

**« JEAN CARBONNIER, ARRÊTISTE »**  
**PAR IBRAHIM FADLALLAH,**  
**PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE PARIS X-NANTERRE**

*Des quelques quarante notes d'arrêts publiées par Jean Carbonnier, l'on peut tirer plusieurs enseignements : la culture de l'auteur, sa rigueur, sa méthode, son sens critique notamment, sont en effet caractéristiques de son œuvre.*

Je vais décrire l'œuvre de Jean Carbonnier, arrêtiste. Il aurait peut-être préféré "arrestographe", mais il a été bien plus : ce n'était pas vraiment sa vocation, ni son tempérament, de faire collection de documents ; il devait leur insuffler une âme.

1. Quelle est notre moisson ? De 1934 à 1978, principalement au *Dalloz*, accessoirement à *La Semaine juridique*, il a publié une quarantaine de notes, dont la lecture, parfois la relecture, fut un régal. Cette activité fut à éclipses. En dépit d'un silence entre 1940 et 1948, on constate que plus des trois quarts des notes avaient été publiées en 1955 (31) sur quatorze années ; le reste, moins du quart, plus sporadiquement, s'étale sur vingt-trois ans.

Comment expliquer ce rythme ? Le Girondin s'était installé à Poitiers, province studieuse où il élaborait le *Thémis de droit civil*, petit livre qui est un grand ouvrage, révolutionnaire, et demeuré unique en son genre, en dépit de louables tentatives d'inspiration. À l'époque, tout l'intéressait. Plus tard, les contraintes de la chronique à la *Revue trimestrielle de droit civil*, sa nomination à Paris, le déplacement de ses centres d'intérêt scientifique, et son rôle historique dans les différentes réformes du droit de la famille ont tari sa veine d'arrêtiste. Est-il permis d'ajouter que sa pensée a aussi évolué sur le rôle de la jurisprudence et l'intérêt du commentaire d'arrêt ? Relativité du droit positif et, sans doute, un certain agacement devant les excès du genre : trop de décisions commentées, trop de revues qui en publient, avec une qualité qu'il est difficile de maintenir à un niveau élevé. L'on remarquera qu'il n'a pratiquement pas touché à la foisonnante élaboration de notre droit de la responsabilité délictuelle, où il a vu un immense gaspillage d'énergie et d'intelligence qu'une bonne loi, promulguée à temps, eût permis d'éviter.

2. Parmi les décisions que Jean Carbonnier a commentées, une dizaine seulement émanent de la Cour de cassation.

Il aimait à saisir la réalité des litiges devant le juge du fond, avant que les voies de recours n'aient produit leur effet de rétrécissement. Quand les faits sont plus complexes, la théorie juridique trouve un terreau plus riche pour l'analyse. À chaque fois ou presque, il soulignait la nouveauté de la question posée ou du préalable souvent implicite qu'elle présupposait.

L'on aura à observer la virtuosité de l'artiste (I), avant de dégager la pensée de l'auteur (II).

### **I - La virtuosité de l'artiste**

3. La virtuosité apparaît à travers l'érudition, le style et la méthode. Double érudition : d'abord par la diversité des sujets. Certes, beaucoup de notes sont consacrées au droit des personnes et de la famille : le droit des mineurs, le nom de la femme mariée, le divorce, la filiation naturelle, l'adoption, sans oublier de remarquables contributions en droit successoral, qu'il s'agisse de l'héritier apparent, ou de l'attribution préférentielle. Mais aussi, surtout au début, de nombreuses notes de droit judiciaire, on disait alors de procédure civile, de droit des contrats, un peu de droit du travail, de droit international privé et de droit pénal international. On ne sera pas étonné qu'il se fût penché sur les questions religieuses : éducation des enfants, décision d'un tribunal rabbinique, secte, avec ce rapprochement, pour le médecin homéopathe

dissident, minoritaire parmi les minoritaires, condamné en tant que rebelle. Mais voici plus surprenant : la fabrication de pièces d'or et le faux monnayage, l'inscription de titres en bourse, le conflit de privilèges en droit maritime.

Si l'éventail est large, la culture qui le soutient est éblouissante. C'est peu de dire que Jean Carbonnier a tout lu. Il a tout maîtrisé, comme s'il était à la fois juriste de toutes les disciplines, moraliste, historien, comparatiste. L'appréciation d'une solution est recherchée à travers les antécédents, quand il y en a, mais aussi par cette démarche de professeur qui consiste à explorer les questions voisines entraînant parfois des analogies inattendues. L'examen de chaque terme de la comparaison donne lieu au même florilège scientifique.

4. Le style de Jean Carbonnier se caractérise d'abord par la rigueur. C'est une grave erreur de croire que le scepticisme de l'auteur se traduirait par un flottement de l'écriture. Il faut suivre ses analyses de texte, sa recherche de la *ratio legis*, son souci du contexte à l'appui de démonstrations rigoureuses, et savourer le plaisir qu'il éprouve à remonter le courant, à faire dissidence, d'abord délicatement sous forme interrogative, puis, à mesure que les banderilles sont placées, plus ouvertement, pour ensuite modérer la conclusion tant sont « *faillibles les opinions humaines* ». Il faut aussi lire sa relation des faits. Jeunes apprentis et vieux routiers apprendront à découvrir, à travers les constatations des juges du fond, le drame humain qui s'est noué et a provoqué l'intervention de la justice.

Et comment ne pas évoquer aussi cette délicieuse coquetterie, cette préciosité gracieuse qui est sa marque, et qui vient égayer d'un sourire serein les textes les plus sévères. Dans sa note sur les conflits de privilèges en droit maritime, il évoquera comme naturellement la cosmogonie de Laplace, traitant des rapports entre la loi générale et la loi spéciale.

À propos d'une codification tronquée, il dénoncera « *ce sabre révolutionnaire un peu tordu* ».

5. La méthode qui se dégage de ces notes est classique. Chacune est un modèle ; il a lui-même relevé la parenté que le genre entretient avec la leçon d'agrégation. L'on retrouve chez lui les trois grands préceptes des maîtres médiévaux pour l'interprétation du droit : *vocum proprietas*, *laudatio auctoritatum*, *conspectus quaestionum*. Jean Carbonnier était maître dans l'agencement de ces préceptes : la rigueur du langage, le respect des autres opinions, et surtout l'art de poser exactement les problèmes soulevés par la décision commentée, dont il ne s'écarte que pour mieux l'éclairer.

6. La dominante des notes est critique. Les problèmes étaient nouveaux, souvent mal dégagés, les décisions émanaient souvent de premiers juges. Jean Carbonnier a érigé la critique en devoir du commentateur. Voici ce qu'il écrit à l'adresse de la Cour de cassation dans sa fameuse chronique « *Le silence et la gloire* » sur l'arrêt *Branly* :

« *Si l'arrêt Branly contre Turpin n'avait été commenté dans un sens uniformément favorable, il serait inutile d'y revenir. Mais, dans les sciences juridiques plus que dans les autres, seule la discussion est féconde, parce que, seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence, les contraires dont elles ne sont que le provisoire repos. La Cour de cassation avait probablement de fortes raisons morales pour décider comme elle l'a fait. Ce serait, pourtant, manquer aux devoirs que l'on a envers elle, que de lui cacher les doutes et les craintes qui surgissent à la lecture de son arrêt* ».

La critique de Jean Carbonnier est une critique noble, elle se fonde sur une analyse juridique d'une grande persuasion. L'image de Jean Carbonnier, sociologue du droit, ne doit pas faire oublier que lorsqu'il fait du droit normatif, il sait affirmer des règles, élaborer des systèmes. Dans l'une de ses notes, il écrivait : « *si cette solution devait passer en système, il y aurait lieu de le regretter, mais l'absence de système est plus regrettable encore* ». Certes, la citation est de 1934, mais dans combien de notes postérieures, après avoir déstructuré la solution des

tribunaux, il a reconstruit un système habile à résoudre toutes les difficultés rencontrées, y compris pour l'inscription à la cote en bourse des titres. On dira peut-être que, plus tard, l'auteur de *Flexible Droit* s'en serait gardé. Je ne le crois pas. Un droit flexible n'est pas un droit flou, c'est un droit où les solutions sont susceptibles de s'adapter ; notamment par le pouvoir reconnu aux juges qu'il a, en tant que législateur, privilégié, peut-être un peu trop. C'est un droit où la distanciation par rapport à la loi, qui lui était chère, favorise des solutions plus justes, c'est surtout un droit non envahissant où la pluralité des normes et une zone de non-droit permettent d'en limiter l'hégémonie. Mais rien n'était plus contraire à la pensée de Jean Carbonnier que l'imprécision.

## II - La pensée de l'auteur

7. Je n'évoquerai la pensée de l'auteur qu'à travers ses notes. D'autres ont dit ou diront sa pensée générale empreinte de foi et de morale, son rôle législatif, la place qu'il a donnée à l'observation des phénomènes juridiques et à sa contribution hypothétique à l'évolution du droit. Même dans ces limites, une sélection est indispensable, *temporis causa*. Insistons sur ce qui est, à la fois, le plus saillant et le moins remarqué. Pour mémoire, notons qu'il a évoqué dans une note le non-droit, à propos d'un litige entre un père et une école, qu'il traite de puérilité. Notons aussi son grand intérêt pour la procédure civile, ses analyses subtiles de questions complexes et le début d'une théorie du fait pertinent.

Savons-nous qu'il a exprimé l'opinion que les règles mathématiques sont du droit, plus largement les règles scientifiques bien établies, et dont il n'ignore évidemment pas qu'elles ne sont valables que pour un temps ? La conséquence est évidente pour l'expertise sanguine – sous réserve de la liberté de l'individu – mais elle pourrait aussi justifier un contrôle accru de la Cour de cassation, par exemple sur la façon de calculer un préjudice si elle s'avisait un jour d'imposer aux juges du fond un effort minimal d'explication sur les sommes allouées à titre de dommages-intérêts. Le laxisme de la Cour suprême incite les juridictions inférieures à noyer leur ignorance dans le silence et empêche le développement d'un véritable droit de l'évaluation du préjudice.

8. Dans sa note sur le conflit de privilèges, Jean Carbonnier élabore une théorie du rapport entre la règle spéciale et la règle générale, à l'effet de démontrer que les privilèges généraux du Code civil ne devraient pas suppléer la perte d'un privilège spécialement réglementé dont les conditions n'ont pas été respectées.

9. S'agissant d'un héritier apparent qui a transigé avec un légataire universel, il valide l'opération non par la seule vertu de l'apparence, mais par les idées de gestion d'affaires (qu'il affectionnera dans sa tâche législative) et de représentation.

10. Le droit des personnes et de la famille foisonne de notations diverses, dont certaines se retrouveront dans les lois. Il faut le lire expliquant, en 1946, que l'article 219 du Code civil sur le conjoint hors d'état de manifester sa volonté s'applique au mari aliéné, que l'interdiction n'est pas nécessaire et que, d'ailleurs, elle n'empêcherait pas l'habilitation de la femme à représenter son mari. Et de découvrir, au-delà du conflit entre deux textes protégeant l'aliéné, le conflit entre les protecteurs eux-mêmes : le conjoint d'un côté et les héritiers du sang de l'autre, constitutifs du conseil de famille : un conflit successoral anticipé.

Il faut le lire défendant les photographes de rue contre le commerce établi et affirmant que nul n'est propriétaire de son image parce que l'on n'est pas propriétaire de son corps. Mais c'était avant le triomphe du féminisme.

Je veux souligner ici sa position sur la liberté : liberté de l'historien, de l'individu, sous ses diverses formes, liberté religieuse, et protection des minorités. Sur l'éducation religieuse des enfants, il tranchera le conflit entre les époux en intégrant la religion dans l'état de l'enfant, solution féconde dont les internationalistes salueront la perspicacité.

Cette liberté, Jean Carbonnier l'a revendiquée pour les autres. Chacun connaît son éthique : « *la liberté est pour les autres, le devoir moral n'est que pour moi* ». Comment ne pas évoquer Emmanuel Kant, qui clôt ainsi la Critique de la raison pratique : « *Deux choses remplissent l'âme d'une admiration et d'une vénération toujours nouvelles et toujours croissantes, à mesure que la réflexion s'y applique avec plus de fréquence et plus de constance : le ciel étoilé au-dessus de ma tête et la loi morale en moi* ».