

De l'*homo civilis* à l'*homo servilis* : un cheminement en compagnie de Jean Carbonnier
 (Paru dans *Jean Carbonnier, L'homme et l'œuvre*, Actes du colloque de Nanterre, dir.
 Raymond Verdier, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2011)

Jean-François Niort
 Université des Antilles et de la Guyane

Je tiens tout d'abord à remercier Raymond Verdier d'avoir eu la gentillesse de solliciter de ma part, en exergue du colloque auquel je n'ai pu participer pour des raisons indépendantes de ma volonté, ces quelques lignes, qui m'offrent l'occasion d'exprimer publiquement, de manière plus personnelle et affective que dans des écrits récents¹, mes sentiments à l'égard de Jean Carbonnier. J'en profite pour témoigner de l'admiration et de la reconnaissance que j'éprouve à l'égard du fondateur et de l'animateur de *Droits et cultures* pour le zèle qu'il a manifesté à plusieurs reprises dans le dessein de rendre hommage à la pensée et à l'œuvre du Doyen poitevin, et dont le plus bel exemple reste à mon sens l'édition de ses petits écrits divers et éparés², qui illustrent à nouveau l'ampleur, la richesse encyclopédique et la profondeur de la pensée de Jean Carbonnier.

C'est à travers les pages de son manuel de Droit civil³ consacrées au Code de 1804, et spécialement celles sur son « esprit »⁴, que je me confrontais intellectuellement pour la première fois à Jean Carbonnier. J'avais en effet relu ces dernières lors de ma maîtrise en droit privé à l'Université d'Angers (1989-1990), à l'occasion du cours de « philosophie du droit » qu'y dispensait Xavier Martin, et dans lequel il reprenait ses travaux sur le Code et son idéologie, travaux où les positions du doyen poitevin étaient directement attaquées⁵.

C'est précisément l'écart entre ces deux positions intellectuelles qui me détermina à m'intéresser à cette question. D'abord à travers un mémoire de DEA réalisé l'année suivante, pour lequel je devorais notamment, pendant plusieurs mois de passionnantes lectures à la Bibliothèque Cujas, les quinze volumes du recueil Fenet, puis tentais de replacer « l'esprit du code civil » et son anthropologie dans une perspective de philosophie politique, afin de déterminer de quel « *homo civilis* » il s'agissait⁶. Les travaux préparatoires du Code, ainsi que le contexte idéologique thermidorien et consulaire, me conduisirent à adopter une position intermédiaire entre celles de Jean Carbonnier et de Xavier Martin sur « l'esprit » du Code civil, reconnaissant d'un côté, avec ce dernier, que la lecture libérale et généreuse qu'en donnait le premier peinait en effet à s'y illustrer, mais ne retrouvant pas davantage, d'un autre

¹ V. mes entrées « Carbonnier » dans le *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècles)*, dir. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, Puf, Quadriga, 2007 ; et « Carbonnier. Flexible droit » dans le *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, dir. O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008.

² J. Carbonnier (1908-2003), *Écrits*, dir. R. Verdier, Puf, 2008, 1613 p. (ci-après *Écrits*).

³ J. Carbonnier, *Droit civil*. 5 vol. (*Introduction ; Les personnes ; La famille ; Les biens ; Les obligations*), 1955-2002, Puf, coll. Thémis (rééd. Quadriga 2002 en 2 vol.).

⁴ *Ibid.*, *Introduction*, 27^e et dernière éd., 2002, n° 74 et s. (ci-après *Introduction*).

⁵ V. spéc. « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits*, n° 2, 1985, p. 117 s., et plus généralement ses ouvrages de synthèse, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, puis *Mythologie du Code Napoléon*, Bouère, DMM, 1994 et 2003. V. ce qu'en disait J. Carbonnier, dans *ibid.*, n° 77, p. 142.

⁶ *Homo civilis. Recherches sur l'esprit du Code civil français*, Mémoire DEA Doctrines et Philosophie politiques, dir. Ph. Raynaud, Paris I, 1991, 398 p.

côté, l'accusation de matérialisme que mon maître angevin adressait aux principaux rédacteurs.

Ensuite, et surtout, dans le cadre d'une thèse menée sous la pertinente et toujours bienveillante direction de Philippe Raynaud, qui reprit en substance les acquis du mémoire, mais élargit le propos à l'ensemble de l'histoire du Code civil, de son histoire *politique* en particulier, en s'appuyant sur deux grands moments : sa confection et les deux tentatives de révision générale dont il fit l'objet (1904 et 1945-65), toutes deux ayant échouées comme on sait⁷. J'y défendais notamment l'hypothèse que ces échecs⁸, et donc la survivance du Code dans sa presque intégralité jusqu'aux années 1960 - ainsi que dans son architecture générale jusqu'à nos jours -, relevait bien davantage de facteurs extra juridiques que juridiques, ce qui abondait dans le sens d'une dimension fortement symbolique et politique non seulement du Code mais du Droit civil en général.

Mes recherches doctorales, parties de Jean Carbonnier en ce qui concerne la genèse du Code, me ramenaient finalement encore à lui, puisque dans les années 1960 il mena les réformes que l'on sait, et dont j'avais étudié l'esprit au passage⁹, séduit à la fois par l'homme et par son œuvre législative (v. infra). Mais à mes yeux, ce grand jurislatureur était aussi celui qui avait définitivement éteint l'espoir d'une révision générale, voire d'une refonte du Code, qu'avaient pourtant nourris de grands juristes réformateurs avant lui, spécialement Saleilles¹⁰ puis Julliot de La Morandière¹¹. En contrepartie, Jean Carbonnier avait réussi à concrétiser leurs espoirs de réforme du droit civil français (en tout cas celui de la famille), à travers des révisions thématiques et partielles qui laissaient intactes non seulement l'architecture générale du Code, mais l'existence symbolique de ce dernier. En ce sens, le doyen poitevin, tout en "sauvant la vie" du Code, confirmant ainsi l'ambition napoléonienne de quasi-éternité¹², encore aujourd'hui d'actualité après un bicentenaire largement célébré, illustre également l'appropriation et l'enracinement symbolique exceptionnel du *Code civil des Français* par et dans la culture nationale¹³, y compris la culture juridique¹⁴, bien sûr, mais aussi tout spécialement la culture *politique*¹⁵.

⁷ *Homo civilis. Repères pour une histoire politique du Code civil français*, thèse Paris I, 1995, dir. Ph. Raynaud, 972 p., 2 vol., prix Maurice Picard 1996, paru aux PUAM en 2004 sous le titre *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français*, préface J.-L. Halpérin, postface J. Carbonnier, 2 vol. (ci-après *Homo civilis*).

⁸ Sur ces deux tentatives de révision générale, leurs modalités et les raisons de leur échec, v. *ibid.*, II, respectivement pp. 447-556 et 671-733.

⁹ Alors que j'avais entre-temps découvert son œuvre sociologique dans le cadre d'un DEA de Sociologie du Droit, suivi à Paris II lors des années 1990-1991, not. sous la direction de F. Terré, éminent admirateur de Jean Carbonnier, et que je continuais d'ailleurs à fréquenter l'année suivante dans le cadre du DEA de Philosophie du Droit.

¹⁰ Fondateur de la Société d'études législatives dès 1901, principal lobby juridique « révisionniste » en 1904 (v. *Homo civilis.*, II, spéc. p. 435 et s.).

¹¹ Président de la Commission de révision du Code civil nommée en 1945 (v. *ibid.*, spéc. p. 694 et s.).

¹² V. *ibid.*, not. pp. 132 et s., 229-230.

¹³ Sur ces dimensions, not. le Code comme la véritable « constitution » de la France, et sur une hypothétique révision générale à laquelle il ne crut semble-t-il jamais, v. J. Carbonnier, *Introduction*, n° 74, 78, 79, 81, 82, et surtout bien sûr sa magistrale synthèse « Le Code civil. », in *Les lieux de mémoire*, dir. P. Nora, t. II, *La Nation*, vol. 2, Gallimard, 1986 (rééd. Quatro, 1997). V. également le bien connu « Le Code civil en tant que phénomène sociologique », *Revue de la recherche juridique*, 1981, p. 327 et s. ; ainsi que « Le Code civil des Français dans la mémoire collective », in *1804-2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz-Université Paris II, 2004, p. 1045 et s.

¹⁴ V. dans *Homo civilis*, à propos des interprétations juridiques du Code au XIXe siècle (I, pp. 209-253), puis à l'époque de son centenaire (II, pp. 557-605), et après la Libération (II, p. 733 et s.).

¹⁵ V. dans *ibid.*, à propos des interprétations politiques, respectivement I, pp. 254-340 ; II, pp. 606-660, 733 s., ainsi que la conclusion générale. V. également mes études postérieures : « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale (1804-2004) : regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national », *Revue trimestrielle de droit*

Après ma soutenance, en janvier 1996, je lui envoyais donc ma thèse (et mes vœux), curieux de savoir comment il la goûterait, appréhendant tout de même la réaction du Doyen à la lecture des passages où sa lecture de « l'esprit » du Code était discutée et parfois contestée¹⁶.

Voici la lettre que je reçus de lui, datée du 23 janvier 1996, empreinte de la modestie et de l'ouverture intellectuelle dont je n'allais jamais plus, par la suite, le voir se départir :

« J'avais lu avec beaucoup d'intérêt votre article aux Archives de philosophie¹⁷ (...). Aussi est-ce avec beaucoup de plaisir que je viens de recevoir votre thèse. J'ai déjà pu me convaincre de son importance (textes et notes). Il me faudra la lire la plume à la main, en quête non pas de critiques à vous faire, mais de notes à emmagasiner. J'espère que le temps m'en soit donné. Mais je n'ai pas voulu tarder davantage à vous remercier de vos aimables vœux et de votre envoi, à vous féliciter aussi d'avoir su mener à bien une recherche aussi considérable ».

Le résultat fut étonnant ! Alors que mon maître angevin me boudait, vexé de voir son élève ne pas partager ses vues intellectuelles (et idéologiques), Jean Carbonnier, dont j'avais pourtant discuté et critiqué tout autant les positions, non seulement eu la gentillesse d'écrire publiquement, dans la réédition de son *Introduction* qui paraissait précisément en 1996, tout le bien qu'il pensait de mon travail¹⁸, mais de nouer avec moi une relation d'estime et de sympathie marquée par des échanges épistolaires réguliers et ponctuée de quelques (trop rares) visites chez lui rue de Vaugirard.

C'est alors que je relus et que je saisis pleinement la vérité, la profondeur et l'actualité des derniers mots de la préface du premier volume de son manuel de Droit civil, publié dès 1955, dans laquelle il manifestait, au-delà de ses convictions et parti-pris personnels, sa « *sympathie très profonde pour toutes les opinions qui divisent la doctrine, pour tous les sentiments qui font la France* »¹⁹.

J'en fut touché à jamais. Jean Carbonnier avait acquis à mes yeux les caractéristiques de l'universitaire, du jurislatureur et de l'homme idéal, pas moins ! La même année, je saisisais l'occasion qui m'était offerte d'exprimer tout le bien que je pensais de sa philosophie juridique générale, lors d'un colloque sur la Tolérance à Montréal, qui tombait à point nommé²⁰. Non pas bien sûr une tolérance froide et résignée, condamnée à souffrir ce qu'elle ne peut éradiquer, mais une tolérance humaniste, sincère, généreuse, même si paradoxalement fondée sur une anthropologie quelque peu sceptique et pessimiste. Après avoir rapproché la philosophie juridique de Jean Carbonnier de celle de ces illustres devanciers Montesquieu et Portalis, je faisais l'éloge de l'esprit dans lequel le jurislatureur du nouveau droit de la famille français avait travaillé entre 1964 et 1975, cherchant à concilier un pari de pluralisme sociologique et normatif avec l'attachement à des principes de justice communs et

civil, 2005, n° 2, pp. 257-291 ; « L'image de la Révolution française et du régime napoléonien dans l'interprétation du Code civil (et vice-versa) au XIXe siècle », in *L'histoire institutionnelle et juridique dans la pensée politique* (actes colloque AFHIP de mai 2005), PUAM, 2006, pp. 345-357.

¹⁶ V. *Homo civilis*, not. I, p. 181 s. ; II, pp. 759-760, 769 s., 786, 788.

¹⁷ Il s'agissait de mon tout premier article universitaire, que je n'avais pas osé envoyer au Doyen : « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », in *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1992, pp. 101-119.

¹⁸ V. *Introduction*, n° 75 et 81.

¹⁹ *Ibid.*, p. 14.

²⁰ « J. Carbonnier, une philosophie juridique de la tolérance », in *Tolérance, pluralisme et histoire*, actes du colloque « Tolérance. Réflexions de philosophie du droit » tenu dans le cadre du 64^e congrès de l'Association Canadienne pour l'Avancement des Sciences (ACFAS) (Montréal, 13-14 mai 1996), dir. P. Dumouchel et B. Melkevik, Paris et Montréal, L'Harmattan, coll. Ethikè, 1998, pp. 191-211.

républicains autour d'une politique juridique visant, « à défaut d'un consensus trompeur, une coexistence pacifique »²¹.

Je lui envoyais bien sûr mon étude élogieuse et l'ouvrage qui la contenait. Voici ce qu'il me répondit, depuis Libourne, le 26 juin 1998 :

« J'ai bien reçu l'important volume « Tolérance, Pluralisme, Histoire » et je vous en exprime ma reconnaissance. Il offre au lecteur, dans sa diversité transnationale, d'excellents moments pour apprendre et réfléchir. J'ai lu, bien entendu, votre article. Que vous dirais-je ? Que dès le titre, je me suis demandé si j'étais tellement philosophe, et surtout tolérant. Cependant, le texte révèle énormément de lectures, et minutieuses, dignes de l'historien que je connais. Peut-être ces lectures devraient-elles être qualifiées d'affectives, voire d'affectueuses, c'est-à-dire bienveillantes, que d'autres historiens seront en droit de récuser.

Que conclure ? Quel bon usage faire de ce texte pour ne pas succomber aux pièges de l'Adversaire ? Qu'il me sera précieux pour mettre de l'ordre dans mes propres idées. De cela un grand merci ! ».

Un colloque à Montréal, car j'avais entre-temps connu des désirs d'aventure, qui m'avaient conduit (en 1993-1994 puis en 1995-1996) outre-Atlantique, dans une autre France, une « Nouvelle-France » canadienne, québécoise plus précisément, à l'invitation d'un professeur de l'Université du Québec à Montréal, le regretté Claude Masse, puis dans le cadre d'un fellowship de la Faculté de Droit de l'université McGill. Je découvrais que ce pays venait de réussir non seulement à réviser mais à refondre entièrement son code civil²², en tenant grand compte, d'ailleurs, des propositions de réformes qui avaient été émises par les juristes français, en 1904 et après la Libération, et j'allais tenter d'établir quelques comparaisons²³, y compris avec le premier code civil québécois, avec l'*homo civilis* « Bas-Canadien »²⁴.

Mais alors que j'arpentais, dans les premiers jours après mon arrivée, les couloirs du beau et grand hall lambrissé de la Faculté de Droit de McGill, je tombais à nouveau sur Jean Carbonnier. Il était bien là, encore jeune, sur un tableau présentant une photographie en noir et blanc, ornée d'une légende : « docteur *honoris causa*, 1967 ». Je découvris bien vite que non seulement il avait laissé également une trace écrite, l'année suivante, à propos de la réforme des régimes matrimoniaux qu'il venait de rédiger²⁵, mais surtout qu'il avait au Québec de nombreux admirateurs, au rang desquels on peut citer mes deux brillants collègues et amis Jean-Guy Belley²⁶ et Nicolas Kasirer²⁷.

²¹ J. Carbonnier, *Droit civil, La Famille*, éd. 1992, p. 31.

²² Adopté à l'unanimité par l'assemblée nationale du Québec en 1991, le nouveau Code civil du Québec est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, après trois ans de formation des juges et des avocats québécois au nouveau droit civil assurée par le Barreau du Québec.

²³ « Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec », *Revue de droit de McGill / McGill Law Journal*, n° spécial sur le nouveau Code civil du Québec, vol. 39, décembre 1994, pp. 845-876 ; « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification », *Droits*, n° 24 (La codification), 1996, pp. 135-143.

²⁴ « Notre droit civil... Quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, actes du colloque de l'Université libre de Bruxelles (19-21 février 2004), Mélanges offerts à J. Vanderlinden, dir. R. Beauthier et I. Rorive, Bruylant, 2004, pp. 175-199.

²⁵ « Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux », *Revue de droit de McGill / McLaw Journal*, vol. 14, 1968, n° 4, p. 590 et s. Ce texte est d'ailleurs repris et développé dans le chapitre correspondant des *Essais sur les lois* (Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 35 et s.).

²⁶ Professeur à la Faculté de Droit de McGill, directeur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, dont J. Carbonnier avait dirigé la thèse de troisième cycle à Paris II (*Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, 1977, 570 p.), et qui est devenu depuis un grand spécialiste du pluralisme juridique (v. not. le n° de la revue canadienne *Droits et société / Law and Society* sur ce thème qu'il a dirigé -

Je me disais d'ailleurs que Jean Carbonnier avait certainement apprécié ce droit québécois si particulier, marqué non seulement, à travers la confrontation avec la Common Law, par un « bijuralisme » puis un pluralisme juridique sans doute unique au monde²⁸, mais aussi par un droit civil propre, issu directement de la coutume de Paris et du régime seigneurial français (qui ne fut aboli là-bas qu'en 1854²⁹), qui n'a pas connu la rupture révolutionnaire comme en France³⁰, mais qui a évolué de manière à la fois si *ouverte* (à travers son ouverture relative au droit anglais) et si *moderne* (à travers la refonte - réussie - du Code civil québécois³¹). De manière si *empirique* aussi, qualité qui permit la réussite de la révision, qualité qu'affectionnait tout particulièrement le doyen poitevin, admirateur et *continueur* de Montesquieu et de Portalis³², et dont il ne manqua pas de rappeler la présence dans l'esprit de la loi de 1965 sur les régimes matrimoniaux à ses collègues d'outre-Atlantique en 1968 :

« Assurément, cette présence de dispositions conservatrices à l'intérieur d'une réforme qui se veut profondément novatoire est une flagrante contradiction. Pourquoi, cependant, la loi française n'aurait-elle pas choisi cette fois d'être empirique plutôt que logique ? "Cette loi n'est pas cartésienne" : la remarque étonnée en fut faite, au cours des débats, par un honorable sénateur. On se réjouira, à McGill, nous l'espérons, d'apprendre que le Code civil a fait un pas vers la common law. »³³

Mais entre-temps le fellowship se termina (à regrets), et je me retrouvais en Guadeloupe, là où le vent m'avait porté (ce qui ne m'empêcha pas de revenir régulièrement visiter mes amis québécois)³⁴. J'y rencontrais l'historien du droit Jacques Mulliez, autre admirateur de Jean

vol. 12, n° 2, automne 1997). Sur le pluralisme, v. *Sociologie juridique*, op. cit., pp. 356 et 362, où la thèse précitée est présentée comme jetant « très utilement un pont » entre la doctrine francophone du pluralisme et son homologue anglo-saxonne, qui s'étaient développées jusqu'alors « dans une ignorance réciproque ». V. par ailleurs, sur un autre thème fréquenté par le Doyen (ibid., p. 317), sa Préface à J.-G. Belley, dir., *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, 1996. Enfin, cet auteur vient de rendre un bel hommage à l'homme de la rue de Vaugirard dans une communication au colloque du Sénat de nov. 2008 (« Jean Carbonnier, 1908-2003. Art et science de la législation ») sur le rayonnement intellectuel de ce dernier au Québec, à paraître dans la *Revue de droit de McGill* (vol. 53, 2009).

²⁷ Doyen de la Faculté de Droit de McGill, ancien directeur du Centre précité, auteur doté d'une verve et d'une inspiration littéraire et interdisciplinaire que n'aurait pas renié J. Carbonnier. V. les ouvrages originaux qu'il a dirigé : *La solitude en droit privé* (Montréal, Thémis, 2002, avec un article d'ouverture sur le « droit robinsonien » [cf. *Sociologie juridique*, éd. Puf, 1978, p. 174] - v. les réf. directes à J. Carbonnier pp. 3, 9 et 27) ; *Le droit civil, avant tout un style ?* (ibid., 2003) ; et, avec V. Fortin et M. Jézéquel, *Les sept péchés capitaux et le droit privé* (ibid., 2007, v. son beau texte « Sept péchés juridiques et sept confessions doctrinales », avec une référence à J. Carbonnier, p. 4).

²⁸ V. not. J. E. C. Brierley et R. A. Mac Donald (dir.), *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.

²⁹ J'ai tenté une synthèse de celui-ci dans « Aspects juridiques du régime seigneurial en Nouvelle-France », *Revue générale de droit* (université d'Ottawa), vol. 32, 2002, pp. 443-526 (Prix Germain Brière 2002), étude dont J. Carbonnier avait tenu à m'écrire, le 26 août 2003, le bien qu'il en pensait (v. infra note 82).

³⁰ V. néanmoins la relativisation de cette rupture en ce qui concerne les rapports entre ces deux droits civils, dans mon étude « *Notre droit civil...* » précitée.

³¹ V. not. *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, dir. S. Lortie, N. Kassirer et J.-G. Belley, Montréal, Thémis, 2005.

³² V. not. *Introduction*, op. cit., spéc. n° 71, p. 134 : « A la veille du C.C., il y avait une opposition déclarée, sur la manière de légiférer, entre ceux qu'on appelait les « Idéologues », dernier carré des philosophes conséquents, tenants d'une législation rationnelle, et les idéaux de Montesquieu préconisant l'empirisme et le relativisme historique. Portalis était du côté de Montesquieu. » (v. aussi n° 73, p. 135, et n° 76, p. 140). Sur Montesquieu en particulier, v. aussi dans *Sociologie juridique*, éd. Quadrige, 1994, p. 68 s. Sur Portalis, v. aussi infra.

³³ « Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965.. », loc. cit., p. 597.

³⁴ Not. pour y écrire, grâce à la riche bibliothèque du fonds Wainwright à McGill, qui a racheté l'inestimable bibliothèque de F. Olivier-Martin (avec plusieurs exemplaires de coutumiers parfaitement conservés), l'étude mentionnée supra note 29.

Carbonnier³⁵, envers qui le Doyen nourrissait des pensées d'estime et d'amitié. Voici en effet ce qu'il m'écrivit en réponse à mes vœux, le 24 janvier 1998 :

« Je ne vous savais pas sous les tropiques, et qui mieux est, à côté de Jacques Mulliez, que j'ai connu et apprécié de longue date. Que de si loin et avec tant de nouveautés à assumer, vous ayez trouvé le temps de penser à moi, j'y suis très sensible. Et à mon tour, je veux vous dire les vœux chaleureux que je forme pour vous (au risque qu'ils vous parviennent hors saison). »

J'avais également fait part à l'homme de la rue de Vaugirard de mes déconvenues consécutives à des tentatives avortées de publication de ma thèse et d'intégration dans la section 01 du CNU, ainsi que de ma décision d'intégrer dorénavant la section 03, vers laquelle, finalement (mais je ne l'avais compris qu'alors, notamment grâce à Jacques Mulliez et à Jean-Louis Halpérin, et bien sûr à Jean Carbonnier qui m'avait baptisé « historien » depuis 1996), toutes mes recherches me ramenaient, vers laquelle en réalité tout me destinait, même si je n'avais pas suivi le *cursus ad hoc* ; il sut trouver les mots pour me soutenir et m'encourager :

« Vous changez de cap, m'écrivez-vous, mais sur cette nouvelle route il me semble que votre bâtiment est bien armé : votre Code civil a de quoi vous venger d'un droit civil ignorant de l'histoire. C'est mieux que mon vœu, mon espérance ».

L'année suivante, fin septembre, je lui annonçais ma qualification en Histoire du droit et des institutions, mais aussi en Science politique, ce qui m'avait permis d'obtenir, à la rentrée, deux enseignements relevant chez nous de cette discipline, et qui me tenaient à cœur : Histoire des idées politique en Licence 3^e année et Philosophie politique en Master, que je n'ai cessé d'assurer depuis pour mon plus grand bonheur (et je l'espère celui des étudiants !).

Il me répondit de Libourne, le 25 octobre, avec sa gentillesse habituelle, sur une carte représentant le château de La Brède :

« Vous êtes l'interdisciplinarité à vous tout seul. Bravo. Je suis sûr que vos multiples domaines s'enrichissent mutuellement pour le plus grand profit des auditoires et de votre bonheur personnel. Que cette carte postale girondine inspire ou illustre votre cours de philosophie politique ».

Je lui répondais que s'il y avait un modèle d'interdisciplinarité, c'était bien lui qui l'incarnait, et que son exemple n'avait pas manqué de m'inspirer et de m'encourager en ce sens. Mais cette carte postale n'était pas anodine. L'année suivante, en janvier 2000, après la grande tempête de 1999, le Doyen, qui m'envoyait des vœux (au dos d'une caricature de Daumier représentant « Trois avocats ») « pour les temps qui viennent, sous un ciel ou sous un autre – toutes sortes de temps et de tempêtes », s'inquiétait en effet de la demeure de Montesquieu en ces termes : « le vent sa soufflé rue de Vaugirard, plus fortement encore en Gironde, et je ne sais pas ce qu'il est advenu du château de la Brède. »

C'est toujours de Guadeloupe que, quelques années plus tard, fin 2002, je reçus de Michel Ganzin (qu'il en soit à nouveau remercié ici) la proposition de publier ma thèse dans sa collection d'Histoire des institutions et des idées politiques aux PUAM - cadre qui convenait parfaitement à mon *Homo civilis* -, mais *in extenso* et dans son état de 1995³⁶. Après avoir obtenu tout de même son accord pour quelques ajouts³⁷, je me tournais bien sûr vers Jean

³⁵ V. son hommage à J. Carbonnier dans le présent volume.

³⁶ V. supra note 7.

³⁷ Un complément bibliographique 1995-2004, des repères chronologiques relatifs à l'histoire du Code civil français (1790-2004), et des index détaillés pour chacune des trois parties, que je constituais manuellement (pour des raisons techniques) et qui furent pour moi une véritable "torture tropicale" pendant des mois, surtout quand je dus les reprendre entièrement suite à un décalage de pagination dans une première mouture du manuscrit !

Carbonnier pour lui demander (à l'occasion des vœux) un avant-propos, tout en sollicitant aussi une préface de Jean-Louis Halpérin, qui avait été le président de mon jury de thèse et qui m'avait soutenu et encouragé avec bienveillance depuis. L'homme de la rue de Vaugirard se contenta de répondre à mes vœux, d'ailleurs de manière plus libre et littéraire que jamais :

« On disait : Où est Niort ? Est-il roi en quelque île ? Mais ce roi lointain à pensé à moi, ce dont je le remercie. Qu'il reçoive mes vœux bien cordiaux pour 2003. Roi ou pas, il a du emporter avec lui un peu de droit ».

Mais rien sur l'avant-propos. Le doyen poitevin mit du temps à répondre à ma demande, alors que son homologue dijonnais avait livré un texte presque immédiatement, que je communiquais d'ailleurs à Jean Carbonnier tout en lui renouvelant ma sollicitation, mais cette fois-ci, étant donné les contraintes éditoriales, pour une postface. Je ne savais pas alors, quel mal l'avait frappé. Voici ce qu'il m'écrivit finalement, le 5 mars 2003, s'excusant de son retard et de son éventuelle défection :

« J'avais bien reçu "en son temps" votre lettre, et si je n'y répons qu'aujourd'hui, c'est qu'elle m'avait atteint en un moment où je n'étais pas capable d'y donner la réponse que j'aurais souhaitée. Depuis de longs mois, en effet, je suis tenaillé par une maladie, qui, conformément à sa réputation, n'a pas l'air d'être mortelle, mais est des plus douloureuses - "zona", est son nom médical, je vous le livre - elle crée pour moi un handicap non de la plume, tant bien que mal, mais de la pensée³⁸. Heureusement, le Ciel et la communauté de vos amis ont suppléé à ma carence. Je vous remercie de m'avoir communiqué le texte de notre collègue Jean-Louis Halpérin, c'est une présentation excellente et très claire de votre œuvre.

Que puis-je faire de plus en l'état (qui est mon état) ? Je ne vous fais aucune promesse. Vous me direz quel serait le dernier délai où l'Editeur pourrait encore insérer in fine quelques lignes (...). Bien entendu si cela ne doit pas retarder la sortie de l'œuvre, car c'est à elle (et à vous) que, dès le départ, j'ai rêvé le succès. »

Je lui présentais alors mes excuses pour mon insistance, le conjurant de se ménager avant tout, et l'assurais de mon amitié et de mon soutien dans cette épreuve, qui en suivait une autre, celle de la disparition de son épouse. Mais l'homme passionné de plume qu'il était n'allait pas laisser passer l'occasion de s'exprimer à nouveau sur un tel sujet - l'histoire du Code civil et de ses tentatives de révision -, d'autant plus stimulé par l'amitié et l'estime qu'il nourrissait à mon égard. En effet, alors que j'achevais à la main et à grand peine, début juillet 2003, dans un état d'épuisement quasi dépressif, la seconde mouture de mes index, j'eus la joie de recevoir, en récompense de mes efforts, les lignes bienveillantes, inspirées, profondes et lumineuses qui suivent, précédées de quelques mots inscrits sur une carte les introduisant : *« Voici la Postface, enfin prête. Avec toutes mes espérances amicales pour votre Homo Civilis »* :

« Maudite soit la maladie qui, en entravant mes pas, m'a empêché d'être sur le quai à l'heure dite. Quand je suis arrivé à bout de souffle, l'Homo civilis avait déjà rompu ses amarres, et je ne pus recevoir que les derniers embruns d'un sillage qui allait s'effacer. Ils n'avaient pas le goût amer de mon échec à marcher assez vite, mais bien plutôt le sel excitant d'une vaste aventure qu'il m'était donné de saluer. Car, grâce à l'inoubliable Gutenberg, un travail universitaire, étincelant d'érudition et brûlant d'intelligence, mais demeuré trop méconnu, venait de conquérir une nouvelle jeunesse.

Désormais, en s'appuyant sur trois tentatives de Code civil - une réussie, deux manquées - un livre pose pour la première fois aux philosophes du droit et, par delà, au monde des juristes et des politiques, une question fondamentale : comment expliquer qu'entre un Code civil et une

Néanmoins - clin d'œil du Destin ? -, c'est précisément ce retard qui allait permettre à Jean Carbonnier d'offrir sa postface à mon *Homo civilis*...

³⁸ Je précise que j'ai obtenu de Denis Carbonnier l'autorisation de reproduire ici ce paragraphe très personnel.

nation, un couple - un mariage, bien sûr - se forme (ou ne se forme pas) ? Rien de semblable pour une loi, même une grande loi. C'est qu'un Code civil est tout autre chose qu'un ensemble, un recueil, un album de textes. D'une loi les spécialistes de la "légistique" sont capables de déterminer si elle est ou non adaptée au milieu pour lequel elle a été fabriquée et, réciproquement, si celui-ci est apte à la recevoir, c'est-à-dire à la comprendre et à l'appliquer.

Mais l'adaptation et la réception sont des phénomènes objectifs, mesurables par des procédés quasi mécaniques, telles des enquêtes d'effectivité/ineffectivité³⁹. La relation d'un Code civil avec sa nation appelle à plus de romantisme : c'est un peu une relation d'amour. La fièvre de législation est portée à son paroxysme en un désir d'embrasser, d'êtreindre, entre ses bras la nation toute entière, son passé et son futur, ses qualités et ses vices, ses décors et ses paysages, tandis qu'en face la nation palpète en attente de commandements à quoi se soumettre d'un seul cœur, en espérance d'une norme de vie qui sera dorénavant sa respiration.

Je marchais lentement, bousculé, entraîné par la foule qui refluit après avoir assisté aux fêtes du lancement. Depuis un moment, cheminait à mes côtés un personnage que je supposais journaliste à voir l'attirail d'enregistrement audiovisuel qu'il transportait. De fait, c'était sa profession ; il avait enregistré les discours, pris des notes ; la copie abondait ; il se préoccupait, toutefois, pour la partie de variétés, de divertissement, que comportait son organe et il songeait pour elle à un questionnaire, sinon à un concours, du genre "En quel siècle auriez-vous aimé vivre ?". Bref, il demanda à m'interviewer à partir d'une question qui serait analogue au thème de la journée. Puisque celle-ci avait fait émerger du Code trois jalons, 1804, 1904, 1945, "A quelle série de travaux préparatoires, auriez-vous préféré être invité ?"

J'entrai dans le jeu et d'emblée récusait 1945. J'en avais connu la plupart des acteurs, j'en tenais plus d'un pour maître : je n'aurais pas été assez dépaysé. Avec 1804, c'était l'inverse : que de curiosités refoulées à satisfaire. Le Premier consul avait-il l'accent italien quand il évoquait la France ? Portalis avait-il lu Kant en version latine ? Pouvait-on deviner sous les traits jacobins de Treilhard que, bientôt, il courtiserait l'empereur pour obtenir de lui des emplois en faveur de sa famille ? Mais surtout quelle allure, quelle vitesse de conception et d'exécution ! Ce devait être hallucinant. Aurais-je eu la force de suivre ?

Ce n'est pas, pourtant, par éliminations successives que ma préférence tomba sur 1904. Ce fut plutôt par esprit de contradiction, besoin de venger une époque que la mienne avait ridiculisée jusqu'à la tuer politiquement.

*J'aime l'araignée et j'aime l'ortie
Parce qu'on les hait,
Et que rien n'exauce et que tout châtie
Leur morne souhait.*

Le souhait de survivre qu'avait cette République était-il si morne ? On pourrait en douter après avoir lu ce qu'a écrit d'elle l'Homo civilis – lumineusement. On pourrait même soutenir que, des trois, c'est elle qui frôla de plus près - non pas par un projet (car elle n'eut jamais de projet), mais d'intention - la chance d'un Code civil des citoyens, qui aurait été le Code citoyen.

Reste une énigme : la date à laquelle disparut la fameuse Commission de révision. Il ne serait pas déraisonnable de lui attribuer le sort de beaucoup de commissions : des réunions qui s'effiloquent, une commission en somnolence. Il n'est pas, cependant, interdit de rêver à une autre vérité, une sorte de vérité prophétique traversant la décennie qui prolongea 1904, ces dix années tourmentées durant lesquelles la nation elle-même - avec ses commissions, avec son Code - se précipita à l'aveugle vers un grand trou noir : une guerre immense, Grande, c'est son nom, sur plus d'un champ de bataille, massacres humains, désastres économiques,

³⁹ V. sur ce thème infra, notes 70 et 72.

ruine des idées et des idéaux. Rien ne sera plus comme avant. La formule a pu être banalisée, mais elle est ici très véridique : 1914 a peut-être été une abrogation cachée du Code civil des Français. »⁴⁰

Ce texte, dans lequel il avait mis beaucoup de lui-même, et auquel il tenait manifestement⁴¹, fut l'un des tout derniers que Jean Carbonnier ait écrits à titre professionnel, et peut-être le dernier publié⁴². Pourtant, il n'était pas le dernier que j'allais rencontrer. Le doyen poitevin m'attendait ailleurs, à l'entrée d'un sentier jusqu'alors très peu fréquenté, avec un texte qui fut comme un clin d'œil posthume. Un texte ancien par sa date, mais resté d'actualité par son contenu, ou plutôt devenu de plus en plus actuel et pertinent du fait du développement des recherches récentes sur le thème qu'il avait traité, en véritable esprit curieux de tout et précurseur scientifique dans bien des directions de recherches qu'il était : l'histoire du droit français de l'esclavage, et le statut juridique de l'esclave.

Cependant, et bien que résidant en Guadeloupe depuis plusieurs années, je n'avais pas encore rencontré l'*homo servilis*. De 1999 à 2003, je m'étais au contraire plongé bien loin de l'histoire antillaise - quoique j'y avais croisé aussi des esclaves -, dans le cadre du Cours d'Introduction historique au droit qu'on m'avait confié en Deug 1^{ère} année. Un cours assez dense de 35 heures accompagné de 18h de TD, qui s'étendait de l'Antiquité (y compris orientale)⁴³ à la fin du Moyen-Age, et qui m'avait conduit à de nombreuses lectures et à la rédaction, pour moi-même et pour les étudiants, d'un « fascicule » qui atteignit, au fil des années et des "rééditions", un volume conséquent de 300 pages en deux tomes, mais que les étudiants semblaient apprécier et qui m'était bien utile.

Ensuite, il y avait eu la publication d'*Homo civilis*, et plusieurs études approfondissant la réflexion à ce sujet à l'occasion du Bicentenaire, notamment sur *les Portalis père et fils*⁴⁴, Jean-Etienne-Marie et Joseph-Marie⁴⁵, personnage presque aussi considérable que son père, bien que plus discret dans l'histoire et la mémoire nationales -, à propos desquels Jean Carbonnier et moi avons régulièrement échangé (et confronté) nos idées depuis 1996. A ce sujet, je m'opposais d'ailleurs fermement - rejoignant non seulement le doyen poitevin⁴⁶ mais aussi Joël-Benoit d'Onorio qui terminait alors sa biographie sur le juriste aixois⁴⁷ -, aux

⁴⁰ Texte repris dans les *Écrits*, chap. 3 (Droit et Histoire) du livre troisième (Droit et Sciences sociales), pp. 1158-1160, et paru précédemment dans la *Revue Lamy Droit civil* en 2004, à l'invitation du doyen Jacques Mestre.

⁴¹ Le Doyen m'écrivit en effet du « Refuge des Oiseaux » à Anduze, le 10 juillet 2003, afin de s'assurer que j'avais bien reçu la postface « à temps, dans les délais demandés par l'éditeur », s'inquiétant, en cette période de grève, que des sacs postaux aient pu rester en souffrance à Paris, d'où il m'avait envoyé son texte. « *Un mot de vous me rassurera, merci d'avance* », concluait-il.

⁴² Après confirmation de la part de Denis Carbonnier et vérification avec Raymond Verdier dans les *Écrits*, en fonction de l'ordre chronologique d'écriture (et non de publication).

⁴³ J'avais en effet tenu à intégrer dans le Cours - à la grande satisfaction des étudiants semble-t-il -, l'Antiquité orientale (droits égyptien, babylonien et hébraïque), à rebours de tous les manuels d'Introduction historique au droit d'alors, revenant vers l'esprit et la lettre du fameux manuel de J. Gaudemet *Institutions de l'Antiquité* (Sirey, 1967), alors épuisé et rare (il n'y en avait qu'un seul exemplaire à la BU !), et dont une trop petite partie à mon goût était passée dans l'édition Précis Domat Montchrestien, d'où une raison supplémentaire pour élaborer mon « fascicule » et rendre ainsi plus accessible ce champ historique aux étudiants.

⁴⁴ V. dans *Homo civilis*, I, spéc. pp. 81-88 et 265-267, 302 s., 318 s. (pages qui concernent aussi Frédéric Portalis, le petit-fils, ardent propagateur comme son père des idées de son aïeul), ainsi que mes études postérieures : « Portalis, le père du Code civil ? (conf. prononcée à l'Institut Portalis d'Aix-Marseille III en mai 2004 et dont le titre remettait délibérément en cause la pertinence de celui de l'ouvrage de J.-L. A. Chartier, *Portalis, le père du Code civil*, Fayard, 2004), *Revue de la recherche juridique*, 2005-1, pp. 479-490 ; et plus largement « Les Portalis et l'esprit du XIX^e siècle », *Droits*, n° 42, L'esprit du Code civil/2, 2006, pp. 93-118.

⁴⁵ V. aussi sur ce dernier infra notes 49 in fine et 61.

⁴⁶ V. not. *Introduction*, spéc. n° 76, p. 140 et n° 77, p. 142.

⁴⁷ *Portalis. L'esprit des siècles*, Préface M. Long, Dalloz, 2005.

accusations réitérées de « matérialisme » proférées à son égard (comme à l'égard de l'ensemble de l'esprit du Code civil d'ailleurs) par Xavier Martin⁴⁸. Jean Carbonnier avait d'ailleurs illustré de jolie manière, dans sa lettre précitée du 23 janvier 1996, les passages de son *Introduction* consacrées à Portalis, ainsi que ceux de son *Coligny ou les sermons imaginaires* (Puf, 1982), ouvrage « *qui, étant à usage confessionnel, n'a pas eu grande diffusion* », pour me dire à quel point on y trouvait « *un Portalis père sous un jour moins conservateur qu'on ne le dit souvent* », tout en s'excusant de se laisser aller ensuite à une « *digression* » comparative « *moins historique* » le concernant lui-même, en tant qu'auteur du *Manuel de Droit civil* :

« *On l'a accusé (Molé) de tenir un double langage : tantôt "sacristie", tantôt Révolution. Il était, pourtant, naturel, que sa pensée se déroulât sur deux pentes différentes selon qu'il travaillait au Concordat ou au Code civil. L'homme peut se montrer double - ou triple - par devoir d'état* »⁴⁹.

Pour descendre à un exemple moins historique, il n'est pas rare qu'aux Thémis de droit civil il soit reproché de se contredire du texte à l'état des questions. Mais c'est que les grands caractères étaient chargés d'exposer les solutions le plus couramment acceptées en droit positif, tandis que mes fantaisies étaient renvoyées aux petits caractères. C'était, de fondation, la méthode qui avait été arrêtée. »⁵⁰

A l'instar de bien d'autres facultés, j'avais d'ailleurs organisé une journée commémorative et scientifique à propos du bicentenaire du Code civil dans notre « UFR » de Guadeloupe (en décembre 2004), placée sous l'égide de Portalis et de Carbonnier, au cours de laquelle une douzaine de collègues avaient bien voulu me faire la gentillesse d'intervenir, dont d'autres admirateurs du Doyen (et de ses « états des questions »), les privatistes Frédéric Leclerc, Valérie Doumeng et Marc Moreau⁵¹, ainsi que le publiciste Pierre Egea⁵².

Néanmoins, je m'aperçus à cette occasion qu'un autre bicentenaire allait être, par contre, totalement oublié : celui de l'application du Code civil dans les colonies françaises, en 1805.

⁴⁸ V. surtout mes études « *Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature...* Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Droit et Cultures*, n° 48, 2004/2, pp.13-40, et « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* n° 27, 2007, pp. 507-558.

⁴⁹ J. Carbonnier n'a cependant pas démenti, par la suite, mon analyse selon laquelle le personnage était idéologiquement plus cohérent qu'il n'y paraissait - y compris dans ses discours en tant que rédacteur puis promoteur d'un Code civil consacrant la sécularisation du droit -, tant il désirait sincèrement (conviction qu'il transmet d'ailleurs à son fils et à son petit-fils), selon ses propres termes, « *réconcilier la Révolution avec le Ciel* ». V. déjà en ce sens J.-C. Frégier, *Portalis, philosophe chrétien, ou du véritable esprit philosophique*, Paris, Challamel, 1861. V. aussi la notice « Portalis » dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit., rédigée par mon amie C. Delplanque qui termine une thèse d'histoire du droit sur le juriste aixoise. V. surtout Portalis lui-même, spéc. dans son *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle* enfin et très opportunément réédité intégralement (préface J.-B. d'Onorio, Bibliothèque Dalloz, 2007), sauf, malheureusement, l'« Essai sur l'origine, l'histoire et les progrès de la littérature française et de la philosophie » et la « Notice sur la vie de J.E.M. Portalis », que la plume de son fils et éditeur, Joseph-Marie, avait pourtant judicieusement inséré en exergue de l'édition reproduite (Moutardier, 1834).

⁵⁰ Comp. avec ce que le Doyen en dit dans ses entretiens avec S. Andrini et A.-J. Arnaud, *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline*, LGDJ, 1995, pp. 31-32.

⁵¹ Auxquels il faut ajouter Marcel Beaubrun, qui n'avait pu, contre son gré, participer à la Journée de commémoration.

⁵² Auquel il faut ajouter, toujours au rang des admirateurs, son collègue Fred Deshayes, par ailleurs musicien inspiré, passionné de questions théoriques que nous évoquons régulièrement ensemble, au détour d'un couloir ou de la salle de reprographie de la Fac, nous quittant toujours à regret, souvent après avoir évoqué encore une fois l'ampleur, la profondeur et la fécondité de l'œuvre de J. Carbonnier.

Je m'empressais d'organiser un colloque sur ce thème⁵³, et j'en profitais pour confirmer mon analyse du caractère finalement très peu "révolutionnaire" du Code civil, à l'aune de sa projection coloniale⁵⁴, qui avait d'ailleurs confirmé et consacré le rétablissement de l'esclavage opéré dès 1802⁵⁵, tout en *coexistant* juridiquement avec l'édit de 1685 jusqu'en 1848. A rebours du déroulement chronologique de l'histoire, du *Code civil*, j'étais donc conduit au *Code noir*, de l'*homo civilis* à l'*homo servilis*, sur lequel je me suis penché depuis, me heurtant là aussi à une *vulgate* dominante, à mes yeux infondée et erronée parce que confondant abusivement l'*homme* et la *personne*, que j'ai modestement entrepris de discuter⁵⁶. Et c'est à cette occasion que j'ai rencontré à nouveau la plume et les idées de Jean Carbonnier, qui virent stimuler ma réflexion au détour d'une « scolie » de *Flexible droit*.

Le Doyen y avait en effet inséré - à partir de l'édition 1992 (la 7^e), qui augmentait et remaniait quelque peu l'ouvrage -, dans le titre III (consacré aux « incertitudes du droit ») de sa seconde partie (« Grand droit et petit droit »), un chapitre intitulé « Être ou ne pas être. Sur les traces du non-sujet de droit »⁵⁷, où l'esclavage est évoqué au passage, mais surtout immédiatement suivi d'une « Scolie sur le non-sujet de droit » sous-titrée « L'esclavage sous le régime du Code civil »⁵⁸, qui consacre à ce thème, comme son titre l'indique, des développements plus consistants et détaillés, dépassant d'ailleurs à l'occasion leur limites temporelles (avec des ouvertures vers le Code Noir sous l'Ancien Régime ainsi que, dans une tout autre direction historique, vers la Convention internationale de 1926 et ses travaux préparatoires).

D'emblée, l'auteur y plante le décor :

« De 1804 à 1848 (le décret Schoelcher est du 27 avril), l'institution de l'esclavage a coexisté dans notre système avec un Code dont les principes philosophiques étaient l'individualisme et la liberté ».

Jean Carbonnier, à qui l'application du Code civil aux colonies en 1805 n'avait pas échappée, y montre à la fois toute la contradiction juridique que recelait une telle « coexistence », mais aussi comment le législateur et le juge ont pu, sous la monarchie de Juillet - et donc avant l'abolition -, rendre à l'esclave une partie de la personnalité juridique et du traitement matériel décent dont il était jusqu'alors privé. D'abord, donc, à travers une série de lois et d'ordonnances (dont les plus importantes sont la loi Mackau de 1845 et les trois ordonnances royales de 1846), dont le Doyen concluait, pertinemment, que si l'admiration de « *l'opinion* »

⁵³ « Deux cents ans d'application du Code civil à la Guadeloupe (1805-2005) : analyses, enjeux, perspectives comparées », Pointe-à-Pitre, 1^{er}-3 décembre 2005. Les actes ont été publiés sous le titre *Du Code noir au Code civil. Jalons pour l'histoire du droit en Guadeloupe. Perspectives comparées avec la Martinique, la Guyane et la République d'Haïti*, L'Harmattan, 2007.

⁵⁴ « Le Code civil ou la réaction à l'œuvre en Métropole et aux Colonies », in *ibid.*, pp. 59-85.

⁵⁵ V. not. à propos du mystérieux arrêté (de surcroît inconstitutionnel) de Bonaparte du 16 juillet 1802, qui n'aurait pas manqué d'intéresser le Doyen, nos études, avec J. Richard : « Un "silence" de l'histoire nationale du rétablissement de l'esclavage à la Guadeloupe : l'arrêté du 16 juillet 1802 », communication au colloque « Les silences nationaux sur les esclavages et les traites et leurs héritages contemporains sur la question des migrations », Schoelcher (Martinique), CRPLC, CIRESC, 19-20 mars 2008 (à paraître dans les actes et dans la revue *Outre-Mers*) ; « Bonaparte et le processus du rétablissement de l'esclavage à la Guadeloupe (1802-1803) : essai de reconstitution à partir de découvertes archivistiques récentes », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre mer français*, n° 4, 2008.

⁵⁶ « *Homo civilis*. Un être humain sans personnalité juridique : réflexions sur le statut de l'esclave dans le Code Noir, in *Esclavage et droit*, actes du colloque de Douai de décembre 2006, Artois Presses Université, 2009 ; « Le problème de l'humanité de l'esclave dans le Code Noir et la législation postérieure : pour une approche nouvelle », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre mer français*, n° 4, 2008 ; « *Homo servilis*. Essai sur l'anthropologie et le statut juridique de l'esclave dans le Code noir de 1685 », communication aux journées de l'institut Dogma sur l'esclavage (Paris II, 14-15 oct. 2008), à paraître dans *Droits* n° 50 en 2009.

⁵⁷ Tiré d'un article paru aux *Archives de philosophie du droit* de 1989.

⁵⁸ On utilise ici la 10^e éd. (la dernière) de *Flexible droit*, LDGJ, 2001, respectivement pp. 231-246 et 247-254.

pour le courage de Schoelcher de « *trancher dans le vif* » en 1848 était justifiée, elle avait néanmoins eu pour effet de la rendre « *quelque peu ingrate pour cette législation très patiente et très technique, par où les voies avaient pourtant été préparées à l'abolition* »⁵⁹.

Ensuite, à travers une jurisprudence plutôt hardie de la Cour de cassation (vers laquelle les pourvois « coloniaux » ne furent autorisés qu'en 1828), où s'illustrèrent non seulement Dupin l'aîné, dont Jean Carbonnier prend la défense au passage contre Victor Hugo⁶⁰, mais aussi Joseph-Marie Portalis (qui présida la cour suprême de 1829 à 1852)⁶¹, que nous retrouvons ici à propos de l'*homo servilis*. Prenant appui sur l'élan législatif et l'encourageant à son tour à faire encore davantage, cette jurisprudence s'exprima notamment par deux arrêts de la chambre criminelle, l'un, du 9 mars 1833, posant le principe que le doute devait se résoudre contre l'esclavage et convertissant donc les libérés de fait des affranchis en libérés de droit⁶² ; l'autre, du 8 février 1839, considérant que l'esclave ne pouvait être assimilé juridiquement à une marchandise et qu'il était bien une « personne »⁶³. Là encore, Jean Carbonnier attirait l'attention sur le « *rôle trop ignoré, mais considérable* », que joua la Cour de cassation dans l'évolution du droit de l'esclavage pendant les vingt dernières années de l'institution⁶⁴.

Face à de telles perspectives de recherche, j'encourageais alors deux jeunes chercheurs historiens du droit, amis et collaborateurs, qui travaillaient déjà sur l'esclavage, Jérémy Richard⁶⁵ et Frédéric Charlin⁶⁶, à approfondir la veine ouverte par le Doyen⁶⁷ : vers quel champ d'investigation fécond n'aura-t-il pas, encore une fois, ouvert la voie⁶⁸ !

Mais ce qui m'avait échappé de prime abord, c'était la date réelle du texte : 1957 ! « L'esclavage sous le régime du Code civil », sous son titre original, avait 35 ans de plus que

⁵⁹ Ibid., p. 249.

⁶⁰ « *Pourquoi faut-il que sa carrière parlementaire et les invectives de Victor Hugo lui aient attiré la réputation d'une voix aigre et d'un cœur sec ? Ses conclusions anti-esclavagistes sont d'une voix chaude et d'un cœur généreux. [...] On a eu tort de mettre en doute que ce gallican passionné eût un christianisme profond : son attitude dans la question de l'esclavage n'était point d'un pharisien* » (ibid., p. 250).

⁶¹ V. dans *Homo civilis* et mes autres études citées supra note 44, ainsi que sa notice par J.-L. Halpérin dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit. (p. 634).

⁶² « L'esclavage sous le régime du Code civil », p. 251. Cette jurisprudence avait été préparée par l'ordonnance du 12 juillet 1832 sur les affranchissements, dont l'art. 7 disposait que tout individu jouissant de la liberté de fait (le cas de marronnage excepté), serait admis à former une demande pour être définitivement reconnu libre, précisant que le pourvoi en cassation était ouvert, et fut étendue par l'ordonnance du 11 juin 1839 qui avait multiplié les cas d'affranchissements de droit.

⁶³ Ibid., p. 254. Là aussi, la Cour s'inspirait de la loi et la stimulait en retour, puisque celle du 24 avril 1833 avait déjà qualifié les esclaves de « personnes non libres », qualification qui allait être reprise avec beaucoup plus d'effets juridiques dans la loi Mackau de 1845.

⁶⁴ Ibid., p. 250.

⁶⁵ Vient de soutenir une thèse intitulée *L'esclavage des noirs, discours juridique et politique français (1685-1794)*, Aix-Marseille III, mars 2009, 608 p.

⁶⁶ Termine une thèse à Grenoble sur la condition juridique de l'esclave en droit français du XVIIe au XIXe siècles.

⁶⁷ V. J. Richard, « Le statut juridique de l'esclave aux Antilles sous l'empire du Code civil (1805-1848) : d'un effort de "civilisation" à la réticence du parti colon », in *Du Code noir au Code civil*, op. cit., pp. 107-140 ; F. Charlin, « La condition juridique de l'esclave sous la Monarchie de Juillet », communication aux journées Dogma sur l'esclavage précitées, à paraître dans la revue *Droits* n° 50 ou 51. V. aussi le petit recueil de l'avocate martiniquaise M. Tanger, *Les juridictions coloniales devant la Cour de cassation (1828-1848)*, Economica, 2007.

⁶⁸ Jacques Mulliez lui-même indique que c'est J. Carbonnier qui l'a incité à se pencher sur l'histoire du droit colonial et le Code noir (v. l'hommage précité). Il s'est malheureusement envolé depuis vers d'autres cieux, puis a pris une retraite bien méritée sous les vents de la côte Nord du Finistère, non sans m'avoir fait au préalable l'heureux possesseur de son abondante documentation ainsi que des notes manuscrites de son Cours d'Histoire des institutions antillaises, ce dont je lui suis fort reconnaissant.

la version parue dans *Flexible droit* (en 1992)⁶⁹. Non seulement la plume et la verve de son auteur n'avaient pas pris une ride, mais l'actualité de son contenu a retrouvé aujourd'hui, comme l'avait dit Jean Carbonnier d'*Homo civilis* en 2003, une « seconde jeunesse » ... Jeunesse de fond et de forme, vraiment, comme l'indiquaient déjà ces mots des éditeurs précédant l'article original, il y a un demi-siècle, de manière quasi prophétique tant la « caractéristique » décrite allait prendre une ampleur exceptionnelle :

« Une des caractéristiques principales des écrits de M. Carbonnier réside dans le fait qu'il ne se borne pas à commenter et à analyser les institutions juridiques au seul point de vue technique, mais qu'il aborde, avec une compétence entière, les aspects sociologiques, philosophiques et psychologiques des problèmes qu'il traite ».

« Nourri d'une prodigieuse culture, son style éloquent, alerte et plein d'humour offre un véritable régal pour le lecteur ».

J'appris ensuite que le Doyen avait présidé le jury de thèse de Félix Chauleau sur le droit français de l'esclavage à la Martinique⁷⁰ (et avait manifestement inspiré, sinon même dirigé cette recherche)⁷¹, qui soumettait la législation colbertienne du Code Noir à l'analyse « légistique » d'effectivité/ineffectivité que le Doyen évoquait dans la postface susmentionnée⁷². Ainsi, en 1957 et 1964, bien avant qu'il ne devienne un sujet d'étude d'actualité, le Doyen montrait déjà la voie en accompagnant les premières recherches historiques sur l'histoire du droit colonial français de l'esclavage en général et du Code noir en particulier⁷³. Lui-même continua manifestement à s'y intéresser par la suite, puisque, dans la version *Flexible droit* de son « Esclavage sous le régime du Code civil », on trouve des références bibliographiques nouvelles et récentes, datant de 1989 et de 1998⁷⁴, ainsi que des réflexions également nouvelles, comme celle de la première note de bas de page à propos de la commémoration du cent-cinquantième anniversaire de l'abolition, en 1998, réflexion aussi pertinente qu'impertinente, et d'ailleurs toujours d'actualité :

« célébré avec éclat, en métropole et dans les îles, il a donné lieu ça et là, suivant une pratique qui s'était formée récemment en des occasions analogues, à d'étranges phénomènes de repentance collective, d'esprit peu historique au fond. »⁷⁵

⁶⁹ V. dans les *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1957, pp. 53-63. Je remercie Raymond Verdier de m'avoir transmis ce texte, que j'ai pu ainsi comparer avec la version *Flexible droit*.

⁷⁰ *Essai sur la condition servile à la Martinique (1635-1848). Contribution à l'analyse de l'ineffectivité juridique*, thèse droit dact., Paris, 1964, 280 p.

⁷¹ Je tiens à remercier ici Sébastien Dalmon, conservateur à la Bibliothèque Cujas, d'avoir eu la gentillesse de procéder en octobre dernier à quelques vérifications sur ce point, sans qu'on puisse en tirer de certitude.

⁷² V. déjà sur ce thème le fameux article « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », paru dans *L'Année sociologique* de 1958, repris dans *Flexible droit* (chap. IV du titre I de la seconde partie) et devenu un grand classique. (V. aussi dans *Sociologie juridique*, éd. Quadrige, 1994, p. 256).

⁷³ V. néanmoins les thèses antérieures de P. Trayer, *Étude historique de la condition légale des esclaves dans les colonies françaises*, thèse droit, Paris, Baudouin, 1887 (thèse de droit français adjointe à une thèse de droit romain sur l'affranchissement), et de A. Pfister *Essai sur le Code Noir et la condition juridique des esclaves dans l'ancien droit français*, thèse droit, Bordeaux, 1946 (70 p. env.). Mais ces dernières étaient quelque peu succinctes et exégétiques et n'intégraient pas la dimension "sociologique" (étude d'effectivité) que comportait celle de F. Chauleau. Après celle-ci, il n'y eut plus, semble-t-il, de thèses de droit sur l'esclavage colonial français jusqu'à celles de J. Richard et de F. Charlin précitées.

⁷⁴ Loc. cit., p. 251 : réf. à l'étude de P. Jaubert, « Le Code noir et le droit romain », in *Histoire du droit social*, Mélanges J. Imbert, 1989, et à celle de L. Sala-Molins, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Puf, 1998 (c'est une rééd. car l'ouvrage date en réalité de 1987).

⁷⁵ Loc. cit., p. 247. L'auteur poursuit : « *Le public anglo-saxon, au même moment, s'intéressait plutôt à la traite, qui avait été la source du mal, et à l'ouvrage que venait de publier Hugh Thomas, regardé comme le plus grand spécialiste de la question, The Slave Trade (1440-1870), Mc Millan, 1997, et il y relevait sans émoi une tonalité légèrement réductrice* ».

Reste un problème, « *fondamental* » aux yeux du Doyen, et à mes yeux également : la nature juridique, ou si l'on préfère le statut juridique de l'esclave, de l'*homo servilis*. « *Était-il une chose ou une personne ?* » s'interrogeait le Doyen dans l'article précité, avant de constater que « *l'esclave s'il est un bien, est en même temps une personne, quelque malaisée que soit la synthèse des deux propositions* »⁷⁶. En même temps, dans « *Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit* » précité, où le Doyen formulait également des observations sur l'esclavage, il remarquait qu'au-delà de la « *personnalité* » - c'est-à-dire au-delà de « *l'artifice du droit* » - se cachait l'irréductible *humanité* de l'esclave :

« *La personnalité est définie par le droit (...). Mais enlevez persona, homo tient bon. Hominum causa omne jus constitutum ; superbe est cet aphorisme d'Hermogénien, au Digeste (1, 5, 2), et l'on aurait tort de le taxer d'hypocrisie sous prétexte qu'il s'inscrit dans un titre, De statu hominum, où les esclaves sont englobés, où l'esclavage est institutionnalisé. Ce qu'il faut bien plutôt en retenir, c'est ce qui est sous-jacent, cette qualité d'homme reconnue à l'esclave, qui fera plus tard exploser l'esclavage.* »⁷⁷

Ce sont précisément ces observations qui ont constitué le point de départ de ma propre réflexion sur le statut juridique de l'*homo servilis*⁷⁸ et qui m'ont permis d'en comprendre non seulement la complexité, mais aussi la *cohérence* juridique dans le Code Noir (et donc d'en discuter la lecture dominante), si horrible que puisse paraître l'attribution de cette qualité à un état aussi odieux : l'esclave n'est pas une personne (au sens juridique), mais c'est un être humain quand même. Il est certes en même temps un objet de propriété - et cette réification juridique est précisément rendue possible par son absence de personnalité - mais son humanité n'est pas sans effets juridiques cependant.

J'avais d'ailleurs déjà rencontré cette distinction de l'être humain et de la personne à propos d'une étude sur le statut juridique de l'embryon⁷⁹, que j'avais bien sûr communiquée à Jean Carbonnier⁸⁰. Quelques années plus tard, j'y revenais dans le cadre d'une « A.C.I. Jeunes chercheurs », consacrée au thème « *Personne et discrimination* », et je formulais l'hypothèse que plus un système juridique reconnaît universellement, à titre principal, la personnalité juridique complète, et donc l'égalité de traitement, à toutes sortes d'être humains (femmes, morts civils, esclaves), plus la moindre « *discrimination* » (c'est-à-dire la différence de traitement juridique) y devenait indéfendable, y compris en matière d'orientation sexuelle

⁷⁶ Loc. cit., pp. 251 et 253.

⁷⁷ Loc. cit., p. 245.

⁷⁸ V. mes études précitées supra note 56. Un autre « *Jean* » parmi les juristes célèbres m'y a également aidé, en la personne de J. Gaudemet, spéc. à travers « *Membrum, persona, status* », *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1995, n° LXI. Mais c'est à mon ami D. Deroussin, à travers sa magistrale étude « *Personne, chose, corps* », in *Le corps et ses représentations*, dir. E. Dockès et G. Lhuillier, Litec, Credimi, vol. 1, 2001, pp. 79-146, que je dois le plus.

⁷⁹ « *L'embryon et le droit : un statut impossible ?* », *Revue de la recherche juridique*, 1998-2, pp. 459-477. J'y défendais la position que pour résoudre la question d'un pur point de vue juridique, nous n'avions d'autre choix que de prendre à la lettre les lois de 1975 et surtout de 1994 (art. 16 s. C. c.), qui reconnaissaient l'humanité de l'embryon sans lui attribuer la personnalité juridique, renvoyant ainsi dos à dos les positions doctrinales (et souvent idéologiques) extrêmes qui faisaient de cet être humain soit, d'un côté, un simple « *morceau de chair* » (X. Labbé) ou un « *œuf* » (Y. Roudy), soit, de l'autre, une véritable « *personne* » (G. Mémeteau, P. Kayser, A. Sériaux et alii).

⁸⁰ Il me répondait, le 14 janvier 1999, à l'occasion des « *vœux cordiaux* » qu'il me formulait « *pour vous et les vôtres, pour votre santé, pour votre carrière* », qu'il avait lu « *en son temps* » et avec « *beaucoup d'intérêt* » « *votre article sur l'embryon* », ajoutant que « *le dossier est lourd et s'est encore alourdi (le projet belge, le clonage)* ». Je retrouvais ensuite mention de mon étude dans l'édition 2001 de *Flexible droit*, précisément dans « *Être ou ne pas être* » précité (p. 239, note 3), en compagnie de deux autres réf. insérées depuis l'article original des *Archives de philosophie du droit* (1989) (G. Mémeteau, D. 94, et B. Feuillet (dir.), 1996), témoignant, encore une fois, du suivi du sujet et de la poursuite de la réflexion par le Doyen.

(avec la problématique du mariage homosexuel, dont j'avais étudié les "progrès" notamment en droit canadien)⁸¹.

**

J'aurais aimé pouvoir discuter avec Jean Carbonnier de ces importantes questions théoriques, mais il n'était plus là pour les commenter. Cette fois-ci, c'est moi qui étais arrivé « *trop tard* » (v. postface supra) : l'esprit du Doyen avait déjà « *rompu ses amarres* ». Et ses « *derniers embruns* » avaient cette fois un « *goût amer* », car il ne s'agissait plus d'un ouvrage à publier, mais d'un ami à pleurer.

Car bien au-delà de l'échange intellectuel, j'aurais aimé plus encore continuer à bénéficier de sa « *sympathie très profonde* », non seulement celle qu'il manifestait « *pour toutes les opinions qui divisent la doctrine, pour tous les sentiments qui font la France* », mais surtout celle qu'il me témoignait en particulier ; j'aurais aimé continuer à recevoir régulièrement sa bienveillante sollicitude⁸², ses encouragements sincères, sa prose à grande qualité littéraire ; à sentir son humanité chaleureuse s'exprimer en actes et en pensées ; à échanger des vœux annuels avec lui, me demandant quelle carte postale et quels mots allait-il choisir cette fois-ci...

En d'autres termes, si l'œuvre du Doyen est toujours là, et le restera longtemps pour m'accompagner intellectuellement, l'homme me fait cruellement défaut.

Bref, on l'aura compris : Jean Carbonnier me manque.

Pointe-à-Pitre, avril 2009.

⁸¹ « Personne et discrimination : approche juridique et théorique », in *Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées*, actes du colloque du 14 déc. 2005 (CNAM), dir. M. Mercat, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 15-50.

⁸² Ainsi, par ex., dans le dernier courrier que je reçus de sa part, le 26 août 2003 (encore à Anduze), tel un Socrate avant son départ, il tint à réparer deux omissions à mon égard : il me confirmait qu'il trouvait « bon » le nouveau sous-titre pour la version publiée d'*Homo civilis* que je lui avais soumis ; et d'autre part qu'il avait lu et apprécié « *en son temps* » mon étude sur « *l'histoire de la "féodalité" en Nouvelle-France* » (v. supra note 29). « *Je vous en remercie et vous en félicite. Avec mon amical souvenir* », furent les derniers mots de sa lettre, et les derniers mots tout court que je reçus de lui, clôturant ainsi, sans le savoir, une correspondance de sept années et demi.