

Les techniques de construction des arrêts des chambres sociales des cours d'appel et de la cour de cassation confrontées aux mutations du droit du travail

Les juges entre application de la loi et réflexion sur le droit

Le nouveau code du travail en vigueur depuis le 1^o mai 2008 avait fait l'objet de critiques au moment de sa publication, surtout parce qu'il était présenté comme annonçant une période d'incertitude juridique.

Il est permis de retrouver ici ce que les auteurs appellent la crise de la loi.

Tout système normatif doit, pourtant, être fiable, garantir la sécurité juridique tout en s'adaptant à la réalité.

Le système judiciaire français est traditionnellement construit sur le postulat de la primauté de la loi et sur des syllogismes qui excluent toute référence extérieure à la loi. L'insuffisance conceptuelle de la construction officielle des arrêts a été à l'origine de l'intérêt accru porté aux rapports des conseillers rapporteurs et aux conclusions des avocats généraux.

Le système actuel de pensée et de prise de décision des chambres sociales des cours d'appel et de la cour de cassation garantit-il que les objectifs de sécurité, d'adaptation et de lisibilité seront atteints.?

** *

Les sociétés modernes confrontées à des causalités non linéaires, elles-mêmes difficiles à intégrer dans des systèmes épistémologiques classiques et à concilier avec la notion même de loi, utilisent la loi comme un instrument de régulation du social. La loi est, donc, conjoncturelle; l'exigence de sa perfection technique et normative est secondaire à celle de son efficacité.

Le monde n'est plus platonicien; l'organisation de la société, l'art du gouvernement ne consistent pas à respecter l'ordre des choses, la loi naturelle ou humaine, mais à combiner des forces au sein de structures institutionnelles. La régulation par les institutions et, donc, par le droit tend aujourd'hui vers plusieurs objectifs: la régularité dans la durée, le maintien d'un équilibre global à partir de déséquilibres partiels, la capacité de résister, dans certaines limites, aux perturbations. Nous trouvons ici l'ajustement de divers éléments étrangers les uns aux autres (les phénomènes économiques, sociologiques, institutionnels) ainsi que la valorisation de l'action socio-politique. A ces qualités, les acteurs économiques et sociaux, les professionnels du droit en demandent une autre: la fiabilité qui permet la prévision et l'anticipation des risques.

En d'autres termes, il s'agit, tout en constatant le recours par les gouvernants au concept de régulation par le droit, concept qui permet l'adaptation au marché et la compétitivité, de garantir la sécurité des rapports économiques et sociaux. Les changements de la loi doivent s'accompagner de la stabilité du système normatif. Penser le changement dans la sécurité et la gestion des phénomènes complexes avec des outils utilisables par le plus grand nombre; voici quel est l'obligation de tout système productif de norme.

Face au paradigme de la régulation et à des pratiques régulatrices, le système judiciaire, en ce qu'il est lui-même, producteur de normes doit adapter en conséquence ses modes de pensée, de construction de ses décisions.

* * *

Si la réalité est complexe et si les processus décisionnels ne peuvent, sous peine d'être inadaptés à cette réalité, que traduire, même a minima, cette complexité, comment penser l'acte de juger?

Si le "juriste du travail ne doit pas se fermer à ce que par exemple l'histoire, la sociologie, ou l'économie ont à dire sur le travail, et sur la manière dont elles fondent des pratiques de gestion des "ressources humaines"¹, le juge doit apporter son "art du procès" selon la formule de Alain Supiot, c'est à dire rechercher le point de Capiton sur lequel les sciences particulières qui ont leur langage et leurs techniques particulières, voire réductrices, vont rencontrer la réalité sociale qui est faite de complexité et de récursivité. C'est à l'occasion de cette rencontre et par la façon qu'aura le juge d'apporter des solutions claires en intégrant le maximum d'éléments fondateurs de sa décision que sera reconnue sa plus ou moins grande capacité à garantir, tout à la fois, la sécurité et l'adaptabilité d'un droit instable par nature et par nécessité politique. La fonction du juge pourrait, alors, de garantir la stabilité du système juridique dans un environnement juridique instable.

Aujourd'hui, comment en présence d'une norme législative ou réglementaire mouvante, moins fiable, plus floue, moins facilement déterminable, s'articulent les pratiques des juridictions du fond et de la cour de cassation? Comment la logique constructive de la jurisprudence qui s'est faite sur le dogme de l'infailibilité et de la suprématie de la loi survivra t'elle à la crise de la loi?

L'étude des arrêts de la chambre sociale de la cour de cassation fait apparaître un recours quasi exclusif à la déduction, au syllogisme; l'étude des arrêts des chambres sociales des cours d'appel fait apparaître un recours affiché ou caché mais, toujours présent, au dialogisme (la référence en amont à la jurisprudence de la cour de cassation). Les points communs de ces pratiques sont la référence à la loi et l'absence de "justification externe" (les considérations économiques, pratiques, la cohérence interne du raisonnement, la

¹A. Supiot, op. Précité p 263

validité des prémisses normatives, la discussion des arguments de la doctrine...); les cours d'appel y ajoutent, donc, comme référence la jurisprudence de la cour de cassation. La jurisprudence présente, donc, une logique toute entière bâtie sur la primauté de la loi dont le juge n'est que le porte parole.

Toutefois, le fonctionnement interne de la cour de cassation montre qu'à travers le recours au raisonnement discursif des rapports des conseillers rapporteurs et des conclusions des avocats généraux, ont été mises en place les conditions d'une véritable herméneutique des décisions caractérisée par l'étendue et la complexité de son champ réflexif qui dépasse la seule application de la loi.

Cette constatation qui est la marque des limites du système argumentatif affiché de la jurisprudence incite à poser la question de l'opportunité d'une mise en cause du système argumentatif lui-même dans un contexte de crise de la loi.

* * *

M. Lasser², à partir d'une analyse critique du système judiciaire français de John Dawson,³ a bien analysé dans quelle mesure la forme de l'arrêt de cassation, par son laconisme, sa référence presque exclusive au texte appliqué, a pour but affiché de démontrer "la suprématie du Législateur et la soumission parfaite du juge au pouvoir législatif." Cette "forme rigide" tend pour Dawson à empêcher l'institution judiciaire française d'élaborer des solutions téléologiques, réalistes, pragmatiques. Pour M. Lasser ce portrait officiel est, d'abord, fondé sur des textes fondateurs du rôle du juge.⁴ Mais, surtout, c'est la forme de l'arrêt civil de cassation qui est, pour lui, l'élément le plus important. M. Lasser constate que l'arrêt "présente une image de sa propre production", un "autoportrait judiciaire". Reprenant Mimin, M. Lasser rappelle qu' "en France, les décisions judiciaires sont coulées dans un moule connu... l'arrêt consiste en une phrase unique, normalement très brève, prenant la forme du syllogisme". Tout laisse à penser que c'est la loi, le code qui engendrent de manière "grammaticale, mécanique, presque mathématique" la solution judiciaire. Dans l'arrêt de cassation, pas de débat, pas de discussion. On pourrait presque dire, pas de motivation.

² "Autoportraits judiciaires: le discours interne et externe de la Cour de Cassation", Mitchel de S. O. L'E. Lasser, in les cahiers de l'IHESI, Langages de justice, p. 28 ets., octobre 1994

³ The Oracles of the Law

⁴ "Ce portrait officiel se compose de trois éléments de base premièrement, les textes fondamentaux de loi sur le rôle du juge, parmi lesquels je citerais (a) la Loi sur l'Organisation Judiciaire du 16-24 août 1790, qui définit la séparation des pouvoirs, (b) l'article 5 du Code civil, qui prohibe les jugements "par voie de disposition générale ou réglementaire", et (e) l'article 1351 du Code civil, qui établit la relativité de la chose jugée; deuxièmement, et ceci est très important, l'interprétation et l'application judiciaire de ces textes fondamentaux. Plutôt que de citer les règles jurisprudentielles sur la motivation des jugements, notons tout simplement combien, étant donné ces règles, il est difficile pour l'arrêt français de montrer qu'il existe quelque chose qui s'appelle "la jurisprudence".

Une étude récente effectuée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice par Frédéric Géa⁵ a également démontré la place marginale de la justification “argumentée” de la prémisse normative dans les arrêts des cours d’appel en droit du travail.⁶ Les cours d’appel ont une tendance forte “à faire découler la règle juridique à laquelle s’adosse le raisonnement, d’un texte du code du travail”. “La norme juridique servant de prémisse est présentée comme une déduction immédiate du texte pris en considération, comme si celui-ci ne donnait pas lieu à interprétation”. En cela, les cours d’appel semblent dans un premier temps, avoir les mêmes modes de raisonnement que la cour de cassation. Mais, ensuite et surtout, l’étude fait apparaître que la jurisprudence des cours d’appel, majoritairement, ne fait que transcrire la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation⁷ et que “sous la surface du discours judiciaire” apparaît le recours au dialogisme, c’est à dire aux énoncés produits antérieurement,⁸ aux décisions prises ailleurs. M. Géa, conclut l’analyse des arrêts des cours d’appel par le constat que, ceux ci qui se présentent “sous les allures d’un argument d’autorité”, “loin d’être des marqueurs d’un discours fondamentalement péremptoire se révèlent être, au contraire, des marqueurs de dialogisme, en ce qu’ils signifient l’orientation du discours judiciaire vers l’amont de sa production, et plus précisément, vers la jurisprudence antérieure de la cour de cassation”. Le mode de justification le plus répandu (et de loin, selon M. Géa) consiste à se référer à la jurisprudence de la cour de cassation, l’illustration la plus aboutie en étant la technique du “copier-coller”. Pour M. Géa, “tout se passe comme si les décisions judiciaires d’appel étaient prises dans une chaîne discursive ou dans un flux discursif dans lequel le déploiement argumentatif ne peut trouver place”.⁹

M. Lasser avait, cependant, démontré comment “ce portrait officiel ne représentait qu’une image du rôle et de la pratique” de la cour de cassation. Il avait effectué cette analyse à partir du contenu des rapports des conseillers rapporteurs et des conclusions des avocats généraux; ces documents qui font partie du débat judiciaire, qui émanent de l’institution judiciaire, mais qui ne se retrouvent pas dans l’arrêt, qui ne sont portés à la connaissance du public qu’avec parcimonie, introduisent les fins sociales du droit, la doctrine, le pragmatisme, l’efficacité, l’équité. Ces documents qui existent, mais en marge, apportent à la jurisprudence une herméneutique, c’est à dire, selon la formule de M. Lasser, “une construction du sens juridique et judiciaire à partir des buts et des fins sociaux”.

L’étude de M. Géa a également confirmé que le discours officieux de la Cour de cassation, à travers la pratique des rapports des conseillers rapporteurs et des conclusions

⁵“Programme analytique sur l’argumentation judiciaire en droit du travail. La justification de la prémisse normative”. Université Nancy 2 CERIT-CRDP Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, février 2008

⁶Op cité p 2.

⁷Op cité, p 44 et s.

⁸“Contribution à la théorie de l’interprétation jurisprudentielle, Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme”, Thèse droit, Université Nancy 2, 2007.

⁹,Op. Cité, p 65

des avocats généraux, introduisait une construction juridique faite de recherche, de mise en présence des textes, des discours, des arguments, des contraintes de toute sorte, d'analyse des conséquences. Cette ouverture sur le social, le réel, la doctrine, la réflexion a, donc, la nature d'un fonctionnement interne de l'institution, même si elle n'apparaît pas dans la motivation officielle des arrêts qui ont conservé une structure déductive qui justifie la prémisse normative par les faits et la loi.

Selon Géa¹⁰, la publication des rapports et conclusions “dote ceux-ci d'une dynamique propre” et leur permet d'agir “comme des textes en action dans le champ du droit”. Ces documents ouvrent des perspectives interprétatives et des perspectives argumentatives.

Les perspectives interprétatives enrichissent la compréhension de l'arrêt, s'apparentent “à une fenêtre ouverte sur la fabrique du droit”¹¹, permettent de comprendre quelle est la doctrine, à un moment donné, de la cour de cassation, dévoilent le processus rationnel de la prise de décision, identifient les pistes empruntées et celles négligées, enrichissent la décision au plan de sa signification et de sa portée normative¹²; ces perspectives sont tournées vers la production jurisprudentielle à venir, vers les choix de gestion, vers l'aval principalement.

Les perspectives argumentatives permettent de comprendre les arguments, raisons, éléments qui ont milité en faveur de l'interprétation normative proposée ou préconisée, qui ont justifié qu'une thèse a été retenue plutôt qu'une autre. Elles donnent aux juridictions du fond, aux acteurs du droit la possibilité de participer au débat producteur de norme en apportant le poids et la variété de leur argumentation. Elles tendent à élargir le champ du débat discursif producteur de norme.

Aujourd'hui, la coexistence de ces deux logiques est la reconnaissance du constat des limites du discours interne et de la nécessité de recourir à un discours externe plus argumentatif, éclairant les acteurs du droit.

La signification et la portée de cette pratique d'ouverture dépendent, bien évidemment, des conditions de la publication de ces documents internes. La diffusion de l'écrit argumentaire est-elle le fait de l'institution ou de son auteur? La diffusion est-elle la règle ou l'exception? La diffusion est-elle différente sur l'intranet-justice qui est dédiée aux magistrats et sur internet qui est accessible à tous?

En 1994, M. Lasser,¹³ se demandait si le discours interne, “plus ou moins non officiel du système judiciaire devrait devenir public”. Aujourd'hui, il semble que cette

¹⁰Op précité, p 103 et s

¹¹Op précité p 105

¹²Op précité, p 120

¹³op précité p 34

pratique ne soit plus exceptionnelle bien qu'elle ne soit pas la règle et ne s'applique pas à toute la production de la cour de cassation. M. Lasser a démontré comment le discours officieux si intéressant et riche ne pouvait être que la construction intellectuelle de son auteur, une opinion parmi d'autres; ce discours interne qui propose une solution et qui, par nature, peut ne pas être suivi, n'est pas la décision, il n'en est qu'un document préparatoire. S'il éclaire sur la nature des débats et des arguments qui ont du poids dans la chambre sociale, il ne donne pas forcément les clés de l'articulation et de la progression de la pensée juridique qui a été celle de la cour de cassation. Le discours officieux éclaire sur ce qui a été dans le délibéré. Le discours officieux donne des clés supplémentaires lorsqu'il qualifie lui-même de "doctrine de la cour" telle ou telle position ou analyse.¹⁴

Selon M. Lasser, les choix interprétatifs personnels donnés par le rapporteur ou l'avocat général ont un prix, celui de la personnalisation, de la subjectivité, et une conséquence, celle de donner à ces écrits un statut hybride, entre celui de la juridiction et celui de la doctrine. La discussion sur les prémices de la décision n'est, donc, pas intégrée dans l'arrêt de cassation. Sans doute parce que cette discussion participe pour la cour de cassation d'avantage au processus de préparation de la décision qu'à la décision elle-même qui se réduit à la recherche de réponse à la question suivante: en présence de faits de la nature de ceux qui me sont soumis, quelle est la loi qui est applicable et quelles en sont les conséquences? M. Géa, dans la même logique, considère que la différence de construction entre les deux types de discours s'explique par le fait que la décision qui constitue un modèle officiel n'a pas à aider à la découverte d'une solution; elle est la décision qui se justifie par la référence minimaliste à un texte. Pour M. Géa, c'est bien dans le contexte de découverte, c'est à dire au stade d'élaboration de la norme, que le raisonnement peut se déployer.

Demeure, cependant, la coexistence de rapports internes qui contiennent une véritable herméneutique de la décision et des arrêts qui constituent la production externe qui apparaissent, en comparaison, dépouillés au niveau de la motivation. Reste le symbole d'une institution qui accepte en interne le débat discursif mais qui prive les acteurs du droit de l'essentiel de ses débats, qui se dépouille de ce qui est conjoncturel et argumentatif au moment de la prise de décision.

* * *

En présence d'une loi affaiblie dont l'application se révèle parfois aléatoire, dans un contexte économique de plus en plus complexe dans lequel la loi ne peut pas tout prévoir, se pose avec acuité la question de la possibilité pour un système juridique moderne de demeurer calé sur un discours externe hermétique qui laisse les juridictions du fond et les acteurs du droit dans une connaissance incomplète des processus rationnels, des choix qui ont amené à privilégier telle ou telle décision, tel type d'argumentation.

¹⁴Op précité p 37

Ainsi, M. Lasser, tout en admettant que la pratique officielle de la logique discursive avait l'avantage de l'objectivité, incitait l'institution judiciaire française à faire un pas en direction de "l'interprétation herméneutique du droit", à partir de la doctrine, de la jurisprudence, de l'équité, des politiques publiques.

Au niveau du processus décisionnel de la cour de cassation, une des conditions du maintien de la structure de son argumentation officielle en droit du travail peut parfaitement résider dans la dimension pédagogique, interprétative des rapports du conseiller rapporteur et des conclusions de l'avocat général. Ces écrits présentent suffisamment de qualités pour pouvoir compenser la sécheresse des arrêts de la cour de cassation, à la condition qu'ils soient systématiquement annexés à l'arrêt et publiés.

La diffusion systématique de ces discours internes aurait bien des conséquences. Les juridictions du fond, mieux informées des termes des débats, mieux éclairées sur les points de discussion, l'articulation entre les niveau de réflexion seraient plus naturellement en mesure de développer leur propre réflexion et de faire leur choix.

Les acteurs du droit, chefs d'entreprises, avocats, délégués syndicaux, auraient une perception moins formelle, moins abstraite, voire moins arbitraire (parfois) d'un système producteur de normes qui débouche, parfois, sur l'absence de toute motivation.

L'introduction de la logique argumentative libérerait les cour d'appel du constat fait par M. Géa de pratiques purement dialogiques, ayant comme seule référence les précédents de la cour de cassation sans le recours aux prémisses de la réflexion et de la discussion. Pour les cours d'appel, qui, en raison du volume des contentieux en droit social, ne sont pas en mesure la plupart du temps de mettre en place de véritables rapports allant au delà de la présentation des faits et de la procédure, se pose, alors, à travers la nature du raisonnement mis en place, véritablement la question du sens de leur fonction.

L'étude de M. Géa fait cruellement apparaître le fonctionnement du système actuel producteur de normes qui assigne aux cours d'appel des fonctions de productivité, de recherche de sécurité juridique par l'homogénéité de la jurisprudence. Sortir de cette posture réductrice passe par le choix d'argumenter pleinement et de ne pas procéder à un "copier-coller" de la jurisprudence de la cour de cassation. Pour les cours d'appel, l'alternative décrite par M. Géa¹⁵ réside dans le parti pris de l'argumentation. A défaut de faire ce choix qui ouvre vers la réflexion, citant E. Morin, M. Géa estime que les chambres sociales des cours d'appel et la cour de cassation continueront à entretenir, dans la problématique de la justification normative, des logiques qui "s'opposent et se combattent".¹⁶

¹⁵Op précité, p 185

¹⁶ La méthode. 6. Ethique, Seuil, 2004, 2006, p 262

