

LA COUR DE CASSATION FRANÇAISE ET L'UNIFICATION DU DROIT

par

Dominique FOUSSARD*

Si certains d'entre vous ont eu la curiosité de se reporter aux textes régissant la Cour de cassation et ses missions, ils se sont certainement demandé comment on pouvait évoquer l'unification du droit à propos de la Cour de cassation française. Du point de vue qui nous préoccupe aujourd'hui, non seulement ces textes sont sommaires, très sommaires même à priori, mais surtout ils sont de piètre intérêt.

Le pourvoi en cassation, énonce l'article 606 du nouveau Code de procédure civile, « *tend à faire censurer (...) la non conformité du jugement (...) aux règles de droit* ». La censure évoque simplement l'idée de sanction. Quant à la non conformité, elle postule l'existence d'une règle préexistante qui a été transgressée. La volonté d'unifier le droit peut être induite du texte, voire sous-jacente au texte. Mais elle est absente. Et en tout cas, c'est une unification sans création. L'article 1020 du nouveau Code de procédure civile, de son côté, seul texte ayant trait au contenu de l'arrêt de cassation, oblige les magistrats à viser le « *texte de loi* » qui justifie la cassation. C'est la vision d'une Cour de cassation servante de la loi, bras séculier du pouvoir législatif, instituée pour ramener la loi à exécution et rétablir l'autorité du législateur qui a été blessée. C'est encore la conception des hommes de la Révolution. Quant à l'article L.111-1, gravé en lettres d'or dans le vestibule de la Cour de cassation, qui ouvre tonitruant le Code de l'organisation judiciaire (« *Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation* »), il suggère bien l'idée d'unité. Mais il reprend, pratiquement, un vieux texte de 1790. Et si ce texte a été voté à l'époque, c'est essentiellement pour des motifs politiques : il fallait conjurer le spectre, qui hantait les esprits, d'un Etat traversé de part en part par des systèmes coutumiers ou autonomes et dominés par des parlements revendiquant haut et fort leur souveraineté¹.

En réalité, certains des élus de l'Assemblée constituante avaient parfaitement saisi la nécessité d'une unification du droit². Très tôt, le Tribunal de cassation puis la Cour de cassation se sont arrogé un pouvoir de création. Pour tous, magistrats et praticiens, la mission de la Cour de cassation était d'unifier le droit, en révélant si besoin la règle de droit³. Dès le milieu du 19^{ème} siècle, qui demeure pourtant dans l'imaginaire comme le siècle de l'exégèse, la Cour de cassation use d'énoncés doctrinaux, recourt aux principes, fait appel au droit naturel, évoque conséquences et implications des solutions, lutine parfois avec l'opportunité, à la manière d'une Cour suprême. TRONCHET avait vu juste qui, dès 1790, avait précisément voulu conférer au Tribunal de cassation l'appellation de Cour suprême. Bien entendu, dans un système de droit écrit, qui révérait la codification, la Cour de cassation ne pouvait manquer de prêter la plus grande attention, et aux textes et aux codes. Mais l'observation touche non pas tant l'identification de ses missions que la manière dont

* Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (France).

¹ Les élus de l'Assemblée constituante redoutaient que la coexistence de plusieurs juridictions de cassation, ou même l'existence d'une juridiction de cassation ambulante, comme certains en avaient formé le projet, ne fassent renaître trop facilement le passé.

² Dalloz, *Jurisprudence générale*, Paris, 1847, V^o Cassation – Cour de cassation, Ch. 1.

³ C'est le moment où jamais de relire les développements si pénétrants que les rédacteurs du Code civil ont placé en tête du code : *Discours préliminaire au premier projet de code civil*, préface M. Massenet, éd. Confluences, 1999, spéc. p. 19-24.

elle les exerce. Bref, oublions les textes⁴. Venus en droite ligne de l'époque révolutionnaire, ils sont trop fidèles à l'histoire. Même réécrits, ce ne sont plus que des vestiges. Et retenons que l'idée d'unification, couplée à celle de création du droit, est au cœur des missions de la Cour de cassation. Encore faut-il s'entendre sur la notion d'unification du droit.

A priori, il devrait être aisé de s'accorder sur le sens de l'expression. Il suffit d'énoncer qu'elle désigne une dynamique destinée à réaliser l'unité du droit. Mais ce n'est guère avancer que de faire ce constat. C'est presque une tautologie. Et une difficulté demeure : celle de savoir ce qu'est l'unité du droit. Sans vouloir épiloguer sur un sujet qui se prêterait sans peine à de savantes élucubrations⁵, arrêtons-nous simplement à deux points. D'une part, même si d'un point de vue philosophique, et en tant qu'ensemble normatif, le droit est nécessairement un, en pratique, l'unité du droit n'est qu'un idéal⁶ ; certains disent même un mythe⁷. D'autre part, et surtout, si tout le système juridique aspire puissamment à l'unité, comme le veut d'ailleurs le principe d'égalité, force est de constater que la notion même d'unité, et partant celle de l'unification, se délitent au fil des années. Et ce dernier point appelle quelques explications.

L'approche classique avait le mérite de la limpidité. L'unification avait un objet : la règle, entendue comme le commandement de faire ou de ne pas faire, à l'adresse de certains destinataires. L'unification se concevait dans un espace : celui de l'Etat. Elle tendait à un but : l'unicité de la règle quant au fond et si possible en la forme. Or ce bel ordonnancement a volé en éclats. Aujourd'hui, l'unification s'applique à une pluralité d'instruments : la règle, le principe, le concept, sans même évoquer les multiples catégories de règles selon leur fonction, leur libellé ou leur force. L'unification évolue dans une pluralité d'espaces. Du plus petit au plus vaste. Depuis l'accord collectif, qui ne peut couvrir que l'étendue d'un département, voire moins, jusqu'au principe du droit du commerce international, qui voudrait avoir une vocation universelle. Enfin, les buts de l'unification sont maintenant multiples. Evolution des systèmes juridiques, progrès des techniques procédurales, prise de conscience des juristes. Tout se conjugue. Des règles se superposent les unes aux autres. Il faut les faire coexister. L'unification doit tendre alors, non pas à l'identité mais à la conformité, voire à la compatibilité des règles entre elles. Les règles se juxtaposent les unes aux autres. Il faut les faire cohabiter. L'unification doit alors viser, non plus à l'identité mais à la cohérence, voire à la coordination des règles entre elles. Certes, les apparences sont sauvées. L'unification du droit reste la mission essentielle de la Cour de cassation. Mais sans éclat, ni heurt, ni rupture, l'institution a subi une véritable mue. A cet égard, elle est un peu à l'image de ces immeubles haussmanniens, dont on conserve l'ossature, mais qu'on dépouille de leurs éléments intérieurs pour les aménager au goût du jour. Il ne reste du passé que la façade, essentiellement le décorum. A la faveur de cette évolution, elle a certes conquis une indéniable liberté. Mais au moment même où elle se libérait des freins et des entraves, qui naguère encore contenaient ses possibilités d'action,

⁴ Sur le silence des textes ou leur insuffisance, J. CHEVREAU, « *La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit* », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p. 85-90, spéc.85.

⁵ Sur l'unité du droit, v. par ex. : G. VEDEL, « Aspects généraux et théoriques », *Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 1-8, pour qui « l'unité du droit peut s'entendre de trois façons...(selon que l'on envisage le droit comme) objet de connaissance scientifique...ensemble normatif...ou appareil conceptuel opératoire. » ; ou encore M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit – chances et risques », *D.*1999, chr. 43-48, laquelle distingue l'unification (règles identiques appartenant à un droit unique), l'uniformisation (règles identiques incorporées à des droits nationaux qui restent distincts) et l'harmonisation (règles plus proches qui peuvent rester différentes dans le cadre de droits nationaux distincts).

⁶ Par ex. : J.-L. AUBERT, « Pour des rébellions constructives », *RTDC*, 1992.338 (idéal recherché de l'unité de la jurisprudence).

⁷ Y. GAUDEMET, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public », *Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 259-276, spéc. 259

la voici brusquement face à une mission dont les contours s'estompent et parfois dont l'objet même se dérobe.

Dans ce contexte, il n'est pas commode d'y voir clair quant à la manière dont la Cour de cassation assure l'unification du droit.

A la réflexion, le plus expédient est peut-être, comme on l'enseigne depuis l'antiquité, de partir du plus simple pour évoluer vers ce qui est plus complexe.

La Cour de cassation délibère d'abord avec elle-même. L'unification du droit prend donc dans un premier temps la forme d'un soliloque.

Mais d'une façon ou d'une autre, l'unification du droit se poursuit au travers des rapports que la Cour de cassation entretient avec les autres. Elle prend nécessairement, et dans un second temps, la forme d'un dialogue.

- L'unification du droit, en forme de soliloque (§ 1)
- L'unification du droit, en forme de dialogue (§ 2)

I. L'UNIFICATION DU DROIT, EN FORME DE SOLILOQUE

Le travail de la Cour de cassation est assujéti à un certain nombre de constantes. Ces constantes concernent le choix de l'unification (A), les moyens de l'unification (B), et les limites de l'unification (C).

A. *Le choix de l'unification*

1. *Un premier point* mérite d'être souligné d'entrée de jeu. Notre droit assigne plusieurs missions à la Cour de cassation. L'unification du droit est sans doute une mission essentielle, sinon sa mission essentielle. Mais ce n'est pas la seule⁸. La Cour de cassation est là pour garantir le respect dû à la volonté du législateur, pour refréner les ardeurs des juges du fond qui pourraient être hétérodoxes ou inopportunes, pour faire évoluer le droit s'il s'avère obsolète ou inadapté, pour imaginer des solutions si des questions nouvelles surgissent. Par nécessité, il lui faut procéder à des choix. Ainsi, elle peut décider de forcer la marche, même si ce parti est susceptible de troubler les esprits et de semer le désordre au sein des juridictions de fond, et donc de compromettre l'unité du droit, momentanément souvent, durablement quelquefois. De même, l'une de ses formations peut estimer devoir

⁸ Si les auteurs enseignent que l'unification du droit est la mission première de la Cour de cassation (v. par ex. : *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1998, V° Unification), on trouve sous la plume d'un conseiller de la Cour de cassation - c'est un exemple - une formule qui donne le pas à des considérations étrangères à l'unification : « *La Cour de cassation ne fait qu'exercer sa fonction première, sauvegarder la loi et contribuer à son évolution, c'est-à-dire, faire vivre le droit* » (J.-P. ANCEL « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Mélanges Plantey*, Pedone, 1995, 59-75, spéc.75). De même, lors de la présentation du Rapport public de la Cour de cassation pour 1998, M. le Conseiller CHARTIER, directeur du rapport, mentionnait qu'au cours de l'année 1998, on pouvait relever 25 revirements de jurisprudence marquant par là la place que tient au sein de la Cour de cassation l'idée d'une nécessaire évolution du droit, sans doute au détriment d'autres considérations dont celles relatives à l'unification du droit.

faire une percée sur telle question, sans s'assurer de la manière dont les autres formations pourront accueillir son initiative, au risque de bousculer des habitudes bien établies et de provoquer des divergences qui peuvent devenir tenaces, ou pratiquement irréductibles. La création jurisprudentielle est un art de compromis. Elle suppose des arbitrages constants. Et l'unification du droit ne sort pas toujours vainqueur de cette confrontation.

2. *Deuxième point*

L'unification du droit postule le sens de *l'opportunité*. Si la Cour de cassation entend donner une impulsion, il lui faut s'interroger sur la façon dont celle-ci sera reçue. Venue trop tôt, mal comprise ou mal accueillie, son initiative risque de tourner court. Et si au contraire elle entend freiner les évolutions, il lui faut se demander s'il est encore temps de maintenir le cap. Venue trop tard, son initiative peut être perçue comme anachronique. Le terrain est déjà occupé. Elle a définitivement perdu la main. Et il serait vain de vouloir lutter.

3. *Troisième point*

L'unification suppose une *ascèse*. Il faut admettre en effet que d'autres puissent penser différemment : avant, en même temps et après soi. Il faut accepter de sacrifier ses convictions personnelles pour faire prévaloir l'intérêt qui s'attache à la constance. Enfin, le juge ne peut tendre à l'unification du droit sans se forger, pour sa gouverne personnelle, une doctrine du précédent. Mais il n'est pas facile, il faut le reconnaître, d'ériger pour soi-même toutes ces contraintes alors surtout qu'elles sont autant d'atteintes à sa propre liberté.

Supposons que la Cour de cassation ait fait le choix de l'unification, quels sont ses moyens d'action ?

B. *Les moyens de l'unification*

Les moyens de l'unification sont premièrement d'ordre *procédural*. Les rapports entre les diverses chambres sont placés sous le signe de l'autonomie. A tel point que les tiers ont de temps en temps l'impression d'être en présence de micro - systèmes avec leurs usages, leurs méthodes, leurs réflexes. Or, l'autonomie des chambres est inévitablement source de divergences. D'autant plus que leurs compétences respectives, fruits de l'histoire, mal aisées à remettre en cause, sont l'occasion de chevauchements. Des moyens ont donc été imaginés pour éviter les divergences ou y mettre fin. On en dénombre trois, au moins trois. Consultations officieuses d'homme à homme, entre magistrats, que le passé a rapproché ou qui ont des liens pour pratiquer des disciplines voisines. Consultations officielles, de chambre à chambre, lorsqu'une chambre est appelée à connaître d'une question, à propos d'un pourvoi qui lui est normalement attribué, relevant de la compétence d'une autre chambre⁹. Réunion solennelle d'une chambre mixte ou d'une assemblée plénière - l'une et l'autre regroupent plusieurs chambres - pour briser une contrariété de jurisprudence ou prévenir un risque de contrariété, sur une question de principe, généralement à fort retentissement¹⁰. Mais la mise en œuvre de ces moyens procéduraux reste exceptionnelle et en pratique l'unification du droit est avant tout assurée par des moyens substantiels.

Toutes sortes de procédés sont utilisés par la Cour de cassation, sur le *plan substantiel*, pour unifier le droit. Une première façon d'opérer consiste à créer des instruments dont le champ d'action est aussi étendu que possible. L'unification passe par la *généralité* des

⁹ V. sur cette pratique, jusqu'alors officieuse, le décret n° 99-131 du 26 février 1999, art.12, créant un article 1015-1 du NCPC pour organiser la procédure de consultation de chambre à chambre.

¹⁰ Art. L. 131-2 & L. 131-3 du Code de l'organisation judiciaire.

règles. Au premier chef, il faut citer bien évidemment les principes généraux du droit (ils sont appelés, si du moins leur objet le permet, à dominer plusieurs, voire même l'ensemble des disciplines). Sont aussi facteurs d'unification : le souci de mettre au jour ou de maintenir des définitions communes ; la liberté prise avec les textes pour en dépasser l'hypothèse ; l'appel au droit savant (les règles élaborées par les professeurs le sont souvent dans un esprit de systématisation ; l'attention portée à la formulation de la règle, et notamment à la manière dont le règle se détache de l'espèce (pour lui conférer toute sa portée) ; l'élaboration de règles secondaires, d'ordre méthodologique, pour rendre homogène l'interprétation ou la mise en œuvre de règles primaires, celles qui s'adressent aux opérateurs de la vie économique ou sociale¹¹.

A l'opposé, et notamment lorsque l'accord n'est pas possible, l'unification se réalise, paradoxalement, à la faveur d'un *morcellement du droit*. Pour éviter la contrariété, la règle, jusqu'alors unique, est subdivisée. Pour éviter l'opposition entre la première chambre civile et la chambre commerciale, notre droit connaît désormais deux cautionnements : à côté du droit commun, il y a les règles propres au cautionnement des dirigeants sociaux. De même, si dans le cadre du droit commun, le prêt reste un contrat réel, il n'en va plus de même, aujourd'hui, s'agissant des prêts relevant du droit de la consommation¹². Dans certaines matières, la Cour de cassation n'hésite pas à renoncer aux définitions ou aux règles trop générales. Inadaptée, au mieux impuissante, la règle abstraite aurait été un obstacle à l'unité. La Cour de cassation prend le parti de l'abandonner pour se redéployer vers la casuistique. Epousant les réalités, la jurisprudence du cas par cas est rarement contredite, et à sa manière, elle assure, fût- ce sans grandeur, mais de façon efficace, l'unité du droit¹³.

Ainsi, la Cour de cassation recourt à des procédés extrêmement variés – on s'est borné à donner quelques exemples - pour satisfaire à sa mission d'unification. Malgré tout, ses possibilités d'action ne sont pas infinies et elle rencontre des obstacles.

C. Les limites à l'unification

Les limites à l'unification tiennent, en premier lieu, à la *distinction du fait et du droit*. Certes, autant qu'il est possible, cette distinction est conçue et utilisée par la Cour de cassation comme un instrument de contrôle. Elle la soumet à des flux et des reflux. Elle étend les frontières du droit si elle estime devoir exercer son contrôle. Elle les rétracte si elle considère son contrôle comme inutile¹⁴. Ainsi, elle a refusé pendant longtemps de contrôler la notion de dirigeant de fait. Puis elle s'est récemment ravisée¹⁵. A l'inverse, pendant

¹¹ La Cour de cassation peut ainsi indiquer aux juges du fond à quelle date il faut se placer pour statuer sur l'existence des conditions d'application de la règle, quelles recherches doivent être complètement opérées pour statuer sur telle ou telle condition, ou encore s'il faut interpréter libéralement ou strictement les conditions d'application de la règle en cause.

¹² Civ. 1, 7 mai 1988, D.1998.28, obs. M.-N. JOBARD – BACHELIER et D.1999.194, note BRUSCHI ; cpr. toujours à titre d'exemple, pour les effets de la clause compromissoire à l'égard du juge étatique saisi du litige : Civ. 1, 5 janvier 1999, D. 1999, IR. 31 (interdiction faite au juge de se prononcer sur la clause en matière civile) et Soc., 16 février 1999, D.1999, n° 9, dernière actualité, p.2 (inopposabilité de la clause en matière de droit du travail).

¹³ On se souvient toutefois de ce que disait TOCQUEVILLE à propos des idées générales : « *Les idées générales...lui (à l'esprit humain) font toujours perdre en profondeur ce qu'elles gagnent en étendue* » (*La démocratie en Amérique*, vol II, ch.3).

¹⁴ Ainsi, l'existence du trouble manifestement illicite, condition d'intervention du juge des référés, a relevé du pouvoir souverain (Civ. 3, 17 janvier 1966, Bull. III n°16, p. 11) avant d'être contrôlée – ce qu'elle est désormais – (Ass.plén., 8 mars 1996, Bull. n° 2, p.3).

¹⁵ Com., 27 mars 1990, arrêt n° 480, pourvoi n° 87-20.037, Bull. IV n°100 p. 66 ; ctra : Com., 9 novembre 1993, Bull. IV n° 390 ; Com. ; 19 décembre 1995, Bull. IV n°307 p. 281 ; Com. ; 24 novembre 1998, arrêt n° 1843, pourvoi n° 96-11.733.

plusieurs années, elle a contrôlé l'existence de la délégation donnée par le chef d'entreprise à ses subordonnés. Or elle donne aujourd'hui l'impression de vouloir faire retraite¹⁶. Mais si malléable que soit la distinction du fait et du droit, l'exercice a ses limites. Le contrôle suppose un débat de nature strictement juridique. S'il est trop technique ou trop proche du fait, le contrôle peut se heurter à un *non possumus*, et la Cour de cassation ne peut faire autrement que de sacrifier l'unité du droit.

Les limites de l'unification peuvent tenir, en second lieu, à la *structure du droit*.

Deux exemples : le premier est tiré du droit des contrats spéciaux. Face à un contrat nommé, la Cour de cassation peut assumer, sans difficulté, son rôle d'unification : il lui suffit de créer ou d'aménager les règles à partir d'un modèle légalement identifié. Face à un contrat innommé, au contraire, elle est très démunie. En effet, réserve faite des questions relevant du droit commun des contrats, le débat ne peut porter que sur l'interprétation de la volonté des parties, donc sur une question laissée à la discrétion des juges du fond. En réalité, dans une hypothèse telle que celle – là, elle n'a guère qu'une option : ériger le contrat en cause en un contrat nommé, ou rattacher la règle qu'elle entend poser, en lui conférant un degré de généralité élevé, au droit commun des contrats.

Deuxième exemple : l'usage n'est pas contrôlé par la Cour de cassation. Si donc elle estime utile d'exercer la police sur un point donné, dans un but d'unification, elle n'a pas d'autre choix que de faire disparaître l'usage pour lui substituer une règle légale. Son contrôle suppose donc une modification des sources du droit. Dans ces deux cas de figure, le contrôle de la Cour de cassation, dans un but d'unification, est donc intimement lié à la structure du droit.

Ainsi, s'agissant de l'unification du droit, et lorsque la Cour de cassation délibère avec elle-même, on peut esquisser un certain nombre de constantes.

Mais l'unification du droit ne répond pas à un modèle unique. Elle peut varier, et varier profondément. En effet, au-delà des règles que la Cour de cassation peut se fixer elle – même pour encadrer son processus de décision, l'œuvre d'unification ne se conçoit que dans le dialogue avec les autres.

II. L'UNIFICATION DU DROIT, EN FORME DE DIALOGUE

La Cour de cassation affronte en pratique trois types de situations.

Elle entretient en effet avec les autres institutions des rapports d'autorité : c'est le cas le plus courant (A).

Elle entretient également – c'est de plus en plus fréquent – des rapports de subordination (B).

Enfin, elle entretient – plus exceptionnellement – des rapports de juxtaposition (C).

¹⁶ Crim., 3 décembre 1998, B. n°332 p.965.

A. Rapports d'autorité

Placée au sommet de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation doit veiller à l'unification du droit en mettant bon ordre à l'activité des juridictions du fond.

Pour éviter les écarts, elle dispose tout d'abord, et s'agissant de l'espèce sur laquelle elle statue, de *procédés contraignants*.

Au nombre de ces procédés, figurent dans le désordre :

- la cassation sans renvoi en cas de cassation¹⁷,
- la substitution de motifs¹⁸ ou le recours au procédé du motif erroné mais surabondant en cas de rejet¹⁹,
- L'irrecevabilité du pourvoi contre l'arrêt de renvoi qui se conforme à la doctrine de l'arrêt de cassation²⁰,
- L'obligation pour la seconde juridiction de renvoi de se soumettre à l'arrêt de l'assemblée plénière rendu sur le second pourvoi²¹.

Au delà de l'espèce sur laquelle elle statue, elle dispose de procédés dissuasifs. Relevons :

- l'*obiter dictum* qui révèle toujours la volonté très arrêtée de fixer le droit dans un certain sens²²,
- la réunion à titre préventif d'une formation élevée – assemblée plénière ou chambre mixte²³,
- la procédure d'avis en ce qu'elle relève elle aussi d'une formation élevée : elle procède normalement d'une initiative d'un juge du fond ; l'initiative peut toutefois être suscitée, ne serait - ce que par le truchement du ministère public²⁴.

Mais l'essentiel des moyens dont la Cour de cassation dispose à l'égard des juges du fond ont une caractéristique : ils ne sont que *persuasifs*.

En effet, même si les juridictions s'insèrent dans une organisation dominée par le principe de hiérarchie, les juges du fond restent libres de leurs décisions. Il est hautement souhaitable qu'ils se conforment à la doctrine de la Cour de cassation. Mais il leur est permis d'y résister. Certaines de ces résistances sont le fait de l'ignorance, de l'inadvertance ou de l'inexpérience. La Cour de cassation les réprime bien sûr. Mais d'autres sont le fruit de la réflexion. Elles aident à la formation du droit prétorien en mettant à l'épreuve la doctrine de la

¹⁷ Art. 627 du NCPC ; Civ. 1, 16 mars 1999, D.1999, IR. 101 ; JCP 1999.IV.1895 ; v. pour une cassation sans renvoi ne portant que sur l'un des chefs ayant fait l'objet de la cassation : Civ. 1, 12 janvier 1999, Bull.inf.C.cass.n°492, p.540.

¹⁸ Art.620 du NCPC ; A. PERDRIAU, *J.Cl. proc.civ.* ; fasc.796,n° 58 & s.

¹⁹ Art.620 du NCPC ; O.RENARD-PAYEN, *J.Cl.proc.civ.*,fasc.798,n° 80.

²⁰ Ass.plén., 9 juillet 1993, B. n°13 p.21 ; Com. ; 12 janvier 1988, Bull. IV n°12, p.9.

²¹ Art.L.131-4, § 2 du Code de l'organisation judiciaire.

²² Sur la définition de l'*obiter dictum*, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1998, v° *obiter dictum* ; et sur la pratique de l'*obiter dictum*, Ph. MALAURIE, *Droit civil, Introduction générale*, Cujas, 1991, n°853, p.246 ; à noter que l'*obiter dictum* est parfois difficile à comprendre, sauf à être initié (A.PERDRIAU, « *La fonction du juge est de juger* », à propos de Com., 15 décembre 1998, G.P., 30 avril – 1^{er} mai 1999, p. 2).

²³ Art. L.131-2 et L.131-3 du Code de l'organisation judiciaire.

²⁴ Art.L.151-1, L.152-2 et R.151-1 du Code de l'organisation judiciaire.

Cour de cassation. Elles sont alors admises comme légitimes²⁵. Partant, un dialogue se noue avec les juridictions du fond. Et la tâche essentielle de la Cour de cassation est alors de persuader. Des générations se sont interrogées sur les ressorts intimes des juges du fond. Crainte d'une censure (la cassation est mal vécue), esprit de discipline ou de corps (le respect de la hiérarchie fait son œuvre), volonté d'aller vite (on règle le dossier plus qu'on ne juge), dynamique de l'exemple, effet subversif de la mémoire, souci de la cohérence du système, primat du principe d'égalité, ou adhésion intellectuelle, soit à raison de la rectitude juridique de la solution, soit à raison de la pertinence de ses effets ? Qui pourra dire jamais ce qui, au tréfonds des consciences, détermine les juges du fond à se plier à la doctrine de la Cour de cassation ? Quoi qu'il en soit, il faut user de persuasion. Mais comment convaincre ? Deux questions se posent aussitôt.

La première touche à la *rédaction de l'arrêt*²⁶. C'est un débat que la Cour de cassation a toujours évité. A terme, il paraît pourtant inéluctable²⁷. La Cour de cassation cultive la concision. Il est permis de dire plus que jamais²⁸. Ainsi la règle reste souvent implicite²⁹. Quand elle est révélée, elle l'est sous une forme aussi ramassée que possible. Il est rare, une fois la règle posée, que ses contours soient dessinés avec précision. L'arrêt pêche souvent par approximation quant au champ d'application de la règle³⁰. Il est fréquent enfin que l'arrêt fasse silence sur son fondement. Lorsque la Cour de cassation consent à s'en expliquer - elle s'y résout de temps à autres -, elle le fait sur la base d'arguments tirés de l'exégèse des textes ou de la logique formelle. Autant dire que souvent, elle tait les véritables raisons de la solution. Pour convaincre, il faut expliquer. L'adhésion porte, non pas tant sur la solution proprement dite que sur les raisons qui la sous-tendent. Privé de tout appareil, l'arrêt de la Cour de cassation peut difficilement inciter le lecteur à adhérer à ce que la cour a voulu. Il devrait être conçu pour emporter la conviction. Ce n'est qu'un acte d'autorité.

Sachant néanmoins qu'ils doivent convaincre, les magistrats, en retour, éprouvent le *besoin de s'exprimer*. Ils empruntent des voies traditionnelles. Ceux qui ont le goût d'écrire font paraître notes et commentaires. On publie les travaux préparatoires à l'arrêt : la note du rapporteur et les conclusions de l'avocat général. Les modes traditionnels de communication évoluent. Lors de sa publication - le principe même de la publication a une signification

²⁵ J.-L. AUBERT, O. BOUILLANE de LACOSTE, A. ORIOL et C. CHOUCROY, à propos de « la résistance des juges du fond », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1993, p.181-203.

²⁶ A PERDRIAU, « La portée doctrinale des arrêts de la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de cassation pour 1990*, La documentation française, 1991, p.59.

²⁷ A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTDC*, 1974.487.

²⁸ La réponse que l'Assemblée plénière apporte au moyen, dans son arrêt du 5 février 1999, relatif au fonctionnement de la COB, tient en moins de 70 mots. Elle ne vise ni principe, ni texte, ni aucun instrument international. Et la règle s'induit simplement de la description d'ailleurs très sobre du comportement qu'elle stigmatise (Ass. Plén., 5 février 1999, *Bull.inf.C.cass.*, 15 avril 1999, p. 3, concl. LAFORTUNE, rapp. METIVET) : « Mais attendu que l'arrêt relève que l'un des membres de la Commission, nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits, avec le concours des services administratifs, et à toutes investigations utiles ; que c'est, dès lors, à bon droit, que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif, a justifié sa décision. »

²⁹ Ex., parmi d'autres, Civ. 2, 19 mars 1997, *Bull. II*, n° 88, p.49, à propos de la responsabilité d'un compétiteur à l'égard d'un autre compétiteur (ici course de chevaux au trot).

³⁰ D'une manière générale, la détermination du champ d'application de la règle donne lieu à beaucoup d'hésitation. Parfois, l'incertitude momentanée est inévitable. Ex : les tâtonnements s'agissant de la responsabilité du fait d'autrui (P. JOURDAIN, obs. sous Civ. 2, 25 février 1998, *RTDC*, 1998.388). En d'autres cas, elle est le fait d'approximations. Ex. : les règles de l'arbitrage dont P. MAYER écrit « *L'emploi par les arrêts des mots « en matière d'arbitrage international », ne doit pas abuser : très souvent, la solution n'est pas spécifique, ou ne l'est que provisoirement* » (*RCDIP*, 1999.95, sous Civ. 1, 3 juin 1997).

doctrinale -, l'arrêt est accompagné d'abstrats et de sommaires, appelés à l'introduire, et de références, appelées à le situer dans les lignées jurisprudentielles. Depuis quelques années, l'appareil est plus précis, plus nourri, plus explicite aussi. Une hiérarchie est établie entre les arrêts publiés : si tous sont dignes d'être remarqués, certains sont diffusés sur le champ, cependant qu'un petit nombre, triés sur le volet, sont destinés à connaître les honneurs du rapport public. Enfin, la Cour de cassation livre dans son rapport annuel, sans retenue cette fois, et de manière solennelle et officielle, les raisons profondes de l'arrêt. Ainsi, l'arrêt est l'occasion de toutes sortes d'écrits adventices qui pallient sa trop grande sobriété, et ce, en définitive, pour mieux convaincre. Mais beaucoup rêvent de canons moins rigoureux qui permettraient à l'arrêt d'accueillir toutes ces informations – qu'il faut aujourd'hui glaner ailleurs – dans le but de faciliter la compréhension de la décision, d'asseoir son autorité, et d'assurer plus facilement l'unification du droit.

Un deuxième point doit être évoqué : il a trait à *l'autorité de la jurisprudence*, et pour être plus précis à son érosion.

Erosion sous l'effet du temps : dans certains domaines, la durée de vie d'une jurisprudence est excessivement courte : cinq ans ? dix ans ? D'une génération à l'autre, les magistrats perdent la mémoire, sinon des règles elles-mêmes, du moins de la raison d'être des règles. Erosion due à l'espace : le précédent émanant d'une chambre manque de force aux yeux des magistrats appartenant à une autre formation. Erosion liée au dépérissement de l'idée de constance : on préfère être juste ou répondre aux attentes du temps que d'être stable. Erosion imputable aux hésitations, aux maladresses voire aux désordres de la création jurisprudentielle³¹.

Comment les juges du fond pourraient-ils être enclins à se conformer aux directives de la Cour de cassation s'ils la voient peu respectueuse de ses propos précédents, s'ils la devinent mal assurée quant à ses convictions, traversée par le doute, ou s'ils pressentent que le parti contraire peut trouver un jour ou l'autre un écho favorable, chez tel ou tel magistrat, ou au sein de telle ou telle formation, et qu'ils peuvent donc raisonnablement tenter d'inverser le cours des choses ?

Bref, si l'on voulait œuvrer plus efficacement en direction de l'unification du droit au sein de l'ordre judiciaire, il faudrait tout d'abord que les destinataires de la règle jurisprudentielle puissent mieux la comprendre, ce qui supposerait un réexamen des techniques de rédaction des arrêts³². Il faudrait ensuite que la jurisprudence soit plus stable qu'elle ne l'est, ce qui impliquerait sans doute un respect accru du précédent, ainsi qu'une meilleure maîtrise des procédés de création jurisprudentielle, et notamment du revirement de jurisprudence.

Mais si l'une des préoccupations majeures de la Cour de cassation est de se faire comprendre et obéir, car ses rapports avec les autres prennent traditionnellement la forme de rapports d'autorité, elle est placée, elle aussi, à son tour, depuis 40 ans, dans une position de subordination. Et ce lien de subordination pèse inévitablement sur ses méthodes.

³¹ A titre d'utilisation, sur l'analyse par la doctrine – le cas échéant les magistrats ou les praticiens – des phénomènes de stabilité ou de continuité, en matière jurisprudentielle, A. HERVIEU « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989.257 ; J. HERON, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ*, 1993.1083 ; *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, la documentation française, 1993 ; Cpr, Les avant-propos de la deuxième et de la troisième édition de B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 1992 et Paris, Dalloz, 1998.

³² Au moins des arrêts importants, par exemple, ceux qui ont les honneurs du rapport annuel puisque d'ores et déjà, par le truchement du rapport, les véritables raisons de la décision rendue sont livrées au public.

B. Rapports de subordination

1. *La Cour de cassation doit tout d'abord se conformer aux décisions du Conseil constitutionnel et appliquer les règles du droit constitutionnel.*

A cet égard, trois observations peuvent être faites.

a. En premier lieu, les liens sont *lâches*, et les risques de conflits réduits. En raison de la généralité de la règle constitutionnelle, tout d'abord. La distance est trop grande entre les règles constitutionnelles, toujours élaborées à partir de modèles abstraits, et le travail quotidien du juge judiciaire, fût-il de cassation, toujours frotté d'hypothèses concrètes. En raison de l'objet de la règle constitutionnelle aussi. Même si toutes les disciplines du droit privé s'enracinent, peu ou prou, dans le droit constitutionnel, le Conseil est prudent. Les règles qu'il fixe se bornent, la plupart du temps, à un noyau dur, sur lequel tout le monde s'accorde. Il respecte les disciplines qu'il est censé dominer plus qu'il ne les bouscule³³. Et la Cour de cassation peut s'en accommoder sans effort.

b. En deuxième lieu, il est permis de dire que la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas reçue, formellement au moins, comme une norme. A preuve, les décisions du Conseil ne sont pas citées ou même simplement visées. En réalité, la jurisprudence constitutionnelle est perçue par la Cour de cassation comme une *autorité*. En pratique, il est vrai, la Cour de cassation se conforme souvent aux décisions du Conseil³⁴ ou s'en inspire étroitement³⁵. Mais le cas échéant, elle s'arroge le droit de s'en écarter ou de les ignorer³⁶. Pour l'essentiel, c'est plus pour la Cour de cassation une source d'inspiration, un patronage prestigieux, une manière de jeter une lumière nouvelle sur un principe ancien, qu'une véritable contrainte.

c. En troisième lieu, et corrélativement, en l'absence de jurisprudence de la part du Conseil, la Cour de cassation participe à l'élaboration du droit constitutionnel. On rencontre, ponctuellement, une *jurisprudence judiciaire* en matière de droit constitutionnel³⁷. C'est un facteur d'unité car le rattachement des solutions au droit constitutionnel favorise la cohérence. Mais ce peut être un ferment de discorde : des lectures divergentes de la Constitution peuvent le cas échéant surgir³⁸.

³³ N. MOLFESSIS, "Les sources constitutionnelles" in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, LGDJ 1997, n° 56 p. 107; B. MATHIEU, "Droit constitutionnel - droit civil : de vieilles outres pour un vin nouveau", *RTDC*, 1994, 59-66; v. cependant, pour une avancée du Conseil constitutionnel, à propos de la liberté de disposer, attribut du propriétaire : C.C., D.C. n° 98-403, 29 juillet 1998, JO 31 juillet 1998, p. 11710, *RTDC* 1998. 799, obs. N. MOLFESSIS, *RTDC* 1999, 132 & 136, obs. F. ZENATI.

³⁴ Par ex., Ch. mixte, 25 mai 1975, *D.* 1975. 497, concl. A. TOUFFAIT, relativement à la prééminence des traités sur la loi; v. aussi, Ch. mixte, 15 décembre 1988, *D.* 1989, 189, concl. JEOL, relativement aux perquisitions de l'administration fiscale.

³⁵ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel du droit privé*, LGDJ, 1998, n° 669 et s., p. 626 et s.

³⁶ Ass. plén., 19 mai 1978, *D.*, 1978. 541_Le Conseil constitutionnel du droit privé, LGDJ, 1998, n° 669 & s., p. 626 & s.

³⁶ Ass. plén., 19 mai 1978, *D.*, 1978. 541, concl. SCHMELCK, note Ph. ARDANT; Soc., 9 novembre 1982, *D.* 1983, 531, note H. SINAY; JCP 1983. II. 1995, concl. GAUTHIER; Soc., 3 mai 1984, arrêt n° 1145, pourvoi n° 82-40.536. Et ce, nonobstant l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 relatif à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel.

³⁷ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1998, n° 675 et s., p. 530 et s.; M. FRANGI, *Constitution et droit privé*, Economica, 1992.

³⁸ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel du droit privé*, LGDJ, 1988, n° 684 et 685, p. 536 et 537. Sur des exemples, donnés par N. MOLFESSIS, de risques de divergences : à propos du droit de grève : Soc., 4 novembre 1992, *Bull.* V n° 529, p.335 ; à propos du droit de propriété : Civ. 1, 4 janvier

2. *La Cour de cassation s'incline devant la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, et applique les règles du droit communautaire.*

Quatre points méritent d'être signalés.

a. En premier lieu, les rapports entre la Cour de cassation et le droit communautaire sont *constants*.

b. En deuxième lieu, ils sont placés sous le signe de la *discipline*. Qu'il s'agisse du Traité de Rome ou du droit dérivé, la Cour de cassation n'hésite pas à rappeler à l'ordre les juges du fond qui oublient le droit communautaire ou répugnent à l'appliquer : nombre de cassations sont fondées sur la violation du droit communautaire. La jurisprudence de la Cour est traitée comme une norme. La Cour de cassation se refuse depuis toujours à citer sa propre jurisprudence. Et voilà qu'elle vise, cite, analyse, reproduit parfois longuement les arrêts de la Cour, comme elle le ferait d'un texte³⁹. Le cas échéant, bonne fille, et malgré qu'elle en ait en son for intérieur, elle évolue au fil des allers et retours de la Cour de justice, en épousant ses remords ou ses repentirs. L'attitude de la Cour de cassation, à propos de l'obligation de restituer les taxes indûment perçues, est de ce point de vue exemplaire⁴⁰. Au besoin, si elle doute de la pertinence de ses initiatives, elle s'efface, pour mettre les juges du fond en contact direct avec le droit communautaire, comme elle l'a fait à propos de la définition du médicament⁴¹.

c. En troisième lieu, ces arrêts témoignent d'une *participation active* à la réalisation du droit communautaire. A titre d'exemple, en cas de transposition des directives, elle pourchasse vigoureusement les règles du droit interne qu'elle juge incompatibles avec les directives⁴². Le cas échéant, et si c'est l'intérêt bien compris de l'ordre communautaire, elle presse le pas, remodèle par avance le droit interne pour faciliter la réception future de la directive⁴³.

d. Mais – et c'est le quatrième point – elle se reconnaît exceptionnellement un droit de *remontrance*. Ainsi, tout récemment, à propos de la définition du lieu d'exécution, et s'agissant de la Convention de Bruxelles, elle n'a pas hésité, marquant ses réserves, à poser une question préjudicielle, alors que la jurisprudence de la Cour est parfaitement fixée, pour l'inviter ouvertement à infléchir le droit positif dans un autre sens⁴⁴. Mais elle use de ce droit avec une grande modération. Et, à bien y réfléchir, c'est encore une manière de tendre à l'unification du droit que d'inviter la Cour à réexaminer une règle, pour l'abandonner ou la consolider définitivement.

1995, *Bull.* I n°4, p.2; *RTDC*, 1996.932, obs. F. ZENATI; à propos des droits de la défense: Ass. plén., 30 juin 1995, *Bull.* n° 4 p.7; *D.* 1995, 513, concl. JEOL, note R. DRAGO, *JCP* 1995.II.22478, concl. JEOL, note A. PERDRIAU.

³⁹ "La CJCE a dit pour droit", rappelle la Cour de cassation dans ses arrêts.

⁴⁰ V. sur la jurisprudence dite "Post - FANTASK" : Com., 7 avril 1998, Europe, juillet 1998, n° 229; Com., 6 octobre 1998, Europe, décembre 1998, n°395, *D.* 1998, 240; v. sur les linéaments de la jurisprudence de la CJCE, M. PETRI et D. SIMON, "La jurisprudence en matière de répétition de l'indû : confirmation, précisions, infléchissements?", *Europe*, novembre 1998, p.4-5.

⁴¹ Ass. plén., 6 mars 1992, *Bull.* n° 2, p.3.

⁴² Civ.1, 9 juillet 1996, *Bull.* I n° 304, p.211; *RTDC*, 1997.146, obs. J. Mestre.

⁴³ Civ.1, 17 janvier 1995, *Bull.* I n° 43, p. 30; Civ.1, 3 mars 1998, *Bull.* I n° 95, p. 63; *JCP* 1998.II.1049, rapp. P. SARGOS; Civ.1, 28 avril 1998, *Bull.* I n°158, p. 104; *RTDC*, 1998.684, obs. J. MESTRE.

⁴⁴ Com., 9 décembre 1997, *RCDIP*, 1998. 117, rapport REMERY : "...Il apparaît cependant opportun - énonce la Cour de cassation - de poser à la Cour de justice une question préjudicielle afin de savoir si ne pourrait être retenue une solution communautaire autonome...".

3. *Enfin, la Cour de cassation doit compter avec la Convention européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme.*

Les rapports avec la Cour européenne des droits de l'homme sont *complexes*. Il est même permis de dire qu'ils sont parfois tumultueux. Au *fond*, la juridiction française s'efforce certes de respecter la jurisprudence européenne. Il lui arrive même de s'incliner, sans renâcler, alors qu'elle a solennellement affirmé la solution contraire quelque mois plus tôt - comme dans l'affaire du transsexualisme⁴⁵. Mais à l'opposé, elle peut en d'autres circonstances entrer ouvertement en rébellion - comme à propos du droit à réparation des transfusés⁴⁶. Entre ces deux positions extrêmes, toutes les variations sont possibles. Elle peut donner l'impression de s'incliner tout en résistant secrètement⁴⁷, ou bien laisser à penser au contraire qu'elle refuse de rentrer dans le rang, tout en faisant des concessions⁴⁸, ou encore se donner l'élégance d'aller au-delà de ce qu'exige la Cour elle-même⁴⁹. Il y a donc des incompréhensions⁵⁰. Mais il faut dire que les deux institutions sont conduites, par la force des choses, à des approches distinctes. Là où la Cour européenne, libre de ses mouvements, juge d'une espèce, en fait et en droit, souvent en faisant prédominer l'analyse factuelle, la Cour de cassation, liée par les constatations de fait des juges du fond, est tenue légalement de se déterminer au vu d'une règle abstraite, dépouillée de ses aspects factuels au point que, parfois, elle n'a pas d'autre choix que de s'écarter des critères de la Cour européenne, pour respecter, au moins dans son esprit, la jurisprudence de la Cour. En la *forme*, elle ne cite jamais la jurisprudence de la Cour, sauf à consentir exceptionnellement à y faire allusion⁵¹. Et si elle le peut, autrement dit si elle est en mesure de trouver dans l'arsenal interne le moyen de se justifier, elle néglige délibérément la norme issue de l'interprétation de la Cour⁵².

En revanche, la Cour de cassation est beaucoup plus à l'aise avec la Convention. Elle la vise souvent, dans ses arrêts récents, pour y adosser ses décisions, que le visa de la convention soit couplé ou non avec un texte interne. Mieux, lorsqu'elle est libre de son interprétation, elle peut redoubler d'*audace*. Ainsi, à propos du droit au respect de la vie privée, elle a admis tout à la fois que la Convention pouvait faire naître une obligation positive, donc une obligation de faire, et qu'elle produisait un effet horizontal, bref qu'elle concernait aussi les rapports entre personnes privées⁵³. Récemment, elle a pris le parti de

⁴⁵ Ass. plén., 11 décembre 1992, *Bull.* n° 13, p. 27; *JCP* 1993.II.21991, concl. JEOL; *RTDC*, 1993.97, obs. J. HAUSER.

⁴⁶ Ass. plén., 6 juin 1997, *Bull.* n°8, p.20; *Bull. inf. C. Cass.* N° 459, p. 5, concl. TATU, note DORLY; *RTDC*, 1998.518; v.ég. : *Crim.*, 19 janvier 1994, *B.* n° 27, p. 50; *Crim.*, 15 février 1994, *B.* n° 66, p. 139, à propos de la "mise en état" d'examen du pourvoi en cassation; *Civ.1*, 25 juin 1996, *Bull.* I n° 26, p. 189; *JCP* 1997.II.22834, note Ph. MALAURIE, à propos des droits successoraux de l'enfant adultérin.

⁴⁷ Par ex., s'agissant des écoutes téléphoniques, CEDH, 24 août 1998, Lambert c/ France, *JCP* 1999.1.105, n° 45.

⁴⁸ *Crim.*, 15 mai 1990, *B.* n° 195, p.496; *Crim.*, 24 avril 1990, *D.* 1990, 353, note J. PRADEL.

⁴⁹ Ass. plén., 6 novembre 1998, *RTDC*. 1999. 177, obs. NORMAND; *JCP* 1998.II.10198, rapp. P. SARGOS et *D.* 1999.1., concl. J.-F. BURGELIN.

⁵⁰ Il est douteux qu'elles se tarissent, sachant par exemple que la CEDH exerce un contrôle sur la motivation des décisions de justice (CEDH, 19 février 1998, Higgins c/ France, *RTDC* 1999.516, obs. J.-P. MARGUENAUD), ou sachant l'usage qui peut être fait du principe de non discrimination (art. 14 de la Convention) ou encore de la protection due aux créances (art.1er du Protocole additionnel n°1); v. à titre d'exemple, et sur ce dernier point, C. LALAUT, "*Le contrat et la convention européenne des droits de l'homme*", *GP*, 7 et 8 mai 1999, p.2-12.

⁵¹ *Civ.1*, 12 juillet 1989, *Bull.* I n° 288, p. 191; *Civ.1*, 4 février 1997, *Bull.* I n° 43, p.28; *Com.*, 29 avril 1997, *Bull.* IV n° 110, p.96; *Soc.*, 14 janvier 1999, *JCP* 1999.II.10082, note F. SUDRE.

⁵² Ass. plén., 30 juin 1995, *Bull.* n° 4 p.7.

⁵³ *Civ.* 3, 6 mars 1996, *Bull.* III n° 60, p.41; *RTDC* 1996.1024, obs. J.-P. MARGUENAUD.

relever d'office un moyen tiré de la violation de la Convention⁵⁴. De même, elle recourt sans hésitation aux dispositions de la Convention, pour refouler une décision étrangère sous le couvert de l'exception d'ordre public, en considérant qu'elle ne peut s'insérer dans l'ordre juridique français, soit pour des raisons de fond, soit pour des raisons de procédure⁵⁵. Au total, l'existence de la Convention et l'intervention de la Cour sont incontestablement des facteurs de progrès. En revanche, l'unification est souvent malmenée. A tout le moins, faut-il admettre qu'en ce domaine, l'unification n'est pas une préoccupation majeure.

C. *Rapports de juxtaposition*

Il est désormais possible d'aborder le dernier cas de figure. La Cour de cassation peut n'être assujettie à aucune contrainte d'ordre juridique. Et pourtant, elle est parfois conduite à prendre en compte dans son travail d'élaboration du droit, et dans un but d'unification, les règles forgées par d'autres.

On peut le comprendre en présence de *liens institutionnels*, spécialement lorsque les institutions ou les règles en présence relèvent du *même ordre juridique*. Ainsi, de temps à autres, la Cour de cassation s'inquiète de ce que peut décider le Conseil d'Etat, sur des questions identiques, éventuellement sur des questions voisines⁵⁶. Même si elle se réserve jalousement la faculté de dire le droit en toute liberté, la Cour de cassation admet qu'on puisse prendre en compte la doctrine des autorités administratives indépendantes, de la Commission des clauses abusives par exemple⁵⁷. Tout est question d'espèce. Mais la démarche procède indubitablement du souci de contribuer à l'homogénéité de l'ordre juridique, nonobstant l'éparpillement des institutions participant à la « fabrication » des normes.

Une observation de même nature peut être faite, dans le cadre d'ordres juridiques distincts, mais liés par des *normes communes*. C'est l'hypothèse des conventions internationales. L'intérêt porté aux interprétations dégagées par les autres parties à la convention se laisse rarement constater. Mais il est acquis qu'on ne peut pas fixer l'interprétation d'une convention, telle que la Convention de Vienne sur la vente, sans chercher à savoir ce qui a pu se dire, à l'étranger, sur son sens et sa portée⁵⁸. A terme, cette démarche devrait d'ailleurs devenir systématique. Plus remarquable encore : l'ouverture aux autres, dans un souci d'uniformisation, non seulement en dehors de toute référence à l'idée d'ordre juridique, mais également en *l'absence de liens institutionnels*. En fait, c'est la configuration la plus pure. Tout rapprochement postule en effet, de la part de la Cour de cassation, une volonté réelle d'unifier, puisque, en dehors des raisons qui tiennent à la pertinence de la règle, aucune obligation ni incitation d'aucune sorte ne pèse sur sa décision, sinon le souci d'unité. C'est là un champ d'expérimentation pratiquement infini. Bornons-nous à quelques exemples. Convergence avec le droit étranger : le droit des Etats-Unis, par

⁵⁴ Soc., 14 janvier 1999.II.10082, note F. SUDRE.

⁵⁵ J.-P. MARGUENAUD, *RTDC* 1998.520, à propos des répudiations unilatérales et à propos d'un régime matrimonial du droit suisse; v. également. : G. DROZ, sous Civ.1, 24 février 1998 *RCDIP* 1998.637; *JDI*, 1998.730, note E. KERCKHOVE; v. également, en matière de procédure cette fois, Civ.1, 16 mars 1999, *D.* 1999.IR.101; *JCP* 1999.IV.1895, visant le droit de chacun d'accéder au juge, tel que consacré par l'article 6 de la CEDH, et précisant que ce droit relève de l'ordre public international.

⁵⁶ Sur l'emprunt par la Cour de cassation, à titre d'exemple, du régime des décisions tel qu'élaboré par le Conseil d'Etat : Soc., 26 juin 1991, *Bull.* V n° 300, p. 183; Soc., 5 mars 1992, *Bull.* V. n° 164, p.101.

⁵⁷ Civ.1, 7 juillet 1998, *Bull.* I n° 240, p.167; *D.* 1999, som. Com.111, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁵⁸ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2ème éd., n° 55, p. 45 ("La source conventionnelle des règles incite en même temps à se préoccuper d'une interprétation uniforme")

exemple, pour l'immunité d'exécution des Etats étrangers⁵⁹. Convergence avec une règle issue d'une convention internationale propre au commerce international, tel que le droit de résiliation unilatérale du contrat⁶⁰. Convergence avec les solutions généralement admises dans le droit du commerce international, tel que les effets attribués au silence⁶¹. Convergence avec les principes ou les règles communes qu'élabore ou découvre la doctrine, officieusement ou sur la demande d'une institution, dans le but d'uniformiser les droits ou de faciliter les rapprochements⁶². Même peu nombreux, ces exemples sont significatifs du rôle que peut jouer, dans la formation ou l'évolution des règles, la volonté de la Cour de cassation d'unifier le droit.

Ainsi, l'unification du droit au sein de la Cour de cassation est plus que jamais à l'ordre du jour. Mais l'on pressent bien que les mots ne recouvrent plus les mêmes réalités. De plus en plus fréquemment, en effet, l'unification suppose le recours à des techniques aussi variées que sophistiquées. Au point d'en donner le vertige. Qu'il suffise d'évoquer les chevauchements de normes : il n'est pas rare qu'une question relève d'une règle constitutionnelle, du Pacte sur les droits civils et politiques, de la Convention européenne des droits de l'homme, d'un texte législatif ou réglementaire qui, plus subalterne, a néanmoins son mot à dire. Qu'on songe aussi aux chevauchements d'interprétation, inévitables, qui vont se multiplier : dès maintenant, et s'agissant de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, quatre instances ou types d'instances coexistent : la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des communautés européennes, les Cours suprêmes françaises, les Cours suprêmes étrangères. De surcroît, sans grand effort, on peut aisément imaginer le rôle que peuvent être appelés à jouer le droit comparé, et plus ponctuellement tel ou tel droit étranger. D'ores et déjà, il sera utile de mettre sur pied une méthodologie rigoureuse. Mais en toute hypothèse, quoi qu'on fasse, il est assuré que l'unification du droit, qui n'a déjà plus rien de commun avec l'unification d'hier, sera demain un exercice de haute volée.

⁵⁹ Civ. 1, 1er octobre 1985, Sonatrach, *DCDIP* 1986.329, note B. AUDIT; *GADIP*, 3ème éd., n° 64, p. 505 : art. 1610-a-2 du Code des Etats-Unis issu du Sovereign Immunity Act de 1976, *RCDIP*, 1978.396.

⁶⁰ Civ.1, 13 octobre 1998, *D.* 1999, 197, note Ch. JAMIN ; *RTDC* 1998.1008, obs. J. RAYNARD (art. 49 de la Convention de Vienne sur la vente internationale).

⁶¹ Sur l'évolution du droit français à propos du silence, v. par ex. : Com., 26 mai 1987, *Bull.* IV n°128, p.97; Civ.1, 12 janvier 1988, *Bull.* I n°8, p.6; Civ.1, 3 juin 1997, *RCDIP* 1999.92, note P. MAYER.

⁶² Civ.1, 13 octobre 1998, *D.* 1999, 197, note Ch. JAMIN; *RTDC*, 1998.1008, obs. J. RAYNARD (art. 7.3.1 des Principes Unidroit et 4.303 des Principes du droit européen des contrats – Pr. LANDO).