

« JEAN CARBONNIER ET LA QUERELLE DE LA SOURCE OU DE L'AUTORITÉ : PERMANENCE D'UN VIEUX DÉBAT ? »
PAR CHRISTIAN CHÊNE,
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS DESCARTES

Selon Josserand, la jurisprudence « constitue la matière première sur laquelle doivent s'exercer nos recherches ». Mais Jean Carbonnier réfutera par la suite cet engagement très fort pour la jurisprudence. Il estimera au contraire qu'il faut rétablir la primauté de la loi, ce qui ne l'empêchera pas de rester critique vis-à-vis du travail du législateur.

La querelle de la source ou de l'autorité évoque bien évidemment la position du doyen Carbonnier qui, dans son *Thémis* (Carbonnier J., *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^e éd., 2002, n° 32), considère la jurisprudence non comme source du droit mais, « *modeste pour elle* » (Carbonnier J., *RTD civ.* 1992, p. 341), comme une autorité, analysée dans le même développement que la doctrine. C'est une position propre à l'auteur que l'on ne retrouve guère que chez ses émules (voir par exemple, Cornu G., *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 12^e éd., 2005, n° 440). Historien du droit, j'ai d'abord pensé relativiser cette originalité, en faisant l'Ecclésiaste aurait peut-être ironisé Jean Carbonnier (*in* En l'année 1817, *Mélanges Raynaud P.*, Dalloz, 1985, p. 94) puisque depuis toujours, c'est-à-dire le droit romain, la question est dominée par la contradiction entre deux textes fameux, les lois *nam imperator* (D. I. 3. 38) et *nemo judex* (C. VII. 45. 13). Si cette dernière impose au magistrat de ne pas se déterminer sur des exemples, mais sur des lois, la première accepte l'autorité de ce qui a toujours été jugé dans le même sens (Chêne C., *Arrêtistes et enseignement languedocien sous l'Ancien Régime*, *in* Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVIIe-XVIIIe siècles, par Dauchy S. et Demars-Sion V., CNRS, 2005, p. 141). Depuis, en droit savant comme chez les arrêtistes de l'Ancien Régime ou la doctrine du XIXe et du XXe siècle (Hakim N., *L'autorité de la doctrine française au XIXe siècle*, LGDJ, 2002, p. 327 ; Zénati F., *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 75), on a cherché, en l'absence de loi ou dans l'obscurité du texte, à justifier la décision par une prétendue coutume judiciaire, sauf à préférer admettre une interprétation plus extensive mettant ainsi l'accent sur l'autorité du raisonnement du juge. Plus récemment, faute de solution vraiment satisfaisante, la jurisprudence a été reconnue comme une source autonome de droit. Le choix du doyen Carbonnier ne serait-il dès lors que nostalgie érudite d'un débat déjà banal pour Jean Boulanger (*in* *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, *RTD civ.* 1961, p. 417 ; « *exposé nostalgique d'un passé révolu* » pour Bandrac M., *RTD civ.* 1992, p. 340 ; exprimant une « *schizophrénie de la doctrine* » pour Jestaz Ph. et Jamin Ch., *in* *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 138), en tout cas bien théorique devant l'importance du fait jurisprudentiel comme le fait remarquer Mme Saluden (*in* *La Jurisprudence, phénomène sociologique*, *Archive de philosophie du droit*, t. XXX, p. 192) ? Mais il ne suffit pas de lire un grand auteur, on doit aussi l'écouter. Ainsi, lors d'une conférence présentée à la Faculté de Poitiers en 1990 (là où il fut doyen de 1950 à 1954 ; sur son décanat, voir Gojosso E., *Journée Jean Carbonnier, l'homme, la pensée, la spiritualité*, Association Henri Capitant, 6 oct. 2005, à paraître), devant ses anciens étudiants dont les cours, enregistrés sur le ruban d'un gros magnétophone, servirent d'ébauche à son manuel, il accepta, entre autres souvenirs, de se confier sur ce point : « *En ce temps-là, l'engouement pour la jurisprudence était déjà très fort, plus peut-être même qu'aujourd'hui, parce que l'on n'avait pas encore décelé les infirmités du droit jurisprudentiel. Un symptôme en était l'ouvrage de Josserand qui avait tout de suite conquis une grande vogue : Cours de droit civil positif, ainsi l'avait-il intitulé. Positif, à ses yeux, parce que la jurisprudence y avait été poussée au premier plan, refoulant la loi, celle-ci n'ayant plus d'autre fonction que*

*d'expliquer, justifier la jurisprudence. J'aurais voulu, mais j'ignore si j'ai su faire passer le message, réagir contre ce courant et rétablir la loi dans sa primauté »**.

Voilà donc qui ranime le débat et nous convie à quelques commentaires.

« *En ce temps-là...* » : le manuel de Josserand sert de référence. Il paraît en 1930 et sera réédité en 1932, puis 1939, peu avant la mort de l'auteur. C'est bien l'ouvrage à succès de cette époque. Mais ce sont aussi "les années de Bordeaux" pour Jean Carbonnier, né en 1908. Élève précoce (certainement stimulé par des maîtres exigeants comme ce professeur de latin qui fait traduire à ses élèves le récit de l'éducation d'un certain puer Hugo Donellus ; ce dernier devint désormais "un ami", voir Défense et illustration de l'humanisme calviniste, in Jacques Godefroy (1587-1652), sous la dir. de Schmidlin B. et Dufour A., Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 254), étudiant séchant ses cours pour lire davantage (voir la communication du président Legeais, Journée Jean Carbonnier, précitée ; voir sur cette époque : Malherbe M., La Faculté de droit de Bordeaux (1870-1970), 1996), il n'en écoute pas moins Duguît et admire Julien Bonnecase, « *ce torrent d'idées* », qui soutient ses premiers essais historiques (Essais sur les lois, 1979, p. 21 ; en fait, il semble bien ne pas résister au plaisir d'un mot, adaptant la formule aux Pyrénées : « *Bonnecase... ce gave d'idée !* », souvenir de facétie étudiante ? Ce dernier lui permet de publier une première « *scolie* » sur Victor Hugo à la Revue historique de droit français en 1928). Puis la lecture de La morale et la science des mœurs de Lucien Lévy-Bruhl lui fait découvrir la sociologie juridique (Andrini S. et Arnaud A.-J., Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit, archéologie d'une discipline, LGDJ, 1995, p. 27). Voilà pour le premier acquis, avant même la soutenance de sa thèse en 1932 (Carbonnier J., Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, thèse Bordeaux, 1932 ; voir son analyse en forme d'hommage par Gridel J.-P., D. 2004, n° 28, p. 2723). Il s'oriente alors vers l'enseignement, prépare l'agrégation de droit. En 1937, il sera nommé professeur à la Faculté de Poitiers.

Ainsi, selon ses propres dires, Jean Carbonnier s'engage très tôt contre la position que symbolise Josserand, l'éminent professeur, le conseiller influent à la Cour de cassation (I), afin de contribuer à rétablir la primauté de la loi (II), un choix très personnel qui nous ouvre deux perspectives.

I - Le symptôme Josserand

Entre celui pour qui « *l'absence de passion* » est « *l'essence même du droit* » et celui qui nous confiera quelques décennies plus tard sa « *Passion du droit* », il y a plus qu'un simple choix d'écriture. La vision du droit jurisprudentiel de Josserand me paraît heurter Jean Carbonnier de deux façons.

A - Du point de vue de la science sociale

Louis Josserand, face aux transformations de son époque, envisage le droit comme l'expression d'"une" science sociale, qui doit moins à Durkheim qu'à une tradition de philosophie évolutionniste qui lui fait considérer, à la manière d'Auguste Comte, un principe d'évolution qui entraîne le droit en trois ordres successifs, le religieux, le moral puis désormais l'économique (pour une analyse moins schématique, Deroussin D., Louis Josserand : le droit comme science sociale ?, Colloque "La Faculté de droit de Lyon et le renouveau de la science juridique sous la IIIe République", Université Lyon III, 4-5 févr. 2005, actes à paraître). La loi de solidarité et d'interdépendance exprime, elle, le sens général de ce mouvement, le passage de l'individuel au collectif. Au juriste de comprendre que le droit n'est que l'instrument de cette évolution : ainsi en acceptant la théorie du risque, a-t-on rendu hommage au progrès. Si inquiet de trop d'utilitarisme, il recherche une "superlégalité",

c'est une sorte d'anticipation, de référence au "droit positif de demain". Josserand reste un optimiste.

Jean Carbonnier est déjà certainement plus sceptique. Lui aussi est marqué par ce début du XXe siècle, « *ces années d'angoisse historique* », nous dit-il (*in* Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 5^e éd., 1983, p. 154). La crise allemande de 1923 orientera durablement sa vision du droit monétaire comme de tout le droit des biens (*in* Droit et passion du droit dans la Ve République, Flammarion, 1996, p. 185 ; voir également l'analyse de Libchaber R., Journée Jean Carbonnier, précitée). L'évolution n'est pas que progrès. Mais il ne peut se contenter de cette vision évolutionniste trop globale. « *Démocrate nous l'avait dit, quatre siècles avant notre ère...* », Montesquieu et Durkheim l'ont rappelé, la belle affaire (Droit et passion, précité, p. 9) ! Ce sont plus précisément les rapports qui se nouent entre une époque et son droit qui sont intéressants. La référence aux sciences sociales devient plus précise, plus exigeante. Même s'il avoue pratiquer la sociologie comme une « *scientia amabilis* » (*in* Flexible droit, précité, préface, p. 5), privilège des précurseurs, il est là dans un autre rôle : il y a plusieurs demeures dans la maison du droit, dira-t-il plus tard (« *Il y a plus d'une définition dans la maison du droit* », Droits... 11, 1990, p. 9, mais aussi bien sûr Jean, 14. 2 !). Il paraît, de fait, plus à l'aise par rapport à la pensée scientifique. Josserand n'hésitait pas à invoquer rien moins qu'Einstein et la théorie de la relativité pour justifier par analogie l'abus de droit ! Lui peut à l'occasion se référer à Henri Poincaré (Flexible droit, précité, p. 9), mais c'est pour souligner la nécessité d'une méthode, la formulation de l'hypothèse préalable à toute investigation. Aussi est-il plus libre de refuser l'idée d'un positivisme sociologique qui, selon Auguste Comte, Spenser, Durkheim ou Duguit qui les suit, ne rend compte du droit que comme du produit d'un déterminisme social. C'est ignorer sa dimension spécifique.

B - Une conception différente du droit positif

Les deux auteurs ont donc une façon différente de concevoir le droit positif. Le maître lyonnais s'explique dans la préface de son manuel : « *Le droit que nous avons pris pour objet de notre étude est avant tout le droit jurisprudentiel... 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 l'aménage, les documents législatifs n'étant que des matériaux dont l'assemblage et la mise en œuvre lui sont confiés* » (Josserand L., Cours de droit civil positif, 1^{re} éd., 1930, préface).

Cette conception a surtout le mérite d'exprimer clairement l'opinion qui s'affirme depuis la fin du XIXe siècle. C'est dans cet esprit qu'Adhémar Eismein a ouvert la Revue trimestrielle de droit civil en 1902 (Eismein A., La jurisprudence et la doctrine, RTD civ. 1902, p. 5), que le Premier président Ballot-Beaupré a salué le centenaire du Code civil (*in* Le centenaire du Code civil, 1804-1904, rééd. 1969, p. 27). Puis ont suivi les écrits de Planiol, d'Edouard Lambert, pour ne citer que les noms les plus célèbres. Ainsi conclut Josserand : il faut aller « *par la jurisprudence, au-delà de la jurisprudence* » (Josserand L., Cours de droit civil positif, précité, n° 94), une formule qui découvre ses origines !

Faut-il rappeler que cette attention nouvelle pour la jurisprudence correspond de fait à nombre d'avancées importantes de la Cour de cassation (Malaurie Ph., Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, Travaux Association Henri Capitant, t. XXXI, 1980, p. 81, qui parle des années 1930 comme de « *l'âge d'or* » de la jurisprudence). La responsabilité du fait des choses et l'arrêt Jan d'Heur, dont Josserand fait le commentaire inspiré, en sont les témoignages les plus éclatants. Jean Carbonnier sait tout cela. Ce qui peut le gêner, c'est moins l'appréciation du travail jurisprudentiel (bien qu'il manque singulièrement d'enthousiasme : « *Un immense gaspillage d'intelligence et de temps, c'est peut-être le bilan*

que l'on dressera un jour de notre célèbre jurisprudence. Une bonne loi sur la responsabilité des accidents d'automobiles, à l'exemple de l'Allemagne (loi du 3 mai 1909) ou de la Suisse (loi du 15 mars 1932), aurait permis sans doute de faire l'économie d'une construction aussi ambitieuse », in *Droit civil*, t. IV, 1986, p. 456) que les effacements corrélatifs qu'entérine Josserand. Ce dernier marque nettement sa méfiance par rapport à la législation, expression d'un droit de la force – il renvoie à Ihering –, ou résultat de pressions corporatives. L'État est en crise, le règne de la loi est « une idéologie que l'expérience n'a pas su instruire », dit-on alors (Aillet G., *La démocratie et la loi...*, *Rev. de métaphysique et de morale*, t. XVII, 1909, p. 570). Et que reste-il pour le travail doctrinal ? Jean Carbonnier est trop helléniste pour ne pas remarquer ce terme d'assemblage, *sustema*, système : la mise en cohérence des solutions jugées ne serait-elle plus l'apanage de la doctrine ? D'ailleurs, Josserand ne se gêne pas pour déclarer avoir évité autant que possible toute « dialectique » ou toute référence historique : la critique n'interviendra que s'il est utile de rappeler au juge le besoin social. Le reste n'est que "roman", Gagnons de la place pour l'exposé des décisions !

« Une époque fascinée par la Cour de cassation » commente Jean Carbonnier (*Usus hodiernus pandectarum*, in *Mél. Zajtay I.*, Tübingen, 1982, p. 111), lui qui a compris que les racines ne précèdent pas forcément l'arbre, mais grandissent avec lui (in *Coligny ou les sermons imaginaires*, PUF, 1982, p. 15). Il est déjà bien trop historien (voir Lefebvre-Teillard A., *Journée Jean Carbonnier*, précitée), trop curieux de philosophie, trop amoureux du débat, pour ne pas être heurté par un tel engouement. L'occasion lui est donnée, dès 1935, de préciser sa position sur la nature de la jurisprudence. Il s'agit d'un problème d'application de la loi française par un juge suisse (in *Loi étrangère et jurisprudence étrangère*, à propos de l'arrêt Sauthier, *Clunet* 1935, p. 473). Jean Carbonnier critique la solution adoptée par le tribunal fédéral qui paraît reconnaître la jurisprudence comme source formelle de droit. Lui défend l'idée, conformément à la pensée de Niboyet, selon laquelle le juge devant appliquer une loi étrangère, n'a pas forcément à suivre l'interprétation donnée dans le pays d'origine de la loi, surtout si, dans ce pays, ici la France, le juge peut toujours opérer un revirement de jurisprudence. De façon générale, on ne saurait imposer davantage au juge étranger qu'à celui du pays d'origine ! Le juge peut seulement être sensible « à l'autorité de ce qui a été constamment jugé dans le même sens ». C'est la définition du Digeste comme c'est l'opinion d'Aubry et Rau : « La jurisprudence la plus constante ne peut être considérée chez nous comme constituant un élément du droit » (in I, § 39 bis, note 11, citée dans *Loi étrangère et jurisprudence étrangère*, précité ; auparavant, Jean Carbonnier traduit une partie de la loi *nam imperator*, précitée).

D'ailleurs, Josserand lui-même admet la nécessité d'un détour : la jurisprudence « constitue, de nos jours, le mode de révélation par excellence de la coutume, le creuset dans lequel celle-ci s'élabore et c'est par elle que "l'on voit souvent le droit évoluer sous une législation immuable" » (Josserand L., *Cours de droit civil positif*, précité, n° 99 ; il cite l'ouvrage de Cruet J., *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908).

Jean Carbonnier réfutera point par point cette référence à la coutume. Il sait que François Gény a ouvert la porte et permis de réhabiliter la coutume comme source de droit (in *Le procès et le jugement*, *Cours de sociologie juridique*, 1960-1961, photocopié 1962, p. 46). Mais encore faut-il respecter la logique de cette notion. Marcel Planiol, bon historien, fait du juge le révélateur d'une règle préexistante. Jean Carbonnier concède ici, sans trop le dire, l'existence d'une coutume d'origine savante, faite de principes généraux du droit prenant, pour les plus anciens, la forme de maxime. Mais pour le reste, il ne saurait trouver ni l'élément répétitif ni l'*opinio necessitatis*. Il reprend à son compte l'apostrophe d'Henri Poincaré aux durkheimiens : « un million d'indicatifs... ne feront jamais un impératif » (*Le procès et le jugement*, précité, p. 132). La tradition n'y peut rien. D'ailleurs, le juge le sait bien, lui qui accepte toujours l'éventualité d'un revirement de jurisprudence (on peut ajouter son souci

d'approfondir la réflexion dans des études comme Sur le caractère primitif de la règle de droit et Genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume écrits en 1961, et repris dans Flexible droit, précité, p. 87 et 99).

Plus encore, sous l'influence du juriste autrichien Eugène Ehrlich (Flexible droit, précité, p. 21), il ne saurait admettre l'assimilation entre le besoin social réel et celui qu'exprime le tribunal. Les procès filtrent la réalité juridique, créant des discriminations surtout en l'absence d'assistance judiciaire. Au fond, le droit jurisprudentiel est l'aspect clinique du droit, sa pathologie, exprimant selon Demolombe, « *la partie dramatique de la législation* », la souffrance de la loi. Ce serait « *prodigieuse idolâtrie* » que de confondre les deux (voir dans le même esprit, Durand P., La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé, D. 1956, chron., p. 74). C'est un souci méthodologique de sociologue. Mais plus encore, on peut y voir une méfiance contre les théories du Freies Recht, d'un droit libre qui laisse au juge, à son intuition, le soin de remédier aux dysfonctionnements sociaux qu'il est amené à constater. En cette période de doutes et d'aventures que sont les années trente, n'a-t-on pas avantage à savoir rappeler quelques règles ?

Il faut donc réagir...

II - Pour rétablir la primauté de la loi

Dans cette deuxième perspective, nous n'avons qu'à rappeler ce qui peut servir d'alternative à l'omniprésence de la jurisprudence. Mais peut-être parce qu'il s'agit là de ce qui lui tient le plus à cœur, nous apercevons Jean Carbonnier tel qu'en lui-même, entre passion et doute.

A - La passion de la loi

« *L'activité la plus sublime, entre toutes les activités juridiques, est celle du législateur* » (Droit et théologie chez Calvin, in Berner Universitätsschriften, Johannes Calvin, n° 13, Berne, 1965, p. 3). Confortée par l'analyse des sources du droit de Montesquieu (Législation et religion mêlées dans la sociologie de Montesquieu, Revue d'histoire et de philosophie religieuse, oct-déc. 1982, n° 4, p. 364), cette passion se nourrit de deux attachements.

1 - La conviction religieuse

« *Parce qu'elle évoque l'harmonie aussi bien que la toute puissance, on ne peut nier que la loi ne soit une notion naturellement religieuse* » (Droit et théologie chez Calvin, précité, p. 4). Pour le chrétien intransigeant qu'est Jean Carbonnier (voir Revet Th., Journée Jean Carbonnier, précitée), la loi est d'abord commandement divin (Carbonnier J., La loi en soi est-elle un mal ? L'hypothèse du non-droit, Archives de philosophie du droit, 1963, n° 8, p. 299), *evangelion*, bonne nouvelle, tendant à la perfection, chantée au psaume 119 et fondée sur la promesse des Béatitudes : « *Heureux ceux qui ont faim et soif de justice, car ils seront rassasiés...* » (Mathieu 5, 6). Mais la loi humaine est déjà bien différente puisque, par son humanité, elle est marquée par le péché. Toute loi en soi est un mal, pressent l'auteur qui finit par avouer : même la meilleure des lois porte en elle sa part de violence et de rigueur parce qu'elle contraint ; elle est démesure et orgueil par son ambition d'universalité et de perpétuité ; par son assurance d'être juste, elle distribue au mérite et non par grâce. Son objet n'est plus la perfection comme pour la loi divine, mais seulement le bien qui est multiforme donc sujet à appréciations, variations. Il y a dans le droit une sorte de génie de la contradiction, de la discorde et de la division. Saint Augustin, Luther ou les très jansénistes Domat et d'Aguesseau (ce dernier, encore magistrat, n'hésite pas à dire à ses collègues dans une mercuriale : « *Goûtez le plaisir d'épuiser chaque jour le fonds d'iniquité que chaque jour*

a produit », cité in La loi en soi est-elle un mal ?, précité, p. 308) tiennent le même langage, quelle qu'en soit la coloration théologique. Le juriste, parce qu'il participe de la promesse divine – ou si l'on préfère, touche aux états les plus forts de la conscience humaine –, doit admettre la relativité de son action. C'est ainsi qu'il pourra retourner le jugement tombé des lèvres de Luther : « *Juristen, böse Christen* » et par sa modération, sa sobriété, son autolimitation, répondre avec le pénaliste allemand Carpsov : « *Juristen gute Christen* » (Défense et illustration de l'humanisme calviniste, p. 251, Benoît Carpsov (1595-1666) passait pour avoir lu 53 fois la Bible d'un bout à l'autre ! : Michaud, Biographie universelle). Ne légiférez, ne jugez qu'en tremblant !

La loi, cet idéal ou cette invention si pratique (remarques ironiques sur le repos du chef lorsqu'il découvre la loi : Le Calvinisme entre la fascination et la nostalgie de la loi, Études théologiques et religieuses, 65^e année, 1990, p. 507), est donc moins ordre que conseil, comme le dit déjà Montesquieu. Est-ce une vision d'aristocrate (Sériaux A., Question controversée, la théorie du non-droit, RRJ 1995, n° 1, p. 29) ? Non, car il n'y a aucune connotation élitiste, mais c'est assurément la meilleure, la plus noble façon d'assurer le règne de la loi que de l'intégrer dans sa conscience. Le triomphe de la loi est de devenir coutume. Voilà le vrai fondement de la tradition. C'est l'idéal religieux du protestant Carbonnier, c'est aussi un idéal démocratique.

2 - Le souci de l'unité nationale

Son goût pour l'histoire porte plus particulièrement Jean Carbonnier vers la période révolutionnaire parce qu'elle fonde, en France, une sorte de psychologie de refus du conservatisme, du moins le croit-on. Elle sut, en tout cas, ouvrir des perspectives que le législateur épuise à peine deux siècles plus tard. Mieux, la Révolution eut plus particulièrement le mérite de savoir engendrer le Code civil. Ainsi nous dit-il, toujours dans sa conférence poitevine : « *J'avais pour le Code civil un amour que l'on aurait pu juger bonapartiste, s'il ne s'était adossé, plutôt qu'à l'œuvre napoléonienne, à l'océan de coutumes, de révolution, de virtualités futures que les rédacteurs avaient enfermées dans ce livre* ».

Tout nous est dit : le goût des juristes anciens, l'ambition révolutionnaire qui sut vouloir (Le Code civil, in La Nation, le territoire, l'État, le patrimoine, t. II, Nora P. (dir.), 1986, p. 296) et le plaisir intellectuel de trouver les pierres d'attente, autant d'invites à l'interprétation (voir par exemple au sujet de l'action paulienne, *Usus hodiernus pandectarum*, p. 111). Au-delà, il y a la signification du Code : cette loi unique est le cœur même du message révolutionnaire, l'union de la nation contre les privilèges. Comment ne pas transposer, comprendre la crainte de notre auteur face au renouveau contemporain des particularismes, des communautarismes ? Ainsi est-il attentif de ne pas abandonner le mariage aux mains des religieux ; si chacun définit le sien, la nation perd un élément important de ce dénominateur commun qu'est le mariage laïc. La loi doit être anticipation (Carbonnier J., Variations sur la loi pédagogue, p. 6). C'est cette généralité de la loi, cette pédagogie, qui séduit Jean Carbonnier. Le juge, lui, ne peut donner *a posteriori* que des leçons particulières (Variations sur la loi pédagogue, précité, p. 5 et 19).

Mais il n'est pas dupe de son idéal.

B - Le doute

« *Je ne sais si j'ai su faire passer le message...* », d'où quelques infléchissements tirés de son expérience de la deuxième moitié du XX^e siècle (il enseigne depuis 1955 à la Faculté de droit de Paris et y restera jusqu'au terme de sa carrière professionnelle en 1976).

1. Il ne peut d'abord que constater l'échec du législateur à tenir son rôle, devant cette inflation qui dénature la loi en faisant « *un procédé de gouvernement ou de gestion, une sorte de note de service...* » (Droit et passion du droit, précité, p. 110). Jean Carbonnier y voit les conséquences du keynésianisme qui a façonné les nouveaux milieux dirigeants. Pire encore, il doit bien constater l'affirmation de nouvelles Cours, du Conseil constitutionnel ou des juridictions européennes dont la passion du droit se traduit surtout par l'appétit d'en rajouter (Droit et passion du droit, précité, p. 34). Le constat n'est pas discutable, sous la Ve République, la place de la jurisprudence n'a cessé de se conforter : « *elle a conquis la parité avec la loi, même si la dégradation de la loi y a concouru non moins que sa propre ascension* », admet-il dans Droit et passion du droit (précité, p. 62). Ainsi, devant trop peu ou trop de lois, malgré « *les infirmités du droit jurisprudentiel* » qu'il ne manque pas de détailler dans son manuel (Droit civil, précité, n° 34, p. 183), malgré le silence de la constitution (Droit et passion du droit, précité, p. 27 : la jurisprudence n'y est traitée que comme une « *transparence de la loi* »), on est toujours ramené au magistrat, ou selon le mot de Jean Boulanger, à cette « *cuisine du pauvre* » (in Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, précité, p. 433 : il reprend une formule que Paul Gide avait appliquée au droit romain), nourrie de la démission des autres pouvoirs, qui abandonne au juge ce que l'on ne sait autrement décider. Pouvoir autonome donc, constaté du bout des lèvres, non sans découragement (sensible dans RTD civ. 1992, p. 341 : se soucie-t-on du justiciable ?), mais toujours avec humour : « *La parité, reprend-il, et peut-être mieux. Disséquer les arrêts et les jugements – pour ou contre, plutôt pour, tout compte fait – est, de nos jours, la principale activité de l'intelligence juridique* ».

2. Alors douter devient de plus en plus indispensable. C'est un doute critique. Les auteurs ne doivent pas être aveuglés : à « *pousser les arrêts à un rang quasi-législatif* », la doctrine s'expose à ne plus pouvoir les critiquer (Carbonnier J., Notes sur les notes d'arrêts, D. 1970, chr., p. 137). Aussi, celui qui a tenu vingt ans une chronique à la Revue trimestrielle de droit civil, fait une dernière confidence, toujours tirée de notre inédit : « *Depuis 1940, je tenais à la Revue trimestrielle de droit civil la chronique des contrats spéciaux. Les commentateurs y jouissaient de plus de latitude que dans les notes d'arrêts que publiaient les périodiques destinés aux praticiens. Mais je poussais très loin, tout de même, de temps en temps, la liberté. Il m'arrivait d'invoquer le non-droit comme une oasis dans le désert. Pis encore, j'avais introduit dans mes chroniques un personnage de comédie, que je nommais le sophiste : “Mais dira le sophiste...”, “le sophiste pourra répondre que...”. En général, il disait le contraire de ce que la Cour de cassation avait affirmé. Les Sophistes, Thrasymaque et Cie, engeance décriée chez les philosophes, et non moins chez les juristes. Les sociologues, eux, Dohrendorf en tête, les réhabilitaient : c'étaient les précurseurs de la sociologie. Henri Solus, juriste rigoureux, qui dirigeait la Revue trimestrielle, fronçait les sourcils ; Henri Lévy-Bruhl, sociologue qui lisait les chroniques de la Revue, applaudissait* » !

Le voilà donc dans le rôle du dérangeant Thrasymaque (rôle qu'il conservera jusqu'à sa dernière chronique comme le remarque le doyen Cornu dans son hommage à la RTD civ. 2003, n° 4, p. 1). Mais la malice du ton nous montre aussi combien Jean Carbonnier appréciait de trouver chez le juge l'intelligence du débatteur (voir la conclusion de la préface du Thémis : « *Même quand il arrive à ce livre de paraître refléter un parti pris (qui n'en a pas ?), que l'on veuille bien sous-entendre, au-delà de ce parti pris, une sympathie profonde pour toutes les opinions qui divisent la doctrine, pour tous les sentiments qui font la France* », Droit civil, précité, t. I, 1^{re} éd., 1955, p. 12).

* L'auteur remercie Me D. Carbonnier, le président Legeais et le professeur Lefebvre qui ont permis l'accès à tout ou partie du texte inédit de la conférence, intitulé Arcades sur fond de droit.