



HAL
open science

À propos de “ Henri Capitant, Première préface aux
Grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 1934
(Extrait) ”

Gilles Raoul-Cormeil

► To cite this version:

Gilles Raoul-Cormeil. À propos de “ Henri Capitant, Première préface aux Grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 1934 (Extrait) ”. Introduction au droit, par et sous dir. Bernard BEIGNIER et Corinne BLÉRY, Montchrestien, coll. Cours LMD, 3e éd., Lextenso éditions, p. 623 à 637, 2011, 978-2-7076-1697-5. hal-04695748

HAL Id: hal-04695748

<https://hal.science/hal-04695748v1>

Submitted on 12 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CHAPITRE 4 :
Les autres sources du droit :
la coutume, les principes généraux du droit,
la jurisprudence et la doctrine

2^e EXERCICE. Commentaire de texte sur les grands arrêts de la jurisprudence civile

Gilles RAOUL-CORMEIL,
maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
directeur de l'Institut d'Etudes Judiciaires de la Faculté de droit de Caen

Sujet

Extrait de la Première Préface aux *Grands arrêts de la Jurisprudence civile*, Dalloz, 1934, reproduite dans les *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Paris : Dalloz, 2007, 12^e édition, par Messieurs les Professeurs François TERRÉ et Yves LEQUETTE, p. VII à IX.

« *En composant cet ouvrage, comme une annexe du Cours élémentaire de droit civil (...), j'ai voulu mettre les étudiants et tous ceux qui s'intéressent au droit civil en contact direct avec la Jurisprudence. Pour bien comprendre et connaître le droit, il faut le considérer non seulement du point de vue statique ou théorique, (...) mais du point de vue dynamique, c'est-à-dire observer la vie juridique, les rapports qui se nouent entre les individus, la façon dont ils se forment, comment ils évoluent, les litiges qu'ils provoquent, les solutions que les tribunaux leur donnent. (...) La jurisprudence est, en effet, bien qu'on l'ait contesté une source de droit comme la loi elle-même, et cette source devient de plus en plus abondante à mesure que la loi vieillit. (...) Sans cet apport, sans ce rajeunissement incessant, les lois vieilliraient et se dessècheraient. (...) Sans doute, nous considérons la jurisprudence comme une source de droit, mais elle ne le devient que quand elle a été couronnée par une longue suite de décisions et même quand elle est bien établie, elle est encore susceptible de revirements. Le juriste doit non seulement lire, mais critiquer, s'il juge que la décision est mal fondée. (...) Il me reste à dire quelle est la méthode que j'ai suivie dans la composition de cet ouvrage. Et d'abord, il ne contient que des arrêts de la Cour de cassation. La raison en est que la Cour de cassation a pour mission d'assurer l'unité de l'interprétation judiciaire des lois. Tant que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur un point de droit controversé, la jurisprudence n'est pas fixée. Il est rare que les tribunaux arrivent, sans intervention de la Cour suprême, à s'accorder sur la solution qu'il comporte. Je n'ai relevé que les arrêts qui, depuis le Code civil, ont mis fin à une controverse ou inauguré une nouvelle interprétation. (...)* »

Henri CAPITANT (1865 - † 1937), *Membre de l'Institut,*
Professeur de droit civil à la Faculté de droit de Paris

Conseil méthodologique

Cet exercice n'a de sens qu'après avoir assimilé le cours, spécialement le chapitre 4 relatif aux autres sources du droit (n°127 et s., p. 137 à 183). On (re)lira aussi avec intérêt la méthodologie du commentaire de texte développée par Bernard Beignier et Corinne Bléry (V. *supra*, p. 507, la présentation des Travaux dirigés), ainsi que les conseils prodigués par Jérôme Julien à propos du commentaire d'un extrait du cours d'Aubry et Rau sur la notion de patrimoine (V. *infra*, p. 668, Exercice du chapitre VII). Brièvement, nous soulèverons les trois difficultés que présente cet exercice, par-delà le sujet.

La première difficulté touche à l'introduction du commentaire : il convient de replacer tout d'abord l'extrait dans le texte, ensuite le texte dans la vie et l'œuvre de l'auteur, et enfin le texte dans son contexte. Cet effort doit être fourni, fût-ce par de brefs propos. Lorsque ce sujet avait été donné à l'examen terminal de première année de Licence en droit, aux étudiants de l'antenne d'Alençon de la Faculté de droit de Basse-Normandie en janvier 2010, l'intégralité de la première Préface aux *Grands arrêts de la jurisprudence civile*¹ figurait déjà dans le fascicule de travaux-dirigés. Ce texte était accompagné d'une notice biographique partiellement extraite d'un article². Le texte n'avait pas été commenté en séance de travaux-dirigés, mais le nom et l'œuvre d'Henri Capitant avaient été évoqués en cours, à plusieurs reprises, lors de l'exposé de la bibliographie (les anciens et nouveaux manuels de droit civil), de la présentation du *Vocabulaire juridique* et des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, ainsi que dans les développements consacrés à la doctrine et à la jurisprudence.

La deuxième difficulté est relative au plan du commentaire. Le plan est donné par l'auteur, et mis en évidence par celui qui a choisi les extraits de ce texte. Sous des intitulés variables d'un étudiant à l'autre, ou d'un enseignant à l'autre, doivent percer les deux idées complémentaires développées dans cet extrait. Ici, Henri Capitant justifiait d'abord *pourquoi* il avait réalisé ce recueil d'arrêts de la Cour de cassation ; puis il expliquait *comment* il avait procédé. Située à la treizième ligne, la césure principale commande la *summa divisio* du commentaire de texte. Les subdivisions ne nous paraissent pas ici arrêtées ; la longueur du texte ouvre une liberté relative.

La troisième et dernière difficulté tient au commentaire d'un texte daté de 1934. S'il convient de restituer le sens qu'avait ce texte au jour où il a été écrit, il ne faut pas se laisser enfermer dans le droit positif en contemplation duquel la première préface et la première édition des grands arrêts ont été rédigées. Il convient ensuite d'éprouver sa signification actuelle. Commenter le texte de Capitant, c'est rechercher les idées principales contenues dans l'extrait de son texte, puis les discuter au regard du droit positif contemporain. La discussion gagnera en conviction et en clarté si elle peut être illustrée par des grands arrêts de la jurisprudence civile.

La culture juridique de l'étudiant en droit sera d'autant plus soumise à rude épreuve que cet examen sanctionne le premier semestre des études. C'est la raison pour laquelle les exemples sont ici relativement nombreux, non pas pour enrichir soudainement un jeune esprit mais pour lui offrir un choix relatif. Ouvrir l'introduction au droit sur les vastes terres du droit civil. Lorsque l'extrait de cette préface avait fait l'objet d'un examen, le barème n'avait pu raisonnablement sanctionner toutes les données précises du corrigé qui suit, qu'elles soient relatives à la composition de la première édition des *Grands arrêts de la Jurisprudence civile*, à celles des éditions postérieures ainsi qu'aux illustrations puisées dans le droit des personnes et de la famille, et dans le droit des biens et des obligations. Quelques-unes de ces données sont ici retenues pour conforter la culture juridique que doit avoir un étudiant de licence en droit. Les notes de bas de page sont des invitations à la lecture ou à la réflexion. Le barème avait été fixé à partir des mots indiqués en gras.

Proposition de corrigé

Ce texte est **extrait** de la première préface aux *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, rédigée par Henri Capitant (1865 - 1937), publiée en 1934 chez Dalloz. En hommage à cet auteur et pour saluer son « intuition pédagogique », ce texte de Capitant a été reproduit dans chacune des éditions successives des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, y compris dans la 12^e édition de cet ouvrage, également publiée chez Dalloz en 2007 (tome 1), après

¹. En note, l'ouvrage intitulé *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* sera désigné par l'acronyme : *GAJciv*.

². J.-L. Halpérin, V^o « Capitant, Henri-Lucien », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français X^{II}e – XX^e siècle*, PUF, 2007, p. 158 à 159. Sur sa vie et son œuvre, on consultera aussi facilement : R. Demogue, « Henri Capitant 1865-1937 », *RTD civ.* 1937, p. 727 à 760.

la Préface de Messieurs les Professeurs François Terré et Yves Lequette qui ont continué cette entreprise, avec la même réussite que son promoteur.

Dans cette **préface** « autographe »³, **Henri Capitant présente son ouvrage** ; il explique en quoi il s'agit d'un manuel d'un genre nouveau. Ce recueil de 226 arrêts de la Cour de cassation a pour but d'illustrer son cours de droit civil et de rassembler en un volume unique les décisions les plus saisissantes qui font jurisprudence. Le plan de l'ouvrage⁴ retenu par l'auteur est celui du programme de droit civil des facultés de droit. Dans les années 1930, la licence se préparait en trois années, au cours desquelles tout le programme de droit civil était enseigné : l'introduction au droit, le droit des personnes, de la famille et des biens (1^e année), Le droit des obligations, les contrats spéciaux usuels et les sûretés (2^e année), Les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités (3^e année). À chaque année de cours, correspondait un tome de son *Cours élémentaire de droit civil français*. Les *Grands arrêts de la jurisprudence civile* sont publiés en 1934 avec la 8^e édition du tome I. Les tomes II et III sont parus respectivement en 1935 et 1936. Alors que l'extrait de la préface nous incite à rechercher un apport doctrinal, l'ouvrage qui l'accueille a été édité dans un **but pédagogique**. L'accent est mis sur les faits et la procédure, sans la connaissance desquels la compréhension du sens et l'examen de la portée de chaque arrêt seraient incertains. Le nom des parties est mis en avant pour faciliter la désignation d'un arrêt de la Cour de cassation. Capitant insiste sur l'avantage mnémotechnique que peuvent en tirer les étudiants, comme la communauté des juristes. Dans le corps de l'ouvrage, les observations sont volontairement courtes sous les arrêts reproduits ; elles sont accompagnées de références à des manuels, à des chroniques ou à des notes de jurisprudence pour renvoyer le lecteur à des points de vue contrastés ou approfondis. Figurent en fin de l'ouvrage deux tables alphabétiques : à celle qui présente les arrêts suivant les noms des parties, s'en ajoute une autre qui présente les arrêts par thèmes, selon une nomenclature de mots-clés. Une table chronologique des arrêts renouvelle leur classement.

En 1934, Henri Capitant est dans sa 70^e année. À l'apogée de sa carrière, il enseignait encore et a enseigné jusqu'en 1936. S'il a quitté Paris cette année-là pour prendre sa retraite, celle-ci fut de très courte durée puisqu'il est mort l'année suivante, en **1937**, aux Allinges, en Haute-Savoie. Né à Grenoble en **1865**, il avait fait, dans cette ville, ses études secondaires et commencé ses études de droit ; c'est aussi à la faculté de droit de Grenoble qu'il avait débuté sa carrière universitaire, en 1891, après avoir réussi le concours d'agrégation. Il n'a retrouvé la Faculté de droit de Paris qu'en 1909, vingt ans après y avoir acquis le titre de Docteur en droit⁵. En 1934, Capitant signe ses écrits en faisant précéder son titre de Professeur de droit civil à la faculté de droit de Paris par le titre, plus prestigieux encore, de Membre de l'Institut. Il fut élu à l'Académie des sciences morales et politiques en 1929, à l'un des 8 fauteuils de la section « Législation, droit public et jurisprudence »⁶.

L'œuvre du Professeur Henri Capitant est considérable, par le nombre et la diversité des thèmes étudiés. La centaine d'articles et de notes de jurisprudence publiés dépasse le cadre du droit civil, et s'étend à la théorie générale du droit, au droit du travail, au droit pénal et au droit comparé. On se souvient par exemple qu'il était favorable à l'émancipation de la femme

³. Se distinguent des « préfaces autographes », les « préfaces allographes » qui désignent les avant-propos rédigés par une autre personne que l'auteur de l'ouvrage présenté. Sur cette distinction, et sa portée dans la littérature juridique, v. D. Bureau, « Les préfaces », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 61 à 107.

⁴. En voici le plan détaillé : (*Première partie correspondant au cours de la première année de Licence*) Introduction. – Livre 1^{er} : Les personnes [et la famille]. – Livre 2 : Les biens. – (*Deuxième partie correspondant au cours de deuxième année*) Livre 3 : Obligations et contrats. – Livre 4 : Les principaux contrats usuels. – Livre 5 : Privilèges et hypothèques. – (*Troisième partie correspondant au cours de troisième année*) Livre 6 : Régimes matrimoniaux. – Livre 7 : Successions. – Livre 8 : Dispositions à titre gratuit.

⁵. En 1889, Capitant a soutenu une thèse sur la loi Falcidie en droit romain, et une autre, en droit français, consacrée à l'étude des clauses d'emploi et de remplacement dans les contrats de mariage.

⁶. Il a occupé le fauteuil n°8, après Colmet de Santerre (1821 - 1903) et Adhémar Esmein (1848 - 1913), respectivement élus en 1888 et 1904. Jean Foyer (1921 - 2008) sera l'un de ses successeurs, élu en 1984. Docteur en droit, agrégé de droit, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Jean Foyer a commencé sa carrière comme conseiller technique aux cabinets de René Capitant (1944-1945), le fils d'Henri Capitant. Jean Foyer fut aussi garde des Sceaux, ministre de la Justice dans le gouvernement de Georges Pompidou (1962-1967).

mariée. Surtout, il nous a fait comprendre que la capacité de la femme mariée serait un leurre tant qu'elle n'aurait pas acquise des pouvoirs de gérer des biens de valeur. C'est pourquoi il avait ainsi soutenu l'ambitieux projet de loi de 1932 qui comportait le changement de régime légal, en remplaçant la communauté de meubles et d'acquêts par la séparation de biens⁷. Capitant était aussi convaincu que la Cour de cassation ne devait pas assouplir la prohibition des pactes sur succession future, mais sa position fut ici minoritaire dans la doctrine⁸. En droit des obligations, le nom de Capitant reste attaché à la théorie de la cause⁹. Capitant était aussi un homme de dialogue et d'échange qui s'ouvrait à la doctrine de ses contemporains pour en éprouver la force de conviction¹⁰. Son manuel de droit civil, en trois tomes, est ainsi le fruit d'échanges entretenus avec son ami et collègue **Ambroise Colin**. Ce *Cours élémentaire de droit civil* est paru sous leurs noms depuis la première édition en 1914. Après la mort de Colin, Capitant publia la 8^e édition avec la collaboration de Léon Julliot de la Morandière¹¹. Quelques années plus tard, les collègues et les élèves de Capitant lui ont manifesté un hommage appuyé en offrant de riches contributions aux *Mélanges* qui lui furent dédiés à la fin de l'année 1937. D'autres écrits justifient que l'empreinte laissée par cet auteur soit aussi profonde que respectée par la doctrine contemporaine. Original et quasi perpétuel¹² fut en effet l'hommage qui lui fut rendu de son vivant : en 1935, fut fondée à Paris l'**association Henri Capitant des amis de la culture juridique française**. En substance, l'objet de cette association était et reste celui de promouvoir la culture juridique française en encourageant l'échange de communications entre professeurs français et étrangers¹³. Sous l'égide de cette association, des professeurs ont entrepris de réviser l'un des ouvrages de Capitant. Cinquante ans après le sien, est paru un nouveau **Vocabulaire juridique**¹⁴.

Après avoir replacé la première préface aux *Grands arrêts de la jurisprudence civile* dans la vie et l'œuvre d'Henri Capitant, il convient maintenant de replacer ce texte dans son contexte. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* marquent l'**essor de la jurisprudence au sein des sources du droit**. À la fin du XIX^e siècle, la doctrine juridique prend ses distances avec le droit légiféré. L'aura du Code civil décline ; c'est la fin du légicentrisme. Le droit civil n'est plus enfermé dans le carcan du Code civil. Après trois générations d'exégètes¹⁵, tels que Toullier (1752-1835), Troplong (1795-1869) et Demolombe (1804-1887), les professeurs de droit s'émancipent du plan et de la lettre du Code civil. Son instruction cède la place à l'enseignement du droit civil, en suivant un découpage nouveau. Le *Cours élémentaire de droit civil* de Colin et Capitant s'inscrit dans une continuité qui a

⁷. H. Capitant, « L'abolition de l'incapacité de la femme mariée », *D.H.*, 1932, chron. p. 97 à 100.

⁸. H. Capitant, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1933, *épx Moritz c/ Vve Crémieux et Millaud*, *DP* 1933, 1, p. 10. – Adde, du même auteur, « La prohibition des pactes sur succession non ouverte », *Rev. crit. légis. jurispr.* 1933, p. 86 et s. V., sur l'actualité de cette question : B. Beignier, avec la coll. de S. Torricelli, *Libéralités et successions*, Montchrestien 2010, coll. Cours LMD, n°4, p. 13.

⁹. H. Capitant, *De la Cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*, Paris : Dalloz, 1923.

¹⁰. Sans partager les idées du solidarisme contractuel, il s'est néanmoins ouvert à la doctrine de Demogue, en faisant publier des comptes-rendus sur ses écrits. V. ainsi : H. Capitant, « Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de M. Demogue », *RTD civ.* 1911, p. 729 ; « Le traité des obligations en général, de M. René Demogue », *RTD civ.* 1923, p. 657 ; « Traité des obligations en général, de M. René Demogue », *RTD civ.* 1925, p. 53. Pour une analyse approfondie de ces écrits, v. Ch. Jamin, « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 125 à 139.

¹¹. Doyen de la faculté de droit de Paris, Léon Julliot de la Morandière (1885 - 1968) a continué cette œuvre, seul, jusqu'en 1950, date à laquelle est parue la 10^e et dernière édition du *Cours élémentaire de droit civil*.

¹². L'article 1^{er} des statuts de l'association dite Association Henri Capitant des amis de culture juridique française stipule, en son alinéa 2, que la durée de l'association est illimitée.

¹³. Depuis 1945, un colloque international a lieu chaque année et les actes font l'objet d'une publication. Citons par ex. Travaux de l'association Henri Capitant, *La bonne foi* (Journées louisianaises 1992), t. XLIII, Paris : Litec, 1994 ; *L'ordre public* (Journées libanaises 1997), t. XLIX, Paris : LGDJ 1998. S'y ajoutent depuis 1998 des manifestations nationales. Citons par ex. *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence*, Association Henri Capitant et Société de législation comparée, 2008 ; *Hommage à Gérard Cornu, Droit et sagesse*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Association Henri Capitant, 2009.

¹⁴. V. les liens avec l'œuvre originelle : G. Cornu, Préface au *Vocabulaire juridique (Association Henri Capitant)*, 1^e éd., Paris : P.U.F., 1987, reproduite dans la collection Quadrige, 1^e éd., 2000.

¹⁵. V., sur cette école de pensée juridique : J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. Droit fondamental, 1996, n°21, p. 45 à 69.

débuté avec le *Cours de droit civil français* d'Aubry (1803-1883) et Rau (1803-1877), puis le *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol¹⁶ (1853-1931). Mais en 1929, Louis Josserand (1868-1941) a publié un ouvrage de droit civil, en trois tomes, qui marque une nouvelle évolution, sans être aussi profonde que la rupture avec l'exégèse¹⁷. Doyen de la faculté de droit de Lyon, Josserand a choisi d'éclairer les institutions du droit civil par la pratique jurisprudentielle¹⁸, plutôt que par l'histoire du droit. Par sa modernité, cet enseignement pratique du droit civil est devenu attractif pour les professionnels du droit. L'ouvrage connaît un succès de publication et le porte à soutenir la comparaison avec les manuels parisiens¹⁹. Sait-on jamais si les *Grands arrêts de la jurisprudence civile* auraient vu le jour si Josserand n'avait pas publié son *Cours de droit civil positif français* ! Capitant n'a peut-être pas eu l'initiative de sortir la jurisprudence des sources mineures du droit, mais il a conçu **l'instrument pédagogique qui permet de saisir la jurisprudence civile, directement et dans son ensemble**²⁰. En outre, sa sélection d'arrêts de la Cour de cassation présente le grand mérite de placer la jurisprudence au cœur d'un ouvrage complet, où le texte de la décision est mis à l'honneur et prime les commentaires doctrinaux. Un demi-siècle plus tard, Henri Batiffol louait le **phénomène de mimétisme** des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, observant leur venue dans des matières propices à la création prétorienne du droit (droit administratif), comme dans des disciplines rétives à la liberté juridictionnelle d'interpréter la loi (droit pénal)²¹.

Signe de la réalité de l'empreinte laissée par l'œuvre d'Henri Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* et le *Vocabulaire juridique* ont inspiré d'autres ouvrages, également publiés sous le nom de Capitant. La filiation entre les ouvrages signés par Capitant et ceux qui ont poursuivi son œuvre est certaine. La filiation n'interdit cependant pas une certaine émancipation. L'œuvre continuée n'est plus celle de Capitant, sans lui être totalement étrangère. La distinction peut être marquée entre la méthode et la substance du droit, comme nous y invite la pensée par laquelle MM. Terré et Lequette concluent leur propre préface, en 2007 : « il est probable qu'en une période d'aussi intense mutation, la notion

¹⁶. G. Ripert, Préface au *Traité élémentaire de droit civil* de M. Planiol, t. 1, 12^e éd., LGDJ, 1937, p. V à XI, spéc. p. VIII : « Mais ce qui a, par-dessus tout, attiré son attention [Celle de Planiol bien entendu], c'est la nécessité pour un civiliste de prendre contact avec la réalité en étudiant minutieusement la jurisprudence. D'autres sans doute l'avaient fait avant lui, et il a certainement beaucoup utilisé le *Traité d'Aubry et Rau*. Il apporte pourtant quelque chose de nouveau. C'est sa conception de l'autorité de la jurisprudence. Il n'est plus question de la condamner quand elle n'est point d'accord avec la doctrine dominante. (...) Le droit qui sort des décisions des tribunaux est un véritable droit coutumier, d'une valeur égale à celle du droit écrit. La jurisprudence n'a pas pour unique rôle d'appliquer la loi ; elle doit suppléer à ses lacunes. Pourvu qu'elle respecte le commandement légal, elle n'est pas tenue d'observer la pensée du législateur. Il l'affirme et le démontre à chaque page de son *Traité*. Tout cela peut paraître banal aujourd'hui, mais que l'on n'oublie pas la date de l'ouvrage. Il fallait alors un certain courage [en 1899] pour donner aux solutions de la jurisprudence une valeur égale à celle de la loi, pour déclarer que l'enseignement du droit devait en tenir compte sous peine de voir son autorité ruinée quand les étudiants s'apercevront au contact de la vie qu'on ne leur a pas donné les solutions admises par la pratique ».

¹⁷. Sur celle-ci, v. Ph. Rémy, « Éloge de l'exégèse », *RRJ*, 1982, p. 254 à 262 ; D. Bureau, « Regards doctrinaux sur le Code civil », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 171 à 210.

¹⁸. L. Josserand, Préface au *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 1^e éd., Sirey, 1929, p. VII, où est énoncée la première directive qui justifie l'intitulé de son ouvrage en trois tomes : « 1^o Le droit que nous avons pris pour objet de notre étude est avant tout le droit jurisprudentiel, c'est-à-dire celui qui se réalise : nous avons entendu faire de la science, non du roman. C'est la jurisprudence qui constitue la matière première sur laquelle doivent s'exercer nos recherches ; le droit est tel qu'elle le comprend et qu'elle l'aménage, les documents législatifs n'étant que certains des matériaux dont l'assemblage et la mise en œuvre lui sont confiés ». Toutefois, en 1931, dans les avant-propos de la 2^e édition, l'auteur plaçait à égalité « les incessants mouvements législatifs et jurisprudentiels ». Puis, en 1937, dans les avant-propos de la 3^e et dernière édition, l'auteur justifiait cette réédition par « les changements, nombreux et substantiels, survenus dans l'intervalle, sur le triple plan de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine ». Dans cette nouvelle préface, Josserand dépassait donc l'opposition entre la loi et la jurisprudence ; il y ajoutait même, *in fine*, une nouvelle source du droit : « Enfin, nous avons insisté, plus encore que nous l'avions fait antérieurement, sur le rôle capital qui est dévolu à la coutume dans l'élaboration du droit ».

¹⁹. V., en ce sens : F. Audren et C. Fillon, « L. Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTD civ.* 2009, p. 39 à 76, spéc. p. 66.

²⁰. À partir de 1955, les frères Jean, Léon et Henri Mazeaud ont publié leurs célèbres *Leçons de droit civil*. À l'issue de chaque leçon, les auteurs laissaient des notes de lectures composées d'un ou deux arrêts sélectionnés, reproduits et suivis d'un commentaire.

²¹. H. Batiffol, Préface à B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, reproduite dans la 4^e éd., Dalloz, 2001, p. V : « Ce livre était attendu. Les grands arrêts de la jurisprudence civile parus en 1934 ont non seulement atteint leur 8^e édition en 1984, mais ils ont provoqué la parution de volumes similaires sur le droit administratif, le droit commercial, et même le droit pénal où l'affirmation de l'interprétation stricte des textes pouvait réduire le rôle de la jurisprudence ».

même de grand arrêt évolue »²². C'est dire que la signification de l'expression « Grand arrêt », retenue dans le titre de l'ouvrage demeure aussi simple que mystérieuse. Toutefois, dans l'extrait de sa préface, Capitant avançait déjà deux éléments pour ancrer le critère de la notion. Saisis dans leur ensemble, les grands arrêts de la jurisprudence civile sont une **représentation de la jurisprudence (I)**. Puis quittant le pluriel pour le singulier, et l'explicite pour l'implicite, il nous laisse entendre que chaque « grand arrêt de la jurisprudence civile » est un **label doctrinal (II)**. C'est ce double critère qu'il convient d'éprouver aujourd'hui, près de 70 ans après la rédaction de la première édition.

I. – Les grands arrêts : une représentation de la jurisprudence

Les grands arrêts sont une représentation de la jurisprudence, fidèle mais simplifiée, par rapport à la masse des décisions de justice. Capitant a réalisé cette sélection d'arrêts de la Cour de cassation pour répondre au **besoin de connaître la jurisprudence (A)**. Mais la connaissance n'est pas un but en soi. L'ouvrage répond ensuite au **besoin de critiquer la jurisprudence (B)**.

A. Le besoin de connaître la jurisprudence

Le besoin de connaître la jurisprudence se heurte, en amont, à **une difficulté**, celle de **la diffusion des décisions de justice**. Dans les années 1930, les étudiants en droit et les juristes n'avaient accès à la jurisprudence qu'en lisant le recueil Dalloz, le Sirey et la Gazette du Palais, pour s'en tenir aux journaux spécialisés qui reproduisaient des arrêts de la Cour de cassation et des décisions des juges du fond. Les étudiants en droit devaient donc rechercher dans ces recueils les décisions auxquelles faisaient référence les professeurs dans leur cours magistraux. Les juristes consultaient ces recueils pour être informés de l'actualité jurisprudentielle. À l'époque où il n'existait pas encore de photocopieur, les étudiants devaient donc, en bibliothèque, recopier à la main les arrêts de principe. C'est dire combien un recueil de grands arrêts de la jurisprudence civile pouvait constituer, en 1934, un document utile pour « mettre les étudiants et tous ceux qui s'intéressent au droit civil en contact direct avec la jurisprudence ». L'éditeur Dalloz avait perçu l'intérêt pédagogique²³ de cette entreprise professorale. Le temps que perdaient les étudiants à recopier les arrêts pouvait être utilement consacré à leur analyse. En outre, les étudiants disposaient ainsi, à leur guise, d'un ouvrage complet comprenant la jurisprudence essentielle, sans plus dépendre des horaires d'ouverture des bibliothèques. Soixante-dix ans plus tard, la difficulté de prendre connaissance de la jurisprudence a été remplacée par **une autre difficulté** : les périodiques juridiques sont devenus plus nombreux que jamais, et peuvent être consultés sous la forme papier comme sous la forme informatique. Le silence a fait place à la cacophonie. Un recueil relié et refondu de grands arrêts de la jurisprudence civile continue à présenter un vif intérêt pédagogique. La formation des juristes passe par l'exercice de l'analyse d'arrêt, ce qui suppose que les étudiants se confrontent directement au texte, qu'ils s'arrêtent aux faits de l'espèce, restituent les thèses en présence et recherchent le sens, la valeur et la portée de l'arrêt. À cette fin, les commentaires renouvelés de MM. Terré et Lequette permettent de dissocier, dans **la jurisprudence abondante**, les arrêts les plus importants qui ne peuvent être ignorés. Leur sélection, régulièrement révisée, est un bienfait. Les étudiants ne doivent pas confondre les grands arrêts avec des décisions d'espèce ou des arrêts marginaux, ni avec les arrêts qui illustrent le maintien d'une jurisprudence constante. Sous cet angle, l'intérêt des Grands arrêts de la jurisprudence civile s'est déplacé

²². La citation se poursuit ainsi, p. VII : « *Il n'en reste pas moins que d'essentielles décisions de principe persistent aux sommets et que la route des crêtes, si le temps s'y prête, offre à l'observateur de la jurisprudence un panorama inégalable* ».

²³. Ainsi pour faire le lien entre cet ouvrage nouveau et chacun des trois tomes du *Cours élémentaire*, l'éditeur précisait que « Les astérisques placés devant certains arrêts signifie que le texte de ces arrêts figure dans le supplément au cours élémentaire que nous venons de publier sous le titre *Grands arrêts de la jurisprudence civile* ».

du texte vers le commentaire²⁴, car les arrêts de principe rendus depuis les années 1960 peuvent être facilement consultés ou téléchargés en accédant au site internet legifrance.

Le besoin de connaître la jurisprudence suscite, en aval, la question de la **nature juridique de la jurisprudence**. Écrit avec une majuscule, le nom commun de « Jurisprudence » est ici magnifié par Capitant, et plus encore lorsqu'il la qualifie de « source de droit ». Nul n'a jamais nié qu'une décision de justice soit la **source de droits subjectifs** pour le plaideur qui a obtenu gain de cause et dispose, par la décision juridictionnelle, d'un titre qui reconnaît sa créance, fixe son montant ou modifie son statut juridique personnel (en annulant son mariage ou en établissant sa filiation). La question est de savoir si la **jurisprudence, entendue comme une habitude de juger toujours dans le même sens**, est également une source de droit objectif. Capitant refuse ici de descendre dans le détail des distinctions entre les sources formelles du droit et les sources informelles du droit, entre la loi interprétée et l'interprétation jurisprudentielle de la loi, car l'auteur des *Grands arrêts* entend mettre l'accent sur l'utilité de disposer d'un recueil de jurisprudence. Capitant se contente de rappeler d'une courte phrase la réserve doctrinale émise sur la qualification de **source du droit objectif**. Cette réserve prend son sens dans l'enseignement du Doyen Carbonnier qui rangeait la jurisprudence parmi « **Les autorités du droit civil** »²⁵, non pas dans « les sources du droit civil ». Un juge qui doit trancher un litige sera sensible à la jurisprudence, non pas parce qu'il est tenu de la suivre. En principe, aucun juge (pas même la Cour de cassation), n'est dispensé de se soumettre à la prohibition des arrêts de règlement, prescrite par l'article 5 du Code civil. Toutefois, lorsque la loi est obscure ou incomplète, insuffisante ou dépassée, le juge doit l'interpréter pour trancher le litige qui lui est soumis. Or, la règle prétorienne forgée à cette occasion, sous la pression de l'article 4 du Code civil, est de nature à orienter le raisonnement d'un autre juge saisi d'une question semblable. La jurisprudence n'a pas la raison d'une autorité, mais l'autorité de la raison²⁶. Par ailleurs, la loi interprétée et l'interprétation jurisprudentielle de la loi n'ont pas la même nature normative. Suscité par les faits d'un cas particulier, un grand arrêt de la jurisprudence civile comprend un **dispositif** qui tranche un litige ; mais il comprend aussi, dans ses **motifs**, une norme générale : c'est la **règle prétorienne**. Cette règle est l'interprétation générale de la loi. Parce qu'elle fait corps avec la loi interprétée, elle n'a pas d'autonomie normative. Ainsi se manifeste « **l'infériorité technique de la norme jurisprudentielle** »²⁷ par rapport à la norme édictée ou légiférée. Malgré ce handicap, la jurisprudence est aussi nécessaire que la loi, et c'est la raison pour laquelle Capitant nous enseigne ensuite que le juriste doit lire la jurisprudence et la critiquer.

B. Le besoin de critiquer la jurisprudence

Sans la connaissance de la jurisprudence, il n'y a point de raison de la critiquer. Critiquer, c'est réagir à l'apport jurisprudentiel au droit écrit. Dans un sens courant, la critique est **négative** et a pour objectif de provoquer un infléchissement ou un revirement de la jurisprudence²⁸. Le professeur de droit a l'autorité de la raison pour se positionner par rapport au raisonnement mené par le juge, fût-il juge de cassation. Tous les grands arrêts de la jurisprudence civile n'ont pas été salués par la doctrine. Certains d'entre eux ont suscité et

²⁴. Des observations enrichies d'une édition à l'autre, construites selon des plans informels, puis des plans formalisés par des I. / II. (parfois aussi III.), suivis d'intitulés à partir de la 11^e édition en l'an 2000. Les paragraphes des commentaires sont également numérotés.

²⁵. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, éd. posthume, PUF., coll. Quadrige, 2004, n°142, p. 267.

²⁶. Cette expression est empruntée à G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2007, p. 241.

²⁷. J. Héron, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ*, 1993 (4), p. 1083-1089. Ainsi s'explique le caractère rétroactif de la jurisprudence. Sur lequel, v. M. Troper, *Verbo* « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – PUF, 2003, p. 843 à 847.

²⁸. Rappr. Ph. Malaurie, « Rapport français », in *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXXI, 1980, Journées italiennes de Florence, *Economica*, 1982, p. 89.

suscitent encore de **profondes réserves**. On songe à l'arrêt *Berthon*²⁹. En l'espèce, une femme avait épousé un ancien forçat sans connaître le passé criminel de son futur mari. La Cour de cassation a maintenu l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans qui avait refusé d'annuler le mariage pour « erreur dans la personne » au sens de l'article 180 du Code civil. La fermeté de cette décision se justifiait par le contexte législatif. Alors que la loi du 21 mai 1816 avait abrogé le divorce, la Cour de cassation voulait mettre un terme à la tentation des plaideurs de se démarier par annulation de mariage. Mais, à l'appui d'une étude détaillée et approfondie de la jurisprudence des juges du fond, le Doyen Cornu a montré que les juges du fond avaient résisté à la Cour de cassation³⁰, depuis le rétablissement du divorce par une loi de 1884. La critique de l'arrêt *Berthon* est venue des plaideurs, des avocats, de la doctrine et finalement du législateur qui a profité de la réforme du divorce opérée par la loi du 11 juillet 1975, pour enrichir la lettre de l'article 180, alinéa 2, du Code civil, et ajouté l'erreur sur les qualités essentielles de la personne du conjoint. Pourtant, malgré ce fort et général mouvement de résistance, la Cour de cassation resta fidèle à sa jurisprudence, jugeant bien-fondé l'arrêt qui refusa d'annuler le mariage d'un homme qui soutenait qu'il ne se serait pas marié s'il avait su que sa femme avait eu, avant son mariage, les crises de démence qu'on lui avait cachées³¹. Telle est l'autorité d'un grand arrêt de la jurisprudence civile. Prenons un autre **exemple** plus récent. Dans leur 12^e édition des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, MM. Terré et Lequette ont ajouté l'**arrêt Perruche**³². Connue du grand public du fait de la médiatisation dont il a fait l'objet, cet arrêt a provoqué « un grand bruit de doctrine »³³, car aucun arrêt de la Cour de cassation n'avait suscité autant de commentaires, approuvés ou critiques. Qualifié de « mauvais arrêt »³⁴, ce grand arrêt de la jurisprudence civile ne faisait plus autorité au jour où il a été introduit dans la 12^e édition, car le législateur avait brisé sa jurisprudence³⁵. Pour autant, MM. Terré et Lequette ont jugé utile que les étudiants connaissent son existence et se souviennent du danger qu'il y a à combiner une interprétation relâchée du lien de causalité (l'équivalence des conditions plutôt que la causalité adéquate) et du préjudice réparable en droit : la vie ne saurait constituer un gain manqué (*lucrum cessans*) !

En revanche, de **bons arrêts** peuvent vivifier la loi ou inspirer le législateur. La notion de grand arrêt éprouve toutes les formes de dialogue entre les sources du droit, entre la jurisprudence et la doctrine, mais aussi entre la Cour de cassation et le législateur. La **consécration législative** de la jurisprudence est la forme la plus aboutie de la critique positive. Les illustrations sont assez nombreuses. Songeons d'abord à l'extension du domaine de présomption de paternité légitime. Dans l'arrêt *Degas*³⁶, la Cour de cassation accepte de présumer que le mari de la femme qui accouche est le père de l'enfant né pendant le mariage mais conçu avant. Ainsi n'est-il plus nécessaire que l'enfant soit conçu pendant le mariage pour appliquer la règle *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Abandonnant les précautions de la loi du 3 janvier 1972, l'ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée par la loi du 16 janvier 2009, ordonne simplement, à l'article 312 du Code civil, que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». Par ailleurs, en droit des

²⁹. Cass., ch. réunies, 24 avril 1862, in *GAJciv.* 1^e éd. par H. Capitant, n°9, p. 18 à 20, reprod. dans la 12^e éd. par F. Terré et Y. Lequette, t. 1, 2007, n°33, p. 251 à 257.

³⁰. G. Cornu, « Centenaire », *D.* 1959, chron., p. 215 à 220.

³¹. Cass., civ. 1^e, 13 octobre 1970, pourvoi n°67-11.124 ; *Bull. civ.* I, n°257.

³². Cass., ass. plén., 17 novembre 2000, in *GAJciv.*, t. 2, 12^e éd., Dalloz, 2008, n°187, p. 308 à 322, à propos de la possibilité ouverte par la Cour de cassation pour l'enfant (souffrant à la naissance des conséquences d'une extrême gravité que la rubéole avait causé sur son développement fœtal) d'engager la responsabilité délictuelle du médecin fautif qui, parce qu'il avait commis une erreur d'interprétation de l'échographie, avait privé sa mère du droit d'interrompre volontairement sa grossesse.

³³. Ph. Théry, « Un grand bruit de doctrine », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 113 à 126.

³⁴. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2009, n°1001.

³⁵. Code de l'action sociale et des familles, art. L. 114-5 (*Loi n°2005-102 du 11 février 2005*) : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Est ici codifié l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 dite *Kouchner*, réformant le système de santé.

³⁶. Cass., civ., 8 janvier 1930, in *GAJciv.* 1^e éd. par H. Capitant, n°29, p. 58 à 61, reprod. dans la 12^e éd. par F. Terré et Y. Lequette, t. 1, 2007, n°42, p. 307 à 312.

biens, la Cour de cassation a jugé dans l'arrêt *Le Cohu*³⁷ que « la propriété ne se perd pas par le non-usage ». Techniquement, la prescription extinctive ne s'applique pas au droit de propriété, alors que celui-ci s'acquiert par la prescription acquisitive (ou usucapion). La loi du 17 juin 2008 réformant le droit de la prescription a consacré cette jurisprudence séculaire à l'article 2227 du Code civil, aux termes duquel « Le droit de propriété est imprescriptible ».

À mi-chemin, de grands arrêts de la jurisprudence suscite une **bonne critique doctrinale** lorsque la Cour de cassation a renouvelé le sens de la loi, sans appeler de réforme législative. On peut ici citer les grands arrêts de la jurisprudence civile qui ont attribué une charge normative à des textes qui, dans le Code civil de 1804, n'avait qu'une fonction littéraire de transition ou d'annonce. Ainsi l'article 1371 du Code civil donnait un sens général au quasi-contrat avant d'annoncer la gestion d'affaires et la répétition de l'indu. Par l'arrêt *Boudier*³⁸, la Cour de cassation fonda, sur ce texte, l'action *de in rem verso*. Les arrêts *Jand'heur*³⁹ et *Blieck*⁴⁰ sont d'autres exemples où la Cour de cassation a eu l'humilité de lire, dans un texte préexistant – l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil – le fondement de règles nouvelles : la responsabilité générale du fait des choses et la responsabilité générale du fait d'autrui. **Vivifier la loi**, c'est donc lui apporter du sang neuf. En écrivant que « sans l'apport [de la jurisprudence] les lois vieilliraient et se dessécheraient », Capitant ne pense pas à autre chose que **Portalis** qui avait dit, en prononçant son célèbre discours préliminaire sur le projet du Code civil que « c'est à la jurisprudence (...) c'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons ». Sans la jurisprudence, il n'y aurait pas de grand arrêt. Mais n'y en aurait-il jamais eu sans la doctrine pour les susciter⁴¹ et les reconnaître ?

II. – Un grand arrêt de la jurisprudence civile : un label doctrinal

Un grand arrêt de la jurisprudence civile est au confluent de la jurisprudence et de la doctrine ; il est le fruit, le nectar de leur labour commun. Capitant nous indique clairement **le critère de sa sélection (A)**. L'extrait de cette préface est ici aussi le discours de la méthode. Mais dans le « je » qui détermine le label de « grand arrêt », il faut reconnaître l'expression de la doctrine. Capitant, avant ses successeurs, porte l'attention sur **l'auteur de la sélection (B)**.

A. Le critère de la sélection

Tout d'abord, tous les grands arrêts de la jurisprudence civile ont été rendus par la Cour de cassation. Capitant justifie ce critère de la sélection par un motif d'ordre fonctionnel. **La Cour de cassation** n'est pas un troisième degré de juridiction. Elle ne juge pas en fait et en droit. C'est pourquoi elle ne résout pas directement les litiges ; le renvoi de l'affaire devant une juridiction de renvoi est donc nécessaire, en principe, après la cassation d'un arrêt ou d'un jugement. La Cour de cassation est juge de droit ; elle « a pour mission d'assurer l'unité de l'interprétation judiciaire des lois ». L'unité herméneutique est garantie par l'unité organique.

³⁷. Cass., civ., 12 juillet 1905, in *GAJciv.*, 12^e éd. par F. Terré et Y. Lequette, t. 1, 2007, n°66, p. 430 à 435. Cette décision n'avait pas été sélectionnée par H. Capitant, dans sa 1^e édition des *Grands arrêts*.

³⁸. Cass., req., in *GAJciv.*, 12^e éd. par F. Terré et Y. Lequette, t. 2, 2008, n°239, p. 553 à 561. Plus de vingt ans après, la Cour de cassation a précisé dans l'arrêt *Ville de Bagnères-de-Bigorre* (Cass., civ., 2 mars 1915, in *GAJciv.*, 1^e éd. par H. Capitant, n°108, p. 235 à 236, reprod. dans la 12^e éd. par F. Terré et Y. Lequette, t. 2, 2008, n°240, p. 561 à 564) que l'enrichissement sans cause peut faire l'objet d'une indemnisation en justice si l'appauvri ne dispose pas déjà d'une action en justice. On dit depuis que l'action *de in rem verso* a un caractère subsidiaire. Suppléant la loi, la Cour de cassation a créé un remède ultime.

³⁹. Cass., ch. réunies, 13 février 1930, in *GAJciv.*, 1^e éd. par H. Capitant, n°104, p. 225 à 228. Contrairement à ce qu'ont écrit Capitant et d'autres auteurs, les expressions de « présomption de faute » et de « présomption de responsabilité » ne sont pas synonymes, parce que la responsabilité générale du fait des choses est un mécanisme de responsabilité sans faute, où la faute n'est ni une condition de mise en œuvre de la responsabilité, ni l'absence de faute une condition d'exonération de la responsabilité du gardien de la chose intervenue matériellement et activement dans la réalisation du préjudice. Arrêt reproduit dans la 12^e éd. par F. Terré et Y. Lequette, t. 2, 2008, n°199, p. 381 à 389.

⁴⁰. Cass., ass. plén., 29 mars 1991, in *GAJciv.*, 12^e éd. par F. Terré et Y. Lequette, t. 2, 2008, n°227-229 (I), p. 493 à 510.

⁴¹. V. par ex., à propos de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil : R. Savatier, « La responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre ? », *D.H.* 1933, chron., p. 81 à 84.

« Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation »⁴². **Une seule Cour de cassation est donc juge de la conformité au droit des jugements et des arrêts des juridictions judiciaires. Capitant excluait ainsi de la catégorie des grands arrêts toutes les décisions émanant des tribunaux et des cours d'appel**, non pas qu'il n'admette pas que des Tribunaux soient parvenus, sans intervention de la Cour de cassation, « à s'accorder sur la solution » que leurs jugements comportent. On pourrait citer, par exemple, la question de l'obligation faite aux enfants du défunt de payer les frais funéraires de leur père ou de leur mère, malgré la renonciation à leurs droits dans la succession de celui-ci ou celle-ci. La Cour de cassation ne s'est prononcée qu'en 1992, alors que la jurisprudence des tribunaux fut fixée dès 1901 par un juge de paix⁴³. Il existe aussi des jurisprudences de résistance des juges du fond, telles que celle de la Cour d'appel de Paris sur les mères porteuses⁴⁴, où cette juridiction se montre sensible, depuis vingt déjà⁴⁵, à l'intérêt supérieur de l'enfant d'être rattaché à sa mère intentionnelle et affective en dépit de la prohibition de la gestation pour autrui. Ce sont là des tendances marginales. Les arrêts de la Cour de cassation suscitent une attraction considérable, liée à l'autorité qui s'attache à leur jurisprudence autant qu'à la forme de ses arrêts. Les décisions des juges du fond ne sont **pas assez concises** par rapport aux arrêts de la Cour de cassation. De surcroît, ni les tribunaux ni les cours d'appel n'ont vocation, au fond, à **s'extraire du cas particulier pour fixer une interprétation générale des textes** lorsque, pris à la lettre, ils sont insuffisants à résoudre le problème juridique posé. MM. F. Terré et Y. Lequette, et avant eux L. Julliot de la Morandière et A. Weill sont restés fidèles à ce critère de sélection. Aucune décision des juges du fond n'a reçu le label de grand arrêt de la jurisprudence civile.

Dans le détail, les arrêts sélectionnés par Capitant émanent de **formations différentes de la Cour de cassation**, telles que la chambre des requêtes, la chambre civile et des chambres réunies. MM. Terré et Lequette ont ajouté des décisions émanant de toutes les nouvelles formation de la Cour de cassation (Première⁴⁶, deuxième⁴⁷ et troisième chambre civile⁴⁸, chambre commerciale⁴⁹ et chambre sociale⁵⁰, chambre mixte⁵¹ et assemblée plénière⁵²), à l'exception de la chambre criminelle. Pour mettre au clair cette sélection faite dans un passé lointain ou proche, MM. Terré et Lequette ont introduit dans les avant-propos un développement consacré à l'organisation et au fonctionnement de la Cour de cassation où sont notamment expliqués le régime primitif et le système actuel de la Cour suprême de l'ordre judiciaire⁵³.

⁴². Code de l'organisation judiciaire, art. L. 411-1.

⁴³. V., sur laquelle, Trib. Paix Toulouse, 21 mai 1901, *D.P.* 1902, 2, p. 206 ; Trib. civ. Seine, 7 janvier 1902, *D.P.* 1902, 2, p. 174 ; S. 1903, 2, p. 52 ; Trib. Paix Dijon, 12 mars 1910, *D.P.* 1911, 5, p. 9 ; Trib. Paix Paris, 15^e ardt., 26 oct. 1934, *D.H.* 1934, p. 614 ; Trib. civ. Seine, 9 janv. 1956, *JCP*, éd. N., 1956, II, 9294. Au fondement de l'obligation alimentaire, la Cour de cassation a ajouté le devoir de piété filiale posé à l'article 371 du Code civil, cf. Cass. civ. 1^e, 14 mai 1992, *Bull. civ.* I, n°192 ; *JCP* éd. G. 1993, II, 22097, note F.-X. Testu ; Cass. civ. 1^e, 21 sept. 2005, *Bull. civ.* I, n°341 ; *Dr. famille* 2005, Comm. n°251, note B. Beignier ; Cass., civ. 1^e, 28 janv. 2009, *Bull. civ.* I, n°12, *D.* 2009, Jur., p. 1927, et la note.

⁴⁴. V. aussi, en ce sens : M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit*, PUF, coll. Licence, 2009, p. 109.

⁴⁵. CA Paris, 15 juin 1990, *JCP*, éd. G., 1991, II, 21563, note B. Edelman et C. Labrusse-Riou ; CA Paris, 25 octobre 1997, *Menesson, A.J.famille* 2007, p. 478, obs. F. Chénéde ; CA Paris, 26 févr. 2009, *Dr. famille*, juin 2009, Comm. n°75, note P. Murat ; CA Paris, 18 mars 2010, *Menesson, JCP*, éd. G. 2010, n°798, note A. Mirkovic.

⁴⁶. V. par ex. Cass., civ. 1^e civ., 14 mai 1991, *Lorthioir*, in *GAJciv.*, 12^e éd. par F. Terré et Y. Lequette, t. 2, 2008, n°159, p. 137 à 152, à propos du pouvoir du juge de relever une clause abusive en l'absence de décret.

⁴⁷. V. par ex. Cass., civ. 2^e, 19 février 1997, *Bertrand*, in *GAJciv.*, 12^e éd. préc., spéc. t. 2, n°215-217 (II), p. 444 à 459, à propos de la responsabilité des père et mère du fait de leur enfant mineur.

⁴⁸. V. par ex. Cass., civ. 3^e, 3 novembre 1981, *Sté Ranch de la Bravone*, in *GAJciv.*, 12^e éd. préc., spéc. t. 2, n°288-289 (I), p. 813 à 820, à propos de la qualification du crédit-bail.

⁴⁹. V. par ex. Cass., com., 26 novembre 2003, *Manoukian*, in *GAJciv.*, 12^e éd. préc., spéc. t. 2, n°142, p. 1 à 12, à propos de l'évaluation du préjudice consécutif à la rupture unilatérale des pourparlers précontractuels.

⁵⁰. V. par ex. Cass., soc., 11 juillet 1989, *Mme L...*, in *GAJciv.*, 12^e éd. préc., spéc. t. 1, n°27, p. 199 à 211, à propos des effets juridiques du concubinage homosexuel.

⁵¹. V. par ex. Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, *Mme Perre*, in *GAJciv.*, 12^e éd. préc., spéc. t. 2, n°258, p. 653 à 662, à propos de la sanction de la violation d'un pacte de préférence.

⁵². V. par ex. Cass., ass. plén., 12 juillet 1991, *Besse*, in *GAJciv.*, 12^e éd. préc., spéc. t. 2, n°173-176 (IV), p. 228 à 243, à propos de l'effet relatif des contrats dans les groupes de contrats.

⁵³. Cf. *GAJciv.*, 10^e éd. par F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, 1984, p. XVII à XXI, reproduits in 12^e éd., préc., t. 1, p. XIX à XXIII.

Ceci étant dit, l'expression de « **cour suprême** » employée par Capitant ne désigne plus la seule Cour de cassation ; cette qualification est susceptible d'embrasser toute juridiction placée à la tête d'un ordre juridictionnel⁵⁴. Si le Conseil d'État et la Cour de justice de l'Union européenne n'ont pas aujourd'hui rendu de grands arrêts de la jurisprudence civile, il n'en est pas de même du **Conseil constitutionnel** et de la Cour européenne des droits de l'homme. La 10^e édition des Grands arrêts de la jurisprudence civile a accueilli une décision du Conseil constitutionnel⁵⁵ et la 12^e édition un arrêt de la **Cour européenne des droits de l'homme**⁵⁶. On pressent que la prochaine édition des *Grands arrêts* pourrait reproduire l'une des très nombreuses décisions du Conseil constitutionnel qui a répondu à une **question prioritaire de constitutionnalité**. Depuis le 1^{er} mars 2010, les sages de la rue Montpensier disposent en effet, à côté du contrôle *a priori* de conformité des lois, du pouvoir de contrôler la conformité d'une loi en vigueur au droit constitutionnel. Or, parmi la centaine de décisions d'un nouveau genre, deux décisions touchent à l'un des trois piliers du droit civil : par-delà leurs réponses, les questions prioritaires de constitutionnalité posées par des couples homosexuels désirant adopter ensemble un enfant⁵⁷ ou se marier⁵⁸, éprouvent le sens et le fondement des institutions du Code civil fondatrices de la famille.

En attendant, les arrêts sélectionnés sont des points d'ancrage de tendances jurisprudentielles. Dans le passage de cette préface, Capitant nous indique **trois catégories différentes d'arrêts dignes de représenter tout une suite jurisprudentielle** sur une question donnée. Soit il s'agit d'un « premier arrêt » qui a inauguré une controverse⁵⁹ ; soit il s'agit du dernier arrêt qui a clos une controverse⁶⁰ ; soit, à mi-chemin, il s'agit d'un arrêt de

⁵⁴. En toute rigueur, il faudrait ajouter qu'une cour suprême est juge de droit et que ses décisions sont insusceptibles de recours. Cette qualification ne convient donc plus à la Cour de cassation depuis que ses arrêts peuvent être contestés devant la Cour EDH ou la CJUE. Sur ce point, v. *infra* C. Ginestet, « La Cour de cassation est-elle une Cour suprême ? », p. 705 à 713.

⁵⁵. Conseil constit., 16 janvier 1982, décision n°81-132 DC, J.O. du 17 janv. 1982, p. 299 ; *GAJciv.*, 10^e éd., préc., n°1, p. 1 à 15, reproduite in 12^e éd., préc., t. 1, n°2, p. 11 à 26, spéc. n°1 : « Certains s'étonneront sans doute de la reproduction de cette décision au sein de cet ouvrage. De fait, il est difficile de voir dans le Conseil constitutionnel une source naturelle de la 'jurisprudence civile'. Malgré cela, il a paru impossible aux auteurs d'ignorer plus longtemps une réalité qui, si elle échappe formellement au cadre de cet ouvrage, n'en a pas moins matériellement une importance de plus en plus grande pour l'ensemble du droit français, y compris du droit civil ». Adde, N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse Paris II, 1995, Paris : LGDJ, coll. Bibl. Dr. Privé, t. 287, 1997, préf. M. Gobert.

⁵⁶. C.E.D.H., 1^{er} février 2000, *Mazureck*, in *GAJciv.*, 12^e éd., préc., t. 1, n°99, p. 593 à 607, spéc. n°1 : « Plus encore que l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg en matière de transsexualisme (CEDH, 25 mars 1993, *Botella*), l'arrêt *Mazureck* a fait prendre conscience à la communauté des civilistes français de ce que les droits fondamentaux étaient devenus, pour leur discipline, une donnée positive de première importance ». Adde, A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse Paris II, 2001, Paris : Dalloz, coll. NBT, vol. 15, 2002, préf. L. Leveneur.

⁵⁷. Conseil constit., 6 octobre 2010, décision n°2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D et Isabelle B*, J.O. du 7 oct. 2010, p. 18154 : « 9. Considérant, en second lieu, qu'en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté. – 10. Considérant que l'article 365 du code civil n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ».

⁵⁸. Conseil constit., 29 janvier 2011, décision n°2010-92 QPC, *Mme Corinne C. et autre*, J.O. du 29 janv. 2011, p. 1894 : « 9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ».

⁵⁹. V. par ex. Cass., civ., 17 décembre 1913, *Bodin*, in *GAJciv.*, 12^e éd., préc., t. 1, n°14-15 (II), p. 114 à 122. Dans cette affaire, l'irrecevabilité de l'action en contestation d'une reconnaissance de complaisance engagée par le Ministère public a été justifiée, il y a un siècle, au nom de l'honneur et du repos des familles, alors que le Parquet dispose, depuis quinze ans, de prérogatives les plus étendues pour discuter le titre de filiation (C. civ., art. 336 et 333, al. 2). Le Ministère public est ainsi devenu le gardien de l'intérêt de l'enfant pour faire établir « sa » filiation biologique, et ce bien qu'il ait une possession d'état continue de cinq ans, acquise au cours de la petite enfance.

⁶⁰. V. par ex. Cass., ch. mixte, 6 septembre 2002, *Bossa*, in *GAJciv.*, 12^e éd., préc., t. 2, n°242, p. 568 à 577, à propos de la qualification du quasi-contrat de promesse apparente de délivrance d'un gain de loterie pour sanctionner une annonce mensongère publicitaire.

revirement de jurisprudence⁶¹. Cette **systématisation des grands arrêts** illustre au fond que le droit reste vivant et toujours susceptible de s'adapter aux difficultés nouvelles que nous réservent la vie, les affaires et les faits sociaux. Le label de grand arrêt n'est pas définitif, ce qui nous porte à étudier enfin l'auteur de la sélection.

B. L'auteur de la sélection

Capitant s'exprime à la première personne, dans un style direct : « la méthode que j'ai suivie dans la réalisation de cet ouvrage », « je n'ai relevé que les arrêts... ». Alors qu'il est recommandé aux étudiants de proscrire le « **je** », un professeur de droit en use à bon escient pour exprimer une **pensée personnelle**, distincte de celle de ses pairs. Ces deux phrases indiquent **l'apport doctrinal** le plus cher à Capitant : l'exposé de la méthode de la sélection valait bien une préface.

Capitant n'est plus et cependant sa **méthode de sélection** continue d'être appliquée, ainsi qu'en témoignent les éditions successives des grands arrêts de la jurisprudence civile. La méthode est restée mais son application a donné lieu à des sélections différentes. **Des décisions de la Cour de cassation ont perdu le label de grand arrêt, d'autres l'ont acquis**. Le contenu des grands arrêts de la jurisprudence civile a donc évolué. Le nombre des arrêts a augmenté, tout en restant dans la même proportion, variant de 226 arrêts en 1934 à 306 en 2008. Les changements font l'objet d'une explication qu'ont donnée Léon Julliot de la Morandière et Alex Weill dans la préface à la 4^e édition, en 1964, mais aussi MM. Terré et Lequette dans la troisième préface, continuellement enrichie depuis 1984, entre la 8^e et la 12^e édition.

Ancrés dans le passé, régulièrement refondus, les grands arrêts de la jurisprudence civile sont promis à l'éternité : ils paraissent ainsi hors du temps. Pourtant, cette sélection n'est pas complètement hors d'atteinte des marées jurisprudentielles qui apportent leurs lots d'arrêts à commenter. Lorsqu'un bel arrêt est rendu par la Cour de cassation, beau parce que soigné dans sa rédaction, portant haut une formule soigneusement ciselée, dégagée des pesanteurs des faits et isolée dans un attendu de principe, un bel arrêt dont la portée est considérable parce qu'il met un terme à une controverse ou réalise un revirement de jurisprudence, n'est-il pas tentant de lui décerner immédiatement ce label doctrinal, sans attendre la prochaine édition des grands arrêts ? Bien qu'il ne s'agisse pas d'une appellation d'origine contrôlée, la proposition doctrinale est assez rare ; elle se remarque alors d'autant plus facilement⁶².

La sélection des grands arrêts est aujourd'hui orientée par la Cour de cassation elle-même. Décernées par les magistrats, après le délibéré, les mentions P., B., R. et I. indiquent la valeur de l'arrêt qui gouverne sa diffusion. Cette hiérarchisation doit être combinée avec les lettres FP, FS ou FR qui correspondent à la composition de la chambre (formation plénière, formation de section ou formation restreinte)⁶³. Les arrêts qui ont fait l'objet d'une large diffusion, d'un communiqué du premier président de la Cour de cassation sur le site internet de la Cour de cassation (I.) et d'un commentaire dans le rapport annuel de la Cour de cassation (R.) sont sans doute promis à une présélection pour devenir de grands arrêts. On songe ainsi aux trois arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 avril 2011 qui ont réaffirmé la contrariété de la gestation pour autrui au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, en soulignant de manière inédite qu'il s'agit d'un

⁶¹. V. par ex. Cass., civ. 1^e, 7 octobre 1998, *Grostabussiat*, in *GAJciv.*, 12^e éd., préc., t. 2, n°158, p. 130 à 137, qui a rendu indifférente l'ignorance du caractère illicite de la cause par l'une des deux parties, parmi les conditions de mise en œuvre de la nullité du contrat fondée sur l'article 1131 du Code civil.

⁶². « Attention, « Grand arrêt » ! Tel est le label que mérite sans aucun doute la décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 10 juillet 2007, qui s'inscrit dans une séquence jurisprudentielle, récemment inaugurée, par laquelle la Cour entend manifestement cantonner restrictivement la portée de l'exigence de bonne foi, édictée par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, et canaliser rigoureusement les pouvoirs du juge fondés sur ce texte », cf. D. Mazeaud, obs. sur Cass., com., 10 juillet 2007, *RDC* 2007/4, p. 1110. L'arrêt fut en effet sélectionné par MM. Terré et Lequette, dans la 12^e éd. des *GAJciv.*, parue en 2008, préc., t. 2, n°164, p. 173 à 182.

⁶³. Sur cette signalétique, v. *supra* C. Bléry, *supra*, n°140, texte et note 117.

« *principe essentiel du droit français* »⁶⁴.

Mais, à l'inverse, rien n'interdit à la doctrine de se montrer très attentive à un arrêt non publié au *Bulletin* et de se demander s'il est de nature à faire jurisprudence⁶⁵. La question a été posée, avec acuité, à propos d'un arrêt de la Chambre commerciale du 29 juin 2010, pourtant rédigé avec beaucoup de soins⁶⁶, et dans lequel des auteurs ont découvert le signe d'un infléchissement de la jurisprudence *Canal de Craponne*⁶⁷ qui rejette la théorie de l'imprévision en cas de changement de circonstances entre la formation et l'exécution du contrat.

En définitive, quels que soient les efforts déployés par la Cour de cassation et d'autres juridictions suprêmes pour communiquer sur leurs grandes décisions, le « grand arrêt de la jurisprudence civile » demeure un label doctrinal, un label déposé par Capitant et contrôlé par les grands professeurs qui poursuivent son œuvre pédagogique. Pour le reste, chaque auteur a sa formule pour saisir le lecteur sur l'apport jurisprudentiel au droit positif⁶⁸, la langue française est si riche... « Célébrissime » comme l'arrêt *Chronopost*⁶⁹ ou l'arrêt *Mercier*⁷⁰ ! Importante ou relative, unanime ou discutée, la grandeur d'un arrêt est due à l'attention que lui porte la doctrine et à l'attachement qu'elle lui voue dans ses enseignements⁷¹.

⁶⁴. Cass., civ. 1^e, 6 avril 2011 (3 arrêts), pourvoi n°09-17.130, n°09-66.486 et n°10-19.053. Ces trois arrêts de rejet comportent cette même formule ciselée : « *en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* ».

⁶⁵. Cf. P. Deumier, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? (à propos de Cass., com., 29 juin 2010) », *RTD civ.* 2011, p. 87 à 90.

⁶⁶. « *Quelle formule, en effet !, si longue, si finement ciselée et aux termes si choisis... Formule qu'on ne cesse de relire sans vraiment y croire, et qu'on dirait tout droit sortie du rêve du plus fou commentateur : « si l'évolution des circonstances économiques (...) n'avait pas eu pour effet (...) de déséquilibrer l'économie générale du contrat (...) et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement (...)* ». *Un pavé dans la mare* » cf. Th. Génicon, note sous Cass., com., 29 juin 2010, *Soffimat*, in *D.* 2010, Jur., p. 2485.

⁶⁷. V. Cass., civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, in *GAJciv.*, 12^e éd., préc., t. 2, n°165, p. 183 à 194 (Un arrêt cependant non sélectionné par Capitant, en 1934).

⁶⁸. « *Un important arrêt de la Cour de cassation, siégeant en chambre mixte, du 2 décembre 2005 décide que le cautionnement réel étant une sûreté purement personnelle n'entre pas dans le champ de protection de l'article 1415 du Code civil* », cf. B. Beignier, « Bicentenaire d'Austerlitz : le Trafalgar du cautionnement réel », *Dr. famille*, février 2006, étude 13, p. 10 à 12. L'originalité du titre indique au lecteur l'importance de l'arrêt et facilite la mémorisation de la date de l'arrêt. Cet arrêt *Boudaud* fut sélectionné, reproduit et commenté in *GAJciv.*, 12^e éd., préc., t. 2, n°299, p. 864 à 871.

⁶⁹. Cass., com., 22 octobre 1996, *Chronopost*, in *GAJciv.*, 12^e éd., préc., t. 2, n°157, p. 111 à 129, à propos des limites à la validité des clauses limitatives de réparation. V. depuis Cass., com., 29 juin 2010, *Faurecia*, n°09-11841, *D.* 2010, Jur., p. 1832, note D. Mazeaud ; *RDC* 2010, p. 1253, obs. O. Deshayé, qui débute ainsi son commentaire : « *Voilà l'épilogue de la célèbre affaire Faurecia. L'arrêt était attendu. Il a tout d'un grand. Rendu en formation plénière de chambre, il connaîtra la plus large diffusion (P-B+R+I). On peut prédire sans aucun risque qu'il sera abondamment commenté. Et aussi qu'il le sera de manière approbative, car la solution sur laquelle il revient (ou dont il contredit plus exactement l'interprétation dominante) était critiquable et avait été largement critiquée* ».

⁷⁰. Cass., civ., 20 mai 1936, *Mercier*, in *GAJciv.*, 12^e éd., préc., t. 2, n°162-163 (I), p. 162 à 172, à propos de la nature contractuelle de la relation entre le médecin et son patient. V. depuis Cass., civ. 1^e, 3 juin 2010, n°09-13951, *D.* 2010, Jur., p. 1522, note P. Sargos et les obs. de M. Bacache, F. Leduc et Ph. Pierre, in *RDC* 2011, p. 335 à 365, dont la lecture montre combien un même arrêt peut recevoir en doctrine des commentaires différents.

⁷¹. Rapp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, 8^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2009, n°355 in fine : « *La jurisprudence joue donc un rôle décisif dans le processus d'éclosion et d'expression des arrêts de principe. Mais la doctrine exerce aussi, par l'intérêt qu'elle leur porte, une influence en la matière. Précieuse est, à cet égard, la démarche cognitive (C. Puigelier, « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », *RRJ* 2002, p. 1631)* ».