décision ouvert à la critique et à la révision, capable de prendre en charge la complexité des systèmes juridiques, ainsi que les attentes souvent contradictoires dont le juge fait l'objet. Il s'agit ici d'une exigence de réflexivité qui caractérise la légitimité des cours suprêmes en tant qu'institutions démocratiques, garantes de l'état de droit, lequel par nature n'est pas figé. Se distinguant de la légitimité élective qui, pour reprendre les termes de Pierre Rosanvallon, s'appuie sur « la logique du

" L'enjeu est en définitive pour la Cour de rétablir la confiance que les citoyens placent en leur justice pour contribuer à leur adhésion au projet démocratique. "

une *légitimité procédurale* qui s'appuie sur les ressources inhérentes à l'action du juge, lequel s'efforce de convaincre *in situ* du bien-fondé de sa décision⁷¹. Ces ressources sont d'abord celles de la procédure juridictionnelle et des garanties de bonne justice au premier rang desquelles figurent le respect des droits de la défense et du contradictoire, la motivation des décisions, l'indépendance et l'impartialité du juge. Elle réside ensuite dans la qualité du processus de prise de décision, les méthodes et l'organisation du travail juridictionnel qui permettent au juge de faire mûrir et d'adapter ses réponses aux questions qui lui sont posées, en faisant, notamment, le meilleur usage des ressources qui lui sont allouées.

Tout au long de ses travaux, la commission s'est ainsi attachée à définir, renforcer ou

⁷¹ F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007, notamment p. 103 et s.

⁷² Selon P. Rosanvallon cette légitimité d'exercice s'appuie sur « la réputation, la compétence, la lisibilité, la mise à l'épreuve, la collégialité et la reddition de compte ». Voir *La justice du XXIème siècle*, les actes du débat national, janvier 2014 maison de l'Unesco (http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_actes.pdf) .

⁷³ Voir notamment M. Cohen, « les cours souveraines et leur nouveau public », *Les Cahiers de la justice*, 2014-2, et voir également le rapport de la Mission de recherche droit et justice, « La motivation des décisions de justice entre épistémologie sociale et théorie du droit. Le cas des Cours souveraines et des Cours constitutionnelles », M. Cohen et P. Pasquino 2013

nombre faisant prévaloir l'opinion immédiatement dominante ⁷⁴», la légitimité des cours suprêmes repose sur « la logique du raisonnement introduisant une contrainte opposable de justification » ⁷⁵.

Réaliser les conditions de cette légitimité réflexive est apparue à la commission comme le défi majeur de la décennie à venir, qualifié d'essentiel par Denis Salas, tant il est indispensable d'inscrire « la Cour de cassation dans la mutation de notre démocratie » malgré le « poids de la culture politique française » ⁷⁶. L'importance de ces exigences liées au rôle normatif accru de la Cour et à sa saisine dans de nombreuses « questions de société » n'a cependant pas conduit la commission à mésestimer la nécessité de renforcer aussi la légitimité que Pierre Rosanvallon ⁷⁷ qualifie de « légitimité de

proximité ». Celle-ci vise l'acceptabilité de la décision non par le corps social dans son ensemble mais par les parties concernées, qu'elles aient obtenu gain de cause ou pas, et quelle que soit l'importance de leur affaire.

L'enjeu est en définitive pour la Cour de rétablir la confiance que les citoyens placent en leur justice pour contribuer à leur adhésion au projet démocratique. La commission formule ainsi des recommandations visant, au-delà de la légitimité qui résulte d'ores et déjà du statut, de l'histoire et de l'autorité de la Cour de cassation, à garantir l'aptitude de l'institution à susciter l'adhésion la plus large de la société aux pouvoirs dont elle est investie et aux décisions qu'elle prend en application de ses pouvoirs.

2.2. Les facteurs indispensables de légitimité

2.2.1. La confiance dans les juges

2.2.1.1. Impartialité, déontologie et responsabilité des magistrats de la Cour

La Cour et les magistrats ⁷⁸ qui la composent jouissent d'une légitimité institutionnelle qui découle du cadre juridique de leur intervention ainsi que de leur statut qui garantit leur impartialité et leur indépendance ⁷⁹.

Il n'en demeure pas moins que l'accroissement des pouvoirs du juge d'une cour supérieure, gardienne de l'état de droit, doit avoir pour corollaire un renforcement de sa responsabilité individuelle. Comme tout magistrat, ceux de la Cour, du siège ou du

parquet général, peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée selon les voies pénale, disciplinaire ou civile. Il est incontestable que depuis les années 2000 les outils et institutions de prévention ou de sanction des manquements aux obligations déontologiques des magistrats se sont développés ⁸⁰, même si l'équilibre entre indépendance et responsabilité reste toujours délicat à trouver. Le Président de la République a

⁷⁴ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, Editions du Seuil, 2010.

⁷⁵ Voir aussi en ce sens R. Badinter et S. Breyer, *Les entretiens de Provence*, Fayard, 2003.

⁷⁶ Audition par la commission, voir annexe n°2.11.

⁷⁷ Cette légitimité de proximité, selon P. Rosanvallon, renvoie au « sentiment d'équité procédurale » qui suppose à la fois la conviction d'avoir bénéficié d'une procédure contradictoire et impartiale et d'avoir été pris en considération dans la spécificité de sa situation, d'avoir bénéficié d'une « reconnaissance » et d'une attention particulière.

⁷⁸ La commission a fait le choix de ne pas faire usage de l'écriture dite inclusive lorsqu'elle utilise les noms de métiers au sens générique, conformément aux préconisations de l'Académie française et à la circulaire du premier ministre du 21 novembre 2017 relative aux règles de féminisation et de rédaction des textes publiés au Journal officiel de la République française. Dans l'hypothèse où elle vise une fonction tenue par une femme, le mot est systématiquement féminisé.

⁷⁹ Si cette légitimité institutionnelle ne fait pas véritablement débat, elle peut épisodiquement, à la faveur de décisions contestées par une partie de l'opinion, donner lieu à des remises en cause.

⁸⁰ Voir annexe n°1.2 Déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire, Outils et institutions de référence.

récemment saisi le Conseil supérieur de la magistrature (CSM)⁸¹ d'une demande d'avis sur la responsabilité des magistrats, l'incitant à réfléchir à des pistes d'amélioration des conditions de mise en œuvre de leur responsabilité disciplinaire⁸². Il paraît clair à la commission que le CSM doit intégrer à sa réflexion la situation des magistrats de la Cour. A cet égard, la commission souligne la nécessité de clarifier les conditions légales dans lesquelles peut être menée une enquête

cassation, la commission estime qu'une réflexion pourrait être menée sur des points appelant une attention particulière et sur les « vertus »⁸⁴ plus spécifiques au juge de cassation. Il faut souligner en premier lieu que les magistrats, quelle que soit la complexité des affaires qui leur sont soumises, doivent évidemment faire preuve d'une particulière vigilance, la Cour intervenant en dernier ressort. En outre, parce qu'ils siègent dans une cour supérieure dont les décisions ont une

portée normative et peuvent interférer avec les pouvoirs législatif et exécutif, ils doivent exercer leur office avec prudence, en ayant conscience des limites de celui-ci. Enfin, il est important qu'ils aient le souci de l'application des conventions internationales et portent une attention aux ensei-

" L'accroissement des pouvoirs du juge d'une cour supérieure, gardienne de l'état de droit, doit avoir pour corollaire un renforcement de sa responsabilité individuelle. "

disciplinaire contre un magistrat de la Cour de cassation⁸³.

Les exigences liées à la déontologie (entendue comme l'ensemble des règles écrites qui doivent déterminer la conduite du juge) et à l'éthique (entendue comme l'attitude de vigilance permanente du juge afin que sa pratique soit conforme à des principes d'action définis entre pairs) sont communes à l'ensemble des magistrats du corps judiciaire. Si les magistrats de la Cour de cassation sont peu confrontés à des risques de manquements dans la relation avec le justiciable, compte tenu d'une procédure essentiellement écrite, et sont très largement contrôlés par leurs pairs dans leur exercice juridictionnel, du fait de l'intensité de la collégialité qui caractérise le mode de fonctionnement juridictionnel de la Cour de

gnements du droit comparé. Il est apparu que la mise en place récente d'une Commission éthique et déontologie au sein de la Cour, en articulation avec le collège de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire⁸⁵ qui est ouvert à des personnalités extérieures et qu'elle pourrait consulter pour avis, est de nature à favoriser la conduite de ces réflexions et contribuer à la diffusion de bonnes pratiques, par exemple en matière de conflits d'intérêts, au sein de la Cour.

Pour conforter davantage encore la confiance dans l'institution, le citoyen doit être informé de l'existence des règles déontologiques et éthiques qui s'imposent aux magistrats ainsi que des réflexions menées sur ces sujets. Dans ce but, une rubrique déontologie et questions éthiques pourrait

⁸¹ Lettre de saisine du président de la république du 17 février 2021.

⁸² Lors de la conférence du CSM « Indépendance et responsabilité des magistrats : l'effectivité de la responsabilité des magistrats en droit français et approche en droit comparé » du 6 mai 2021, Jean-Paul Sudre relevait ainsi que, sur la période 2007-2020, le CSM avait sanctionné 72 magistrats, soit 1/3 des magistrats sanctionnés depuis 1959.

⁸³ Cette clarification est rendue nécessaire par l'annulation par le Conseil d'Etat, dans sa décision du 23 mars 2018, des dispositions de l'article 2 du décret du 5 décembre 2016 portant création de l'inspection générale de la Justice (IGJ) qui incluait la Cour de cassation dans le champ des missions de l'IGJ.

⁸⁴ Voir A. Garapon, J. Allard, F. Gros, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008 qui traite des vertus de distance, de proximité, d'intégrité et de mesure.

⁸⁵ Voir annexe n° 1.2 précitée.

utilement figurer sur le site de la Cour de cassation comme dans son rapport annuel.

2.2.1.2. Accroître la diversité du recrutement des membres de la Cour

La commission s'est, en premier lieu, posé la question de la diversité sociale et d'origine des membres de la Cour de cassation. Certes la Cour, comme toute juridiction, n'a pas une fonction représentative, de sorte que sa légitimité ne serait pas directement mise en cause par une origine socio-professionnelle de ses magistrats très éloignée de celle des justiciables ou par l'absence dans ses rangs de membres des principales minorités présentes dans la population⁸⁶. Pour autant, un décalage excessif entre la composition de la Cour et la société serait susceptible de donner le sentiment à ceux qui s'adressent à elle qu'ils ne peuvent pas être réellement compris et que des biais sociaux, même inconscients, desserviront les plus défavorisés d'entre eux. Le risque d'altération du lien de confiance qui pourrait en résulter mérite une grande attention. Cette préoccupation est, au demeurant, partagée par certaines cours suprêmes comme l'a montré l'audition de Madame Dineke de Groot, Présidente de la Cour suprême⁸⁷ des Pays-Bas⁸⁸. Toutefois, les moyens de combler un éventuel décalage supposeraient des changements qui vont bien au-delà de ce que peut proposer la commission. Le nombre de magistrats candidats à la Cour de cassation répondant à ce souhait de diversification sociale est encore restreint. Cependant la situation pourrait à terme évoluer compte tenu des politiques innovantes mises en œuvre par l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) depuis plusieurs années

pour diversifier le recrutement à l'entrée à l'école⁸⁹. Dans l'attente des résultats de cette évolution, une solution pourrait consister à intégrer le critère de la diversité dans le recrutement, par le Conseil supérieur de la magistrature, de conseillers en service extraordinaire. A ce stade la commission a considéré que l'objectif d'une plus grande diversité sociale et d'origine des magistrats de la Cour devait s'inscrire dans les politiques publiques visant à assurer une plus grande égalité des chances, notamment dans l'accès à la haute fonction publique, auxquelles elle ne peut que pleinement souscrire.

En second lieu, pour asseoir la légitimité sur la compétence, il est apparu que le recrutement des magistrats de la Cour, du siège comme du parquet général, devait garantir une diversité en termes d'expertise, associant à des généralistes du droit dotés d'une solide expérience juridictionnelle des magistrats spécialistes de domaines spécifiques et à haute technicité. Dans tous les cas, l'excellence des candidats doit aussi être appréciée en termes de capacité à mesurer les grands enjeux sociaux, économiques, environnementaux et sociétaux des décisions et donc d'aptitude à aborder ces questions dans une perspective pluridisciplinaire. De même, la capacité à comprendre et intégrer à titre de comparaison d'autres ordres juridiques doit

⁸⁶ A noter qu'aucun problème de diversité de genre ne se pose, puisque la Cour de cassation française présente un équilibre entre femmes et hommes quasi unique en Europe. Voir le rapport du Conseil national du droit (CND « Attractivité et mixité des études et des professions du droit », Dalloz 2020 (https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/02/attractivite_et_mixite_des_etudes_et_metiers_du_droit_-_rapport.pdf) et le rapport de l'Inspection générale de la justice, « La féminisation des métiers du ministère de la justice », 2017 (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_feminisation.pdf).

⁸⁷ En raison de la définition imprécise de la notion de "cour suprême", la commission ne l'applique pas à la Cour de cassation. Elle l'utilise soit pour désigner des juridictions étrangères dont c'est le titre officiel (Cour suprême des Pays-Bas, du Royaume-Uni, des États-Unis, etc.), soit pour raisonner sur un « idéal-type », c'est à dire une catégorie permettant de réfléchir et de proposer des évolutions.

⁸⁸ Voir annexe n° 2.4.

⁸⁹ Voir le rapport du CND précité ; voir également et Y. Demoli et L. Wilemez, « L'âme du corps. La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail », rapport pour la Mission de recherche droit et justice, (<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2019/11/16-11-Rapport-final.pdf>).

être mise en valeur⁹⁰. En outre, la commission a estimé que pour promouvoir une plus grande ouverture sur la société civile, le recrutement temporaire de davantage d'universitaires, de personnalités venues du monde économique, de la haute fonction publique ou des juridictions administratives, par exemple, pourrait être bénéfique⁹¹. Enfin, la commission estime que la politique de

communication actuellement menée sur les métiers de la Cour, comme les mesures qu'elle préconise en vue de l'amélioration des méthodes de travail sont de nature à renforcer son attractivité et de ce fait à accroître encore le haut niveau de compétence de ses membres.

Recommandation :

1. Accroître la diversité du recrutement des membres de la Cour

2.2.2. La confiance dans le processus d'élaboration des décisions

Toute à la fois forme et substance, la procédure contribue non seulement à ce que la

justice soit rendue mais également à ce qu'elle soit perçue comme l'ayant été⁹².

2.2.2.1. Diversité des circuits de traitement et confiance dans le circuit court

La tension entre le nombre des pourvois à examiner, les moyens dont elle dispose, le respect de délais raisonnables et la qualité des arrêts qu'elle prononce est une difficulté qui se pose à la Cour de cassation comme à toutes les juridictions. Elle doit la résoudre en s'assurant à la fois de ce que tous les justiciables qui s'adressent à elles reçoivent une réponse et que, placée au sommet de l'ordre judiciaire, elle manifeste un degré d'excellence dans le traitement des questions complexes et sensibles qui lui sont soumises.

Pour de solides raisons, les travaux menés sous la présidence d'Henri Nallet ont conduit à écarter la proposition d'instaurer un système de filtrage des pourvois, qui constituait l'une des voies alors envisagées par la

" Il est important de développer une pédagogie du circuit court. "

⁹⁰ Le modèle serait davantage celui du juriste humaniste ou du *global lawyer* que celui du juriste positiviste. Voir C. Jamin, *La cuisine du droit*, Lextenso éditions, 2012 ; La lettre de la Mission de recherche droit et justice de juin 2015 ; *Les cahiers de la justice* 2018/2 ; Les Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice, Lexis, 2018 (https://webcast.in2p3.fr/container/etats_generaux_de_la_recherche_sur_le_droit_et_la_justice).

⁹¹ Selon l'article 40-2 de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958 le nombre des conseillers ou avocats généraux en service extraordinaire ne doit pas excéder le dixième des magistrats hors hiérarchie du siège ou du parquet de la Cour. Au vu des effectifs actuels extérieurs à la magistrature judiciaire à la Cour de cassation (Voir annexes n° 1.3 et 1.4 Etude sur les effectifs extérieurs à la magistrature judiciaire à la Cour de cassation), la question peut se poser d'un rehaussement de ce seuil de 10%.

⁹² En cela, elle se rattache au célèbre aphorisme forgé en 1924 par le *Lord Chief Justice of England*, Lord Hewart, dans l'affaire *Rex v. Sussex Justices* : « It is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done ».

Cour de cassation⁹³. Cette dernière s'est donc tournée vers le traitement différencié des pourvois, constituant l'autre voie, d'une nature différente, permettant de résoudre la tension relevée. La commission a constaté que la première présidente a instauré « trois circuits différenciés de traitement des pourvois dans l'idée d'ajuster les moyens employés pour résoudre le litige en fonction du degré de complexité qu'il présente ». Sont ainsi prévus un circuit court, « circuit de l'évidence », pour les « pourvois qui ne nécessitent pas un examen approfondi et dont la solution s'impose », un circuit approfondi et un circuit intermédiaire. Les membres de la commission considèrent que cette orientation, qu'ils auraient eux-mêmes proposée si elle n'avait pas déjà été mise en place, est de nature à permettre à la Cour de cassation de concilier les deux exigences de traitement de toutes les saisines et d'excellence pour les plus complexes.

Toutefois, on ne doit pas négliger le risque que les justiciables dont le pourvoi est orienté vers le circuit court aient le sentiment d'être moins bien traités que les autres. Pour éviter qu'il ne se réalise, il est important de développer une pédagogie du circuit court. En particulier, il faut que l'information sur la réalité de ce mode de traitement soit clairement donnée aux parties et qu'elles sachent que, dans cette voie procédurale, leur affaire est examinée de façon très attentive par le

rapporteur, le doyen et le président de chambre et que, en vertu d'un élargissement de leur rôle que soutient la commission, les avocats généraux émettent systématiquement un avis sur l'orientation choisie. Au surplus, la possibilité pour leur avocat aux conseils de proposer, lorsque cela est sérieusement justifié, une réorientation vers un autre circuit devra être soulignée. De même, la commission a insisté sur la nécessité que les avocats aux conseils transmettent systématiquement le rapport du conseiller rapporteur et l'avis de l'avocat général dont ils sont destinataires aux avocats à la Cour et aux justiciables. Il est ainsi suggéré, afin de renforcer la compréhension et la transparence de la procédure, que tout justiciable reçoive une note expliquant de façon très claire ces garanties et soulignant que cette voie assure une décision dans un temps plus bref que ne le permettrait un traitement identique pour toutes les affaires. Ces informations devraient également être mentionnées sur les arrêts rendus selon le circuit court.

Enfin, la commission estime que l'orientation en circuit court ne doit pas interdire d'examiner les affaires à l'audience publique dans certains cas, notamment à la demande du justiciable présent, de l'avocat ou du fait de la présence de journalistes, et ce afin de renforcer l'acceptabilité de la décision.

⁹³ La commission présidée par l'ancien Garde des sceaux, Henri Nallet, a déposé son rapport, intitulé « Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile », le 30 septembre 2019.

2.2.2.2. Renforcer la motivation des arrêts et introduire « l'opinion séparée intégrée »

L'adoption récente par la Cour de la motivation dite enrichie pour certaines affaires⁹⁴ constitue une avancée majeure, saluée par de nombreux interlocuteurs de la commission⁹⁵ : la motivation des arrêts d'une Cour supérieure ne peut plus se réduire en effet à une énonciation lapidaire d'arguments

intégrant de façon explicite, chaque fois que cela est pertinent, des éléments de droit comparé et les informations issues du dialogue international des juges, auquel la Cour de cassation est encouragée à participer activement⁹⁸. D'une manière générale, elle préconise que la motivation enrichie soit étendue à un plus grand nombre d'affaires et que sa méthodologie donne lieu à une réflexion collective, prospective et rétrospective, afin d'améliorer encore sa mise en œuvre.

Par ailleurs, la collégialité⁹⁹ constitue, comme on l'a vu, un autre puissant facteur de légitimité avec la motivation. La commission souligne l'importance à cet égard d'assurer une collégialité apte à neutraliser les biais personnels. Pour cela, cette collégialité ne doit pas se réduire à l'addition de prises de position individuelles. En d'autres termes, un délibéré n'est pas un scrutin avec explications de vote. Elle suppose plusieurs tours de table, afin que chacun soit en mesure d'intégrer à son raisonnement et donc à la réflexion collective, les arguments développés par tous les autres. La richesse de la motivation qui en résulte est un trait d'union essentiel avec les différents auditoires de la Cour de cassation.

Enfin, parmi les voies d'amélioration du délibéré et de la motivation, la commission a

" La collégialité constitue un autre puissant facteur de légitimité avec la motivation. "

d'autorité et son acceptation par les parties au litige et, au-delà, par l'ensemble du corps social, dépend étroitement de ses qualités explicatives, démonstratives et justificatives⁹⁶. La motivation enrichie peut ainsi permettre dans certains cas de développer, dans le cadre du raisonnement syllogistique traditionnel, un raisonnement axiologique et conséquentialiste intégrant explicitement les études d'impact éventuellement diligentées⁹⁷. La commission insiste, de plus, sur la nécessité que dans certaines affaires auxquelles l'ensemble des citoyens est particulièrement sensible, la motivation enrichie inclut une explication d'ordre pédagogique, qui conduit le lecteur non juriste à travers les méandres du droit et de son interprétation afin d'éviter les incompréhensions. Elle souligne en outre que la motivation s'enrichirait substantiellement en

⁹⁴ Voir le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation présidée par Jean-Paul Jean (avril 2017) et les travaux de la commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation présidée par Bruno Pireyre. Voir aussi la note du groupe de travail présidé par Alain Lacabarats relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée (décembre 2018). La motivation enrichie est préconisée notamment lorsque l'arrêt effectue un revirement de jurisprudence, tranche une question de principe ou porte sur un droit fondamental, en particulier lorsqu'il est recouru à un contrôle de proportionnalité. Voir aussi sur la mise en œuvre de la motivation enrichie, « Arrêts mieux motivés, jurisprudence plus cohérente », Entretien avec Christophe Soulard, président de la chambre criminelle, *Droit pénal*, n°11, 2019.

⁹⁵ M. Delmas-Marty, P. Deumier, A. Garapon, D. Salas ou A. Supiot.

⁹⁶ La motivation enrichie est à destination d'un large lectorat comprenant les parties au litige, les justiciables, les juridictions nationales, européennes et internationales et la communauté des professionnels, praticiens et enseignants du droit (cf note de décembre 2018 précitée).

⁹⁷ Les études d'incidences sont désormais consacrées par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁹⁸ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphes 3.1.1.1 et 3.1.1.2.

⁹⁹ Selon la difficulté des affaires examinées, la Cour de cassation siège dans des compositions diverses, pouvant aller de trois membres, pour la formation restreinte, à une vingtaine de membres pour l'assemblée plénière.

décidé de proposer l'introduction de « l'opinion séparée » à la Cour de cassation¹⁰⁰, en adaptant cette spécificité à la culture juridique française. Issue de l'évolution du mode d'expression des décisions de la Cour suprême des États-Unis où elle a vu le jour, l'opinion séparée¹⁰¹, telle qu'elle est pratiquée par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰² et par plusieurs juridictions en Europe, consiste à permettre aux juges de joindre à un arrêt de la formation collégiale dont ils sont membres une déclaration par laquelle ils font savoir qu'ils sont opposés à la solution adoptée par la majorité (« opinion dissidente ») ou à la motivation retenue au soutien de cette décision (« opinion concordante »). L'opinion séparée est considérée par beaucoup de juristes comme incompatible avec le droit et la culture juridique français au motif qu'elle constitue une violation du secret des délibérés et qu'elle affaiblit l'autorité des décisions de justice, censées exprimer la seule réponse découlant de la loi appliquée à l'affaire en cause. On y ajoute les inconvénients relevés dans les systèmes qui la pratiquent : manifestation d'égo de certains juges dissidents, longueur des opinions, critiques excessives, incitation à faire systématiquement usage des voies de recours, risque de « profilage » des juges, menace pour leur indépendance, etc. Cependant, l'opinion séparée présente d'indéniables avantages qui expliquent son usage par de nombreuses juridictions étrangères et internationales. Elle offre une clause de conscience au juge qui ne pourrait se résoudre à assumer une décision allant

gravement à l'encontre de ses convictions intimes. En outre, elle enrichit le délibéré au cours duquel elle est exprimée, elle développe la motivation de l'arrêt qui doit s'efforcer de lui répondre et nourrit le dialogue avec l'extérieur en mettant en lumière une approche diversifiée de l'affaire.

La commission estime que la Cour de cassation pourrait tout à la fois tirer profit de ces avantages et respecter les règles qui encadrent son fonctionnement en adoptant la pratique suivante : lorsque le délibéré ferait apparaître, à côté d'une opinion majoritaire, une opinion minoritaire solidement argumentée sans qu'aucun compromis ne puisse être trouvé, la majorité pourrait accepter que les conseillers soutenant cette orientation proposent un texte l'exposant avec concision et modération, qui serait « intégré »¹⁰³ à la fin du projet d'arrêt, précédé d'une formule type, qui pourrait être, par exemple : « l'analyse et l'orientation présentées ci-dessous ont été débattues au cours du délibéré mais n'ont pas recueilli de soutien majoritaire ». L'ampleur de la majorité n'apparaîtrait pas, l'anonymat serait assuré, la partie perdante saurait que sa position a été examinée de façon approfondie, des pistes pour l'avenir seraient esquissées. Cette pratique, qui ne nécessite aucune modification textuelle, vivifierait la jurisprudence de la Cour de cassation et renforcerait sa position au sein de la communauté internationale des juridictions supérieures.

¹⁰⁰ Cette proposition est développée dans l'annexe n° 1.5.

¹⁰¹ L'opinion séparée doit être distinguée de la pratique des opinions « *seriatim* », qu'utilisait l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords du Royaume-Uni, consistant pour chaque membre à faire connaître son opinion individuelle.

¹⁰² Cf. l'article 45 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée ».

¹⁰³ De là l'expression d'opinion séparée « intégrée », sous-entendu « à l'arrêt ».

2.2.2.3. Organiser un débat exceptionnel sur certaines « affaires phares » : la « procédure interactive ouverte »¹⁰⁴

Les domaines juridictionnel et politique¹⁰⁵ ne sont pas séparés de façon hermétique mais sont en osmose par une multitude d'interactions. Certains pourvois font apparaître cette connexion de façon très intense. La Cour de cassation, dont le rôle et le fonctionnement sont mal connus, fait alors une irruption remarquée dans des questions très médiatisées, sans transparence suffisante sur son processus décisionnel, provoquant ainsi des mises en cause de sa légitimité et des accusations répétées de « gouvernement des juges ». Pour dissiper ces malentendus, la

titre d'exemples, les nouvelles formes de filiation, l'environnement, la santé, la laïcité, les discriminations, la responsabilité sociale des entreprises, etc. Cette procédure se déroulerait en deux temps. La Cour procéderait d'abord à une « séance préparatoire publique », marquée par l'oralité, l'interactivité et l'ouverture. En plus des parties et de leurs conseils, elle y entendrait, selon les besoins, le point de vue de tiers intervenants, d'autorités extérieures, d'experts et d'*amicus curiae*. A cet effet, les conditions de recevabilité des interventions volontaires

pourraient être assouplies. Cette séance préparatoire serait suivie d'une audience, dont les plaidoiries et les échanges dialogiques prépareraient une première réunion de délibéré, au cours de laquelle la Cour arrêterait sa décision et, le cas échéant, choisirait les opinions séparées dont elle accepterait l'intégration à la motivation. Le projet d'arrêt serait préparé par un comité de rédaction et validé au cours d'une seconde séance de délibéré ne portant que sur la formulation de l'arrêt. En conjuguant ainsi ouverture, profondeur et pédagogie, la Cour de cassation ferait du traitement d'une affaire difficile et sensible un « moment de justice » accessible au plus grand nombre et offrirait à la justice tout entière un surcroît de visibilité et de légitimité.

" En conjuguant ainsi ouverture, profondeur et pédagogie, la Cour de cassation ferait du traitement d'une affaire difficile et sensible un « moment de justice » accessible au plus grand nombre et offrirait à la justice tout entière un surcroît de visibilité et de légitimité. "

commission propose que, chaque année, quelques « affaires phares » soient traitées selon une procédure exceptionnelle, désignée par l'expression de « procédure interactive ouverte ». Les pourvois concernés seraient choisis pour l'interférence qu'ils impliquent entre les champs juridique et politique, l'ampleur de leurs conséquences potentielles, l'intensité des débats qu'ils suscitent dans l'opinion et, pour autant qu'elle ne soit pas excessive, la complexité qu'ils comportent. Ces pourvois pourraient concerner tous les domaines et notamment, à

tion à la motivation. Le projet d'arrêt serait préparé par un comité de rédaction et validé au cours d'une seconde séance de délibéré ne portant que sur la formulation de l'arrêt. En conjuguant ainsi ouverture, profondeur et pédagogie, la Cour de cassation ferait du traitement d'une affaire difficile et sensible un « moment de justice » accessible au plus grand nombre et offrirait à la justice tout entière un surcroît de visibilité et de légitimité.

¹⁰⁴ Cette proposition est développée dans l'annexe 1.6.

¹⁰⁵ Le terme « politique » est employé ici au sens de « relatif à la gestion de la cité ».

Recommandations :

- 2. Utiliser plus souvent la motivation enrichie, en y intégrant non seulement la dimension juridique de l'arrêt mais également des explications destinées à faciliter sa compréhension par le plus grand nombre.**
- 3. Ouvrir la possibilité d'intégrer une opinion minoritaire dans la motivation d'un arrêt, sous une forme anonyme et avec l'accord de la majorité.**
- 4. Organiser sur certaines « affaires phares » un débat exceptionnel, appelé « procédure interactive ouverte ».**

2.2.3. L'ouverture de la Cour aux regards extérieurs

2.2.3.1. La question de l'évaluation

Au-delà de la responsabilité individuelle des magistrats, il apparaît nécessaire d'envisager aussi la responsabilité de l'institution collectivement. Il faut pour cela articuler deux approches qui ne sont pas exclusives de tensions. D'une part, la Cour de cassation est une organisation publique, détentrice d'un pouvoir relevant de la sphère étatique et bénéficiant des ressources du budget de la Nation. A ce titre, elle ne peut rester étrangère aux exigences de transparence et d'appréciation de la qualité de son action, qui renvoient au concept d'*accountability*, difficilement traduisible en français. D'autre part, sa mission spécifique et sa position éminente dans le fonctionnement de la justice donnent une importance essentielle au principe d'indépendance qui fonde la légitimité de l'autorité judiciaire. Il faut donc donner sa juste place à la rationalité managériale afin de mesurer l'efficacité et l'efficience¹⁰⁶ de la

Cour, selon des modalités respectueuses de son indépendance et en prenant en compte la « finalité longue » de l'acte de juger, selon le mot de Ricoeur¹⁰⁷. Cette analyse est désormais largement partagée en France et en Europe¹⁰⁸. La question de la mise en œuvre d'une telle évaluation demeure cependant complexe à la Cour de cassation puisque, si sa gestion administrative et financière est susceptible d'être examinée par la Cour des comptes¹⁰⁹, elle ne saurait être soumise aux contrôles de fonctionnement¹¹⁰ diligentés par l'inspection générale de la justice quant à son activité juridictionnelle, comme l'a récemment rappelé le Conseil d'Etat dans sa décision précitée du 2 mars 2018¹¹¹. Pour autant, la commission estime indispensable que le premier président et le procureur général aient la possibilité de diligenter des missions d'évaluation, internes ou externes,

¹⁰⁶ Voir sur ces deux notions : <https://www.formation-ressources-humaines.com/efficacite-et-efficience-les-differences/>.

¹⁰⁷ P. Ricoeur, *Le juste*, Editions Esprit, 1995.

¹⁰⁸ Voir L. Cadet, J.-P. Jean et H. Pauliat, *Mieux administrer pour mieux juger*, IRJS, 2014.

¹⁰⁹ Ce qui a été le cas en 2000 et 2015.

¹¹⁰ De même la Cour ne s'inscrit-elle pas dans le périmètre de la circulaire de localisation des emplois et du contrôle de gestion du ministère de la justice.

¹¹¹ « Eu égard tant à la mission (...) confiée par le législateur à la Cour de cassation, placée au sommet de l'ordre judiciaire, qu'aux rôles confiés par la Constitution à son premier président et à son procureur général, notamment à la tête du Conseil supérieur de la magistrature chargée par la Constitution d'assister le Président de la République dans son rôle de garant de l'autorité judiciaire ».

dans leurs champs respectifs de compétence, soit sur le fonctionnement général de la Cour soit sur des thématiques particulières. A cet égard, elle souligne l'intérêt qu'ils puissent décider de recourir aux techniques d'audit reposant sur une charte de qualité et des systèmes de contrôle interne. La mise en œuvre d'une charte de qualité pourrait porter non seulement sur le processus d'élaboration des décisions, intégrant notamment la question des délais moyens de procédure, lesquels selon la commission devraient être affichés sur le site, mais encore sur la politique de communication et d'ouverture sur l'extérieur de la Cour. Par

ailleurs, toujours à leur initiative, la consultation de juges étrangers, en particulier de cours suprêmes ayant une organisation similaire à celle de la Cour de cassation française, dans le cadre de réflexion sur certains points particuliers, pourrait s'avérer utile. La commission estime, enfin, qu'il conviendrait d'explorer les possibilités d'évaluation de la perception de la Cour par des publics ciblés par type de contentieux, par ses usagers¹¹² et le cas échéant par l'opinion publique, selon une méthodologie à définir et en ayant recours, vu la complexité de l'exercice et les risques importants de biais, à des chercheurs susceptibles de travailler avec des instituts spécialisés dans le cadre d'appels à projet.

2.2.3.2. Instaurer un mécanisme d'examen rétrospectif d'un échantillon des décisions de la Cour

Un autre élément d'*accountability* pourrait consister en l'instauration d'un mécanisme d'analyse rétrospective annuelle d'un échantillon d'arrêts rendus par la Cour de cassation. L'objectif d'une telle évaluation serait de revenir sur la manière dont l'affaire a été traitée, d'évaluer la façon dont la décision a été accueillie, d'apprécier l'impact qu'elle a pu avoir, tant sur l'activité des juridictions que sur les secteurs concernés pour, à terme, en tirer toutes conséquences¹¹³. Les affaires relevant de cet examen seraient sélectionnées par les chambres de la Cour, parmi celles relevant des différents circuits, en fonction de critères tenant à leur technicité, leurs enjeux économiques, sociaux, sociétaux ou environnementaux, leur réception par leur public ou encore leur médiatisation. Le comité d'évaluation réunirait des professionnels internes à la Cour

(conseillers, avocats généraux, avocats aux Conseils) auxquels il pourrait être adjoint des magistrats des tribunaux judiciaires et des cours d'appel et, de manière ponctuelle, des professionnels externes (professeurs de droit, avocats à la Cour, magistrats étrangers, journalistes). Les résultats pourraient dans certains cas être rendus publics (via une publication annuelle dédiée par exemple). Ce mécanisme permettrait ainsi à la Cour de dresser une liste de bonnes pratiques (par exemple en matière d'instruction des pourvois, de rédaction, de communication autour de ses arrêts) en vue d'améliorer la qualité et la réception de ses travaux juridictionnels. Cette démarche contribuerait à asseoir la qualité des décisions rendues par la Cour et de ce fait sa légitimité.

¹¹² Voir la méthodologie élaborée par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice sur la réalisation des enquêtes de satisfaction auprès des usagers des tribunaux (<https://rm.coe.int/commission-europeenne-pour-l-efficacite-de-la-justice-cepej-mesurer-la/16807477e4>).

¹¹³ Ainsi Guy Canivet, revenant sur les conséquences de l'arrêt Perruche, rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000, qui fut largement critiqué par une grande partie de la doctrine et de l'opinion publique, indique que « l'intérêt d'un examen rétrospectif de ce qui fut vécu comme une crise (...) n'est pas de justifier ou de critiquer cette construction jurisprudentielle, mais d'inciter à une réflexion sur la responsabilité sociale du juge et son incidence sur l'autorité de sa juridiction ». Voir G. Canivet, « Puissance et enjeu de l'interprétation judiciaire de la loi. Approche pratique à partir d'un cas de responsabilité médicale », *Les cahiers de la justice*, 2020/4.

2.2.3.3. Ouvrir la Cour à la recherche

La commission estime qu'une plus grande ouverture de la Cour à la recherche contribuerait aussi à renforcer sa légitimité. Il s'agirait d'une part de faire de la Cour, restée jusqu'alors en dehors du champ des sciences sociales¹¹⁴, un objet de recherche afin de pouvoir bénéficier de nouveaux éclairages sur son fonctionnement, notamment au moyen d'approches anthropologiques et sociologiques, issus de travaux initiés par les chercheurs ou sollicités¹¹⁵ par la Cour elle-même. Il s'agirait, d'autre part, d'ouvrir davantage encore qu'à ce jour la Cour à la recherche, en donnant aux chercheurs l'accès à

un plus grand nombre d'informations et de nouvelles opportunités de collaborations dans le cadre de partenariats avec l'université, pouvant éventuellement prendre la forme de cliniques du droit¹¹⁶. D'une manière générale, la commission estime que les liens avec le monde de la recherche doivent être renforcés afin, à la fois, de mieux faire connaître la Cour et d'assurer une implication plus conséquente de la communauté scientifique dans ses travaux. Pour cela, il conviendrait, au-delà de la sollicitation ponctuelle d'universitaires aux fins d'expertise ou de l'organisation d'événements scientifiques, de construire des relations durables et structurées, en s'appuyant sur les réseaux de recherches pluridisciplinaires existants, nationaux et internationaux, susceptibles d'être

mobilisés notamment sur les contentieux émergents, les processus d'évaluation ou la réflexion prospective que pourraient mener les cours supérieures françaises sur leurs sujets communs. Le service des études, de la documentation et du rapport (SDER) aura vocation à être l'acteur principal de la construction de ce nouveau dialogue avec le

" Les liens avec le monde de la recherche doivent être renforcés afin, à la fois, de mieux faire connaître la Cour et d'assurer une implication plus conséquente de la communauté scientifique dans ses travaux. "

milieu universitaire. Il pourra aussi s'appuyer, à compter du 1er janvier 2022, sur le futur groupement d'intérêt public, qui regroupera les missions actuellement exercées par les deux structures que sont la mission de recherche droit et justice et l'institut des hautes études sur la justice (notamment le financement de recherches scientifiques, des études prospectives et la diffusion des connaissances)¹¹⁷ et dont la gouvernance sera assurée par les chefs des trois cours supérieures. La commission estime que cette création constitue une opportunité particulièrement intéressante de nature à favoriser l'intermédiation entre le monde de la recherche et la Cour¹¹⁸.

¹¹⁴ Comme l'a souligné Liora Israël, audition du 19 novembre 2020, organisée par la Mission de recherche droit et justice.

¹¹⁵ Outre ces recherches dites spontanées, les appels à projet pourraient porter par exemple sur l'observation *in situ* du fonctionnement du délibéré afin d'en affiner la méthodologie ou, comme déjà évoqué, sur la perception de la Cour de cassation par différents publics.

¹¹⁶ Importées du modèle d'enseignement du droit nord-américain, les cliniques du droit à visée scientifique permettent aux étudiants de réaliser des travaux de recherche collectifs, souvent interdisciplinaires et encadrés par un tuteur, à la demande notamment d'institutions publiques ou d'ONG.

¹¹⁷ Voir le rapport de la mission sur la structuration des fonctions de recherche et études prospectives sur la justice, confiée à Mme Sonia Djemmi-Wagner, novembre 2020.

¹¹⁸ Voir la contribution du GIP Mission de recherche Droit et Justice sur la question du renforcement des liens entre la Cour de cassation et le monde de la recherche, mars 2021, Annexe n°3.2.

Recommandations :

- 5.** Instaurer un mécanisme de retour sur expérience en procédant à l'examen rétrospectif annuel d'un échantillon de décisions de la Cour.
- 6.** Instituer une relation étroite et permanente de la Cour avec la recherche afin de favoriser une connaissance « réflexive » et prospective de ses activités.

Troisième partie

Une Cour à la hauteur de la complexité du droit

3.1. L'enrichissement de la Cour par l'intelligence collective

La multiplicité des normes, leur caractère mouvant, leurs sources relevant de nombreux ordres juridiques qui s'entrecroisent, le développement infini des situations nouvelles qu'elles doivent régler posent de redoutables défis à toutes les cours et en particulier à celles qui, comme la Cour de cassation, doivent assurer la cohérence d'un vaste ensemble de juridictions

nationales. Face à cette complexité, il est indispensable de mettre en commun toutes les compétences.

" Il est indispensable de mettre en commun toutes les compétences. "

3.1.1. Structurer le dialogue des juges

C'est la formule fameuse de Bruno Genevoix, ancien président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, selon laquelle il ne devrait y avoir place « ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des

juges, mais pour le dialogue des juges¹¹⁹ », qui a popularisé l'expression de « dialogue des juges », laquelle « connaît un succès considérable parce qu'elle est aussi rassurante qu'indéfinie »¹²⁰.

3.1.1.1. Intensifier le dialogue avec les juridictions européennes et internationales

Le dialogue avec les juridictions supranationales est doublement nécessaire pour la Cour de cassation. D'une part, il permet de concrétiser au mieux les engagements internationaux de la France, par lesquels les autorités politiques ont décidé de déléguer une partie de la souveraineté nationale. Ce rattachement à plusieurs ordres juridiques a créé, pour les domaines concernés, une « souveraineté perméable »¹²¹. Les plus abouties de ces conventions internationales sont mises en œuvre sous le contrôle de juridictions internationales avec lesquelles la Cour de cassation entretient un dialogue

fructueux. D'autre part, les cours supérieures nationales, par les relations qu'elles établissent avec les juridictions européennes et internationales contribuent au développement et à la convergence des valeurs dont elles ont la charge de garantir le respect. Ainsi, « [d]evenues des acteurs essentiels

¹¹⁹ Conseil d'Etat, ASSEMBLEE du 22 décembre 1978, 11604, publié au recueil Lebon.

¹²⁰ « Dialogue des juges : cadre, enjeux et perplexité » (http://publications.ut-capitole.fr/22147/1/deLamy_22147pdf.pdf).

¹²¹ « (...) la souveraineté absolue est menacée car son aspect suprême est clairement en cause. Il faudra revenir sur la soumission de l'Etat au droit, sur le développement du constitutionnalisme, sur le renforcement du droit international, et sur le pouvoir croissant des juges dans cette internationalisation » : tels sont les mots de Pauline Mortier, *Les métamorphoses de la souveraineté*, thèse de droit, Université d'Angers, 2011, n°64. On peut aussi parler de « souveraineté atténuée ». Il faut observer que par des voies diverses (principe de subsidiarité, marge nationale d'appréciation, proportionnalité, etc.) les ordres juridiques transnationaux qui traversent la souveraineté nationale ont introduit la flexibilité qui caractérise cette « perméabilité ».

" La relation entre la Cour de cassation et les juridictions européennes et internationales ne doit pas être perçue comme un rapport hiérarchique classique mais comme un dialogue entre pairs, animé par un souci de respect mutuel et de préservation du bon fonctionnement des instruments internationaux. "

d'un univers juridique élargi, elles contribuent à donner toute son assise au droit global nécessaire à sa régulation »¹²².

Pour remplir ces deux objectifs de façon efficace et pérenne, la relation entre la Cour de cassation et les juridictions européennes et internationales ne doit pas être perçue comme un rapport hiérarchique classique mais comme un dialogue entre pairs, animé par un souci de respect mutuel et de préservation du bon fonctionnement des instruments internationaux. Il appartient à la

Cour de cassation de manifester dynamisme, créativité et prudence dans ses relations avec ses principaux interlocuteurs que sont notamment la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour pénale internationale. C'est ainsi qu'elle a été la première juridiction à utiliser le Protocole 16 pour solliciter l'avis de la Cour de Strasbourg. Avec la Cour de Luxembourg, le renvoi préjudiciel est un « (...) outil précieux que les juges natio-

naux ne doivent pas hésiter à utiliser, à condition d'inclure dans leurs décisions une motivation enrichie et, au-delà de la demande d'éclaircissement, des propositions d'interprétation ou l'invitation faite à la Cour de justice de revoir sa jurisprudence ou de consacrer des exceptions »¹²³. Cet engagement réciproque permet de créer un « dialogue des juges décomplexé », plus substantiel que procédural, ne comportant « [n]i capitulation, ni rébellion »¹²⁴.

3.1.1.2. Instaurer un dialogue proactif avec les juridictions supérieures judiciaires étrangères

A des degrés divers, les juridictions supérieures judiciaires étrangères sont porteuses d'un mélange très fécond de proximité fonctionnelle et de diversité culturelle. Si la coopération avec l'Europe ainsi qu'avec les pays de la francophonie y tient une place prépondérante, la commission constate que, jusqu'à des efforts récents en ce sens, les actions internationales conduites par la Cour de cassation ne s'inscrivent pas dans la continuité et ne font pas apparaître de choix stratégiques clairs et durables. La commission suggère un approfondissement et une

permanence des relations au-delà des rencontres institutionnelles. Il lui semble en particulier que la Cour de cassation pourrait proposer à ses homologues d'instituer une réflexion permanente sur la jurisprudence de la CJUE et de la CEDH, de participer à des études concrètes de cas sur des contentieux similaires, en établissant une méthode comparative judiciaire spécifique, de développer un dialogue suivi entre juges spécialisés (notamment au travers de listes de discussion), de mettre en œuvre des réseaux fondés sur

¹²² B. Stirn, « Participer à la gouvernance de la mondialisation par le droit : de nouveaux horizons pour les cours suprêmes nationales », *Revue européenne du droit*, mars, 2021, n°2.

¹²³ C. Soulard, « Conférences (Cour de cassation) : l'office du juge et le droit européen », *Recueil Dalloz*, 2021, p.806.

¹²⁴ G. Odinet et S. Roussel, « Renvoi préjudiciel : le dialogue des juges décomplexé », *AJDA*, 2017, p.740.

les personnes et non sur les institutions. Allant plus loin, elle soutient une proposition déjà formulée constituant à étudier la possibilité pour des juges étrangers de siéger à la Cour de cassation avec voix consultative.

Ces réflexions communes et ces actions conjointes auraient pour effet d'accroître l'expérience et l'influence de la Cour de cassation.

3.1.1.3. Organiser le dialogue avec les autres juridictions supérieures nationales : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat

Avec le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, la Cour de cassation constitue l'un des trois piliers de l'organisation juridictionnelle française. La spécificité de celle-ci, forgée par l'histoire, pourrait voir son fonctionnement amélioré. Aujourd'hui, les relations entre ces hautes juridictions sont bonnes mais ponctuelles. La commission suggère de renforcer leur coopération afin de faire de leur diversité une source de richesse commune.

A cette fin, les chefs respectifs des trois juridictions pourraient décider de se rencontrer à un rythme semestriel pour échanger sur des sujets d'intérêt commun, notamment dans les domaines suivants : modes de fonctionnement interne de chacune des juridictions et en particulier innovations développées par l'une d'entre elles ; « sujet d'intérêt public majeur »¹²⁵ ; décisions rendues par l'une d'entre elles pouvant avoir des conséquences sur les autres ; relations avec la CJUE et la CEDH et éventuellement avec d'autres juridictions internationales ; rapports avec l'exécutif et le législatif sur des questions d'intérêt commun ; orientation des travaux de la future instance en charge de la recherche et des études sur le droit et la justice dont ils assureront conjointement la gouvernance¹²⁶ ; organisation de manifestations communes à visée scientifique¹²⁷ ou communicationnelle¹²⁸, le cas échéant en lien

avec l'Ordre des avocats aux Conseils. Une structure légère assurerait le secrétariat permanent de ces relations et serait dirigée à tour de rôle par le secrétaire général de l'une des trois juridictions.

S'agissant des cours supérieures des ordres administratif et judiciaire, la commission suggère également de créer, en plus des rencontres périodiques déjà organisées par certaines chambres de la Cour, des groupes de travail qui réuniraient régulièrement de manière plus opérationnelle les deux juridictions autour de thèmes concrets, sur le modèle de la pratique actuelle entre la chambre sociale et le Conseil d'Etat, afin de comparer les jurisprudences, de prévenir d'éventuels conflits et de trouver des solutions communes¹²⁹.

De plus, il serait utile d'instituer une procédure formelle d'avis entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur des questions juridiques précises surgissant dans des procédures en cours, afin d'enrichir la réflexion de la formation de jugement posant la question tout en respectant le principe du contradictoire entre les parties.

En outre, ayant à l'esprit les perspectives d'avenir dans lesquelles s'inscrit sa mission, la commission estime opportun de proposer une voie institutionnelle destinée à prévenir, en tant que de besoin, les divergences de jurisprudence entre la Cour de cassation et le

¹²⁵ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 3.1.2.

¹²⁶ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 2.2.3.3.

¹²⁷ Sur le modèle des colloques organisés dans le cadre des « Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », comme récemment « L'environnement : les citoyens, le droit et les juges » (21 mai 2021, 6^e édition) (https://www.courdecassation.fr/venements/23/colloques/4/2021_9654/environnement_citoyens_droit_juges_46884.html).

¹²⁸ Par exemple à l'occasion de la Nuit du droit, événement célébrant chaque année l'anniversaire de la Constitution, organisée à l'initiative du Conseil Constitutionnel, autour d'un thème comme la défense de l'état de droit.

¹²⁹ Ce groupe de travail, auquel le parquet général est étroitement associé et qui été mis en place il y a 12 ans, a développé une méthodologie qui permet une réflexion commune sur des sujets relevant de la compétence de la Cour et du Conseil d'Etat.

Conseil d'Etat. A ce titre, elle suggère que soit mise à l'étude une réforme destinée à étendre les compétences du Tribunal des conflits, composé en nombre égal de membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, permettant à chacune de ces deux institutions de soumettre à cette juridiction paritaire une affaire dont elle est saisie et dont l'intérêt d'une bonne administration de la justice rend nécessaire qu'elle reçoive une solution cohérente au sein des deux ordres

de juridictions, administratif et judiciaire. La réflexion menée sur ce projet pourrait conduire à donner à la décision rendue par le Tribunal des conflits, soit une force obligatoire, soit la portée d'un avis solennel. Plusieurs exemples, dont certains sont récents et d'une grande portée, montrent qu'une telle possibilité accroîtrait l'efficacité de ces deux Cours au profit des justiciables, sans porter atteinte à leur indépendance¹³⁰.

3.1.1.4. Créer les conditions d'un dialogue renouvelé avec les juridictions du fond

Établir une relation riche et féconde entre la Cour de cassation et les juridictions du fond est indispensable pour le bon fonctionnement de la justice. En plus des initiatives nombreuses et substantielles actuellement mises en œuvre par la première présidente

fois par an seulement, ce qui témoigne d'une sous-utilisation manifeste de cette possibilité. Ce constat largement partagé est accompagné d'un diagnostic auquel la commission souscrit : l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire énonce que seule

" Établir une relation riche et féconde entre la Cour de cassation et les juridictions du fond est indispensable pour le bon fonctionnement de la justice. "

peut être posée une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. Or, il est très difficile pour un juge de savoir si la question qu'il souhaite

pour y parvenir, la commission estime opportun d'apporter sa contribution à l'amélioration du dialogue et de la cohérence entre les cours d'appel et la Cour de cassation.

présenter se pose dans beaucoup d'autres affaires. Cette condition devrait être supprimée. Pour ouvrir davantage cette voie, il convient en outre d'encourager la Cour de cassation à interpréter avec souplesse le critère de « difficulté sérieuse ». De plus, les juges du fond doivent être encouragés à présenter des demandes d'avis portant sur des questions relatives à la conventionalité, à la lumière de l'avis du 17 juillet 2019¹³² qui consacre cette possibilité. Enfin, ce mécanisme s'inspirant d'un esprit de dialogue, il serait souhaitable que la juridiction présentant une

3.1.1.4.1. Renforcer les échanges

La possibilité pour les juridictions du fond rencontrant une difficulté juridique dans le traitement d'un dossier de solliciter l'avis de la Cour de cassation est apparue à la commission comme un puissant instrument de dialogue. Pourtant, la Cour de cassation n'est saisie à ce titre qu'une vingtaine¹³¹ de

¹³⁰ Cette proposition est développée dans l'annexe 1.7.

¹³¹ Ce nombre, qui n'était que d'une dizaine de fois par an, a augmenté à compter de l'entrée en vigueur de l'article L. 441-2, alinéa 1, du code de l'organisation judiciaire, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, permettant l'examen de l'avis par la chambre compétente de la Cour de cassation et non plus systématiquement par une formation plénière. Il reste néanmoins très en deçà de ce que l'on pourrait attendre d'une telle voie de dialogue.

¹³² Avis n°19-70.010

demande d'avis suggère la solution lui paraissant la plus opportune au regard des réalités que les juges du fond connaissent particulièrement bien.

Fréquemment, les juges du fond sont en difficulté face à l'extrême complexité du droit, sans que la question qu'ils ont à traiter soit nouvelle. Ils sont alors confrontés à deux obstacles : d'une part, la jurisprudence de la Cour de cassation est si riche qu'il est parfois difficile de déterminer les arrêts pertinents ; d'autre part, peu de juridictions peuvent aujourd'hui réunir et entretenir une documentation suffisante pour permettre de faire un point précis sur les multiples matières juridiques entrant dans la compétence de l'ordre judiciaire. Sur ces deux points, la commission considère que le SDER devrait jouer un rôle essentiel. En premier lieu, en élargissant l'action qu'il mène déjà dans ce domaine, ce grand service devrait pouvoir être interrogé rapidement et simplement par les juges du fond souhaitant vérifier l'état de la jurisprudence dans un champ particulier. On peut suggérer que de telles demandes passent par le correspondant de la Cour de cassation dans la cour d'appel dont émane la question, afin de s'assurer que la réponse ne peut pas être fournie sur place par un magistrat spécialisé. La réponse serait donnée par le SDER, en lien avec les magistrats des chambres concernées de la Cour. Dans l'hypothèse où la chambre n'aurait jamais tranché la difficulté, les juges du fond pourraient alors plus facilement envisager la saisine pour avis de la Cour. En second lieu, il serait très utile que soit constitué à la Cour de cassation, sous la responsabilité du SDER, un grand service central de documentation judiciaire, qui se substituerait aux bibliothèques des juridictions, souvent lacunaires. Un vaste fonds de revues numérisées serait accessible à tous les magistrats. La bibliothèque de la Cour de cassation, associée à ce service, serait en outre à même de fournir les ouvrages non numérisés, grâce à son vaste réseau de correspondants¹³³.

Pour renforcer un dialogue ouvert et interactif, la commission propose ensuite que soit

organisée annuellement, pour chaque grand secteur de contentieux, une réunion à laquelle participeraient des présidents de chambre de cours d'appel et des magistrats du siège et du parquet général de la chambre spécialisée de la Cour de cassation. La chambre concernée présenterait les évolutions de sa jurisprudence durant l'année précédente. Ensuite, les présidents de chambre des cours d'appel indiqueraient les arrêts de la Cour de cassation qui leur causent des difficultés d'application ou leur inspirent des réserves, sur lesquels un débat serait engagé. Ainsi se développerait un échange qui pourrait se poursuivre sur un mode personnel entre les réunions annuelles.

Enfin, la commission considère que le dialogue entre la Cour de cassation et les cours d'appel peut être renforcé par la création de passerelles statutaires facilitant pour les juges des allers-retours plus fréquents entre la Cour de cassation et les juridictions du fond. Cette question, qui présente un aspect technique marqué, est exposée dans l'annexe 1.9.

3.1.1.4.2. Renforcer la cohérence

La cohérence de l'interprétation et de l'application du droit est au cœur de la mission de la Cour de cassation. Ses arrêts doivent être dotés de l'autorité nécessaire pour y parvenir et assurer la sécurité juridique. Cette exigence se combine avec le dialogue sans s'y opposer.

A ce titre, une question est régulièrement débattue : lorsque la Cour de cassation casse l'arrêt d'une cour d'appel et renvoie l'affaire devant une autre cour d'appel (ou la même autrement composée), faut-il laisser à cette seconde cour d'appel le droit de résister à la Cour de cassation en adoptant la même décision que celle qui a été censurée ? On sait que cette situation, qualifiée de « rébellion », ne peut être dénouée que par la réunion d'une assemblée plénière, soit la plus haute formation juridictionnelle de la Cour de cassation. La commission connaît les

¹³³ Cf. la note du directeur de la bibliothèque de la Cour de cassation Annexe 1.8.

controverses juridiques développées sur ce point. Elle a pris connaissance du souhait unanime des premiers présidents des cours d'appel de maintenir cette possibilité de rébellion. Néanmoins, des débats très riches qu'elle y a elle-même consacrés et de la position majoritaire qui s'en est dégagée, la commission veut retenir l'essentiel : l'intérêt primordial en cause est celui du justiciable qui, parvenu après des péripéties longues et coûteuses à ce qu'il croit être la consécration de son droit par la plus haute juridiction judiciaire, se voit imposer la reprise de cet interminable et incompréhensible marathon... Aux yeux de la majorité des membres de la commission, cette boucle additionnelle est un fardeau excessif et indu. La commission n'ignore pas que, sur le faible nombre de cas de rébellion¹³⁴, l'assemblée plénière a rejoint l'argumentation de la cour d'appel dans 60% des cas. Cependant, elle estime que cette résistance pourrait s'exercer avec le même bénéfice sur des affaires similaires ultérieures. C'est, au demeurant, dans ce cadre que des évolutions majeures de la jurisprudence de la Cour ont été initiées par les positions des cours d'appel. Cette rébellion est également vue comme une occasion de dialogue, mais celui-ci a, là encore, d'autres voies pour s'exprimer, et notamment les réunions entre les cours d'appel et la Cour de cassation, dont la commission suggère ci-dessus le renforcement. La commission propose donc que la cour d'appel saisie d'une affaire pour la rejurer après cassation soit liée par la doctrine de cette décision de censure.

Cette question sensible est éludée si, plutôt que de renvoyer l'affaire à une autre cour d'appel, la Cour de cassation décide de la juger elle-même. Cette possibilité, qualifiée de « cassation sans renvoi », n'était possible initialement que lorsque la cassation ne laissait plus rien à juger. Mais la loi du 18 novembre

2016¹³⁵ a ajouté un second alinéa à l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire permettant à la Cour de cassation, en matière civile, de « statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ». Sans entrer dans les débats juridiques concernant les conséquences de cette large ouverture vers un office de juge du fond, la commission, tout en ayant conscience des difficultés de l'exercice, pour une Cour appelée généralement à statuer uniquement sur des questions de droit, souhaite encourager l'usage de cette possibilité par la Cour de cassation dans deux situations : d'une part, « dans des matières qui nécessitent, par nature, un traitement rapide (famille et état des personnes, surendettement, procédures collectives, référé) »¹³⁶ et, d'autre part, comme le fait le Conseil d'Etat, « pour des motifs de politique jurisprudentielle »¹³⁷, lorsqu'elle entend montrer par une application concrète la portée qu'elle veut donner à sa jurisprudence.

C'est encore la cohérence entre les cours d'appel et la Cour de cassation qui est améliorée par les dispositifs d'accompagnement des juges du fond dans la rédaction de leurs décisions actuellement mis en place ou renforcés. En particulier, la commission voit dans des mesures telles que l'élaboration de fiches méthodologiques thématiques, la création de bibliothèques de motivation et de trames de décision, la mise en place d'un groupe de travail commun entre la Cour de cassation et les cours d'appel sur la rédaction de l'arrêt d'appel, l'association de l'ENM¹³⁸ à certaines de ces actions, autant de voies d'avenir majeures pour faciliter l'activité tant des juges du fond que de la Cour de cassation elle-même, dans le respect de l'indépendance de chacun.

¹³⁴ Entre le 1^{er} janvier 2010 et le 30 décembre 2019, on ne compte que 25 cas de « rébellion » soumis à l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

¹³⁵ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹³⁶ S.-L. Texier, « Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2017 p.63. Rapprocher en outre des développements que le rapport consacre à l'urgence, paragraphe 3.2.2.3

¹³⁷ J. Massot et alii, *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, Berger Levrault, 6^{ème} édition, n°551.

¹³⁸ Voir à ce sujet la contribution de l'ENM (annexe n°3.1).

Recommandations :

- 7.** Présenter explicitement les analyses de la Cour lorsqu'elle interroge une des deux cours européennes sur une question de droit.
- 8.** Promouvoir un dialogue international proactif en appliquant une stratégie clairement déterminée.
- 9.** Permettre à des juges de juridictions supérieures d'États membres de l'Union européenne de siéger à la Cour avec voix consultative.
- 10.** Créer une structure permanente de dialogue entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation.
- 11.** Instituer une procédure formelle d'avis entre la Cour de cassation et le Conseil d'État.
- 12.** Accroître les compétences du Tribunal des conflits.
- 13.** Alléger les conditions de recevabilité des demandes d'avis présentées par les juridictions du fond.
- 14.** Instituer auprès du SDER, et en lien avec la bibliothèque de la Cour, un « service central de documentation judiciaire » pour toutes les juridictions du fond.
- 15.** Organiser annuellement une séance de travail entre chaque chambre de la Cour et des membres des cours d'appel.
- 16.** Faciliter, au cours de la vie professionnelle des magistrats, des alternances entre des fonctions à la Cour de cassation et au sein des juridictions du fond.
- 17.** Faire que le pourvoi en cassation soit pleinement une voie d'achèvement en renforçant, dans l'intérêt du justiciable, l'autorité des arrêts de cassation et en étendant le champ de la cassation sans renvoi.

3.1.2. Assurer une veille intellectuelle sur des « sujets d'intérêt public majeur »

Certains sujets sont d'une importance considérable pour l'organisation de la société et son avenir. Ainsi en est-il, pour ne citer que quelques exemples, des atteintes à l'environnement, de la révolution numérique, des conséquences des avancées de la médecine sur la procréation, du terrorisme, de la laïcité ou de la notion de consentement dans les agressions sexuelles. Ces questions relèvent en premier lieu de la compétence des res-

au crédit de la justice. Face à cette responsabilité considérable, la commission suggère quatre voies d'amélioration : repérer ces affaires de façon aussi précoce que possible au moyen d'un « Observatoire des litiges judiciaires »¹⁴¹ ; traiter certains de ces dossiers selon une procédure exceptionnelle, qualifiée de « procédure interactive ouverte »¹⁴² ; mettre en œuvre une politique de communication spécialement adaptée à ces situations¹⁴³ ; et enfin, sans lien spécifique avec un litige déjà engagé, organiser une « veille intellectuelle » sur les sujets recelant de tels débats. C'est de ce

" L'orientation de la réponse juridictionnelle exige une connaissance fine et multidimensionnelle de l'affaire et de son contexte. "

pensables politiques, qui ont, du fait de leur élection, une légitimité particulière à les traiter. Mais parallèlement, les juges judiciaires sont amenés de plus en plus souvent à apprécier ces questions par le biais des contentieux entre parties privées qui leur sont soumis¹³⁹. Ils doivent alors résoudre, souvent sans préparation suffisante, des litiges qui portent les germes de débats intenses et complexes, exigeant une approche multidisciplinaire et provoquant souvent une confrontation de valeurs ou de conceptions socio-culturelles très fortement enracinées. La commission désigne ces sujets par l'expression de « sujets d'intérêt public majeur »¹⁴⁰. Faute de préparation suffisante, les orientations choisies provoquent parfois incompréhension, critiques et procès d'intention, nuisant gravement à l'image et

dernier volet que traite le présent paragraphe.

Les sujets d'intérêt public majeur nourrissent des contentieux qui conduisent le juge à prendre des décisions dont les conséquences dépassent largement le cercle des parties au litige ; ces contentieux font souvent l'objet d'un débat public intense, suscitant pour les pouvoirs publics la tentation soit de les esquiver, soit de les traiter dans la hâte. La compétence juridictionnelle sur les domaines concernés est fréquemment partagée avec le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Enfin, beaucoup de ces débats surgissent également devant les juges d'autres pays et dans le prétoire des cours internationales. Il en résulte que l'orientation de la réponse juridictionnelle exige une connaissance fine et multidimensionnelle de

¹³⁹ Ces affaires très difficiles sont parfois volontairement soumises aux juridictions, considérées comme une voie stratégique pour faire évoluer des causes particulièrement importantes. Cf. sur cet aspect : L. Israël et alii, « Causes suprêmes ? Les mobilisations politiques du droit devant les Hautes Cours » - Mission de recherche Droit et Justice (<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/causes-supremes-les-mobilisations-politiques-du-droit-devant-les-hautes-cours/>).

¹⁴⁰ La commission a bien conscience que cette formule peut donner lieu à débats. Elle l'a néanmoins retenue dans ses travaux pour son caractère évocateur et sa commodité.

¹⁴¹ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 3.2.2.4.

¹⁴² Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 2.2.2.3. Il faut observer que tous les pourvois touchant à un sujet d'intérêt public majeur ne justifient pas le recours à cette procédure exceptionnelle. En effet, l'investissement important qu'elle requiert ne peut être consenti fréquemment. En outre, le pourvoi peut ne viser qu'un aspect périphérique du sujet.

¹⁴³ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 4.1.

l'affaire et de son contexte. L'analyse de cet environnement rend nécessaire l'obtention d'informations relevant de sources et de disciplines diverses, que la Cour de cassation doit rassembler, au-delà de ce que fournissent les parties.

Face à ces enjeux, la commission invite la Cour de cassation à prendre l'initiative d'établir, selon la procédure qui lui apparaîtra appropriée, une liste évolutive de sujets d'intérêt public majeur puis, pour chacun des thèmes retenus, qui ne devront pas être trop nombreux, à constituer des structures de réflexion, comme l'y a engagé le professeur Alain Supiot¹⁴⁴. Celles-ci comporteraient deux pôles complémentaires. Le premier serait un fonds documentaire juridique (jurisprudence, doctrine, droit comparé) et pluridisciplinaire (revue de presse, ouvrages, analyses politiques, philosophiques, etc.) soigneusement tenu à jour et aisément accessible. Le second prendrait la forme d'un réseau, constitué en commun avec le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat¹⁴⁵, de correspondants, français et étrangers, dans les domaines

pertinents, permettant d'entretenir la réflexion et pouvant être mobilisés rapidement lorsque l'une des trois cours supérieures participantes serait saisie d'une affaire entrant dans le champ étudié. Les juges du fond y auraient toute leur place. Devraient y être associés des centres de recherches¹⁴⁶ aptes à développer des analyses approfondies. L'animation de ces structures serait assurée par des magistrats du siège et du parquet de la Cour de cassation, ainsi que par des membres du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, s'appuyant sur les services des trois juridictions.

La fécondité de ce dispositif reposerait largement sur l'engagement et le dynamisme de ceux qui le composeraient, sur la qualité des relations qui s'institueraient entre eux, sur la saine émulation intellectuelle que produiraient les débats, sur l'ouverture et la créativité des activités qui seraient mises en œuvre, sur le sentiment partagé de solidarité de ceux qui, à quelque juridiction qu'ils appartiennent, ont en charge le bien commun primordial que constitue la justice.

3.1.3. Instituer des « conférences élargies d'évaluation de la jurisprudence »

La multiplication des normes d'origines diverses, leur difficile articulation, leur rapide obsolescence et leurs fréquentes modifications tenant aux évolutions sociales, économiques et techniques ainsi qu'aux difficiles arbitrages politiques, ont donné à la jurisprudence un rôle considérable pour permettre au droit de répondre aux situations particulières soumises aux juges. Le phénomène de sédimentation qui

en est résulté est souvent source de complexité, parfois même d'obscurité, voire d'incohérence. La nécessaire adaptation de la jurisprudence passe par une multitude de choix, minimes ou considérables, dont la

" Les juges bénéficieraient ainsi d'une réflexion élargie sur leur production juridique, les avocats pourraient faire valoir leurs préoccupations concrètes et les universitaires confronteraient leurs analyses à l'avis des autres participants. "

¹⁴⁴ Dans son audition par la commission du 18 décembre 2020, et à l'instar de ce que peut faire le Conseil d'Etat en la matière.

¹⁴⁵ Sur le dialogue entre les trois cours supérieures nationales, voir le présent rapport, paragraphe 3.1.1.3.

¹⁴⁶ Sur les liens entre la Cour de cassation et la recherche, voir le présent rapport, paragraphe 2.2.3.3.

responsabilité dans l'ordre judiciaire pèse essentiellement sur la Cour de cassation. Ses décisions, élaborées dans le secret des délibérés sont annoncées, commentées et appréciées ou critiquées par de multiples observateurs : doctrine, avocats, journalistes, politiques, etc. Mais le juge, penché sur chaque décision qu'il rend, a des difficultés à apprécier la vaste mosaïque à laquelle il contribue. Il est donc nécessaire, à intervalles réguliers, de clarifier et d'évaluer cette construction permanente.

Pour faire de cet exercice une manifestation d'« intelligence collective », la commission suggère que la Cour de cassation organise des « conférences élargies d'évaluation de la jurisprudence ». Ces conférences rassembleraient des magistrats de la chambre concernée mais aussi d'autres venant des juridictions du fond choisis pour leur compétence dans la matière dont l'affaire relève, des avocats et des universitaires, en y adjoignant si nécessaire d'autres professionnels, pour examiner des blocs cohérents de jurisprudence. Ainsi réunis au sein de ces structures provisoires, les décideurs, les utilisateurs et les universitaires s'attacheraient à déterminer de façon précise et ordonnée l'état de la jurisprudence dans le domaine juridique choisi, à évaluer les qualités et les limites de cette jurisprudence et à envisager les différentes évolutions qu'elle pourrait connaître. Les juges bénéficieraient ainsi d'une réflexion élargie sur leur production

juridique, les avocats pourraient faire valoir leurs préoccupations concrètes et les universitaires confronteraient leurs analyses à l'avis des autres participants. La commission sait que certaines chambres procèdent déjà à des exercices de ce type mais sa proposition porte sur des travaux d'une plus grande ampleur, mobilisant plus de participants et sur une durée plus longue, afin de « reformuler » de façon approfondie et dynamique un pan du droit jurisprudentiel. Chaque conférence, assistée par de jeunes juristes de haut niveau bénéficiant à cette occasion d'une riche expérience, produirait un rapport de synthèse et de systématisation qui pourrait servir de référence explicite dans les activités juridiques et juridictionnelles, sans comporter aucune force normative. Ces conférences rapprocheraient les différents professionnels du droit, permettraient aux juges de percevoir le degré de pertinence et d'acceptation de leurs arrêts, suggéreraient des voies d'évolution possibles et accroîtraient la sécurité juridique. Tout en s'inscrivant dans une culture juridique très différente et présentant des caractéristiques propres, cet exercice aurait en commun certains objectifs avec les *restatements* pratiqués aux États-Unis¹⁴⁷.

Recommandations :

18. Assurer une veille intellectuelle sur les évolutions significatives de la société et du droit et notamment sur les « sujets d'intérêt public majeur ».

19. Instituer des « conférences élargies d'évaluation de la jurisprudence ».

¹⁴⁷ Voir en annexe 1.10 : P. Pradal, « Le *restatement* : les États-Unis entre tradition civiliste et tradition de *common law* », *Les cahiers de la justice*, 2010, p.81.

3.2. L'exigence d'excellence dans la mise en œuvre du droit

3.2.1. Accroître les ressources intellectuelles de la Cour

3.2.1.1. Bénéficier pleinement de l'apport du parquet général

La Cour de cassation comporte en son sein un parquet général, dont les effectifs et la compétence ont été renforcés ces dernières années¹⁴⁸, mais dont la place et les modalités de participation, tant au processus d'élaboration des arrêts de la Cour qu'à sa politique d'ouverture, demeurent complexes et controversés. Ces difficultés anciennes et certainement accrues par la séparation nette entre les travaux du siège et du parquet, instaurée à la fin des années quatre-vingt-dix, à la suite de plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁹, sont à ce jour imparfaitement résolues, malgré la politique actuelle des chefs de Cour visant à améliorer les pratiques.

Même si la question de la place du parquet général n'est pas mentionnée explicitement dans la lettre de mission, la commission a estimé nécessaire de l'aborder car elle engage le bon fonctionnement de l'institution pour les années à venir. A cette fin, elle a étudié l'évolution du rôle des avocats généraux à la Cour de cassation, dans les textes comme dans la pratique, et pris connaissance des différents modèles d'organisation possible,

observables dans celles des juridictions supérieures nationales, étrangères ou européennes qui disposent d'une institution comparable. Il convient à cet égard de se référer à l'annexe n° 1.11 qui synthétise ses travaux sur ce sujet.

" La fonction remplie par l'avocat général, exercée de façon approfondie et dans des conditions qui en permettent la pleine expression, peut-être d'un grand profit pour la Cour de cassation. "

Sans vouloir appeler à des transformations radicales, qui dépasseraient le cadre de sa mission, la commission a entendu formuler quelques appréciations qui font consensus parmi ses membres et suggérer certaines orientations qu'elle regarde comme susceptibles d'améliorer la situation et de permettre à la Cour de bénéficier pleinement de l'apport du parquet général.

La commission a estimé en effet que la fonction remplie par l'avocat général¹⁵⁰, exercée de façon approfondie et dans des conditions qui en permettent la pleine expression, peut

¹⁴⁸ 24 avocats généraux en 2002, 56 aujourd'hui (avocats généraux et avocats généraux référendaires), parmi lesquels 15 anciens conseillers référendaires et 4 universitaires.

¹⁴⁹ CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*. Il convient de noter que la Cour européenne vient cependant de rendre une décision relative au statut procédural de l'avocat général de la Cour de cassation belge qui semble constituer à cet égard une évolution. CEDH, 18 mai 2021, *Manzano Díaz c. Belgique*, n°26402/17.

¹⁵⁰ L'avocat général n'exerce pas l'action publique. Selon l'article L. 432-1 du code de l'organisation judiciaire, issu de la loi du 18 novembre 2016, sa mission est ainsi définie : « Il rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la cour sur la portée de la décision à intervenir ».

être d'un grand profit pour la Cour de cassation. L'utilité de l'avis de l'avocat général, qui s'appréhende différemment suivant le type d'affaires dans lesquelles il conclut, tient principalement au fait qu'il contribue à renforcer la sécurité juridique de la décision et qu'il fournit un regard extérieur à la chambre incitant les conseillers, concentrés sur la jurisprudence, à prendre en compte des éléments extra-juridiques, notamment le point de vue de différents acteurs de la société ou la jurisprudence étrangère. A ce titre, sa prise de parole publique, indépendante et impartiale, contribue à la visibilité du caractère participatif et dialogique de la procédure, qui vient conforter la légitimité de la décision. La fonction exercée par l'avocat général peut ainsi constituer un apport significatif pour les parties, auxquelles les avis écrits des avocats généraux doivent être systématiquement communiqués, pour la Cour elle-même, pour la communauté juridique et, parfois même, pour la société tout entière lorsqu'elle y trouve des éléments favorisant la compréhension des questions soumises à la Cour. La commission souligne toutefois que l'intensité de cette plus-value dépend largement de l'organisation des relations fonctionnelles entre les conseillers et les avocats généraux. A ce titre, elle souhaite formuler plusieurs observations.

Tout d'abord, la commission est convaincue que pour pouvoir apporter une plus-value à des conseillers qui sont rompus aux contentieux dont ils ont la charge, le parquet général doit développer une politique de spécialisation. Cette évolution, qui semble déjà en cours, peut sans doute passer par la constitution au sein du parquet général de pôles ou de référents développant une connaissance approfondie de certaines matières. Mais, quelle que soit sa forme, elle doit permettre d'apporter un véritable enrichissement aux membres de la chambre prenant connaissance de l'avis du parquet général. De cette compétence incontestée

peut naître une approche diversifiée des pourvois soumis à la Cour. L'intérêt de cet apport serait substantiel et justifierait, si nécessaire, une plus grande flexibilité des rythmes de présence des avocats généraux aux audiences.

De plus, il conviendrait que les avocats généraux concluent, même succinctement, dans un plus grand nombre d'affaires¹⁵¹, afin notamment d'apporter un surplus de sécurité juridique dans le mode de traitement rapide de dossiers de difficulté intermédiaire exigeant une réelle vigilance. Par ailleurs les rapporteurs, les doyens ou les présidents de chambre doivent pouvoir demander au parquet général des conclusions approfondies dans des dossiers particuliers. Il est alors indispensable, pour que les avocats généraux puissent répondre utilement aux besoins de la Cour, de favoriser l'instauration d'un dialogue entre ceux-ci et les rapporteurs, les seconds donnant aux premiers toutes les indications de nature à orienter leur travail de façon pertinente, sur les points nécessitant un approfondissement, y compris en termes d'étude d'impact (par exemple si la chambre s'interroge sur la pertinence d'une évolution de sa jurisprudence).

De surcroît, les avocats généraux contribueront pleinement aux travaux préconisés par la commission pour préparer le traitement des contentieux d'intérêt public majeur (veille juridique, mise en place de structures réflexives, détection des questions nouvelles...). Les liens qu'ils entretiennent avec des interlocuteurs extérieurs (direction des affaires juridiques des ministères, rapporteurs publics au Conseil d'Etat, premiers présidents et procureurs généraux des cours d'appel, parlementaires, universitaires...) seront particulièrement utiles à cet égard.

D'une manière générale, la commission considère qu'il convient d'assurer une coordination plus étroite des activités des avocats généraux et des conseillers, de nature à rendre plus efficaces, et partant plus

¹⁵¹ Soit dans les affaires soumises aux formations de section (« FS ») mais également dans celles, plus simples, examinées en formations restreinte (« FR »). Cet élargissement de leur mission pourra, après évaluation, impliquer une adaptation des moyens.

appréciés, les travaux du parquet général. En particulier, la désignation concomitante du conseiller rapporteur et de l'avocat général, dans le traitement actuel du circuit approfondi, comme l'organisation d'une séance d'instruction à laquelle l'avocat général participe, lui paraissent constituer des évolutions très pertinentes, dont la mise en œuvre est actuellement en cours. Il apparaît nécessaire à cet égard que, dans la phase préalable à la séance d'instruction, chaque fois que cela paraîtra nécessaire et tout spécialement dans les procédures traitant de contentieux d'intérêt public majeur, l'analyse des problèmes posés, la détermination des consultations à effectuer ou la recherche des orientations possibles quant aux diverses solutions envisageables fassent l'objet d'une concertation entre le conseiller rapporteur et l'avocat général, le tout avec l'aide du service d'appui aux magistrats préconisé par la commission¹⁵².

Le bénéfice de telles mesures est conditionné à l'aptitude du parquet général à adapter en tant que de besoin son mode de fonctionnement et à l'attention portée par les magistrats du siège à ce que les avocats généraux disposent du temps et des informations nécessaires pour que leur contribution aux débats qui se déploient devant la Cour soit la plus fructueuse possible. La création du service d'appui aux magistrats de la Cour de cassation, dont la commission fait l'une de ses propositions majeures, permettra aux avocats généraux comme aux conseillers de disposer sur tous les dossiers d'un travail de préparation économisant un temps précieux, qui sera utilement consacré à l'approfondissement des difficultés que la Cour doit résoudre.

Afin d'inscrire dans la durée les évolutions préconisées, la commission suggère d'instaurer au sein de chaque chambre une charte de fonctionnement, élaborée en concertation avec le premier avocat général de la chambre. Ce document serait de nature à normaliser et améliorer, en les clarifiant, les relations entre les magistrats du siège et du parquet général. Afin d'en assurer la cohérence, un document, établi d'un commun accord par la première présidente et le procureur général, préciserait les grandes orientations que devraient contenir ces chartes¹⁵³.

Enfin, la commission est d'avis que la fonction et le statut spécifique des avocats généraux seraient perçus de façon plus claire à l'extérieur de l'institution si était mentionné explicitement dans les textes qu'ils ne relèvent pas de l'autorité du garde des sceaux et qu'ils exercent leurs fonctions en toute indépendance devant les chambres de la Cour¹⁵⁴. De même, le choix d'une autre dénomination que celle d'avocat général pourrait avoir l'avantage d'éviter la confusion fréquente avec les parquets généraux des cours d'appel, facilitant ainsi leur contribution aux missions de la Cour de cassation. Elle observe du reste qu'en ce domaine, le CSM a rendu le 15 septembre 2020 un avis¹⁵⁵ en faveur de l'alignement de la procédure de nomination des membres du parquet général de la Cour de cassation sur celle des magistrats du siège.

Guider et coordonner la jurisprudence judiciaire constitue une tâche essentielle pour laquelle la Cour de cassation doit mobiliser toutes ses ressources, dans le respect des compétences institutionnelles de chacun. La

¹⁵² Sur la création de ce service, voir le présent rapport, paragraphe 3.2.1.2.

¹⁵³ Par exemple : audiencement, procédure de signalement des dossiers, délais entre l'audiencement et la conférence, contenu des retours de conférence transmis aux avocats généraux, tenue des assemblées générales des chambres associant en partie les magistrats du parquet général, etc.

¹⁵⁴ Voir, en ce sens, le discours du procureur général à l'occasion de l'audience solennelle de début d'année judiciaire 2021 à la Cour de cassation, le 11 janvier 2021 (<https://www.courdecassation.fr/publications/26/prises-parole/2039/discours/2202/molins-procureur-9037/debut-annee-46253.html>).

¹⁵⁵ Formation plénière du CSM, Avis au Président de la République, saisine du 19 juin 2020. Cette préconisation vise aussi les nominations des procureurs généraux et des procureurs pour lesquels le Conseil ne donne, de la même manière, qu'un avis consultatif, en vertu des articles 64 et 65 la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (<http://www.conseil-supérieur-magistrature.fr/publications/avis-et-communiqués/avis-de-la-formation-pleniere-du-conseil-supérieur-de-la-4>).

commission est convaincue que l'instauration d'une coopération harmonieuse de l'ensemble des magistrats qui la composent est un facteur d'efficacité et de légitimité

pour la Cour de cassation. La réalisation de cet objectif est d'une particulière importance et exige l'engagement de tous.

Recommandation :

20. Reconnaître l'apport du parquet général et adapter ses tâches et son mode de fonctionnement.

3.2.1.2. Créer un grand service d'appui aux magistrats¹⁵⁶

« Lorsque les juges sont secondés par des assistants dans le processus décisionnel, la qualité et l'efficacité de leur travail peuvent encore être améliorées dans l'intérêt de la société et des parties à la procédure. » Cette affirmation liminaire de l'avis que le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) du Conseil de l'Europe a consacré à ce sujet¹⁵⁷ confirme tout l'intérêt de la proposition de créer au sein de la Cour de cassation un « service d'appui aux magistrats », à laquelle la commission attache une importance essentielle.

Plusieurs raisons justifient tout particulièrement cette proposition. La Cour de cassation reçoit chaque année plus de 20 000 pourvois, de difficulté et d'importance très variées, couvrant de multiples domaines du droit. Sa position de juridiction nationale supérieure de l'ordre judiciaire exige d'elle célérité et fiabilité. Venant des cours d'appel, les conseillers nommés à la Cour de cassation sont des juges de grande expérience. Mais ils doivent apprendre un « nouveau métier », nécessitant la maîtrise d'une « technique de cassation » singulière et de matières juridiques complexes. Les uns accèdent en fin de carrière aux fonctions de « conseillers », tandis que les autres, plus jeunes, sont nommés « conseillers référendaires » et doivent ensuite retourner dans les juridictions du fond : le temps pendant lequel les uns et les autres sont pleinement opérationnels est

donc limité. Le nombre de dossiers confiés à chacun est lourd et leur travail de préparation est solitaire. Cette situation peut créer une tension entre qualité et quantité, fragiliser la sécurité juridique et limiter l'attractivité des fonctions.

Le service d'appui aux magistrats aurait pour mission de soutenir ceux-ci dans la préparation des dossiers. Pour cela, sous l'autorité de magistrats expérimentés, il participerait à l'orientation des pourvois vers les différents circuits de traitement, il établirait des fiches de proposition de rejet du pourvoi pour les dossiers les plus simples et, pour les plus compliqués, effectuerait des recherches approfondies de jurisprudence et de doctrine, des analyses sur les enjeux de l'affaire et les débats qu'elle soulève. Toutes ces informations seraient immédiatement accessibles aux membres de la formation de jugement compétente et à l'avocat général, qui pourraient en outre solliciter des recherches complémentaires, ce qui enrichirait grandement la collégialité. Les assistants, en contribuant à l'élaboration d'une « mémoire » des chambres et en aidant les nouveaux conseillers à se familiariser avec la technique de cassation atténueraient les effets d'une rotation parfois trop rapide des membres de la Cour de cassation.

Afin d'utiliser un cadre statutaire déjà existant et une solide compétence, le service

¹⁵⁶ Pour une présentation plus développée de cette proposition, voir annexe 1.12.

¹⁵⁷ Avis n° 22 du CCJE (2019) du Conseil consultatif de juges européens : « Le rôle des assistants de justice ».

d'appui aux magistrats serait composé essentiellement de « juristes assistants »¹⁵⁸, en privilégiant les docteurs en droit. Leur recrutement s'effectuerait pour une période de trois ans, renouve-

lable une fois. Leur encadrement serait confié à des auditeurs.

Parmi les différentes formules d'organisation possibles d'un tel service, la commission considère que la plus adaptée est celle d'un *pool* d'assistants permettant de rassembler une force de travail et un vivier de compétences mises à la disposition des juges selon leurs besoins. Les assistants ne seraient donc pas attachés au cabinet d'un juge mais assisteraient celui-ci sur les dossiers qui leur seraient confiés. Cette organisation rend possible la mutualisation des compétences et des disponibilités, permettant ainsi une adaptation souple aux besoins et une gestion réactive des effectifs. Elle correspond mieux que toute autre au nombre de membres de la Cour de cassation, aux exigences immobilières et budgétaires, ainsi qu'à la multiplicité des pourvois. Les assistants seraient sous l'autorité de la première présidente ; leur gestion ferait l'objet d'un suivi administratif unifié dans un souci de cohérence ; mais, dans un but d'efficacité, ils seraient placés sous la direction opérationnelle de chacune des chambres. Ceux des magistrats qui n'en ont pas l'expérience devraient acquérir une culture adaptée à ce nouveau type de travail collectif.

Intégré dans le processus juridictionnel, ce service ne devrait en aucun cas dépasser les limites de son rôle d'assistance aux travaux

" Cette révolution, car c'en est une, fera passer la Cour de cassation dans une ère nouvelle, où les magistrats se concentreront sur le cœur de leur fonction et où la collégialité sera renforcée au bénéfice des justiciables et du droit. "

des magistrats. A ce titre, la mise en garde du CCJE doit être pleinement prise en compte : « Les assistants de justice doivent soutenir les juges dans leur fonction, pas les remplacer. Quelles que soient leurs attributions, ils doivent être supervisés par le ou les juges, qui restent responsables de la prise de décision sous tous ses aspects »¹⁵⁹.

Cette révolution, car c'en est une, fera passer la Cour de cassation dans une ère nouvelle, où les magistrats se concentreront sur le cœur de leur fonction et où la collégialité sera renforcée au bénéfice des justiciables et du droit. Les contraintes budgétaires ne permettront sans doute pas qu'elle se réalise en une seule fois. Il faudra alors la mettre en place chambre après chambre pour en montrer la richesse, en évitant le saupoudrage des moyens sur toutes les chambres qui la diluerait et lui ferait perdre son intérêt. Il conviendra ensuite d'évaluer l'impact de l'apport de ce service sur la charge de travail des conseillers et d'envisager le cas échéant un ajustement des effectifs, étant rappelé que l'objectif premier demeure de permettre aux juges d'approfondir, plus qu'ils ne peuvent le faire aujourd'hui, les dossiers le nécessitant, de mieux préparer l'ensemble des affaires sur lesquelles ils seront appelés à délibérer et enfin de s'investir davantage dans la dynamique intellectuelle de leur chambre.

¹⁵⁸ Voir l'article L.123-4 du code de l'organisation judiciaire et le décret n°2017-1618 du 28 novembre 2017.

¹⁵⁹ Avis n° 22 du CCJE (2019), précité. Voir aussi dans le même sens N. Holvast "The Power Of The Judicial Assistant/Law Clerk: Looking Behind the Scenes at Courts in The United States, England And Wales, and The Netherlands" : "Competent and conscientious judges will provide their law clerks with instructions and will "not allow an opinion to issue in their name until the words constitutioning the opinion precisely reflect their views on the proper disposition of the case" (« Les juges compétents et consciencieux donneront des instructions à leurs assistants juridiques et ne permettront pas qu'une opinion soit émise en leur nom tant que les mots qui la constituent ne reflètent pas précisément leur point de vue sur la façon de régler l'affaire »).

Recommandation :

21. Créer un grand service d'appui aux magistrats.

3.2.2. Garantir la nécessaire prévisibilité du droit

3.2.2.1. De la sécurité juridique à la prévisibilité

L'attachement à la « sécurité juridique » plonge ses racines culturelles dans un passé très lointain. Pensant le monde comme une lutte permanente entre le cosmos et le chaos originel dont il était sorti, la tradition hellénique considérait que « sans ordre, c'est la substance même du monde qui se dissout, reprise par la puissance du chaos. (...) De sorte que, lorsque Platon décida d'instaurer les lois civiles en tant que mode premier d'organisation de cet ordre, tel qu'il se manifestait dans la vie de la cité, c'était bien plus qu'une simple ambition normative qu'il leur imposait »¹⁶⁰. Cette « dimension cosmique » de l'ordre juridique répondant à un besoin vital de « sécurité » fut transmise à et par les juristes romains, de telle sorte que « l'idéal de 'sécurité juridique' né au temps de la Rome ancienne est demeuré, jusqu'à ce jour, l'horizon régulateur de la pratique des juristes ; pour ceux-ci, comme pour les philosophes, les lois ne peuvent avoir de sens que si elles s'opposent au désordre (...) »¹⁶¹. Cette hantise du désordre a incité bien des juristes à penser la sécurité juridique comme un « fixisme juridique », entravant les indispensables adaptations du droit à un monde complexe et mouvant. Dans cet esprit, beaucoup ont invoqué la séparation des pouvoirs ou un supposé « gouvernement des juges »,

pour critiquer le rôle que prennent nécessairement les juges dans ce processus adaptatif. L'une des manifestations les plus extrêmes de cette conception est la doctrine américaine d'interprétation de la constitution, connue sous le nom d'« originalisme » : « (...) les originalistes recommandent une interprétation littérale de la Constitution, consistant à s'en tenir à son seul texte et, si besoin, aux intentions des Pères fondateurs, rédacteurs et « ratificateurs » de la Constitution de 1787 »¹⁶².

Les conceptions extensives de la sécurité juridique ont été critiquées, notamment pour les difficultés qu'elles créaient dans un monde marqué par l'obsolescence rapide de nombreuses règles juridiques, sous l'effet des évolutions technologiques et sociales. Elles sont maintenant dépassées. Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a souligné dans son célèbre arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, « la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; et le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la nature des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique »¹⁶³. La plus grande partie des juristes sait désormais que,

¹⁶⁰ L. de Sutter, *Hors la loi – Théorie de l'anarchie juridique*, Les liens qui libèrent, Collection Trans, 2021, p. 15.

¹⁶¹ Idem, p. 23.

¹⁶² « États-Unis : l'impact de l'originalisme des juges conservateurs à la Cour suprême », 23 novembre 2020 (<https://theconversation.com/etats-unis-limpact-de-loriginalisme-des-juges-conservateurs-a-la-cour-supreme-150328>).

Voir également P. Legrand, « Comment les juges de la Cour suprême des États-Unis (se) fabriquent des Constitutions : à propos de l'affaire Heller », *Cahiers de la Justice*, 2010/1 (n° 1), pp. 87-109 (https://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=CDLJ_1001_0087).

¹⁶³ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n°30, § 47.

par sécurité juridique, il faut entendre un ensemble de qualités de la norme permettant aux personnes physiques et morales, d'une part et avant tout, d'échapper à l'arbitraire et, d'autre part, de déterminer, si nécessaire avec les conseils d'un professionnel compétent, les conséquences juridiques de leurs actions. Pour cela, la « loi », au sens général comprenant la jurisprudence, doit être accessible, intelligible et stable, cette dernière caractéristique incluant la prévisibilité de ses évolutions et de ses effets. Dans cette acception, la sécurité juridique est consacrée à des degrés divers par les principales juridictions régulatrices, qui la mettent en balance avec la nécessaire flexibilité du droit. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que « les exigences de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime¹⁶⁴ des justiciables ne consacrent donc pas un droit acquis à une jurisprudence constante. En effet, une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à la

bonne administration de la justice, car l'abandon d'une approche dynamique et évolutive risquerait d'entraver toute réforme ou amélioration (...) »¹⁶⁵. La Cour de cassation reprend régulièrement à son compte cette analyse. Ainsi, dans un arrêt récent, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a modifié une jurisprudence bien établie en rappelant que : « l'exigence de sécurité juridique ne consacre au demeurant pas un droit acquis à une jurisprudence figée, et un revirement de jurisprudence, dès lors qu'il donne lieu à une motivation renforcée, satisfait à l'impératif de prévisibilité de la norme »¹⁶⁶. Il convient néanmoins de garder à l'esprit la spécificité du domaine pénal, où le principe de légalité et la méthode d'interprétation stricte qui en découle sont consacrés par les articles 111-3 et 111-4 du code pénal, ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg¹⁶⁷.

3.2.2.2. Développer les efforts en faveur de la prévisibilité du droit

Pour renforcer la prévisibilité du droit dans ce cadre complexe, la commission encourage la Cour de cassation à poursuivre la mise en œuvre et le développement des moyens qui lui permettent de trouver un juste équilibre entre les exigences de stabilité et d'évolution du droit. A ce titre, l'usage dynamique et ouvert de la procédure d'avis, des questions préjudicielles soumises à la Cour de justice de l'Union européenne et du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme font du dialogue avec

les juges internes et européens un instrument particulièrement fécond. Il en va de même de la saisine de l'assemblée plénière pour mettre fin aux divergences de jurisprudences entre les chambres ou traiter

***" Trouver un juste équilibre
entre les exigences de stabilité
et d'évolution du droit. "***

¹⁶⁴ Le principe de confiance légitime, issu du droit allemand et mis en œuvre par la Cour de justice de l'Union européenne, qui lui a donné le statut de « principe inhérent au droit de l'Union européenne », complète celui de sécurité juridique. Il permet à un justiciable d'opposer à l'administration les « espérances fondées » qu'elle lui a données par des assurances précises, de nature à faire naître une attente légitime. Ainsi, à titre d'illustration, un État membre présentant un projet d'aide d'Etat au secteur bancaire peut opposer à la Commission les lignes directrices par lesquelles celle-ci fixait les critères selon lesquels elle entendait évaluer la compatibilité de telles mesures d'aide (arrêt de la CJUE Tadej Kotni du 19 juillet 2016, affaire C-526/14).

¹⁶⁵ CEDH, 29 novembre 2016, Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie [GC], 76943/11, § 116.

¹⁶⁶ Cour de cassation, assemblée plénière, 2 avril 2021, n°19-18.814, *Société Air liquide France industrie*.

¹⁶⁷ Cf. parmi de multiples études, M. Touillier, « L'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 7 de la CESDH », RDLF 2014, chron. n°08 (<http://www.revuedlf.com/cedh/linterpretation-strict-de-la-loi-penale-et-larticle-7-de-la-cesdh-article/>).

directement un pourvoi particulièrement important. Les efforts de pédagogie que déploie la Cour de cassation pour mieux faire connaître et comprendre sa jurisprudence améliorent l'accessibilité et l'intelligibilité de la règle de droit et renforcent la sécurité juridique. Il en est ainsi du nouveau mode de rédaction des arrêts et de la motivation développée¹⁶⁸. Cette dernière ne sert pas seulement à mieux comprendre et à mieux accepter un arrêt. En indiquant les raisons pour lesquelles telle interprétation a été retenue, la Cour permet aux lecteurs de savoir dans quelle mesure le principe posé pourrait être transposé à un autre cas de figure. Elle rend ainsi le droit plus prévisible. Il en est de même des « lettres de chambre », présentant en termes simples les principales décisions, et de la nouvelle méthode de classification et de hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation¹⁶⁹.

Dans le même but, la commission propose que la publication du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général avec celle de l'arrêt devienne progressivement plus fréquente. Elle sait les débats que suscite au sein de la Cour cette suggestion. Néanmoins elle estime que cette mesure améliorerait la compréhension des arrêts. En outre, en étudiant ces documents, les praticiens du droit saisiraient mieux 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. Au surplus, l'analyse fine des arrêts que permettraient ces travaux contribuerait à mieux hiérarchiser les précédents multiples

que l'*open data* fournira sans les assortir des nuances indispensables. Pour faciliter la mise en œuvre de cette mesure significative, la commission estime qu'il serait réaliste que, dans un premier temps, elle ne soit généralisée que pour les arrêts qui sont déterminants au plan du droit ou qui contribuent à structurer l'activité sociétale et la vie quotidienne des citoyens. Elle vise là ceux qui sont présentés dans une « lettre de chambre¹⁷⁰ », remarquable vecteur de communication. En outre, elle pense qu'il conviendrait de prévoir que, dans des cas exceptionnels et pour des motifs précis, les présidents de chambre et les premiers avocats généraux, chacun en ce qui les concerne, puissent faire exception à cette publication du rapport ou de l'avis sur demande de leurs auteurs respectifs.

Le principe d'application immédiate des revirements de jurisprudence s'appuie sur de fortes raisons théoriques et pratiques. Cela explique que la Cour de cassation ne procède que rarement à la modulation dans le temps des arrêts de cassation qu'elle prononce¹⁷¹. Pourtant, cette pratique qui la conduit à opérer un revirement de jurisprudence sans l'appliquer aux parties au pourvoi en cause, conforte la sécurité juridique en évitant que des justiciables ne se voient opposer une règle juridique différente de celle qui prévalait lorsqu'ils ont agi. L'importance de cette question rend nécessaire que, dans tous les cas, la mise en œuvre de la modulation dans le temps donne lieu à une discussion contradictoire entre les parties¹⁷².

¹⁶⁸ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/redaction_arrets_46020.html

¹⁶⁹ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_cour_22450.html

¹⁷⁰ https://www.courdecassation.fr/publications_26/lettres_chambres_9944/

¹⁷¹ Voir annexe n° 1.13.

¹⁷² Voir « Les revirements de jurisprudence », Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, Editions LexisNexis, 30 novembre 2014. Voir notamment, au sein de ce rapport, D. Rebut, « Les revirements de jurisprudence en matière pénale », p. 95.

3.2.2.3. Prendre en considération l'urgence

Dans l'affaire *Airey c/ Irlande*, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que le but de la Convention consiste à « protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »¹⁷³. Cette approche pragmatique fait un devoir au juge de prendre en considération l'urgence qui caractérise une situation contentieuse afin d'éviter que l'écoulement du temps ne rende théoriques ou illusoires les droits d'une partie. C'est dans cet esprit que, lors d'un colloque consacré au référé par le Conseil d'Etat, le 29 novembre 2019, Jean-Denis Combrexelle, alors président de la section du contentieux, a souligné que « la capacité du juge à traiter de l'urgence n'est plus simplement une question de procédure mais devient un élément de fond qui caractérise la capacité ou l'incapacité d'un système de droit national à garantir la sécurité juridique »¹⁷⁴. La position particulière de la Cour de cassation, qui constitue le dernier recours ouvert devant les juridictions nationales judiciaires et qui concentre son attention sur les questions de droit, ne favorise pas la perception de l'urgence qui s'attache à certains dossiers. Pourtant, même si les délais de jugement devant la Cour ne sont pas d'une durée moyenne excessive¹⁷⁵, il est impératif d'offrir des possibilités de traitement rapide pour les affaires qui l'exigent. La commission propose de clarifier, renforcer et compléter les dispositions relatives à cette question.

Aujourd'hui, en matière pénale¹⁷⁶, dans de nombreux cas des délais très courts sont prévus par la loi et, dans les autres dossiers, le délai du dépôt des mémoires est fixé par le président de la chambre criminelle, permettant ainsi à ce dernier, en coordination avec les avocats et le parquet général qui fixe les

affaires aux audiences, d'adapter le rythme des affaires urgentes de manière satisfaisante. En matière civile, deux textes du code de procédure civile offrent la possibilité d'accélérer le traitement d'une affaire : l'article 1009 donne au premier président la faculté de réduire d'office les délais prévus pour le dépôt des mémoires et des pièces ; dès que le dossier est attribué à une chambre, l'article 1012 permet à son président de fixer une date d'audience en même temps qu'il désigne le conseiller-rapporteur. Pour clarifier ce dispositif, la commission propose en matière civile de fusionner les articles 1009 et 1012 du code de procédure civile, comme cela a déjà été suggéré par la première présidente, et de présenter sur le site de la Cour de cassation des décisions et des informations permettant de faire mieux connaître la mise en œuvre des dispositions applicables, tant en matière civile qu'en matière pénale. Afin de renforcer ce dispositif, il conviendrait d'améliorer le repérage des dossiers urgents dès leur arrivée à la Cour de cassation, avec l'aide du parquet général, des avocats aux Conseils et du SDER. Au surplus, on peut souhaiter qu'en amont soit mise en place, dans les juridictions de première instance et d'appel, une politique jurisprudentielle permettant de rendre rapidement des « décisions pilotes », afin que la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi dans les meilleurs délais, prononce à son tour une « décision pilote »¹⁷⁷. En outre, chaque fois que cela est possible, tant en matière civile qu'en matière pénale, il faut encourager la formation de jugement cassant un arrêt à régler l'affaire au fond, sans renvoi, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Au surplus, ce dispositif pourrait être complété en donnant à la Cour de cassation

¹⁷³ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, n°24.

¹⁷⁴ <https://avocatatlantic.fr/lurgence-en-droit-administratif/>. Voir également <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/le-refere-les-20-ans-de-la-justice-administrative-de-l-urgence>

¹⁷⁵ 465 jours en matière civile et 175 jours en matière pénale (https://www.courdecassation.fr/institution_1/activite_chiffres_58/statistiques_2020_46274.html)

¹⁷⁶ Il en est de même en matière d'élections professionnelles.

¹⁷⁷ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 3.2.2.4.

le pouvoir de prononcer des mesures provisoires durant l'instance se déroulant devant elle, en cas d'atteinte grave et immédiate à une liberté fondamentale. Enfin, la commission estime que ces suggestions trouveraient un prolongement efficace en s'articulant avec l'« Observatoire des litiges judiciaires », dont la création est proposée ci-après¹⁷⁸.

Allant plus loin, la commission s'est interrogée sur la possibilité d'instituer une nouvelle voie de recours spécifique, qui s'apparenterait au référé liberté qui existe au sein de l'ordre juridictionnel administratif¹⁷⁹ et qu'on pourrait appeler « pourvoi liberté » ou « référé de cassation ». Il s'agirait de permettre à la Cour de cassation de censurer, au terme d'une procédure accélérée, les décisions qui porteraient une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et de régler définitivement l'affaire. Afin d'éviter l'envahissement du prétoire, le

président de chambre ou son délégué pourrait rejeter par voie d'ordonnance, sans rapport et sans audience, les recours manifestement infondés. Toutefois, il est difficile de concevoir de façon isolée une procédure de référé liberté à la Cour de cassation qui serait dans ce cadre, comme le Conseil d'Etat, à la fois juge d'appel et juge de cassation. Une telle option exigerait de réfléchir en parallèle sur l'office des juges des référés des tribunaux judiciaires, ce qui dépasse la mission confiée à la commission. Or, les rapports de droit sont beaucoup plus nombreux et divers dans l'ordre judiciaire que dans l'ordre administratif, le nombre de décisions n'est pas comparable et la détermination des parties à l'instance est plus difficile que dans le cadre du référé liberté administratif. En conséquence, la commission a renoncé à formuler cette proposition.

3.2.2.4. Mettre en place, au sein de la Cour, un « Observatoire des litiges judiciaires »

Au sein de l'ordre judiciaire, le grand nombre des juridictions du fond et la multitude des affaires qu'elles traitent ne

à se concentrer provisoirement sur des dossiers pilotes puis, une fois dégagée une orientation satisfaisante, de traiter efficacement

" Se doter d'une capacité d'anticipation partagée entre la Cour de cassation et les cours d'appel. "

permettent pas facilement le repérage des évolutions qui s'y développent ainsi que les dossiers justifiant une attention particulière. Pourtant, une telle vision permettrait de se doter d'une capacité d'anticipation partagée entre la Cour de cassation et les cours d'appel, notamment pour rapprocher certains dossiers dispersés dans différentes juridictions mais posant un problème similaire, afin de mettre en œuvre des processus consistant

ment tous ceux relevant de la même problématique. De même, il serait ainsi possible de connaître très rapidement l'urgence particulière marquant certains dossiers, afin de leur réserver un traitement adapté en première instance, en appel puis devant la Cour de cassation. Être également informé précocement de l'apparition devant les juridictions du fond de « contentieux émergents », comportant des questions nouvelles et complexes, offrirait la possibilité de déclencher rapidement une réflexion approfondie, notamment dans le cadre des « sujets d'intérêt public majeur »¹⁸⁰. A une gestion

¹⁷⁸ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 3.2.2.4.

¹⁷⁹ Art. L.521-2 du code de justice administrative.

¹⁸⁰ Sur les sujets d'intérêt public majeur, voir le présent rapport, paragraphe 3.1.2.

fragmentée et souvent tardive de ces situations, serait ainsi substituée une approche systémique et coordonnée.

Pour y parvenir, la commission propose l'institution d'un « Observatoire des litiges judiciaires », présidé par le premier président, animé par le SDER, incluant dans sa composition le procureur général, les présidents de chambre de la Cour de cassation et les premiers avocats généraux, des chefs de cour d'appel et de juridiction de première instance, ainsi que le président de l'Ordre des avocats aux Conseils et un représentant du Conseil national des barreaux. Bénéficiant en particulier de l'aide des magistrats correspondants de la Cour de cassation au sein des cours d'appel, cette structure aurait pour mission de recueillir au plus tôt, dans

l'ensemble des juridictions judiciaires, les informations pertinentes concernant l'existence d'affaires indiquant l'apparition de contentieux émergeant en raison de leur nature ou de leur volume, ou présentant une urgence exceptionnelle ou susceptible de poser des questions d'une grande difficulté, notamment en lien avec des sujets d'intérêt public majeur. Il lui appartiendrait de diffuser ces informations aux interlocuteurs pertinents et de proposer les mesures de coordination adéquates, les plus importantes étant discutées et validées par le bureau de l'Observatoire. Chaque année, cet observatoire publierait un rapport donnant une vision de l'activité des juridictions judiciaires, analysées comme un ensemble fonctionnel, interconnecté et cohérent.

Recommandations :

- 22. Rendre progressivement plus fréquente la publication du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général.**
- 23. Mieux identifier et développer le circuit de l'urgence de la Cour.**
- 24. Mettre en place, au sein de la Cour, un « Observatoire des litiges judiciaires ».**

3.3. L'indispensable amélioration des moyens informatiques de la Cour

En charge du contrôle de la légalité des décisions rendues par les juridictions judiciaires et notamment de l'interprétation

Assurer une haute qualité des moyens informatiques mis à sa disposition pour remplir ses différentes missions est un enjeu majeur

de la prochaine décennie.

La commission constate que des efforts importants sont actuellement déployés dans ce domaine. Elle entend néanmoins souligner

" Assurer une haute qualité des moyens informatiques mis à sa disposition pour remplir ses différentes missions est un enjeu majeur de la prochaine décennie. "

du droit qu'elles appliquent, la Cour de cassation doit impérativement disposer d'un environnement informatique puissant, fiable et apte à réaliser des opérations complexes.

plusieurs actions ou orientations qui lui paraissent exiger des mesures pour consolider les outils de travail existant à la Cour de cassation et relever un défi d'intérêt général.

3.3.1. Régénérer le système d'information de la Cour¹⁸¹

Le système d'information actuel de la Cour de cassation est le résultat d'un ambitieux projet de modernisation lancé au début des années 2000 dans le but de rénover les outils de travail des magistrats en les adaptant aux nouvelles technologies de l'époque. Dès 2008, la Cour a mis en œuvre une révolution à la fois juridique et technologique de dématérialisation totale de ses procédures en matière civile qu'aucune autre juridiction française et européenne n'avait jusque-là effectuée. Un groupe de travail est actuellement piloté par le président de la chambre criminelle sur l'ensemble des questions de dématérialisation en matière pénale. Mais ce système d'information est aujourd'hui vieillissant : en partie bâti sur des fondements désormais dépassés, il est devenu progressivement inadapté aux besoins de la juridiction. La « dette technique »¹⁸² atteint un niveau inquiétant. Une partie des

logiciels d'application présente des obsolescences techniques nécessitant une réécriture en langages récents. Il en résulte un manque d'évolutivité et un risque d'incidents graves pouvant même conduire à l'interruption des activités de la Cour. Cette situation est amplifiée par le fait que le service informatique de la Cour doit être renforcé : s'il est composé d'agents expérimentés et engagés dans leurs tâches, son effectif est manifestement insuffisant au regard de la multiplicité de ses missions, et la complexité de ses responsabilités exigerait la présence à sa tête d'un spécialiste ayant déjà exercé les fonctions de directeur des services informatiques. Un plan ambitieux de modernisation en profondeur a récemment été lancé par la Première présidence, sous la forme d'un schéma directeur couvrant les trois prochaines années. En outre, pour assurer dans la durée la remise à niveau du système d'information, il

¹⁸¹ Un « système d'information » est un ensemble organisé de ressources : matériels, logiciels, personnels, données et procédures, permettant d'acquérir, de traiter, de stocker et de diffuser des informations dans et entre des organisations. Il doit donc être distingué du « système informatique », qui n'en est qu'un sous-ensemble. Le système informatique constitue un support du système d'information qui prend en charge l'information numérisée et les traitements automatisés.

¹⁸² La « dette technique » désigne en informatique l'accumulation de produits obsolètes au plan matériel (infrastructures, architectures non maintenues) et au plan logiciel (langages de programmation anciens, versions de logiciels dépassées).

est indispensable de le doter d'une structure de gouvernance stratégique et permanente, afin d'identifier les besoins, de mener une analyse à court, moyen et long terme et de déterminer une stratégie d'évolution. La réflexion devra porter non seulement sur les équipements informatiques mais aussi sur l'ensemble des outils nécessaires au travail des magistrats de la Cour. C'est dans ce but qu'a été institué un « comité stratégique »

chargé d'établir la « feuille de route » informatique de la Cour. Composé de magistrats et de fonctionnaires de la Cour, ainsi que de représentants du ministère de la justice, ce comité ne s'est réuni qu'une seule fois à la fin de l'année 2020. Il serait souhaitable que cette instance poursuive ses travaux à intervalles rapprochés et se révèle suffisamment opérationnelle pour mener une action efficace.

3.3.2. Accroître l'autonomie informatique de la Cour

L'articulation des compétences entre le ministère de la justice et la Cour de cassation dans les domaines administratif et budgétaire a toujours été délicate¹⁸³. Le domaine de l'informatique ne fait pas exception à ce constat. La Chancellerie a en charge l'élaboration d'une multitude de projets et le suivi de très nombreuses applications dans toutes les juridictions judiciaires. Cette centralisation et l'énorme activité qu'elle représente génèrent inévitablement des lourdeurs administratives qui limitent la prise en compte de la spécificité des besoins de la Cour de cassation et entravent la mise en œuvre rapide de ses projets. Il est compréhensible que le ministère de la justice ait la maîtrise du réseau informatique (les « tuyaux »), par lequel circulent les flux de données, en raison de la taille et de la complexité de cette infrastructure commune. Mais il n'apparaît pas que ce point de passage obligé présente les capacités et le niveau technique nécessaires pour assurer le fonctionnement optimal que les juridictions, et en particulier la Cour de cassation, sont en droit d'attendre. Par ailleurs,

les décisions d'engagement budgétaire indispensables pour réaliser rapidement les opérations dont la Cour a besoin paraissent difficiles à obtenir et lourdes à exécuter. Des mesures comme l'hébergement des serveurs ou le recours à des technologies ouvertes (*open sources*) semblent se heurter à des conceptions, certes prudentes mais qui excluent des solutions moins chères et plus souples. La commission estime que l'autonomie de la Cour de cassation dans le domaine de l'informatique doit être renforcée de façon significative, en s'appuyant sur le principe de subsidiarité. Il convient de laisser à la Cour tout ce qu'elle peut faire aussi bien ou mieux que la Chancellerie, en lui donnant les moyens correspondant à ces transferts. Cette nouvelle philosophie d'action comporterait des exigences de transparence, de cohérence et de responsabilité auxquelles la Cour se soumet déjà. La commission a la conviction qu'elle apporterait un allègement des charges pour le ministère de la justice et une plus grande efficacité pour la Cour de cassation.

3.3.3. Rénover le « bureau virtuel » des conseillers à la Cour

Les conseillers à la Cour de cassation disposent d'une interface informatique très riche, baptisée « bureau virtuel », qui leur offre dès leur connexion sur leur poste de travail un

accès à différentes informations sur les procédures, telles que les pièces des dossiers qui leurs sont confiés en qualité de rapporteurs, les projets d'arrêts qui seront examinés aux prochaines audiences, l'accès à la base de

¹⁸³ Voir à titre d'illustration https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_entretiens_2039/discours_2202/premier_president_7084/autorite_judiciaire_35251.html.

données Jurinet¹⁸⁴, une vue sur leur « stock » d'affaires, etc. Cet outil déjà ancien devrait être amélioré, afin d'y faire figurer des éléments complémentaires tels que le repérage de dossiers appartenant à des contentieux récurrents ou des cas connexes, des indications sur les affaires à venir, des informations permettant à chacun de gérer ses activités futures, etc.

Il conviendrait également de faire du bureau virtuel une porte d'entrée vers des « fonds documentaires » correspondant aux principaux domaines contentieux. Constituées

dans une démarche de gestion collective des savoirs, inspirée du *knowledge management* mis en œuvre depuis longtemps par les cabinets d'avocats, ces « mémoires de chambre » permettraient la transmission et le partage de connaissances fines, que souvent seuls les spécialistes d'une matière maîtrisent bien. Elles faciliteraient la tâche de ceux qui (re)-découvrent une matière à leur arrivée à la Cour de cassation et enrichiraient les délibérés en permettant à tous de mieux apprécier l'orientation proposée par le conseiller rapporteur.

3.3.4. Créer un espace délibératif virtuel pour les magistrats de la Cour

De nombreux magistrats de la Cour de cassation, contrairement aux membres du Conseil d'Etat, ont fait leur carrière professionnelle en province et y sont implantés. S'ils viennent fréquemment à la Cour, ils ne peuvent y développer une proximité de travail quotidienne qui enrichit la réflexion collective. Jusque-là, cette situation se traduisait par une solitude que ne venaient tempérer que quelques échanges téléphoniques peu propices à de véritables réflexions communes. Le confinement décidé pour faire face à la pandémie a suscité un large mouvement de télétravail et une offre renouvelée d'outils de visioconférence. Il faut saisir cette opportunité pour permettre aux magistrats de la Cour de cassation de développer, entre leurs passages à la Cour qui resteront la règle, un espace délibératif virtuel mettant en œuvre des outils

modernes et efficaces. Il est nécessaire pour cela de mettre à leur disposition un système de communication qui permette la visioconférence et l'échange instantané, offrant convivialité, fiabilité, confidentialité et ouverture sur l'extérieur. Or il faut constater que tel n'est pas le cas. Le ministère de la justice a fourni à la Cour un système qui très bientôt ne sera plus soutenu par l'entreprise qui le commercialise¹⁸⁵. Quant au système « web-conférence » commun aux administrations de l'Etat, il permet la communication avec l'extérieur mais le réseau justice est insuffisamment puissant pour en permettre un usage satisfaisant. La commission souligne la nécessité de régler ces problèmes pour que les contraintes de la crise sanitaire puissent déboucher sur un progrès des méthodes de travail de la Cour de cassation.

3.3.5. Rendre possible un échange de données avec les juridictions du fond

Lorsque la Cour prononce une cassation, elle désigne dans la plupart des cas une cour d'appel de renvoi pour rejurer l'affaire. Il est alors important que cette dernière ait accès à

tous les éléments contenus dans le dossier de la Cour de cassation, afin de déterminer de façon précise les points qu'elle doit reprendre et l'orientation juridique qu'il lui

¹⁸⁴ La base de données Jurinet fait actuellement l'objet d'un important travail de modernisation.

¹⁸⁵ Skype : la maintenance par Microsoft arrive à échéance en août 2021 et le Ministère a souscrit une offre de soutien jusqu'à la fin d'année.

faut suivre. Mais la Cour de cassation peut aussi décider de juger elle-même l'affaire. Ce pouvoir a été substantiellement élargi par la loi du 18 novembre 2016 ajoutant un second alinéa à l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire. En vertu de ce texte, elle a la possibilité, en matière civile, de « statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie »¹⁸⁶. La Cour de cassation est alors dans la position d'un juge du fond. Dès lors, il est important qu'elle puisse disposer de l'entier dossier de fond pour décider si elle entend choisir cette

orientation et, dans l'affirmative, pour la mettre en œuvre dans les meilleures conditions. Ainsi, que la Cour casse avec renvoi ou sans renvoi, il faudrait faciliter un échange de données entre elle et les cours d'appel. Cela pourrait se réaliser soit en créant des interconnexions efficaces entre leurs systèmes informatiques respectifs, ce qui en l'état est sans doute difficile techniquement à réaliser, soit en rendant possibles des échanges ponctuels de documents numérisés par le biais de plateformes adaptées.

3.3.6. Relever le défi de l'*open data* des décisions judiciaires¹⁸⁷

L'*open data* des décisions de justice, c'est-à-dire la mise à disposition du public, à titre gratuit et sous forme électronique, des décisions rendues par les juridictions judiciaires et administratives, est porteuse pour la Cour de cassation de défis et d'opportunités. Ce phénomène s'inscrit dans une vaste politique, comportant pour l'ensemble du secteur public l'obligation de partager les informations qu'il détient, afin de contribuer à la constitution d'immenses réservoirs de données, les *big datas*. A ces données seront appliqués des modes de traitements sophistiqués, parmi lesquels les algorithmes de l'intelligence artificielle, pour fournir des services nouveaux dont l'ampleur est encore mal mesurée. Ce mouvement, d'une portée et d'une complexité considérable, fait l'objet de multiples débats. Ne seront abordés ici que quelques points concernant spécifiquement la Cour de cassation.

Investie de la responsabilité de l'*open data* pour les juridictions judiciaires¹⁸⁸, la Cour de cassation voit ainsi démultipliée sa mission traditionnelle de diffusion de la jurisprudence, qui passera de moins de 15 000 décisions par an actuellement à 3,9 millions, soit une multiplication par 260. Il lui faut en

particulier veiller à l'anonymisation, garantie essentielle des droits fondamentaux des personnes concernées. Un moteur de recherche en cours de développement permettra aux utilisateurs extérieurs d'accéder à cette immense quantité de décisions par l'intermédiaire du site public de la Cour, dont la rénovation sera prochainement réalisée. Le SDER a pris la mesure de cette tâche et déploie les efforts nécessaires pour la mener à bien. Il lui faudra à cette fin bénéficier d'un soutien dynamique, efficace et pérenne de la part du ministère de la justice. L'intelligence artificielle¹⁸⁹, dont l'*open data* permettra un puissant développement, suscite des mises en garde multiples : rigidité de la jurisprudence, profilage des juges, tentatives peu sérieuses d'anticipation des décisions, etc. Ces risques sont réels. Pour contribuer à les réduire, il faudra que la Cour de cassation s'inspire de la charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, élaborée par la Commission européenne pour l'efficacité de la

¹⁸⁶ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 3.1.1.4.2.

¹⁸⁷ Cette question est développée de façon approfondie dans la note écrite pour la commission par Yannick Meneceur cf. annexe 2.10.

¹⁸⁸ Article R. 111-10 du code de l'organisation judiciaire.

¹⁸⁹ Sur la difficulté à cerner la notion d'intelligence artificielle, voir J. Lassègue, « L'Intelligence artificielle, technologie de la vision numérique du monde », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, no. 2, 2019, pp. 205-219.

justice (CEPEJ)¹⁹⁰. Il conviendra aussi qu'elle participe aux instances qui suivront et, le cas échéant, accréditeront ou labelliseront l'élaboration des algorithmes créés par les *legal techs*. Il appartiendra aussi aux chambres d'enrichir le contenu et l'accompagnement de leurs arrêts¹⁹¹. En revanche, cette analyse des masses de données offre à la Cour de réelles opportunités. C'est ainsi qu'elle s'est déjà engagée dans un projet de recherche visant à étudier les affaires déjà jugées afin d'identifier les arguments et les questions juridiques qui lui sont présentés, les connexités entre les dossiers, les critères

objectifs de complexité et les voies optimales de traitement. De même, les ressources de l'intelligence artificielle pourraient fournir à la Cour des outils lui permettant d'avoir une vision qualitative et analytique de son stock, afin de détecter très vite les affaires importantes susceptibles de justifier un traitement approfondi. Enfin, l'*open data* devrait être utilisé pour permettre à la Cour de cassation et aux cours d'appel, dans le cadre de l'Observatoire des litiges judiciaires¹⁹², de détecter dans les contentieux devant les juridictions du fond des affaires délicates susceptibles de remonter rapidement à la Cour de cassation.

Recommandations :

- 25. Renforcer rapidement et profondément le système d'information de la Cour.**
- 26. Accroître l'autonomie informatique de la Cour.**
- 27. Développer les outils d'échanges virtuels pour les magistrats de la Cour.**
- 28. Rendre possible un échange de données entre la Cour et les cours d'appel afin d'optimiser le traitement de certains pourvois.**
- 29. Doter la Cour des moyens nécessaires pour relever le défi de l'open data des décisions judiciaires.**

¹⁹⁰ « Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement », CEPEJ, 2018.

¹⁹¹ Sur la motivation des arrêts, voir le présent rapport, paragraphe 2.2.2.2; sur l'introduction d'opinions séparées intégrées à la motivation, voir le présent rapport, paragraphe 2.2.2.2.

¹⁹² Sur l'Observatoire des activités judiciaires, voir le présent rapport, paragraphe 3.2.2.4.

Quatrième partie

Une Cour visible, intelligible, accessible

4.1. Définir une politique de communication audacieuse : un enjeu majeur pour la Cour au XXI^{ème} siècle

La nécessité pour l'institution judiciaire de communiquer, elle-même et sur elle-même, ne s'est imposée que progressivement et récemment : la médiatisation était jusqu'alors perçue comme emportant pour la justice, si celle-ci consentait à « descendre dans l'arène médiatique »¹⁹³, le risque de la contestation de ses décisions dans l'espace public et donc de l'affaiblissement symbolique de son « auctoritas »¹⁹⁴ en tant qu'institution. L'antagonisme entre les logiques judiciaires (celle de la présomption d'innocence ou du secret du délibéré, celle d'un cadre procédural ritualisé et ordonnant le débat contradictoire, celle du « tiers séparateur » qui doit mettre un terme au conflit, celle d'une temporalité structurée) et les logiques communicationnelles (celle du débat illimité, pas ou peu régulé, celles de la transparence, de l'émotion, voire de l'audimat, celles d'un tempo rapide) paraissait irréductible. Cet antagonisme traditionnel a été renforcé par la révolution numérique et en particulier par l'émergence des réseaux sociaux¹⁹⁵ qui viennent prolonger le débat judiciaire sans aucune des fonctions régulatrices et médiatrices qui le caractérisent. La difficulté à relever le défi de la communication, plus ambitieux que celui de la simple information¹⁹⁶, semblait accrue, en outre, dans la situation

française où l'institution souffre d'un déficit d'image¹⁹⁷, qu'on ne retrouve pas, par exemple, aux Etats-Unis¹⁹⁸ et qui, comme l'a montré Jean-Pierre Royer dans son Histoire de la justice, s'inscrit dans trois siècles de « crise quasi constante », marquée par « deux coups d'Etats permanents et réciproques, celui de la justice contre le pouvoir et celui de l'opinion contre sa justice »¹⁹⁹.

Pour autant, comme le soulignait déjà le rapport de la commission présidée par Madame Elisabeth Linden, « justice et médias contribuent fortement à la démocratie et s'adressent aux mêmes citoyens »²⁰⁰. Désormais, il est acquis que, dans les démocraties modernes, l'espace communicationnel judiciaire ne peut se limiter aux parties et à la communauté des juristes et s'élargit nécessairement et légitimement à l'espace public²⁰¹. Dès lors, non seulement il apparaît que si la justice ne communique pas, d'autres le font à sa place, mais surtout la communication devient indispensable pour favoriser le rapport de confiance du public en la justice, lequel constitue comme on l'a vu un des facteurs de sa légitimité. Ainsi que l'a relevé Denis Salas, « la légitimité de la justice doit s'exprimer dans une pratique professionnelle qui accepte de se réfléchir dans le

¹⁹³ O. Dufour, Justice et médias, la tentation du populisme, LGDJ, 2019.

¹⁹⁴ A. Lucien, La justice mise en scène. Approche communicationnelle de l'institution judiciaire, L'Harmattan, 2008.

¹⁹⁵ La communication sur les réseaux sociaux est en effet caractérisée par une brièveté et une immédiateté peu compatibles avec la nuance et la mise à distance, une horizontalité qui ne permet pas la hiérarchisation de l'information, des effets viraux ou démultiplicateurs du fait de l'usage du « retweet » et d'évidents « biais de confirmation ».

¹⁹⁶ Puisqu'il intègre au-delà du message les questions relatives à la relation entre émetteurs et récepteurs du message. Voir notamment Dominique Wolton, *Informé n'est pas communiquer*, CNRS édition, coll. Débats, 2009.

¹⁹⁷ Voir en ce sens la contribution de Guillaume Fradin, annexe n° 2.7.

¹⁹⁸ Voir en ce sens l'audition d'A. Garapon annexe n°2.8 et celle de Denis Salas, notamment sur les conséquences de l'absence en France d'une protection contre les atteintes à l'autorité judiciaire, équivalente au *contempt of court*, annexe n°2.11

¹⁹⁹ J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, introduction à la 4^{ème} édition, PUF, 2010.

²⁰⁰ Rapport de la commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires, présidée par Mme Elisabeth Linden, février 2005.

²⁰¹ A. Lucien, *op. cit.*

regard d'une opinion éclairée »²⁰². En 2018, la CEPEJ a élaboré un guide sur la communication des juridictions avec le public et les médias. Elle déplore notamment que des trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, le dernier soit le moins visible de sorte que « la justice est souvent mal connue et comprise, alors que la confiance du public envers la justice dépend de la compréhension qu'il peut avoir de l'activité judiciaire »²⁰³. Elle affirme donc la nécessité de mettre en œuvre une véritable stratégie de communication judiciaire dont elle définit le cadre et les conditions de l'interaction entre l'institution et les médias, de façon à faire des journalistes non des adversaires mais des partenaires des institutions judiciaires.

" La réussite de sa communication constitue un défi majeur que doit relever la Cour pour asseoir sa légitimité dans la démocratie du XXIème siècle. "

Dans ce contexte, le ministère de la Justice s'est doté d'un porte-parole et les juridictions du fond tendent en France à développer de plus en plus une communication à la fois sur l'institution et sur certaines affaires particulières, sous l'impulsion des chefs de cours, des présidents et, surtout, des procureurs, ce qui a pour conséquence de concentrer cette communication sur les aspects pénaux de la justice²⁰⁴. La Cour de cassation s'inscrit dans ce mouvement et la commission se félicite des avancées certaines qu'elle a constatées : le rattachement du service de communication à la première présidence, plutôt qu'au SDER, atteste de la

volonté d'en faire un enjeu stratégique, la création du compte Twitter de la Cour témoigne du choix de diversifier et moderniser les moyens de sa communication, ou encore la refonte de son site à échéance de septembre 2021 comme la révision de sa charte du justiciable participent d'un objectif de renforcement de la visibilité, de l'accessibilité et de la lisibilité de la Cour auquel la commission souscrit totalement. De même la mise en œuvre de la motivation enrichie²⁰⁵ à destination d'un « auditoire universel » et la diffusion de communiqués de presse sur certaines décisions ainsi que des lettres de chambre contribuent utilement à ce renforcement de la communication de la Cour.

Il est apparu cependant à la commission que ce mouvement devait s'accroître et se professionnaliser davantage, qu'il convenait pour ainsi dire de changer d'échelle ou de paradigme. Elle estime en effet que la Cour doit avoir une place plus importante encore dans l'espace public, en tant qu'institution dont les arrêts protègent l'état de droit et contribuent à structurer la vie quotidienne des citoyens. A ce titre, elle ne peut participer à la vitalité démocratique que si elle est connue et comprise de tous dans son office et si elle inspire confiance, non seulement à ceux qui s'adressent à elle mais aussi à l'ensemble du corps social.

²⁰² Audition du 4 février 2021 voir Annexe n°2.11

²⁰³ Guide sur la communication des tribunaux et des autorités judiciaires de poursuite pénale avec le public et les médias, adopté dans sa réunion plénière des 3 et 4 septembre 2018 (<https://rm.coe.int/cepej-2018-15-fr-guide-communication-crise-tribunaux-ministeres-public/16809025ff>) ; la CEPEJ constate que « la justice ne peut échapper à la médiatisation d'une partie toujours plus large de ses activités et que les institutions judiciaires, nolens volens, doivent affronter les défis liés à la communication, en tenant compte des exigences toujours plus grandes de transparence de l'activité étatique ».

²⁰⁴ Voir par exemple J. Dallest, « Le parquet et la communication ou les exigences de la modernité », *AJ pénal*, juin 2018 ; M. Babonneau, « Réseaux sociaux et pouvoir judiciaire : la nécessaire « incarnation » ? », *Dalloz Actualité*, 30 octobre 2019.

²⁰⁵ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 2.2.2.2.

Selon l'ancien président de la Cour suprême d'Israël, Aharon Barak²⁰⁶, dont la pensée rencontre sur ce point celle de Stephen Breyer²⁰⁷, juge à la Cour suprême des États-Unis, une cour suprême doit être une « institution pédagogique », investie d'une responsabilité institutionnelle didactique et persuasive dans la défense de la prééminence du droit.

La commission estime ainsi que la réussite de sa communication constitue un défi majeur que doit relever la Cour pour asseoir sa

légitimité dans la démocratie du XXI^{ème} siècle. Elle formule à ce titre quelques objectifs et recommandations qui lui sont apparus pertinents, qui ont fait consensus en son sein ou qui constituent des pistes de réflexion à approfondir. Elle souligne qu'ils ne sauraient être mis en œuvre sans construction préalable d'une véritable stratégie d'ensemble, élaborée avec des professionnels de la communication, dans un dialogue avec les journalistes, et dans le cadre d'un plan d'envvergure à développer sur plusieurs années.

4.1.1. Promouvoir une image de la Cour conforme à la réalité

4.1.1.1. Faire connaître l'institution

La commission considère que la communication sur la Cour en tant qu'institution, sur ses missions, son fonctionnement et ses méthodes de travail, doit être considérablement renforcée pour combler un déficit à la fois d'image et de connaissance, auquel l'expérience personnelle que peuvent avoir de la Cour certains justiciables ne saurait évidemment suffisamment remédier. Il est impératif de viser un large public et de prendre en compte la profonde méconnaissance de l'institution judiciaire par la plupart des citoyens. Cette situation s'explique en partie par l'absence d'enseignement du droit dans les sections générales au lycée²⁰⁸. La communication doit donc être simple et pédagogique et s'appuyer sur tous les supports modernes : schémas et infographies, préférables à un exposé littéral pour présenter les missions de la Cour sur son site²⁰⁹, vidéos et Instagram, etc. De même, il faut rappeler le plus souvent possible, de façon brève et claire, le rôle spécifique de la Cour

dans toutes les communications ou communiqués de presse, y compris ceux qui traitent d'affaires particulières. Au-delà de ces modes de communication informatifs, il conviendrait de promouvoir des échanges interactifs avec les citoyens et d'ouvrir à cette fin beaucoup plus largement la Cour au public. Les visites de la Cour à l'occasion des journées du patrimoine ou les colloques, notamment grâce aux diffusions en direct sur internet, constituent à cet égard une ouverture précieuse mais encore bien insuffisante. Pourraient ainsi être proposés, tout au long de l'année, des parcours pédagogiques à des groupes de citoyens intéressés afin de leur faire découvrir le fonctionnement de l'institution, ainsi que des master classes ou des forums du droit qui seraient l'occasion de revenir sur les dernières décisions marquantes rendues par la Cour, cette dernière se rapprochant ainsi du citoyen²¹⁰. De même devraient être multipliés les reportages sur la Cour « en situation » pour montrer comment elle travaille et faire comprendre

²⁰⁶ A. Barak, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/2 n° 66, pp. 227-302.

²⁰⁷ Voir S. Breyer, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire*, O. Jacob, 2010 ; S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, O. Jacob, 2015. Voir aussi son audition par la commission annexe n°2.2, notamment sur la nécessité pour les juges de communiquer sur leurs décisions et de convaincre de la nécessité de respecter les fondements de l'état de droit.

²⁰⁸ A noter cependant l'introduction récente, dans le cadre de la réforme du lycée entrée en vigueur en 2020, d'une spécialité éteffée « droit et grands enjeux du monde contemporain », en section générale, dont il conviendra de faire le bilan.

²⁰⁹ A l'instar ce que font désormais d'autres cours suprêmes. Voir par exemple <https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/missions/juger-l-administration>.

²¹⁰ Voir pour le détail de ces propositions la contribution de Guillaume Fradin, annexe n°2.7.

l'impact de ses décisions sur les grandes questions économiques, sociales et de société ainsi que sur la vie quotidienne de nos concitoyens. Enfin, la Cour pourrait délivrer un prix, en plus du prix de thèse déjà existant, pour récompenser une action en faveur

de la défense des droits fondamentaux et de l'état de droit, qui donnerait là encore l'occasion d'une communication à destination d'un large public.

4.1.1.2. Incarner les acteurs

La commission s'est demandé si la communication devait se limiter à la Cour en tant qu'institution collective ou si elle devait porter aussi sur les individus qui la composent. Elle estime que la personnalisation de la communication des chefs de Cour est indispensable, en tant qu'ils incarnent l'institution, laquelle bénéficie de leur aura et des figures publiques bien identifiées qu'ils constituent. S'agissant des autres magistrats, y compris des présidents de chambre, la personnalisation se heurte à un certain nombre d'obstacles. La figure du juge impartial, capable de mettre à distance ses convictions, ses origines et sa propre histoire conduit à l'effacement, dans la culture française, de l'individu derrière la fonction et la décision juridictionnelle est perçue comme le fruit d'une délibération secrète, qui n'est pas le fait d'une somme d'individualités mais d'un tout indivisible²¹¹. Il s'agit là d'une différence majeure avec certaines juridictions étrangères, telle la Cour suprême des Etats-Unis, qui développe une communication individuelle très active, y compris dans la presse et sur les réseaux sociaux, qui vient renforcer la légitimité de ses juges tandis que la communication institutionnelle demeure au contraire assez faible, notamment sur la jurisprudence²¹². Consciente de cette difficulté, la commission estime cependant

possible d'éviter l'écueil d'une trop forte personnalisation tout en incarnant davantage les acteurs afin de les rendre plus proches et de renforcer la perception positive de la Cour par le public. Elle préconise ainsi que le site de la Cour comporte le nom des magistrats, leur photographie, une courte notice biographique, voire bibliographique²¹³. Elle estime, qu'après une formation adaptée, les présidents de chambres, ainsi que des magistrats et des fonctionnaires pourraient utilement s'exprimer au travers d'entretiens filmés, accessibles sur le site de la Cour et référencés sur le compte Twitter. Ils y exposeraient le fonctionnement de la Cour, présenteraient ses métiers²¹⁴, expliciteraient une jurisprudence en la replaçant dans son contexte et en précisant son exacte portée ; les présidents de chambre aborderaient des sujets liés à l'actualité de leur chambre. La commission s'est aussi posé la question d'une communication à visée professionnelle et institutionnelle sur des comptes Twitter ou Instagram personnels de magistrats qui y interviendraient en leur qualité (par exemple de conseillers, d'avocats généraux et *a fortiori* de présidents de chambre). Elle souligne

²¹¹ A noter que l'introduction de l'opinion séparée intégrée telle que préconisée par la commission ne modifie pas fondamentalement le modèle français dès lors qu'elle demeure anonyme et que son intégration, qui vient enrichir la décision, est validée par la collégialité.

²¹² Voir à ce sujet F. Malhière, R. Coralie, « La communication de la Cour suprême américaine », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 33-2017, 2018 pp. 45-57. Selon ces autrices « Il n'est pas question de passer sous silence leurs origines ethniques ou religieuses, leur sexe, leur vie familiale, leur parcours... Ce récit personnel contribue à promouvoir leur image et à légitimer leurs prises de position. Aux Etats-Unis, plus les juges se dévoilent, plus leur image semble se renforcer. C'est une chose impensable en France où la mise à distance du juge et de ses émotions est présentée comme une vertu. En donnant à voir la justice, à travers ceux qui l'incarnent, cette communication permet aux juges de se rapprocher du monde réel et de la société qu'ils représentent d'une certaine façon ».

²¹³ A l'instar du site de la Cour suprême du Royaume-Uni (<https://www.supremecourt.uk/>).

²¹⁴ A noter qu'une première expérience a d'ores et déjà porté sur la présentation des métiers de conseillers référendaires et d'auditeurs (https://www.courdecassation.fr/institution_1/presentation_2845/membres_cour_cassation_30991.html).

toutefois que la réflexion sur ce type de communication est encore embryonnaire²¹⁵ et s'est jusqu'alors principalement concentrée sur l'usage privé des réseaux sociaux par les magistrats (sous pseudonyme ou sous leur véritable nom et précisant ou pas leur qualité), auquel le CSM a consacré une annexe du recueil des obligations déontologiques 2019²¹⁶ qui vise principalement à concilier liberté d'expression et devoirs de réserve, d'impartialité et de prudence²¹⁷. Il apparaît nécessaire d'approfondir la réflexion concernant l'expression des magistrats sur les

réseaux sociaux, en ciblant davantage la question spécifique de l'usage de comptes personnels à des fins non privées mais professionnelles. En effet, la commission estime qu'il peut y avoir des avantages à ce que des magistrats de la Cour interviennent sur leur compte personnel, en cette qualité et sur des sujets liés à leur activité, à des fins pédagogiques, de diffusion d'informations, voire d'échange, à condition que cette expression s'inscrive dans un cadre déontologique qu'il conviendra de définir de manière précise.

4.1.1.3. Développer la communication sur les affaires particulières

A l'instar de la communication sur la Cour en tant qu'institution, la commission estime que la communication sur le traitement des affaires particulières mérite d'être substantiellement développée. La diffusion de la jurisprudence est désormais assurée par la mise en ligne des décisions sur son site public. Celles-ci sont parfois accompagnées par des documents préparatoires (rapport du conseiller et avis de l'avocat général), des communiqués de presse, des notices explicatives, la présentation sous une forme claire,

courte et immédiatement accessible des arrêts dans les lettres des chambres, souvent relayées par le compte Twitter de la Cour. L'utilisation de ces modes de communication permet d'atteindre de manière certainement efficace divers auditoires de la Cour : les professionnels du droit, les autres juridictions nationales, diverses institutions (parlementaires, gouvernementales, autorités indépendantes), les opérateurs privés, économiques et sociaux et les médias intéressés. Cependant, elle paraît encore insuffisante pour garantir que soit relayée à l'ensemble des citoyens une information exacte et de qualité. En outre, l'impact de cette communication franchit rarement les limites de l'Hexagone.

" La Cour doit construire une véritable stratégie proactive de communication, visant un très large public, français et étranger, et destinée à la fois à rendre accessibles et compréhensibles ses décisions et à donner à voir leur mode d'élaboration. "

La commission estime que la Cour doit construire une véritable stratégie

proactive de communication, visant un très

²¹⁵ Voir notamment M Babonneau, « Réseaux sociaux et pouvoir judiciaire : la nécessaire « incarnation » ? », art. préc., et l'émission intitulée « *Le magistrat et les réseaux sociaux : outil ou piège ?* » proposée par l'Ecole nationale de la magistrature, le 10 mai 2020, avec la philosophe Marylin Maeso.

²¹⁶ (http://www.conseil-supérieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/csm_recueilobligationsdeontologiques.pdf)

²¹⁷ Voir aussi « Du bon usage des réseaux sociaux à titre privé. Conseils pour une utilisation éclairée », note de la Direction des services judiciaires de juin 2017 (http://intranet.justice.gouv.fr/site/ca-montpellier-intranet/art_pix/Du_%20bon_%20usage_%20des_%20reseaux_%20sociaux_%20a%20titre_%20privé.pdf).

large public, français et étranger, et destinée à la fois à rendre accessibles et compréhensibles ses décisions et à donner à voir leur mode d'élaboration. A cette fin la communication ne peut se limiter au moment du prononcé de la décision mais doit se préparer en amont et se poursuivre en aval²¹⁸.

En premier lieu, il convient de définir un mode de repérage prioritaire de certains types d'affaires : celles qui relèvent des questions d'intérêt public majeur²¹⁹, avec une attention particulière pour celles qui sont de nature à être orientées vers la procédure interactive ouverte²²⁰, ainsi que celles qui sont susceptibles, notamment en matière pénale, de donner lieu à une large médiatisation. Ce repérage doit intervenir dans les chambres et être immédiatement signalé au service de communication. Ce dernier se rapprochera sans délai du président de chambre et du conseiller chargé de la communication au sein de la chambre, afin d'élaborer, en lien avec le conseiller rapporteur et l'avocat général, un plan de communication adaptée à chaque affaire. Un traitement spécifique sera prévu pour les différentes étapes de l'élaboration de la décision, telles que les séances d'instruction, les séances préparatoires publiques pour les affaires faisant l'objet de la procédure interactive ouverte, l'audience publique et le prononcé ou la mise à disposition de la décision. Il paraît nécessaire non seulement qu'une information soit donnée annonçant ces différentes étapes, sur le site de la Cour et aux agences de presse, mais encore que les questions de droit et de société que pose l'affaire soient explicitées, notamment lors de points presse, avant et après l'audience, puis le jour de la mise à disposition de la décision

ou à l'occasion de rencontres d'information régulières avec des *pools* de journalistes, de la presse judiciaire ou de la presse spécialisée, par secteur concerné (juridique, économique, environnemental, social...). Après le prononcé de la décision, en fonction de sa portée dans la société et le cas échéant des interrogations qu'elle peut susciter, les échanges avec des personnes issues de la société civile et de la communauté des juristes, comme avec des journalistes non spécialistes, peuvent utilement se poursuivre, à l'initiative de la Cour et au travers de différents vecteurs (écrits, plateau de la webtélé de la Cour²²¹, points presse destinés, si nécessaire, à redresser de fausses interprétations et des contre-vérités manifestes). La commission propose que soit établi un processus standard précisant toutes les mesures à prendre pour une affaire justifiant une communication approfondie. Afin d'y contribuer, elle fournit à l'annexe n°1.14 un guide qui pourra progressivement être adapté et complété.

La commission souligne, en outre, la nécessité, plus spécialement sur les questions d'intérêt public majeur, de renforcer la communication à l'attention des autres cours suprêmes européennes ou internationales et du public étranger de manière plus générale. A ce jour, certains arrêts de la Cour sont traduits, mais en nombre restreint et avec une mise en ligne qui intervient environ un mois après leur sélection par les membres d'un groupe de travail²²². Il conviendrait que ces délais soient plus courts et que, dans l'attente de la traduction de l'arrêt (en anglais et éventuellement en espagnol), une version anglophone du communiqué de presse soit

²¹⁸ On peut noter que Paule Gonzalès, journaliste au Figaro, qui a bien voulu répondre à l'appel à contribution de la commission, a souligné la nécessité de renforcer cette communication, à l'instar de ce qu'a pu faire le Conseil d'Etat pendant le confinement, notamment en alertant la presse sur l'intérêt des décisions qu'il allait rendre, puis en communiquant sur le sens et la portée de celles-ci, y compris lors d'échanges informels. Elle a aussi fait valoir que la Cour pourrait proposer un double regard, explicatif sur sa jurisprudence, mais aussi prospectif sur les grands thèmes qui préoccupent la société française. Voir sa contribution Annexe n° 3.6.

²¹⁹ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 3.1.2.

²²⁰ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 2.2.2.3.

²²¹ Sur ce point, voir le présent rapport, paragraphe 4.2.2.

²²² Une vingtaine d'arrêts ont fait l'objet d'une traduction, confiée à des traducteurs professionnels et donnant lieu à un processus interne de validation. Ces arrêts se rapportent à la période janvier-décembre 2020. Une seconde sélection d'arrêts, intervenue le 3 mai 2021, a permis de retenir 14 arrêts se rapportant au premier trimestre 2021.

postée sur le site en même temps que la version française, afin de répondre au besoin d'une information fiable, claire, synthétique et immédiate du public étranger.

Enfin, la commission préconise que les séances préparatoires publiques et les audiences qui se tiendront dans les quelques affaires phares qui relèveront, chaque année, de la procédure interactive ouverte soient filmées et diffusées le jour même (soit en direct, soit en léger différé). Comme cela a été dit, la visibilité, l'image et la légitimité de la Cour se jouent de façon substantielle dans le traitement de ce type d'affaires auquel il convient de donner la plus large publicité possible. L'ouverture de cette procédure constitue une garantie de bonne justice autant qu'elle revêt une vertu pédagogique « pour expliquer le droit qui se fait », comme le relève Mathieu Disant²²³, à propos de la retransmission audiovisuelle des audiences du Conseil constitutionnel dont il souligne l'utilité. Pour la commission, ces enregistrements et diffusions doivent intervenir à

l'initiative de la Cour : ils seraient décidés par le premier président ou le président de chambre, après recueil de l'avis des parties et du parquet général, puis confiés à un service de la Cour ou le cas échéant externalisés et à sa charge. A ce titre la proposition se différencie²²⁴ de celle du projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire²²⁵ actuellement en débat, qui instaure, y compris pour la Cour, un régime d'autorisation, donnée par le premier président pour un motif d'intérêt public, à une équipe extérieure sur la base d'un projet pédagogique, scientifique ou culturel. La commission estime que cette possibilité offerte par le texte en discussion pourrait utilement compléter le dispositif qu'elle préconise pour les audiences relevant de la procédure interactive ouverte et venir ainsi renforcer « l'information du public sur la manière dont la justice est rendue »²²⁶ à la Cour, dans d'autres types d'affaires, à l'occasion notamment de reportages sur son fonctionnement.

4.1.2. Créer un conseil de juridiction de la Cour

" Participer au dialogue concret nécessaire entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire. "

Dans un même souci de transparence et d'ouverture de la Cour, la commission préconise la création au niveau national d'une instance de concertation, sur le modèle des conseils de juridictions, co-présidés par les chefs des tribunaux judiciaires et conçus comme des lieux « d'échange et de communication entre la juridiction et la cité »²²⁷. Il s'agirait pour la Cour de réunir cette instance, à raison d'une à deux fois par an, pour participer au dialogue concret nécessaire

entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire, communiquer de manière interactive sur son action, son fonctionnement et ses principales orientations, recueillir les observations de ses membres et

mieux saisir ainsi les attentes de ses principaux interlocuteurs, des autres institutions et plus largement du corps social. La commission ne s'est pas estimée en mesure de formuler une proposition précise pour la composition de cette instance mais il lui paraît qu'elle devrait réunir des membres permanents, en nombre réduit, notamment des représentants des assemblées parlementaires (présidents des commissions des lois notamment), du ministère de la Justice (par

²²³ M. Disant, « L'audience publique devant le Conseil constitutionnel. Observations sur la place de l'oralité dans le procès constitutionnel », *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau*, LGDJ, 2020, p. 77.

²²⁴ Sous réserve des précisions qui seront apportées par le décret en Conseil d'Etat.

²²⁵ Article 1er du projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire adopté par l'Assemblée nationale le 20 mai 2021.

²²⁶ Etude d'impact du projet de loi précité.

²²⁷ Article R.272-64 du Code de l'organisation judiciaire, modifié par le décret du 30 août 2019.

exemple le secrétaire général), de l'Ordre des avocats aux Conseils, des conférences des premiers présidents et procureurs généraux, du Conseil national des barreaux, auxquels pourraient être adjoints ponctuellement et en fonction des thématiques traitées d'autres personnalités (le Défenseur des droits, le

président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, des représentants des professions du droit, de la conférence des doyens des universités de droit, de la presse judiciaire, etc.). Il conviendrait en outre d'assurer une communication adaptée sur la tenue des réunions de cette instance.

4.2. Construire un grand service de communication

4.2.1. Accroître les moyens humains de la communication

La commission a bien conscience qu'une politique audacieuse de communication et de transparence, si elle est indispensable au XXI^{ème} siècle, peut néanmoins exposer l'institution à certains risques, d'autant plus avérés que la matière traitée par la Cour, juge du droit et non du fait, recèle souvent une complexité redoutable que ne peut pas toujours réduire la mise en récit ou la vulgarisation, même de bonne qualité. C'est la raison pour laquelle une telle ambition ne se conçoit pas sans professionnalisation

ni sans un accroissement très substantiel des moyens dévolus à la communication. La commission préconise ainsi la création d'un grand service de communication, placé comme actuellement sous l'autorité directe de la première présidence et conçu comme un service de la Cour, intégrant de ce fait le cas échéant aussi les besoins du parquet général, le procureur général disposant par ailleurs au sein de son cabinet d'un chargé de

communication. Ce service doit être composé de plusieurs professionnels²²⁸ de la communication, encadrés par un directeur et son adjoint, experts des différents supports de communication et travaillant en étroite collaboration avec les magistrats correspondants des chambres, du siège et le cas échéant du parquet général. La commission

" Une telle ambition ne se conçoit pas sans professionnalisation ni sans un accroissement très substantiel des moyens dévolus à la communication. "

préconise en outre la création d'une fonction de porte-parole²²⁹, qui pourrait être confiée à un communicant, ou à un magistrat doté de compétences et d'appétences pour la communication, spécialement formé à cette fin et intervenant, au nom de l'institution, à l'occasion des différents temps judiciaires qui jalonnent la vie de la Cour, des affaires particulières et le cas échéant en cas de crise.

4.2.2. Adapter ses outils à des publics ciblés

La commission souligne la nécessité pour la Cour d'adapter les différents outils dont elle

dispose (site internet, réseaux sociaux, entretiens et tribunes dans la presse grand public et dans les revues juridiques, lettres des

²²⁸ Voir à ce sujet la contribution de G Fradin, annexe n°2.7.

²²⁹ Il convient de noter que la CEPEJ préconise la désignation pour les juridictions d'un porte-parole pour assurer « une communication pro-active et réactive, régulière dans le temps, exacte, suffisante, cohérente et adéquate », Guide sur la communication, préc.

chambres, communiqués de presse, points presse, colloques diffusés en ligne, accueil de citoyens, vidéos...) à ses différents types de publics déjà évoqués et qui doivent être ciblés avec précision.

En outre, dans le souci de la diversification et de la consolidation des outils, la commission préconise, pour s'adresser à un plus large public, d'une part une utilisation plus régulière et plus diversifiée du compte Twitter de la Cour²³⁰, et d'autre part la création d'une Web TV²³¹, entendue comme un dispositif matériel (un plateau de tournage) et humain (un animateur et une équipe de rédaction) permettant de diffuser ponctuellement, mais à un rythme très soutenu, des contenus riches et variés. Il ne s'agirait plus seulement de retransmettre les événements qui se tiennent à la Cour (colloques, audiences filmées, etc.), mais de créer une plateforme d'échanges et d'analyses polyvalente et proactive. Cela permettrait, aux chefs de Cour, à l'issue

d'une audience de rentrée par exemple, de revenir sur les moments-clés de leurs allocutions respectives. Ce pourrait être aussi l'occasion de donner la parole à certaines des hautes personnalités invitées, d'interviewer des magistrats ayant contribué à la confection des lettres des chambres au moment de leur parution, ou encore d'accueillir en plateau des spécialistes issus de la société civile afin d'échanger avec eux sur la portée des décisions rendues par la juridiction²³². Grâce à cette Web TV, la Cour ne se trouverait plus dans une posture de dépendance à l'égard des journalistes et pourrait développer une communication contrôlée et proactive à destination de l'ensemble des citoyens.

Enfin, il est apparu à la commission que le support plus traditionnel du livre, à destination d'un public éclairé mais pas nécessairement juriste, ne devait pas être négligé et pouvait permettre de mettre en valeur les travaux des magistrats de la Cour et les actes des colloques qu'elle organise.

4.3. Moderniser les dénominations, représentations et symboles : l'exigence de simplification

La réflexion sur la communication est apparue indissociable de celle sur les symboles associés classiquement à la représentation de la Cour de cassation dans l'esprit du grand public. Le rituel judiciaire passe par l'aménagement de l'espace, le costume, les formes et le langage, et il constitue « l'univers symbolique dans lequel se déroule le procès et se réalise le droit »²³³. Il est classiquement analysé comme nécessaire à la mise à distance

de la violence induite par le conflit et il ne saurait, à ce titre, être remis en cause dans son principe. Son inscription dans un héritage historique ne le condamne pour autant pas à l'immutabilité. En effet, si le symbole a vocation à s'adresser à chacun, « par de là la raison et la conscience »²³⁴, encore faut-il qu'il soit suffisamment intelligible pour « faire lien en exprimant un destin commun »²³⁵ et n'apparaisse pas manifestement

²³⁰ Le compte Twitter de la Cour de cassation compte, au 25 mai 2021, 143 600 abonnés. À titre de comparaison, les comptes Twitter du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel comptent respectivement 187 500 et 152 100 abonnés et celui de la Cour suprême du Royaume-Uni 274 000. Le compte de la Cour de cassation est alimenté cinq à dix fois par semaine par des publications de communiqués de presse, des discours prononcés par la première présidente et le procureur général, des retransmissions de colloques ou de la publication des lettres de chambre.

²³¹ Il convient de noter que la diffusion en direct sur le site de la Cour de certains événements qu'elle organise est déjà suivie par un large public (ainsi le colloque sur les discriminations du 20 novembre 2020 a été vu par environ 10 000 personnes).

²³² Pour un développement des usages possibles de cette Web TV, voir contribution de G. Fradin, annexe n°2.7.

²³³ A. Garapon, « Rituel judiciaire », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

²³⁴ Idem.

²³⁵ A. Garapon, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997, ouvrage dans lequel l'auteur invitait déjà dans les démocraties modernes à « une nouvelle organisation symbolique », « abstraite, pour n'incommoder personne », avec « des rites efficaces, signifiants et maîtrisés » (pp. 321-322).

en décalage avec l'évolution de la société et son pluralisme. A cet égard, dans les juridictions du fond, la symbolique des lieux de justice a notablement évolué dans l'architecture des tribunaux et cours contemporains et le champ de l'audience ritualisée tend à se restreindre de plus en plus, au bénéfice des modes alternatifs de poursuites et de règlement des litiges, de l'audience de cabinet et de la justice dite de proximité²³⁶. En revanche, au sommet de l'ordre judiciaire le rituel de la Cour de cassation n'a guère changé depuis plus de deux siècles et mérite de ce fait d'être interrogé dans son aptitude à donner du sens.

S'agissant du costume, la commission relève que l'utilisation de la robe noire, revêtue par tous les magistrats de la Cour de cassation lors des audiences ordinaires, est parfaitement comprise dans sa dimension symbolique. Celle-ci rappelle que la personne s'efface devant la fonction : l'homme ou la femme qui la porte doit s'abstraire de sa propre histoire, de ses convictions ou préjugés pour, dans la recherche d'une parfaite impartialité subjective et objective, écouter les parties et juger en toute indépendance. Par contre, le port de la robe rouge par les magistrats de la Cour lors des audiences solennelles de début d'année judiciaire et pour les audiences en assemblée plénière²³⁷ a fait débat au sein de la commission. Certains ont estimé qu'elle devait être conservée, comme marque d'autorité et de solennité inscrite dans la tradition et renvoyant à l'ancienneté millénaire de l'acte de juger. A l'inverse, d'autres membres ont considéré qu'elle devait être remplacée par une robe noire, notamment lors des audiences en assemblée plénière ou pour celles donnant lieu à une

procédure participative ouverte filmée, car aujourd'hui, dans la République française, sa symbolique serait dépassée. En effet, « l'écarlate est par excellence la couleur royale »²³⁸ et on peut rappeler que le port de la robe rouge, qui visait à souligner que toute justice émanait du roi lui-même²³⁹, fut abandonné sous la Révolution avant d'être rétabli par Napoléon. En tout état de cause, la suppression de la robe rouge ne peut s'envisager uniquement pour la Cour de cassation et exigerait une réflexion plus large sur le costume judiciaire puisqu'elle est également portée par les magistrats des cours d'appel et par les présidents et procureurs des tribunaux judiciaires les plus importants lors de certaines audiences solennelles²⁴⁰. Un consensus net s'est finalement dessiné sur la nécessité, si la robe rouge devait être conservée, de supprimer les accessoires, conçus sous l'ancien régime ou l'Empire, qui viennent la surcharger : *a minima* le manteau et la cape de fourrure qui ne sont revêtus que par les plus hauts responsables de la Cour de cassation²⁴¹ et éventuellement l'ensemble des autres accessoires²⁴², notamment l'hermine portée par certains magistrats des cours d'appel. En effet, ces ornements surchargés, apparents lors de manifestations publiques et souvent filmées, diffusent largement une image négative d'archaïsme, d'entre-soi des gens de justice et de déconnexion du réel, qui n'est pas sans susciter étonnement et parfois même sarcasmes. Y renoncer²⁴³ permettrait une communication institutionnelle renouvelée de la Cour en donnant à voir une institution, porteuse d'une

²³⁶ Voir par exemple J. Danet, *La justice pénale entre rituel et management*, P.U.R., 2010.

²³⁷ L'assemblée plénière est la formation la plus solennelle de la Cour de cassation. Comprenant une vingtaine de magistrats, elle connaît des affaires qui posent une question de principe, et notamment en cas de résistance d'une juridiction inférieure.

²³⁸ J.-P. Royer, « Costumes et autres symboles », in *Dictionnaire de la Justice*, *op. cit.*

²³⁹ J. Boedels, *Les habits du pouvoir – La justice*, éditions Antébi, 1992.

²⁴⁰ A noter que l'audience de la cour d'assises, selon le code de l'organisation judiciaire, entre dans la catégorie de ces audiences solennelles.

²⁴¹ Premier président, procureur général, présidents de chambre et premiers avocats généraux. Ces accessoires vestimentaires doivent être portés lors des audiences solennelles et en assemblée plénière selon l'Annexe 1 du code de l'organisation judiciaire, même si, pour ces dernières, l'usage est de se limiter au port de la cape.

²⁴² Toque, ceinture et gants.

²⁴³ Leur suppression relève d'une simple modification du COJ (article R. 111-6 et annexe 1)

forte dimension symbolique, mais plus moderne, plus simple et plus proche des justiciables au service desquels elle œuvre. S'agissant des dénominations, la commission a d'abord discuté celle de « Cour de cassation ». Certains ont estimé que cette appellation historique, puisqu'elle date de 1790²⁴⁴, et connue de tous, devait être conservée. Les autres ont considéré qu'elle mettait l'accent sur la mission disciplinaire de la Cour, de censeur des juridictions de fond, et occultait l'importance d'autres missions essentielles, telles la défense de l'état de droit

juridictions supérieures françaises, administrative²⁴⁷ et constitutionnelle. L'appellation de « conseiller » a été ensuite débattue. Certains ont observé que pour ceux qui ne sont pas familiers de l'organisation judiciaire française, et notamment les observateurs étrangers, elle pouvait faire croire que les « conseillers » se bornaient à donner des conseils. Pour écarter cette confusion, ils ont suggéré la dénomination de juge, conforme au véritable rôle des conseillers et donc plus lisible, plus accessible et renvoyant, dans sa simplicité, à la noblesse de l'acte de juger. Là

encore, il est apparu à la commission qu'en tout état de cause ce changement linguistique s'il intervenait devrait certainement concerner l'ensemble des

" Une évolution de l'univers symbolique de la Cour de cassation, dans un objectif de modernisation, de sobriété et d'intelligibilité est indispensable. "

ou la capacité, notamment dans le silence de la loi ou face à la contrariété des normes nationales et internationales, de trancher de façon normative des questions d'intérêt public. Ces derniers ont proposé de rebaptiser la Cour « Cour judiciaire suprême » ou « Cour suprême judiciaire²⁴⁵ », « Cour suprême judiciaire de France », ou encore « Haute cour judiciaire ». En tout état de cause, et comme pour l'abandon de la robe rouge, il est apparu qu'une telle réforme ne pouvait s'envisager que globalement, en cohérence avec une évolution de la terminologie des juridictions judiciaires du fond²⁴⁶, et éventuellement de celle des autres

juridictions judiciaires du second degré, voire des autres institutions juridictionnelles qui utilisent la terminologie de conseiller.

En conclusion, la commission estime qu'une évolution de l'univers symbolique de la Cour de cassation, dans un objectif de modernisation, de sobriété et d'intelligibilité est indispensable. Si la suppression des accessoires particuliers de la robe rouge portée par les plus hauts responsables de la Cour peut immédiatement être décidée, cette évolution, sur certains de ses aspects, ne peut concerner la seule Cour et doit s'envisager avec l'ensemble des institutions judiciaires concernées, afin d'en garantir la cohérence

²⁴⁴ Le terme de cassation semble apparaître pour la première fois en mai 1579 dans l'article 92 de l'ordonnance de Blois. La « cassation » était un recours à l'autorité souveraine du Roi ou, dans la pratique la plus courante, de son Conseil.

²⁴⁵ Déjà le 9 décembre 2014, Jean-Marc Sauvé désignait le Conseil d'Etat comme une cour suprême administrative (<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-une-cour-supreme-administrative>) : voir également Hubert Haenel, Conférence-débat à la Faculté de droit de Nancy, sur le thème « Le Conseil constitutionnel : vers une Cour Suprême à la française ? », 21 octobre 2010 : « notre organisation juridictionnelle est fondée sur deux ordres de juridiction, administratif et judiciaire, ayant à leur sommet deux Cours suprêmes, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation » (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/vers-une-cour-supreme>).

²⁴⁶ Les juridictions de 1^{ère} instance, depuis le 1^{er} janvier 2020, sont dénommées « tribunaux judiciaires » après la fusion des anciens tribunaux de grande instance et tribunaux d'instance. A ce jour la dénomination « cour d'appel » n'a pas été modifiée.

²⁴⁷ A noter que l'article L.111-1 du code de justice administrative, issu de la loi du 1^{er} janvier 2001 énonce déjà que « le Conseil d'Etat est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel ».

et l'acceptabilité. La commission préconise en conséquence d'engager une réflexion sur cette modernisation du rituel judiciaire, associant les acteurs de la justice concernés afin d'en déterminer de manière concertée la nature, l'étendue et les modalités.

La modernisation des symboles attachés à la Cour participerait de la construction d'une politique de communication ambitieuse.

Cette évolution aurait pour objet d'accompagner et de souligner la volonté réformatrice de la Cour de cassation. Elle contribuerait ainsi à raffermir la confiance que nos concitoyens peuvent et doivent avoir en l'institution judiciaire et, par voie de conséquence, à asseoir son autorité pour la décennie à venir.

Recommandations :

- 30.** Promouvoir une communication par et sur les acteurs de la Cour, conforme à leur déontologie.
- 31.** Modéliser une stratégie proactive de communication, notamment sur les affaires d'intérêt public majeur.
- 32.** Filmer et diffuser les séances préparatoires publiques et les audiences dans les affaires relevant de la procédure interactive ouverte.
- 33.** Créer un conseil de juridiction de la Cour.
- 34.** Renforcer substantiellement les moyens matériels et humains du service de communication.
- 35.** Doter la Cour d'une fonction de porte-parole.
- 36.** Créer la Web TV de la Cour.
- 37.** Engager une réflexion sur la modernisation et la simplification des dénominations, symboles et costumes dans l'ensemble des juridictions judiciaires.

Table des annexes

Annexes documentaires

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

Les auditions

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

Les contributions extérieures

Contributions d'organisations :

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

Contributions de personnes physiques :

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