

Christian Charruault

LE POURVOI EN CASSATION EN MATIÈRE CIVILE

Voie extraordinaire de recours, le pourvoi en cassation est surtout, et avant tout, une voie de recours singulière, qui se distingue de toutes les autres. S'il est de l'essence de celles-ci, ordinaires comme extraordinaires, que, comme en dispose le code de procédure civile, *"il soit à nouveau statué en fait et en droit"*¹, le pourvoi en cassation est exclusif d'une telle démarche. C'est que, selon l'article 604 de ce code, il *"tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit"*. Ainsi, c'est non pas le litige, mais l'acte qui le tranche, qui est déféré au juge de cassation. Certes, le jugement est indissociable du litige, en sorte que celui-ci est nécessairement porté à la connaissance de la Cour de cassation. Au demeurant, vérifier que le juge a, comme lui en fait devoir l'article 12, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, tranché le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, c'est s'assurer que lesdites règles sont celles que les éléments de fait du litige commandent d'appliquer.

Le juge de cassation ne peut donc ignorer les faits.

Mais tels qu'ils ont été appréhendés par les juges du fond. Ces derniers sont à cet égard souverains, comme le reconnaît l'article L. 411-2, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire, qui fait défense à la Cour de cassation de connaître du fond des affaires.

Ainsi, le juge de cassation n'est pas un juge comme les autres.

Il est unique. Doublement.

D'une part, par l'originalité de sa tâche.

Comme l'observe M. le Professeur Zénati, *"la Cour de cassation n'est pas nominalement une juridiction ; son activité, au plan des principes, est étrangère, voire contraire, à l'acte de juger. La cassation consiste à anéantir un jugement et l'interprétation qui la fonde n'est pas de type prudentiel comme celle du juge, mais de type doctrinal"*. Et d'ajouter que la cassation permet *"à la fois de conférer à la jurisprudence les qualités de la loi et d'assurer à un système de droit codifié l'homogénéité et la cohérence de ses sources"*.²

D'autre part, et en conséquence, parce qu'une telle tâche ne peut être confiée qu'à un juge unique.

Ce que proclame l'article L. 411-1 du code de l'organisation judiciaire, aux termes duquel *"Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation"*.

Reste que si la Cour de cassation est unique, son fonctionnement est pluriel.

À plusieurs égards.

D'abord, en raison de sa composition. Ainsi, la Cour de cassation, saisie annuellement d'environ 30.000 pourvois, dont les deux tiers en matière civile, est constituée de 160 magistrats du siège et de 48 magistrats du parquet.

¹ Art. 561 pour l'appel, art. 572 pour l'opposition, art. 582, alinéa 2, pour la tierce opposition, art. 593 pour le recours en révision.

² F. Zénati, La nature de la Cour de cassation, B.I.C.C. 15 avril 2003, pp. 3 et s.

Ensuite, et par voie de conséquence, parce que ce nombre important de magistrats du siège, interdit leur réunion en une seule assemblée délibérante.

Aussi, la Cour de cassation est-elle divisée en chambres, savoir cinq chambres civiles et une chambre criminelle.

Chacune de ces chambres est composée d'un président, de conseillers, dont le plus ancien porte le titre de doyen, et de conseillers référendaires, lesquels, d'un rang hiérarchique inférieur à celui des conseillers, et plus jeunes que ceux-ci, exercent leurs fonctions pendant une durée maximum de dix ans. Si les conseillers référendaires peuvent être chargés d'assister les conseillers, l'expérience montre qu'en réalité, ils sont, comme ceux-ci, investis de la tâche de rapporter les affaires attribuées à la chambre à laquelle ils appartiennent. Dans les affaires qu'ils rapportent, ils siègent avec voix délibérative, tandis que leur voix n'est que consultative dans les autres affaires.

Le premier président, qui préside la Cour de cassation, détermine la compétence de chacune des chambres et désigne les magistrats qui la compose.

Ainsi, s'agissant de la répartition des compétences entre les chambres civiles, on observe que la deuxième chambre civile connaît principalement de la procédure civile et des voies d'exécution, de la responsabilité civile délictuelle, du droit des assurances et de la sécurité sociale, que la troisième chambre civile est compétente notamment en matière de baux, de propriété immobilière, de copropriété, de publicité foncière et de responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs, que la chambre commerciale, financière et économique connaît essentiellement, comme cette dénomination l'indique, du contentieux afférent aux procédures collectives, aux effets de commerce, aux sociétés commerciales, à la banque, à la bourse, à la concurrence et à la propriété industrielle, tandis que la chambre sociale statue principalement sur les pourvois formés en matière de droit du travail.

Quant à la première chambre civile, lui sont dévolues les affaires relevant de matières qui n'entrent pas dans la compétence des autres chambres, tels, par exemple, le droit des personnes et de la famille, la nationalité, la propriété littéraire et artistique, le droit de la presse, le droit commun des obligations, le droit de la consommation, le droit des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités, la discipline et la responsabilité des officiers ministériels et des avocats.

L'importance quantitative du contentieux dévolu à chaque chambre détermine son effectif. Ainsi, selon les chambres, le nombre des conseillers varie de 12 à 22, celui des conseillers référendaires, de 3 à 10.

Cette division de la Cour de cassation en chambres est accentuée par la subdivision de chacune d'elles en diverses formations de jugement.

À cet égard, la loi est muette, qui se borne à définir des seuils de composition des formations de jugement. Ce seuil est fixé à trois magistrats lorsque le sort du pourvoi s'impose et élevé à cinq magistrats dans le cas contraire, de sorte que peuvent être créés au sein de chaque chambre plusieurs formations de jugement de plein exercice. Ainsi, les première et troisième chambres civiles, de même que la chambre commerciale, financière et économique sont, chacune, divisées en deux sections, tandis que la deuxième chambre civile est divisée en trois sections et que la chambre sociale, à l'effectif le plus important, de 35 magistrats, est divisée en quatre sections.

Une telle multiplication des formations de jugement, si elle trouve sa justification

dans l'impérieuse nécessité de célérité dans l'examen des pourvois, risque de porter atteinte au non moins impérieux principe d'unicité de la Cour de cassation.

Lequel commande qu'une seule et même voix émane non seulement de chaque chambre mais aussi de la Cour de cassation.

Il est du rôle du président, assisté du doyen, d'éviter les discordances au sein de la chambre à laquelle ils appartiennent. À cette fin, au moins une semaine avant chaque audience, ils tiennent une conférence préparatoire consacrée à l'étude des projets préparés par chaque rapporteur et, le cas échéant, attirent l'attention de celui-ci sur d'éventuels risques de divergence entre le projet proposé et la jurisprudence de la chambre.

En outre, s'il y a lieu de prendre position sur une question nouvelle, ou s'il apparaît nécessaire de modifier ou d'affiner la jurisprudence de la chambre, le président peut décider d'inviter l'ensemble des magistrats de la chambre à faire connaître leur opinion en les réunissant en formation plénière de chambre.

À ces dispositions informelles, propres à chaque chambre, s'ajoutent des dispositifs institués pour assurer l'unité jurisprudentielle de la Cour de cassation, à tout le moins éviter les contrariétés de jurisprudence.

Ainsi, d'une part, une chambre peut solliciter l'avis d'une autre chambre sur un point de droit relevant de la compétence de celle-ci³.

D'autre part, des conseillers appartenant à différentes chambres, voire à toutes les chambres, de la Cour de cassation peuvent être appelés à définir ensemble sa jurisprudence.

La plus haute expression de cette délibération collective est l'assemblée plénière. Présidée par le premier président, chacune des six chambres y est représentée par son président, son doyen et un conseiller⁴. Elle est réunie pour répondre aux questions de principe. Et c'est aussi elle qui est appelée à statuer en cas de rébellion des juges du fond, c'est-à-dire lorsque, après cassation d'une décision, la juridiction de renvoi rend une décision qui est attaquée par les mêmes moyens que ceux qui avaient été invoqués contre la décision précédemment cassée⁵.

Il est une autre formation spécialement orientée vers l'éradication des divergences de jurisprudence internes à la Cour de cassation. C'est la chambre mixte qui rassemble de magistrats appartenant aux chambres appelées à connaître d'une même question. Aussi, la composition de chaque chambre mixte dépend-elle de la question posée. Présidée par le premier président, elle est composée, sur décision de celui-ci, de magistrats appartenant à trois chambres au moins, savoir le président, le doyen et deux conseillers de chacune des chambres intéressés⁶.

On voit que cette architecture complexe est dominée paradoxalement par une idée simple, celle d'assurer l'unicité de la juridiction, pour faire en sorte qu'elle réponde d'une seule voix aux questions qu'on lui pose.

³ Art. 1015-1 du code de procédure civile

⁴ Art. L. 421-5 du code de l'organisation judiciaire

⁵ Art. L. 431-6 du code de l'organisation judiciaire.

⁶ Art. L. 421-4 du code de l'organisation judiciaire

C'est qu'en effet, la Cour de cassation ne peut parler sans qu'on l'ait interrogée. En principe, la Cour de cassation ne peut être saisie qu'après qu'une décision a tranché un litige.

Il existe une exception à ce principe. En effet, une loi du 15 mai 1991 a introduit dans le code de l'organisation judiciaire, un article L. 441-1, qui donne aux juges du fond la faculté de solliciter l'avis de la Cour de cassation sur *“une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges”*. Et la formation qui est appelée à donner cet avis, lequel ne lie pas le juge qui l'a sollicité, n'est pas l'une des formations de jugement de la Cour de cassation mais une formation à composition variable constituée, en matière civile, du premier président, des présidents de chambre et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée par l'avis sollicité⁷.

Hors l'hypothèse de la demande d'avis, la Cour de cassation est saisie d'un recours dirigée contre une décision émanant d'une juridiction du fond.

Ce recours émane des parties au litige tranché par cette décision.

Sauf en deux hypothèses.

Ainsi, d'une part, le procureur général près la Cour de cassation peut former pourvoi dans l'intérêt de la loi⁸. D'autre part, le Garde des Sceaux peut prescrire au procureur général de la Cour de cassation de déférer à celle-ci les actes entachés d'excès de pouvoir⁹.

Hors ces cas, au demeurant rares, c'est aux parties au litige qu'il appartient de déférer à la Cour de cassation la décision qui a tranché celui-ci.

Le temps qui m'est imparti me conduit à délaissier l'examen des conditions de forme, et de délai, du pourvoi, pour me consacrer au débat qui s'ouvre devant la Cour de cassation et que cette dernière clôt par une décision.

LE DÉBAT DEVANT LA COUR DE CASSATION

On sait que le pourvoi *“tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit”*.

Aussi, le débat porte-t-il exclusivement sur le point de savoir si la décision déférée à la Cour de cassation est, ou non, conforme aux règles de droit.

S'il appartient aux parties de nourrir ce débat, en demande comme en défense, le juge n'en est pas exclu.

⁷ Art. R. 441-1 du code de l'organisation judiciaire

⁸ *“S'il apprend qu'il a été rendu, en matière civile, une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder, contre laquelle cependant aucune des parties n'a réclamé dans le délai fixé, ou qui a été exécutée, il en saisit la Cour de cassation après l'expiration du délai ou après l'exécution”*. En ce cas, *“si une cassation intervient, les parties ne peuvent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de la décision cassée”* (art. 17 de la loi du 3 juillet 1967).

⁹ L'article 18 de la loi du 3 juillet 1967, qui institue ce recours, prévoit qu'en cas de censure, celle-ci est opposable à tous (art.).

Le rôle des parties

Le vecteur du débat est le moyen. Ainsi, l'article 978 du code de procédure civile fait obligation au demandeur en cassation d'exposer dans un mémoire "*les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée*".

Qu'entend-on par moyen de droit ?

Pour le définir, on en examinera le contenu. Celui-ci est composé de trois éléments. Le premier élément reproduit la disposition du jugement contre laquelle est dirigée la critique. Ainsi, à titre d'exemple, imaginons qu'il soit reproché à la décision d'avoir condamné une partie à payer à l'autre partie une somme d'argent. Le second élément vise les motifs sur lesquels s'est appuyé le juge du fond pour justifier sa condamnation. Par exemple la constatation que ladite somme d'argent a été effectivement remise à l'une des parties par son adversaire. Le troisième élément expose la critique juridique développée contre le raisonnement du juge du fond. Telle celle selon laquelle la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a reçue.

C'est la détermination du dernier élément qui pose problème.

Autrement dit, quelle critique juridique peut-on développer devant la Cour de cassation ?

On observera, d'abord, qu'en principe le débat juridique qui se noue devant la Cour de cassation ne peut excéder les limites du débat qui a eu lieu devant les juges du fond.

Cette règle est posée par l'article 619 du code de procédure civile, aux termes duquel, "*les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation*".

Autrement dit le troisième élément du moyen ne peut développer contre la décision attaquée une critique juridique qui n'a pas donné lieu précédemment à débat.

On comprend la règle. On en voit aussi les limites, que le même texte fixe, en prévoyant que peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, d'une part, les moyens de pur droit, d'autre part, les moyens nés de la décision attaquée. En effet, s'agissant de ceux-ci, ils ne peuvent apparaître qu'après le débat. Quant aux moyens de pur droit, leur admission répond à l'exigence de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

On observera, ensuite, que si la question de la teneur de la critique juridique susceptible d'être développée devant la Cour de cassation se pose, c'est parce que l'article 978 du Code de procédure civile, qui fait obligation au demandeur en cassation de déposer un mémoire contenant les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée, ajoute que chaque moyen doit préciser le cas d'ouverture invoqué.

La voie de la cassation n'est donc ouverte qu'en certains cas.

Reste qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne définit ceux-ci.

Faute d'une telle définition il faut se tourner vers la pratique entérinée par la jurisprudence.

Ainsi, parmi les cas d'ouverture, il est d'usage de distinguer, la violation de la loi, les vices de motivation, l'excès de pouvoir, l'incompétence, la contrariété de jugement, la perte de fondement juridique, les vices de forme.

À titre d'illustration, on retiendra, d'une part, la violation de la loi, d'autre part, les vices qui affectent la motivation de la décision.

La violation de la loi constitue le cas d'ouverture par excellence.

Ce fut, à l'origine de la procédure de cassation, l'unique cas d'ouverture. La loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 qui institua un tribunal de cassation lui donna en effet

mission *“d'annuler tout jugement qui contiendra une violation expresse au texte de la loi”*.

Le contrôle qu'appelle ce cas d'ouverture porte tant sur la loi de fond que sur la loi de procédure. Il offre à la Cour de cassation la possibilité d'en définir le sens et la portée.

Ainsi, la violation de la loi peut résulter soit d'une fausse interprétation de celle-ci par les juges du fond, en sorte que la censure de ce chef permet à la Cour de cassation de faire prévaloir son interprétation, soit d'une erreur dans la qualification des faits, soit d'une fausse application de la loi, tenant par exemple à l'ajout à celle-ci d'une condition qu'elle ne prévoit pas ou au refus d'en faire application à une situation entrant dans son champ d'application.

La violation de la loi peut aussi résulter de la dénaturation d'un contrat. Les conventions légalement formées tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites, selon l'article 1134, alinéa 1^{er} du code civil, c'est violer la loi que de méconnaître les termes du contrat. Encore faut-il distinguer.

La violation de la loi est patente lorsque le juge va à l'encontre de stipulations claires et précises. Mais, lorsque celles-ci sont susceptibles d'interprétations divergentes, il faut en déterminer le sens. On quitte alors le domaine de la loi pour entrer dans celui de la recherche de la commune intention des parties. Une telle recherche, purement factuelle, échappe donc au contrôle de la Cour de cassation.

En revanche entre évidemment dans la champ de son contrôle la vérification du respect de la règle selon laquelle tout jugement doit être motivé, à peine de nullité¹⁰. Aussi, l'absence de motifs entraîne-t-elle la censure de la décision.

Comme la motivation affectée de vices qui en altèrent l'existence. Ainsi, est assimilée à l'absence de motifs, la contradiction des motifs entre eux, de même que la contradiction entre les motifs et le dispositif, dès lors que de telles contradictions, en ce qu'elles interdisent d'appréhender le cheminement intellectuel du juge, prive, en réalité, sa décision de motifs. Il en va de même lorsque le juge fonde celle-ci sur un motif qui exprime le doute (motif dubitatif) ou qui s'appuie sur une supposition (motif hypothétique), voire sur un motif d'ordre général qui fait abstraction des éléments de fait du litige.

Est assimilé au défaut de motifs le défaut de réponse aux conclusions dans la mesure où le juge est tenu de se prononcer sur les conclusions dont il est saisi, en sorte qu'ignorer celles-ci, c'est omettre de motiver sa décision.

Reste que seules exigent une réponse les conclusions qui invoquent un moyen opérant, c'est-à-dire un raisonnement qui, tirant des conséquences juridiques des éléments de fait invoqués, est susceptible d'avoir une incidence sur la solution du litige.

On terminera par l'étude du cas d'ouverture qui emprunte à la fois au vice de motivation et à la violation de la loi, savoir le défaut ou manque de base légale.

¹⁰ Art. 455, alinéa 1^{er} et 458, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile.

Ce cas d'ouverture est constituée non par une absence mais par une insuffisance de motivation de la décision attaquée, telle que la Cour de cassation ne se trouve pas en mesure de vérifier si les juges du fond ont, ou non, fait une application correcte de la loi qu'ils ont retenue.

Autrement dit, en pareille hypothèse, la motivation ne permet ni de justifier ni d'exclure la loi appliquée par les juges du fond faute de constatation de l'existence, ou de l'absence, des éléments de fait à la réunion desquels est subordonnée cette application.

Si les parties ne peuvent s'abstenir de nourrir le débat, les moyens qu'elles invoquent ne sont pas nécessairement les seuls ingrédients de celui-ci.

Le rôle du juge

Si le juge de cassation ne peut connaître du fond du litige ayant donné lieu à la décision qui lui est déférée, il lui incombe de vérifier que celle-ci a tranché celui-là conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, en sorte qu'il peut être appelé à s'immiscer juridiquement dans le débat, soit pour suppléer la carence d'une partie, soit pour pallier la déficience du juge du fond.

Ainsi, d'abord, la Cour de cassation peut soustraire la décision attaquée à une censure encourue en réparant l'erreur de droit commise par le juge du fond. L'article 620, alinéa 1^{er} du code de procédure civile lui permet, en effet, de *“rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné”*. En effet, à quoi bon censurer un jugement si la disposition critiquée, quoiqu'assise sur un raisonnement juridique erroné, est conforme à l'application de la règle idoine.

Une cassation aurait pour seul effet de retarder le prononcé d'une solution qui est d'ores et déjà acquise. Elle serait donc vaine. Et l'arrêt de rejet revêt la même portée didactique que l'arrêt de cassation qui eût dû être prononcé dans la mesure où à la dénonciation de l'erreur commise par les juges du fond se substitue la réparation de celle-ci.

À l'inverse, la Cour de cassation, gardienne de la rectitude juridique, peut sanctionner une erreur de droit qui aurait échappé aux parties. L'article 620, alinéa 2, du code de procédure civile l'autorise à *“casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit”*.

Bien entendu, dans ces deux hypothèses, l'intrusion du juge de cassation est subordonnée au respect du principe fondamental de la contradiction. L'article 1015 du code de procédure civile selon lequel *“le président doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe”*, reçoit aussi application en cas de substitution de motifs.

Au débat succède la décision.

LA DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION

Dès lors que la Cour de cassation est appelée à statuer exclusivement sur le pourvoi, sa décision ne peut qu'être l'expression d'un choix binaire : accueillir ou ne pas accueillir le pourvoi.

L'accueillir, c'est censurer la décision attaquée.

Ne pas l'accueillir, est-ce, nécessairement, le rejeter ?

Le refus d'admettre le pourvoi

À l'effet d'accroître l'efficacité de la lutte contre l'encombrement de la Cour de cassation, la loi du 25 juin 2001 a institué une procédure d'admission, ou plutôt de non-admission, des pourvois.

Ainsi l'article 1014 du code de procédure civile donne à une formation restreinte de trois magistrats constituée au sein de chaque chambre civile le pouvoir de déclarer "*non admis*" non seulement les pourvois irrecevables mais aussi ceux qui ne sont pas "*fondés sur un moyen sérieux de cassation*".

Désormais, à côté de l'arrêt de rejet et de l'arrêt de cassation, apparaît un arrêt de troisième type, l'arrêt de non-admission du pourvoi, faute de moyen sérieux de cassation. Arrêt singulier en ce sens que le seul motif qu'il comporte se borne à énoncer que "*le(s) moyen(s) de cassation annexé(s) au présent arrêt, invoqué(s) à l'encontre de la décision attaquée, n'est (ne sont) pas de nature à permettre l'admission du pourvoi*".

Dira-t-on qu'une telle décision méconnaît l'exigence de motivation prescrite tant par la norme interne (articles 455, alinéa 1^{er} et 458, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile) que par la norme européenne (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) ?

On aurait tort.

D'abord, parce que si l'arrêt lui-même se borne à constater l'absence de moyen sérieux de cassation, il s'appuie sur le rapport du conseiller rapporteur, lequel explique en quoi le (ou les) moyen(s) invoqué(s) à l'appui du pourvoi ne peut (peuvent) être regardé(s) comme sérieux.

Et ce rapport est accessible aux représentants des parties, lesquels sont ainsi mis en mesure, s'ils le jugent utile, de présenter des observations avant qu'il ne soit statué sur l'admission du pourvoi.

Ensuite, parce que la Cour européenne des droits de l'homme a admis la conformité à la Convention de la procédure de non-admission en considérant que l'article 6 de celle-ci n'exige pas que soit motivée en détail la décision par laquelle une juridiction de recours, se fondant sur une disposition légale spécifique, écarte un recours comme dépourvu de chance de succès¹¹.

Si le pourvoi n'est pas ainsi écarté, il faut y répondre.

La réponse au pourvoi

Si le pourvoi n'est pas déclaré non-admis, son examen est renvoyé à l'audience de la chambre, à moins que la solution du pourvoi s'impose. En ce cas, c'est la formation de trois magistrats, chargée de se prononcer sur l'admission du pourvoi, qui examine celui-ci¹².

Reste que, quelle que soit la formation qui se prononce sur le sort du pourvoi, l'arrêt

¹¹ Arrêt du 9 mars 1999, société Immeuble Groupe Kosser c/ France

¹² Art. L. 431-1, alinéa 2, du code de procédure civile

que celle-ci rend ne peut être que de rejet ou de cassation.

L'arrêt de rejet

C'est la décision par laquelle la Cour de cassation explique que le (ou les) moyen(s) ne peu(ven)t être accueilli(s). Le rejet du pourvoi, qui en découle, rend irrévocable la décision attaquée.

Ce n'est pas à dire que ces moyens ne soient pas fondés.

Mais, on a précédemment expliqué que le juge de cassation pouvait venir au soutien du juge du fond défailtant en substituant à un motif critiqué un motif de pur droit. Il peut aussi, sans qu'il y ait lieu à substitution de motifs, priver d'efficacité un moyen, pourtant pertinent, en constatant que celui-ci critique un motif surabondant de la décision attaquée, c'est-à-dire un motif qui n'est pas indispensable à celle-ci. Aussi, l'article 620 du code de procédure civile prévoit-il que la Cour de cassation peut rejeter le pourvoi "*en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant*". Reste qu'hors ces hypothèses assez rares de substitution, ou de constatation de surabondance, de motifs, l'arrêt de rejet développe une analyse juridique à l'effet de réfuter la critique développée contre la décision attaquée.

De la teneur de cette analyse dépend la portée de l'arrêt qui l'exprime, en sorte que l'arrêt de principe, celui qui fixe la position de la cour de cassation sur une question de droit controversée, peut être de rejet comme de cassation.

Reste que, fût-il de principe, l'arrêt de rejet obéit toujours aux mêmes règles de construction. En effet, dans la mesure où l'arrêt de rejet s'analyse en une réfutation de la critique présentée par le moyen, la logique commande d'exposer celle-ci avant de développer celle-là. Aussi, l'arrêt de rejet ne peut-il s'ouvrir sur un attendu de principe précédé du visa du texte sur lequel il s'appuie. Ce n'est pas à dire qu'un tel attendu n'y figure jamais. Mais dès lors qu'il répond au moyen, il le suit, de sorte qu'il se trouve au coeur de l'arrêt, emplacement qui interdit le recours au visa.

La rédaction de l'arrêt de cassation obéit à la démarche inverse.

L'arrêt de cassation

La cassation suppose que le moyen soit fondé, à défaut, comme il a été précédemment expliqué, que la décision attaquée soit entachée d'une erreur juridique appelant le relevé d'office d'un moyen de pur droit.

Dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit de censurer la décision déferée pour non-conformité de celle-ci à la règle de droit.

Aussi, est-il primordial de rappeler ladite règle.

D'abord, et toujours, en la visant. *L'arrêt*, dit l'article 1020 du code de procédure civile, "*vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée*". L'emploi du singulier n'est pas exclusif du visa de plusieurs textes. De même la règle de droit à laquelle se réfère le texte s'entend non seulement de la loi au sens constitutionnel du terme mais aussi de toute autre norme juridique tels, par exemple, le traité, l'ordonnance ou le règlement, voire un principe général du droit.

Ensuite, parfois en en déterminant le sens et la portée, par l'énoncé d'un attendu introductif, que l'on appelle le chapeau.

À l'inverse de l'arrêt de rejet, qui réfute l'analyse juridique développée par le moyen, l'arrêt de cassation vient désapprouver la décision attaquée. Aussi, après avoir rappelé la teneur de celle-ci, l'arrêt de cassation explique-t-il en quoi elle encourt la censure.

La cassation qui en découle peut être soit totale si elle atteint l'ensemble des chefs du dispositif de la décision attaquée, soit partielle, si elle n'en affecte que certains à condition que ceux-ci soient dissociables des autres¹³. La détermination de la portée de la cassation prononcée est parfois chose fort délicate. Aussi, l'usage s'est-il institué, à l'effet d'éviter tout débat à cet égard, en cas de renvoi de l'affaire devant une nouvelle juridiction du fond, d'indiquer dans le dispositif de l'arrêt de cassation les dispositions de la décision attaquée affectée par la censure de celle-ci.

En principe, la cassation emporte obligation de statuer à nouveau en fait et en droit du chef desdites dispositions, de sorte que l'affaire est renvoyée soit devant une juridiction autre que celle qui a rendu la décision cassée, soit devant la même juridiction autrement composée¹⁴.

Reste qu'il est des hypothèses dans lesquelles la solution du litige s'impose au regard des éléments de fait constatés par les juges du fond. La Cour de cassation peut alors

y mettre fin par application de la règle de droit appropriée. Il en va de même lorsque par l'effet de la cassation, il n'y a plus lieu de statuer au fond¹⁵.

Ces quelques observations sur le mécanisme du pourvoi en cassation ne suffisent pas à en définir la nature. Nécessairement singulier dès lors qu'il tend à la censure d'une décision, elle aussi évidemment singulière comme le litige qu'elle tranche, il s'imprègne de généralité quand l'arrêt qui le rejette ou l'accueille devient l'expression de la position de la Cour de cassation sur un problème juridique abstraitement formulé.

Il faut alors s'interroger sur la compatibilité de cette démarche avec la défense faite aux juges, donc à la Cour de cassation, par l'article 5 du code civil "*de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*". L'incompatibilité n'est-elle pas déjà avérée ?

La jurisprudence sur le contrôle de conventionnalité de la loi en est le révélateur.

On sait que, selon l'article 55 de la Constitution, "*les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois*".

Aussi, dans la mesure où le Conseil constitutionnel juge que les dispositions du texte précité ne prescrivent ni n'impliquent que le respect du principe qu'elles édictent "*doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la*

¹³ Art. 623 du code de procédure civile

¹⁴ Art. 626 du code de procédure civile

¹⁵ Art. L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire.

*Constitution*¹⁶, la question s'est-elle posée de savoir si le juge devait, ou non, s'incliner devant une loi contraire à un traité antérieur¹⁷.

La Cour de cassation y a répondu en consacrant, dans un arrêt d'une Chambre mixte du 24 mai 1975¹⁸, le pouvoir du juge d'écarter une loi incompatible avec un traité qui la précède temporellement¹⁹. Si la portée de cette jurisprudence a été ensuite atténuée par un arrêt d'Assemblée plénière du 2 juin 1990 qui pose en principe que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne à une disposition légale de valeur constitutionnelle²⁰, il demeure que son champ d'application est particulièrement vaste, qui englobe notamment le droit européen et le droit communautaire tant primaire que dérivé²¹.

Commentant l'arrêt du 24 mai 1975, une doctrine éminente fait observer que *“profitant du déclin du pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire s'arroge le droit de censurer, sinon toutes les lois, du moins celles qui lui paraissent contraires aux traités”*, de sorte que *“les juges sont désormais en mesure d'écarter un texte clair et précis voté par le Parlement, au prétexte qu'il n'est pas conforme aux axiomes passe-partout d'une pseudo constitution étrangère”*²².

Et il est vrai que le contrôle de conventionnalité opéré par le juge est particulièrement marqué. Ainsi, par exemple, prenant appui sur une jurisprudence

¹⁶ CC 15 janvier 1975, décision n° 74-54 DC.

¹⁷ Si le traité, contraire à la loi, est postérieur à celle-ci, sa supériorité s'impose par application des règles qui gouvernent la succession des normes dans le temps, étant, en outre observé, qu'une telle dérogation à la loi reçoit nécessairement l'onction du législateur dès lors que tout traité modifiant une loi interne française doit être ratifié par le Parlement (v. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1, p.17, n° 2).

¹⁸ Ch. mixte 24 mai 1975, Bull.Ch. mixte n° 4.

¹⁹ La jurisprudence du Conseil d'État, telle qu'exprimée dans l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989 (Rec. P. 190), est désormais semblable à celle de la Cour de cassation.

²⁰A. P. 2 juin 2000 B. 2000, n° 4. Le Conseil d'État avait déjà statué dans le même sens (arrêt Sarran du 30 octobre 1998, Rec. p. 368).

²¹ Ainsi l'arrêt précité du 24 mai 1975 pose en principe que le Traité de Rome du 25 mars 1957 *“institue un ordre juridique propre intégré à celui des États membres”*, de sorte *“qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions”*.

²² v. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1, p. 20, n° 8.

fournie de la Cour européenne des droits de l'homme²³, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, pose en principe que *“si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges”* et que *“cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'État n'est pas partie au procès”*.²⁴

Faut-il, peut-on, aller au-delà du contrôle judiciaire de la conventionnalité de la loi ? Peut-être est-ce par agacement que je n'évoque qu'en conclusion de cet exposé une question que le législateur qualifie pourtant de prioritaire, celle du contrôle citoyen de la constitutionnalité de la loi.

On pourrait comprendre que le juge s'en désintéresse dès lors qu'il ne peut ni la poser, ni y répondre.

Que la réponse soit réservée au Conseil constitutionnel, cela va de soi.

Mais n'y a-t-il pas quelque incohérence à exiger que la question soit posée à l'occasion d'un procès et à faire défense au juge, pourtant tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, de déférer au Conseil constitutionnel une règle dont la constitutionnalité lui paraît contestable ?

Si en droit allemand, comme en droit espagnol, l'exception d'inconstitutionnalité ne peut être soulevée que par le juge, tandis qu'en droit luxembourgeois, cette faculté est partagée par le juge et les parties, en revanche, la loi française interdit à celui-ci de la soulever d'office. C'est que, explique le Conseil constitutionnel dans sa décision de contrôle de la loi organique d'application de la réforme, *“les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit”*²⁵.

La référence au *“droit de soutenir”* exprime l'idée que le monopole des parties va au-delà de la simple initiative du questionnement.

Ainsi, soulignait le Premier Président de la Cour de cassation, lors de son audition par la commission des lois de l'Assemblée nationale, *“dans la mesure où le juge n'aura pas le pouvoir de relever d'office une question de constitutionnalité, il ne devrait pas davantage avoir celui de reformuler une question posée par une partie”*.

Et d'ajouter, *“s'il peut envisager de réécrire dans un français plus clair une question maladroitement formulée, le juge ne saurait cependant en dénaturer le sens dans la mesure où la loi lui fait obligation d'en vérifier la recevabilité au regard des questions*

²³ v. p. ex. *Raffineries grecques Stran c/ Grèce* du 9 décembre 1994, *National and Provincial Building c/ Royaume Uni* du 23 octobre 1997, *Zielinski, Pradal, Gonzales et autres c/ France* du 28 octobre 1999.

²⁴ A.P. 23 janvier 2004, Bull. A.P. n° 2.

²⁵ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, considérant n° 9

*de fond qu'elle pose*²⁶.

Cette opinion est consacrée par la Cour de cassation dont chaque arrêt s'applique à reproduire fidèlement le texte de la question, tel que rédigé par celui qui la pose.

Il ne peut en être autrement.

Mais faut-il qu'il en soit ainsi ?

Le principe de prééminence du droit, si essentiel aux yeux du juge strasbourgeois, ne commanderait-il pas d'adopter la solution luxembourgeoise, à tout le moins d'autoriser le juge français à contribuer plus activement au contrôle de constitutionnalité en lui permettant de participer, d'un commun accord avec la partie qui a pris l'initiative de la question, à la rédaction de celle-ci ?

Reste que, fût-ce en mode mineur, la Cour de cassation est depuis le 1^{er} mars 2010, date de l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle instituant la question prioritaire de constitutionnalité, devenu un juge qui applique le droit constitutionnel.

C'est que si elle ne peut ni poser la question, ni y répondre, il lui revient de la transmettre au Conseil constitutionnel, en sorte que tout refus de transmission commande, conformément à l'exigence tant constitutionnelle que conventionnelle de motivation, d'expliquer en quoi la question n'est ni nouvelle, ni sérieuse²⁷, partant de développer à cet égard une argumentation de nature constitutionnelle, laquelle échappe au contrôle du Conseil constitutionnel.

Il est vrai que de temps à autre ressurgit l'idée d'un tel contrôle.

Mais qu'on en mesure les conséquences !

Si l'on veut bien admettre qu'on ne peut jamais déferer une décision juridictionnelle qu'à une juridiction de même nature que celle qui l'a rendue, un contrôle par le Conseil constitutionnel de la décision de non-renvoi, par voie soit d'appel, soit d'évocation, conduirait, implicitement mais nécessairement à investir à rebours la

²⁶ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution par M. Jean-Luc Warsmann, page 186

²⁷ Selon l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009, le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que la disposition contestée est applicable au litige, qu'elle n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances, et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

S'agissant du concept de nouveauté de la question, le Conseil constitutionnel a décidé qu'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel et précisé à propos des cas de nouveauté autres que celui de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle encore vierge d'application par le Conseil constitutionnel, le législateur organique avait entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif.

Cour de cassation d'un pouvoir juridictionnel de nature constitutionnelle.

Aussi, en une telle hypothèse, faudrait-il s'interroger, sur le sort du moyen qui tendrait non pas à faire disparaître du paysage juridique la norme prétendument entachée d'inconstitutionnalité, mais simplement à l'écartier du jugement du litige, comme en matière de contrôle de conventionnalité.

Mais c'est une autre histoire, qui n'est pas encore en marche.