

**« LE DOYEN CARBONNIER ET LA JURISPRUDENCE : UNE
ANALYSE DU DROIT EN ACTION »
PAR JEAN-PIERRE GRIDEL,
CONSEILLER À LA COUR DE CASSATION**

Il revenait naturellement au conseiller Jean-Pierre Gridel, concepteur et organisateur de ce colloque consacré à Jean Carbonnier et à la jurisprudence, de conclure à sa façon cette journée évocatrice. Ce fut l'occasion pour lui de souligner que la jurisprudence des privatistes représentait une autorité spécifique pour le doyen Carbonnier et qu'elle n'est pas seulement le fruit du travail des juges, mais aussi celui du travail des parties.

Au terme de cette demi-journée, et certains d'entre vous le déplorent-ils peut-être, nous n'avons certes pas appris ce qu'est ontologiquement la jurisprudence, ni ce qu'elle pourrait être concrètement, au jour où prendra fin la crise des paradigmes que traverse la science juridique depuis quelques années. Mais nous répondrons que ces interrogations n'étaient pas l'objet de cette rencontre et en outre, à ces égards, les approches sont diverses, et les divergences légitimes. En revanche, percevons-nous mieux, grâce aux fécondes communications de nos orateurs et aux stimulantes interventions des auditeurs, ce qu'était cette réalité dans l'esprit du doyen Carbonnier, professeur de droit, mais aussi commentateur de décisions, historien, sociologue, psychologue, et qui savait rapprocher intimement ces différents axes de travail, sans jamais les confondre toutefois.

Ces talents multiples lui permettaient d'observer, à l'arrivée, que la jurisprudence avait transformé le droit français tel qu'issu des codifications napoléoniennes, en déplaçant vers elle le centre de gravité du droit positif. Et la remarque, souvent faite depuis, et selon laquelle le praticien d'aujourd'hui se soucierait moins, dit-on, du texte de la loi sur tel objet, que du tout dernier état de la jurisprudence à son propos, donne rétrospectivement un crédit particulier à cette analyse.

Jean Carbonnier soulignait les fonctions diverses et utiles de la jurisprudence, et les vertus de son autonomie :

- jurisprudence *interprétative*, dissipant des obscurités ou incertitudes ;
- jurisprudence *harmonisatrice*, résolvant les *antinomies*. À ce propos, nous sommes plusieurs à nous souvenir avoir entendu, à diverses reprises, les formules suivantes : « *On trouvait chez les antinomistes* » – une seconde de silence – puis venait l'explication à l'intention des étudiants que nous étions : « *on appelait antinomistes les juristes médiévaux s'efforçant de résoudre les contradictions du Digeste* » ; et, après, parfois, le mot d'humour : « *aucun d'entre eux n'est jamais mort de faim* ». Je me demande toujours, du reste, de quelle faim il parlait, la faim alimentaire ? La faim intellectuelle ? Car l'apophtegme était chaque fois proféré avec ce demi-sourire énigmatique que nous lui avons connu ;
- jurisprudence *unificatrice*, de par l'intervention des cours supérieures, car Jean Carbonnier n'était pas un homme de désordre ;
- jurisprudence *créatrice*, enfin, celle qui comble la lacune, le vide textuel, et c'est le moment de rappeler sa version personnelle, lapidaire et magistrale, de l'article 4 du Code civil : « *le silence de la loi n'arrête pas le cours de la justice* ». Tout de même, cette phrase, même limitée à la justice civile, quel clin d'œil en la direction des magistrats et avocats motivés !

Tout en soulignant, en bon disciple de Portalis, l'importance et la nécessité de la jurisprudence, Jean Carbonnier la voyait, cette jurisprudence des privatistes, comme une *autorité* tout à fait spécifique, en même temps qu'il soulignait son aspect d'*œuvre humaine*, et ce sont là les deux aspects sur lesquels j'aimerais tenir ces quelques propos de clôture : l'autorité ; l'œuvre humaine.

I - La jurisprudence, autorité pour les privatistes

Relisant cet été les derniers cours de sociologie juridique du professeur Carbonnier, puis prenant connaissance, plus récemment, grâce au sympathique envoi par M. Denis Carbonnier, avocat aux Conseils, de la copie d'admissibilité du candidat Jean Carbonnier au concours d'agrégation de 1937 – sujet « *Du rôle de la jurisprudence des juridictions de l'ordre judiciaire dans l'interprétation des lois civiles et dans l'évolution du droit civil* » –, j'ai pu, dans ces deux documents et à plusieurs décennies d'intervalle, observer la présence insistante d'une même citation. Il s'agit de la fameuse définition du Digeste : *Auctoritas rerum semper eodem modo judicatorum*.

Auctoritas : la puissance de conviction, la force intellectuelle... *rerum judicatorum* : des choses ayant déjà été jugées... *semper eodem modo* : toujours de la même façon, constamment dans le même sens. Et Jean Carbonnier d'ajouter toutefois que les *res judicatae* des temps modernes ne feront jurisprudence qu'avalisées notoirement par les juridictions supérieures. Et il citait aussi la formule dont les Parlements assortissaient à l'occasion tel ou tel arrêt, en précisant « *qu'il était rendu sans tirer à conséquence* », c'est-à-dire sans préjuger de l'avenir, sorte d'arrêt prudemment présentiste. Ne pourrait-on d'ailleurs aujourd'hui malgré leur caractère non juridictionnel, mais au titre d'une même position d'attente, en rapprocher les avis des articles L. 151-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire ? Quand on sait combien Jean Carbonnier faisait de l'histoire une composante de la science juridique, l'on ne s'étonnera pas de ces références vivantes au *Digeste* ou à l'*Ancienne France*.

La jurisprudence, construite à partir de phénomènes de répétition, de hiérarchie, et, surtout aujourd'hui, de publicité n'est pas pour autant, dans l'analyse carbonnienne, porteuse d'une norme juridique qui serait ainsi créée. Manifestations de mémoire, pour le passé comme pour l'avenir, le ou les antécédents qui font la jurisprudence expriment alors de simples modèles intellectuels offerts à l'intelligence du juge saisi. Et si celui-ci doit leur porter une grande attention révérencielle, il ne s'y conformera qu'après avoir pesé, outre l'inconvénient perturbateur qu'est le changement, leur valeur juridique intrinsèque, et leur aptitude conservée à faire prévaloir l'intérêt le plus légitime, au regard des textes en vigueur ou de l'esprit général de la législation écrite. Telle était, je crois, sa conception de la jurisprudence, et ce souci de préservation du libre examen est sans doute à mettre en rapport avec ses convictions les plus profondes. Mais après tout, cela changera peut-être. Rien n'est éternel... sauf l'Éternel lui-même, aurait-il peut-être ajouté en souriant.

Œuvre finale d'adaptations ou d'interprétations, faite par des juges et susceptible d'être soumise à l'appréciation d'autres juges, et après tout « *nul n'a un droit acquis à une jurisprudence figée* » dit la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000, n° 98-11.982, Bull. civ. I, n° 97 ; Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, Bull. civ. I, n° 249 ; Cass. 3^e civ., 2 oct. 2002, n° 01-02.073, Bull. civ. III, n° 200), la notion étudiée, rappelait aussi le doyen Carbonnier, est *œuvre humaine*, et là, il convient d'élargir la perspective.

II - La jurisprudence, œuvre humaine

La jurisprudence, loin d'être une entité sacralisée ou désincarnée, n'est pas pour autant le fruit du seul travail des juges ; elle est aussi celui du travail des parties.

Certes, « *l'acte juridictionnel...* », dont la réitération et la multiplication tissent la jurisprudence est, en analyse théorique, un exercice de logique qui, disait là encore Jean Carbonnier – c'est sa définition de l'acte juridictionnel – « *... tend à accomplir déductivement la règle de droit dans un cas particulier* ». Et, pour cette activité syllogistique, le juge semble

ne fournir, d'un point de vue dogmatique, ni la majeure (il n'est pas l'auteur du texte ; et s'il applique un principe général du droit, celui-ci est censé résulter de l'esprit général de la législation) ni la mineure (les faits sont apportés par les parties, voire par le parquet). Mais, et l'on voit poindre ici le sociologue et le psychosociologue, ce schéma, disait-il, est superficiel. Le juge, d'une part, agit sur les prémisses du syllogisme judiciaire, et, d'autre part, ne peut s'abstraire de la société dans laquelle et au nom de laquelle il statue.

Le juge, puis la jurisprudence s'il est imité, a une action sur la majeure, par l'interprétation qu'il donnera de la règle ; et même, mieux encore, par le choix de celle-ci, si l'on songe au moyen de pur droit relevé d'office, à la restitution de l'exacte qualification, voire, dit la Cour de cassation, à la recherche par le juge du contenu d'une loi étrangère, dès lors que son applicabilité s'imposait au titre de droits indisponibles, ou a été revendiquée sur des droits disponibles (deux arrêts du même jour : Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005, n° 00-15.734, et Cass. com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, Dr. & patr. 2005, n° 142, p. 106 et s., spéc. p. 108, note Ancel M.-E.).

Le juge agit aussi sur la mineure du syllogisme, non seulement par l'appréciation souveraine de la valeur démonstrative des preuves destinées à établir des faits juridiques – donc toute pièce qui ne porte pas elle-même création, transmission ou extinction d'un droit –, mais aussi par sa faculté de ne pas s'expliquer sur celles des preuves qu'il décide d'écarter, y compris des conclusions d'expert.

Bien actif sur les deux prémisses du syllogisme, le juge, en outre, ne peut s'abstraire de la société dans laquelle il vit. On ne peut nier aujourd'hui qu'il tienne compte de cet aspect des choses. Ainsi, le progrès scientifique a-t-il modifié la jurisprudence médicale, l'échec de telle intervention devenue aujourd'hui bénigne tendant à faire présumer la faute, l'hermétisme de la discipline considérée et les incidences de son action renforçant le contenu et le régime du devoir d'information envers les patients. Le juge d'aujourd'hui est confronté au double défi du progrès scientifique et de la mondialisation, développait le Premier président Canivet (RTD civ. 2005, p. 35). Sur le premier point, il est aujourd'hui cerné par l'innovation technologique, soit qu'elle bouleverse les données du fait à appréhender (l'exercice matériel de maintes activités, leur surveillance, la fraude, les reproduction et diffusion du texte et de l'image...), soit qu'elle retentisse sur sa façon même de juger (modes de preuve, télécopie de pièces, documentation électronique...). La Cour de cassation s'y intéressera dans son rapport pour l'année 2005.

Par ailleurs, l'incidence économique elle-même ne peut être tenue pour rien. Ainsi, celle de certains investissements d'épargne à caractère personnel ou familial : la considération de leur rôle économique a pu jouer dans ces arrêts par lesquels une Chambre mixte de la Cour de cassation en novembre 2004 a rattaché ces contrats à l'assurance-vie et non à la capitalisation. Observons seulement que cette jurisprudence, confrontée à un mécanisme hybride, a évité d'ébranler le rôle économique de l'assurance-vie et apaisé les préoccupations alimentaires ou successorales de nombreux épargnants (Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 02-11.352, n° 02-17.507, n° 03-13.673, n° 01-13.592, Bull. inf. C. cass. n° 613, 15 févr. 2005, rapp. Crédeville A.-E. et concl. de Gouttes R., RTD civ. 2005, p. 434, obs. Grimaldi M., et les diverses références données par cet auteur).

Enfin, de façon plus prosaïque, il se peut que le juge « *bouche de la loi* » pour Montesquieu, mais « *parole vivante du droit* » selon le regretté Pierre Hébraud, ne soit pas indifférent aux réactions que suscitent ses décisions auprès de la doctrine ou de l'opinion publique et de la presse – peut-être est-ce là un aspect méconnu du *Flexible droit*, même si la compétence ou l'indépendance de tel ou tel qui porte les critiques péjoratives sont parfois sujettes à caution. Il arrive même que l'on se demande si certains annotateurs ont lu l'arrêt qu'ils commentent... ou connaissent même la matière. Mais revenons, pour en finir dans quelques instants, à la

pensée de Jean Carbonnier lui-même : œuvre du juge, qui raisonne et qui s'informe, la jurisprudence est, aussi, disait-il, l'œuvre des parties.

Bien souvent en effet, pour exercer et vérifier la réalisation la plus orthodoxe ou la plus opportune de la règle de droit au cas soumis – en vue d'une décision qui contribuera peut-être à faire jurisprudence –, le juge est seulement, pour l'essentiel, amené à comparer la valeur persuasive de deux analyses, de deux approches, et devant la Cour de cassation, de deux raisonnements strictement juridiques, tels que présentés par les parties ou surtout leurs conseils. Le rôle du juge est alors moins d'inventivité personnelle que de choix, certes dynamique, entre deux argumentations proposées, ce qui conduit tout de même à souligner le rôle des avocats dans la genèse de telle ou telle jurisprudence, à travers leur façon de rechercher le succès de leur cause : la logique juridique, le réalisme, l'équité plus ou moins déguisée, la clarté rédactionnelle (ce qui se conçoit bien s'énonce clairement) ne laissent pas le juge indifférent.

Au rôle des conclusions des avocats, l'actualité permet d'ajouter peut-être celui des *amici curiae*. Dans le dossier de la qualification de certains contrats de placement en assurance-vie (Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 02-11.352, n° 02-17.507, n° 03-13.673, n° 01-13.592, précité), la doctrine n'a pas été sans remarquer, à travers le rapport du conseiller et les conclusions du premier avocat général (RTD civ. 2005, p. 73, obs. Deumier et Encinas De Munagori) qu'avaient été jointes au dossier des notes ou observations du Conseil supérieur du notariat, de la Fédération française des sociétés d'assurances, du ministère de l'Économie et des Finances, du ministère de la Justice, sources d'avis... à tout hasard, et sans pour autant préjuger de la décision : simple source d'information, comme l'enquête sociologique pour le législateur.

Donc des *modèles* dans de nombreux domaines élaborés par la réflexion des juges d'hier et la sagacité des plaideurs, et proposés aux juges d'aujourd'hui, afin de tenter d'emporter leur conviction intellectuelle, telle était, je l'avance, la conception de la jurisprudence dans l'esprit du doyen Carbonnier. Dans un article publié en 1991, et relatif à la propriété intellectuelle (RIDA 1991, n° 150, p. 96), vous écriviez, M. le doyen, je vous cite : « *Le présent est chargé de faire le tri du passé, et il est des auteurs plus immortels que d'autres* ». Permettez-moi de transposer cette phrase aux professeurs de droit et de dire qu'en ce qui vous concerne, M. le doyen, vous, cette réunion l'aura montré, vous êtes toujours parmi nous.