

**« JEAN CARBONNIER, UN LÉGISLATEUR ATTENTIF À LA JURISPRUDENCE ET À LA PRATIQUE JUDICIAIRE »
PAR JACQUES MASSIP,
DOYEN HONORAIRE DE LA PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION**

Chargé par la Chancellerie de rédiger de grandes lois, Jean Carbonnier a toujours eu le souci de prendre en compte la jurisprudence dans l'élaboration des textes, mais aussi dans la perspective de leur application. L'art législatif ne se concevait en effet, selon lui, qu'en laissant au juge le soin de procéder aux adaptations nécessaires.

Mon exposé ne sera pas un exposé savant et théorique. Il ne prétendra pas revêtir un caractère scientifique.

Je voudrais me contenter d'ouvrir le livre de mes souvenirs, de vous en livrer quelques-uns qui pourront, parfois, paraître anecdotiques mais qui me paraissent de nature à révéler certains aspects de la démarche intellectuelle de Jean Carbonnier, dans l'œuvre de législation à laquelle il a si puissamment contribué. J'ai eu, en effet, le privilège de travailler étroitement avec le doyen Jean Carbonnier de 1963 à 1975 en raison de mes fonctions au service de la législation civile de la Chancellerie.

C'est ainsi que j'ai été amené à participer, sous l'autorité du doyen, à l'élaboration des textes qui lui avaient été "commandés" par plusieurs gardes des Sceaux, d'abord Jean Foyer et ensuite plusieurs de ses successeurs. Et cette collaboration commencée dans l'élaboration de la lex ferenda s'est poursuivie ultérieurement pour l'application de la loi promulguée.

Il m'a donc été donné de voir combien le doyen se méfiait des conceptions trop dogmatiques du droit. Ce qui n'étonnera personne puisqu'on connaît ses préoccupations sociologiques. Il manifestait le souci de tenir compte de la jurisprudence existante comme de la jurisprudence prévisible. Et aussi, plus largement de la pratique judiciaire. C'est de cette attitude, de cet état d'esprit, dont je voudrais maintenant témoigner.

I - Prise en compte de la jurisprudence dans l'élaboration de la loi

A - La jurisprudence proprement dite

Le souci de prendre en compte la jurisprudence dans l'élaboration de la loi apparaît chez le doyen Carbonnier comme une constante.

1 - La jurisprudence peut inspirer la loi

Il n'est pas douteux, par exemple, que la théorie jurisprudentielle du mandat tacite a inspiré des dispositions aussi importantes que celles des articles 221 et 222 du Code civil qui depuis la réforme des régimes matrimoniaux par la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 permettent à chacun des époux de se faire ouvrir un compte en banque et de le gérer librement et, plus généralement, de disposer à son gré des biens meubles qu'il détient individuellement, dispositions qui ont surtout profité à l'épouse et qui s'avéraient indispensables pour permettre le fonctionnement des régimes communautaires, soumis à la cogestion.

C'est aussi cette même théorie du mandat tacite qui a été mise en œuvre en matière d'autorité parentale dans les règles qui accordent à chacun des parents le pouvoir de faire seul les actes usuels concernant l'enfant. Ou encore en matière d'incapacité lorsque l'article 450 reconnaît aux personnes en tutelle le pouvoir d'agir lorsque la loi ou l'usage les y autorise.

Le fondement juridique de ces dispositions n'est certes plus le même que celui retenu dans la théorie du mandat tacite puisque le pouvoir de celui qui est autorisé à agir ne repose plus sur la volonté présumée d'un hypothétique mandant mais sur une présomption légale. Il reste que c'est en contemplation de la jurisprudence que les règles nouvelles ont été pensées.

2 - La jurisprudence peut dispenser le législateur d'intervenir

Bien souvent, dans un souci d'économie législative, le parti a été pris de ne pas édicter une disposition légale si la question était réglée par une jurisprudence stable. Ainsi la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 sur le divorce prévoyait-elle, à l'article 1450, la possibilité pour les époux de procéder, pendant l'instance en divorce, par acte notarié, à la liquidation et au partage de la communauté conjugale. Mais aucune disposition ne prévoyait la possibilité d'une dissolution anticipée du régime matrimonial de séparation des biens. C'est tout simplement parce que, conformément à une jurisprudence constante, approuvée par une doctrine unanime, il était admis qu'en vertu du principe général selon lequel « *nul n'est tenu de rester en indivision* », les époux séparés de biens pouvaient demander le partage des biens indivis entre eux, soit pendant l'instance en divorce soit même auparavant. Ils pouvaient pareillement exiger le paiement des créances dont ils pouvaient disposer à l'encontre de leur conjoint. Il était donc inutile de prévoir une disposition spéciale pour ces époux, comme d'ailleurs pour ceux qui auraient choisi le régime de la participation aux acquêts.

Le législateur de 2004, peut-être parce qu'il était moins bien informé de la jurisprudence ou peut-être parce qu'il avait moins de respect pour le travail des juges, a généralisé la règle de l'article 1450 pour la rendre applicable quel que soit le régime matrimonial des époux. Mais, ce faisant, il a pris le risque de créer des problèmes d'interprétation assez redoutables et de remettre en cause, peut-être sans le vouloir, des solutions traditionnelles parfaitement satisfaisantes.

Un autre exemple peut être tiré de la disposition qui, dans le projet de loi sur le divorce, privait l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce avait été prononcé, du droit à prestation compensatoire. Cette disposition a été jugée trop sévère et le texte a été complété au Parlement, afin de permettre à l'époux jugé exclusivement "coupable" d'obtenir une indemnité lorsqu'il avait apporté une collaboration importante à la profession exercée par son conjoint. Mais si rien n'avait été prévu par le projet, c'est en considération d'une jurisprudence bien assise qui permettait, dans un tel cas, au conjoint qui avait apporté une collaboration sans contrepartie d'obtenir une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La règle nouvelle ainsi édictée par la loi de 1975 a cependant été considérée par la jurisprudence comme une disposition autonome directement fondée sur l'équité, idée que l'on retrouve dans la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 qui, renversant le principe ancien, pose en règle générale le droit à prestation compensatoire, le juge pouvant néanmoins refuser la prestation si l'équité lui paraît le commander.

Ce respect pour la jurisprudence, ce souci de ne pas risquer de remettre en cause des solutions jurisprudentielles éprouvées était poussé très loin, puisque Jean Carbonnier s'était donné pour règle de ne pas toucher aux termes mêmes de la loi existante si on ne souhaitait pas en modifier le fond, même lorsque la rédaction des textes pouvait apparaître un peu vieillie.

3 - La jurisprudence peut être révélatrice de la nécessité de légiférer

En application de l'article 1441 du Code civil, la communauté conjugale ne pouvait se dissoudre que par le décès, le divorce, la séparation de corps ou de biens. Dès lors, la Chambre des requêtes avait été amenée, en 1945, à juger qu'une femme ayant quitté son mari peu après le mariage était en droit, 42 ans après, de réclamer sa part dans les acquêts réalisés

par celui qu'elle avait abandonné. C'est en ayant égard à cette jurisprudence – qui a servi de révélateur – qu'a été rédigé, lors de la réforme des régimes matrimoniaux, le deuxième alinéa de l'article 1442 permettant à l'époux abandonné de demander le report de l'effet de la dissolution de la communauté, à la date à laquelle toute cohabitation et collaboration a cessé entre les époux, solution que les tribunaux ont assez largement appliquée, car elle satisfait leur sens de l'équité.

B - Prise en compte de la pratique

Le souci de réalisme de Jean Carbonnier, sa volonté, en bon sociologue, de tenir compte des réalités concrètes l'amenaient aussi à porter la plus grande attention à la pratique et pas seulement d'ailleurs à la pratique judiciaire.

Il m'est arrivé souvent, à propos de telle ou telle question, d'être ainsi interrogé : Comment fait-on ? Que se passe-t-il en pratique ? Pouvez-vous vous renseigner ? Et les informations données par un magistrat ou un greffier étaient toujours soigneusement analysées et souvent prises en compte. La réforme du droit des majeurs protégés avait ainsi été précédée par une vaste enquête auprès des médecins et des établissements hospitaliers. La réforme de la tutelle des mineurs et surtout des régimes matrimoniaux donna lieu à une étude approfondie de la pratique bancaire et commerciale.

Je voudrais ici rapporter très brièvement la petite histoire de l'article 220 du Code civil. Le projet de loi sur les régimes matrimoniaux contenait une disposition prévoyant que l'accord des deux époux était nécessaire pour les achats à tempérament. On en faisait un acte de cogestion. Mais cette disposition a soulevé des tempêtes et, à la suite d'un *lobbying* intense, mené notamment par les marchands de machines à coudre et autres appareils ménagers, le Parlement a modifié le texte qui s'est borné à écarter, pour ces achats, la solidarité entre époux – ce qui a vidé la disposition initiale de l'essentiel de sa portée pratique. On peut penser que si le texte du projet avait été adopté, un certain nombre de cas de surendettement des ménages, que l'examen attentif des pratiques commerciales et bancaires avait déjà permis de mettre en lumière, aurait pu être évité.

II - Prise en compte de la jurisprudence dans la perspective de l'application de la loi

Jean Carbonnier a écrit dans la préface qu'il a consacrée à l'ouvrage de MM. Blondy et Morin sur la tutelle des mineurs :

« Jamais plus qu'aujourd'hui devant ces textes, nous n'avons senti la sagesse de ce qu'enseignait Julien Bonnecase, quand il disait qu'une fois promulguée la loi doit échapper à ceux qui l'ont faite. Les dispositions auxquelles on a attaché quelque importance resteront ignorées de la pratique ; les difficultés qui surgiront seront celles qui n'ont pas été prévues ; les interprétations se feront fréquemment divinatoires – expression curieuse, puisqu'elle signifie non point qu'il y ait lieu le moins du monde de deviner l'intention réelle de l'oracle, mais tout simplement qu'il faut accommoder les propos sibyllins aux intérêts et désirs des consultants. Et il est bon qu'il en soit ainsi, que la feuille, détachée de l'arbre, aille où l'emportent les vents ».

Cette conviction a conduit à la multiplication de dispositions “ouvertes” susceptibles d'interprétation, que la jurisprudence peut laisser vides de contenu pratique ou, au contraire, vivifier en en faisant une application régulière.

Mais ceci ne veut pas dire qu'il ne faut pas tenter de prévoir où les “vents” dominants vont emporter la feuille. Il ne serait pas raisonnable d'agir à l'aveugle. Il est au contraire judicieux de chercher à anticiper les interprétations possibles de la loi par la jurisprudence.

Cette façon de procéder qui était celle de Jean Carbonnier peut, je le crois, être illustrée par quelques exemples.

En matière d'**incapacités**, l'idée que la tutelle, protection due à l'enfant (et par analogie, à l'adulte dont les facultés sont altérées) est une charge publique, bien qu'elle recèle dans ses flancs des possibilités multiples, n'a guère connu d'application pratique directe. En revanche, la possibilité de confier la tutelle à une personne morale ou à l'État (ce qui marque bien le lien avec la charge publique) a connu un succès considérable, sans doute exagéré, que Jean Carbonnier aurait vraisemblablement déploré. La Cour de cassation a d'ailleurs dû rappeler avec force, comme l'y incitait l'esprit des textes, la prééminence de la tutelle familiale. Mais il était sans doute dans l'air du temps, qu'en raison de la démission de beaucoup de familles, de leur dispersion et de leur éclatement, se multiplient ces tutelles "administratives" auxquelles des juges surchargés recourent parfois trop aisément, parce que c'est pour eux une solution de facilité.

Dans le domaine des **régimes matrimoniaux**, la notion d'*intérêt de la famille*, notion cadre, a été, comme l'avait prévu Jean Carbonnier, ainsi d'ailleurs que le garde des Sceaux de l'époque, Jean Foyer, largement interprétée. La notion d'économies avait suscité des interrogations en doctrine. À partir de quel moment pouvait-on parler d'économie ? Comme je me faisais l'écho, auprès du doyen, de cette question qui m'avait troublée, il me répondit par une de ces formules lapidaires dont il avait le secret « *les économies, c'est ce qui reste lorsque la communauté demande à fixer ses droits* » (c'est-à-dire, ce qui n'a pas été dépensé lors du décès, de l'assignation en divorce ou en séparation de corps ou de biens). Et il ajoutait serein : « *Vous verrez, il n'y aura guère de difficultés en jurisprudence* », ce qui s'est révélé exact.

Mais c'est sans doute en matière de **filiation** que la loi a laissé le plus d'options ouvertes à la jurisprudence.

La question s'est posée très vite de savoir si la possession d'état pouvait servir de preuve de la filiation naturelle. Pour le doyen cela n'aurait pas dû faire de doute du fait même que la possession d'état figurait, en tant que présomption relative à la filiation, dans le chapitre traitant des dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle. Mais, dans un premier temps, la première chambre civile, suivant en cela les précédents jurisprudentiels du XIX^e siècle qui n'avaient guère été discutés en doctrine, avait maintenu le principe selon lequel la possession d'état ne pouvait être invoquée en preuve par l'enfant naturel, ce qui devait susciter la résistance d'une cour d'appel puis être démenti à la fois par l'Assemblée plénière et la loi n° 82-536 du 25 juin 1982.

Très vite aussi s'est posée la question de l'interprétation de l'article 334-9 du Code civil : « *Toute reconnaissance est nulle, toute action en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état* ». L'adjonction de ces quatre derniers mots n'était pas innocente : pour un exégète – et il s'en trouve d'excellents à la Cour de cassation – elle ne pouvait que signifier qu'en l'absence de possession d'état, la reconnaissance d'état n'était pas nulle, l'action en recherche n'était pas irrecevable. C'est effectivement l'interprétation qui a été retenue par la première chambre civile, interprétation que, selon Jean Foyer, le doyen Carbonnier avait prévue. Ainsi triomphait avec élégance une conception très sociologique destinée à permettre de contester les filiations fictives qui résultaient de l'application systématique de la présomption de paternité dans le cas, pourtant fréquent, de séparation de fait des époux. Il est peut-être dommage que l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 ait abandonné cette disposition qui, quoi qu'on en ait dit, n'a donné lieu qu'à une application raisonnable et soit revenue à une conception d'une stricte logique dans un domaine où le comportement des personnes n'a souvent rien de rationnel.

Je terminerai par un exemple tiré de la réforme du divorce réalisée en 1975. L'avant projet de loi rédigé par Jean Carbonnier consacrait trois articles au divorce pour rupture de la vie

commune. Le premier d'entre eux qui portait le n° 236 était ainsi libellé « *Un époux peut demander le divorce, sans qu'il y ait de faute imputable à son conjoint, en raison d'une rupture déjà consommée de la vie commune* ». Le suivant, l'article 237 énonçait « *Il en est ainsi* »... en cas de séparation de fait de plus de six ans. Et l'article 238 ajoutait « *Il en est encore ainsi* » ... en cas d'altération des facultés mentales. Mais lors de la réécriture du projet "en langage contemporain", les trois articles ont, dans un souci de précision et de clarté, été regroupés et le divorce pour rupture n'a été prévu qu'en cas de séparation de fait et d'altération des facultés mentales.

Or, le doyen me l'avait confié, la présentation qu'il avait proposée était volontaire : on pouvait certes considérer que l'article 236 était un simple article d'énonciation mais il aurait pu arriver au texte la même aventure qu'à l'article 1384, alinéa 1^{er}, et la jurisprudence aurait pu admettre, pour tenir compte de l'évolution des mœurs que les deux articles subséquents n'étaient que des exemples et se bornaient à édicter des présomptions légales de ce que la rupture était bien consommée.

J'ai pris ce dernier exemple car il est typique à mon sens de la manière dont le doyen Jean Carbonnier concevait l'art législatif : le législateur ne doit pas considérer son œuvre comme rigide et parfaite ; il ne sait pas ce que seront les nouvelles générations auxquelles la loi que l'on espère pérenne aura à s'appliquer. Il faut laisser à la sagesse du juge le soin de procéder aux adaptations nécessaires – ce qui évitera, peut-être, de tomber dans le vice d'une législation en perpétuel mouvement.

Je crains, hélas, que sur ce point, le doyen Carbonnier n'ait pas été entendu.