

BIBLIOTHÈQUE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

SOUS LA DIRECTION DE

CH. EISENMANN - H. BATIFFOL - M. VILLEY

VOLUME XVI

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

**ESSAI D'ANALYSE STRUCTURALE
DU
CODE CIVIL FRANÇAIS**

LA RÈGLE DU JEU DANS LA PAIX BOURGEOISE

Préface de MICHEL VILLEY

Postface de GEORGES MOUNIN

L. G. D. J.
20 et 24, RUE SOUFFLOT

BIBLIOTHÈQUE DE PHILOSOPHIE DU DROIT
SOUS LA DIRECTION DE
CH. EISENMANN – H. BATIFFOL – M. VILLEY
Professeurs à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris

VOLUME XVI

**ESSAI D'ANALYSE STRUCTURALE
DU
CODE CIVIL FRANÇAIS**

LA RÈGLE DU JEU DANS LA PAIX BOURGEOISE

PAR

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

Docteur en Droit
Attaché de Recherche au C.N.R.S.
(Centre de Philosophie Juridique)

Préface de

MICHEL VILLEY

Postface de

GEORGES MOUNIN

| |
|---|
| Ouvrage publié avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique |
|---|

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, Rue Soufflot (5^e)

1973

PRÉFACE

D'autres seraient plus qualifiés que moi pour présenter ce livre. Ce que je puis ici seulement, pour ma part, offrir au lecteur, n'est que le point de vue d'un historien, rendu par son métier sensible à la vérité supérieure d'anciennes traditions oubliées. Et M. Arnaud appartient à une autre école. C'est un « franc-tireur », destructeur des routines intellectuelles et des conformismes présents, mais sans pour autant retourner aux idées anciennes.

Nul n'est jamais original à cent pour cent. Ce qui me semble caractériser la manière d'Arnaud, c'est de féconder la science du droit d'essences butinées ailleurs, sur d'autres champs de l'activité scientifique, parfois très éloignés du nôtre, et que la caste des juristes, jusqu'à présent, veut ignorer. Les juristes lisent les juristes. Or, jetez un regard sur l'index bibliographique de ce livre : vous n'y trouverez recommandés qu'un petit nombre choisi de juristes (M Carbonnier a ses préférences) mais bien Lévi-Strauss et Michel Foucault-Mounin, Granger, Pouillon, Sebag – même André Breton – et les cinéastes : Jean Renoir, Jean-Luc Godard et Pasolini – sans parler de Marx et de Mao Arnaud n'a pas l'esprit de chapelle, il aime à ruer hors des brancards, ce qui n'est pas commun : l'interdisciplinarité triomphe dans les discours ministériels mais à contempler notre présente université, jamais nous n'en fûmes plus loin.

*

* *

J'essaye de reconnaître ses sources principales. D'abord, l'inspiration marxiste, d'un certain marxisme car on sait qu'il en est plusieurs : celui d'Arnaud me paraît teinté de gauchisme libertaire. Le Code civil va vous être ici présenté tout autrement que nos étudiants n'ont coutume de l'apercevoir à travers les cours de leurs maîtres : comme un produit de la classe bourgeoise. Il traduit la peur des bourgeois, la façon bourgeoise de réagir à l'angoisse humaine (ici quelques thèmes empruntés aux psy-

chologues contemporains). Il a pour fin de perpétuer la domination de cette classe et son mode spécifique de vie.

Notre première tâche sera donc d'arracher le masque humaniste sous lequel le Code se déguise ; masque doucereux du berger derrière lequel se cache le loup. Gardons-nous donc d'y voir la Bible des droits de l'homme révolutionnaires, de l'égalité, de la liberté ; le Code n'est point égalitaire ; il institue, quoiqu'on en dise, des statuts personnels divers, très inégaux, et tels qu'en pratique il « excommunie » quiconque se refuse à accepter les principes de la vie bourgeoise. Ne soyons pas dupes de son consensualisme prétendu ; car de fait, par exemple en jouant de « l'ordre public » ou des « bonnes mœurs », il comprime en d'étroites limites la liberté des contractants. Il ne procède qu'en apparence des conceptions idéalistes du « jus naturalisme moderne » ; il est un dur positivisme, qui tient plus de Hobbes que de Thomasius. Il est, plutôt que libéral, « paternaliste », répressif et « interdictal ».

Non, la fonction du Code civil ne fut pas de servir la liberté ni l'épanouissement de « l'homme ». Il fut surtout l'expression de l'économisme, de l'utilitarisme bourgeois (surtout de celui des physiocrates). En ce début du XIX^e siècle c'est installée la Paix Bourgeoise l'analogue de la Pax romana (c'était l'impérialisme de Rome). Pour les auteurs du Code civil, il s'est agi de sanctionner un certain ordre tel que rayaient conçu les bourgeois, à leur avantage et selon leurs perspectives propres : un mode de vie qu'ils ont axé sur l'économie. Le but est l'accroissement des richesses, qui suppose, outre la protection des propriétés d'un petit nombre, le fonctionnement des échanges.

Aussi nous trouvons-nous conviés à une « relecture du Code », à l'interpréter en fonction de son but réel, dont ses auteurs mêmes n'ont été sans doute qu'à demi-conscients, ou qu'ils dissimulent à travers un discours mythique. Le sens du Code est d'instituer une certaine règle, agréable à la bourgeoisie, du « jeu » des échanges. Il précise les conditions requises pour prendre part au jeu : statuts inégaux des personnes (encore une fois, tout bien compté, beaucoup sont exclus de la table : les femmes, les mineurs, l'indigent sans « domicile » fixe, n'ont pas de part directe au jeu ; comme au casino de Deauville, seul un petit nombre d'élus seront reçus dans le cabinet où se jouent les parties sérieuses). Il prévoit les mises, les enjeux (les biens, avec lesquels on joue, au nombre desquels sont les services). Il détermine, en réglementant les contrats, la liste des coups interdits, et de ceux qui sont autorisés. Complément de cette règle du jeu : un certain nombre de garanties, qu'Arnaud nomme des gages, sont instituées pour empêcher que la machine ne se grippe, ou que la partie ne s'arrête faute de combattant. Il faut assurer qu'aux joueurs défaillants se substituent de nouveaux partenaires, que leurs mises demeurent suffisantes (droit successoral-familial) ; que les dettes

de jeu soient réglées et les mauvais coups ou l'atteinte à l'ordre établi effectivement réprimés (sûretés personnelles-droit de la responsabilité, etc.).

Le droit civil qui est le noyau de tout l'ordre social bourgeois, ce livre en bouleverse l'image ; le plan même en est retourné ; les juristes accoutumés à voir les exégètes du Code en respecter à peu près l'ordre seront surpris de cette complète redistribution des matières. C'est qu'il faut lire entre les lignes pour déchiffrer le sens d'un texte ; le message doit être décrypté. Et, selon la formule lumineuse de M. Lévi-Strauss (dans une lettre écrite à l'auteur) « l'analyse structurale du droit pourrait y découvrir un code qui démentirait souvent le Code ».

Et nous touchons à la partie la plus neuve de cet ouvrage, qui sans doute captivera le plus, séduira le plus : la mise en œuvre des méthodes dites de l'analyse structurale. Méthodes nées sur d'autres terrains de la recherche scientifique (notamment dans la linguistique) et que jusqu'à présent les juristes n'ont guère tenté de transporter dans leur discipline. (Voyez cependant, dans les Archives de Philosophie du droit, l'essai d'Henri Page, et divers articles d'Arnaud.) Ici, le lecteur trouvera notre droit traduit en schèmes, qui ont l'avantage de la précision et de la complétude, et de faciliter les comparaisons avec d'autres systèmes possibles. Il verra le droit prendre la forme d'une série de « graphes », dont beaucoup me semblent de lecture un peu indigeste. Heureusement je suis dispensé de m'aventurer dans ces labyrinthes ; ils relèveront de la Postface de M. Mounin ; s'il m'avait fallu à mon tour décrypter ces graphes et les retraduire dans ma langue de juriste vulgaire, j'aurais commis des contresens.

*
* *

Mais puisque Arnaud veut bien m'offrir l'espace nécessaire, j'en profite pour dire mon avis, au moins provisoire. Il est que dans cette œuvre je crains que des vérités partielles ne se prennent pour vérités totales : je me suis quelquefois laissé dire que c'était le tort du structuralisme.

1° Et sûrement, d'abord, du marxisme. A mon sens, la vision marxiste de la fonction du droit moderne n'est qu'abstraite et que fragmentaire, comme tout ce qui sort de la science ; et – dans la mesure où elle se prend pour une description totale – elle devient fausse, grossièrement caricaturale. Arnaud, comme marxiste, attribue au droit une fonction unique : servir les intérêts d'une classe. Mais peut-on définir une fin, ou une « fonction » du Code civil ?

Il est très vrai que Portalis ou Napoléon furent pour une part, « objectivement », au service des classes possédantes. Je ne prends pas

Portalis et ses acolytes pour de petits saints ; ni tout à fait pour des « prêtres de la justice », comme le Digeste définit les jurisconsultes. Mais la peinture des intentions (inconscientes) des auteurs du Code, me semble dans ce livre, trop poussée au noir. Trop systématique : il n'y a pas une rupture aussi radicale entre le droit « de l'époque bourgeoise », celui des sociétés anciennes, ou le nôtre propre. (Étant historien, je ne puis croire autant que les marxistes à l'histoire.) Portalis a sûrement gardé de son éducation de juriste, en quelque recoin de son cerveau, quelque sens du juste. Cette fin du juste que, dans la ligne d'Aristote et de Saint Thomas, pour notre part nous attribuons à l'activité des juristes, cette visée d'un partage juste, qui suppose la confrontation de tous les buts particuliers et de toutes les idéologies, Arnaud l'estime nébuleuse. Je crois pourtant qu'elle a nourri le meilleur et le plus durable de l'œuvre des juristes romains et de leurs successeurs en Europe – et qu'elle ne fut pas même absente du texte de 1804. Le droit n'est pas le royaume de la simplicité, mais un mélange de bien et de mal, de vertu et de péché, d'intentions disparates et incohérentes. Aucun juriste ne se contente de n'être que partial, et le Code civil ne fait pas que servir les intérêts d'une classe.

Il a posé effectivement, par endroits, des solutions justes. Faut-il l'avouer ? le trouve très juste que les mineurs soient en tutelle, et qu'il existe une autorité paternelle (là notre désaccord s'accroît !) que soit reconnue l'existence de « statuts » inégalitaires. Juste, quels que soient la clause au pouvoir et le mode de production. Il y a aussi quelque justice dans notre droit civil : le droit n'est pas que la « règle » d'un « jeu ».

2° D'où notre scepticisme sur le second point : à notre avis les méthodes des sciences exactes échouent en présence du droit. On peut en effet dessiner une structure en fonction d'un but (ou des finalités d'un « jeu » bien déterminé) ; non point quand les buts sont indéfinis, mais qu'est poursuivie la justice, cette fin transcendante.

Nous ne tenons certainement pas l'essai d'Arnaud pour inutile. Après avoir lu son ouvrage, on ne doutera plus que la méthode de l'« analyse structurale » ne soit, pour partie, profitable à l'histoire du droit. Des cadres structuraux existent, au sein desquels se meuvent en fait les auteurs de nos lois, quand même ils n'en ont pas conscience : structures des langages juridiques, globalement construits en fonction d'une fin dominante, multiples et divers à travers le temps. Chaque terme juridique change de sens lorsqu'il passe d'un langage à l'autre ; nous sommes notamment persuadés que les termes pris au droit romain et à la tradition classique par les juristes du droit moderne (personne-loi-contrat, etc.) reçoivent un sens très différent, une fois intégrés dans le système d'une philosophie nouvelle. Il m'apparaît donc justifié, et ce peut être un progrès pour la science du droit, que d'étudier ces ensembles « synchroniquement ».

Mais le réel n'obéit jamais complètement à aucun système. Les mots du langage juridique ont rarement un sens univoque : en même temps que dans le contexte d'une vision moderne du monde ils ont reçu pour partie une valeur nouvelle, ils ont conservé quelque chose de la charge sémantique reçue dans un langage plus ancien. En fait ils relèvent en même temps d'une pluralité de structures. Le langage des juristes est flou, mixture de nouveau et d'ancien, il renvoie simultanément à plusieurs codes contradictoires.

Il ne faut donc pas abuser de l'analyse structurale ; elle n'a de valeur qu'heuristique, elle conduit à la construction de modèles idéaux, séduisants par leur cohérence, mais qui ont le tort de n'être qu'idéaux ; de ne jamais être adéquats au réel total. L'analyse structurale ne dit qu'un aspect du droit entre d'autres. Je ne sais pas jusqu'où sur ce point je diffère d'Arnaud Mais je ne crois pas trop à l'usage dans le droit des mathématiques, fût-ce de la mathématique moderne.

*
* *

On en discutera. Je présume que certains lecteurs s'enthousiasmeront pour cette œuvre, à cause de son style quasi scientifique, et qu'elle servira d'aliment à leurs besoins d'activité révolutionnaire. D'autres juristes resteront attachés, dans leur lecture du Code civil, aux mythes de l'humanisme jusnaturaliste. Il en sera peu pour se ranger à la position plus sceptique et moins exaltante que nous devons pour notre part aux leçons d'une philosophie beaucoup plus ancienne, dite du droit naturel classique. À chacun son rôle. C'est ainsi que sévit entre nous le dissentiment, qui a l'avantage de valoir mieux que le sommeil dogmatique et le conformisme.

MICHEL VILLEY.

Table des matières

| | |
|--|-----|
| PRÉFACE, par Michel VILLEY | I |
| POSTFACE, par Georges MOUNIN | 171 |
| AVANT-PROPOS | 1 |
| INTRODUCTION | 3 |
| I. — Questions générales | 8 |
| A. Les définitions | 8 |
| 1. Humanisme et Droit | 8 |
| 2. Humanisme juridique, ordre et paix | 9 |
| 3. Humanisme et Droit bourgeois | 10 |
| B. La détermination du modèle | 11 |
| 1. Valeur de modèle du Code civil français | 11 |
| 2. Supériorité de ce modèle | 13 |
| II. — Questions de méthode | 15 |
| A. Détermination du corpus | 15 |
| 1. Le Code civil rompt avec le passé | 16 |
| 2. Le Code civil marque un progrès | 16 |
| 3. Il constitue un système autonome | 17 |
| B. Lecture et décodage | 18 |
| 1. Droit, langage et signification | 20 |
| 2. Technique de l'analyse | 22 |
| I. — LES FONDEMENTS DU DROIT BOURGEOIS | 25 |
| <i>Section I.</i> — Niveaux d'inspiration | 26 |
| 1. Vassalité | 27 |
| 2. Juridicité | 29 |
| 3. Observance | 30 |
| <i>Section II.</i> — Niveaux de réalisation | 33 |
| 1. Matérialisation | 34 |
| 2. Efficience | 36 |
| 3. Exclusivisme | 40 |
| <i>Section III.</i> — Les traits fondamentaux du Droit bourgeois | 43 |
| 1. Définition et réglementation | 43 |
| 2. Ordre et liberté | 45 |

| | |
|---|-----|
| II. – LE FONCTIONNEMENT DU DROIT BOURGEOIS | 57 |
| CHAPITRE PREMIER. – <i>Le jeu en position</i> | 59 |
| <i>Section I.</i> – les joueurs | 59 |
| 1. L'adhésion au groupe | 60 |
| — Le vagabond..... | 60 |
| — L'étranger | 62 |
| — L'absent | 63 |
| 2. L'intégration à un statut..... | 64 |
| A. Les classes de statuts..... | 64 |
| — L'âge d'homme..... | 65 |
| — La fille majeure..... | 65 |
| — La femme mariée | 66 |
| — L'enfant..... | 66 |
| — Le mort civilement..... | 68 |
| B. Les relations statutaires | 69 |
| — entre individus d'une même classe | 69 |
| — entre individu de classes différentes | 71 |
| a) cogestion/autoritarisme : la femme mariée | 71 |
| b) éducation-assistance/paternalisme : mineurs et interdits | 77 |
| <i>Section II.</i> – L'enjeu | 81 |
| 1. Les mises | 81 |
| — Personnes | 81 |
| — Biens | 83 |
| — Services..... | 84 |
| 2. Potentialité de jeu | 87 |
| — libre disposition..... | 87 |
| — droits sur les choses | 88 |
| — usufruit et servitudes | 89 |
| — propriété..... | 89 |
| CHAPITRE DEUXIÈME. – <i>La partie en action</i> | 91 |
| <i>Section I.</i> – Recherche de structure | 94 |
| 1. Analyse..... | 97 |
| — accession, occupation..... | 97 |
| — invention | 97 |
| — successions..... | 97 |
| — donations..... | 98 |
| — vente..... | 98 |
| — échange | 99 |
| — louage de choses | 99 |
| — louage d'ouvrage..... | 100 |
| — société | 100 |
| — conventions matrimoniales | 102 |

| | |
|---|-----|
| — prêt..... | 103 |
| — dépôt..... | 104 |
| — séquestre..... | 105 |
| — contrats aléatoires..... | 105 |
| — mandat..... | 111 |
| — cautionnement..... | 112 |
| — hypothèques..... | 112 |
| — transaction..... | 113 |
| — nantissement..... | 114 |
| — quasi-contrat..... | 114 |
| 2. Synthèse..... | 115 |
| <i>Section II.</i> – Dépassement de la géométrie euclidienne des obligations..... | 117 |
| 1. Combinatoire..... | 118 |
| 2. Taxinomie..... | 121 |
| CHAPITRE TROISIÈME. – Les gages..... | 127 |
| <i>Section I.</i> – Garanties organiques..... | 127 |
| 1. Perpétuation des classes de joueurs..... | 128 |
| — Mariage..... | 129 |
| — Parenté, alliance, amitié..... | 131 |
| 2. Perpétuation des enjeux..... | 134 |
| — Aliments..... | 134 |
| — Gestion d'affaires..... | 135 |
| — Successions..... | 135 |
| — Biens vacants..... | 136 |
| <i>Section II.</i> – Garanties fonctionnelles..... | 136 |
| 1. Sûretés formelles..... | 137 |
| — positives..... | 137 |
| — négatives..... | 139 |
| 2. Sûretés inhérentes au type de système choisi..... | 139 |
| — célébration du geste..... | 140 |
| — domestication de l'événement..... | 141 |
| CONCLUSION..... | 143 |
| I. La structure du Code civil français..... | 143 |
| II. Relire le Code..... | 145 |
| TABLE DES SYMBOLES..... | 157 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 159 |
| Index des articles du Code civil cités..... | 167 |

AVANT-PROPOS

En présentant l'histoire du Code civil français que nous souhaitons écrire, M. Villey avait annoncé un triptyque : « au centre (devait être) le Code civil dont (on projetait) une édition critique de type historique – à gauche l'histoire de ses origines – à droite de ses destinées » (1). À peine paru le premier volet, le deuxième était mis en chantier. Mais l'entreprise fut bientôt jugée comme dépassant l'économie d'un chercheur isolé ; l'époque de son issue paraissait relever du calcul des probabilités ; elle risquait, enfin, de par l'érudition qu'elle supposait et les proportions qu'elle promettait de prendre, et eu égard à la conjoncture dans le domaine de l'édition, de demeurer confidentielle.

Il fallut donc envisager de transformer le deuxième volet en un volume réduit, l'exposant à n'être – comme celui qui l'avait précédé – qu'une ébauche, au mieux un guide, de toutes façons une cible. Car le risque est grand d'être pris pour un franc-tireur. Les philosophes ne trouveront point ici ce qu'ils entendent par philosophie. Les historiens du Droit pas assez d'histoire et pas assez de Droit. De ceux, par ailleurs, dont j'aurai tenté d'appliquer les enseignements à l'une des branches de la science juridique – pour cette raison que je crois ce mouvement de pensée et ce renouvellement des méthodes susceptibles de lui donner un sens – puis-je espérer plus grande bienveillance que la réserve ? Et le critique le plus écouté ne manquera pas de dire de ce travail que seul l'avant-propos était lucide, et que l'auteur eût dû s'en tenir là.

Pourtant, il ne me déplaît pas d'agir en franc tireur (2). Parce que – bien que je le regrette – c'est un geste isolé, et que de l'isolement naît la

(1) M. VILLEY, Préface à O.D. (ARNAUD, Bibl. n° 1), pp I et VII.

(2) La qualité de franc-tireur n'exclut d'ailleurs pas la présence d'observateurs attentifs, dont l'attitude va de la sympathie discrète au soutien amical. Que soient ici particulièrement remerciés ceux d'entre eux qui ont bien voulu m'éclairer de leurs conseils : J. Carbonnier, le civiliste ; G.G. Granger, le logicien ; J. Maillet, l'historien ; G. Mounin, le linguiste ; M. Villey, le philosophe, maître de mes premiers essais, sévère et précieuse critique des suivants. Non seulement leur perspicacité nous a tiré de plus d'un mauvais

déraison, et qu'il est bon, parfois, d'être déraisonnable nous perdons trop le sens de la démesure). Et que le franc-tireur a toutes les chances de semer le désordre dans le camp adverse, même s'il court les plus grands risques. Mais je les accepte.

« Au fond, je ne suis peut être qu'un historien des idées. Mais honteux, ou, comme on voudra, présomptueux. »

M. FOUCAULT, 2, p. 178.

pas, mais encore MM. Villey et Mounin ont bien voulu aider en quelques pages le lecteur à situer notre expérience. Comment leur es primer notre gratitude ?

Quant à l'auteur de *l'Anthropologie structurale*, à qui le présent essai doit son souffle original, c'est probablement à lui qu'il eût dû être dédié. Il ne l'a pas été par respect... par crainte, malgré/en raison des précieux encouragements qu'il nous a prodigués.

INTRODUCTION

« Pour qu'une société puisse garantir les libertés individuelles comme les libertés publiques, il faut qu'elle admette des règles du jeu et que ces règles soient respectées...

Aucune société, je le redis, ne peut vivre sans règle du jeu. Dans une société libre, cette règle porte un nom : la loi. »

Jacques CHABAN-DELMAS (*).

Toute société est organisée selon des règles. Qui veut y vivre doit *jouer le jeu*.

Chaque fois que, au cours de notre histoire, une société conquiert l'hégémonie, elle s'efforça d'organiser sa domination en imposant une « règle du jeu » qui assurât à ceux que la rallieraient, « l'ordre, la prospérité et la paix » (1). Au temps où le monde était romain, ce fut la *Pax Romana*, paix de l'empire romain, mais aussi domination paisible de Rome (2) ; la Chrétienté médiévale connut la *Pax Ecclesiae* ; par l'expression « paix bourgeoise », nous entendrons le nouvel ordre social, commun à l'Occident, qui lui succéda. Produit de la philosophie *moderne*, elle fut clairement définie à l'époque de Hugo Grotius (3), et se trouve aujourd'hui compromise. Nés sur ses restes, nous voulons nous en débarrasser.

(*) Déclaration à l'Assemblée nationale, du 20 avril 1971 (cf. p. ex. *le Monde*, n° 8172, 22 avril, pp. 2-4).

Certains ouvrages spécialisés sont cités, dans l'ordre alphabétique, dans la bibliographie qui se trouve à la fin du livre. Lorsqu'il y sera renvoyé, en note la référence sera volontairement succincte (nom de l'auteur, suivi éventuellement du n° d'ordre de l'ouvrage concerné).

(1) Will DURANT, L. V, *in fine*.

(2) Comp. SÉNÈQUE, *De Clementia*, 1, 4, 2, et *De Providentia*, 4, 14.

(3) Cf. O.D., p. 10, et ARNAUD, Bibl. n° 8.

Le Hollandais Grotius, philosophe, juriste et théologien protestant, donnait, en 1625, à Paris (la vie intellectuelle est alors européenne, non nationale), un ouvrage intitulé « De jure belli ac pacis », bientôt traduit, notamment en français, sous le titre « Le Droit de la Guerre et de la Paix ». Avec la parution de ce livre, il s'est passé un fait essentiel, la mise au point d'un nouveau langage de paix.

Ressentie depuis un certain temps comme nécessaire, la recherche d'un tel langage avait été précipitée par le retrait de la Hollande et de la Grande-Bretagne du monde catholique. Rompue l'unité politique du monde, depuis si longtemps fondée sur une base confessionnelle (4), il fallait découvrir un nouveau terrain d'entente. Grotius construisit un traité cohérent sur le sujet ; c'est l'acte de naissance du jusnaturalisme rationaliste, individualiste, volontariste et subjectiviste. On y trouve, entre autres choses, le renouvellement d'un ancien thème, celui – pourrait-on dire, plagiant Cicéron – de la retraite des armes devant la toge, et l'apparition d'un nouveau, celui de la réduction des relations publiques à des problèmes de droits individuels. Car la guerre, qui met en cause des groupes sociaux, a pour fondement la protection des biens des particuliers, dont l'appartenance privée est justifiée par le Droit naturel, un Droit qui, de son essence, s'impose à tous, sans distinction de race ni de religion. Que si l'on peut échapper à une autorité sacerdotale, on ne le peut à la Nature.

Mais si la protection des propriétés ne peut être assurée que par la force une fois qu'elle est menacée, il est possible néanmoins, avant que ne soit engagé un conflit, de le prévenir, le plus souvent, et, dans la négative, de le limiter. « Il est d'un Homme de bien, écrit Grotius, de ne commencer la guerre qu'à regret, et de ne la pas pousser volontiers à toute outrance. Cette raison seule, tirée du Devoir, suffirait sans doute : mais on y est souvent engagé par son propre intérêt... Car il est dangereux de lutter longtemps avec plus fort que soi » (5). Les rapports des « Hommes de bien » feront l'objet du *Droit*, dont le règne tout-puissant commence. Alors que les rapports juridiques ont toujours plus ou moins existé, c'est dorénavant dans, le Droit – et très strictement dans le Droit – que sera inscrite, décrite et consacrée la « règle du jeu ».

De cette idée naîtra un mode de penser que l'on ne manquera pas de désigner par un mot : le terme de « civilisation » (6), inventé au siècle suivant, désignera cette nouvelle victoire de l'argumentation sur la force. Mais, par assimilation au milieu d'émergence, il emportera longtemps qualification d'« occidentale », avant de devenir synonyme de « civilisation bourgeoise ». Or c'est bien le jusnaturalisme « moderne » qui a rendu possible la création du mot, en établissant une équivalence entre les

(4) Cf. *La Révélation chrétienne et le Droit*, p. 8.

(5) GROTIUS, ch. 25, » §§ III et IV.

(6) LALANDE, *Dictionnaire philosophique*, p. 142.

deux oppositions paix/guerre et civil/barbare. La guerre est à la barbarie ce que la paix est aux peuples civilisés. Le concept de *civilisation*, dès lors, implique des mœurs policées, de bonnes lois (7).

Cette conception entraîne plusieurs conséquences, dont quelques unes sont essentielles :

1. – Dans le système de la « paix bourgeoise », la « règle du jeu » peut être découverte à la seule lecture du Droit en vigueur, car celui-ci devient spécifique de celle-là. Ainsi s'expliquent les propos de M. Chaban-Delmas, et voici justifié qu'on les ait placés en exergue à ce livre.

2. – Dans le même temps où l'individualisme s'installe dans le domaine juridique, les relations sociales apparaissent comme étant, avant tout, des relations civiles. Désormais, par une variation du sens, le Droit civil (qui est du Droit privé, par opposition au Droit public) contient les prémisses philosophiques de toute la législation. Et l'idée sera vivace, encore, à l'époque de la rédaction des codes napoléoniens. Témoin cette déclaration de l'un des rédacteurs du Code civil français : que ce texte est « le péristyle de la législation française » (8).

3. – De l'individualisme pacifique à l'humanisme juridique – à un certain humanisme juridique – il n'y a qu'un pas.

4. – L'assimilation du Droit à la conception bourgeoise du monde (et capitaliste de l'économie) provoquera, sitôt effectuée par les esprits, l'une des remises en cause les plus fertiles de l'ordre social instauré par la « paix bourgeoise », à condition de ne pas s'en tenir à une acceptation pure et simple de ce fait, que ce soit par méfiance ou par résignation. La première attitude tient généralement à un sentiment de malaise provenant de l'apparente équivalence existant entre le concept de Droit et le caractère bourgeois de la légalité et de la justice (9). C'est oublier que telle équivalence n'est pas spécifique de la relation entre le juridique et la bourgeoisie ; que ce type de rapport, s'il peut effectivement servir à qualifier l'ordre bourgeois, ne caractérise par le Droit. De la méfiance, par conséquent, on ne retiendra que la prudence dans le style d'approche de notre problème. Par contre, on condamnera vigoureusement la résignation, qui consiste à considérer le Droit comme un ensemble de règles auxquelles il faut bien se soumettre parce qu'elles *sont*, et qu'on s'empressera d'oublier lorsque, pour des causes quelconques, elles seront remplacées par d'autres. La résignation, d'ailleurs, vise – et c'est là peut-être le plus grave – non pas tant le contenu des règles que leur existence même. Car les tenants désabusés de cette attitude sont en réalité les véritables responsables de la stagnation du Droit dans la conception bour-

(7) MORAZÉ, p. 101.

(8) TRONCHET, Séance du 6 thermidor an IX, dans LOCÉRÉ, t. I, p. 395.

(9) Cf. M. et R. WEYL, pp. 15-17.

geoise du Droit. Persuadés que les règles peuvent progresser par de simples adaptations au jour le jour, ils se font les hérauts de replâtrages successifs, au point que, l'épaisseur des couches ayant masqué le moule original, on en oublie les fondements. Les transformations, dès lors, se font à l'intérieur du système où elles s'effectuent, sans espoir de changement radical. Mieux que le maquillage, elles agissent comme autant de vaccinations qui l'immunisent toujours plus sûrement, retardant la mise en cause. Or, sans critique des fondements mêmes du système, il s'avère impossible d'en changer.

Il est pourtant des occasions où le paradoxe est tel entre le visage officiellement donné au Droit et le sens qui émane de son application – qui participe de son être – que les réformes les plus radicales ne sauraient le résoudre. Ainsi en est-il lorsque un renouvellement du langage oppose à la notion de paix telle qu'elle nous a été léguée par Grotius, une définition comme celle-ci : « La guerre et la paix se convertissent l'un en l'autre... parce que dans la société de classes, entre les aspects contradictoires, telles la guerre et la paix, il existe, dans des conditions déterminées, une identité. Tous les contraires sont liés entre eux ; non seulement ils coexistent dans l'unité dans des conditions déterminées, mais ils se convertissent l'un en l'autre dans d'autres conditions déterminées, tel est le plein sens de l'identité des contraires... »(10) ; d'où il résulte que « dans la société de classes, les révolutions et les guerres révolutionnaires sont inévitables ; sans elles, il est impossible d'obtenir un développement par bonds de la société, de renverser la classe réactionnaire dominante et de permettre au peuple de prendre le pouvoir » (11). Et encore : « La guerre, qui a commencé avec l'apparition de la propriété privée et des classes, est la forme suprême de lutte pour résoudre, à une étape déterminée de leur développement, les contradictions entre classes, entre nations, entre États ou blocs politiques... Lorsque la société humaine en arrivera à la suppression des classes, à la suppression de l'État, il n'y aura plus de guerres – ni contre-révolutionnaires, ni révolutionnaires, ni injustes, ni justes. Ce sera l'ère de la paix perpétuelle pour l'humanité » (12).

La contradiction peut être également plus tangible, et non réservée à quelques initiés, philosophes, intellectuels vigilants, masses ayant atteint un degré élevé de conscience politique. On voit alors que la « paix bourgeoise » est acculée souvent à jeter bas le masque humaniste qu'il lui plaît tant d'afficher. L'impression de contrainte ressentie de plus en plus vivement par tous ceux qui, vivant en régime capitaliste, considèrent, après

(10) MAO Tse-toung, « De la contradiction », dans *Œuvres* (E.L.E.P.), t. I, pp. 378-379.

(11) *Ibid.*, p. 383.

(12) *Id.*, « Problèmes stratégiques de la guerre révolutionnaire », *loc. cit.*, pp. 203 et s. Comp. avec *Citations*, ch. VII, n° 7, et ch. XVIII, n° 5.

Lénine, que « la civilisation, la liberté et la richesse (y) font penser à un richard empiffré de nourriture qui pourrit tout vif et ne laisse pas vivre ce qui est jeune » (13), met en cause aujourd'hui plus vivement que jamais auparavant, peut-être, les fondements prétendument humanistes sur lesquels reposerait cette « règle du jeu ».

*
* *

Parler de « paix bourgeoise » revient à poser une multitude de questions, qui peuvent être groupées commodément sous la forme d'un rapport entre deux expressions, *humanisme juridique* et *ordre bourgeois*. Le problème consistera à qualifier ce type de relation, ce que devrait permettre l'observation de la *règle du jeu* au travers de la législation civile que se donna la bourgeoisie française.

(13) LÉNINE, « La barbarie civilisée », dans *Œuvres*, Éd. soc., t. 19, p. 418.

I – QUESTIONS GENERALES

Encore convient-il de qualifier les termes qu'on se propose de mettre en rapport, ce qui suppose l'entente préalable sur les définitions, et doit permettre de choisir un modèle.

A. – Les définitions.

1. – HUMANISME ET DROIT

Comment parviendrons-nous à nous accorder sur l'acception dans laquelle nous recevons l'expression « humanisme juridique » ? Il existe tant de définitions et de l'humanisme et du Droit ! Qui faut-il croire : M. Fasso qui, cristallisant une longue tradition, fait remonter l'humanisme juridique aux Budé, Connan, Le Douaren, Doneau, Cujas, et n'en fait pas l'une des sources vives de la pensée juridique plus récente (14) ? ou M. Brimo qui, attentif aux découvertes philosophiques mais plus soucieux encore de trouver dans l'histoire de la philosophie du Droit l'apaisante image d'une science juridique à visage humain, tente d'allier les leçons foucaaldiennes à la tradition, et opte pour une interprétation d'Althusser, qui l'amène à chercher les racines de l'humanisme juridique dans l'œuvre de Montesquieu, bien qu'il ne parle du *courant humaniste* qu'à propos des juristes des XIX^e et XX^e siècles(15) ? Plutôt M. Villey, dont les analyses présentent au moins trois avantages : rattacher l'humanisme au stoïcisme ; distinguer celui de la Renaissance de celui, postérieur et très différent, des « modernes » ; montrer que si l'individualisme ne peut fonder le Droit, système des rapports entre hommes, sa chute n'entraîne pas nécessairement celle de l'humanisme (16).

(14) G. FASSO, t. II, p. 29, et t. III.

(15) A. BRIMO, pp. 309 et s.

(16) M. VILLEY, 2, pp. 60 et s. Comp. avec *id.*, dans A.P.D., 1968, p. 230.

À vrai dire, l'humanisme juridique apparaît non pas tant comme une doctrine que comme la préoccupation constante de juristes conscients de la place essentielle qu'occupe l'homme dans la détermination d'un système normatif. Mais ici les opinions ne concordent plus. En effet, les juristes « humanistes », s'ils ramenaient unanimement jusqu'à une époque toute récente (17) les rapports de l'homme au Droit à une question de *nature humaine*, divergeaient selon l'acception dans laquelle ils recevaient cette expression. Du moins leurs thèses présentaient-elles entre elles cette univocité – et c'est essentiel – qu'elles considéraient l'homme comme un être structurellement invariable, et le Droit comme le moyen de le protéger contre l'injustice et l'erreur.

C'est ici qu'intervient nécessairement la notion d'*ordre bourgeois*.

2. – HUMANISME JURIDIQUE, ORDRE ET PAIX

L'organisation appelle l'ordre, sans lequel il est vain de prétendre défendre le juste et le vrai. En termes juridiques, l'ordre, c'est l'ordre social, un certain ordonnancement de la société selon le schéma normatif officiellement reconnu en un moment et en un lieu déterminés. Cet ordre est sans aucun doute contraignant de son essence. La contrainte peut néanmoins être rapportée à une prise de position humaniste, si elle est établie précisément pour défendre l'homme contre l'injustice et l'erreur. On pourra alléguer, par exemple, l'imperfection et la faiblesse de l'homme, et se référer à un ordre supérieur, présupposé sagesse, pour en extraire des conduites humaines proches de cette inaccessible vérité. Ou bien encore – ces indications ne prétendent nullement avoir un caractère exhaustif – on cherchera dans la raison humaine les motifs d'une soumission individuelle à la contrainte collective émanant de l'établissement d'un Droit. Dans tous les cas, on considèrera comme violence tout usage de la force contre]organisation sociale structurée en vue de la sauvegarde des valeurs de justice et de vérité : c'est la *paix bourgeoise*, au nom de quoi la violence pourra être réprimée justement, *d'où qu'elle vienne*, par le groupe au nom de l'ordre social. M. Chaban-Delmas est le produit le plus pur de cette conception, qui déclarait encore : « Du seul fait de ses responsabilités, un gouvernement démocratique et libéral ne peut pas laisser l'esprit de violence s'introduire dans la société, même à dose homéopathique, car il n'est pas de pire poison » (18). Que ceux qui ne se rallient pas à cette logique, et renâclent devant l'intervention des *forces*

(17) Avec l'œuvre de N. POULANTZAS, à commencer par son premier livre sur *Le concept de Nature des choses* dans la *philosophie et la sociologie contemporaines du droit* (th. dr. Paris, 1964), publié sous le titre *Nature des choses et Droit* (L.G.D.J., 1965), la porte est enfin ouverte à un renouvellement de la pensée juridique sur ce point. Cf. ce qu'en dit M. VILLEY, dans A.P.D., 1965, p. 167 et s.

(18) *Loc. cit.*

de l'ordre du gouvernement et la sévérité de ses tribunaux, ne sont pas des adultes. C'est, au travers de la proclamation hautement pacifiste de la législation, la justification de la répression.

En ce sens, l'humanisme juridique ne s'oppose pas substantiellement à la notion *d'ordre*, puisque l'attitude des juristes humanistes, qui consiste à vouloir protéger l'homme contre l'injustice et l'erreur, se prolonge naturellement dans une défense de l'homme contre le des ordre et la violences

3. – HUMANISME ET DROIT BOURGEOIS

La trouvaille des juristes bourgeois consista à présenter le Droit dès l'origine comme la solution pacifique à la défense de l'homme contre l'injustice, l'erreur, le désordre et la violence. C'est que *ordre* a plusieurs significations, et s'entend d'abord de la cohérence des normes. Il renvoie alors nécessairement à l'idéalisme. L'ordre convenant à la nature humaine avait été, pour les juristes, depuis l'antiquité, principalement celui du jusnaturalisme classique (19). À partir du XVII^e siècle, on peut déceler un changement radical, dont quelques racines sont certainement antérieures, mais dont l'expression théorique et systématique ne vit le jour qu'à ce moment-là (20). Dorénavant, l'idée dominante est que le Droit peut être repéré par l'homme dans sa propre Raison – c'est-à-dire *créé par lui* – et qu'il est *fait pour lui* (21) : tels sont les deux termes de la nouvelle définition de l'humanisme juridiques

Création volontaire de l'homme, le Droit reflète ses droits inaltérables, dont il assure la protection, et qui sont exaltés dans la fameuse tria de « liberté-égalité-propriété » (22). Au niveau de la normativité, l'homme est donc considéré comme créateur volontaire des règles auxquelles il est prêt à se soumettre, absolument libre et égal aux autres. La question de savoir si l'État préexiste ou non à l'individu pleinement libre, parfaitement égal, absolument propriétaire, partagea la pensée juridique « moderne ». Mais, à la veille de la Révolution française, le Droit était individualistes Au niveau de la réalisation des normes, cela signifiait que les personnes juridiques étaient égales, que le droit de propriété était absolu, que la liberté de contracter était totale (23).

Ces affirmations coïncidaient parfaitement avec celle-ci : que le Droit était fait pour l'homme, c'est-à-dire, on l'a vu, pour le protéger. Or s'il est vrai qu'un système économique-social ne peut subsister que grâce à

(19) M. VILLEY, 1, pp. 109 et s.

(20) Cf. O.D., pp. 8 et s. Voir aussi TARELLO, 1, pp. 8 et s., 15 et s.

(21) Cf. PORTALIS, dans « Discours préliminaire au Projet de l'an VIII », dans LOCRÉ, t. I, p. 429.

(22) Cf. O.D., p. 117.

(23) Voir LALANDE, v^o « Liberté civile », p. 141 et Supplément.

une série d'institutions connectives (morale, Droit, constitution politique) destinées à en soutenir la cohérence, le régime capitaliste – en formation à cette époque –, ne pouvant plus continuer à contenir, par la seule référence à l'ordre moral, les actions humaines dans l'orbite tracée par sa loi de cohésion, se trouva dans l'obligation d'élaborer une réglementation juridique susceptible d'assurer sa persistance. En déguisant tous les individus en citoyens et personnes juridiques douées des mêmes droits en principe absolus, le Droit bourgeois prétendait être en mesure de discipliner l'égoïsme des classes dominantes et de combattre ou de vicier celui des autres membres du groupe social. Ainsi leurrés par des affirmations de principe libérales et égalitaires, tous accepteraient un ordre économique qui, en réalité, favoriserait certains au détriment d'autres. Déclarer que le Droit protégerait les hommes quels qu'ils fussent contre le désordre et la violence, c'était en outre prévenir, au nom du Droit, de la justice, de la liberté, d'éventuelles révoltes spontanées provoquées par ceux qui ne manqueraient pas de ressentir péniblement le joug économique que cachait cet humanisme juridique.

Cette prééminence du Droit fut essentiellement celle du Droit privé – qui règle les relations inter-individuelles – et notamment celle du Droit civil. Le commercial n'est, dans un régime capitaliste, qu'une excroissance naturelle de certaines relations civiles lorsque, généralisées et multipliées entre professionnels du commerce, elles appellent des mesures plus précises, plus spécialisées.

B. – La détermination du modèle.

Il apparaît donc que le mode le plus spécifique des rapports entre l'humanisme juridique et l'ordre bourgeois est ce catéchisme des relations civiles bourgeoises sur lequel nous vivons encore : le *Code civil français*.

1. – VALEUR DE MODÈLE DU CODE CIVIL FRANÇAIS

En effet, au moment de l'élaboration du Code civil, en 1804, on parle de « civil » d'abord par opposition à « politique ». Les relations civiles, ce sont celles des hommes entre eux. L'État n'y intervient que très peu, et toujours pour sauvegarder les valeurs humanistes que nous énumérons il y a un instant. C'est donc dans les matières civiles plus qu'ailleurs, que nous trouvons les types idéaux de relations inter-individuelles, selon la conception bourgeoise du Droit. C'est d'ailleurs demeuré une constante remarquable chez nos civilistes, que de considérer que « le droit civil a dans sa vocation traditionnelle d'offrir des modèles aux autres disciplines juridiques » (24).

(24) CARBONNIER, 1, p. 1.

Il est bien vrai que le Code civil français contient les prémisses philosophiques de toute la législation bourgeoise. Il apparaît, en effet, comme l'aboutissement d'une longue gestation intellectuelle au cours de laquelle philosophes et juristes mirent au point un système juridique convenant parfaitement à la société bourgeoise. La recherche fut européenne ; le Code civil fut, un temps, celui d'une grande partie de l'Europe ; on avait souhaité, en période révolutionnaire, qu'il fût celui du genre humain, et il en est resté quelque chose dans l'esprit des rédacteurs, malgré leur apparente humilité. Derrière toute législation, il y a une morale : celle du Code civil était la morale bourgeoise, individualiste et étriquée (25). C'est devenu une affirmation assez triviale, mais il fallait la rappeler pour justifier notre choix. Enfin, si nous parlons de ce Code comme d'un modèle possible, ce n'est pas au hasard. Qu'il puisse être considéré comme un modèle valable s'entend empiriquement à deux points de vue. Tout d'abord, en tant que monument législatif, il apparaît nécessairement comme un certain type de législation, entendons : comme une certaine manière qu'a eu le législateur de voir le monde. Ici, mieux que n'importe où ailleurs, la dualité réalité/modèle reproduit celle de l'être et de la norme. Par ailleurs, et cette observation est liée à la précédente intimement, le Code civil fait partie de ce groupe des objets scripturaux appartenant à la classe des modèles dont parle A. Badiou lorsque, de la conception qu'a Cl. Lévi-Strauss du modèle, il écrit : « la science est ici pensée comme le vis-à-vis d'un objet réel, sur lequel on doit enquêter... et d'un objet artificiel destiné à reproduire, à imiter dans la loi de ses effets, l'objet réel »(26).

Notre prétention n'étant nullement de contribuer à une recherche au plan épistémologique, rien de déterminant n'interdit ici de rester fidèle à la méthode indiquée par Cl. Lévi-Strauss. Il y a, certes, une différence : c'est que, dans le cas du Code civil, le modèle n'est pas construit par le chercheur. Il l'a été par le législateur, et c'est même là ce qui fait son grand intérêt. En effet, nous sommes dans la situation du critique cinématographique, qui voit des images se succéder sur un écran, dans des limites spatiales déterminées, pendant un temps limité, et doit reconstruire par l'analyse les conditions de réalisation du film (réalisateur ayant une idée, et devant composer avec la réalité pour l'inscrire en images dans sa caméra) avant de juger l'œuvre. Or, pour l'analyse, il ne dispose que de quelques images, qui constituent un aboutissement. Ainsi en est-il du Code civil, à la lecture duquel on se propose de repérer par quel artifice et selon quel processus le législateur de l'an XII est parvenu à assimiler une conception du Droit humaniste à la paix bourgeoise, et en quoi consiste la règle du jeu dans cette paix bourgeoise.

(25) Cf. O.D., p. 220.

(26) A. BADIOU, p. 14.

2. – SUPÉRIORITÉ DE CE MODÈLE

À cet égard, encore, il convient de noter la supériorité du Code civil sur les autres modèles juridiques possibles. Et pourtant, s'agissant de paix sociale et d'ordre, il semble qu'on eût dû songer plutôt à prendre pour modèle le Code pénal. Mais il existe plusieurs raisons qui ont fait écarter ce texte. Tout d'abord parce que, de par son nom même, le Code pénal apparaît comme l'expression du Droit-gendarme, non pas celle de l'organisation sociale. Ensuite parce que, de par le rôle qui lui est assigné – de réprimer les attitudes anti-sociales – il indiquerait plutôt ce qu'on entend par *contraire à l'ordre*, mais non pas *quel est cet ordre*. Également parce que, dans la conception humaniste-bourgeoise du Droit, le pénal n'est qu'une extension du civil. Examinons les grandes infractions visées au Code pénal : elles sont divisées en crimes et délits contre la chose publique (Tit. I^{er}) et contre les particuliers (Tit. II). Au nombre des premiers figurent ceux qui concernent la sûreté de l'État (ch. 1^{er}), les attroupements (ch. 2), la Constitution (ch. 3), la paix publique (ch. 4). On compte, parmi les autres, les crimes et délits contre les personnes (ch. 1^{er}) et contre les propriétés (ch. 2). Si le Code pénal punit les exactions contre « la chose publique », c'est parce que c'est elle qui protège les valeurs bourgeoises, la liberté et l'égalité des particuliers, parce que c'est elle qui assure le respect de leurs droits individuels – entendons : les droits subjectifs inhérents à l'individu et proclamés dans la charte des relations civiles, qui est le Code civil –. Que s'il punit les crimes et délits contre les particuliers, c'est par référence aux mêmes relations civiles, qui sont celles de personnes libres et égales exerçant leurs droits sur des biens qui leur appartiennent, et doivent être protégés publiquement à ce titre. Mais le système de référence, lui, n'est pas exposé dans le Code pénal : il l'est dans le Code civil.

On rétorquera que le texte sur lequel on se propose de faire porter l'analyse est vieux, datant de 1804, et que c'est là une faiblesse majeure. Il n'en est rien. Certes, depuis sa parution, bien des réformes sont intervenues, qui en ont grandement modifié le contenu originel. Mais plusieurs observations doivent être formulées. Il faut noter tout d'abord qu'un certain nombre d'articles sont encore aujourd'hui mis en œuvre par le juge dans leur rédaction initiale. Et il s'agit d'articles fondamentaux, comme l'est par exemple l'article 544 qui définit le droit de propriété. Qu'il s'agisse précisément de définitions introduit à une autre remarque. En effet, quelle que soit l'ampleur des réformes introduites au fil des années, il ne s'agit, en réalité, que de « replâtrages » sans conséquence essentielle sur la conception générale de l'œuvre. Le contenu des institutions, prises individuellement, a sans doute progressé. Mais ces progrès successifs se sont accomplis à l'intérieur du système conçu en 1804. Il faut plutôt considérer les diverses adaptations progressives comme autant

de vaccinations qui ont, au contraire, immunisé chaque fois plus sûrement le corpus initial (27).

Cela n'est peut-être pas absolument exact de quelques grandes retouches très récentes, qui ne sont pas antérieures à la seconde moitié de notre siècle. Mais cette affirmation constitue paradoxalement un argument en notre faveur. En effet, l'esprit de certaines matières du Code civil ayant radicalement changé sans que la conception d'ensemble ait été mise en question, le Code civil se trouve être aujourd'hui atteint dans son unité formelle. Mais cette constatation, si elle devait justifier un examen du Droit civil actuel susceptible d'éclairer sur la structure de *l'homo juridicus* dans la société contemporaine, ne rend pas inutile une étude identique portant sur le Code civil de 1804. Un tel travail, au contraire, demeure nécessaire et nécessairement préalable, dût-il ne servir que de référence pour une exploitation consciente ultérieure d'une analyse de notre Droit actuel.

Le texte du Code civil français, dans son expression originale, constitue donc le modèle le plus apte à révéler la nature des rapports existant entre l'humanisme juridique et la paix bourgeoise.

(27) Cf. ARNAUD, 7.

II. – QUESTIONS DE MÉTHODE

Le choix du Code Napoléon est d'autant plus valable qu'il constitue un corpus permettant de procéder, dans cette matière historico-sociale, à un découpage différent du réel, permettant d'opérer ensuite à l'aide d'une méthode appropriée (28).

A. – Détermination du corpus.

Il se trouve que, par chance, le découpage n'est pas malaisé. Contrairement à l'état de la législation antérieure au Code, ou à ce qui se passe à nouveau aujourd'hui, l'ensemble des règles concernant une institution civile se trouve ramassé en un seul lieu, et l'ensemble des institutions civiles également. Mieux, le Code civil nous apparaît comme un corpus historiquement clos. L'assertion ne doit pas être prise pour un renoncement à l'étude génétique. Elle avait apporté en son temps des renseignements précieux. Mais tout en recherchant des filiations intellectuelles, nous nous étions toujours gardé de conclure à un engendrement qui relèverait d'un pseudo-évolutionnisme, au sens où l'entendait Lévi-Strauss lorsqu'il écrivait que « dire qu'une (institution) a évolué à partir d'une autre constitue une formule métaphorique et approximative, dépourvue de la rigueur scientifique qui s'attache à l'expression similaire appliquée aux phénomènes biologiques »(29). Dans ces limites, un tel type d'étude semble avoir été fructueux.

Mais, au vu de cette analyse génétique antérieurement pratiquée, trois remarques doivent être formulées : premièrement que la genèse d'une institution ou l'établissement d'une filiation intellectuelle n'assure pas nécessairement la continuité du déroulement historique ; deuxièmement, que, de discontinuité en discontinuité, le progrès se mesure à l'import-

(28) L. SEBAG, p. 142.

(29) LÉVI-STRAUSS, 1, pp. 24-25. Cf. aussi *id.*, 1, pp. 35 et s., et *id.*, 2, p. 255 ; comp. avec CARBONNIER, 2, p. 11.

tance des coalitions du cultures ; enfin que le repérage de ruptures entraîne la reconnaissance de systèmes autonomes où le discours juridique prend une signification *sui generis*.

1. – LE CODE CIVIL ROMPT AVEC LE PASSÉ

De l'existence de points de rupture, l'historien est forcément conscient. Nous avons cru en repérer une, essentielle, vers les années 1650, en ce qui concernait les origines immédiates du Code civil, considéré intellectuellement. C'est à cette époque que les juristes, tout en continuant à invoquer la lettre des textes anciens, commencent, avec la meilleure bonne foi, à les interpréter en commettant des contresens à l'esprit de ces textes, qu'ils adaptent, ce faisant, aux nouvelles conditions de vie. C'est vers 1650 que l'on peut situer l'émergence de cette infrastructure économique et sociale qui sera propre au XVIII^e siècle et permettra l'éclosion du gallicanisme, du jansénisme, du sentiment bourgeois, d'une caste des robins, de ces robins bourgeois jansénistes et gallicans qui, précisément, adaptent les textes anciens à leurs nouveaux besoins. La doctrine juridique est entre leurs mains. Ce sont eux qui fourniront le canevas du Code civil.

Mais l'apparition du Code lui-même constitue également un point de rupture. Comme l'écrivait alors, en un moment de lucidité, le sinistre réactionnaire Montlosier, « à la manière dont les auteurs du Code raisonnent de la France, on croirait qu'elle est encore la même société ; si elle était la même société, elle n'aurait pas besoin de leur Code » (30). La rupture est effectivement consommée avec le Code civil. C'est le premier texte officiel à présenter, selon la systématisation propre au mouvement des codifications modernes (31), un renouvellement complet des objets du discours juridique. En effet, certains des objets antérieurement considérés (saisine, retrait lignager, bail à cens, bail à rente, par exemple) ont cessé d'exister ; d'autres sont apparus, succédant à des notions anciennes (réserve héréditaire et légitime coutumière, par exemple), ou se juxtaposent à elles (mariage-contrat, divorce) ; d'autres consistent dans le renouvellement de notions classiques, et ce sera le cas le plus fréquent, car le Droit répugne au changement et aime à cacher la nouveauté sous des formules anciennes (domaine et propriété absolue ; contrat et consensualisme) ; d'autres, enfin, sont présentes en germe (responsabilité).

2. – LE CODE CIVIL MARQUE UN PROGRÈS

Ainsi, le Code civil constitue-t-il un « progrès » incontestables au sens où « tout *progrès* culturel est fonction d'une Coalition entre les cultures...

(30) MONTLOSIER, p. 4.

(31) Cf. J. MAILLET, 2 ; W. WILHELM.

(qui) consiste dans la mise en commun... des *chances* que chaque culture rencontre dans son développement historique... (et qui est) d'autant plus féconde qu'elle s'établit entre des cultures plus diversifiées » (32)

Cela, le Code civil le tient de ce qu'il est issu d'une période richement cumulative et infiniment fertile de notre histoire. Ce fut d'abord le contact entre cultures fructifères. On en trouve ainsi à certaines époques privilégiées comme avaient été, du point de vue qui nous occupe, la Rome classique, celle du Bas-Empire, ou la période franque. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, il y eut une « coalition culturelle » entre tradition janséniste, dont nous avons signalé les grands caractères (scepticisme, antirationalisme) et pensée jusnaturaliste rationaliste axiomatique *moderne*, venue d'outre-Rhin. Ce fut, ensuite, la contradiction visiblement insurmontable dans la tâche d'unification de législations apparemment irréductibles autant qu'impossibles à hiérarchiser sûrement (Droit romain, Droit canonique, coutumes, Droit imposé) faute d'un facteur de médiation. Ce fut, enfin, la découverte d'une solution, la création d'un système nouveau, original par le double compromis qu'il réalisait entre les cultures en présence, les langages en compétition. Il ne s'agit nullement là d'une acquisition isolée, mais d'une contribution offrant un caractère de système, un style de vie spécifique d'une société déterminée, et d'autant plus important que le législateur n'a pas manqué de croire que son œuvre pourrait répondre aux aspirations de l'univers entier.

3. – LE CODE CIVIL CONSTITUE UN SYSTÈME AUTONOME

Dans cette histoire faite de discontinuité (33), le Code civil constitue donc un système autonome et formant une totalité. Car le Droit et les différentes matières qui le composent en tant qu'objet du discours juridique, s'organisent en systèmes variables selon que la primauté est donnée à telle conception ou à telle composante. Selon le système dit du « Droit naturel classique », par exemple, le Droit était examen de la scène de théâtre qu'est le monde, avec ses personnages, ses objets, et les rapports des uns aux autres (34). Tel autre système donnera la prédominance à un objet seulement du discours juridique. Domat fondait tout le Droit sur les engagements et les successions (35). Mais ce peuvent être aussi les biens, qui sont considérés comme la fin essentielle du Droit. Cette situation se rencontre généralement dans des groupes vivant sur une économie raréfiée. Une telle législation a pour but d'éviter la ruine physique du groupe. C'est le sens du *familia pecuniaque* des XII Tables. Dans un autre système, on donnera la prééminence à l'économique, et les règles civiles

(32) LÉVI-STRAUSS, 1, p. 79.

(33) M. FOUCAULT, 2, p. 16.

(34) M. VILLEY. C'est une constante dans ses travaux.

(35) Cf. O.D., p. 145.

apparaîtront comme le reliquat d'un dirigisme étatique. Ou bien encore, les relations juridiques seront déterminées en fonction d'une ligne politique (36). Ailleurs, c'est l'individu qui sera le lieu géométrique de toutes les règles. Tout sera conçu pour lui et en fonction de lui.

Généralement, ces divers caractères sont mêlés, et l'on peut qualifier le système en présence duquel on se trouve, en fonction de la prédominance de telle ou telle préoccupation. En présence du texte du Code civil, il s'agira d'effectuer cette démarche, et le fait de pouvoir le considérer comme un corpus cohérent et clos facilite grandement l'application de l'analyse de structure.

B. – Lecture et décodage.

Mis en présence d'un texte, nous sommes accoutumés, aujourd'hui, à ne plus nous en tenir à une explication exégétique, ni dogmatique. Il n'est plus de lecture qui ne procède par des appels à l'histoire et aux mais très empiriquement encore – à la sociologie et à la psychologie. Néanmoins, la démarche demeure fondamentalement la même. Disons qu'à la tyrannie du texte, a succédé un despotisme éclairé. Mais on n'a pas encore vraiment tenté de jeter sur le Code civil ce regard neuf devenu plus que jamais nécessaire, et désormais rendu possible par la mise en œuvre d'un nouveau type d'investigation.

Malgré l'ouvrage, relativement ancien, de J. Ray (37), ce genre d'étude ne semble pas avoir été fait, bien que le chercheur dispose aujourd'hui des outils nécessaires pour le mener à bonne fin. Certes, le livre de Jean Ray visait-il à rechercher la « structure logique » du Code civil. Mais il ne suffisait pas – bien que cette vue durkheimienne fût alors infiniment nouvelle – de considérer le Code comme un « fait » (38). Même lorsqu'il utilise le terme de « construction » ou d'autres mots du vocabulaire architectural pour désigner l'activité juridique, c'est par référence au langage usité dans les travaux préparatoires du Code civil (39). L'auteur se défend de vouloir acquiescer pleinement à une métaphore « qui laisserait l'impression de quelque chose d'inerte » (40). Or, précisément, notre attitude sera radicalement différente sur ce point. Mais considérons le Code civil plutôt comme un monument inerte dont il s'agit de recomposer l'architecture (41) : nous abandonnerons la perspective documentaire de l'historien traditionnel pour adopter une position permettant une formali-

(36) Cf. ARNAUD, 6 et 7.

(37) J. RAY, 1.

(38) *Ibid.*, p. 2.

(39) Comp. J. RAY, 1, p. 255, avec FENET, t. VI, pp. 17, 58, 242, p. ex.

(40) J. RAY, 1, p. 260.

(41) M. FOUCAULT, 2, p. 182.

sation de l'objet à disséquer. Tandis que J. Ray plaçait très lucidement son œuvre sous le signe d'une contribution à la logique de la pensée pratique et des jugements de valeur (42), tandis qu'il situait la structure du Code au niveau des « coordinations implicites et d'ailleurs changeantes (de la) vie profonde, des sentiments et des conceptions cachées qui constituent le ciment véritable des dispositions légales » (43), renvoyant à la structure comme *réalité*, notre attitude sera, plutôt que structurelle, structurale, cherchant à renvoyer à la structure comme syntaxe (44).

Pourquoi ne pas tenter une lecture synchronique du Code civil français ? Nous faisons nôtres, en effet, ces lignes qu'écrivait L. Sebag : « (Les) idéologies ne sont pas collection de traits accidentels que l'on pourrait considérer isolément et qu'on rapporterait ensuite, chacun pour soi, à une histoire qui leur serait sous-jacente. Ce sont des systèmes de pensée dont on doit découvrir le principe d'organisation, une correspondance valable entre domaines différenciés ne pouvant être établie qu'une fois mise en relief la structure de chacun d'eux. Que le Droit, la Politique, la Religion se réduisent à l'économique ou qu'ils expriment en un langage spécifique un certain modèle des relations humaines qui trouve sa source dans les rapports de production ; ou encore qu'ils ne soient ni reflet, ni simple transposition mais actualisation en un certain registre d'une structure commune à la totalité de la société, de toutes les manières, c'est seulement après le traitement théorique de chacun des manières, précédemment distingués que le débat pourra être tranché... Or le traitement théorique de toute idéologie doit d'abord se situer au niveau de la synchronie... Toute délimitation d'un domaine relativement homogène, tout effort pour conduire à un modèle en rendant compte, visent à dévoiler le principe d'organisation régissant un ensemble d'éléments se définissant réciproquement. L'analyse génétique ne peut être dite structurale qu'après que cette formalisation a pu être menée à bien » (45).

Du Droit, précisément, Marx écrivait qu'il est une « expression systématique » de la vie civile. Et l'on est tenté d'étendre à l'ensemble du Droit l'usage que fait Cl. Lévi-Strauss de certaines expressions qu'il emploie à propos de la parenté. Mais G. Mounin nous a mis en garde contre une confusion terminologique entre des termes comme « système de représentations », « système de symboles », « langage », « communication » (46). Résolue cette question liminaire, il faudra dire un mot de la technique que nous entendons utiliser dans notre analyse.

(42) J. RAY, 1, p. 11.

(43) J. RAY, 1, p. 195,

(44) Cf. J. POUILLON, 1, p. 780.

(45) L. SEBAG, pp. 98-99.

(46) G. MOUNIN, 2, p. 208.

1. – DROIT, LANGAGE ET SIGNIFICATION

« Tout n'est pas langage ». M. Mounin nous a assez incités à la prudence et mis en demeure de montrer que le matériau que l'on s'apprête à traiter possède les traits *pertinents* d'un langage ou d'un système de communication, pour qu'on ne s'aventure pas à la légère sur le terrain des linguistes (47). Telle n'est d'ailleurs pas notre intention. Notre propos peut être énoncé en trois propositions :

- a) le Code civil sera considéré non comme un système de communication, mais comme un système d'échange ;
- b) l'analyse textuelle du Code civil peut renvoyer à plusieurs types de réalité observables ;
- c) nous situons notre analyse au niveau d'une sémiologie de la signification.

a) *Le Code civil sera considéré non comme un système de communication, mais comme un système d'échange.*

L'homme vit d'échanges. Le terme « échange » ne doit évidemment pas être pris ici au sens où, techniquement, les juristes ou les linguistes l'entendent. Les premiers en font un contrat qu'ils distinguent, par exemple, de la vente ou de la location. Les seconds vont jusqu'à estimer que l'expression « échanger des paroles » relève d'une pure métaphore (48). Il convient de bien distinguer, dans le texte du Code civil qui fait l'objet de notre étude, deux problématiques très distinctes ? Le Code civil peut tout d'abord être considéré comme un *système de communications*. Dans cette perspective, le discours juridique qui y est contenu constitue un matériau analysable linguistiquement. Ce n'est pas notre propos. Par ailleurs, on peut s'attacher à l'étude du *système d'échange* qu'établit ce discours. Au niveau économique, ces échanges sont constitués par la transmission de personnes et de biens. Au niveau philosophique, ils concernent le problème de la distribution, de la répartition juste. Le juridique se situe au moment où l'option philosophique se cristallise dans une série d'énoncés normatifs susceptibles d'assurer la réalisation d'un système déterminé d'échanges économiques

(47) *Id.*, 1, pp. 33 et s; *id.*, 2, p. 213. Cf. aussi le texte inédit « signes, réciprocité et marxisme » dans le livre de Luc de HEUSCH.

(48) Et pourtant, dans une conversation, chaque interlocuteur ne « prend »-il pas à l'autre un peu de lui-même en « acceptant » ses paroles (au sens où les juristes entendent l'*acceptation*) ? Il pourrait bien y avoir isomorphisme entre l'échange de paroles et le contrat juridique d'échange (cf. *infra*, pp. 98-99).

b) L'analyse textuelle du Code civil peut renvoyer à plusieurs types de réalités observables.

Le Code civil apparaît tout d'abord comme l'expression d'une réalité socio-économique. Cette prise de conscience du « réel », les historiens l'ont maintenant opérée, et nombreux sont aujourd'hui les travaux qui traitent des aspirations bourgeoises dans l'ordre social et économique à la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècles.

Une deuxième manière d'observer le Code consiste dans l'étude de sa réalité historique. S'il est évidemment métaphorique de dire que le Code est un produit du temps, il est vrai néanmoins que l'analyse génétique donne des renseignements sur les origines intellectuelles du Code Napoléon.

Pris au niveau discursif, le Code civil constitue par ailleurs une réalité déjà distincte des précédentes. L'écriture trahit toujours plus ou moins. Nous abordons la célèbre querelle entre partisans et adversaires des codifications. Car le fait de codifier non seulement fige l'objet, mais encore amène, si l'on veut maintenir la cohérence formelle du tout, à sacrifier à la forme certains aspects du réel concret socio-économique.

Il existe, enfin, un niveau idéologique. Le mettre à jour constitue une démarche différente des précédentes. Il convient de révéler la réalité latente, la signification que ni la lecture première du texte, ni l'analyse historique, ni l'analyse socio-économique ne peuvent permettre de trouver.

c) Nous situons notre analyse au niveau d'une sémiologie de la signification.

Cl. Lévi-Strauss pense que « appliquée au Droit des sociétés contemporaines, l'analyse structurale y découvrirait des codes qui démentiraient souvent le Code. Toute la question est là, elle tourne autour de la notion de "décodage" : tout structuraliste est par essence un juriste, mais qui reprocherait volontiers aux juristes de profession de ne pas chercher le "code" là où il est » (49).

À ceci près, que, par souci de prudence, nous ne parlerons pas de « décodage » de « signes », mais de recherche d'« indices » et de leur interprétation, il est bien vrai que tout fait social (et le Code civil plus particulièrement en ce qui nous concerne) suppose une langue et une certaine organisation de la réalité par cette langue ; et de ce fait, l'étude de l'histoire du Droit, des institutions, des faits sociaux et économiques, ne peut échapper à l'analyse du discours juridique. Or, on ne l'envisage généralement que comme ensemble signifiant au premier degré, démar-

(49) Ainsi M Lévi-Strauss a-t-il bien voulu donner son avis sur le projet de la présente étude.

che qui suppose admis ce postulat, que le discours a le sens qui émane de sa lecture. Cela peut ne pas être faux, mais se révèle parfois inexact et toujours insuffisant. C'est négliger, en effet, une dimension essentielle du texte, dont on ignore, par une telle méthode, les éléments de signification pris isolément, alors qu'eux seuls, par leur mise en relation spécifique, donne le sens à l'énoncé. À la limite, une combinatoire des structures serait envisageable, si l'on ne craignait « d'abusives références à une linguistique survolée ou une mathématique incomprise » (50). Mais tout en sachant bien ce que l'adaptation des méthodes propres aux sciences exactes et naturelles peut présenter de dangers dans la recherche juridique – et qui plus est historique (51) – convenons que la valeur de signification de chaque institution en tant que langue pose le problème de la connaissance du système à l'intérieur duquel l'institution prend une place signifiante. Sous le positivisme rigide de l'énoncé des règles, ce sont des hommes qui sont visés ; leurs élans, leurs passions, leurs vices, leurs vies sont à la merci de quelques mots. Seule la découverte du système permettra d'effectuer une comparaison avec d'autres systèmes, et l'on mettra alors utilement à l'épreuve sa valeur heuristique et les limites de sa validité (52).

Voici que triomphe M. Carbonnier, qui prédisait récemment l'envahissement du Droit par la vogue structuraliste et la « conception plus cristallisante du droit » qu'elle ne manquerait pas d'entraîner (53). Mais s'il fallait se tenir sur ses gardes face au *structuralisme*, j'attacherais pour ma part plus d'importance au pamphlet de Roger Crémant (surtout aux mises en garde de G.G. Granger et G. Mounin) qu'aux pages consacrées par Madeleine Grawitz à l'inexistence d'un type d'analyse proprement *structurale* (54). On peut, en effet, techniquement, adapter au domaine juridique un procès devenu aujourd'hui d'usage commun dans d'autres branches du savoir.

2. – TECHNIQUE DE L'ANALYSE

Pour mettre au jour le modèle structural qu'incarne le Code Napoléon, il faut d'abord considérer ce corpus comme un ensemble, comportant un certain nombre de sous-ensembles, au sens où ces termes sont entendus

(50) G.-G. GRANGER, p. 4 Le juriste qui ne craindra pas de s'engager sur cette voie difficile, devra prendre exemple sur l'excellent article de Ph. COURRÈGE, qui a donné par la méthode axiomatique « un modèle mathématique des structures élémentaires de parenté » (dans *L'Homme*, juil.-déc. 1965, pp. 248-290).

(51) Mais est-ce encore de l'histoire ? Voir ce qu'écrit G.-G. GRANGER du *Descartes* de M. Guéroult (GRANGER, p. 209).

(52) Cf. LOSANO, pp. 186 et s.

(53) CARBONNIER, 2, p. 11

(54) CRÉMANT; G.-G. GRANGER, pp. 1-6, « Au lecteur sur les structuralismes » ; G. MOUNIN, 2, pp. 208 et s. ; PINTO-GRAWITZ, n^{os} 324-338 ; ARNAUD, 2 et 3.

dans ce qu'il est convenu d'appeler la mathématique ensembliste (55). Alors devient-il possible d'isoler les unités véritables de la construction dont il est né, avant d'en déterminer la syntaxe.

Si l'on veut isoler les unités constitutives réelles, il convient avant tout de remettre en cause les catégories juridiques à l'aide desquelles nous sommes accoutumés à raisonner. Très longtemps, les historiens du Droit ont été gênés par une impossibilité matérielle d'expliquer des institutions ne correspondant plus aux classifications juridiques, sociales, économiques utilisées de leur temps. À la fin du XIX^e siècle par exemple, Malécot et Blin composaient un *Précis de droit féodal et coutumier* sur le plan du Code civil ! C'est un non-sens. Or aujourd'hui encore, le chercheur se laisse aller, bien souvent, à raisonner avec son propre vocabulaire, sur des expériences qui y sont étrangères. Le retour à l'objectivité, en histoire du Droit, n'a pas toujours été exempt d'un certain subjectivisme. Expliquer la saisine en termes de propriété et de possession est une hérésie. Beaucoup l'admettent pour les institutions médiévales, qui ne voient pas l'utilité de faire preuve de la même défiance à l'égard du Code civil. La relative proximité de sa parution en est probablement la cause. Et pourtant, pouvons-nous affirmer que les mêmes divisions, les mêmes expressions recouvrent le même contenu ? Que reste t-il aujourd'hui de la propriété bourgeoise absolue napoléonienne de l'article 544 : c'est là la question qui vient à l'esprit du critique contemporain. Mais la poser ainsi revient à qualifier préalablement la propriété inscrite dans l'article 544 d'après le sens qui émane de sa lecture.

La première précaution à prendre consistera donc à s'appliquer à raisonner en termes nouveaux, dégagés de toute valeur, inévitablement subjective, propre à l'observateur. Ainsi, s'agissant de la propriété, la véritable question liminaire devra être ainsi formulée : quels sont, dans le texte de l'article 544, les unités constitutives, quelle est la nature de la relation établie par le législateur entre elles, quelle est la fonction de cette relation d'après ses caractères spécifiques ; et l'on découvrira seulement alors quelle est la signification de l'institution.

La formalisation n'est donc pas conçue comme une fin en soi. Elle seule permet cependant d'isoler les unités fondamentales sur lesquelles portera l'analyse, par leur mise en relation. Lorsqu'on aura fait apparaître ces unités, dont l'ensemble forme ce « code » dans lequel puisa le rédacteur du Code civil, il conviendra de repérer les règles d'assemblage utilisées par lui, et l'ordre dans lequel elles le sont : car il y a un choix dans l'arrangement des unités, dont le critère est la *fonction*, et qui crée le *système*. La recherche de la nature des messages transmis prendra une dimension supplémentaire dans la comparaison de la fonction de chaque institution par rapport aux autres. Un tel procès permettra d'opérer des

(55) M. BARBUT, 2 et 3.

regroupements d'institutions, de découvrir des lacunes éventuelles dans le Code civil ; en un mot, à travers sa structure, d'en saisir le sens.

*
* *

Le jeu est à la base des échanges. Pour qualifier le caractère d'un individu, on le déclare communément bon ou mauvais joueur selon l'attitude moyenne qu'il adopte devant les événements de la vie quotidienne, selon sa manière propre d'affronter les « épreuves individuelles », comme le dit Wright Mills. Admettant que le Code civil a pour but d'établir une règle du jeu des échanges entre les individus, le chercheur peut dès lors se placer dans une perspective sémiologique, et en considérer le texte comme un récit où les personnages se définissent par leur participation à l'action communicatoire qui en est le fondement. Au lieu de classer les dispositions juridiques de cet ensemble systématique en catégories plus ou moins hétérogènes et diversement intitulées, on les envisagera plutôt comme autant de moyens d'assurer la circulation des personnes et des biens au sein d groupe social.

Le Code civil contient une certaine vision du jeu de société par excellence. Il est bien vrai, à cet égard, que l'on peut étendre au Droit et déjà au Code de 1804 – ce que Cl. Lévi-Strauss écrivait de l'idéologie politique, que rien ne ressemble davantage à la pensée mythique, qu'elle a peut-être remplacé dans nos sociétés contemporaines. C'est de ce mythe de la société « moderne », qu'est le Code civil français, que nous chercherons la structure. Considérant le texte de l'an XII comme la règle d'un jeu, nous y trouverons la marche à suivre, le nombre des joueurs, les pions, la disposition de l'échiquier, les coups autorisés, les gages. Ainsi sera-t-il possible de déterminer quelle est, dans le Code civil français, la fonction de l'échange (ce que nous appellerons *les fondements du Droit bourgeois*) et la signification de chaque institution (ce que nous nommerons *le fonctionnement du Droit bourgeois*).

I

LES FONDEMENTS DU DROIT BOURGEOIS

Contrairement à ce que l'on imagine souvent, le Code civil n'est pas un recueil plus ou moins ordonné de textes rébarbatifs. Si le ton en est volontairement impersonnel et impératif, du moins l'ouvrage est-il très charpenté, selon une logique axiomatique stricte dont nous avons ailleurs démonté le mécanisme (1). On y trouve, après un titre préliminaire, trois parties consacrées respectivement aux personnes, aux biens et aux obligations. C'est dans le *Titre préliminaire* qu'est « définie » la règle du jeu. Là sont présentés les éléments essentiels de réflexion générale sur les conditions dans lesquelles peut être entrepris le jeu, tel qu'il est défini par les règles particulières qui forment le corps de l'œuvre.

Mais ce Titre préliminaire a un aspect assez déroutant. Les six articles qui le composent édictent des principes qui paraissent ne pas avoir de lien entre eux, sinon très lâche : date d'exécution d'une loi et principe de non-rétroactivité, personnalité et territorialité des diverses lois, déni de justice, séparation des pouvoirs, suprématie de l'ordre public et des bonnes mœurs. Or ces articles, groupés en tête du Code en raison du caractère de généralité qu'ils présentent, sont directement issus d'un Livre préliminaire du *Projet de l'an VIII*, rédigé par Portalis « à l'instar du *Livre des lois* de Domat » (2), et disparu au cours d'un remaniement de ce projet, après avis des tribunaux consultés, et avant la discussion au Conseil d'État. Or, de même qu'il ne viendrait à l'esprit de personne de parler du carburant raffiné sans référence au pétrole brut, il serait vain de vouloir dissenter sur les principes directeurs du Code civil sans aller les chercher dans ce Livre préliminaire, où ils se trouvent.

(1) Cf. O.D., 2^e partie.

(2) MALEVILLE, t. I, P. 4. Maleville et Portalis participèrent avec Bigot-Préameneu et Tronchet, dont nous avons déjà rencontré le nom, à la rédaction officielle du projet de code de l'an VIII qui, après remaniement, devait aboutir à notre Code civil.

Disons, pour en résumer la genèse, que, conformément aux conclusions auxquelles nous étions parvenu ailleurs, Domat (3), l'une des « sources » essentielles du Code – avec ce qu'il apporte de transactionnel entre la tradition jansénisante sceptique antirationaliste et le jusnaturalisme rationaliste axiomatique moderne – est ici, véritablement, l'inspirateur direct du Livre préliminaire de Portalis (4). Sur les trente-neuf articles que contenait ce Livre, la « paternité » de Domat apparaît vingt-huit fois comme certaine, et cinq fois comme probable. Et même si l'opinion de Domat est très souvent en accord avec celles d'autres auteurs, on peut affirmer que c'est bien à son œuvre que l'emprunt a été fait. Les quelques articles que Portalis a puisé ailleurs l'ont été dans trois cas :

- 1° annonce de la division tripartite du Droit. On sait comment, dans la perspective de reconstruction d'un Droit chrétien, Domat avait écarté ce type de division (5) ;
- 2° principes révolutionnaires de Droit public. Il s'agit notamment de la séparation des pouvoirs ;
- 3° affinement de la technique juridique dans des domaines relevant plus précisément de la pratique (publication des lois, par ex.).

Mais dans la perspective qui nous retient ici, il est plus important de relever, dans ce Livre préliminaire de Portalis, l'existence d'un certain nombre de niveaux susceptibles de permettre à l'observateur d'assumer le discours particulier que représente le Code civil. Ils peuvent être groupés sous deux chefs, selon qu'il s'agit de *niveaux d'inspiration* ou de *niveaux de réalisation* de la norme juridique. Mis au jour ces niveaux, il sera possible de reconstruire le *système* qui sous-tend le Code civil.

SECTION I

NIVEAUX D'INSPIRATION

Que faut-il entendre par « niveaux d'inspiration » ? Si nous comparions le législateur à un architecte, nous pourrions dire qu'il s'agit en quelque sorte des esquisses tracées à partir de l'étude du terrain et de la manifestation des désirs du promoteur. Or, les choix à effectuer, à ce

(3) Domat, grand juriste de la fin du XVIII^e siècle, fut à l'origine de l'introduction, en France, du jusnaturalisme rationaliste axiomatique « moderne », responsable du mouvement européen des codifications. Cf. O.D., *passim*, et W. WILHELM.

(4) O.D., concl. Comp. avec CHARMATZ, pp. 129 et s. et notamment pp. 159-160. Cf. aussi TARELLO, 1, pp. 114 et s., id., 2, *passim*.

(5) O.D., pp. 142 et s. Dès avant Domat, cf. DESPEISSES, Préface aux *Œuvres*, Toulouse, 1778, t. I, pr.

stade, doivent intervenir à trois niveaux, que nous nommerons *vassalité*, *juridicité* et *observance*.

§ 1. – Vassalité.

Portalis présente comme une évidence que les lois positives, ont leur « source » dans le Droit naturel. Il existe donc une relation entre Droit naturel et lois positives ; cette relation est fonctionnelle, et la relation réciproque est également fonctionnelle. En effet, à la lecture du texte, il apparaît que certaines, règles du Droit naturel sont reprises par les lois positives ; que toutes les lois positives relèvent du Droit naturel ; mais que toutes les règles du Droit naturel ne sont pas reprises en lois positives.

Si l'on s'interroge sur ce qu'il advient de celles qui ne le sont pas. on remarque que certaines actions humaines relèvent directement du Droit naturel, sans qu'interviennent les lois positives. Et c'est ce qui fait écrire à Portalis que toutes les actions relèvent du Droit naturel, mais que les lois positives ne scrutent pas les pensées.

Quant aux actions humaines qui, tout en relevant du domaine de la loi positive, ne sont pas directement visées par un *texte*, Portalis introduit une distinction entre les matières civiles et les matières criminelles. Dans ces dernières, au contraire de ce qui se passe dans les autres, le juge ne peut jamais suppléer à l'absence d'une loi positive par une référence aux usages ou à la loi naturelle. La loi criminelle ne peut jamais être considérée que *stricto sensu*. Portalis le cède ainsi aux acquis révolutionnaires en la matière. Mais il n'en admet pas pour autant que la loi criminelle soit œuvre humaine : jamais il ne suggère qu'elle puisse ne pas relever directement du Droit naturel. En un mot, dans son esprit il n'y a jamais symétrie entre Droit naturel et lois positives. Le premier est l'antécédent des secondes, et c'est pourquoi il convient de parler d'une relation de vassalité entre ces éléments.

Par une prise de position assez remarquable, le législateur avait engagé le Code civil dans un système bien déterminé, optant pour un lien de soumission *totale* de la loi positive au « droit universel et immuable (qui) n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes » (6). Voilà le Droit naturel et les lois positives placés dans une relation d'obédience relevant du même type de symbole que celui qu'utilisait Innocent III dans la fameuse décrétale *Solitae* (7) : de la même manière que la lune ne brille que dans la mesure où elle reçoit son éclat du soleil, les lois positives, peut-on dire, n'existent qu'en tant que reflet du Droit naturel.

(6) *Projet de l'an VIII*, L. prélim., T.I, art. 1^{er}. Dans LOCRÉ, t. I, ou FENET, t. II.

(7) X, I, 33, 6 : cf. le sceau de la Faculté de Droit de Poitiers.

On eût pu concevoir d'autres choix : la raison naturelle, au lieu d'être déclarée « source » des lois positives, aurait pu en être considérée comme le simple « fondement », au sens où l'on pourrait imaginer un système où les règles juridiques s'inspireraient d'une notion supérieure qui ne s'imposerait pas d'elle-même. On pourrait également imaginer un autre type de système où tout lien serait nié entre une notion supérieure et la norme positive – cette notion supérieure pouvant être d'ailleurs tout autre chose que le Droit naturel, mais le fait, par exemple, ou n'importe quelle valeur, ou l'autorité de l'État... –. Que le rapport de vassalité soit positif (= *sources*), facultatif (= *fondement*) ou négatif (= *sans lien*), d'une manière générale, la loi positive est fonction d'une certaine vassalité par rapport à une notion supérieure. Tout législateur doit prendre parti sur ce point.

Mais un problème se pose alors, car Portalis avance deux allégations paradoxales. Ayant affirmé, en effet, que les lois positives sont extraites du Droit naturel, il donne plus loin cette définition de la loi : « déclaration solennelle du pouvoir législatif » (8) ? Que devient alors la volonté du législateur, lorsque celui-ci doit suivre les règles du Droit naturel ? Et où classer l'usage, la coutume, dont Portalis dit qu'ils sont le supplément des lois, de par la « présomption de convention tacite et commune » qui est de leur essence (9) ? On voit qu'il existe une relation contrapuntique entre le niveau de vassalité que nous avons relevé et un niveau de volontarisme, dont est également fonction la loi positive. Cette dernière peut naître d'un consentement ; c'est le cas de *consensualité* absolue. Elle peut être au contraire, posée par une autorité. Et cette autorité peut être à son tour conçue de deux manières, soit qu'elle fasse naître la loi (*autorité constitutive* = absence totale de consensualité), soit qu'elle n'en soit que le porte-parole (*autorité déclarative* = consensualité réelle, dirigisme ou autoritarisme déguisé). Il est évident qu'un système peut mêler plusieurs éléments apparemment opposés. Dans un système normatif positiviste pur, par exemple, les deux seuls termes en présence seraient autorité constitutive et consensualité. Ils seraient, de surcroît, dans une relation d'opposition. Admettrait-on, au contraire, que c'est le consentement de tous qui est à la base des lois positives, on obtiendrait, à la limite, la présence des trois termes : autorité déclarative = autorité constitutive = consensualité. C'est presque une hypothèse d'école, et Portalis a cependant prétendu la réaliser, accommodant, en outre, ce volontarisme parfait à une vassalité acceptée par rapport au Droit naturel. On comprend que dans un tel système le recours, dans un cas donné, à la coutume – en l'absence de loi positive – soit pleinement justifié. Pleinement justifié, également, et sans contredire les principes volontaristes, le recours – en

(8) *Projet de l'an VIII*, loc. cit., L. pré., t. I, a. 6.

(9) *Id.*, a. 4-6.

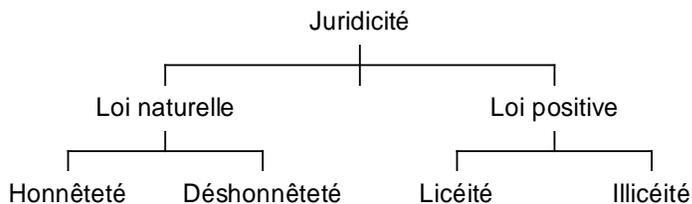
l'absence de loi positive et de coutume au Droit naturel. On sent tout ce qu'avait de fictif ce type de raisonnement qui mêlait des genres résolument inconciliables. Par un tour de passe-passe, Portalis aurait voulu réduire à néant l'équation fondamentale

$$\text{Vassalité} = \frac{1}{\text{Volontarisme}}$$

Ce tour de passe-passe réside dans l'intervention d'une notion que nous pourrions appeler « immanence ». Lorsque Portalis définissait le Droit naturel comme « la raison naturelle » qui gouverne « tous les hommes », il qualifiait lui-même la relation qu'il établissait ainsi entre les deux termes « raison naturelle » et « tous les hommes ». Il liait, en effet, l'un à l'autre par le verbe « gouverne ». Or s'il est vrai que le *gouvernement* suggère l'idée d'autorité, il ne semble pas que ce mot soit pris ici dans ce part. Par contre, on peut se demander si l'on est en présence d'une relation d'équivalence ou d'une relation d'ordre. Dans cette dernière hypothèse, il s'agirait d'un véritable retour à la vassalité, la raison naturelle étant posée comme supérieure à tous les hommes. Or la raison naturelle apparaît en réalité comme immanente à tous les hommes, et tous peuvent retrouver l'ordre naturel par l'intermédiaire de leur raison. Nous sommes en présence d'une relation symétrique, réflexive et transitive, c'est-à-dire d'une relation d'équivalence. C'est ainsi que le Droit naturel *moderne* réduit à sa manière le niveau de volontarisme à celui de vassalité.

§ 2. – Juridicité.

Cette immanence du Droit naturel à tous les hommes introduit à d'autres niveaux, et en premier lieu à celui de *juridicité*. Car le rapport des actions humaines au Droit naturel peut se faire par deux voies, celle de la morale et celle des lois positives. « La loi règle les actions ; elle ne scrute pas les pensées ; elle répute licite ce qu'elle ne défend pas. Néanmoins ce qui n'est pas contraire à la loi, n'est pas toujours honnête » (10). On peut rendre compte de la pensée de Portalis par une double opposition successive et hiérarchisée, sous l'égide de la juridicité :



(10) *Id.*, t. IV, a. 8. Cf. CARBONNIER, 2, pp. 20 et s. : *L'hypothèse du Non-Droit*.

Ce schéma déterminera très exactement la sphère d'exécution des lois, puisque seul l'acte illicite est légalement condamnable. Divers systèmes sont envisageables, selon que la règle répressive serait ou non appliquée à un acte déterminé, et suivant que cet acte serait qualifié d'honnête, déshonnête, licite ou illicite. Convenons d'affecter du signe positif la solution d'intervention, et du signe négatif, celle d'abstention. Les solutions seront évidemment différentes si l'on se place du point de vue de l'efficacité de la conscience individuelle, ou si l'on s'en tient, au contraire, aux seuls actes désignés par la loi positive existante (et non seulement « efficiente »).

| | <i>Honnêteté</i> | <i>Déshonnêteté</i> | <i>Licéité</i> | <i>Illicéité</i> |
|--------------------------|------------------|---------------------|----------------|------------------|
| Conscience individuelles | — | + | — | + |
| Loi positive | — | — | — | + |

N'est-ce pas la première hypothèse qui eût dû, en bonne règle, tenter Portalis, la seconde ne laissant de place qu'à la positivité ? Or, assez paradoxalement, Portalis, même s'il évoque la déshonnêteté, ne parvient pas à en tenir compte du point de vue législatif. Avec regrets, certes, mais sans hésitation, il ouvre la porte à un système positiviste, dans lequel seule la norme posée a une valeur d'efficacité. Nous voyons poindre deux des thèmes majeurs de notre démonstration. La disparition, dans le Code de 1804, du discours portalisien pour l'émanation jusnaturaliste rationaliste des lois, laissera seul visible l'aspect positiviste de la législation civile. C'est celui-là seul qui se développera par la suite, faisant oublier les prémices. Par ailleurs, en n'assignant aux lois qu'une seule fonction : d'être gardiennes de l'illicite, il ouvre la porte à la conception répressive du Droit. Il suffira, dès lors, de remplir les lois des interdits susceptibles de sauvegarder la cohésion du groupe, pour éliminer les contrevenants, c'est-à-dire, pense Portalis, la racine des maux sociaux

§ 3. – Observance.

L'immanence du Droit naturel à tous les hommes introduit également à un autre niveau, que nous qualifierons « observance ». Qui est soumis à la loi positive ? En d'autres termes, il s'agit de fixer l'étendue spatiale et temporelle de l'application de la loi.

a) Observance spatiale.

Tandis, en effet, qu'il prétendait tirer les règles du Code civil d'un Droit valable pour tout l'univers, Portalis déclarait par ailleurs qu'il existe un Droit propre à chaque nation, et aussi des règles valables dans les rapports entre les nations. Cette question est importante, car les législateurs de ce temps ont souvent espéré mettre sur pied un recueil de règles valables pour tous les hommes de tous les pays. On sait, d'ailleurs, quelle fut

la fortune du Code civil en Europe, où il fut imposé largement avant même que des colons ne se mêlent de l'exporter dans des terres éloignées. C'est ici, au point de départ, qu'il faut adresser les critiques.

Or il n'y eut pas de tromperie. Entre les deux termes *universalité* (qui correspond au Droit naturel) et *territorialité* (qui caractérisera le Code civil en tant que loi positive intérieure), il y a, quant à l'observance, une opposition très marquée. De plus, un moyen terme a été prévu (Droit des Gens, au sens d'*international*) ; et ce fait marque l'orientation voulue par le législateur : la législation française ne saurait être celle de l'humanité entière. Si elle fut étendue et exportée, ce fut par les conquêtes et à la suite de rattachements de souveraineté, non point – comme certains l'eussent souhaité – en tant que catéchisme de la liberté. Retenons, en tout cas, ce nouvel acquis, que la loi positive est fonction d'une certaine observance spatiale. Elle l'est aussi d'une certaine observance temporelle, ou « permanence ».

b) *Permanence.*

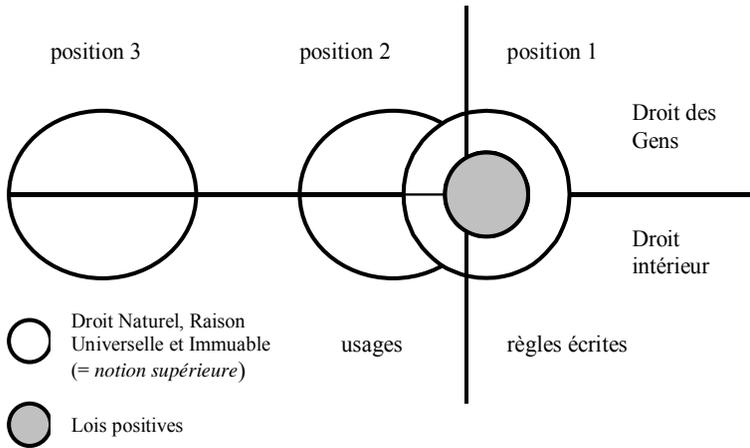
Selon le plus ou moins de permanence que comporte une règle de son essence, on obtient une opposition binaire du type immuabilité/variabilité. Le premier terme est bien représenté par le Droit naturel, le second par les règlements : « les règlements sont variables » (11), écrit Portalis, qui ajoute que « la perpétuité est dans le vœu des lois » (entendons *lois positives*) (12). Le voilà bien ce troisième terme par lequel Portalis rompt l'opposition binaire, trop stricte à son goût. Dans ses équations, il introduit toujours un médiateur, c'est-à-dire un moyen terme. Entre l'immuabilité, qui représente le maximum de permanence, et la variabilité, qui en contient le moins, la longévité caractérise bien les lois positives. Participant de la perpétuité du Droit naturel sans en être, elles sont nécessairement redevables au milieu humain dans lequel elles naissent et vivent, d'une limite temporelle. Truchement des dieux, elles ne jouissent ni de la plénitude divine, ni de l'incertitude humaine, mais sont un être hybride mal ancré sur la terre et pâle reflet du ciel.

*
* *

Une figure résume assez bien les premiers paquets de relations que nous avons mis en évidence Droit naturel et lois positives étant représentés par deux cercles concentriques, deux découpes, l'une horizontale et l'autre verticale, peuvent permettre d'y distinguer d'une part le Droit des Gens et le Droit intérieur d'une nation, d'autre part les règles écrites et les usages (pos. 1)

(11) *Ibid.*, t. II, a. 3.

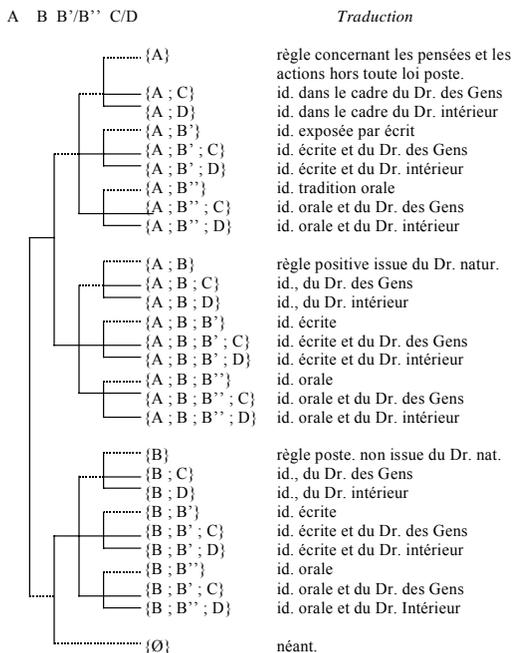
(12) *Eod. Loc.*



Mais, partant de ce système, on peut, en faisant effectuer un mouvement latéral à l'un des cercles, et en généralisant le Droit naturel à toute notion supérieure à l'individu, imaginer tous les systèmes possibles. Par exemple, les lois positives peuvent ne pas être seulement la matérialisation de restes supérieures (pos. 2). À la limite, les unes et les autres sont totalement disjointes (pos. 3).

Par ailleurs, on peut, par une définition en extension des sources du Droit (au sens de dispositions réglant les actions humaines), et partant des prémisses posées par Portalis, retrouver les détails de l'exposé des « sources » dans le *Projet de l'an VIII* (partie supérieure du tableau suivant). De la même manière, on peut donner la liste extensive des « sources » qui ne s'inspireraient pas du Droit naturel (partie inférieure du tableau).

Il s'agit de déterminer toutes les restes possibles par une succession de choix portant sur chacune des quatre sources éventuelles, et leurs variantes, représentées par les lettres **A** (Droit naturel), **B** (lois positives), **B'** (règle écrite) **B''** (usage), **C** (Droit des Gens), **D** (Droit intérieur). Pour chaque lettre, nous décidons si oui (ce que nous traduirons par : —) ou non (ce que nous traduirons par : -----), nous la prenons comme élément déterminatif de la règle.



Du choix effectué par Portalis, il est possible de remonter à un modèle législatif au niveau de l'inspiration, et qui correspond à la formulation suivante :

La positivité d'une loi est fonction de la quantité de vassalité par rapport à une notion supérieure (elle-même inversement proportionnelle au volontarisme d'où elle est issue), de la quantité de juridicité et de la quantité d'universalisme et de permanence que le législateur entend lui donner.

SECTION II

NIVEAUX DE RÉALISATION

Ne considérons plus à présent que la norme positive telle que l'édicte le pouvoir législatif. Pour reprendre notre comparaison « architecturale », disons qu'il s'agit ici non plus d'esquisses, mais des plans, l'étude comporte trois niveaux : de la *matérialisation* des lois, de leur *efficience* et de leur *exclusivisme*.

§ 1. – Matérialisation.

Il s'agit de déterminer l'objet des lois, et plu particulièrement celui des lois civiles.

A.— OBJET DES LOIS.

Relevons les divers qualificatifs utilisés par Portalis pour délimiter le domaine de la loi. Il parle d'un « objet d'intérêt commun » et, écartant l'idée d'une réglementation des « faits individuels », dit qu'elle est « présumée disposer non sur des cas rares ou Singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses » (13). Si nous dressions alors un tableau, inscrivant ce qui caractérise la loi dans une colonne de gauche, le contraire de la loi dans une colonne de droite, nous pourrions, grâce à un raisonnement par oppositions et équivalences, déterminer la loi par le type de relation qu'elle présente avec des dispositions particulières : il s'agit de la *généralité*.

Tandis que, sous le maximum de généralité, on inscrit sans hésiter la « loi », sous le signe négatif, on peut écrire, par exemple, les règlements, propres à déterminer « les détails d'exécution, les objets instantanés ou variables » (14). Pour rendre parfaitement compte de la pensée de Portalis, il convient d'ailleurs de nuancer l'affirmation. En effet, il existe des textes de lois pouvant prêter à confusion, laisser supposer qu'ils règlent des cas particuliers. Ces textes, plus ou moins généraux dans leur énoncé, doivent être *présumés* disposer de façon générale.

L'auteur ajoute, enfin, que la loi « se rapporte aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité commune des personnes » (15). Mais il est très intéressant de noter que ce rapport ne vise pas seulement les lois civiles, dont nous admettons volontiers qu'elles règlent la transmission des biens pour l'utilité individuelle des personnes. C'est la loi *en général* que visait Portalis par cette définition. Dès lors, plusieurs conclusions s'imposent.

1° Premièrement quant à la définition de la fonction législative dans le système portalisien, puisque le concept d'*utilité commune* inscrit par essence la loi dans une perspective relationnelle. En effet, entre les biens et les personnes s'établit un courant orienté qui relève de l'échange. La loi

(13) *Ibid.*, t. I, a. 6-7. Il ne nous appartient pas de traiter ici du caractère législatif éventuellement attribué à des textes en fonction de la qualité de l'autorité dont ils émanent, question étrangère à la problématique jusnaturalistique qui était celle du discours portalisien.

(14) PORTALIS, *Discours préliminaire*, dans LOCRÉ, t. I, pp. 267-268.

(15) T. I, a. 7 *in fine*, *loc. cit.*

positive règle les échanges qui ont un caractère général, à l'intérieur du groupe.

2° Deuxièmement, quant à la qualification de la fonction législative. En effet, si la loi règle effectivement les échanges à l'intérieur du groupe, ce doit être, dans le système qui sous-tend le Code civil, sous l'égide de l'*utilité commune*. Cette idée d'*utilité commune*, devenue l'un des thèmes majeurs de l'individualisme subjectiviste, avait dominé la pensée physio-cratique avant de se diffuser dans les assemblées révolutionnaires pour tout ce qui touchait à la législation (16). Portalis l'entérine.

3° Troisièmement, quant à l'essence de la fonction législative. L'*utilité commune* apparaît, en effet, comme l'expression contrapuntique de la liberté absolue qui est au fondement de l'individualisme subjectiviste. Or, cet individualisme étant l'une des pierres angulaires de la législation napoléonienne, les règles, dans leur détail, ne peuvent être qu'une série de dérogations aux droits absolus de l'individu, au nom de l'*utilité commune*. Ces dérogations apparaissent nécessairement comme des restrictions à la liberté : nous pénétrons dans un système répressif.

B. — DISTINCTION DES LOIS CIVILES.

Par le plus ou moins d'*utilité commune* qu'une loi assure, on peut distinguer diverses sortes de lois. Les unes relèvent de ce qu'on appelle le Droit public, les autres, du Droit privé, selon ce raisonnement : que ce qui intéresse la société plus que l'individu concerne le premier, tandis que le second contient les règles qui régissent les rapports inter-individuels. De plus, la distinction est exclusive, en ce que le choix est nécessaire. Dans le Droit public, on trouve toute lois qui ne relève pas du Droit privé, et inversement.

C'est à l'intérieur du Droit privé que se classent les lois civiles. Portalis les définit à l'occasion d'une division quadripartite où les lois pourraient figurer une pyramide multiangulaire dont les arêtes représenteraient les diverses espèces de rapports sociaux, définissant, en un certain nombre de plans, autant de lois d'objet particulier (civil, commercial, militaire, fiscal, etc.). À la base sont les lois pénales et criminelles, sanction de toutes les autres. Mais toutes ne sont que le reflet de la matière même dont vit le polyèdre, les lois constitutionnelles et politiques.

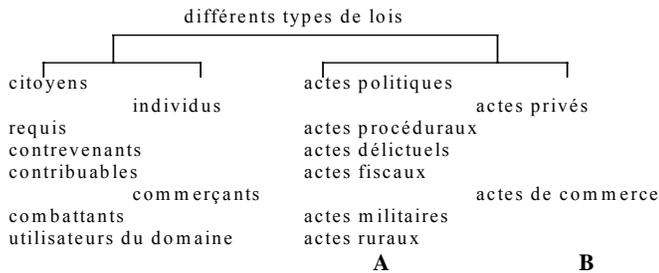
La fonction d'échange, en matière législative, étant caractéristique d'un rapport entre un objet et un sujet, on peut considérer les différents types de relations énumérées ci-dessus comme autant de prédicats susceptibles de s'intégrer aux actants au point de leur donner leur véritable coloration. Ainsi la loi constitutionnelle se définit-elle comme la règle-

(16) MORNET, pp. 151.152 ; SACNAC, 2, pp. 331 et s ; BELIN, pp. 21 et s.

mentation de l'utilité commune des personnes considérées comme citoyens, en matière d'organisation politique du groupe.

De la même manière, la loi civile apparaît comme la réglementation de l'utilité commune entre les individus d'un même groupe, s'agissant de leurs rapports dans des actes considérés comme privés, en tant que détenteurs d'un statut particulier à l'intérieur du groupe.

On peut ainsi dresser un tableau des différents rapports légaux envisagés par Portalis, et les ventiler suivant la définition qu'il donne du Droit public et du Droit privé :



Or, si l'on cherche le commun dénominateur des actes désignés en **A** (Droit public) par rapport à ceux qui le sont en **B** (Droit privé) on le trouve dans l'opposition qui existe entre l'idée de sauvegarde du groupe et celle de développement du statut individuel dans le groupe. Le véritable sens de l'opposition Droit public/Droit privé doit s'écrire : sauvegarde du groupe/développement du statut individuel. On comprend ces affirmations de Portalis, que le choix des lois constitutionnelles et politiques commande l'option fondamentale qui dirige la réglementation dans les autres domaines ; et que les lois procédurales et pénales sont « la garantie et la sanction » des autres. On doit également conclure à la suprématie du Droit public sur le Droit privé, puisque les mesures de *sauvegarde* doivent l'emporter sur celles de *développement*, comme l'intérêt du groupe doit l'emporter sur celui des individus qui le composent. Voici que se confirme l'aspect répressif du Code, en même temps que son fondement positiviste, au détriment d'une véritable inspiration individualiste.

§ 2. – Efficience (17).

C'est d'un niveau d'efficience que relève le rapport du commandement édicté par la loi à celui qui y est soumis. Et ce rapport varie selon l'étendue et la portée de ce commandement.

(17) Cf. CARBONNIER, 2, pp. 91 et s. *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit.*

A. — ÉTENDUE DU COMMANDEMENT.

On trouve cinq termes pour exprimer le rôle de la loi : « elle ordonne, elle permet, elle défend, elle annonce des récompenses et des peines » (18). Jean Ray, pour sa part, y a décelé quatre termes (l'obligatoire, l'interdit, le permis, le facultatif) dont il a montré qu'ils se laissaient ordonner logiquement en une table similaire de la table classique des oppositions (19). En ce qui nous concerne, que la loi soit impérative, facultative ou prohibitive nous paraît relever d'une idée de commandement positif, alternatif ou négatif, avec une opposition entre les deux termes extrêmes. Toutefois, si une telle opposition existe entre la loi impérative et la loi prohibitive, ce n'est que superficiellement. En effet, eu égard à la quantité de liberté absolue de l'individu (qui fondait le jusnaturalisme rationaliste subjectiviste moderne, source du Code civil), nous notons plutôt une équivalence entre ces deux termes. Il y a, en effet, aussi peu de liberté à exécuter un ordre qu'à s'abstenir d'accomplir un acte défendu. Cette équivalence dans la négation corrobore l'idée d'un Droit répressif (20). Et qu'on n'invoque pas la loi « facultative », qui semble pourtant offrir le maximum de liberté ; en effet, de son essence, elle n'est ni positive ni négative puisqu'elle laisse le choix.

À système répressif, sanctions efficaces. Ce peuvent être des récompenses ou des peines. Les deux termes s'opposent l'un à l'autre, l'observation de la loi étant naturellement suivie de la récompense, tandis que la peine sanctionne l'infraction à la loi. L'individu peut transgresser un interdit de trois manières, soit en s'abstenant de respecter une loi impérative, soit en accomplissant un acte prohibé, soit en dépassant les cadres d'une alternative. Il va sans dire que, dans ce système d'essence répressive, les lois prohibitives et les peines sont la règle, à tel point que ces lois « emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée » (21). La nullité est considérée comme une pénalité (noter la répétition du mot « peine »).

(18) *Projet de l'an VIII*, t. I, a. 7, *loc cit.*

(19) J. RAY, 1, pp. 50 et s.

(20) À preuve deux notations de Barbeyrac. La première en guise de note à ce qu'écrivait Pufendorf de la loi prohibitive (*Droit de la Nature et des Gens*. III, 7, 6, note 2). Barbeyrac précise que le but de la loi prohibitive consiste moins à annuler ce qui a été fait frauduleusement qu'à empêcher que cela ne soit accompli. La deuxième sera tirée du *Discours sur la permission des lois*, dont Barbeyrac est l'auteur (cf. à la suite de PUFENDORF, *Devoirs de l'homme et du citoyen*, Paris, 1822, t. II, pp 296-297), et où l'on lit que le but des lois et d'« empêcher que les citoyens ne se fassent les uns aux autres quelque tort considérable ». Barbeyrac fut, en France, le véhicule de la pensée « moderne » dans sa phase de recherche des grands principes du Droit bourgeois.

(21) *Projet de l'an VIII*, t. IV, a. 9.

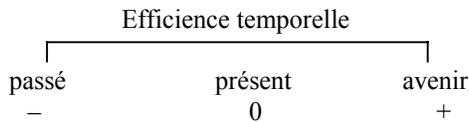
Tandis que la loi prohibitive porte sa sanction en elle-même, les lois impératives et facultatives doivent prévoir une sanction, faute de quoi elles semblent pouvoir être impunément transgressées. C'est donc au plan de la sanction qu'il faut ramener l'opposition entre lois impératives et lois prohibitives qui, en leur fondement, paraissait s'éteindre ; la loi prohibitive est la plus restrictive de liberté qui soit, même en l'absence de sanction ; la loi impérative non expressément sanctionnée est moins restrictive de liberté ; la loi facultative l'est moins encore.

Les romanistes songeront au système romain des *leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*. Un rapprochement s'impose, en effet, puisque cette distinction repose sur la quantité de sanction que comporte chacune de ces catégories. Tandis que la *lex perfecta* est celle qui déclare nul l'acte fait en violation de la loi, la *lex minus quam perfecta* menace l'auteur de cet acte illégal, sans déclarer pour autant l'acte nul, et la *lex imperfecta* ne déclare pas nul l'acte accompli malgré l'interdiction de la loi et ne punit pas l'auteur de cet acte. Mais, en réalité, toute assimilation du système romain à celui du Code civil serait abusive, car la distinction romaine s'applique aux seules lois *prohibitives* (22).

B. — PORTÉE DU COMMANDEMENT.

a) Dans le temps.

L'efficience temporelle relève d'une chaîne syntagmatique exprimée dans le premier article du Code : expédition + publication + exécution. Ce n'est que lorsque ces trois opérations sont effectuées, que le commandement entre en vigueur l'article 2 énonce le principe de non-retroactivité :

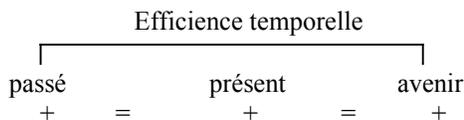


Une précision supplémentaire était apportée à la règle, dans le Projet de *l'an VIII* : « une loi explicative d'une autre loi précédente règle même le passé, sans préjudice des jugements en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée » (23).

Soit, par conséquent, une loi « lx » explicative d'une loi antérieure « l » Nous obtenons le schéma suivant :

(22) F. SEIN, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, th. Dr., Paris, 1902.

(23) *Proj. an VIII*, t. IV, a. 3. Sur la rétroactivité. cf. J. RAY, 1, pp. 280-282.



Mais jusqu'à quelle date remontera l'effet de « lx » ? Il suffit de rapporter ensemble les deux schémas qui précèdent :

Efficience temporelle

| | | | |
|--------|-------|---------|--------|
| | passé | présent | avenir |
| | | « l » | « lx » |
| l | - | 0 | + |
| lx | + | + | + |
| l (lx) | - | 0 | + |

S'agissant donc de la rétroactivité de la loi explicative, il y a réduction au schéma prévu pour la loi originale. Le temps « présent » de la loi explicative est purement et simplement ramené à celui de la loi qu'il s'agit d'expliquer. Point n'était besoin de fiction juridique, et l'on comprend que la précision n'ait pas été retenue dans le texte définitif du Code.

De la même manière, la restriction apportée à la règle concernant l'entrée en vigueur de la loi explicative, n'était qu'une précision introduisant à un faux problème. En effet, une loi n'a d'efficience que pour des échanges juridiques en cours. L'autorité de la chose jugée équivaut à un constat de décès pur et simple. Une affaire est née, a été réglée et liquidée sous l'empire de certaines lois, et l'on ne peut ranimer ce qui a vécu. S'il y avait ici fiction, ce serait non dans la théorie de l'autorité de la chose jugée, mais au contraire dans une volonté de remettre en cause un décès. Au moment de la décision ultime éteignant un litige en cours, la loi « l » est applicable, et la loi « lx » étant considérée alors comme une loi ordinaire, la loi expliquée « l (lx) » n'est pas applicable :

| | Présent de « l » | Transaction... | Présent de « lx » |
|--------|------------------|----------------|-------------------|
| l | 0 | + | + |
| lx | - | - | 0 |
| l (lx) | 0 | - | 0 |

b) Dans l'espace.

Autre modalité dans la portée de l'efficience : une loi, édictée pour un groupe, suit-elle les individus composant ce groupe ? Vise-t-elle d'autres individus ? Et quoi des biens des uns et des autres ?

La confrontation des textes du Code et de ceux du *Projet de l'an VIII* suggère un modèle, et renseigne sur le système retenu par les rédacteurs napoléoniens. On doit distinguer les personnes, les biens mobiliers, les biens immeubles et les actes. À propos de chaque catégories, une réponse est donnée selon qu'il s'agit d'un national ou d'un étranger, et que le territoire considéré est, ou non, la France :

| | <i>Personnes</i> | <i>Meubles</i> | <i>Immeubles</i> | <i>Actes (forme)</i> |
|-------------------|------------------|----------------|------------------|----------------------|
| Étranger : | | | | |
| en France..... | + | ? | + | ? |
| hors de France... | - | - | - | - |
| National : | | | | |
| en France..... | + | + | + | + |
| hors de France... | + | + | - | - |

Le signe positif affecte les cas où la loi est efficiente, le signe négatif, ceux où elle ne l'est pas. Relevons les différences : il s'agit essentiellement des personnes et de leurs biens meubles hors du territoire français : les nationaux continuent d'être soumis à la loi de leur groupe, qui ne vise pas les étrangers. Tout autre système naîtrait du changement d'un seul de ces signes. Mais on peut très bien cerner la totalité des systèmes possibles et, par là même, envisager, à leur racine, les conflits de lois pouvant naître de l'adoption de tel ou tel système.

§ 3. – Exclusivisme.

Les lois positives se suffisent-elles à elles-mêmes ? Entendons : notre ancien Droit, par exemple, admettait que la Faculté et le Palais puissent avoir une certaine part à l'activité créatrice législative. Les XVII^e et XVIII^e siècles furent le temps où le magistrat prit conscience de son importance (24). Les thèmes de la grandeur du juge, du « juge fort », du « juge dépositaire et dispensateur de l'autorité et de la sévérité des lois », du « juge-Dieu », y sont des thèmes majeurs (25). Cette conception d'un sacerdoce du juriste, c'est-à-dire de celui qui va aider à découvrir le Droit, est essentielle à l'époque. Or, quelle est sur ce point l'attitude du Code Napoléon ? « Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle. – Le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et fidé-

(24) Cf. notre compte rendu de l'excellent livre de M. SBRICCOLI, dans R.H.D. 1970, pp. 460 et s., et l'ouvrage lui-même.

(25) DOMAT, *Harangues* (Assises de 1670, 1677, 1679 et 1680), cf. aussi MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, P. II, L. XI, ch. 6. On consultera P.H. BEIK, *passim* R. MANDROU, 2, *passim* ; O.D., pp. 18-19 ; ARNAUD, 7.

lité » (26). Le législateur entend bien mettre un point final aux errements, en opposant le tranchant et la fixité de la législation à la *méthode* de recherche propre au magistrat (raisonnement), et qui ne peut mener qu'à la variété des réponses (incertitudes) à une même question. Voilà donc opposés nettement législation et jurisprudence. Il est vrai que l'une et l'autre font appel à des techniques et à des stratégies différentes. Le législateur a un rôle *organique*. Il est chargé de dicter les règles d'organisation d'un groupe donné – en l'occurrence la société à laquelle il préside –. Mais la mise en œuvre des lois suppose l'existence de rouages susceptibles de leur assurer le plein exercice de leur fonction. Et comme, dans tout appareil, nul défaut de fonctionnement, toujours susceptible de survenir, ne doit pouvoir enrayer le système, la législation imagine un rouage spécial, sorte de différentiel dont le rôle compensateur permet d'absorber les variations fonctionnelles. Ce sera, le plus souvent, l'affaire de la jurisprudence ; et la latitude plus ou moins grande qui sera laissée au juge varie suivant la conception fondamentale à laquelle renvoie la détermination exacte des rapports entre le législateur et le magistrat.

Dans le système particulier de la séparation des pouvoirs, l'existence même du Droit positif suppose un ensemble composé de trois pouvoirs distincts, le législatif, l'exécutif et le judiciaire. L'un fait-il défaut, on ne peut plus parler proprement de loi :

Droit positif = {législatif ; exécutif ; judiciaires}

Cette équivalence nécessaire entraîne deux conséquences :

1° Le pouvoir judiciaire a un rôle bien déterminé et délimité.

Le Code civil l'énonce dans son article 5, qui interdit « aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

C'est que les fonctions du législateur et du magistrat relèvent de deux ordres très distincts, le premier, du *conçu*, le second, du *vécu*. À la différence du premier, en effet, le magistrat procède par une observation empirique sur les cas qui n'ont trouvé d'issue que dans une réalisation contentieuse (27).

| | <i>Juge</i> | A | B | <i>Législat.</i> |
|--|-------------|----------|----------|------------------|
| Observation empirique + / construction de modèles – | + | – | + | – |
| Modèles mécaniques + / modèles statistiques – | + | – | – | + |

(26) *Proj. an VIII*, t. IV, art 1^{er}, et t. V, art. 1^{er}.

(27) LÉVI-STRAUSS, 2, comp. pp.71, 311 et s., 340.

La nécessité d'envisager l'ensemble des attitudes possibles montre que deux démarches, que nous nommerons provisoirement **A** et **B** ont été complètement négligées par les rédacteurs du Code civil, toutes deux élaborent des constructions dont les éléments constitutifs ne sont pas à l'échelle des phénomènes dont l'observation a permis la conceptualisation : ils fournissent des modèles statistiques. Mais elles diffèrent en ce que la situation **B** repose sur l'observation empirique, tandis que la situation **A** partait de la construction de modèles. Cette dernière définit le rôle de la doctrine juridique ; la précédente correspondait à la démarche de l'*historien*. Magistrat, historien, prudent (sous ce vocable, nous englobons tous ceux qui méditent sur le Droit et contribuent par leurs travaux ou leur enseignement à la constitution d'une doctrine – et les sociologues en font partie), législateur : ne sont-ce pas là les choix offerts, en définitive, à ceux qui se préoccupent de science juridique ? Il serait vain de vouloir nier l'intérêt de l'une quelconque de ces démarches ; et il est bien révélateur du système napoléonien que la dernière seulement, et subsidiairement la première, aient été reconnues en l'an XII.

2° *Le pouvoir judiciaire ne peut refuser d'accomplir son rôle.*

S'il en était autrement, l'équivalence serait rompue entre le terme Droit positif et l'ensemble représentant les trois pouvoirs. Le système tout entier serait remis en question. Pour éviter cette équation impossible :

Droit positif = { législatif ; exécutif ; \emptyset }

il faut donc permettre au juge d'agir même au cas de silence ou d'obscurité ou d'insuffisance de la loi (C. civ., art. 4). Le ministère du juge étant d'appliquer la loi, la relation normale est déterminée par un rapport direct de la loi à la cause. Dans le cas où la relation ne peut s'effectuer (silence, obscurité, insuffisance de la loi « l »), le schéma est interrompu, et il faut trouver une autre loi « l' » susceptible d'être appliquée aux lieu et place de « l ». Mais pour que le remplacement soit possible et efficace, il doit répondre à des critères précis. Il doit y avoir entre « l » et « l' » une relation d'un type bien déterminé. Quel est ce type de relation ?

Dans le *Projet de l'an VIII*, Portalis énumérait un certain nombre de règles d'interprétation : principes d'analogie, d'économie, recherche de l'intention du législateur, interprétation stricte, rigueur du Droit. L'auteur était encore sous la coupe de l'ancienne doctrine juridique issue d'un Droit romain modernisé. Et l'on voit bien les étudiants d'alors, craignant quelque défaillance de mémoire, apprendre la succession de ces principes afin de n'en oublier aucun devant l'examineur. Pourtant, la liste ne pouvait être exhaustive, car elle relevait, en son principe, de l'exemple. La clef se trouvait en connotation : pour que la relation entre « l » et « l' » soit possible et efficace, elle doit être une relation d'équivalence, c'est-à-dire présenter les trois caractères de réflexivité ($l' = l'$), de symé-

trie ($l = l' \rightarrow l' = l$) et de transitivité ($l = l'$ et $l' = c \rightarrow l = c$). Toute loi « l' » correspondant à ces caractères peut être utilisée par le magistrat pour juger le cas « c » que la loi « l » ne permettait pas de régler. Ce raisonnement, généralisé, permettrait peut-être de trouver une solution au problème des lacunes en Droit positif (28).

Le Code civil optait donc, au niveau d'exclusivisme, pour une étroite collaboration entre législation et jurisprudence, plus encore que cela n'apparaît à la simple lecture des premiers articles du Code. Mais tout autre système peut être envisagé, qui donnerait une place différente aux divers collaborateurs de la science juridique. On sent combien le système particulier du Code Napoléon, plutôt que créateur d'un jeu nouveau, n'était que l'expression locale et momentanée de la conception des rapports sociaux.

SECTION III

À JEU ANCIEN, DISCOURS NEUF : TRAITS FONDAMENTAUX DU DROIT BOURGEOIS

À quel niveau que l'on se place, les règles du Code Napoléon ont été édictées en fonction de l'opposition individu/société. Ce dilemme, né de l'impossibilité pour l'individu de réaliser pleinement sa liberté totale sans dommage pour autrui, est propre à un système de pensée qui fait de l'individu l'être premier, et de la société, la réalité seconde : il n'est que l'application au domaine du Droit, de l'opposition entre l'absolu et les limites humaines. Il n'y aurait pas grande originalité à relever ces considérations si, touchant au Code civil, elles ne permettaient d'expliquer certains aspects paradoxaux qu'il présente, telles les oppositions entre les définitions et la réglementation, ou entre l'affirmation de la liberté individuelle et les nécessités de l'ordre social.

§ 1. – Définitions et réglementation.

On ne peut pas dire que le Code civil soit un recueil de définitions. Il y avait pourtant un risque à ce qu'il le fût, puisque ses origines étaient doctrinales, et que la définition est le point de départ de l'axiomatique moderne (29). D'ailleurs, le Livre préliminaire au *Projet de l'an VIII* était apparu comme un corps où « les rédacteurs... avaient défini les différen-

(28) Cf. *La logique et le droit* : ce genre de solution ne semble pas même avoir été évoqué. Cf. aussi ARNAUD, 7.

(29) Cf. O.D., pp. 127-128 et 166-167, et comp. avec J. RAY, 1, pp. 217 et Cf. M. FOUCAULT, 2, p. 114.

tes espèces de droits, le droit naturel, le droit positif, le droit public, le droit des gens, le droit civil, le droit criminel » (30). Et Portalis d'ajouter : « Mais on (31) a judicieusement remarqué que les définitions générales ne contiennent, pour la plupart, que des expressions vagues et abstraites... De plus, il nous a paru sage de faire la part de la science et de la législation. Les lois sont des volontés. Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois ». L'opposition définition/réglementation renvoie donc à une opposition plus profonde, et dont elle n'est que le reflet, celle qui existe entre science juridique et législation.

On sait quelles furent les conséquences les plus apparentes : la disparition du Livre préliminaire du *Projet de l'an VIII*, et sa réduction en un titre de six articles ; l'emploi du futur dans la rédaction du Code (32). Mais le sens de ces transformations est plus important que le résultat. Nous assistons, en effet, sous couvert d'une modification de style, de langage, au passage d'un système d'inspiration jusnaturaliste moderne à un système de conception positiviste. Écartée, pour la forme, cette équivoque, que parler de *loi positive* ne relève pas nécessairement du positivisme juridique, il faut bien admettre que le Code Napoléon, dans sa rédaction définitive, s'écarte beaucoup du jusnaturalisme qui inspirait le *Projet de l'an VIII*. La séparation rigoureuse des domaines du Droit et de la morale, du Droit naturel et du Droit positif, seul pris en considération dans le texte de l'an XII, annoncent un certain positivisme juridique. Quant à nombre d'effets tels que la fixation de la règle, la nécessité de sa promulgation, la soumission du juge à la loi, l'interdiction de l'interpréter, si ce n'est dans des cas précis, et pour vider tel procès déterminé, contrairement à l'esprit du *Projet de l'an VIII*, ils mènent droit à l'étouffement de la doctrine et à la naissance d'une véritable jurisprudence, qui sont de l'essence même du positivisme juridique. Et tandis que la formulation hobbesienne du véritable positivisme, au sens où l'entendra le XIX^e siècle, n'avait jamais pénétré la doctrine française du XVIII^e siècle, voici que le travail de mise au point du Code civil rapprochait son

(30) PORTALIS, Discours au Corps législatif (3 frimaire an X), dans LOCRÉ, t. I, pp. 328-329.

(31) « On » : cf. p. ex. Tribunal d'Appel de Lyon : « Toutes les maximes contenues dans ce livre préliminaire, même les moins contestées, sont certainement des abstractions *métaphysico-légales*, essentiellement sujetes, comme tout ce qui est métaphysique, à controverse, à discussion, à interprétation... il est très dangereux de les ériger en principes, et de les consacrer dans un Code... » (FENET, t. IV, p. 36) ; et Tribunal d'Appel de Paris : « Ce livre préliminaire érige en articles de loi des maximes et des réflexions qui paraîtraient mieux placées dans un traité de droit que dans un Code... » (FENET, t. V, p. 94).

(32) Séance au Conseil d'État du 28 messidor an IX (sur proposition de Cambacerès), dans LOCRÉ, t. I, pp. 74 et s.

énoncé de 1804 de la conception de Hobbes. S'il y était encore question de Droit naturel, ce serait moins comme source que comme fondement des lois positives. Coutume et jurisprudence n'y ont point nom « Droit ». La loi, déclaration du pouvoir législatif, y est nécessairement juste. Si la nécessité d'une interprétation par le magistrat y est admise, c'est seulement dans les limites de la recherche de l'intention du législateur (33). Le respect du texte devient la clef de voûte de l'édifice. En un mot, nous sommes à un moment de rupture, sous couvert de continuité. Et cette rupture apparaît nettement lorsque l'on compare les systèmes, eu égard aux différents niveaux d'observation relevés plus haut (voir tableau page suivante).

Nous notons que, conformément au positivisme juridique, on ne parle plus, dans le Code civil de l'an XII, ni du Droit naturel, ni du rôle de la doctrine juridique. En ce qui concerne les coutumes, il faut remarquer qu'elles ne sont point admises. Dans le cas particulier du Code Napoléon, il s'agissait d'une réaction bien naturelle contre l'ancien Droit : «...les coutumes cessent d'avoir force de loi » (34). Quant au terme d'« usage », il prend un sens bien défini d'*utilisation* (35), à moins qu'on ne le trouve dans l'expression particulière « droit d'usage et d'habitation » (36). La loi positive y est seul commandement de Droit, et la jurisprudence, sa fidèle adjointe. C'est cette coloration très particulière qui a fait généralement négliger presque totalement, dans la recherche des « sources » du Code civil, ses origines doctrinales. Or, il s'est passé à peu près la même chose que lorsque, sur un réactif coloré, on verse un acide ou une base : sans que les corps soient changés, la teinte vire. Parti de prémisses jusnaturalistes, le législateur de 1804 a fini par élaborer un monument assez typique du positivisme juridique. Ce caractère hybride explique la coexistence, dans le Code, de définitions telles que celle, célèbre, de la propriété (37), et d'une réglementation qui, par son caractère restrictif, rend plus paradoxale encore la présence des définitions.

§ 2. – Ordre et liberté.

Car il est bien vrai que la réglementation du Code Napoléon est éminemment restrictive. « Code de la liberté », définit-on souvent ce monument (38). Est-ce si certain ? Code d'un certain type de liberté, s'entend. Car il est évident qu'il est de l'essence même d'une législation, moyen de

(33) M. VILLEY, 1, pp. 69-84 ; *id.*, 3, pp. 683-702 ; POLIN, pp. 176 et s.

(34) Loi du 30 ventôse an XII, art. 7. Comp. avec C. civ., a. 1390 : « les époux ne peuvent plus stipuler... que leur association sera réglée par l'une des coutumes... qui sont abrogé(e)s par le présent Code ».

(35) C. civ., 587, 1127.

(36) C. civ., 625, 628.

(37) O.D., pp. 180 et s.

(38) CARBONNIER, cité dans O.D., p. 219.

| | |
|--------------------------------|---|
| <i>Source d'interprétation</i> | + + + + 1 1 1 1 1 +1 1 1 |
| <i>Juridicité</i> | + + + + 1 + + 1 1 + + 1 |
| <i>Universalité</i> | + 1 +1 +1 1 +1 1 1 1 1 1 1 |
| <i>Rétroactivité</i> | + 1 +1 1 1 +1 1 1 1 1 1 1 |
| <i>Efficiéce</i> | + + + + 1 + +1 1 1 + + + 1 |
| <i>Équité</i> | + +1 + + 1 + +1 1 1 +1 +1 1 |
| <i>Permanence</i> | + +1 +1 +1 1 +1 1 1 1 +1 1 1 |
| <i>Vassalité (*)</i> | + 1 1 1 1 + 1 1 1 +1 1 1 |
| | <p>1° Jusnaturalisme rationaliste moderne :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dr. naturel..... - lois positives..... - coutume..... - jurisprudence..... - doctrine..... <p>2° Positivisme juridique :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dr. naturel..... - lois positives..... - coutume (éventuellement)..... - jurisprudence..... - doctrine..... <p>3° Code Napoléon :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dr. naturel..... - lois positives..... - jurisprudence..... - coutume..... - doctrine..... |

(*) Souveraineté du Droit naturel

communication entre les individus, à l'intérieur d'un groupe, d'établir des rapports non seulement horizontaux (entre deux individus), mais encore verticaux ou circulaires (entre les individus, considérés comme formant le groupe). Et ces deux types de rapports ne peuvent jamais exister qu'au détriment les uns des autres. Dans le système issu de la recherche doctrinale au siècle des Lumières, la liberté individuelle devait l'emporter, et l'on pensait avoir trouvé un mode de coexistence pacifique avec l'intérêt public, par le truchement de la consécration du droit de propriété absolue et du consensualisme. Ces « colonnes » d'un tel type de législation sont demeurées dans le Code Napoléon. Et pourtant, on s'aperçoit vite, à la lecture de l'ensemble de la législation civile, que cette harmonie libératrice est fondée sur une fiction. Car la liberté individuelle ne peut se réaliser pleinement face aux nécessités de l'ordre social. Et les juristes de

distinguer la capacité juridique, au niveau de laquelle les droits subjectifs n'ont de valeur que virtuelle, de la possibilité matérielle d'accomplissement des actes rendus réalisables par l'obtention de cette capacité. L'homme a tous les droits, certes, mais il n'en réalise que quelques-uns. Les systèmes optimistes se fondent sur une acceptation d'un tel contrat social d'autolimitation ; ceux qui le sont moins supposent une pression du groupe. Mais où que l'on tourne les yeux, le regard ne rencontre que constructions purement mentales, variations intellectuelles, élucubrations. Et nous vivons là-dessus. La vérité, c'est que le domaine de la législation inscrit le dilemme de l'absolu et des limites humaines en un couple d'opposition du type liberté individuelle/intérêt public, et, plus précisément, le Code Napoléon, dans l'opposition liberté/répression. Et cela au nom de deux impératifs : la politique et la morale.

A. – L'INTERVENTION D'UNE POLITIQUE.

La notion d'« ordre public » vient à propos au secours d'une réalité politique.

1° Une réalité politique.

À la seule lecture des débats dont fut l'objet le Titre préliminaire du Code civil, devant les Assemblées, on se rend assez mal compte de la manière dont ils furent politisés par certains membres du Tribunal et du Corps législatif, où siégeaient les derniers idéologues de la Révolution : Sieyès, Volney, Destutt de Tracy, Cabanis, au Sénat ; Dupin et Maine de Biran, au Corps législatif ; Daunou, Laromiguière, M.J. Chénier, J.B. Say, au Tribunal ; Roederer au Conseil d'État ; Cambacérès, lui-même, Second Consul, chargé en sa qualité de juriste, de veiller plus particulièrement à l'élaboration du Code (39). Au Tribunal, tout spécialement, l'opposition fut avivée par des adversaires résolus du pouvoir personnel, Andrieux, Bézard, Boutteville, Faure, Laussat, Chazal, Mailha-Garat, Thiessé, Cossé, Favard notamment. « Plusieurs membres du Tribunal », note Locré sous la Restauration, « fortement imbus d'idées républicaines, et dont quelques-uns avaient eu longtemps à la coupe du pouvoir, n'avaient pas vu sans peine le gouvernement sortir de l'esclavage des assemblées... Déjà, dès leur première séance, on avait lancé du haut de leur tribune cette phrase ambitieuse : *Nous avons bien su renverser une idole de quatorze cents ans : croit-on que nous ne pourrions renverser une idole d'un jour ?*... On attaqua le Titre préliminaire. La plupart des objections étaient de pures chicanes, et la manière dont on les présentait tenait de la dérision et de l'insulte (40).

(39) Bibliographie dans OD., pp. 283-284.

(40) LOCRÉ, t. I, pp. 85-87.

Or, bien au contraire, si l'on examine les grands arguments politiques soulevés par les Tribuns contre le projet gouvernemental, s'aperçoit-on du caractère désespéré des efforts fournis par les derniers représentants de l'esprit révolutionnaire, pour faire obstacle à un absolutisme naissant.

2° Une notion juridique.

Jean Ray qualifiait l'ordre public, les bonnes mœurs et l'équité, d'« idées flottantes » (41), et il avait bien raison. La notion d'*ordre public* est un dangereux atout entre les mains des gouvernants. Quelle infraction aux libertés, si minime soit-elle, ne justifierait pas le maintien de l'ordre ? Les Tribuns sont inquiets, et trouvent un argument de choix : êtes-vous donc si piètre latiniste, demande-t-on à Portalis, pour avoir traduit *jus publicum* par *ordre public* ? Et celui-ci de se dévoiler par une réplique assez inattendue : « comment (l'auteur de l'objection) sait-il que nous avons voulu traduire les textes qu'il nous oppose ? » (42).

On ne peut dénouer la querelle qu'en faisant intervenir le texte du *Projet de l'an VIII* d'où est issu l'article 6 du Code civil : « On ne peut, par des conventions, déroger aux lois qui appartiennent au droit public ». Or, nous l'avons vu, le droit public est ce qui intéresse davantage la société que les individus. Par conséquent, des particuliers ne peuvent, en contractant, déroger aux dispositions législatives qui assurent la sauvegarde du groupe. En d'autres termes, le Code civil peut être considéré de deux manières opposées : soit comme un recueil de dispositions interprétatives ou supplétives de volonté, où la loi d'ordre public est exceptionnelle(43) ; soit comme un ensemble d'exceptions au principe de la liberté contractuelle, avec, dès le début, cette réserve d'importance que représente un « ordre public » qui demeure indéfini. Et c'est cette interprétation qui doit être retenue. Sans compter le fait que les dispositions supplétives, de par leur essence, se rattachent – nous l'avons démontré – aux règles prohibitives dans une perspective communicatoire à l'intérieur d'un système répressif, comme l'est celui du Code Napoléon, cette dernière interprétation correspond à l'esprit dans lequel a été engendré le Code (les individus sont totalement libres de contracter entre eux, et il convient seulement de déterminer les limites à l'exercice de ce Droit, que nécessite la vie en société), à l'esprit dans lequel il est né (assurer l'ordre et la sécurité des familles en réglementant strictement les matières civiles), au développement, enfin, que devaient prendre les cas d'ordre public par la suite. Ajoutons que l'idée même d'une réglementation du Droit privé suppose, de la part du législateur, une volonté de le soumettre, d'en faire une annexe du Droit public, dans l'intérêt social. Le véritable Droit

(41) J. RAY, 1, p. 258.

(42) LOCRÉ, t. I, p. 483.

(43) Cf. CARBONNIER, 1, t. I, n° 24 : c'est du moins la conception qui rein ports au début du XIX^e siècle (comp. avec le n° 43).

privé est celui qui n'est pas codifié, celui qui se pratique dans les échanges particuliers où l'intérêt de la société n'entre point en ligne de compte – ce qui ne recouvre pas exactement ce que M. Carbonnier appelle le Non-droit. Dans cette perspective, les lois interprétatives ou supplétives de volonté ne sont qu'un adjuvant aux conventions privées, chargées qu'elles sont de les faciliter par l'octroi de moules ; seules les lois impératives gardent une signification propre, celle d'une répression, par le groupe, d'échanges prohibés, qui mettent son organisation interne – le système – en danger.

Ce qui est condamnable, en fin de compte, ce n'est pas tant la notion d'*ordre public* en elle-même, que l'utilisation qu'en fait le législateur de l'an XII ; car rien n'est pis qu'un système bâtard, et l'introduction de ce concept dans un contexte individualiste se justifie mal méthodologiquement. On dira qu'il s'agit d'un « contrepoids » indispensable à l'expression de la liberté totale individuelle dans le groupe. Mais, alors, il n'est pas permis, sous couvert de protection du groupe tout entier, de faire servir l'ordre public à la sauvegarde d'une conception individualiste – bourgeoise – des rapports sociaux : c'est faire dévier l'ordre public de son véritable sens, l'intérêt de tous, au profit de quelques-uns.

B. – L'INTERVENTION D'UNE MORALE.

C'est ici qu'intervient, de surcroît, l'autorité de la morale. Autorité répressive, encore, et à laquelle, de tous temps, le législateur sut donner un nom au contenu incertain : les bonnes mœurs. Assez curieusement, l'expression avait été omise par le jansénisant Portalis. Elle fut réintroduite lors des discussions du texte devant les assemblées, bien que le Tribunat n'ait pas ménagé ses critiques à l'encontre d'un tel axiome de morale : « Qui ne sait que le prétexte du bien des mœurs... n'est jamais que le masque de l'amour des richesses ? » (44). Il serait trop facile qu'un précepte de morale vienne au secours du Droit positif lorsqu'une règle énoncée par le législateur ne trouve pas de justification en elle-même. Et il en est cependant ainsi de cet article qui prohibe les conventions contraires aux bonnes mœurs (C. civ., art. 6). De même que la notion d'ordre public permet au gouvernant de se ménager une possibilité d'annulation de conventions privées, de même, celle de bonnes mœurs suppléera utilement, au cas de défaillance éventuelle, la notion d'ordre public. Cette dernière, relevant du Droit positif, risque, en effet, de ne pouvoir recevoir application dans certains cas ; mais, alors, qui pourra s'opposer à l'intervention des bonnes mœurs, c'est-à-dire au retour à la morale ?

Témoin d'un système conservateur, la notion de bonnes mœurs nous est également précieuse pour les lumières qu'elle jette sur la conception

(44) Thiessé, dans LOCRÉ, t. I, p. 506 ; cf. FENET, t. VI, p. 55. Sur le développement des bonnes mœurs en sociologie juridique, cf. CARBONNIER, 2, pp. 181-187.

philosophique du Code civil. Il semble curieux, à première vue, que Portalis, dans le *Projet de l'an VIII*, n'ait pas fait allusion à cette notion. Mais en réalité, cet homme savait que l'appel aux bonnes mœurs était inutile. Des bonnes mœurs, en effet, son grand inspirateur – Domat – avait écrit : « comme il y a deux sortes de lois, celles qui sont du droit naturel, et celles qui sont du droit positif, il y a aussi deux sortes de conventions illicites ; celles qui blessent le droit naturel et les bonnes mœurs, et celles qui sont contraires au droit positif) ? (45). Au niveau de l'illicite, les bonnes mœurs sont donc au Droit naturel ce que l'ordre public est aux lois positives. Or, le système portalisien étant fondé sur l'existence d'un Droit naturel source du Droit positif, il suffisait de dire que les conventions contraires au Droit public étaient interdites, puisque, par ailleurs, le juge était toujours libre, en l'absence d'un texte, et sur une cause à lui soumise, d'invoquer le Droit naturel. La réapparition, aux côtés de l'ordre public, de la notion de bonnes mœurs, dans le Code Napoléon, manifeste clairement que nous nous trouvons dans un système qui verse dans le positivisme, puisque le législateur y éprouve le besoin de se référer explicitement à une donnée morale.

*
* * *

La règle du jeu peut être résumée en six points :

1° Il s'agit d'un jeu concernant un type d'échange.

De la même manière que, dans une communication téléphonique entre deux personnes qui ont un message à échanger, il est essentiel d'éviter la « coupure », les six premiers articles du Code civil posent les règles générales dont l'observation assurera la continuité du jeu. On y précise, tout d'abord, la manière dont une règle nouvelle d'échange sera connue (art. 1^{er}) et à partir de quel moment elle sera applicable (art. 2). On y indique les limites géographiques hors desquelles la communication ne pourrait plus être assurée (art. 3). On y pose les conditions dans lesquelles fonctionnera la soupape de sécurité que représente la jurisprudence, en écartant les risques de grippement de ce mécanisme (art. 4 et 5). On indique les réserves générales à la liberté des relations qui est de principe (art. 6). Plus loin, dans la masse du Code, on examinera les règles particulières d'échange des personnes, des biens et des services. Mais il convient de distinguer ici la manière dont s'en préoccupera le législateur, par opposition à l'attitude adoptée dans des sciences dont l'objet est voisin : démographie, sociologie, économie, notamment. Car si ces dernières étudient les mêmes phénomènes, échange des personnes en démographie et en sociologie, des biens et des services, en économie, elles utilisent, en ce

(45) *Loix civiles*, P. I, L. I, T. XVIII, a. 4, § 1. Cf. O.D., pp. 210 et s.

qui les concerne, des modèles statistiques. Et c'est ainsi, par exemple, que la définition des degrés prohibés dans les mariages relève de la science de la législation, alors que cette dernière ne s'attache pas à relever les mariages possibles (46).

Par ailleurs, en demeurant dans cette perspective, on voit poindre la réponse à une autre question : la naissance de la science juridique se situerait à un seuil bien déterminé. Il s'agit du moment où l'échange, bien que ne portant ni sur des symboles ni sur des signes, atteint un degré de complexité tel que sa bonne réalisation nécessite l'utilisation de symboles et de signes. À partir de ce moment, la référence à l'observation empirique (qui était le propre du *judex*) ne suffisant plus, non plus que l'élaboration de modèles mécaniques (rôle incombant au législateur), il faut des prudents et une doctrine, de là naissent les divers systèmes imaginés par les penseurs, selon que la législation en est plus ou moins tributaire.

2° Ce type d'échange est essentiellement limitatif.

Les joueurs pourront imaginer n'importe quel contrat, mais seulement dans certaines limites. Ces restrictions peuvent être temporelles (art. 1^{er} et 2) ou territoriales (art. 3). Elles peuvent relever du Droit positif ou de la morale (art. 6). Et au cas où une solution contentieuse serait inévitable, les parties s'en remettraient au juge, qui offre la double garantie de ne pouvoir créer le Droit (art. 4) bien qu'il doive donner une solution au conflit qui lui est soumis (art. 5).

3° Ce type d'échange limitatif constitue une réponse à un problème de tous les temps.

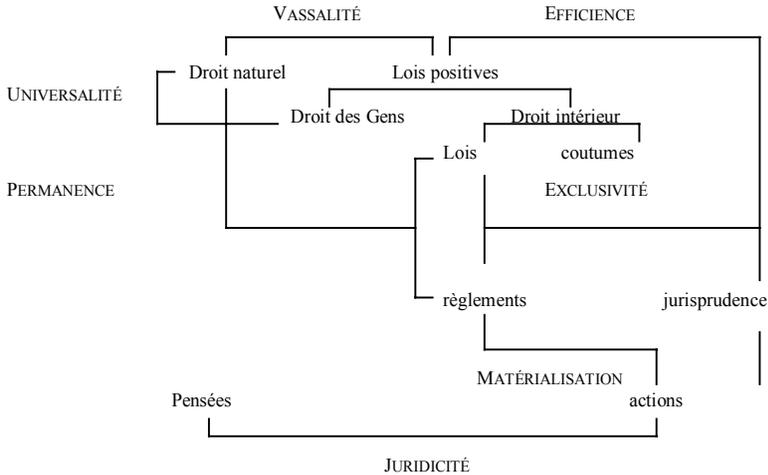
Le Code civil se présente comme une série de solutions à des problèmes humains. Il est le reflet d'un certain nombre de contradictions fondamentales de l'homme. Nous sommes ici, en connotation, au niveau de l'activité inconsciente de l'esprit. Au besoin antithétique de permanence/changement, le Code répond par une combinaison particulière du Droit naturel et des lois positives. Au besoin aussi intimement opposé de rigidité/souplesse, il offre une solution consistant en un dosage déterminé de la législation et de la jurisprudence. De la même manière, au souci humain de sécurité s'oppose le désir de mobilité, justifié d'ailleurs par la nécessité d'une perpétuelle remise en question des statuts pour une adaptation toujours nouvelle et jugée meilleure (d'où naîtrait le *progrès*) Le Code fournit une solution à cette opposition par une réponse aux questions de l'abrogation et de la rétroactivité des lois Et l'on pourrait multiplier les exemples.

(46) Cf. encore LÉVI-SRAUSS, 2, pp. 326 et s., sur la position intermédiaire qu'occupe l'économie entre l'étude de la parenté et la linguistique.

Nous sommes ici au cœur de l'angoisse humaine née de la contradiction entre l'absolu et ses limites. À l'absolu correspond l'universalité, la permanence, la valeur totale des lois ; de l'humain et de ses limites, relèvent leur localisation, leur mort (par abrogation ou par désuétude), leur contingence.

4° *La réponse particulière donnée par le Code Napoléon.*

Le schéma du système peut être ainsi tracé :

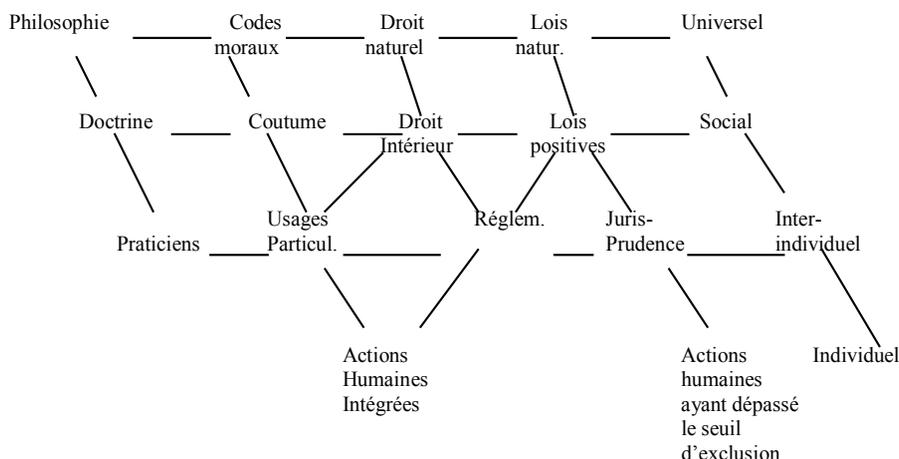


La réponse particulière apportée par Portalis dans le Livre préliminaire au *Projet de l'an VIII* consiste dans un système médian : entre le + de l'absolu et le - de l'humain (manichéisme très... jansénisant, si l'on peut dire), il pose régulièrement un \pm . Ainsi les lois positives ne sont-elles ni immuables, ni variables : « la perpétuité est dans le vœu des lois », mais leur abrogation existe, qu'elle soit expresse ou tacite. Avec la réduction de ce Livre préliminaire en un Titre de six articles, d'aspect positiviste, mais où figure, en bonne place, le recours aux *bonnes mœurs*, on entrevoit la relation avec le problème de la naissance de l'humanisme juridique, l'humanisme étant conçu comme « une manière de résoudre dans des termes de morale, de valeurs, de réconciliation, des problèmes que l'on ne pouvait pas résoudre du tout... les rapports de l'homme et du monde... de la réalité » (47).

Le citoyen français de 1804, révolutionnaire d'occasion devenu ivre de confort, de calme et de sécurité, a trouvé dans l'humanisme juridique la bonne conscience qui, en Droit, permettait d'unir ses efforts de libération à son désir d'embourgeoisement.

(47) M. FOUCAULT, cf. ARNAUD, 2, p. 395.

S'il fallait qualifier la structure du système philosophique-juridique du Code civil français, nous devrions parler de structure en réseau, du type qui suit :



5° Vers une explication sémiologique du jusnaturalisme.

Mais il ne faut pas oublier que le Titre préliminaire du Code civil a sa source dans le *Projet de l'an VIII*. Le discours portalisien, d'essence jusnaturaliste rationaliste moderne, tenait d'une tentative de « tirer » un peu du divin au profit de l'humain. Échange entre un ordre supérieur, celui de la nature, et l'ordre terrestre : telle est la réciprocité par laquelle il convient de définir le jusnaturalisme. Il est la transcription, dans notre langage, de cet *ordre naturel*, code dont nous ne connaissons pas le chiffre. Et peu importe, en fin de compte, la démarche du décodeur, démarche objective du chercheur « classique » en quête du *juste*, ou démarche subjective du jusnaturaliste « moderne » ; peu importent les conclusions pratiques auxquelles les uns et les autres parviennent (48). Tous se rattachent à une conception qui fait du juriste un *vates*, truchement des dieux.

Mais cette conception – dût-on s'en tenir au point de vue méthodologique, qui y est essentiel – ne saurait satisfaire pleinement. Car cet *ordre naturel*, qui dit qu'il ait jamais existé ? Quoiqu'il ne soit ni le lieu ni le temps d'entreprendre une critique minutieuse du jusnaturalisme, on peut se demander si l'opposition juste/injuste est nécessairement pertinente. On nous engage à reconnaître « l'homme social, comme les abeilles et les mouettes, engagé dans les liens sociaux de la famille, de la profession et

(48) M. VILLEY, 1, pp. 109 et s., *id.*, 2, pp. 140 et s. et pp. 263 et s.

de la cité » (49) ; on nous parle du « sens » des « activités des vivants... orientées vers des causes finales naturelles » ; mais l'on admet aussitôt, il est vrai, qu'il s'agit là d'un postulat (50). On nous propose le critère de la « bonne constitution ». Mais, à supposer même qu'il y ait dans la nature des éléments ou des groupes bien constitués, et d'autres mal constitués (alors qu'on devrait simplement reconnaître des éléments et des groupes *diversement* constitués, et en chercher les différences et leur raison d'être), devra-t-on se fier à la seule observation numérique pour déclarer la majorité *bien* constituée, et la minorité *mal* constituée ? Ou faudrait-il faire appel à un élément rationnel de distinction ? Et dans ce cas, n'est-ce pas retomber dans un certain subjectivisme ? Quelle chance reste-t-il de résoudre cette contradiction : M. Villey conteste avec raison et lucidité toutes les méthodes d'investigation du *juste* hors celle du jusnaturalisme « classique », et la sienne peut ne pas séduire non plus ? À ce cas, désespéré jusqu'ici, une solution s'offre peut-être aujourd'hui. En effet, à la lumière des recherches les plus récentes, il apparaît que la « structure » ne se trouve peut-être pas là où les jusnaturalistes la cherchent.

Dans quelques pages sur « le sorcier et sa magie », Cl. Lévi-Strauss a brossé un portrait du *shaman* comme « abracteur professionnel », écrivant : « le shaman fournit à sa malade un *langage*, dans lequel peuvent s'exprimer immédiatement des états informulés, et autrement informulables. Et c'est le passage à cette expression verbale (qui permet, en même temps, de vivre sous une forme ordonnée et intelligible une expérience actuelle, mais, sans cela, anarchique et ineffable) qui provoque le déblocage du processus physiologique, c'est-à-dire la réorganisation, dans un sens favorable, de la séquence dont la malade subit le déroulement » (51). Ne peut-on appliquer cette définition au législateur (*lato sensu*), dans la mesure où, faisant revivre intensément la situation initiale qui a créé le besoin d'une règle ou d'une institution nouvelle, il est le seul à pouvoir fournir ce langage qui permettra, en définitive, de surmonter cette situation ? On a souvent remarqué, à propos du Droit romain, notamment, qu'il était né de la magie (52). Poursuivant cette ébauche de raisonnement, il faut concevoir la législation comme une efficiente thérapeutique

(49) M. VILLEY, 1, p. 137. Comp. avec *id.*, 2, p. 54.

(50) *Ibid.*, p. 135. Comp. avec *id.*, 2, p. 53. Comme le fait bien remarquer Catherine Backès, il faut constater que notre société est antropeémique, c'est-à-dire qu'elle rejette les êtres différents des autres « normaux » (« Lévi-Strauss ou la philosophie du non-savoir », dans *Quinzaine Littéraire*, n° 95, 16-31 mai 1970 p. 13). Voir une excellente illustration dans l'enquête de J. DUVIGNAUD que le réalisateur Bertucelli a portée à l'écran sous le titre *Les remparts d'argile* (1970) ainsi que les films de A. Mikhalkov-Koutchalovski, *Le premier maître* (1965), de P. Fleischman, *Scènes de chasse en Bavière* (1969), ou de A. Tanner, *Charles mort ou vif* (1969), par exemple.

(51) LÉVI-STRAUSS, 2, p. 218. Cf. aussi, A. BRETON, p. 144.

(52) Comp. les travaux de H. LÉVY-BRUHL à l'ouvrage de G. DUMÉZIL.

psychologique de groupe. Voilà qui libèrerait le Droit de la métaphysique ; voilà qui donnerait une réponse à la question de savoir si le Droit est un *ars* ou une science : il fut l'un avant de devenir l'autre ; voilà, enfin, qui amènerait le juriste à plus d'humilité, car il est vrai que « les institutions, les mœurs et les coutumes... sont une efflorescence passagère d'une création par rapport à laquelle elles ne possèdent aucun sens, sinon peut-être celui de permettre à l'humanité d'y jouer son rôle » (53). Le Droit est une recherche permanente, sans acquis définitif, sans solution passée susceptible de répondre exactement aux problèmes sociaux présents, ni espérance de les résoudre jamais. Il est la communication d'un instant fugitif entre un émetteur et un récepteur, sans perte ni coupure sur la ligne : c'est dire son instabilité, et la nécessité d'un rétablissement constant de la tension.

6° *Le Code Napoléon est le code de l'« ordre ».*

Bien qu'issu d'un courant de libération individuelle, le Code Napoléon est, en définitive, un instrument de répression aux mains des bourgeois. L'idée n'est pas nouvelle, mais pourquoi taire une vérité ? À eux seuls bénéficiera l'individualisme juridique, et l'intérêt public recouvrira leurs propres intérêts. L'ordre sera assuré par la sécurité des transactions, dont on saura toujours sous l'empire de quelle règle (art. 1^{er} et 2 du C. civ.), à l'intérieur de quel territoire (art. 3) elles peuvent être effectuées. En matière judiciaire, l'ordre ne sera pas troublé par un corps auquel on ne peut éviter de remettre une parcelle d'autorité publique (art. 4 et 5) (54). Enfin, au nom de l'ordre public et des bonnes mœurs, le système établi pourra être garanti contre n'importe quel danger interne (art. 6) (55).

Tronchet avait raison : le Titre préliminaire du Code civil est bien un « péristyle ». Les colonnes y sont régulières et harmonieuses. N'est-ce pas, d'ailleurs, ce qui fait un « ordre » en architecture ? Toutes soutiennent un édifice dont on s'attendait à ce qu'il fût un temple, dédié à l'Homme, et qui n'est qu'une prison. Les six articles de ce Titre, plus que des colonnes, sont des barreaux. Le législateur de l'an XII a enfermé, de crainte qu'ils ne s'échappent, les droits subjectifs individuels et absolus. Comme toute législation, le Code civil est un monument de la PEUR. Car il est vrai qu'on peut étendre au Droit cette affirmation, que « la culture, la religion, le mythe, le délire, les rêves ne sont que des projections de l'angoisse sur des plans différents. Ils ne sont que des créations de la peur » (56). Mais il est le Code d'une peur très particulière, celle du petit-bourgeois qui a vu ses aspirations individualistes comblées, et veut se prémunir contre le risque qu'il court, de perdre les avantages acquis.

(53) LÉVI-STRAUSS, 3, p. 374.

(54) Cf. BADINTER et BREDIN, (31/10), p. 14.

(55) Cf. *La Voie lactée*, de Luis Buñuel (1968).

(56) O. VOLTA, p. 233. Cf. CARBONNIER, 2, pp. 112 et s.

II

LE FONCTIONNEMENT DU DROIT BOURGEOIS

Comme tout jeu, celui des relations civiles se joue entre des personnes et à propos de biens. Il convient donc de commencer par prendre connaissance du *jeu en position* (ch. 1^{er}). L'étude des relations autorisées permettra d'atteindre la structure de la *partie en action* (ch. 2). On conçoit aisément, enfin, qu'un système organisé comporte un certain nombre de garanties internes de fonctionnement, que, par référence à la notion de jeu, nous nommerons *gages* (ch. 3).

CHAPITRE PREMIER

LE JEU EN POSITION

Avant que la « partie » proprement dite ne commence, observons la table de jeu. On y voit des joueurs et un enjeu.

SECTION I

LES JOUEURS

Dans la perspective particulière où nous avons voulu situer le débat, la question qui se pose ici est de savoir qui peut « échanger ». Or, les relations d'un personnage X, dont on se demande s'il peut, ou non, participer au jeu, avec les membres appartenant au groupe auquel X sollicite son adhésion, se situent à deux niveaux. Dans un premier temps, X est encore à l'extérieur du groupe : il ne pourra s'asseoir à la table des joueurs que s'il présente les mêmes caractéristiques qu'eux, celles-là même qui sont exigées par le Code en vue d'une communication heuristique. Dans un deuxième temps, se pose la question de l'intégration de X à un statut prédéterminé, à l'intérieur du groupe. Parmi tous les types de *personnes* envisagés par le Code, il est possible d'en grouper un certain nombre sous des rubriques qui restent à étiqueter. Or le raisonnement par équivalences permet, on le sait, d'établir des classements. La qualité de joueur sera reconnue, à l'intérieur du groupe, à ceux qui y possèdent un statut défini, et, selon le statut qui est le leur, leur sera reconnue avec des modalités diverses.

§ 1. – L'adhésion au groupe.

La relation d'équivalence entre l'individu X et ceux du groupe auquel il souhaite appartenir, s'exprime par son insertion locale. L'équivalence, nous l'avons déjà vu, suppose trois caractères particuliers de la relation entre les éléments considérés : la réflexivité, la symétrie et la transitivité. En conséquence, l'*insertion locale* peut faillir dans trois cas, selon que l'un au moins de ces caractères fait défaut.

A. – DÉFAUT DE RÉFLEXIVITÉ : LE VAGABOND.

Le candidat au jeu doit avoir la même attache locale que ses partenaires. Cette considération explique l'importance donnée par le Code civil au domicile (art. 102-116), et la minutie avec laquelle cette partie de la législation civile se trouve réglementée. Ce ne sont pas seulement, comme on le croit trop souvent, des règles qui ont ici leur siège à des fins procédurales ou policières. Il est vrai que l'état civil (art. 34 et s.) est le premier « fichier » des nationaux. Certes, le fait que l'état civil soit un service public judiciaire (art. 50 et s. ; 72 ; 99 et 8.) assure-t-il au citoyen la garantie la plus exacte possible dans le système envisagé, puisque l'ordre judiciaire assure l'équilibre des pouvoirs. Mais nous avons vu qu'en réalité, le recours aux tribunaux civils ne constituait qu'une soupape de sécurité, destinée à éviter le blocage du mécanisme législatif. Il n'en reste pas moins vrai que, dans son essence, l'état civil est un moyen de reconnaître le citoyen, le « joueur », et, partant, de l'enserrer dans les règles déterminées sous l'emprise desquelles vit son groupe.

L'explication qui fait du domicile l'une des conditions du bon fonctionnement de la procédure et de la machine étatique, n'est pas fautive, mais un peu facile et certainement insuffisante. Dans le Code Napoléon, l'attache locale tient une place prépondérante. C'est d'abord le lieu qui régit les actes de l'état civil, ce qui est très important à une époque où la population se déplace relativement peu. La déclaration de naissance (art. 55 et s.) se fait là où l'enfant voit le jour – le plus souvent au lieu du domicile de ses parents –. L'acte dressé sera la preuve de l'attache locale. Et l'individu qui souhaite ne pas cesser d'appartenir au groupe, devra ne pas rompre cette attache. S'il le fait, il dispose d'un certain nombre de moyens pour ne pas, être considéré comme vagabond. Car, si l'on ne parle pas expressément, dans le texte du Code, du vagabondage, que les lois civiles n'ont pas à réprimer, les citoyens sont en réalité tenus de déclarer aux administrations municipales leurs transferts de domicile (art. 104). Faute de quoi la preuve de l'intention ne pourra, au besoin, ressortir que des circonstances. En ne se conformant pas aux prescriptions de déclaration, restrictives du libre mouvement des personnes, l'individu se place de lui-même en marge du groupe.

Veut-on se marier : il faut justifier de six mois d'habitation continue dans la même commune (art. 74). Est-on débiteur d'une dette ? Si la convention qui en a constaté la naissance ne mentionne pas le lieu de son exécution, et s'il ne s'agit pas d'un « corps certain et déterminé », le paiement sera fait au domicile du débiteur (art. 247). Sans compter les hypothèses où il faut, en outre, avoir un *domicile élu* (art. 2148 ; 2152). Les soldats en campagne eux-mêmes ne seront pas délaissés. Napoléon leur fait ce cadeau de onze articles réglant minutieusement leur incorporation juridique au groupe (art. 88-98). L'armée étant leur famille, leurs corps de troupes seront ce domicile qui les distinguera des vagabonds (1).

Le citoyen se voit ainsi suivi jusqu'à la tombe par l'administration du lieu où il se trouve, et qui recevra fidèlement les actes touchant sa personne (art. 77 et s.) ; et s'il venait à changer de domicile, l'officier d'état civil compétent devenant celui du lieu où il vit, celui du lieu de sa naissance ne cesse pas pour autant de le suivre grâce aux procédés d'*inscription* (art. 80) (on parle aujourd'hui de « transcription ») et de *mention en marge* (art. 49 ; 101).

« L'individu est... déterminé par un lieu, par un point fixe » (2). M. Carbonnier a raison de donner cette définition du domicile eu égard à l'esprit du Code civil. Mais faut-il admettre comme un postulat nécessairement valable, ce qu'il ajoute : que « chacun a... un lieu où il vit de préférence, où il s'installe, s'établit, et d'où il ne s'éloigne qu'avec l'esprit de retour » ? « Heureux qui comme Ulysse... » : c'est d'un type d'homme, seulement, qu'il parle ; mais dire que l'*installation*, l'*établissement*, sont le comportement *normal* revient à faire du système du Code civil un (le) système universel. Pourtant, en demeurant au plan de la « nature » où se situe l'éminent civiliste, ne faut-il pas reconnaître que cette « norme » est plutôt une réelle contrainte à la « motilité naturelle de l'homme » qu'il évoque dans ces mêmes lignes ? Il semble que la liberté que définit M. Carbonnier soit déjà emprisonnée dans un système juridique. Lorsqu'il parle, par exemple, à propos de liberté physique, de la « liberté locomotrice », c'est pour évoquer le *droit de passage* (art. 682). La liberté de faire ou de ne pas faire serait, de même, absolument préservée par quelques règles qui interdisent notamment d'engager ses services à vie (art. 1780, 1^o) ; mais la plus magnifique exaltation de la liberté n'est-elle pas celle qui consiste à « s'enfermer chez soi » ! La voilà bien cette liberté qui, comme l'écrivait Brissot, « a créé les serrures, les portes, et mille autres inventions qui cantonnent l'homme, l'isolent, protègent les jouissances exclusives » (3). C'est le type de liberté qui a fini par enfermer les sans-fortune dans l'univers sordide des grands ensembles moder-

(1) Cf. THIBAudeau, pp. 427-428.

(2) CARBONNIER, 1, t. I, n^o 60.

(3) BRISSOT, p. 88.

nes où l'on s'ignore et où l'on s'épie, et où l'on se défend contre plus mal lotis encore, ceux des bidonvilles, et contre l'ennui. La liberté qu'évoque M. Carbonnier semble avoir surtout réussi à faire du Code civil le contraire de ce qu'il devait être : de mode de communication, il est devenu source d'isolement (4). Contrainte sociale dans l'isolement moral, telle est la destinée de l'individu dans le groupe, sous la loi de l'individualisme juridique prôné par le Code.

Par ses dispositions sur le domicile (5), le Code civil place l'individu qui est soumis à ses règles, dans l'obligation d'adhérer au groupe dans lequel il est inséré le plus souvent par le fait du hasard. Bien mieux, dans la mesure où les actes les plus communs de sa vie juridique (mariage, contrat) sont soumis à la loi du domicile, il lui faut – ne voudrait-il que vivre – adhérer pleinement au système du Code, sous peine de se trouver en marge du groupe, c'est-à-dire sans les avantages (auxquels il peut renoncer) mais avec tous les inconvénients (les autres ne renonçant pas à leurs propres avantages). En un mot, avec la conception domiciliaire de l'individu, adoptée par le Code Napoléon, le seul choix réside entre l'embourgeoisement et – au cas de refus de la réflexivité – le meurtre (perpétré par le groupe contre celui qui s'en exclut) ou le suicide.

B. – DÉFAUT DE SYMÉTRIE : L'ÉTRANGER.

Il est magnifique de déclarer que tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ; mais, du principe à la réalisation juridique, il y a loin. Et il est bien vrai que tant que la conscience du groupe n'aura pas atteint à l'échelle de l'humanité, il sera vain de concevoir une réglementation universelle. Toute législation valable pour un groupe seulement, suppose une protection de ce groupe. La condition de l'*extraneus* variera selon la conception propre que s'en fait le groupe auquel il n'appartient pas, mais à la vie duquel il demande de participer en tout ou en partie. Le législateur est évidemment guetté par le vice de l'ethnocentrisme, qui consiste à considérer toute civilisation différente de la sienne comme *barbare*. Dans ce cas, on va souvent jusqu'à priver l'étranger de ce dernier degré de réalité en en faisant un « fantôme » ou une « apparition » (6). C'était à peu près la situation de l'aubain, dont

(4) CARBONNIER, 1, t. I, pp. 237 et s. Cf. GODARD, *Deux ou trois choses que je sais d'elle*. Lorsque nous disons « communication », « communicatoire », c'est toujours *lato sensu* au sens du *Littré*, cf. v^o « Communiquer », 3^o - Avoir des relations avec, être en rapport avec quelqu'un.

(5) Il est encore question de domicile à propos de la prescription acquisitive (a. 2265-2266). Mais ces articles concernent moins, dans la perspective qui nous retient présentement, le problème du domicile que celui de l'acquisition ou de la perte de la propriété, dont il sera question plus loin (*Gages*).

(6) LÉVI STRAUSS, 1, p. 21. On pourrait relire, dans cette perspective le *Postliminium* de J. IMBERT. Sur le problème juif, cf. SRAER, BERMAN, POLIAKOV.

Pothier disait, à la fin de l'Ancien Régime, qu'il pouvait faire tous les actes du Droit des Gens, mais ceux-là seulement (7).

Partant de l'idée qu'il faut connaître les personnes appartenant au groupe, le Code civil érige en norme juridique la formule « qui n'est pas avec moi est contre moi ». C'est ainsi qu'il accorde à tous ceux qui ont une attache en France, que ce soit une attache personnelle (parents ou mari français) (art. 10 ; 12) ou une attache territoriale (naissance en France, volonté d'y fixer son domicile) (art. 9 ; 13) la possibilité de jouir de tous les droits civils reconnus à ceux qui font partie du groupe. Pour les autres, on s'en tiendra à la réciprocité (art. 11) (8) ; mathématiquement, l'appréciation doit se faire en termes d'équivalence, et il faut, plus précisément, rechercher s'il y a symétrie entre les restes édictées par les deux groupes en présence, celui du solliciteur et celui qui est sollicité. En l'absence de symétrie. Le personnage X est considéré comme un étranger, avec tout ce que contient ce terme de conséquences désastreuses, lorsqu'il est pris en mauvaise part. Sinon, l'étranger est pratiquement considéré avec la même bienveillance que s'il appartenait au groupe qui l'accueille, bien que cette attitude soit restrictive (9).

La situation de l'étranger au regard du Droit civil doit donc, dans le Code Napoléon, répondre à des conditions très strictes. Les droits civils ne sont pas les droits de l'homme, mais ceux du citoyen, quoique l'article 7 affirme le contraire !

C. – DÉFAUT DE TRANSITIVITE : L'ABSENT

N'est-il pas éloquent de voir le Code Napoléon consacrer un titre de plus de trente articles à l'absence (art. 112-143) ? C'est que l'absent est gravement coupable de rompre la chaîne de transitivité. Imaginons un certain nombre de personnages en communication, parmi lesquels figure X : $A \rightarrow X \rightarrow B$. Si $A \rightarrow X$, et que $X \rightarrow B$, $A \rightarrow B$. Or, si X est « absent », il est clair que $A \overset{\text{non}}{\rightarrow} B$.

Tandis que l'Ancien Droit conservait au joueur absent sa place à la table de jeu jusqu'à l'époque où il aurait atteint l'âge de cent ans, mesure hautement favorable à l'individu, le Code civil fait de l'absence une *institution*, qu'elle règle en fonction du *patrimoine*. Le législateur de 1804 a voulu éviter avant tout que des biens ne demeurent stériles par un défaut de communication imputable à un élément du groupe. Celui-ci peut être plus ou moins « fautif », d'ailleurs. Il peut, par exemple, avoir prévu un prolongement possible de son éloignement physique, et laissé un mandataire pour l'administration de ses biens (art 121). Dans ce cas, le délai qui

(7) *Traité des personnes*, n^{os} 49 et s. Voir aussi DANJOU.

(8) Cf. BATIFFOL, pp. 144-151 ; A. WEISS, pp. 255-256 ; NIBOYET, n^o 332, p. 293.

(9) Cf. GAUDEMET-TALLON.

lui est accordé pour reparaître, avant qu'il ne soit disposé de ses biens, sera plus important que s'il avait disparu subitement, comme abandonnant ce qui lui appartenait (art. 115). La destinée juridique de l'absent est prise en mains par le gouvernement (art. 114 ; 116) : contrepartie accordée au membre du groupe qui perd la qualité de joueur sans, peut-être, en porter l'entière responsabilité vis-à-vis de ses concitoyens.

Il est vrai que toutes les mesures sont provisoires, que nécessitent les modifications éventuelles du patrimoine de l'absent. Mais, au fur et à mesure que le temps passe, les droits de ceux entre les mains de qui sont échus ses biens, se consolident. Le groupe l'abandonne. Pas totalement, toutefois ; en effet, ce n'est que de la bonne communication des biens que le législateur se préoccupait. Le conjoint, par contre, pourra souffrir dans sa personne des effets de l'absence : qu'importe, puisque la sécurité du groupe n'est pas en jeu. La solitude est son lot : le mariage dans les liens duquel était engagé l'absent ne pourra jamais être dissout (art. 227 ; 139). Curieuse façon d'exalter la liberté de l'individu !

Pour accéder à la communication des personnes, des biens et des services, l'individu doit appartenir au groupe qui régleme cette communication, y avoir un domicile connu, et ne pas le désertier. Remplit-il ces trois conditions, il lui faut encore être lié statutairement au groupe.

§ 2. – L'intégration à un statut.

L'individu doit, au sein du groupe, avoir un statut précis. Par rapport au groupe, notre personnage X, qui sollicite une place de joueur, est donc dans une relation d'intégration statutaire. Ce même type de relation se rencontre chaque fois que l'on étudie les rapports d'un individu au groupe dans lequel il s'insère. *Intégration statutaire* signifie qu'on ne peut faire partie d'un groupe qu'en adhérant à un statut préexistant faisant partie du système social adopté par le groupe pour ses échanges juridiques. Il existe un certain nombre de statuts qu'il sera de notre propos de déterminer et de qualifier ; nous les nommerons provisoirement statuts de classe A, de classe B, etc. X pourra s'intégrer à l'un ou à l'autre, selon qu'il répondra aux signes distinctifs de telle ou telle classe. Par voie de conséquence, selon qu'X s'intégrera dans l'une ou l'autre de ces classes, ses rapports avec les individus des autres classes seront différents. Une fois déterminées les différentes classes de statuts, il nous faudra donc établir les relations d'ordre qui existent entre eux.

A. – LES CLASSES DE STATUTS.

À la lecture du Code, il semble qu'un joueur puisse appartenir, ou avoir affaire à un partenaire qui se trouve appartenir à un statut parmi cinq différents. Il peut se trouver, en effet, devant un individu jouissant,

selon le mode d'expression du Code, de la pleine capacité des droits civils, ainsi que de la totale possibilité de l'exercer. Des droits civils, Cambacérès avait donné cette définition : « faculté de contracter, d'acquérir, d'aliéner et de disposer de ses biens par tous les actes que la loi autorise », ajoutant que ces droits sont acquis à l'enfant du moment où il respire, et qu'il en a le plein exercice lorsqu'il atteint l'âge de vingt et un ans (10). À partir de cette conception, il suffit de distribuer les actes du commerce juridique selon l'opposition peut/ne peut, et de distinguer des degrés dans le « ne peut », pour constituer les différentes classes de statuts. Ainsi existe-t-il plusieurs classes d'individus dont le statut est celui d'un être juridiquement imparfait, soit qu'il ne possède la pleine capacité que de principe, soit que sa capacité elle-même se trouve plus ou moins diminuée, ou éteinte, toutes situations que les civilistes distinguent par des variations dans le couple capacité/jouissance.

1) Classe A : l'âge d'homme.

L'accession à la majorité légale (21 ans) ou l'obtention, par l'enfant, de son émancipation, constitue, juridiquement, le début de la vie adulte (art. 372 ; 377). À ce moment, l'autorité du père cesse. Miraculeusement, on le déclare capable, ce jour-là, d'accomplir les actes pour lesquels on exigeait la veille encore la protection paternelle ; tous, à l'exception du mariage – pour la célébration duquel le conseil des parents est requis (procédure des *actes respectueux*, dits « sommations respectueuses ») (art. 488 ; 151 ; 152) – et du divorce par consentement mutuel qui n'est admis que si le mari a plus de vingt-cinq ans (art. 275). Dans ces limites, la pleine capacité est la règle... pour l'homme du moins. Voilà notre première catégorie de joueurs.

2) Classe B : la fille majeure.

Les filles majeures (il convient de ramener à cette catégorie le cas des veuves non remariées sans enfant) sont écartées d'actes très importants de la vie juridique. Elles ne peuvent être témoins ni aux actes de l'état civil, ni aux testaments (art. 57 ; 980). Elles ne peuvent non plus (avantage qui suppose la reconnaissance d'une infériorité), être l'objet d'une contrainte par corps, si ce n'est dans le cas, infiniment grave, de stellionat (art. 2066). Par ailleurs, on préfère, pour la tutelle, par exemple, « l'ascendant paternel... à l'ascendant maternel du même degré », et « l'aïeul paternel du père du mineur » à l'aïeul maternel (art. 402-403). Pour déterminer l'ordre dévolutif dans les successions, s'il arrive que plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre et âgées de plus de quinze ans et de moins de soixante ans, périssent dans un même événement, « le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année » (art. 722). Mais, pour l'ensemble

(10) Premier projet de Code civil, t. I, a. 2, dans FENET, t. 1, p. 4.

des actes de la vie juridique, cette classe B de joueurs diffère peu de la précédente. Disons que pour certains « coups », elle « passe » ; cependant, il ne serait pas exact d'assimiler les classes A et B.

3) Classe C : la femme mariée.

Nous assimilerons à la femme mariée la veuve non remariée mère de famille. Est-il besoin d'insister sur le fait que le « Code de la liberté » ne fut pas celui de l'émancipation de la femme ? Combien d'expressions traînent encore dans notre langage quotidien, qui nous sont venues d'une observation plus ou moins consciente de la femme telle que la veut le Code Napoléon. « Sexe faible », « femme au foyer » : la femme n'a pas droit à un siège autour de la table du jeu de société. Cantonnée dans l'ombre de son « seigneur et maître », elle s'attire les foudres des membres du groupe si elle tente de sortir de cette condition. On lui reproche alors de « conquérir » un « fief » des hommes. Cherche-t-elle à « s'émanciper » (11), elle « fuit » sa famille, « déserte » son poste, « abandonne » son foyer. C'est qu'elle est tenace, la conception qui nous a été léguée, de la femme inférieure ; c'est qu'elle est pernicieuse, cette misogynie – qui s'apparente au racisme – responsable d'un autoritarisme revendiqué par l'homme comme un privilège inné.

Faute de symétrie entre la situation d'un élément des classes A ou B et celle de la femme mariée, ou de la veuve non remariée, mais mère de famille, il n'y a pas d'équivalence, et l'établissement d'une classe C, qui regroupe les hypothèses correspondant à ce statuts s'impose.

4) Classe D : l'enfant.

a) LE MINEUR. – Bien que le légendaire despotisme familial « issu » de la *patria potestas* romaine, ait été bien battu en brèche par la Révolution (12), on sait que le Code Napoléon considère la minorité moins comme une période d'éducation que comme un temps de faiblesse, partant de soumission. Non point que le Code civil méconnaisse la notion d'éducation. Mais il est caractéristique de noter qu'il la considère non comme un devoir pour le père, mais comme une charge de la jouissance légale (art. 384-385). Or, l'exercice de la jouissance légale du père sur les biens de son enfant mineur suppose que celui-ci en possède. Est-ce à dire que, dans le cas contraire, le père n'est pas tenu à éducation ? Nous n'irons pas jusque là ; mais il faut bien reconnaître d'une part que cette disposition montre clairement que le Code n'est pas conçu pour les pauvres (traduisons : pour être « joueur », il faut pouvoir effectuer des « mises »), et d'autre part que, dans le système, l'importance de l'édu-

(11) De bonnes lignes sur l'émancipation de la femme cubaine dans *Granma*, et plus particulièrement, p. ex. à la date du 7 janvier 1968 (p. 5). Cf. surtout G. GREER, et *infra*, n. 36.,

(12) SAGNAC, pp. 305 et s.

cation est intimement liée à celle de la fortune, dont elle est fonction. C'est dire que l'éducation est « octroyée » à l'enfant, ce qui implique le *paternalisme*. Cette conception est le contraire même de la reconnaissance d'un droit de l'enfant à l'éducation. Même le principe, posé clairement par Kant, de l'essentielle liberté de l'enfant en tant que « personne », n'entraînera pas, juridiquement, la reconnaissance de ce droit. L'enfant est dans le Code Napoléon, un être entièrement soumis à l'autorité paternelle ou à son représentant.

On trouve, dans le Code, un curieux mélange de cette vieille conception de l'enfant petit adulte, et de la plus récente découverte d'un monde de l'enfance, qu'il convient de protéger (13). Malgré cette idée fondamentale de *protection*, il n'y a rien de comparable, cependant, entre la situation juridique du mineur, et celle de la femme mariée, qui peut toujours, en cherchant à mettre fin au mariage ou en faisant appel au juge, échapper plus ou moins à l'autorité de son mari.

Parmi les enfants eux-mêmes, il existe une véritable hiérarchie qui, à l'intérieur d'une certaine classe statutaire, nécessite l'établissement de catégories distinctes (légitime, naturel, pupille sous tutelle officieuse, adultérin, incestueux). Ce sont autant de sous-distinctions à l'intérieur de la classe D.

De la situation de l'enfance, deux voies permettent de sortir : le temps (puisque la majorité s'atteint après vingt ans de contrainte) (art. 488), ou un acte susceptible de provoquer une émancipation partielle (enrôlement volontaire, passé l'âge de dix-huit ans) (art. 374) ou totale, dans les limites de l'acceptation juridique du terme à l'intérieur du système envisagé (mariage, déclaration parentale, délibération du conseil de famille) (art. 476 et s.). Mais il est des cas où le législateur considère qu'un terme ne peut être mis au statut de l'enfant.

b) PERPÉTUELLE ENFANCE. – Du statut de mineur, il faut en effet rapprocher celui de l'interdit : « L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens » (art. 509). Il semble que, sur ce point, le Code Napoléon ait pris la suite d'une vieille tradition juridique, englobant dans une même classe d'équivalence l'enfant sous puissance et le majeur qui est « dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur... même lorsque cet état présente des intervalles lucides » (art. 489). Mais si l'équivalence est établie, ce n'est néanmoins pas dans la continuité de la pensée. En effet, si l'aspect réglementaire de l'institution paraît inchangé, la démarche intellectuelle est radicalement nouvelle. D'abord, l'interdiction devient une *institution*, tandis que, jusqu'à la Révolution, on se contentait de régler les cas les plus délicats où les interdits, pris individuellement, entraient dans le circuit des échanges juridiques : réglemen-

(13) ARIES, *passim* ; N. ARNAUD-DUC, 2 (3^e partie) ; *id.*, 3, p. 37 ; *id.*, p. 79.

tation pratique, non point théorie. Or, dans la règle du jeu établie par le Code de l'an XII, voici qu'un danger apparaît, de rupture de la chaîne communicatoire. Tandis que le Droit tout entier est fondé sur la raison ; tandis que, dans ce discours individualiste et subjectiviste, raison et liberté se trouvent indissolublement liées, des joueurs se présentent, dont la raison est amoindrie. Dans un tel système, une seule issue : déclarer que « lorsque la raison est atteinte, la liberté peut être contrainte » (14). Mais au lieu de rejeter les insensés hors du groupe, on tente de les protéger : c'est le sens nouveau de l'affirmation selon laquelle « la folie est enfance » (15). Perpétuelle enfance, d'ailleurs, car l'organisation des « familles » susceptibles de recevoir les fous, laissait peu de chances pour une guérison et, partant, une levée de l'interdiction (art. 510).

Il est donc légitime d'englober dans une même classe les mineurs et les fous, au titre de la protection de l'enfance. D'ailleurs, on y retrouve également certaines des distinctions qui avaient amené à imaginer des catégories à l'intérieur même de la classe des mineurs, puisque le processus particulier de requête de l'interdiction du majeur « sans parents connus » vise moins l'orphelin légitime que celui qui est né bâtard, seul véritable « sans famille » (art. 491). Il faut en outre mentionner le cas où celui contre qui n'a pas abouti une demande en interdiction, est néanmoins pourvu d'un conseil judiciaire, qui devra l'assister dans les actes les plus importants de la vie juridique (art. 499).

5) *Classe E : le mort civilement.*

Plus grave, peut-être, que la mort naturelle, est la mort civile, tant il est vrai que l'excommunication entraîne la rupture des échanges juridiques, raison d'être du Droit. L'individu frappé de cette privation des droits civils n'a plus rien de commun avec le groupe dans lequel il vivait jusque là (art. 22-33). Victime de cet « envoûtement » moderne (16), retranché du monde des vivants (17), il y est étranger, vagabond et absent, tout ensemble. Il y perd toute attache statutaire, n'étant plus ni père ou mère, ni époux, ni majeur ni mineur, ni créancier ni obligé (18), ni sain d'esprit ni fou (art. 718-719 ; 744 ; 1462 ; 1517 ; 390 ; 25 ; 227 ;

(14) M. FOUCAULT, 3, p. 529.

(15) *Id.*, 3, p. 587.

(16) LÉVI-STRAUSS, 2, pp. 183-184 : « ... la communauté se rétracte : on s'éloigne du maudit, on se conduit à son égard comme s'il était, non seulement déjà mort, mais source de danger pour tout son entourage ; etc. » (c'est un morceau d'anthologie).

(17) Cf. RICHER ; THIBAudeau, pp. 426-427.

(18) Art. 617 (usufruit), 725 (héritage), 1865 (société), 1982 (rente viagère), 2003 (mandat). Si la mort civile a été abolie en 1854, que dire des effets des art. 36 et 42 du Code pénal, appliqués à l'encontre de simples vendeurs d'un journal politiquement indésirable quoique non interdit ? Cf. Cour de Sûreté de l'État, 14 sept. 1970, 5 oct. 1970, 7 oct., etc. (rapp. dans *Le Monde*, n° 7984, 8003, 8005...).

1441). Cette absence de statut est son statut ; ce déclassement le situe dans une classe distincte des précédentes : i.s. (E) = \emptyset ; pour lui, l'intégration statutaire est une expression vide.

B. – LES RELATIONS STATUTAIRES.

Il convient d'écartier, tout d'abord, les morts civilement qui, juridiquement (et mathématiquement, en vertu de l'équation ci-dessus) n'agissent pas (art. 25). Pour les autres individus, les relations statutaires se situent à deux niveaux. Elles peuvent figurer les rapports d'éléments appartenant à une même classe, ou, au contraire, à deux classes distinctes.

1) *Relations entre individus d'une même classe.*

On doit alors distinguer suivant que les individus agissent par eux-mêmes, ou ne peuvent le faire. Dans cette perspective, nous pouvons grouper momentanément les individus des classes A et B, et ceux des classes C et D.

a) *Individus de la classe A ou B.*

Supposons que notre personnage X qui sollicite une place de joueur, appartienne à l'une des deux classes A ou B. On parle volontiers, à propos des majeurs, de la nécessaire égalité des cocontractants dans l'exercice de leur pleine liberté conventionnelle. On connaît bien cette boutade, que le Code civil aurait été fait pour un individu qui naîtrait enfant trouvé et mourrait célibataire : du moins la formule a-t-elle le mérite de signaler le caractère quasi hypothétique et largement spéculatif de la pleine jouissance des droits civils. Car il est bien vrai qu'à partir du moment où l'individu totalement libre commence à agir, c'est-à-dire à communiquer, cette situation se dégrade. Qu'il se place en position d'émetteur ou de récepteur, il devient titulaire de droits ou débiteur d'obligations. Dans le premier cas, c'est une vue de l'esprit que de prétendre qu'il soit libre de réaliser ou non les droits qu'il acquiert ; dans l'autre, des devoirs naissent à sa charge. Et quand bien même ces droits ou ces obligations ne seraient le résultat que d'une convention privée passée avec un autre individu, ou d'un acte isolé, c'est le groupe tout entier qui est intéressé, en ce qu'une éventuelle défaillance mettrait en péril le système lui-même. Cela explique, par exemple, que les enfants adultérins ou incestueux aient droit à des aliments (art. 762-764). La pleine liberté individuelle est donc limitée. Elle l'est doublement : de l'extérieur et de l'intérieur.

De l'extérieur, nous l'avons déjà vu : il s'agit notamment des lois de police et de sûreté, de l'ordre public et des bonnes mœurs (art. 3 ; 6). À ces notions de « Droit public », le Code civil en joint, au titre du « Droit privé », deux qui, qualifiant ce que doit être l'activité juridique des membres du groupe pour lequel il vaut législation, caractérisent bien l'esprit

qui l'anime tout entier. Le législateur utilise volontiers deux formules assez caractéristiques : celles de *bonne foi* et de *bon père de famille*.

De même qu'en ce qui concernait les bonnes mœurs, une première constatation s'impose : L'utilisation commune de l'adjectif « bon », qui suppose admise l'opposition bon/mauvais, autant que la référence à la « foi » et au « père de famille », font appel à un ordre moral. Mais précisément, cette liaison entre ordre social et ordre moral relève d'une adhésion à un type d'organisation juridique fondée sur le jusnaturalisme rationaliste moderne. C'est ainsi que s'explique l'absence, dans le texte de 1804, d'une théorie de l'*abus du droit*. Car malgré le principe de la liberté totale des conventions, on n'y trouve rien d'équivalent à l'*abusus* du propriétaire. En réalité, le droit de contracter est contenu dans des limites morales. Cela explique le rôle capital qu'est amenée à jouer la bonne foi, dont nous avons vu, en son temps, à quelles sources d'inspiration elle se rattachait (19). Cette notion, présente à chaque page du Code, constitue une limite fondamentale à la pleine liberté. Mais le législateur présume que l'individu, acceptant la loi du groupe, s'y plie de lui-même (art. 2268-69). Et si la preuve de la mauvaise foi n'est pas apportée, il attache un certain nombre d'effets favorables à l'acte accompli de bonne foi, même si le non-respect, par ailleurs, de la réglementation civile devait entraîner, par la suite, la destruction de cet acte (mariage, possession, extinction d'une créance, acquisition ? (art. 201-202 ; 550 ; 555 ; 1141 ; 1238 ; 1380). Favorable encore à l'individu qui se soumet au système juridico-moral adopté par le groupe auquel il appartient, la notion de *bon père de famille*. Cette qualification à laquelle la théorie physiocratique est venue donner un regain de vitalité, étend à l'ensemble du commerce juridique une valeur attachée originellement à la vie familiale ou quasi familiale (tutelle) (art. 450 ; 509). Devenue synonyme de « gestion diligente » (arg. ex. 1927), l'expression constitue également un frein moral à l'abus du droit de libre convention. Il est assez remarquable de noter qu'un tel soin apporté aux affaires est requis de celui qui détient le bien d'autrui, afin d'en assurer la conservation (usufruit, usage et habitation, louage, prêt, séquestre) (art. 601 ; 627 ; 692 ; 693 ; 1137 ; 1314 ; 1728, 1° ; 1766 ; 1806 ; 1880 ; 1962).

Une première constatation s'impose donc : la pleine liberté des individus des classes A et B se trouve limitée dans son exercice par le seul fait de son exercice. En conséquence, il n'est pas exact de lier, dans le système du Code civil, le plein pouvoir de l'exercice des droits subjectifs à sa pleine et entière liberté. L'erreur ne consiste pas à reconnaître que la vie sociale suppose nécessairement la contrepartie aux droits que représentent les obligations ; elle réside plutôt dans le type de justification

(19) O.D., pp. 111, 201, 211, 213. Les Parlements étaient pénétrés de l'importance de la bonne foi : cf. p. ex. BEIK (Parlement d'Aix-en-Provence, 21 novembre 1763).

avancée par les auteurs, aux limites à l'exercice de cette liberté. Lorsque M. Carbonnier écrit de la surveillance du bailleur sur le caractère non scandaleux de l'usage que fait son locataire des lieux loués, qu'« il n'y a (là) que pression psychologique, par l'incitant de l'intérêt pécuniaire, ce qui sauve la liberté » (20), il met bien en lumière l'esprit de notre législation. Le mode de vie y est dicté par « l'incitant de l'intérêt pécuniaire », et la « pression psychologique » y « sauve la liberté ». Mais à partir de quel moment cette pression devient-elle lynchage (21) ?

Ce que nous avons appelé l'âge d'homme n'est pas celui de la pleine liberté individuelle évoquée par les apôtres de l'individualisme juridique. Il est pleine conscience de la nécessité d'une adhésion à un système, ou du refus total d'intégration à cet ordre. On se souvient de ce que disait Max Stirner de la majorité : « On pousse les jeunes en troupeau à l'école afin qu'ils apprennent les vieilles ritournelles et quand ils savent par cœur le verbiage des vieux, on les déclare majeurs ». La majorité est âge de raison. Encore ne concerne-t-elle réellement que les individus mâles, les filles majeures à un moindre degré.

b) Individus de la classe C ou D.

Les individus appartenant à ces deux genres de statuts ne peuvent communiquer que par l'intermédiaire d'une personne de la classe A, avec laquelle ils se trouvent dans l'une des relations que nous devons à présent envisager.

2) Relations entre individus de classes différentes.

Si nous envisageons à présent les relations particulières entre individus des classes C et D et ceux de la classe A par le truchement desquels ils doivent nécessairement passer pour la validité d'un acte, nous nous trouvons en présence d'une relation fondée sur l'idée de puissance, maritale, dans le premier cas, paternelle (*lato sensu*) dans le second ; ce que nous traduirons par les deux termes d'*autoritarisme* et de *paternalisme*. C'est la manière particulière qu'a le Code Napoléon de concevoir la communication entre ces classes d'individus. On eût pu imaginer, au contraire, que la réglementation des rapports civils de ce type s'exprimât en termes de cogestion, d'éducation et d'assistance.

a) Cogestion/autoritarisme : la femme mariée.

Les femmes ont bien raison de parler de « ce Code qui réduit (leurs) aïeules en esclavage et dont (elles) ne (sont) encore qu'aux deux tiers

(20) CARBONNIER, 1, t. I, n° 71.

(21) On pense à Gabrielle RUSSIER. Relire *Le Monde* des 4 sept. 1969 (p. 12) et 13 sept. 1969 (p. 11) notamment.

affranchies » (22). Et pourtant, dès l'époque des discussions au Conseil d'État, il ne manquait pas d'auteurs pour clamer contre la conception scandaleusement « libérale » du Code en matière familiale. « On admire des hommes », écrivait ainsi Montlosier des rédacteurs de l'an VIII, « qui présentent des lois pour un grand empire, et qui ne connaissent pas même la nature de ce premier empire, principe de tous les empires, élément de toutes les souverainetés : la famille... La maison, voilà la première cité... La famille a été dépossédée de ses mœurs comme la nation de ses lois. Il a été défendu au fils de se souvenir de ses aïeux, au père de s'occuper de sa postérité... Il est permis de penser que cette donation de soi, que prononce une fille en se livrant à un époux, doit être franche et entière... » (23). La tirade fait sourire, lorsqu'on connaît les idées de Portalis sur ce point (24). Car il est bien vrai que si, parfois, le législateur de l'an XII a dû le céder aux acquis révolutionnaires, ce ne fut que rarement, et le moins possible (25). On a beaucoup soutenu que ce qui concerne la famille, dans le Code civil, provenait largement des conceptions personnelles que Bonaparte professait sur la femme et les enfants (26). La notation est certainement juste, mais il est peut-être très important de considérer aussi cette « incapacité » légale de la femme mariée (art. 1124 ; 1125) comme résultant d'une réglementation située au carrefour d'un certain nombre de déterminations qui ont « conditionné » les rédacteurs de l'an XII. J'en vois cinq essentielles – dont beaucoup ne sont pas originales, mais doivent être rapportées –. En premier lieu, les idées chrétiennes, prédominantes chez ces hommes. Est-il besoin de les définir : les époux, unis en vue de la procréation, sont un, à l'image de l'union de l'Église et de son fondateur ; et c'est à cette image que doit être rapportée l'attitude de la femme, toute de soumission à son mari. Les austères et jansénisants Parlements conserveront cette image envers et contre tout (27). Il faut, par ailleurs, tenir compte, en France, d'une certaine influence laïcisante, dans ce domaine, du gallicanisme (28). Mais ce désir de supplanter le Droit canonique par une législation autonome n'était nullement motivé par une volonté d'affranchir la femme de sa condition inférieure. Troisièmement, il y a la tradition coutumière, dans laquelle se dessinent plusieurs styles. Selon certains, il y va de l'intérêt de la femme que le législateur la protège contre sa faiblesse et son inexpérience (les coutumes

(22) VALENTINE, « Les cornes de l'Aigle », dans *Le Canard Enchaîné*, n° 2520 (12-2-69), p. 6. Cf. sur le sujet, la thèse de VIALLETON ; OURLIAC et MALAFOSSE, t. III, pp. 145 et s.

(23) MONTLOSIER, pp. 14-26.

(24) Cf. SCHIMSÉVITCH, pp. 286 et s. ; BONNECASE, 1, p. 63, n° 39.

(25) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, p. 269.

(26) SAVATIER, 1 ; MANDROU, p. 163, n. 1.

(27) Cf. par ex. BEIK ; PETOT, 1, *passim*.

(28) LAPRAT, col. 460, 461, 478, 493-494, 501 et s.

s'occupent du sort des biens) (29). D'autres voient dans l'incapacité de la femme, la conséquence du mariage et de la puissance maritale (30). Un système plus radical consistait à réunir les deux causes (31). La conception du Code civil tient largement de ce dernier. Il convient également de ne pas négliger la pénétration de la pensée physiocratique, avec l'importance qu'elle confère à l'autorité du chef de famille, au point d'étendre au droit extra familial, nous l'avons vu, la notion de « bon père de famille » (32). Ne pas oublier, enfin, qu'en ce début du XIX^e siècle, où le Code vit le jour, la mode était « à la romaine ». En même temps que, engouée d'anticomanie et de symboles, la classe dirigeante, bourgeoise, imaginait d'envoyer ses filles à l'autel vêtues, comme en ce temps-là, d'une tunique blanche, naissait un sentiment nouveau, qui renouvelait, avec plus de férocité, peut-être, la surveillance des filles et des femmes, malgré le libéralisme du dernier état de la doctrine de l'École du Droit naturel moderne (33). Mais si loin que put aller l'idée de libération de la femme, jamais les auteurs n'envisagèrent la cogestion, ne fût-ce qu'au titre de simple possibilité. Le législateur de l'an XII ne pouvait concevoir que la direction d'une famille ne fût point unique.

Soumise, la femme l'est à son mari, et, à défaut, au conseil de famille. Elle l'est parfois au juge. Même dans les cas, rarissimes, où elle « peut » agir seule, la réglementation est si restrictive qu'on ne saurait y voir un fragment de liberté personnelle.

1° *La soumission au mari*. – L'inégalité des époux au regard de la loi, sous l'empire du Code Napoléon, est une vérité dont l'évidence a dépassé les frontières du monde juridique. Chacun sait, par exemple, que la femme doit obéissance à son mari (art. 213) ; qu'elle est tenue de vivre avec lui dans le lieu qu'il a choisi à titre d'habitation, et de le suivre partout où il juge à propos de fixer sa résidence (art. 108 ; 214).

On cite fréquemment cet article visant la femme adultère, qui doit être condamnée, dans le jugement admettant le divorce, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps variant de trois mois à deux ans

(29) Commentaires de REBUFFE, sur L. 19, Dig. *de verb. signif.* ; de PONTANUS, sur l'art. 3 de la Coutume de Blois ; de LAFERON, sur le T. 1, § 3 de la Coutume de Bordeaux.

(30) LEBRUN, *Traité de la communauté*, L. II, ch. 1, s. I, n° 1. La première manière de l'École du Droit naturel moderne tient pour l'incapacité due à la fois au sexe et à l'état de mariage (GROTIUS, L. II, ch. V, § VIII). mais un changement de la tendance se dessine déjà avec PUFENDORF (L. II, ch. II, § IV) qui aboutira avec BURLAMAQUI (4^e partie, ch. 14, § 22), pour qui, « suivant l'équité naturelle, le mari n'a aucun pouvoir sur sa femme dans la société civile ».

(31) POTHIER, *Traité de la puissance du mari*, n° 3.

(32) SAVATIER, 2, ch. 1^{er}. Voir également BONNECASE, 1.

(33) P. ex. BURLAMAQUI, *loc. cit.* Cf. DUFOUR.

(art. 298) (34). Mais ce n'est pas tout. Elle ne peut ester en justice sans son autorisation « quand même elle serait marchande publique » (art. 215), et même si le litige portait sur des biens que les époux ne posséderaient pas en commun. Fût-elle non commune ou séparée, elle ne peut, sans le consentement écrit ou le concours de son époux à l'acte, accepter une succession, effectuer une dation, acquérir, aliéner, hypothéquer un bien, que ce soit à titre gracieux ou onéreux (art. 217 ; 634 ; 905 ; 776 ; 1029 ; 1449 ; 223). Et si son mari lui a donné une autorisation générale, dans le contrat de mariage ou par acte postérieur, elle ne peut s'en servir que pour l'administration de ses biens, en aucun cas pour aliéner ses immeubles (art. 1538 ; 1576). L'intervention du mari revêt une telle importance que la femme, le mari ou leurs héritiers peuvent opposer la nullité d'un acte sur le fondement du défaut d'autorisation (art. 225). Cette nullité ne serait elle pas demandée, les actes faits dans ces conditions n'engagent pas la communauté, à moins que la femme n'ait agi en qualité de marchande publique, c'est-à-dire en exerçant un commerce distinct de la profession du mari, et que ce dernier aura autorisé (art. 220 ; 1426).

Que le mari soit *chef* du ménage pourrait s'entendre d'une responsabilité nominale, qui garantit mieux, peut-être, la simplicité des actes de la vie juridique. C'est largement le système actuel. Et cette conception n'est pas absolument opposée au principe de la cogestion, mais peut relever, par exemple, de l'idée d'une distribution officielle des tâches, dans le ménage. Mais il ne s'agit nullement d'une « évolution » à partir du texte de 1804. Un changement de la législation, dans ce domaine, n'a pu se faire que par une rupture avec le système préexistant. Le législateur napoléonien entendait qu'il n'y eût qu'une gestion dans la famille, et qu'elle fût *masculine*. Toute la réglementation en la matière découle de cette maxime, selon une logique axiomatique. Changer la maxime sans transformer le système tout entier aboutirait à une ineptie logique.

Au contraire, tout se tient, dans le Code : la femme qui s'oblige solidairement avec son mari, pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution (art. 1431). Si elle contribue aux charges du mariage (le texte ne dit pas « charges du ménage »), ce n'est légalement que dans la proportion du tiers de ses revenus (art. 1537 ; 1575). La soumission au mari est si forte que celui-ci peut exercer encore son autorité par-delà la tombe. À la

(34) Cf. art. 337 du C. pén. français, et art. 559 du C. pén. italien, avant sa mod. 1969 ; comp. avec D.T.M., 4^e éd. (1969), v^o « Égalité sexuelle » : « Cette égalité est purement utopique étant donné qu'elle n'a aucun fondement biologique et tend simplement à assurer la pleine indépendance économique et sociale de la femme... Il faut souhaiter le retour de la femme à la paix laborieuse, saine et sereine du foyer domestique, loin des soucis, des luttes et des traumatismes qui sont le propre des activités masculines », et plus loin : L'adultère « de la femme est plus grave que celui du mari parce que (surtout s'il est accompli avec plusieurs hommes) il peut provoquer la stérilité » (sic) !

veuve tutrice, en effet, le mari prédécédé a pu imposer un « conseil spécial » (art. 391) ; est-elle enceinte, on lui nomme un « curateur au ventre » (art. 393) ; elle est soumise, enfin, au subrogé tuteur et, au cas de remariage, au conseil de famille (art. 395).

2° *La soumission au juge.* – Spécialiste du traitement des troubles de la communication, le magistrat se voit confier un rôle de tout premier plan dans les litiges qui viendraient à naître au sein du « mariage ».

1. – L'épouse peut, à raison, être insatisfaite de la gestion de son mari. Dans cette éventualité, elle s'adresse au juge. Tantôt, le mari aura simplement refusé son consentement pour un acte de la vie juridique que la femme estime nécessaire d'accomplir, et profitable pour elle. Il s'agit des nombreuses hypothèses que nous avons relevées plus haut. Le juge, sur sa demande, pourra donner l'autorisation sollicitée (art. 634 ; 776 ; 905 ; 1029 ; 1449 ; 1538 ; 1576). Tantôt, l'épouse désirera divorcer pour cause d'excès, sévices ou injures graves. Le tribunal, s'il ne veut pas admettre immédiatement sa demande, « quoique établie », pourra néanmoins l'autoriser à vivre séparément de son mari (art. 259). Demanderesse ou défenderesse en divorce, elle pourra quitter le domicile conjugal (art. 268) ; mais le magistrat indiquera la nouvelle résidence de l'épouse ; et celle-ci devra, à toute réquisition, justifier de sa résidence au lieu indiqué (art. 269).

2. – Dans d'autres cas, le mari se trouve dans l'incapacité d'exercer son autorité maritale. Il est mineur, et ne peut autoriser sa femme à contracter ou à ester en justice (art. 224). Le tribunal y supplée. Il est absent : pour accomplir ces mêmes actes, ou établir ses enfants, l'épouse doit s'adresser au magistrat (art. 222 ; 1427). Il présente des troubles de l'esprit, « état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur » (art. 489) : sa femme est recevable à provoquer l'interdiction, et elle pourra être nommée tutrice de son mari. Mais il est intéressant de noter que cette tutelle ne peut être que dative (à l'opposé de ce qui se passe dans l'hypothèse inverse), et qu'elle demeure alors sous l'étroite surveillance du conseil de famille où siège, on le sait, le juge de paix (art. 490 ; 507 ; 407). Vieille trace du jansénisme juridique (35). Et le magistrat demeure compétent pour l'autoriser, en dernier ressort, dans les actes les plus importants.

Il se peut aussi que le mari soit en prison, ou condamné à une peine afflictive ou infamante (art. 221 ; 222). Dans le premier cas, elle ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, « même pour tirer son mari de prison », sans y avoir été autorisée en justice. Dans l'autre, la puissance maritale passe purement et simplement aux mains du magistrat pendant la durée de la peine.

(35) O.D., n. 631.

Il peut, enfin, être décédé : pour l'exercice du droit de correction, sa veuve devra toujours se conformer à une procédure judiciaire qui n'était imposée au père que dans quelques rares hypothèses (art. 381 ; 377).

3° *De quelques illusions de liberté.* – Exceptionnellement, la femme recouvre sa liberté. Mais, à la lecture des textes, on se rend vite compte qu'il s'agit là d'illusion de liberté. Ainsi en est-il de cet article qui estime inutile l'autorisation du mari lorsque la femme « est poursuivie » en matière criminelle ou de police (art. 216). C'est que, dans ces limites, la femme quitte l'autorité maritale pour tomber, comme on dit, « entre les mains de la justice ». La seconde hypothèse concerne la liberté de tester (art. 226). Or il s'agit là de dispositions qui ne prendront effet qu'après la dissolution du lien matrimonial. Il eût fallu imaginer une fiction bien puissante pour prolonger la puissance maritale au-delà des rives du Styx. La femme peut encore, sans l'autorisation du mari, révoquer une donation qu'elle lui aurait faite antérieurement (art. 1096). C'est là tout simplement une manifestation de la défiance du législateur à l'égard de la gratuité, et nous y reviendrons plus longuement à ce propos. Elle peut, enfin, séparée de corps ou de biens, disposer de ses biens meubles (art. 1449). Mais il faut voir ici, également, aussi étrange que cela puisse paraître, plutôt qu'une faculté, une restriction supplémentaire à la liberté de la femme, dans la mesure où cette disposition en annonce une plus importante : « elle ne peut aliéner ses immeubles », dont on sait qu'à l'époque, ils constituaient la valeur économique fondamentale.

Une telle réglementation devait modeler le caractère des femmes de la façon qu'on sait : femme écartée de la vie publique (et qui ne connaît donc rien, par principe, à « la politique ») aspirant à la vie bourgeoise qui incarne la tranquillité, faisant au besoin « le poing dans sa poche », profitant au mieux des avantages à elle accordés par le législateur mâle pour contrebalancer l'incapacité dont il la frappe (art. 2121 et al.) ; exacerbation de la coquetterie, derrière le masque de laquelle se retranchent les filles dont le mariage constituera une assurance sur la vie : prison, peut-être, mais où elles seront « casées » ; défiance à l'égard du mari ; jeunes couples précocement vieillis par le statut de gens mariés. Un sursaut des responsabilités ne peut mener qu'à la révolte ; la soumission, à l'acceptation du statut de femme-objet (36). Belle libération que celle que

(36) On pense à ce passage de *L'Imagination sociologique* où WRIGHT MILLS parlait des femmes comme de « mignonnes petites esclaves » (p. 14). Marcel Mauss, pour sa part, a eu raison de montrer combien, « par l'intermédiaire de l'éducation des besoins et des activités corporelles... La structure sociale imprime sa marque sur les individus » (LÉVI-STRAUSS, 12, p. XI). Au cinéma, ce thème était bien fait pour tenter le moraliste Godard. Citons notamment *Vivre sa vie, Une femme mariée*, excellente « critique sociologique de l'aliénation féminine » (G. SADOUL, 2, p. 89) et *Deux ou trois choses que je sais d'elle*. On comparera les comportements décrits à ceux que notait Grémillon dans

l'individualisme juridique apporte aux femmes ; belle égalité que celle des mâles entre eux (37) !

L'antisymétrie caractérise donc les relations qui existent entre les individus appartenant aux classes C et A. Un individu X^C doit nécessairement recourir à un individu X^A pour effectuer une opération.

En cas d'inefficacité du recours de X^C à l'individu de la classe A auquel X^C est soumis, le jeu, néanmoins, ne se trouve pas bloqué. Le juge peut, en effet, suppléer à une telle carence. Il agit, en quelque sorte, comme cette carte de jeu qu'on appelle le « joker », et dont la figure remplace l'élément A défaillant. Ce ne sera pas le cas dans l'hypothèse où X appartiendrait à la classe D.

b) Éducation-assistance/paternalisme : mineurs et interdits.

« Le mariage », écrivait encore Montlosier, « doit être ramené à l'amour, la maison, à l'autorité paternelle ». Et d'ajouter : « l'autorité paternelle... La tutelle et la curatelle... la minorité... des questions aussi importantes ne doivent point être considérées avec les préjugés philosophiques des derniers temps de la monarchie, encore moins avec les préjugés révolutionnaires » (38). La valeur attachée à la famille est si grande que, dans le cas où un individu tomberait sous le coup d'une interdiction,

L'amour d'une femme. Plus récemment, et avec toutes les réserves que l'on peut faire sur la qualité du film, *Erotissimo*, de G. Pirès, se situe bien dans la ligne des remarques de H. Lefebvre et Baudrillard sur la société de l'objet. Il montre que le sens de la communication entre les êtres a disparu au profit de la seule relation de l'individu à l'objet (nécessité économique ; rôle de la publicité). Que, dans la propriété, l'*abusus* a pris une place disproportionnée (développement des biens consommables par le premier usage, ou dont on persuade qu'ils doivent être pris comme tels ; gadgets ; « minettes » ; cover-girls). Enfin, et sans prétendre épuiser le sujet, que la femme acquiert une situation pire encore qu'au temps de la subordination, car elle est, aujourd'hui, « consommée ». Sous couvert de libération sexuelle, elle devient purement et simplement objet de consommation. Récupération par l'appétit de profit capitaliste, d'un juste effort de libération. Sur Pasolini et les mythes de la société modernes, cf. *La Quinzaine Littéraire* n° 68, p. 25. Plus récemment, cf. encore le livre de G. GREER et un entretien avec l'auteur, dans la revue *Actuel-Nova Press*, n° 13 (oct. 1971), pp. 22 et s. Il faudrait citer aussi les travaux de W. REICH, Kate MILLET, Juliet MITCHELL et S. FIRESTONE. Cf. L'opinion de Simone de Beauvoir (BEAUVOIR, 2). On attend avec impatience le livre que Angela Davis a écrit en prison sur le thème de la libération de la femme.

(37) Non point que, tombant dans l'excès inverse, il faille clamer la supériorité de la femme, surtout quand elle est fondée sur ce raisonnement par trop jansénisant : le Droit est mauvais ; or la femme a moins besoin de Droit ; donc la femme est supérieure (CARBONNIER, 1, t. 1, n° 212). Sur l'application au Droit civil de l'égalité proclamée par la Constitution, cf. R.I.D.C., 1958, p. 39.

(38) MONTLOSIER, pp. 26-27. Voir aussi, d'un anonyme, le *Discours sur cette question : « Quelles doivent être, dans une République bien constituée, l'étendue et les limites du Père de famille ? »*, Paris, an XI.

c'est sur le modèle familial que sera organisé le milieu susceptible de le recevoir ; cette conception doit être rapprochée du « complexe parental », qui fait du père l'incarnation de la raison (39). Mineur et interdit se trouvent dans la même position. Leur personne et leurs biens sont l'objet de soins paternalistes.

Durant le mariage, le père exerce seul la puissance paternelle (art. 373). C'est au domicile du père que l'enfant a le sien ; à défaut, chez son tuteur (art. 108). Chez celui-ci, aussi, est légalement domicilié l'interdit. Hors mariage, le père naturel de l'enfant légalement reconnu exerce cette puissance (art. 383). À défaut, ce peut être la mère, mais il est éloquent de constater que la référence au père, dans l'expression « puissance paternelle », demeure.

Cette puissance assure, à celui qui l'exerce, « honneur et respect » (art. 371). Des moyens de contrainte sont éventuellement mis à la disposition de celui qui en est le détenteur, à cette fin : détention de l'enfant pendant un mois, s'il est âgé de moins de seize ans ; pendant six mois au-delà, et jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 375 ; 377). Le père n'a pas à donner les motifs de sa décision et n'est, la plupart du temps, soumis à aucune formalité (art. 378 ; 380 ; 382). En cas de récidive, il est seul juge de l'opportunité d'une nouvelle détention (art. 379).

L'enfant et l'interdit ne peuvent, d'eux-mêmes, accomplir aucun acte de la vie juridique : les biens des mineurs sont soumis à l'administration de celui qui détient la puissance (art. 389) ; dans le cas de tutelle, mineur et interdit sont représentés par le tuteur pour tous les actes civils (art. 450 ; 509). Jamais ils ne peuvent recourir à la justice en cas de désaccord avec celui auquel ils sont soumis ; ils n'ont pas à témoigner leur accord ou leur désaccord. C'est là que leur situation se différencie essentiellement de celle de la femme mariée. La reddition des comptes de tutelle saura témoigner éventuellement de la bonne ou de la mauvaise gestion du responsable, et le conseil de famille, dans sa surveillance constante, jugera à sa place (arg. ex. 447 ; art. 454 et s. ; 478 ; 495 ; 507 ; 510 ; 511).

Dans les hypothèses où X^D est émancipé ou pourvu d'un conseil judiciaire, le raisonnement demeure valable : seule la quantité des actes passant par ce processus diffère. Pour ces actes-là, X^D ($X^{D'}$ pour l'occasion) demeure soumis à X^A dont il dépend. Pour les autres actes, X^D ($X^{D''}$ *in casu*) est assimilé à un personnage de la classe A.

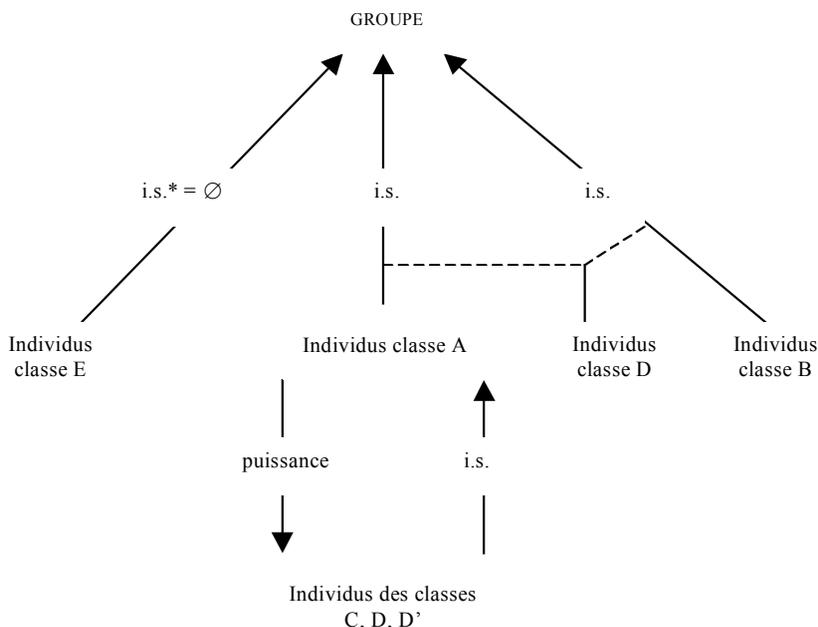
(39) M. FOUCAULT, 3, pp. 588-589, cf. W. REICH, A. MITSCHERLICH, V. HESSEL, W. WINNICOT, E. FREINET, S. MOSCOVICI ; et sur quelques répercussions actuelles, ARNAUD, 3 ; MENDEL, 1 et 2. Voir encore *Le Monde*, 15 oct. 1969, p. 14 (« L'affaire RUSSIER. Amour et puissance paternelle »).

En ce qui concerne les relations qui existent entre des personnes appartenant aux classes D et A, nous sommes donc en présence de deux hypothèses :

- antisymétrie dans le cas du mineur non émancipé ou de l'interdit, et dans le cas du mineur émancipé ou de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, agissant avec l'assistance du curateur ou de ce conseil ;
- symétrie, au cas où cette assistance n'est pas requise. Et, dans ce cas, peu importe que l'autre élément appartienne à la classe A ou B.

*
* *

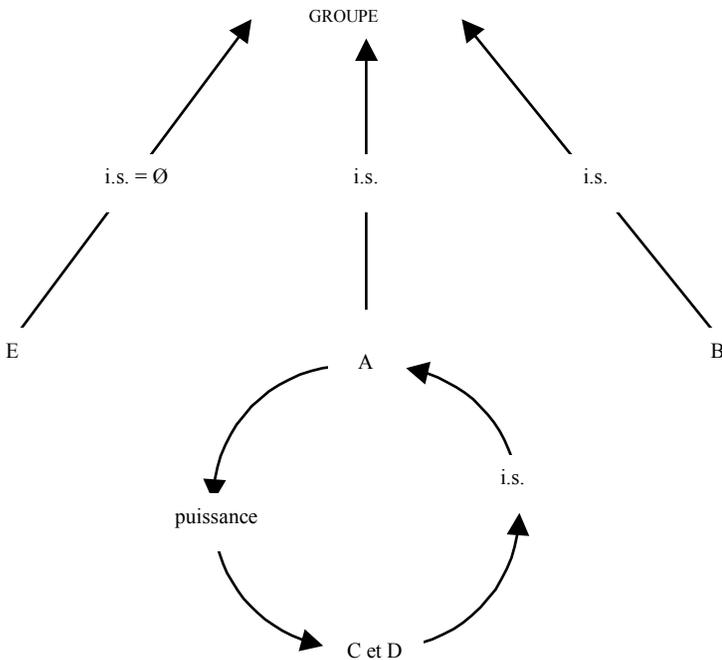
Le système institué par le Code Napoléon relativement aux « joueurs », c'est-à-dire aux personnes susceptibles de participer aux échanges juridiques, peut donc se résumer ainsi :



Deux remarques s'imposent :

1° Dans la relation de A vers D', il faudrait, à proprement parler, remplacer « puissance » par « assistance ». Mais, en réalité, il n'y a pas entre les deux termes, une différence de nature, telle que puissance ≠ assistance, mais une différence de degré, qui peut s'écrire puissance > assis-

tance. Si, en effet, le Code parle d'assistance, c'est seulement parce que le mineur émancipé n'est juridiquement plus « sous puissance ». Mais l'assistance est une fiction créée pour masquer une contradiction, contenue dans le fait que, bien que n'étant plus sous puissance, il lui faut néanmoins, pour certains actes, passer par l'intermédiaire d'un individu de la classe A, qui sera d'ailleurs souvent le même que celui qui détenait auparavant la puissance. L'assistance s'analyse donc comme une réelle puissance dans les cas où elle est requise. La situation du mineur émancipé est celle d'un schizophrène, partagé entre lui-même (D'') et un autre (D'). Dans ce dernier cas, il en revient au statut antérieur, et $D' = D$. Puisque, dans l'autre, son statut se ramenait à celui d'un individu de classe A ($D'' = A$ ou B), les deux hypothèses D' et D'' ne justifient pas qu'on les traite en classes *sui generis*. Et le schéma peut être ainsi simplifié :



2° On voit par ailleurs que l'intégration statutaire, si elle se fait, pour les classes A et B, par la seule adhésion au statut de ces classes, suppose en outre, pour les classes C et D, la puissance d'un individu de la classe A. L'intégration statutaire des individus des classes C et D et la puissance qu'ont sur eux les éléments de classe A, sont donc entre eux dans une relation d'implication converse telle que

$$\text{i.s. } C \text{ ou } D \leftrightarrow \text{puissance } A$$

En conclusion, on peut dire des joueurs des classes A et B qu'il leur suffit de s'asseoir à la table de jeu pour être admis à participer à la partie. Pour les joueurs des classes C et D, il faut deux chaises pour jouer un « coup » ; et l'une des deux doit être occupée par un personnage de la classe A, qui tient la main de son protégé. Remplies ces conditions, la partie peut être engagée. Encore faut-il que les joueurs effectuent des « mises ».

SECTION II

L'ENJEU

Cette boutade, que le Code civil serait fait pour un individu qui naîtrait enfant trouvé et mourrait célibataire, comportait une omission grave. En effet, entre le jour de sa naissance et celui de sa mort, ce personnage ne peut échapper aux règles posées par le Code pour les échanges – n'envisagerait-on que les actes accomplis quotidiennement –. Et s'il accepte de vivre, c'est-à-dire d'y participer, il lui faut des « choses » sur quoi exercer ses droits, faute de quoi sa vocation à être joueur demeurerait purement hypothétique. Ainsi sommes nous amenés à examiner quelles peuvent être, d'après le Code civil, les mises effectuées par les joueurs ; après quoi il conviendra de rechercher quelles attitudes chaque joueur peut adopter relativement à ces choses : leur *potentialité d'action*. Ces deux points résolus, nous pourrons mettre en relation plusieurs joueurs relativement à l'enjeu, mais nous, serons alors au cœur de *la partie en action*.

§ 1. – Les mises.

Les échanges juridiques peuvent – abstraitement – porter sur trois sortes d'objets, ; deux sont des données primaires : les personnes et les biens ; la troisième catégorie est une création ultérieure, et participe des unes et des autres : il s'agit des services. En ce qui concerne cette dernière classe, ce ne sont pas les personnes qui rendent les services, qui sont objet ; ils ne sont pas non plus à proprement parler des biens ; mais ils ne peuvent être envisagés comme biens qu'autant qu'ils nécessitent la prise en considération de la personne qui les effectue

A. – LES PERSONNES.

En tant que telles, les personnes ne figurent pas au Code civil comme objets de droits. On sait que, au contraire, Portalis, à la suite des jusnaturalistes rationalistes axiomatiques modernes, disait que le Droit était fait pour les personnes, et qu'il comprenait des règles concernant les personnes (en tant que sujets de droits), les biens (objets de droits) et les biens pour l'utilité commune des personnes (le Droit des « obligations »).

D'ailleurs, l'esclavage est aboli en France, à cette époque, et il serait fantaisiste de prétendre que le législateur de l'an XII ait voulu remettre en cause un principe essentiel de la *Déclaration des droits de l'homme*.

Et cependant, il est bien tentant de voir, sous nombre de dispositions, des restes d'une véritable réification de certaines personnes. Cette considération est encore plus flagrante si l'on situe le Code dans une perspective communicatoire. En effet, pour éviter à tout prix la rupture de la chaîne communicatoire, il faut assurer le renouvellement des individus de la classe A, ce qui entraîne une nécessaire possession de l'instrument de procréation : la femme-épouse-et-mère, et de son fruit, jusqu'à la période de son accession juridique à la vie adulte : l'enfant. Ce dernier, d'ailleurs, demeure pratiquement – dans la conception du Code – le bien du père jusqu'au décès de celui-ci. Dans cette réponse particulière que constitue le Code, au problème de l'*angoisse*, il est « moyen de survie ». Le classement du Droit des « successions » parmi les moyens d'acquérir la propriété, atteste ce rôle. Laisser un bien à sa descendance devient le but de la vie (40). L'enfant permet au père de surmonter sa propre peur de la mort ; à ce titre, le père fait sien l'enfant ; il se l'incorpore autant que possible à lui-même, tout comme il avait, de sa mère, fait sa « chose ». Ainsi peuvent en témoigner les règles concernant le nom. Il ne suffit pas de remarquer que l'adopté ajoute à son propre nom celui de l'adoptant (art. 347) ; non plus que le rôle important joué par le nom dans la possession d'état (art. 321). Mais observons l'usage juridique qu'ont les femmes mariées, au cas de prédécès du mari, d'incorporer « Veuve » à son nom propre ; et l'usage contraire qu'a le mari, en cas de divorce, d'interdire à l'ex-épouse de conserver son nom. Comme le dit bien M. Lévi-Strauss, à propos de la veuve, c'est parce que mon soi est défini par ma relation à un soi autre que mon identité n'est préservable, à la mort de cet autre, que par cette relation inchangée dans la forme, mais désormais affectée du signe négatif (41). La définition de la femme mariée *par rapport* à son mari est une manifestation de la domination que ce dernier exerce sur elle : étant donné les inconvénients pratiques auxquels cet usage mène (et que, depuis, certaines administrations ont bien compris, puisqu'elles ne connaissent que le nom-dit-de jeune-fille), il est difficile de prétendre que ce fut initialement un droit. Mais il est évident qu'avec la disparition, tout à fait consommée en 1804, de la domination objectuelle sur les personnes, avec l'affinement de la pensée juridique, et la distinction de la propriété (sur les choses) et de la puissance (sur les personnes), ces restes de réification des personnes ne peuvent plus être que l'objet d'une réflexion *a posteriori* sur les connotations des définitions inscrites au Code. De cette pensée sous-jacente, il ne manque pas de témoignages : « la femme,

(40) P. ex. MIOLLIS, cité par N. ARNAUD-DUC, 2, p. 207.

(41) LÉVI-STRAUSS, 4, p. 256.

les enfants, mineurs, les serviteurs », écrit par exemple Montlosier dans ses *Observations sur le projet de Code civil*, « n'ont point de propriété, car ils sont une propriété eux-mêmes : la femme parce qu'elle fait partie de l'homme, les enfants parce qu'ils en sont une émanation ; les serviteurs parce que simples instruments, leur temps, leur peine, leur industrie, tout appartient au maître » (42).

De l'individu en tant que « mise », il ne reste plus qu'une trace : la faculté qu'a le « joueur » de disposer de sa propre personne en vue de la lier à celle d'une autre dans le mariage. C'est, avec la contrainte par corps et les autres types de contrainte corporelle (« condamnation à la mort naturelle [sic] » [art. 23] ; détention de l'enfant [art. 375 et 9.] ; de la femme adultère [art. 298]), l'une des rares références à une obligation physique. Mais c'est la seule où la disposition sur la personne puisse être considérée au titre de *l'enjeu*.

B. – LES BIENS.

Les biens, par contre, constituent essentiellement les « mises ». « Tous les biens sont meubles ou immeubles », déclare le Code. Et l'on sait l'importance par lui accordée aux immeubles, de préférence aux meubles. Cette disproportion d'intérêt tient largement, on l'a dit souvent et souvent démontré, à la conjoncture économique : valeur supérieure des biens-fonds, jointe aux développements de la pensée économique des physiocrates. Sur ce point, il ne semble pas nécessaire de revenir (43).

Par contre, il est une manière de considérer cette distinction, qui se rattache à l'étymologie des termes « meuble » et « immeuble », et conduit à les examiner très pragmatiquement, par une appréhension *physique*. Il s'agit de constater que « la nature ineffaçable de l'immeuble est d'être une portion du territoire, ce qui le maintient constamment sous la vue et le contrôle du souverain territorial... impuissant à suivre le meuble » (44). Partant de cette considération, on ne peut s'empêcher de relier cette définition première de l'immeuble, à *l'insertion locale* dont nous avons vu, plus haut, qu'elle conditionnait l'adhésion de l'individu au groupe. « Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre », lit-on dans le Code civil (art. 528). Or nous savons quelle importance revêt, pour le groupe, la fixation des individus qui le composent. De celui qui est fixé sur sa terre, on ne peut craindre qu'il fasse – sans que le groupe, immédiatement averti, puisse efficacement réagir – un acte susceptible de rompre la chaîne communicatoire. Il y a implication réciproque entre l'insertion locale et l'immeuble, à tel point que l'on pourrait presque dire que ce que le groupe souhaite par-dessus

(42) MONTLOSIER, p. 73.

(43) Bibliographie dans O.D., pp. 287-292. Ajouter PETOT, 2 et 3 ; MONIER.

(44) CARBONNIER, 1, t. II, n° 17.

tout, de la part de ses membres, c'est qu'ils deviennent eux-mêmes des immeubles par destination, au même titre que les meubles « que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure » (art. 524), ou que « les statues destinées à des niches pratiquées exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration » (art. 525).

Dans cette perspective, il faut considérer comme meuble tout bien qui n'est pas en implication réciproque avec l'insertion locale. Ce n'est pas à dire qu'ils n'aient aucun lien avec elle : ils sont là pour permettre d'acquérir (ce qui peut s'analyser en argent, de la récolte aux biens mobiliers ; les matériaux de construction) (art. 520 ; 529 ; 530), ou de faire valoir (comme sont les meubles meublants) (art. 534) les immeubles. Et, dans ce dernier cas, il n'est pas rare qu'ils prennent eux-mêmes le statut d'immeubles (instruments de production notamment) (art. 522 ; 524).

Mais les meubles, ce sont aussi les biens qui risquent de rompre l'attache locale. Et il est assez remarquable de voir le législateur placer parmi les meubles tout ce qui flotte sur l'eau. Si le moulin fixe sur piliers est immeuble, le moulin sur bateau est meuble. C'est une résonance particulière de l'opposition fondamentale chez l'homme : terre (stabilité)/eau (mobilité) (45). Par toutes les conditions que suppose l'insertion locale : existence d'une terre, de conditions sociales et économiques favorables à l'épanouissement de l'individu dans ce lieu, on peut dire que c'est là un critère efficient de distinction entre les meubles et les immeubles.

C – LES SERVICES.

De l'emploi d'un tel mot, lié de si près de par son étymologie à la servitude, à tous ses degrés, de la domesticité à l'esclavage, il fallait s'attendre que le « Code de la liberté » se méfiât. Aussi un problème de terminologie se pose-t-il. Le terme « services » est utilisé par le législateur pour désigner le travail des gens de maison et des ouvriers, au titre de louage d'ouvrage et d'industrie (art. 1779). On le rencontre également comme synonyme de « servitudes », au sens de *services fonciers* (art. 637 sq.). Par contre, il est des cas de services qui ne sont pas visés sous cette dénomination, mais par l'expression *obligation de faire* ou *de ne pas faire* (art. 1142 sq.). En effet, « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire » (art. 1126). Or cette « chose », si elle s'analyse en un « bien », pour ce qui regarde l'obligation de *donner* (*dare* = transférer la propriété d'un corps certain) doit être ramenée à un « service » dans les deux autres cas. C'est ainsi par exemple que le contrat de travail est visé à la fois dans le louage d'ouvrage et d'industrie (expressément sous le titre de la *section*

(45) Restes de la symbolique des trois éléments naturels (LÉVI-STRAUSS, 4, p. 90), bien présents dans l'occupation en Droit romain (ARNAUD, 4).

première, qui précède l'art. 1780 : « Du louage des Domestiques et Ouvriers ») et à propos de l'obligation de faire ou de ne pas faire (46).

1° Travail et industrie.

Le Code joint les deux termes en une seule expression, au point que l'on peut se demander s'ils ne sont pas inséparables. C'est que le travailleur n'est considéré par le législateur de l'an XII que s'il est un « artisan ». Les règles du Code ont été dictées par la raisons et ne relèvent pas de l'observation : le législateur ne conçoit que des activités « dignes », comme il ne conçoit que des individus parfaitement « intégrés », en toute liberté, égalité et fraternité. Le domestique est celui qui exerce un art (celui qui consiste à s'occuper de la maison) au même titre que le voiturier (auquel on reconnaît l'art – combien difficile à l'époque – de transporter les marchandises par terre ou par eau), ou l'entrepreneur (le texte vise tout « ouvrage », mais son auteur pensait essentiellement aux bâtiments, puisque, sans transition, un article commence ainsi : « Si l'édifice construit... », le suivant : « lorsqu'un architecte ou un entrepreneur », qu'un troisième évoque le décès « de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur », et que d'autres concernent « les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvrier qui font directement des marchés à prix fait ») (art. 1787 ; 1792 ; 1793 ; 1795 ; 1798 ; 1799). L'entrepreneur est d'ailleurs l'artisan-type, et c'est pourquoi le Code ne cite point d'autre catégorie de services entrant dans le cadre du travail et de l'industrie : tous peuvent y être ramenés. Quant à la place à part faite aux domestiques et voituriers, elle s'explique, pour les seconds, en raison de la nature très particulière du service rendu ; pour les premiers, par le caractère non déterminé de l'entreprise. Les ouvriers sont aussi dans ce cas. Et le législateur de limiter de sa propre autorité et la durée de l'engagement (ce ne sera pas la durée de la vie) (art. 1780) et les prétentions éventuelles, le prix n'étant pas « fait » (le maître est cru sur parole) (art. 1781).

2° Faire ou ne pas faire.

Sous cette dénomination très lâche, le législateur englobe une série de cas indéterminés qui peuvent se présenter, où une action ou une abstention constitue l'enjeu des échanges juridiques. Il s'agit là, bien que le mot n'apparaisse pas, du « service »-type. Le joueur s'oblige par référence non à un bien mais à une activité positive ou négative de sa personne. C'est cette activité qui constitue la « mise » éventuelle. Et le service est à ce point ramené à un bien qu'il est prévu, en cas de non-exécution de l'obligation, qu'on ne pourra contraindre la personne à l'accomplir, et qu'elle se résoudra en dommages et intérêts (art. 1142).

À cette catégorie générale, il faut joindre un certain nombre de services à caractère particulier, visés au Code sous le titre des contrats. Il peut

(46) CARBONNIER, 1, t. II, n° 226.

s'agir de faits « purement volontaires de l'homme » (art. 1371 sq.), comme est la gestion d'affaire, et qui créent cet échange juridique de par leur accomplissement. Il peut également s'agir de services rendus soit à la demande de quelqu'un, soit par l'effet des circonstances : mandat, dépôt, séquestre (art. 1984 sq. ; 1917 sq. ; 1955 sq.). La « mise » effectuée par les personnes en relation n'est pas le bien, objet de la gestion d'affaires, du mandat, du dépôt ni du séquestre ; c'est le service rendu par celui qui s'occupe de ce bien. Il y avait d'ailleurs, dans l'esprit même du législateur de l'an XII, un germe d'assimilation des règles sur le dépôt, au louage d'ouvrage et d'industrie effectué par le voiturier (art. 1782).

3° Services fonciers.

Faut-il ramener les servitudes à des services (art. 637 sq.) ? Les servitudes sont essentiellement réelles, prédiales ; les services font intervenir la personne. Les servitudes n'établissent pas de prééminence entre les héritages. C'est le cas où jamais de parler de la « nature des choses », d'où dérivent des devoirs pour certains fonds, et des droits pour d'autres (art. 639). Mais s'il est vrai qu'une telle théorie témoigne d'un affinement de la science juridique, ce n'est que par l'usage d'une fiction. Qui serait dupe ? Le législateur lui-même, ayant posé le principe de *réalité* de la servitude, déclare « le propriétaire... ne peut », « celui qui... », « sauf le droit du propriétaire... », « tout propriétaire peut obliger son voisin... », etc. (art. 640 sq.). Certes, le caractère réel du service foncier signifie que tous les propriétaires, présents et à venir, du fonds jouissant ou grevé d'une servitude, pourront en profiter ou seront tenus de la respecter. Mais dans la partie quotidienne qui se joue entre deux voisins, dans un éventuel procès entre eux sur ce sujet, ce sont bien deux individus qui sont en présence, deux « joueurs » et non deux biens. Deux « joueurs », c'est-à-dire deux personnes liées par une obligation de faire ou de ne pas faire, dont l'objet est un passage, une clôture, une vue, une source, des eaux... À ce titre, le service foncier se ramène à un *service*. Le fait que « les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds » (art. 686), marque seulement la volonté des auteurs du Code civil d'écarter toute possibilité de servitude de la personne. Mais il s'agit là d'un registre différent du nôtre. Oui le servage est aboli, et, fictivement, l'on dira, en termes juridiques, que les éventuelles servitudes de propriétés sont établies entre fonds. Mais au niveau de la « règle du jeu », il faut bien évoquer la connotation des règles sur les servitudes prédiales, et les assumer comme des *services* pouvant constituer, pour les joueurs, de très valables « mises ».

§ 2. – Potentialité de jeu.

Il s'agit ici de la quantité de relation qui peut exister entre un « joueur » et sa « mise » : *Des Biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent*, titre le législateur avant l'article 537. Et de déclarer ensuite que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois ». Cette réserve doit être ramenée à ce que nous disions plus haut de l'ordre public. Le principe, quant à lui, demeure. Mais alors, pourquoi cet article, étant donné la présence, quelques lignes plus bas, de la fameuse définition de la propriété : « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » (art. 544) ? Il faut bien constater le parallélisme entre ces deux textes :

| | | |
|---|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. les particuliers 2. ont la libre disposition des biens 3. qui leur appartiennent 4. sous les modifications... | | <ol style="list-style-type: none"> 2. le droit de jouir et de disposer des choses 1. la propriété est 3. pourvu qu'on n'en fasse pas... |
|---|--|--|

Le premier est un texte d'action ; le second, de théorie juridique. Le premier établit une règle ; le second, une définition. Mais ce ne sont là que les deux aspects, actif et passif, d'une même relation de la personne à l'objet. Pour cette raison, les écoles qui ont pu voir dans l'article 544 le fondement de théories fonctionnalistes, outre le fait que l'égalité *propriété = droit subjectif* ne pouvait les y autoriser, ne pouvaient pas même prétendre le faire en vertu des termes de l'article 537 (47).

Non point qu'il faille ramener un article à l'autre, et conclure au pléonasme. La simple exégèse montrerait déjà que le premier texte cherche à délimiter les pouvoirs de celui qui possède un bien privé, de celui qui détient un bien public. Mais, en réalité, ce qui pourrait apparaître comme une redondance n'en n'est nullement une en logique. L'ensemble des textes concernant les biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent, s'articule autour de cinq articles :

1° Article 537 : la libre disposition.

Le législateur pose le principe de la libre disposition qu'ont les particuliers sur les biens qui leur appartiennent ; il les oppose aux biens qui n'appartiennent pas à des particuliers, lesquels ne peuvent être gérés et aliénés que dans certaines formes.

(47) CARBONNIER, 1, t. II, n° 28, et *id.*, 2, pp. 151 et s.

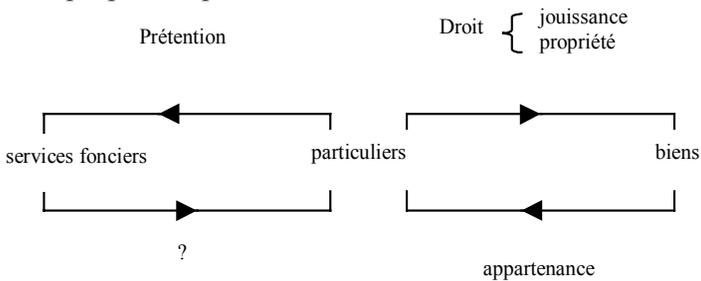
La libre disposition ne comporte donc pas seulement le pouvoir d'aliénation (48), mais aussi celui d'administration.

De plus, il y a une implication réciproque entre l'appartenance et la libre disposition. On peut noter également que l'étendue de cette dernière est fonction de l'importance de l'appartenance, qui reste à définir. Cet article établit une relation spéciale entre les particuliers et les biens. Mais la qualité de cette relation n'est pas encore précisée. Ce sera l'objet des articles suivants.

2° Article 543 : les droits sur les choses.

Le caractère anodin de cet article peut tromper : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre » Simple transition ? Ce serait trop facile. Et se trouve-t-on dans un traité didactique ou dans un Code impératif ?

Cet article ajoute à l'article précédent. On sait qu'il faudra introduire une distinction. Il y a tout d'abord les biens, liés aux particuliers par une relation d'appartenance, et par rapport auxquels les détenteurs exercent leur libre disposition par un droit. Ce sera la propriété, ou la jouissance. Il y a, par ailleurs, les services fonciers, sur lesquels la libre disposition ne s'exercera que par une prétention.



Nous noterons au passage :

1° que le législateur, au regard de la potentialité de jeu, englobe les services sous la dénomination « biens »;

2° que *dare* est à *faire-ne pas faire*, ce que les biens sont aux services ;

3° que, le premier terme de l'implication réciproque suggérée par la mise en relation des particuliers avec les services fonciers étant la « prétention », il importe d'en qualifier le second terme. La définition de l'usufruit, jointe à celle de la servitude, permet de le faire.

(48) *Contra* : CARBONNIER, 1, t. II, n° 25.

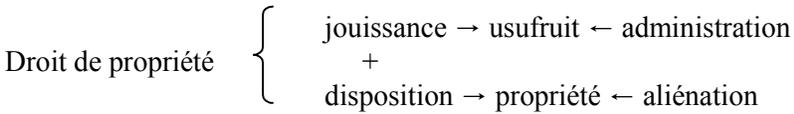
3° Articles 578 + 637 : l'usufruit et les servitudes.

« L'usufruit (usage + fruits) est le droit de jouir des choses... » ; « une servitude est une charge imposée à un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ».

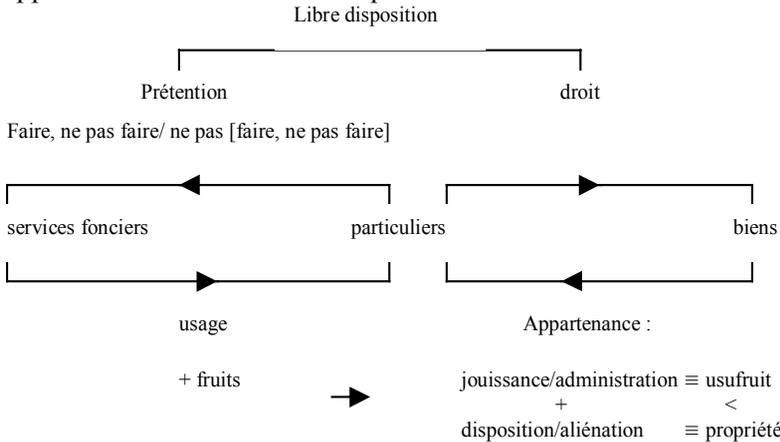
Le deuxième terme de ladite implication est constitué par l'usage, commun dénominateur des deux définitions. Et nous pouvons noter au passage que le législateur n'a nullement « oublié » de mentionner l'*usus* dans la définition de la propriété (49). L'*usus* est compris effectivement dans la jouissance.

4° Articles 537 + 544 + 578 : la propriété.

Enfin, la combinaison des articles 537, 544 et 578 nous permet de préciser la teneur du droit de propriété par rapport à l'usufruit :



En résumé, cette série de textes permet d'écrire ainsi les possibilités de rapports entre les biens et ceux qui les détiennent :



Or, pour qu'il y ait propriété, il suffit qu'il y ait rapport du bien à celui à qui il appartient : la propriété, c'est le rapport le plus simple de l'individu à la chose. Tous les autres rapports en sont des détachements, donc des affinements juridiques. Si, par exemple, l'usufruit en est déta-

(49) M. CARBONNIER présentait cela lorsqu'il écrivait que « l'*usus* a été omis par l'a. 544 (peut-être parce qu'il a semblé virtuellement contenu dans *jouir*) ». Cf. CARBONNIER, 1, t. II, n° 25.

ché, il y a intervention d'un tiers, qui en devient le bénéficiaire ; il y a également interposition d'un tiers dans le cas de services fonciers. Dans la première hypothèse, le rapport est discret, dans les deux autres, il est dense. La conséquence est que, dans l'exercice du droit de propriété, il n'y aura jamais d'intermédiaire entre le propriétaire et sa chose ; s'il y en avait un, il agirait toujours au nom du propriétaire. Dans les autres cas, il n'en est pas ainsi, et il y a alors rapport non plus entre une chose et son maître, mais entre deux individus, à propos d'un bien : objet du chapitre suivant.

CHAPITRE DEUXIÈME

LA PARTIE EN ACTION

Jean Ray avait noté très justement que l'originalité des modales juridiques résidait dans le fait qu'elles sont orientées vers l'action (1). Remarque essentielle dans la mesure où c'est le jeu en action qui est structuré, et non le jeu en position. Dans cette perspective, il n'est plus utile de faire grief au Code Napoléon d'avoir traité toutes ensemble « les différentes manières dont on acquiert la propriété » (2), sans avoir fait des obligations un livre entier à soi seul. La démarche quasi générale dans l'étude du Code civil consiste, en effet, aujourd'hui, à privilégier la théorie des obligations, laissant de côté les autres matières de ce livre, comme relevant davantage de la technique. Tandis que celle des obligations se prête à la spéculation et invite à des recherches permanentes dans un but d'affinement du Droit, les autres – il est éloquent de les voir groupées au programme des dernières années de licence – constitueraient l'un des derniers refuges de l'esprit labyrinthe des juristes traditionnels. En réalité, si le législateur de l'an XII a placé sous le même titre les successions, les donations et testaments, les obligations sous tous leurs aspects, les sûretés, les contrats de mariage et les contrats dits « spéciaux », il ne faut pas l'accuser pour autant d'avoir « mêlé » des matières apparemment si étrangères les unes aux autres. Ce serait là tenir un raisonnement anachronique, relevant de la conception actuelle que se font les juristes de ces divers domaines de réglementation, et certainement une marque de l'influence du Droit comparé, de l'admiration portée par notre doctrine juridique aux législateurs voisins qui ont, pour leurs propres besoins, élaboré des codes des obligations.

À vrai dire, ces matières ont été réunies parce qu'elles représentent des moyens divers de mettre en relation plusieurs participant à la partie

(1) J. RAY, 1, p. 60.

(2) C'est le titre du livre III.

qui se joue. Après l'examen des termes (personnes-biens), vient celui des relations possibles entre ces termes. S'il fallait, dans une perspective communicatoire, opérer une redistribution des matières à l'intérieur de ce livre, ce serait plutôt en vertu de la fonction propre des diverses institutions qui en font l'objet. Certaines, en effet, ont une vertu positive, assurant très directement le déroulement de la partie, tandis que d'autres tendent à éviter la rupture de la chaîne communicatoire. Nous considérerons ces dernières comme des *gages* de bon fonctionnement, que nous grouperons afin d'en étudier ultérieurement le rôle, ne retenant ici que les premières.

Une telle attitude permet d'écarter dès l'abord un certain nombre de critiques concernant la place à laquelle sont traitées ces différentes matières à l'intérieur même du L. III. On ne manquera pas d'évoquer, tout d'abord, les articles par lesquels commence ce troisième livre, et qui concernent des cas d'accession, d'occupation, d'invention d'un trésor... (art. 712 et s.). Où est le lien entre les joueurs ? – C'est tout simplement que l'un des joueurs est absent, qu'il n'est pas nommé, qu'il ne répond pas à l'appel. L'autre relève alors cette défaillance. Hypothèses que le législateur lui-même ne cite d'ailleurs qu'en passant, rejette en tête du Livre comme pour s'en débarrasser, vu leur peu d'importance au regard du Droit civil, c'est-à-dire des relations entre particuliers.

On ne manquera pas d'opposer, non plus, la présence, dans ce Livre, de ce que l'on désigne globalement sous le vocable de « sûretés », des prescriptions... N'y a-t-il pas là, moins peut-être que des modes d'acquisition de la propriété, des moyens de pression sur les débiteurs d'obligations ? Dans la perspective communicatoire où nous sommes placés, nous les considérerons comme des *gages*, dont le rôle est d'éviter une interruption de la partie, et en traiterons plus loin.

On arguera alors de la présence du titre « des successions » (art. 718 et s.) : peut-on parler de partie en action lorsqu'un joueur se trouve en face d'un mort ? Évidemment oui, mais d'une manière particulière, dans la mesure où la réglementation de cette matière vise la reprise en main des enjeux du *de cuius*, de la place laissée vacante par le joueur décédé. La réglementation des successions vise à éviter au mieux la rupture de la chaîne communicatoire ; et c'est ailleurs, également, que nous aurons, ainsi, à en discuter.

Quant à la « partie » elle-même, elle commence à se jouer réellement avec les donations et les obligations. Mais ici encore, des précisions s'imposent, qui doivent chasser l'équivoque. Si la matière des donations a été placée hors la théorie générale des obligations, c'est moins pour l'en exclure que pour des motifs très divers. Le principal vient probablement du fait que le Code Napoléon est la réunion de plusieurs lois votées indépendamment. Or, dans le « découpage » des matières civiles en lois soumises à discussion, « les donations entre vifs et les testaments firent l'objet d'un

examen distinct à la fois des successions et des obligations conventionnelles. Par ailleurs, ce qui intéressait le législateur était davantage de régler les testaments (donation à cause de mort = 108 articles) que de disposer sur les donations entre vifs (56 articles) (3). Ainsi comprend-on que cette place (entre les successions et les contrats) se soit pratiquement imposée au législateur napoléonien.

De plus, c'est à la doctrine moderne qu'il faut reconnaître d'avoir longuement disserté sur la nature de la donation (art. 894). Maleville notait ceci : « Quant à la définition même de la donation, on remplaça le mot *contrat* dont la section de législation s'était servie, par celui *acte*, qui est plus propre à une espèce où le donateur s'oblige plus particulièrement, et on ajoute l'acceptation du donataire, qu'on avait d'abord oubliée » (4). S'en tenir là ne nous autoriserait nullement à réintégrer la donation dans une théorie de l'échange. Mais Maleville lui-même ajoutait immédiatement : « Il avait fallu aussi, je crois, insérer dans la définition l'expression *gratuitement*, qui fait la différence principale entre la donation et les autres contrats par lesquels on cède aussi la propriété actuelle et irrévocable d'une chose. » Cette référence à la *gratuité* et aux *contrats* nous ramène au domaine des obligations. Or, M. Carbonnier écrivait récemment à ce propos : « le droit romain, affirmaient certains dogmatiques, surtout le droit romain des obligations, a la perpétuité des théorèmes de géométrie, parce qu'il a le même caractère rationnel. La géométrie ne varie pas, le droit des obligations ne peut davantage se transformer, car le droit romain a donné une fois pour toutes, la géométrie euclidienne des obligations » (5). Il est fort à propos d'évoquer ici le Droit romain. En effet, les rédacteurs du Code civil ont plaqué, sur une théorie construite par les romanistes modernes à partir des textes romains, le principe d'autonomie de la volonté. Cela explique la coexistence d'un plan quadripartite fondé sur la distinction des contrats, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits, et d'une théorie générale des obligations. Cela explique le caractère spécifique que M. Carbonnier attribue à l'acte juridique, de joindre l'uniformité à la diversité : uniformité, puisqu'ils relèvent tous d'un même moteur, « la volonté humaine, libérée par le principe de l'*auto-*

(3) Sans compter les articles concernant les unes et les autres.

(4) MALEVILLE, t. II, p. 359 (sous art. 894).

(5) CARBONNIER, 2. p. 6. Qu'on veuille bien considérer l'adoption d'un plan fondé sur l'analyse de M. le Doyen Carbonnier comme un hommage tout particulier rendu à l'un des plus grands de nos civilistes qui, joignant à l'extrême l'esprit de finesse à celui de géométrie (voyez la connotation volontairement jansénisante du propos), construit une œuvre où les chercheurs, enfin formés au style d'analyse en cours d'élaboration, trouveront tous les éléments scientifiques d'une explication de notre Droit, d'où naîtra peut être la découverte des moyens d'en sortir ; qui, enfin, dans cette perspective, suggère par de constantes notes, incises, parenthèses, évocations, une remise en question permanente des acquis. D'où, largement, est issue la présente recherche.

nomie de la volonté (6) ; diversité, en ce qu'il peut être effectué une classification en actes unilatéraux et bilatéraux, et, parmi ces derniers, en conventions et contrats, lesquels peuvent être, à leur tour, synallagmatiques ou unilatéraux, gratuits ou à titre onéreux, commutatifs ou aléatoires. Or, on peut se demander s'il en est bien ainsi. Le principe d'autonomie de la volonté agit-il comme élément unificateur, ou, au contraire, diversifiant ? Que la simple volonté fasse naître l'obligation n'engendre-t-il pas une variété infinie de conventions ? Au contraire, au niveau typologique, la reconnaissance de quelques traits spécifiques ne restreint-elle pas cette apparente diversité ? En d'autres termes, le Code civil, richement cumulateur en ce domaine, par la superposition d'un principe « moderne » à une classification hautement traditionnelle, n'annonce-t-il pas du même coup le dépassement de la géométrie euclidienne des obligations ?

On sait – Bachelard l'a montré – comment David Hilbert entrevit la possibilité pour la logique de s'accommoder d'un développement non euclidien prolongé. On sait aussi comment, après les mises en doute formulées par Lobatchevski, l'application de la relativité générale ayant montré qu'à très grande échelle, la géométrie euclidienne n'était plus uniquement valable, il devint nécessaire de se référer à celle de Riemann. Partant de cette constatation, et pour tenter de trouver l'organisation logique de la théorie des obligations inscrite au Code, nous entreprendrons tout d'abord une recherche de structure.

SECTION I

RECHERCHE DE STRUCTURE

Le Code Napoléon traite successivement, dans le Livre III :

- T. I, des Successions ;
- T. II, des Donations entre-vifs et des Testaments ;
- T. III, des Contrats ou obligations conventionnelles en général ;
 - Ch. I^{er}. Dispositions préliminaires (art. 1101-1101) ;
 - Ch. II. Des conditions essentielles pour la validité des conventions :
 - S. I. Du consentement (art. 1108-1122) ;
 - S. II. De la capacité des parties contractantes (art. 1123-1125) ;
 - S. III. De l'objet et de la matière des contrats (art. 1126-1130) ;
 - S. IV. De la cause (art. 1131-1133) ;
 - Ch. III. De l'effet des obligations (art. 1134-1167) ;
 - Ch. IV. Des diverses espèces d'obligations (art. 1168-1233) ;
 - Ch. V. De l'extinction des obligations (art. 1234-1314) ;
 - Ch. VI. De la preuve des obligations, et de celle du paiement (art. 1315-1369) ;

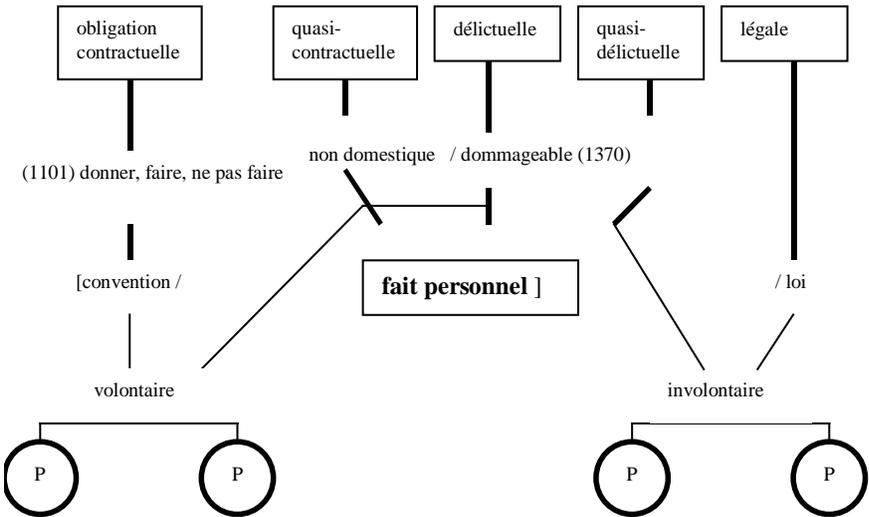
(6) CARBONNIER, I, t. II, n° 89. Cf. O.D., pp. 197 et s.

- T. IV, des engagements qui se forment sans convention :
 — Ch. I^{er}. Des quasi contrats (art. 1370-1381) ;
 — Ch. II. Des délits et des quasi délits (art. 1382-1386) ;
- T. V, du Contrat de mariage et des Droits respectifs des Époux (art. 1387-1581) ;
- T. VI, de la Vente (art. 1582 et s.) ;
- T. VII, de l'Échange (art. 1702 et s.) ;
- T. VIII, du Contrat de louage (art. 1708 et s.) ;
- T. IX, du Contrat de Société (art. 1832 et s.) ;
- T. X, du Prêt (art. 1874 et s.) ;
- T. XI, du Dépôt et du Séquestre (art. 1915 et s.) ;
- T. XII, des Contrats aléatoires (art. 1964 et s.) ;
- T. XIII, du Mandat (art. 1984 et s.) ;
- T. XIV, du Cautionnement (art. 2011 et s.) ;
- T. XV, des Transactions (art. 2044 et s.) ;
- T. XVI, de la Contrainte par Corps en matière civile (art. 2059 et s.) ;
- T. XVII, du Nantissement (art. 2071 et s.) ;
- T. XVIII, des Privilèges et Hypothèques (art. 2092 et s.) ;
- T. XIX, de l'Expropriation forcée et des ordres entre les Créanciers (art. 2204 et s.) ;
- T. XX, de la Prescription (art. 2219 et s.).

La doctrine actuelle classe pour sa part les obligations selon deux critères (7). Considérées d'après leur objet, elles se distinguent en obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Ces trois catégories pourraient même se ramener à une seule : « faire ». Nous avons déjà proposé une manière de voir sensiblement différente, dans la mesure où nous remarquons que les trois termes correspondaient à des démarches très voisines, mais sur des objets différents : biens (*dare*), services (faire – ne pas faire). L'autre critère utilise les cinq sources des obligations, ainsi classées en contractuelles, quasi contractuelles, délictuelles, quasi délictuelles, et légales. M. Carbonnier a montré que ces classes pouvaient être réduites à deux, selon le couple d'opposition licite/illicite. Mais nous savons qu'en réalité, les dispositions du Code Napoléon sont restrictives de leur essence ; que l'indication de l'illicite y est la règle, comme invitation à ne pas passer le seuil d'exclusion du groupe ; que le licite n'est qu'un aspect de ce type de règle, comme exemple de ce qui permet de ne pas atteindre au seuil d'exclusion. Ces classifications correspondent, à vrai dire, à des catégories traditionnelles qui ne rendent pas compte des rapports entre joueurs au regard du but communicatoire qui est de l'essence des obligations ; mieux : ces catégories ne s'imposent que dans une perspective très précise, celle que M. Carbonnier définissait sous l'expression de « géométrie euclidienne des obligations ».

(7) CARBONNIER, 1, t. II, n^{os} 87 et s.

S'il est une véritable géométrie euclidienne des obligations, il faut en chercher les théorèmes. Et on les découvre effectivement à la lecture de quelques articles-clés : 1101 et 1370 notamment. Soient deux personnes (ou deux groupes de personnes) **P** en rapport. Pour savoir quelle obligation naît, il faut savoir comment elle naît entre elles. À cet effet, plusieurs niveaux d'intervention doivent être distingués : intervention de la volonté, de l'action, des suites.



Chacun de ces niveaux peut être l'objet d'une réduction en un couple d'oppositions :

- (a) intervention de la volonté..... volontaire/involontaire
- (b) action..... loi (subie)/acte (accompli)
- |
- convention/fait personnel
- (c) suites..... dommageables/non dommageables

L'opposition (a) montre que le principe d'autonomie de la volonté est limité à certains types d'obligations seulement, puisque la loi ou des faits involontaires peuvent en être la source. Mais que des faits puissent être pris en considération montre que, plus que le consensualisme, le rattachement à un statut légal, l'action ou l'abstention sont le véritable moteur des obligations (b). Enfin, les suites doivent normalement profiter à tous les joueurs en présence. Que si tels rapports devaient être dommageables pour l'un deux, il faudrait faire intervenir une sorte de différentiel susceptible de rétablir la partie dont la bonne marche est ainsi menacée (c).

Ce sera le rôle de ce que nous entendons aujourd'hui par « responsabilité » ; la fonction propre des institutions qui s'y rattachent fait que nous en remettrons l'examen à plus tard, les considérant comme des gages.

Il reste donc à examiner ici les modes d'acquisition de la propriété par action directe des intéressés dans la partie qui se joue. La matière est principalement constituée, on le sent, par les contrats et les quasi-contrats. Or, il est une distinction, concernant les premiers – mais que l'on peut étendre aux autres – qui n'est généralement pas mise en valeur : celle qui range les contrats en *nommés* et *innommés* (art. 1107). On sait que, formaliste par essence, le Droit romain reconnaissait l'existence de quelques contrats dits « nommés » ; que peu à peu, il admit la sanction de certains autres, qui n'étaient pas nommés par le Droit civil. On les appela « innommés ». Avec l'introduction du principe d'autonomie de la volonté, ce furent les contrats innommés qui devinrent la règle. Mais les rédacteurs du Code Napoléon trouvèrent bon de régler quelques contrats très courants ou très difficiles. Dans une perspective communicatoire, nous étendrons les qualificatifs « nommé » et « innommé » aux relations entre joueurs.

Partant des définitions inscrites au Livre III du Code, et concernant les différentes manières nommées d'acquérir la propriété, dans la mesure où elles apparaissent comme des « coups » dans la partie en action, et non comme des gages, nous tenterons d'en redécouvrir la géométrie euclidienne.

§ 1. – Analyse.

Soient deux joueurs **P** en relation, dont l'un peut d'ailleurs être la collectivité. Selon les théories de l'accession et de l'occupation (art. 712 et 9.), l'un des deux reçoit un bien qui lui est donné par un partenaire **P?**. **P?** et **P** sont dans une relation antisymétrique au sens strict. De ces hypothèses, il faut rapprocher celle de la prescription : le temps remplace le lieu, l'histoire joue ici le rôle dévolu, là, à la géographie (art. 2219 et s.).

Le cas de l'invention (trouvaille) est voisin, puisque la relation est non pas triangulaire comme on pourrait le penser (**P?** + **P** découvreur + **P** propriétaire du sol où le trésor a été découvert) mais binaire, ramenant ainsi ce cas à l'hypothèse précédente, car c'est la répartition du bien trouvé, et non pas la nature de la relation, qui change. **P** découvreur et **P** propriétaire sont chacun en particulier dans le même type de relation avec **P?**.

Des successions, nous avons déjà trouvé la fonction. En tant que remplacement d'un joueur défaillant, c'est le caractère de transitivité de la relation qui domine. **P_t**, *de cuius*, était dans une relation « xy » avec un personnage **P₂**. **P₁**, héritier, vient de relever l'enjeu. À ce titre, c'est au chapitre des gages que nous en traiterons. Par contre, entre **P_t** et **P₁**, la

relation se caractérise par une symétrie évoquée dans le couple dation/acceptation (8).

C'est une symétrie doublement imparfaite en ce que :

1° nous n'avons pas un couple dation/dation ;

2° l'acceptation est un acte de pure volonté, sans aucune valeur économique directe, alors que la dation suppose l'une et l'autre. Mais l'acceptation doit s'analyser en une obligation de faire, c'est-à-dire, ici, de recevoir la succession, avec, éventuellement, les charges dont elle pourrait être grevée.

Ce même schéma rend exactement compte de la relation existant entre le donateur ou testateur et celui qui bénéficie de la dation (art. 893 et s.). Mais dans le cas de don ou legs, il n'y a pas de relation de transitivité. L'institution n'a donc rien d'un *gage*. Au contraire, nous sommes dans le domaine des contrats. Et l'on songe inévitablement ici à la magistrale démonstration de Marcel Mauss et aux développements de Davy (9). Mais le discours du Code Napoléon ne nous permet pas d'évoquer cet aspect du don.

Notons que la substitution fidéicommissaire (art 898), seule substitution autorisée, fonctionne en quelque sorte selon le schéma où l'on voyait, à propos des successions, l'héritier venir relever la place du *de cuius*. Seulement, ici, c'est le bénéficiaire qui est relevé. Mais nous sommes dans un cas de transitivité, qui situe par conséquent la matière parmi les *gages*.

Passons au premier contrat nommé comme tel : la vente (art. 1582) ; le Code la définit comme « une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ». Ce que nous traduisons : il existe entre deux joueurs P_1 et P_2 une relation symétrique. De P_1 vers P_2 , est effectuée une dation (livrer) ; dans le sens inverse, à lieu une autre dation (payer). Précisons que nous rattachons ici dation à *dare*, que le Code traduit par donner – au sens de transférer la propriété –, et qu'il convient d'opposer, comme visant des *biens*, à « faire » et « ne pas faire », que nous avons analysé plus haut comme représentant des prestations de services. La vente est donc constituée par la succession de deux dations effectuées en sens inverse. Mais ces deux dations sont distinctes à un double point de vue.

Distinctes tout d'abord en ce qu'elles sont successives. Et l'on rejoint ici la thèse soutenue par Marcel Mauss. Mais aussi parce qu'elles sont constituées par des objets différents : dans un sens et toujours en premier lieu, c'est un bien qui est livré de joueur à joueur ; dans l'autre sens et

(8) « Dation » sera pris souvent dans son sens large, et non au sens juridique strict de « transfert de propriété », qu'il pourra cependant parfois recouvrir.

(9) MAUSS, *Essai sur le don* (1924) ; DAVY, 1 ; C ; aussi CARBONNIER, 2, p. 182, et *infra*, s. II, § 1.

toujours consécutivement au premier acte, la dation consiste en la remise d'une somme d'argent.

La vente se caractérise donc par une symétrie imparfaite, en ce qu'à la tradition d'une chose, elle fait correspondre le paiement d'une somme d'argent.

Par contre, l'échange représente le type même de la relation symétrique parfaite (art. 1702). En effet, « l'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ». Dans un graphe sagittal, nous aurions un schéma identique au précédent, comportant deux dations, de P_1 vers P_2 et de P_2 vers P_1 . Dans les deux sens, il y a dation. Et il s'agit de deux dations distinctes, la deuxième dation (ou contre-prestation) étant toujours consécutive à la première. mais la différence avec la vente réside dans le caractère parfait de la symétrie : chaque dation a pour objet un bien. Alors naît un problème : la relation considérée entre P_1 et P_2 ne peut être vide de sens. Pour qu'il en soit ainsi, il faut, ou que le bien circulant de P_1 vers P_2 ne soit pas celui qui reviendra de P_2 vers P_1 , ou qu'entre-temps, il se soit passé quelque chose à propos de ce bien, qui l'enrichisse ou qui en diminue la valeur, ou qui ait fait que la relation de P_1 à ce bien ait été changée quelque temps. sans quoi la relation entre P_1 et P_2 serait fonctionnellement non signifiante, et le bon déroulement du jeu serait troublé. En ce qui concerne plus proprement le contrat d'échange, la pertinence naît de l'existence d'un couple d'opposition au niveau de la qualité des objets échangés : un/un autre. P_1 remet un bien à P_2 qui lui en remet *un autre*.

Et c'est ce qui permettra de distinguer l'échange du contrat de « louage de Choses » (art.1709). Par ce dernier, « l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps. et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». Tandis (que la relation de P_1 vers P_2 consiste en une obligation de « faire jouir », celle de P_2 vers P_1 comprend le paiement d'un prix et la restitution du bien moyennant la jouissance continue de ce bien durant le temps de la location.

« Faire jouir » et « rendre » s'analysent *a priori* en *dare*. En ce sens, nous nous trouvons encore dans un cas de symétrie. Comme dans le contrat de vente, il s'agit d'une symétrie imparfaite, Mais à la différence de l'objet vendu, celui du louage de choses Consiste dans la seule jouissance de la chose ou, plus exactement, dans une certaine jouissance de la chose. La contre-prestation consistera en une double dation : restitution de *la* chose (différence avec l'échange : *une autre* chose) diminuée d'une certaine jouissance (usage), et remise d'un prix. Mais lorsqu'on se demande à quoi correspond le prix, on doit relever l'implication directe qui figure dans la définition de l'article 1709 :

| | | |
|-------------------------------------|----------------|--------------|
| faire jouir + Chose + certain temps | moyennant → | certain prix |
|-------------------------------------|----------------|--------------|

L'opération du louage de Choses s'écrit alors :

dare la Chose \rightarrow dare la chose – usage + prix

et se réduit à : prix \leftarrow usage.

Cela ne signifie pas qu'au niveau de l'action, tes joueurs puissent se passer d'effectuer la dation, puisque l'usage ne peut être effectué par P_2 qu'autant que la chose sur laquelle porte cet usage lui aura été remise. Mais au stade le plus irréductible, l'opération s'analyse en une rémunération de l'usage. Cela ne signifie pas non plus qu'il y ait nécessairement *égalité*, que le prix corresponde exactement à la valeur d'usage. C'est une question qui relève de l'économie, non de l'analyse logique. Mais ce qui est important, c'est qu'un tel type d'analyse montre qu'il ne faut pas considérer le louage de choses comme une dation symétrique : la prestation consiste en un usage : « faire jouir », obligation de faire, c'est-à-dire « service ». La contreprestation est la dation d'une somme d'argent. La relation est symétrique, mais d'une symétrie imparfaite.

Ce type d'analyse réduit la différence qui existe entre le louage de choses et le louage d'ouvrage (art. 1710). Dans ce dernier contrat, en effet, « l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». La relation de P_1 vers P_2 consiste donc en une obligation de *faire*, celle de P_2 vers P_1 s'analysant en « payer ». Notons la symétrie imparfaite, puisqu'à un service correspond une dation en argent. La différence entre le louage d'ouvrage et le louage de choses n'est pas réduite à néant, en ce que dans ce dernier, il y a une dation réciproque qui ne peut être annulée. Mais cette analyse a le mérite de vérifier que l'essence du louage, quel que soit son objet, consiste en une double prestation, qui fait, à un *service*, succéder une dation.

Avec le contrat de société, il semble que nous sortions du type symétrique (art. 1832). En effet, le Code le définit ainsi : « deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelques chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

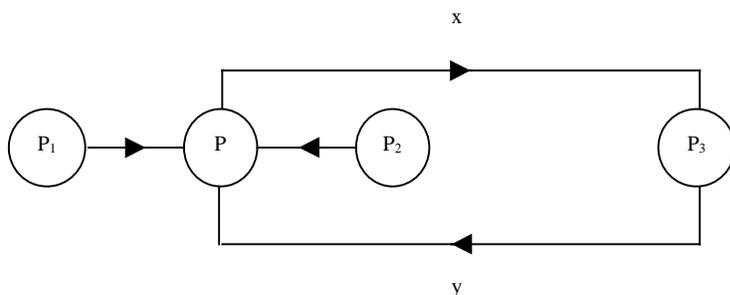
Plusieurs niveaux doivent être ici distingués :

1° Il y a d'abord une relation entre deux (ou plusieurs) joueurs, P_1 et P_2 par exemple. Mais à la différence des observations que nous avons pu faire jusqu'ici, cette relation ne s'effectue pas en deux opérations successives : il y a « mise en commun de quelque chose » simultanée. Il faut donc faire intervenir une entité P , la société, destinataire de *chaque* dation. Faut-il en déduire qu'il y ait symétrie dans la relation entre P_1 et P_2 ? Non point. La symétrie naît d'une deuxième opération, impliquée par la définition du contrat.

2° Ultérieurement, en effet, doit avoir lieu le partage des bénéfices, qui est également simultané. Cette fois, la double dation s'effectue en sens inverse, de P vers P_1 et vers P_2 .

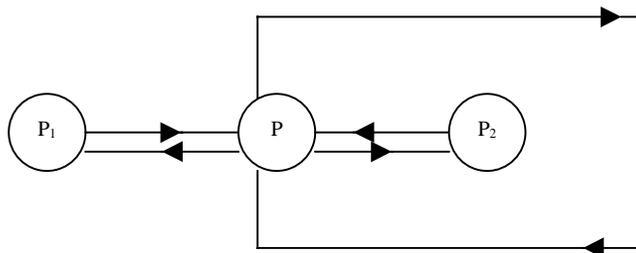
Plusieurs conclusions s'imposent :

a) La différence entre les dations initiales et les dations ultérieures réside dans le couple d'opposition « quelque chose/bénéfice », dont la réduction implique l'existence d'un troisième niveau. Ce n'est, en effet, qu'avec l'intervention d'une tierce relation, extérieure à la fois à P_1 et à P_2 , que peut être expliqué le passage de la chose au bénéfice :



Cette relation x y est nécessairement une relation symétrique, puisque son produit doit être bénéficiaire.

b) Chaque dation initiale a pour symétrique une dation consécutive :

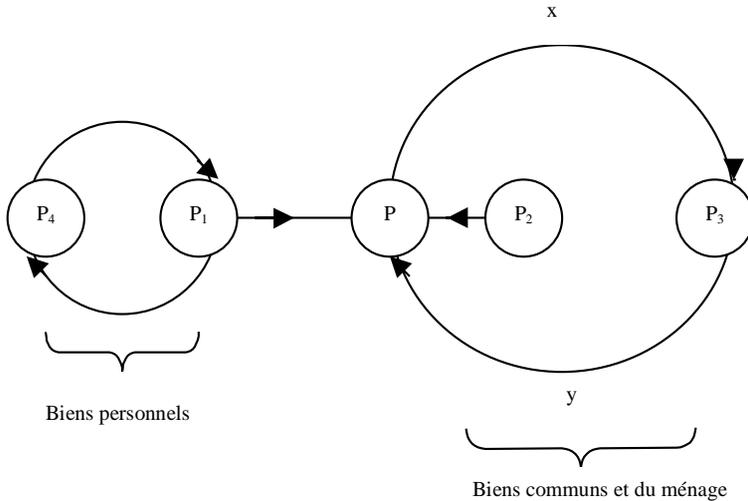


Économiquement, à la dation initiale correspond une dation dont la valeur peut être positive (bénéfices) ou négative (pertes).

c) La relation de chaque associé par rapport à l'autre est donc à la fois réflexive et symétrique : réflexive en ce que le schéma ci-dessus ne tient pas compte de l'autre associé ; symétrique, puisque l'on ne peut faire abstraction des obligations réciproques dont sont tenus les associés les uns envers les autres. Au titre de la réflexivité, l'union des joueurs apparaît comme un *gage*, c'est-à-dire comme un moyen d'assurer une meilleure réalisation de l'action projetée dans la partie qui se joue. Le contrat de société se caractérise donc par une double relation réflexive qui ne prend de sens qu'autant qu'elle introduit à une relation symétrique avec un tiers.

Type particulier de société, l'« association conjugale... quant aux biens » (art. 1387) est un contrat multiple et complexe dans sa nature. Considérons les rapports entre les futurs époux au moment de la convention. Nous y discernerons plusieurs types de relations possibles, parfois concomitantes, parfois isolées, selon le type de régime matrimonial choisi :

- 1° une relation symétrique, toujours présente, qui s'établit au moment où chaque époux accepte les conditions du régime ;
- 2° une relation éventuelle donation/acceptation, également symétrique ;
- 3° s'il reste des biens personnels, une relation réflexive concernant chaque époux individuellement ;
- 4° s'agissant des relations avec les tiers, il faut distinguer deux hypothèses, inscrites dans le graphe suivant :



I. – Chaque époux peut avoir des relations avec les tiers (P_4 en l'exemple) quant à ses biens personnels. Nous écartons ce cas : s'il agit personnellement, en effet, l'étude du lien ainsi créé relève des différentes manières dont s'acquiert la propriété. S'il a besoin du concours de son conjoint, l'étude relève en outre de la distinction en classes de joueurs.

II. – Par contre, s'agissant des relations de l'association conjugale (P) avec les tiers (P_3), sur les biens communs et ceux du ménage – qui proviennent des contributions des époux aux charges –, il est très important de noter l'absence de flèche de retour de P vers P_1 et P_2 respectivement. Une répartition du produit d'une opération avec un tiers, caractéristique du contrat de société, ne correspondrait en effet pas à l'essence de la convention matrimoniale, qui est de créer une « association conjugale

quant aux biens » non pas, comme c'était le cas pour la société, en vue d'une répartition des bénéfices – ou des pertes – mais en vue du fonctionnement de l'association conjugale. À ce titre, la relation entre P_1 et P_2 est une conjonction de deux relations antisymétriques, et apparaît comme un moyen d'assurer le bon déroulement de la partie.

Le partage, qui suit la dissolution de l'union matrimoniale – quelle que soit sa cause – ne peut être considéré comme la symétrique de la mise en commun de biens. Comme tout partage, il est une relation antisymétrique, dont la seule particularité est qu'elle est orientée en sens inverse de la mise en commun des biens, telle que ces deux types de relations sont complémentaires, non par essence (comme dans le contrat de société), mais par simple conséquence logique.

Suivant à nouveau l'ordre adopté par le Code Napoléon, nous arrivons aux divers contrats de prêt (art. 1874 et s.) : commodat (ou prêt à usage), prêt de consommation (ou simple prêt), lequel peut être stipulé avec intérêt ou constitution de rente. S'agissant du commodat, que le Code définit « contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi », le graphe est simple à établir : double dation de P_1 vers P_2 et en sens inverse. De P_1 vers P_2 , il s'agit de « restitution », c'est-à-dire de la remise de la chose, *après* usage, c'est-à-dire de la chose usée (ne serait-ce que partiellement), c'est-à-dire, encore, de la chose diminuée de l'usage qui en a été fait. On voit la différence avec le contrat de louage, qui mentionnait en outre, dans la contre-prestation, la remise d'une somme d'argent (art. 1876). Mais alors, cette symétrie, quoique imparfaite, se réduit en réalité à une relation antisymétrique dans la mesure

où l'équation : dare \rightarrow dare — usage
Se réduit à : $\emptyset \rightarrow$ — usage

c'est-à-dire à la seule prestation d'un service, sans contre-prestation, ce qui se figurerait par une relation unique de P_1 vers P_2 . Il n'en va pas de même du prêt de consommation « par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité » (art. 1892).

Graphiquement, ce type de relation requiert une symétrie parfaite du type de la double dation de P_1 vers P_2 et de P_2 vers P_1 . Deux cas peuvent se présenter :

1° Simple prêt.

Il y a, de P_1 vers P_2 , remise d'une chose ; en sens inverse, non pas restitution, mais remise d'une *même* chose.

Cette opposition chose/même chose distingue le simple prêt de l'échange, qui est caractérisée par le couple d'opposition chose/autre

chose. Précisons encore que nous ne nous plaçons pas dans le cas d'une analyse de valeur. Il ne s'agit pas ici de savoir si l'égalité de valeur est acquise dans l'échange comme dans le prêt ; ni si la différence entre ces contrats réside dans le fait que les échangistes espèrent chacun faire une opération fructueuse, tandis que les parties au prêt entendent que la valeur transférée demeure identique à elle-même. Ce qui nous intéresse est d'établir nettement que deux parties peuvent successivement se faire dation d'une chose ; que, dans la deuxième opération, la chose peut être *autre* (et nous nous trouvons dans le cas de l'échange) ; mais qu'à partir du moment où l'*autre* devient *même*, il y a prêt ; que, par conséquent, le simple prêt est une sous-catégorie de l'échange.

2° *Prêt à intérêt ou avec constitution de rente.*

À la chose rendue dans les conditions du simple prêt, ce contrat ajoute, dans la contre-prestation, la remise (avec des modalités variables) d'une somme d'argent. L'introduction de ce terme rend imparfaite la symétrie qui présidait à la relation entre prêteur et emprunteur dans le simple prêt. Est-ce à dire que l'équation

$$\text{dare} \rightarrow \text{dare} + \text{argent}$$

puisse être réduite, comme dans le cas du louage de choses ou du commodat ? Il n'en est rien, car, dans les deux termes de l'équation, dare n'est pas égal à lui-même : il faut écrire

$$\text{dare A} \rightarrow \text{dare B} + \text{argent}$$

En valeur économique, l'opération pourrait effectivement s'analyser simplement en un apport d'argent : c'est bien la motivation qui fait naître l'esprit de prêteur. Mais en logique, cette équation est irréductible. Le prêt à intérêt se distingue de la vente en ce qu'il fait de l'argent un accessoire dans la contre-prestation qui, fondamentalement est celle du simple prêt : une même chose. Il se distingue aussi du schéma non réduit du louage de choses, puisque cette « même chose » n'est pas remise diminuée d'un usage. Par l'intervention de ce facteur « argent », il constitue un type de contrat irréductible.

Le contrat de dépôt est caractérisé par une symétrie parfaite dans la relation entre les joueurs (art. 1915 ; 1917 et s.). En effet, il s'agit pour P_2 de conserver la chose que lui a livrée P_1 , pour la lui restituer en nature. On voit tout d'abord comment ce type de rapport symétrique parfait se distingue de l'échange, qui fait suivre la remise d'une chose, de la tradition d'une *autre* chose. Mais le dépôt ne peut non plus être rapporté au commodat, par lequel la chose était restituée sous déduction de l'usage, ni au louage de choses, plus complexe encore. Par contre, il était compréhensible que le législateur napoléonien traitât ensemble du dépôt et du séquestre, lequel est d'ailleurs qualifié de dépôt (art. 1915 ; 1955 et s.). Mais dans la définition exacte qu'en donne le Code, chaque mot compte :

« dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir ». Ce type de relation se complique donc par la présence d'un tiers. P_2 reçoit la chose de P_1 , ou de P_3 , et devra la rendre à l'un ou à l'autre. La présence de ce dubitatif établit la différence qui existe entre ce contrat et celui de société pour ce qui concerne le rapport entre P_1 et P_3 , qui est partie. En tant que lien interne, entre P_1 (ou P_3) et P_2 , le séquestre est l'équivalent du dépôt. En tant que rapport triangulaire (P_2 peut en effet recevoir la chose de P_1 pour la remettre à P_3 , ou inversement), ce contrat est caractérisé par la relation de transitivité. À ce titre, nous en traiterons au chapitre des *gages*.

Mais, à l'intérieur même de la relation entre P_1 (ou P_3) et P_2 , il convient de distinguer. Dans certains cas, en effet, la remise d'une somme d'argent peut être stipulée (art. 1957). Elle est alors effectuée au bénéfice du dépositaire. Dans ce cas là, l'équation doit tenir compte d'un autre élément pour ne pas être vide :

$$\begin{aligned} \text{dare} + \text{ag} &\rightarrow \text{dare} \\ \text{ag} &\rightarrow \emptyset \text{ ou } x \end{aligned}$$

Cet élément x est constitué par la « garde », terme qu'on trouve dans l'article 1915 :

$$\text{ag} \rightarrow \text{garde.}$$

Dans ce type de séquestre rémunéré, à un service correspond une dation en argent. C'est là très exactement le schéma qui rendait compte du louage d'ouvrage.

Avec les contrats aléatoires (art. 1964 et s.), nous changeons de registre. Pourquoi, en effet, le Code Napoléon comporte-t-il un titre où sont groupés les contrats aléatoires (L. III, T. XII), au lieu de consacrer un titre à chacun des contrats qui y sont réglés, comme il est fait pour les autres espèces de contrats que nous avons déjà analysés ? Cela tient à une série de motifs qu'il convient de démêler. En premier lieu, cette raison pratique qui présida au découpage plus ou moins arbitraire des manières civiles pour en assurer une discussion efficace devant les organes du pouvoir législatif. Mais ne suffisait-il pas, alors, de cet article 1104 par lequel le législateur avait globalement distingué les contrats en commutatifs et aléatoires ? Le développement, unique dans le Code, d'une catégorie de contrats (il n'y a de développement comparable à propos ni des contrats synallagmatiques, ni des contrats unilatéraux, ni des contrats commutatifs, ni des contrats de bienfaisance, ni des contrats à titre onéreux), invite à réfléchir sur la motivation profonde qui a poussé le législateur à traiter si longuement de l'aléa. À la lecture des articles concernés, plusieurs unités signifiantes s'imposent, qu'il est possible de grouper sous deux couples d'oppositions.

1° Article 1966 : « les jeux... qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente » ; article 1965 « la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari ». Jeu et pari sont stigmatisés par le législateur parce qu'ils font intervenir un « événement incertain » (art. 1104 et 1964) ; l'incertitude n'est pas répréhensible dans le cas où elle tient à l'adresse. Le premier couple d'opposition est donc constitué ainsi : hasard/adresse.

2° La rente viagère est aléatoire, pour ce qui la concerne, en ce qu'elle fait intervenir, comme élément incertain, le terme de la vie (art. 1968 et s.). Mais l'article 1982 de préciser : « la rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire ; le paiement doit en être continué pendant sa vie naturelle ». Après ce que nous avons dit de la situation patrimoniale du mort civilement, une telle disposition invite à dépasser l'opposition apparente vie/décès en une opposition : vie naturelle/vie civile, à laquelle s'oppose le couple décès/excommunication.

Dès lors, si, à la lecture horizontale des oppositions, on substitue une lecture verticale, nous voyons que l'aléa est objet de défiance de la part du législateur dans les cas de hasard et de décès naturel ; qu'il ne l'est pas dans ceux que l'opposition irréductible qui rend compte de l'aléa consiste dans ce qui relève ou ne relève pas du pouvoir humain : autre manifestation de l'angoisse humaine, de ce déchirement de l'homme entre l'absolu et les limites humaines. C'est donc à une raison relevant apparemment de la morale – ce qui n'étonnerait point de la part de nos jansénissants rédacteurs du Code –, mais qui tient plus profondément à l'essence même de la législation, que nous devons de voir cette part faite aux contrats aléatoires. Cette disparité dans l'équilibre des matières traitées peut être qualifiée : on dira que le législateur traite *génériquement* des contrats aléatoires au même titre que, *spécialement*, de diverses espèces de contrats. Des contrats aléatoires, en effet, le législateur donne la définition suivante : « convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre-elles, dépendent d'un événement incertain ». Nous avons donc, de P_1 vers P_2 , comme en sens inverse, une relation dont le type n'est pas défini, mais dont l'existence est incertaine au moment où se forme la convention. Le contrat aléatoire se caractérise donc non par la qualification des prestations x et y , qui semblent pouvoir recouvrir n'importe quelle sorte de relation, mais par l'incertitude qui règne sur le caractère symétrique ou antisymétrique de la relation. Il n'y a donc pas de comparaison possible entre le contrat aléatoire et les contrats examinés jusqu'ici, qui se distinguaient par le genre de prestation qui étaient de leur essence. Par contre, ce qu'il est possible de comparer à ces divers contrats, ce sont, individuellement, les quatre espèces de contrats considérés par le Code comme aléatoire : assurance, prêt à la grosse aventure,

jeu et pari, rente viagère. S'agissant de l'assurance et du prêt à la grosse aventure, le législateur renvoie purement et simplement aux lois maritimes (art. 1964). Il est néanmoins très intéressant de noter qu'en ce qui concerne le premier, la relation de P_1 vers P_2 est constituée par le versement de primes, tandis que le contenu de la relation inverse est figuré par l'éventuel remplacement de l'objet assuré (ou toute autre stipulation). De P_1 vers P_2 , on assiste au versement de primes (et peu importe ici la quotité, la fréquence et le nombre de primes versées lors de l'éventuelle réalisation de l'événement incertain), ce qui s'analyse en une dation. Par contre, de P_2 vers P_1 , deux situations peuvent se produire :

1° *L'aléa ne survient pas.* – Dans cette hypothèse, P_1 demeure le seul à avoir effectué une dation : nous sommes dans un cas d'antisymétrie. Toutefois, cette antisymétrie est réductible : car les primes n'ont pas été versées à l'assureur sans contrepartie. P_2 , en effet, a rendu un service en « garantissant ». Il y a, en réalité, symétrie imparfaite, du même type que celle du séquestre ou du louage d'ouvrage : à la dation en argent correspond un service.

2° *L'aléa survient.* – Dans ce cas, il s'agit de ne pas se laisser prendre à l'aspect de la prestation. Si P_1 attend le remplacement de la chose garantie, P_2 est, en réalité, tenu d'une obligation de faire réductible en argent : à la dation en argent correspond un service réductible en une dation également en argent. Nous sommes dans un cas de symétrie imparfaite. Par « imparfait », il ne s'agit pas de savoir si la prestation de l'un des joueurs a été supérieure ou non à celle de l'autre. Cette remarque écarte toute comparaison avec le prêt à intérêt. On aurait pu, en effet, rapprocher le cas où P_1 prête 1000 à P_2 qui lui rend ces 1000 + 100 à titre de salaire, de celui où P_1 a versé 1000 à titre de primes, lorsque P_2 doit lui verser 1100. Mais, du point de vue strictement logique, il ne peut y avoir d'équivalence entre ces deux opérations qui, si elles consistent toutes les deux, pour l'une des parties, en une dation, sont constituées différemment en ce qui concerne la contre-prestation : dation + argent (pour le prêt à intérêt)/dation simple provenant d'une obligation de faire (pour l'assurance).

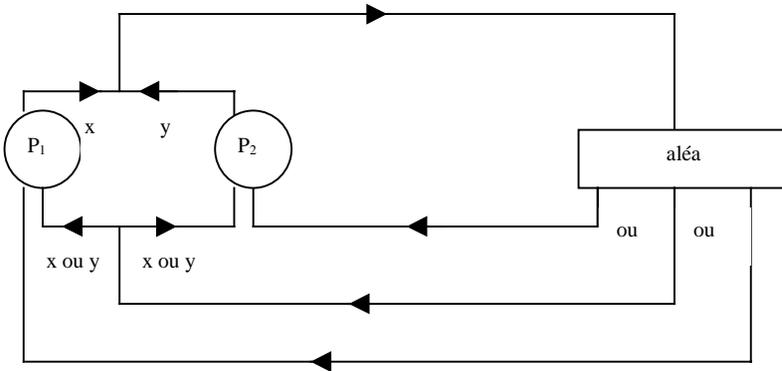
En réalité, que l'aléa se réalise ou non, l'assurance est un contrat caractérisé par une symétrie imparfaite. Et peu importe, à ce titre, si la dation initiale est constituée par le versement d'une somme d'argent par primes successives. Cette modalité se rattache à l'un des moyens de respecter l'aléa, et non à l'implication logique des prestations.

C'est ce qui fait qu'à ce titre, on puisse ramener à la vente le contrat de rente viagère (art. 1968), leurs schémas étant identiques puisqu'à une dation de bien correspond une dation en argent. La différence entre les opérations étant visible au niveau du graphe sagittal, puisqu'à la livraison (relation de P_1 vers P_2) correspondait un paiement (relation en sens in-

verse). Dans la vente, la prestation de P_2 et P_1 était certaine ; dans la rente viagère, elle ne l'est pas.

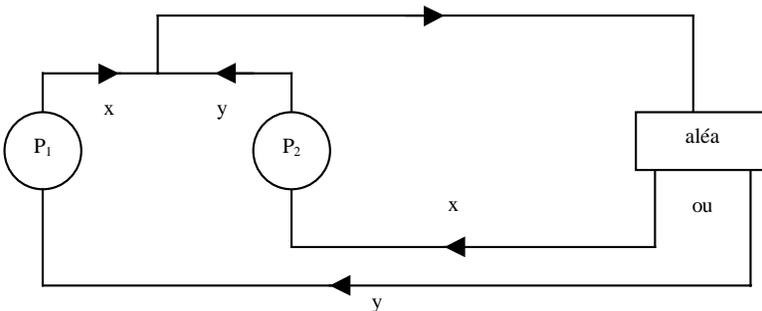
Plus aléatoire encore – si tant est que l'aléa puisse être mesuré – le jeu et le pari (art. 1965), dont le graphe sagittal correspond à celui qu'imposait la lecture de la définition générale des contrats aléatoires : de P_1 vers P_2 , comme en sens inverse, une relation dont l'existence est incertaine au moment où se forme la convention.

En contractant, P_1 vers P_2 , qualifient librement la relation x et y ; mais l'accomplissement de ces dernières est soumis à toutes les fluctuations des probabilités. De ce fait, le schéma précédent est trop simple pour rendre compte exactement du jeu et du pari. Il y a, certes, les relations x et y . Mais il convient d'introduire une distinction selon qu'on veut figurer le début ou la fin d'exécution de la convention. Les joueurs, en effet, commencent par effectuer une mise après quoi survient l'aléa, qui décide du sens de la relation finale :

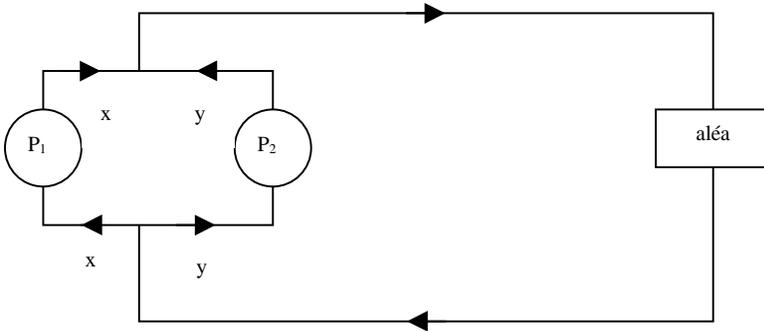


Est-ce à dire que, suivant que seule la relation x ou y sera réalisée, il y aura antisymétrie ? Est-ce à dire que la relation sera vide si ni x ni y ne sont réalisées ? Envisageons les diverses hypothèses.

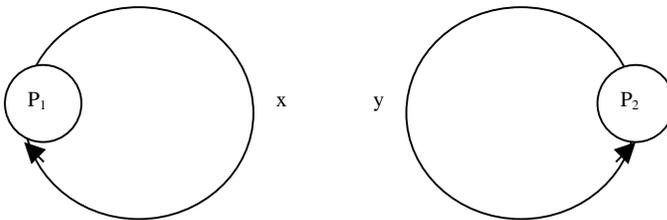
A. 1^{er} cas, un seul joueur gagne. Dans ce cas, la relation semble devenir antisymétrique :



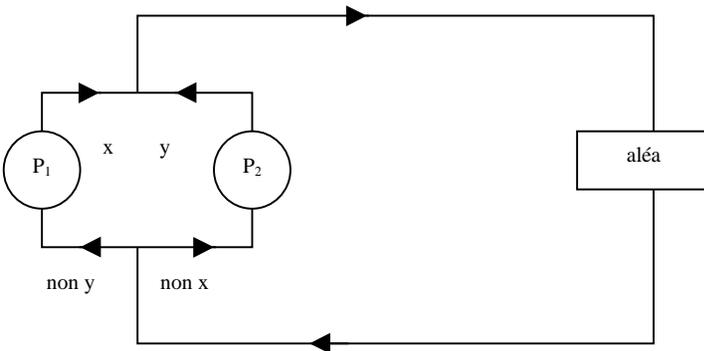
B. 2^e cas, les 2 joueurs perdent. Dans ce cas, chacun reprend sa mise :



Faut-il en conclure que chaque joueur s'est effectué à lui-même sa propre dation ? Le schéma correspondant à ce raisonnement serait représentatif d'une relation réflexive et s'écrirait :

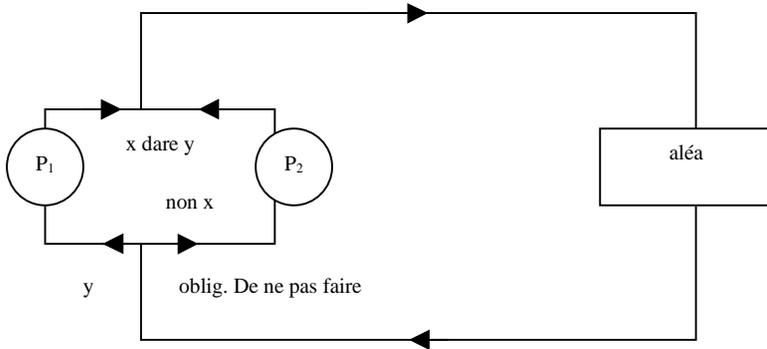


Il n'est pas pertinent, faisant intervenir une fiction, comme si le contrat n'avait jamais existé, alors que seul l'aléa a décidé de la redistribution qui a donné ce schéma apparent. Il faut donc faire appel à un autre type de relation. À x et y , il faut superposer une relation *non x* et *non y* : chaque joueur effectuerait une obligation de ne pas faire, à l'égard de l'autre, dont le contenu correspondrait à la dation envisagée :

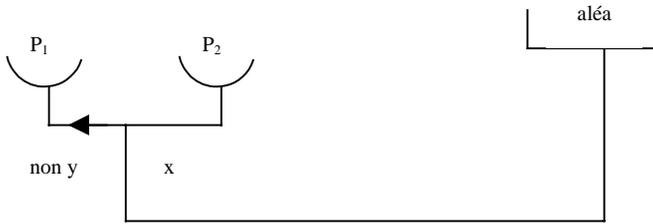


Dans cette perspective, il convient de réenvisager la première hypothèse : *un seul joueur gagne* (*supra*, § A). La relation apparemment anti-symétrique devient :

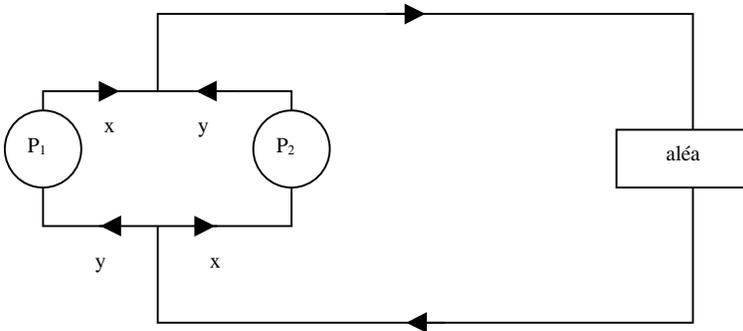
1° Si P_1 gagne :



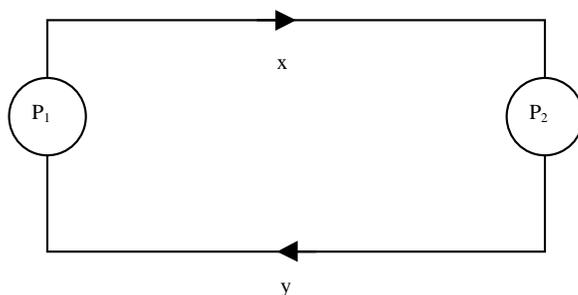
2° et si P_2 gagne :



C. 3^e cas, les 2 joueurs gagnent. Dans ce cas, le schéma :



peut se réduire à celui-ci :



Nous retrouvons le schéma simplifié du contrat aléatoire, abstraction faite de l'aléa. C'est évidemment la réduction du contrat xy à un contrat de type impliqué par la nature des relations x et y dont sont convenus les joueurs au moment du pacte.

On peut donc dire du jeu et du pari que l'opération s'y effectue à peu près comme s'il s'agissait d'un contrat de société, où l'intervention de P_3 serait remplacée par la survenance de l'aléa. Mais à la différence de la société – et c'est *essentiel* –, l'aléa influe sur la nature, et non seulement sur la qualité de la relation d'exécution entre les joueurs. Tandis que la société se caractérisait par la réflexivité, jeu et pari sont typiques d'une relation symétrique, parfaite au cas de gain des deux parties (mais est-ce encore un contrat aléatoire) ou de perte des deux parties ; imparfaite si l'une des parties, seule, gagne.

Dans ce dernier cas, un rapprochement s'impose, bien entendu, avec le séquestre ou le louage. Mais deux différences très importantes existent : dans ces deux derniers contrats, le service fait l'objet de la prestation initiale ; par ailleurs, le service s'analyse, dans le jeu et le pari, en une obligation très particulière de ne pas opérer de dation.

Suivant l'ordre du Code, nous passons ensuite à l'analyse du mandat, qui y est défini : « acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire » (art. 1984). L'opération peut donc prendre deux formes distinctes.

- 1° P_1 donne pouvoir à P_2 sans que l'acte soit suivi de l'acceptation de P_2 . La relation demeure antisymétrique aussi longtemps qu'il n'y a pas de retour de P_2 vers P_1 .
- 2° P_2 accepte le mandat : au pouvoir (relation de P_1 vers P_2) correspond l'acceptation (relation de P_2 vers P_1).

Comment analyser ces relations en termes d'obligations ? L'acte qui consiste à donner pouvoir est constitué par un couple d'opposition Ordre/obligation de faire. En effet, l'ordre par lequel le mandant tente de lier le

mandataire n'est pas détachable de l'obligation d'exécuter les engagements que ce dernier aura contractés au titre du mandat, et de le dédommager des sommes qu'il aurait pu déboursier à cette occasion. Inversement, par l'acceptation, le mandataire s'engage à respecter les obligations à sa charge nées du contrat. Le mandat l'analyse donc en une double obligation de faire, en deux services. Le contrat formé, la relation est symétrique, d'une symétrie parfaite.

Au cas de mandat salarié, il conviendra de superposer aux raisonnements qui précèdent celui que nous faisons à propos du salaire, comme nous l'avons vu à propos notamment du louage d'ouvrage ou du séquestre : à un service, correspond un autre service, augmenté de la dation d'une somme d'argent.

Mais il ne suffit pas, en ce qui concerne le mandat, d'analyser ce contrat entre mandant et mandataire. Pour en rendre compte exactement, il est indispensable de faire intervenir un tiers joueur. P_2 contracte une obligation x au nom de P_1 avec P_3 qui s'engage dans un lien y avec P_1 . Cette notation, qui fait appel à une relation de transitivité, dévoile le caractère de *gage* que revêt le mandat ainsi considéré dans une relation triangulaire – sans laquelle il n'aurait d'ailleurs pas lieu d'être –. Aussi en reparlerons-nous à ce propos.

La transitivité est plus nette et plus développée encore, au cas de cautionnement, contrat fait pour les relations triangulaires ou multilatérales (art. 2011). Dans le cas le plus simple, un joueur P_1 se soumet envers un créancier P_3 à satisfaire une obligation x si le débiteur P_2 venait à se révéler défaillant. On note donc, à première lecture, que le cautionnement est caractéristique d'une antisymétrie. P_1 , en effet, s'oblige, envers P_3 à respecter la relation x au cas où cette dernière serait compromise. Plusieurs observations s'imposent alors :

1° Dans le rapport entre P_1 et P_3 , il y a transitivité ; et, à ce titre, le cautionnement apparaît bien comme un *gage* du bon fonctionnement de la communication établie, en cours de la partie en action, entre les joueurs.

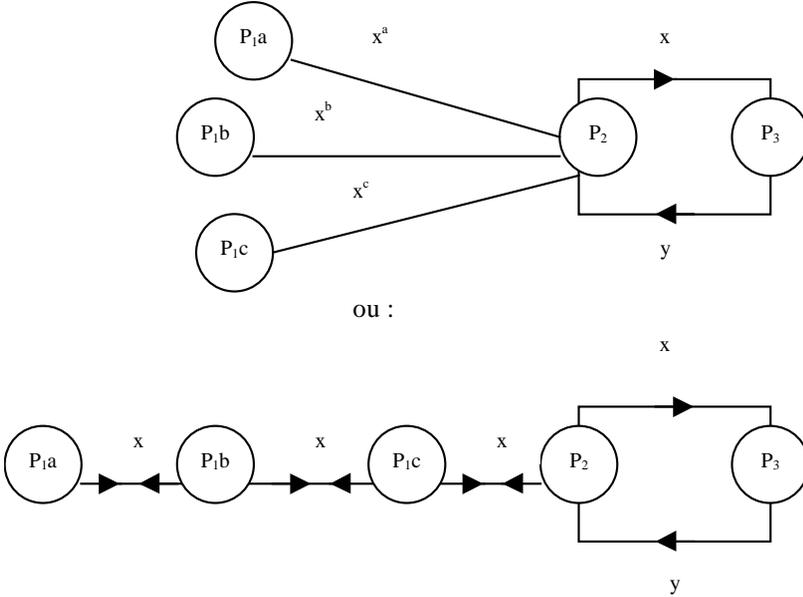
On peut ramener à ce type de relation celui qui caractérise les hypothèques : le mot « gage » *lato sensu* y est utilisé par le législateur (art. 2092 et s.).

2° Dans le rapport entre P_1 et P_2 , l'antisymétrie est superficielle. Certes, elle semble confirmée par le fait que l'on peut se rendre caution sans ordre et même à l'insu de celui pour qui on s'oblige (art. 2014). Mais la caution a un recours contre le débiteur principal de l'obligation x y , à concurrence de la part pour laquelle elle a pu désintéresser le créancier, au maximum l'intégralité de la relation.

Entre P_1 et P_2 , le rapport est donc de symétrie parfaite, et il y a même équivalence logique.

3° Si la caution n'est pas amenée à intervenir pour pallier la défaillance du débiteur, le seul lien qui demeure est de transitivité : l'aspect de *gage*.

4° Plusieurs cautions peuvent soit cautionner le débiteur principal, soit cautionner une caution. L'analyse répète alors en chaîne les types de relations que nous venons de dégager.



Dans le premier graphe, chaque caution P_{1a} P_{1b} P_{1c} , peut être amenée à s'exécuter pour une portion

$$0 < xa \text{ ou } xb \text{ ou } xc < x$$

telle que

$$x = \{wa \cup xb \cup xc\}$$

Dans le second cas, chaque caution n'est tenue qu'envers la suivante, P_{1a} , envers P_{1b} , P_{1b} envers P_{1c} , et P_{1c} envers P_2 , mais pour la totalité de la relation x : chaîne transitive parfaite.

Avec la transaction, nous revenons à un type de relation non triangulaire, par quelque « les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître » (art. 2044). L'essence de la transaction est contenue dans son objet, « la renonciation... à tous droits, actions et prétentions » (art. 2048). La relation se figure donc par une double renonciation, tant de P_1 vers P_2 que de P_2 vers P_1 . Nous sommes en présence d'une relation symétrique parfaite, mais négative. C'est de l'échange qu'il convient de rapprocher cette opération, identique en logique, mais contraire dans le contenu : à la double dation d'une chose

contre une autre chose, opération positive, correspond ici une double renonciation, d'une chose contre une autre chose, opération négative.

Le Code définit encore un contrat : celui de nantissement, « par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette » (art. 2071 et s.). Selon que *la chose* est un bien mobilier ou immobilier, le nantissement se nomme *gage* ou *antichrèse*. Nous sommes en présence d'une relation antisymétrique, qui vient se superposer à une relation pré-existante : au rapport principal « x » entre P_1 et P_2 (à quoi correspond un rapport « y » entre P_2 et P_1 , mais qui ne nous intéresse pas ici), s'adjoint un rapport de dation en nantissement, également de P_1 vers P_2 .

Deux cas peuvent se produire :

1° La relation x ne peut trouver exécution : P_2 peut obtenir que la relation superposée (nantissement) vienne pallier cette défaillance. C'est dans ce cas qu'il y a, à proprement parler, gage : le contrat opère comme une garantie du bon fonctionnement de la relation initiale xy, et nous en reparlerons à ce propos.

2° Dans le cas contraire, l'objet du gage doit être restitué par P_2 à P_1 (art. 2078). On se trouve dans le cas d'une double relation consistant dans la dation d'une chose contre la dation de *cette* chose : symétrie parfaite qui rappelle celle que nous observions dans le cas du dépôt.

Le nantissement, enfin, peut se compliquer du fait qu'il peut être effectué par un tiers pour le débiteur (art. 2077) : la dation en nantissement, qui s'adjoint à la relation « x » entre P_1 et P_2 , est constituée par une relation entre P_3 et P_2 . Cette hypothèse nous ramène au cas du cautionnement.

Après les contrats, les quasi-contrats (art. 1371 et s.). Que nous importe, en effet, que ce soit un acte ou un fait qui soit à l'origine de la relation, puisque c'est la qualification des relations qui nous intéresse. Le graphe de départ est le suivant : un joueur, par son fait, se trouve dans une relation x avec un autre. Dans certains cas, un engagement y se forme en sens inverse. Dans la première hypothèse, nous serons en présence d'une institution conçue comme *gage* (le type en est le délit ou le quasi-délit : nous en traiterons ultérieurement) ; dans la seconde, nous aurons une relation symétrique.

Lisons les exemples mentionnés par le Code.

1° *Gestion d'affaire* (art. 1372 et s.).

Sans qu'il y ait de relation de P_1 vers P_2 , il existe une relation de P_2 vers P_1 consistant en une obligation de faire.

Nous voyons que le quasi-contrat ne peut fonctionner qu'en présence d'un tiers, P_2 s'obligeant alors au nom de P_1 envers P_3 . La gestion d'affaire apparaît alors très proche du mandat, avec toutefois cette différence essentielle que le mandat naît d'une relation symétrique entre P_1 et P_2 , tandis que la gestion d'affaire naît d'une relation initiale antisymétri-

que de P_1 vers P_2 , qui peut être, ensuite, suivie d'une relation rétablissant la symétrie, mais qui n'était pas symétrique au départ. Mais, dans la relation de transitivité $P_1 \rightarrow P_2 \rightarrow P_3$, la gestion d'affaire doit être conçue comme un *gage* de bon déroulement de la partie en action ; nous y reviendrons en son temps.

2° *Restitution de l'indu et répétition (art. 1376 et s.).*

Ces deux termes forment un couple d'opposition restituer/répéter. Mais, en logique, les deux opérations relèvent d'un même procès : à une dation de P_1 vers P_2 correspond une dation de P_2 vers P_1 . P_2 doit transférer à P_1 une chose qu'il a reçue de lui ; ce qui s'écrit :

| | | | |
|------------------------|---|-------------------|--|
| Restitution/répétition | | | |
| dare | = | dare | |
| | = | la chose (a) | |
| Une chose | } | ou | |
| | ≠ | la même chose (b) | |

Dans l'hypothèse (a), de symétrie parfaite, l'opération fonctionne comme un dépôt ; dans l'hypothèse (b), de symétrie imparfaite, comme un simple prêt. Différence essentielle, ici encore : la dation initiale, à elle seule, a fait naître la double relation.

§ 2. – Synthèse.

Pour dresser un tableau représentatif de la théorie classique des obligations, on peut s'en tenir au classement des modes d'acquisition de la propriété selon le type de relation entre joueurs qu'ils comportent.

A. – RELATION SYMÉTRIQUE.

Outre quelques cas de quasi-contrats, on trouve réunis sous cette rubrique :

1° Au titre de la symétrie parfaite : l'échange, le commodat, le prêt simple, le dépôt, le mandat (considéré entre mandat et mandataire), l'assurance (en cas de survenance de l'aléa), le nantissement (sans exécution sur le bien nanti), la transaction, la restitution de l'indu et la répétition.

2° Au titre d'une symétrie imparfaite : la vente, le louage, le prêt à intérêt, la constitution de rente, le jeu et le pari, le séquestre rémunéré, l'assurance (en cas de non-survenance de l'aléa), les donations (même

entre époux), les successions et le mandat salarié (considérés dans les rapports linaires initiaux), la société.

B. – RÉFLEXIVITÉ.

La société, les conventions matrimoniales à certains égards.

C. – ANTISYMMÉTRIE.

L'occupation, l'accession, l'invention d'un trésor, le commodat, le mandat (non accepté), le nantissement (qui trouve, son exécution sur le bien nanti) les quasi-contrats (au cas de non-réciprocité d'obligation), les délits et quasi-délits, la prescription, les conventions matrimoniales à certains égards, le partage.

D. – TRANSITIVITÉ.

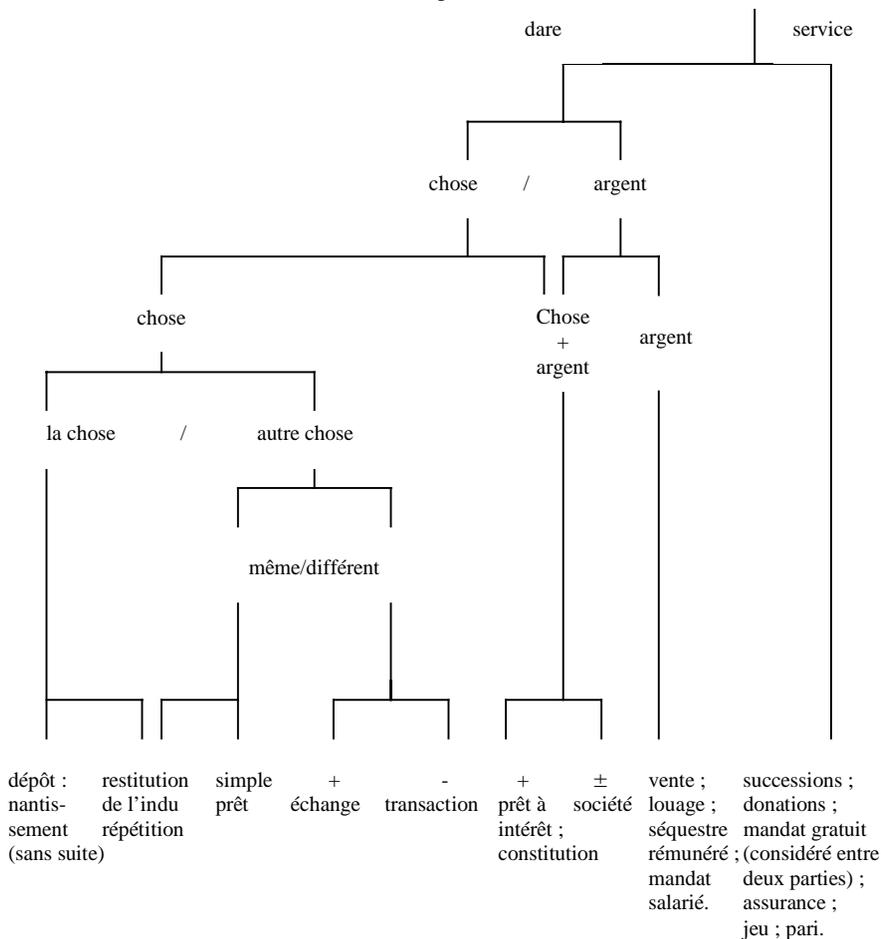
Les successions, certains quasi-contrats, le mandat, le cautionnement (tous considérés dans le cadre des relations triangulaires qu'ils supposent), le séquestre gratuit, l'hypothèque.

Les institutions mentionnées en B, C et en D se distinguent des premières en ce qu'elles ne concourent pas directement à la partie en action, mais assurent la garantie de son déroulement heuristique. Des institutions comportant des relations symétriques, nous pouvons dresser un tableau, fondé sur l'opposition des types de relation dans la prestation et la contre-prestation :

1° Prestation initiale.

| <i>Dare</i> | / | <i>service</i> |
|---------------------------|---|--------------------|
| vente | | louage |
| donation | | mandat |
| échange | | séquestre rémunéré |
| transaction | | commodat |
| successions | | |
| société | | |
| prêt à la consommation | | |
| prêt à intérêt | | |
| dépôt | | |
| constitution de rente | | |
| assurance | | |
| jeu, pari | | |
| nantissement (sans suite) | | |
| restitution de l'indu | | |
| répétition | | |

2° *Contre-prestation.*



SECTION II

DÉPASSEMENT DE LA GÉOMÉTRIE EUCLIDIENNE
DES OBLIGATIONS

Parlant de la « structure élémentaire » du contrat, M. Carbonnier la définissait par quatre éléments : consentement, capacité, objet, cause (10).

(10) CARBONNIER, I, t. II, n° 95.

Ce sont là, en effet, quatre conditions qui sont de son essence (art. 1108 : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention »). Mais dans une perspective communicatoire, ces conditions s'intègrent aux divers niveaux de la partie qui se joue. La capacité se matérialisait en classes de joueurs ; l'objet constituait l'enjeu ; l'analyse du consentement et de la cause dans leur nature rejoignait celle de la règle du jeu, puisqu'il ne s'agissait pas d'autre chose que de déterminer les motivations susceptibles d'animer la partie, et l'existence et la qualité d'un seuil d'exclusion du groupe. Du consentement et de la cause dans leur manifestation, il sera question lorsque nous examinerons les *gages*, garanties du bon fonctionnement du jeu. Aussi, s'il fallait parler de *structure*, c'est à un autre niveau que nous la rechercherions. Examinons les différents genres de prestations énumérés au tableau ci-dessus : nous constatons que toute convention peut être formalisée en actes combinables susceptibles de déterminer une structure des relations de joueur à joueur. De là pourra être entreprise une tentative de taxinomie des relations possibles ou simplement imaginables à la lecture du Code.

§ 1. – Combinatoire.

Un joueur peut, face à un autre joueur, se trouver dans quatre situations possibles eu égard à la dation ou au service qui constituent l'objet de la relation (11), selon qu'il refuse de participer au jeu ; qu'il ne veut pas effectuer de prestation, mais ne s'oppose pas à être le destinataire d'une prestation ; qu'il effectue une prestation sans l'espoir d'être, en retour, le destinataire d'une prestation ; ou, enfin, qu'il effectue une prestation sans l'espoir d'être, à son tour, le destinataire d'une prestation. Cette dernière hypothèse renvoie à la grande théorie de M. Mauss sur le don forme primitive de l'échange, et dont on a parlé tant, depuis quelques années, qu'il ne semble pas utile d'y revenir (12). Nous nommerons ces quatre possibilités respectivement I (de « transformation *identique* », α , β , γ).

Nous nous proposons de rechercher la structure du jeu d'un point de vue strictement qualitatif. Pour cela, nous allons déterminer une matrice de jeu dont les données sont les attitudes des parties, et les résultats, des types de contrats déterminés par des tactiques définies.

Les attitudes, nous venons de les qualifier. Soient alors deux joueurs en présence. Nous écrirons leurs attitudes respectives en abscisse et en ordonnée. La table de cette opération se révèle être la suivante :

(11) M. BARBUT, 1, pp. 792 et s.

(12) CARBONNIER, 2, pp. 182 et 195 ; LÉVI-STRAUSS, préface à MAUSS, p. 12 ; *id.*, 5, pp. 61 et s. ; P. VEYNE, 1, p. 790 ; E. LEACH, p. 1106.

| | I | α | β | γ |
|----------|---|----------|---------|----------|
| I | I | h | g | k |
| α | h | a | d | f |
| β | g | e | b | c' |
| γ | k | f | c' | c |

En effet :

1° À deux éléments neutres correspond un élément neutre.

2° À deux attitudes que l'on pourrait qualifier d'attente ($\alpha \times \alpha$), correspond l'espoir de réception d'une prestation de la part de chacun des joueurs. Cette attitude peut se concevoir dans le cas de partage de bénéfices, par exemple d'une société, comme nous l'avons décrit plus haut. Nous nommerons cette situation « a ». L'attitude inverse consiste à effectuer en commun une prestation sans attendre de contre-prestation de la part de l'interlocuteur, comme, par exemple, dans la formation d'un contrat de société : situation « b ».

3° Il peut, au contraire, y avoir prestation réciproque dans l'espoir de la réception d'une contre-prestation tout aussi réciproque : c'est la formation du contrat synallagmatique, et, plus généralement, de toute relation parfaitement symétrique ou imparfaitement symétrique. Il s'agit donc aussi bien de la vente ou de l'échange que du don ou des successions (dans le rapport du de *cujus* et de l'héritier) ; nous nommerons cette situation « c ».

4° Que si, individuellement, l'une des parties a souhaité recevoir sans donner, l'autre étant prête à donner sans recevoir, il y a une antisymétrie qui caractérise ce que nous avons appelé du terme générique « gage », au sens de garantie des autres transactions. Selon que cette situation crédite ou débite l'un des joueurs, nous la nommerons « d » ou « e ».

5° Si l'un des joueurs entend « ne rien changer », tandis que l'autre est prêt à « recevoir » ou à « donner », ou à « recevoir et donner », c'est que le premier joueur participe pour le compte d'un autre, situation transitive, comme on voit opérer le mandat dans la relation triangulaire qu'il suppose. Nous nommerons ces trois éventualités respectivement « h », « g » et « k ».

6° Enfin, donner sans attendre une contre-prestation néanmoins attribuée par un partenaire prêt à recevoir en même temps qu'il donne est une situation qui revient extérieurement à la situation « c » ; alors qu'être prêt à recevoir sans accepter de donner à quelqu'un qui donne en espérant être l'objet d'une contre-prestation, crée ce qu'en informatique on appelle un « bruit » : contrat imparfaitement défini, et qui suppose la survenance d'un élément complémentaire qui le parachèvera, aléa ou condition par exemple. Nous attribuerons à cette situation la lettre « f ». À la lumière de

cette explication, il c'avère que le produit βy ou $y \beta$ n'est pas exactement « c », mais un « c' », par exemple, assez proche de « f ».

De ce tableau, plusieurs lectures sont possibles et complémentaires. Outre l'explication qui vient d'être donnée de la manière dont on l'établit, on peut, en effet, le récrire en ne tenant compte que de la nature des relations, qui sont au nombre de six (que nous avons pris soins de grouper de 1° à 6°) : I, « a » et « b », « c », « d » et « e », « h » et « g » et « k », « c' » et « f ». On groupe « a » et « b », puisqu'ils sont l'aspect respectivement positif et négatif d'une même attitude, qui est d'union : « U ». De la même manière, on groupe « d » et « e », qui sont l'aspect respectivement positif et négatif d'une même attitude, qui consiste à compléter une transaction par l'adjonction d'une garantie : « C ». On groupera aussi « c' » et « f » sous le signe suspensif d'un point d'interrogation « ? ». Enfin, les situations « h », « g » et « k » relèvent de la transitivité : « T ». La matrice devient ainsi :

| | I | α | β | y |
|----------|---|----------|---------|---|
| I | I | T | T | T |
| α | T | U | C | ? |
| β | T | C | U | ? |
| y | T | ? | ? | c |

On notera quelques grandes lignes, dont la connotation est économique : diagonale I – U – U – c

groupe central U – C – C – U

1/2 groupe extérieur T T T I T T T

1/2 groupe extérieur ? ? c ? ?

1) La diagonale I – U – U – c représente une ligne d'équilibre. Les quatre solutions, en effet, se rattachent à la notion d'équilibre. Ou bien rien n'est changé pour aucun des joueurs. Ou bien ils mettent en commun, ou partagent. Ou bien, enfin, ils échangent, *lato sensu*. Et dans ce cas, ou bien il y a datations équivalentes, ou bien à une datation correspond une attitude physique ou intellectuelle équivalant à la prestation initiale (par exemple l'*acceptation* d'une *donation*).

2) Le groupe central U – C – C – U : opérations fondamentales, est révélateur des deux attitudes premières du joueur, s'unir ou se garantir, pour assurer une position de force.

3) Le groupe extérieur témoigne d'un affinement du Droit. « c » représente l'opération d'échange typique du couple prestation / réception. Cette opération peut être momentanément suspendue « ? » ou assurée par un tiers en cas d'absence du partenaire : « T ».

Il est possible de faire une autre lecture du tableau. Il suffit, en effet, de faire disparaître les opérations secondaires, qui ne changent rien aux opérations principales, mais ne font que les altérer par l'intervention d'un élément simplement transitif ou incertain, « T » et « ? », ou les conforter par l'adjonction d'une garantie, « C ». Restent les opérations « U » et « c », auxquelles toutes les autres se ramènent. Or, de la même manière que « c » peut s'analyser en un couple d'opposition prestation/réception, de même, « U » s'analyse en un couple d'opposition du type groupement/disjonction.

On voit que ces éléments d'une taxinomie des obligations ne recouvrent pas exactement les oppositions fondamentales commutatif/aléatoire, bien-faisance/onérosité, synallagmatique/unilatéral, inscrites au titre des « contrats » du Code Napoléon. Mais ce qui est assez significatif, c'est que tout système juridique des obligations civiles peut être ramené fondamentalement à ce schéma, par rapport auquel il constitue une option particulière (ou une série d'options). En ce qui concerne plus particulièrement le Code civil français, nous devons noter que les opérations principales « U » et « c » se trouvent sur la diagonale d'*équilibre*. C'est l'équilibre des prestations qui est au fondement d'un système « moderne » des obligations, avec ce qu'il comporte d'horreur de la gratuité, de recherche de sûreté et d'espoir de réciprocité, quatre éléments qui, dosés de façon différente dans les opérations fondamentales groupement/disjonction et prestation/réception, rendent compte de l'intégralité des contrats possibles (13). Avec la recherche constante de l'équivalence des prestations – voilà quel est le contenu du « juste » au regard des rédacteurs de l'an XII –, le Code civil apparaît comme l'organisation des rapports privés en vue du bon fonctionnement d'un système économique (dont on sent le parfum physiocratique), afin que le groupe tout entier soit plié à ce système, et qu'ainsi sa structure propre ne puisse être mise en danger.

§ 2. – Taxinomie.

À partir de ces données, il n'est pas difficile d'imaginer une nouvelle taxinomie des rapports d'obligations. Il suffit, à cet effet, de combiner les renseignements recueillis plus haut. Au niveau de l'actant, nous aurons deux opérations possibles : il cherche à se grouper ou à effectuer une prestation. Nous évoquerons chacune sous forme d'opposition, pour marquer l'aspect positif ou négatif de l'opération. Nous les affecterons des divers prédicats relevés plus haut, afin d'en donner une définition en extension :

(13) Sur les rapports de la notion d'*équilibre* avec l'économie bourgeoise, cf. A. BADIOU, p. 16.

| | | <i>Groupement / disjonction</i> |
|---------|------------------|---------------------------------|
| + = oui | équilibre..... | ++++-----++++----- |
| - = non | gratuité..... | ++++-----+-----++++ |
| | sûreté..... | +------++++-+---- |
| | réciprocité..... | +--+--+--+--+--+--+--+-- |

Ce tableau doit être répété en ce qui concerne l'opération prestation/réception. Nous obtenons ainsi au total trente-deux types de relations possibles ou simplement imaginables, mais qui cernent au plus près la totalité des rapports d'obligations. Plusieurs conclusions s'imposent :

1° Le résultat est sensiblement différent (plus précis, voire exhaustif) de celui que nous obtenons pour le seul Code Napoléon. Dressons, en effet, un tableau, à l'aide des données que nous puiserons dans les articles 1101 et s. Nous obtenons ceci :

| + | - | donner | faire | ne pas faire |
|----------------------------|---|---------|---------|--------------|
| synallagmatique/unilatéral | | +++---- | +++---- | +++---- |
| gratuit/onéreux | | +--+--- | +--+--- | +--+--- |
| commutatif/aléatoire* | | + - + - | + - + - | + - + - |

* (sous-distinction des seuls contrats onéreux).

Nous y trouvons – il ne s'agit pas des seuls contrats nommés, mais des types de conventions possibles aux yeux des législateurs de 1804 – dix-huit sortes de relations juridiques. Trois remarques s'imposent. En premier lieu, nous avons entendu l'opposition commutatif/aléatoire comme une sous-distinction des contrats à titre onéreux (14). Par ailleurs, il ne faut pas se laisser abuser par le titre du chapitre 4 de ce titre sur les *Obligations conventionnelles en général*. S'il y est question *Des diverses espèces d'obligations*, ce n'est pas au sens propre et strict. Le législateur y traite, en effet, pêle-mêle, du *terme* (art. 1185 et s.), qui ne constitue qu'une modalité dans l'exécution de l'obligation, et de la *condition* (art. 1168 et s.), qui affecte l'engagement lui-même. Mais cette dernière elle-même ne saurait intervenir comme élément diversificateur dans la typologie des conventions. Est-elle suspensive, elle ne modifie le graphe de l'opération symétrique que par l'incertitude qu'elle introduit dans l'aboutissement de chaque relation. Est-elle résolutoire, elle complique l'opération symétrique d'une opération similaire et inverse.

(14) CARBONNIER, 1, n° 91, 30.

Le *Droit des obligations* dans le Code Napoléon apparaît en réalité comme étant essentiellement le *Droit du contrat*. C'est une orientation très particulière ; et si la notation n'a rien d'original, aujourd'hui où le Droit de la responsabilité est devenu le morceau de choix, du moins est-elle fondamentale, en ce qu'elle suggère que les obligations doivent être considérées comme des relations entre personnes juridiques, sans que soit privilégiée plus particulièrement une partie seulement de cette matière.

2° Mais, quel que soit le système pour lequel opte le législateur, les nombres des relations juridiques possibles – qui semble, *à priori*, infini, comme l'est l'imagination de l'homme – est, en réalité *fini*. Les types répertoriés (dix-huit par le Code Napoléon ; trente deux dans notre modèle) rendent compte de toutes les attitudes possibles d'un joueur au cours de la partie ; ils épuisent les ressources créatrices de l'homme dans ses rapports avec un autre individu. De ce caractère fini, découlent quelques conséquences dont les répercussions pourraient bien remettre en question un certain nombre d'idées reçues. Et par exemple :

a) *Sur la méthode judiciaire*. Lorsque les plaideurs, parties à un contrat sur la réalisation duquel ils ne s'accordent pas, remettent leur litige entre les mains du juge, ils doivent s'attendre à ce que celui-ci entreprenne une démarche intellectuelle à l'issue de laquelle il décidera de ramener la convention à une espèce nommée par le Code. ainsi les clauses litigieuses pourront-elles être interprétées à la lumière des règles supplétoires inscrites au Code. Procédure hérétique et aléatoire, qui ne manque pas d'entraîner des dénaturations que les Cours relèvent en grand nombre. Or, la tâche du magistrat ne serait-elle pas facilitée si, à la manière du « bricoleur » de Lévi-Strauss (15), il inventorierait les divers éléments à lui soumis, puis, à l'affût des messages, tentait, classant les « brides et morceaux » recueillis, un arrangement à partir des unités fonctionnelles que nous avons pu relever ? Au lieu de quelques contrats rigides, qui ne doivent d'avoir été réglés qu'à leur fréquence, ce serait à quelques types recouvrant l'intégralité des solutions envisageables, que le juge aurait à faire. Et l'interprétation et les décisions consécutives présenteraient cet avantage de se rapprocher au maximum de la certitude mathématique. À la limite, le juge pourrait fréquemment s'aider des techniques les plus modernes (les ordinateurs) et chacun y trouverait avantage, le magistrat en voyant sa tâche facilitée, et pouvant ainsi se consacrer davantage à l'aspect personnel des conflits, les plaideurs, par la diminution des délais et des incertitudes proprement juridiques.

b) *Sur la connaissance de notre système juridique des obligations*. Nous savons qu'il est fondé sur le principe de l'autonomie de la volon-

(15) LÉVI-STRAUSS, 4, pp, 28 et s.

té (16). Mais que tout ce dont deux individus conviennent leur devienne obligation juridique, constitue une proposition ambiguë, dans laquelle il convient de relever deux niveaux.

Il y a tout d'abord celui du consentement individuel, celui où le législateur veut signifier que l'intervention de la volonté et sa manifestation dans le *consensus* est nécessairement requise pour former juridiquement le lien d'obligation. Ici, la réciprocité (impliquée par le terme *consentire* pris dans son acception étymologique) doit être analysée en deux adhésions unilatérales successives, donc en deux relations antisymétriques. Cela est si vrai que, souvent, le consentement d'une personne n'emporte jamais d'effet, n'étant pas suivi par le consentement escompté en retour d'un éventuel cocontractant. Or il serait faux d'analyser une telle opération en une relation symétrique inachevée. Il n'y a jamais eu symétrie. Chaque relation est antisymétrique, indépendante, et seule la jonction de deux relations de ce type forme le consentement générateur d'obligations réciproques. À ce titre, le consensualisme apparaît comme un *gage* du bon fonctionnement de la partie en action, et nous en traiterons à ce propos.

Il y a aussi le niveau proprement dit de l'autonomie de la volonté. La seule volonté peut juridiquement engendrer une obligation. Mais cette découverte majeure des « modernes », est un leurre. Il faut l'entendre d'une façon très restrictive : comme attitude face à l'opposition nommé/innomé, qui est l'un des grands problèmes de l'affinement des techniques juridiques. Le système du Droit romain l'avait résolu à sa manière ; il se trouve que le Code Napoléon y donne une autre solution. Qu'on la baptise autonomie de la volonté : c'est question de langage, et le principal est qu'on s'entende à désigner la même chose ; mais ni plus, ni moins. Pas moins, car ce principe a eu assez de répercussion pour qu'on n'en minimise pas l'importance ; pas plus, car il y a dol à partir du moment où, l'idéalisme s'en emparant, le principe est considéré comme fondant le système de la liberté contractuelle. Or non seulement, socialement aussi bien qu'économiquement, une telle liberté est un mirage (on cite volontiers, aujourd'hui, à ce propos, le contrat d'adhésion) (17), mais encore, logiquement, la liberté ne peut être celle que d'un choix à l'intérieur d'un nombre fini d'espèces de relations juridiques.

Le mérite (ou la responsabilité) de la découverte du principe d'autonomie de la volonté est attribué, dans la meilleure hypothèse, aux « modernes ». Or ceux-ci n'ont jamais entendu élaborer autre chose qu'un système comportant une réponse d'un type particulier à l'opposition des conventions en nommées/innomées. Le principe d'autonomie de la volonté, au sens où l'ont développé, après les « modernes », ses véritables créateurs, les tenants de la doctrine juridique postérieure au Code Napoléon, et jus-

(16) O. D., pp. 197 et s.

(17) On songe, bien sûr, aux classiques RIPERT, SAVATIER...

qu'aux manuels les plus récents, est le produit d'une idéologie récente sécrétée au même moment où, dans l'ensemble des domaines du savoir, l'homme devenait à la fois le sujet et l'objet de sa propre connaissance.

*
* *

La partie en action se déroule, par conséquent, selon un certain nombre de relations symétriques entre joueurs. Les types de rapports y sont en nombre fini, dont on peut donner la configuration et auxquels il suffirait d'attribuer des noms pour ruiner jusqu'à l'idée d'existence d'un principe d'autonomie de la volonté. Les divers systèmes juridiques se distinguent précisément par le genre de réponse qui est donné à la question de savoir à quelles sortes de conventions sera attribuée, ou non, la sanction juridique, c'est-à-dire celle du groupe où se forge le système considéré. Dans le système du Code Napoléon, tout pacte formé avec l'assentiment des parties doit être suivi d'effets. Il faut entendre par là que tous les types de rapports y sont reconnus, même sans être nommés. Mais de la manière même dont le législateur a cru pouvoir analyser les différentes sortes de relations qui lui paraissaient possibles, afin d'en donner une théorie susceptible de faire intervenir une sanction efficace, il a engagé le Code dans un système qui ne saurait rendre compte de la finitude des relations possibles, pour trois raisons. Premièrement, parce qu'il laisse croire au caractère infini des espèces de Conventions. Deuxièmement, et non sans contradiction avec ce qui précède, parce qu'il introduit à une typologie trop restrictive. Troisièmement, parce qu'il confond en une masse unique deux sortes de rapports qui ne peuvent supporter la comparaison : les relations symétriques et celles qui, ne l'étant pas, fonctionnent, en réalité, comme des *gages* d'un déroulement heuristique de la partie qui se joue.

CHAPITRE TROISIÈME

LES GAGES

Ainsi introduite, la partie doit pouvoir se dérouler sans risque d'interruption. À ce titre, un certain nombre d'institutions apparaissent comme des gages du bon fonctionnement du jeu. Telles concernent l'ordonnement de ce que nous avons désigné sous l'expression « jeu en position » : il s'agit de *garanties organiques* ; telles autres visent plus précisément la bonne marche de la « partie en action » : ce sont des *garanties fonctionnelles*.

Il ne sera besoin de s'étendre longuement ni sur les unes ni sur les autres. Si leur examen présente ici un intérêt, c'est essentiellement celui de montrer quelle est leur fonction propre dans la perspective communicatoire où nous avons placé le débat.

SECTION I

GARANTIES ORGANIQUES

Lorsque M. Carbonnier lie, de cause à effet, la parenté et l'alliance aux obligations alimentaires et successions (1), il a raison à un double titre. En effet, non seulement il est vrai que, dans le système du Code civil, les successions et la plupart des obligations alimentaires sont une suite de l'établissement d'un tel lien (2), mais encore il apparaît, lorsqu'on se place dans la perspective que nous avons choisie, que parenté et alliance sont à la perpétuation des classes de joueurs, ce que les successions et les obligations alimentaires sont à la perpétuation des enjeux.

(1) CARBONNIER, 1, t. I, n° 196.

(2) Il est éloquent de noter que les règles de calcul des degrés de parenté sont insérées au cœur de la réglementation des successions (art. 735-738).

§ 1. – Perpétuation des classes de joueurs.

Le terme de parenté est défini de façon restrictive par les juristes. C'est « le rapport de droit qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre (parenté ou ligne *directe*) ou qui descendent d'un auteur commun (parenté ou ligne collatérale). C'est une communauté de sang » (3). À la parenté, on opposera l'alliance, qui s'entend du « rapport de droit qui existe entre l'un des époux et les parents de l'autre... (conception) plus étroite que la notion courante, qui suppose volontiers que, par le mariage, les deux familles s'allient tout entières » (4).

Ici apparaît le mariage qui, bien que les rédacteurs du Code Napoléon en aient traité séparément, se trouve imbriqué dans les questions de parenté et d'alliance. Il suppose, dans le système juridique de l'an XII la non-existence d'une parenté ou d'une alliance entre les futurs époux ; mais il se crée, de par sa célébration, de nouveaux liens de parenté et d'alliance. Le mariage est au centre du réseau de liens personnels, la parenté et l'alliance, de telle manière que :

1° l'alliance est le produit du mariage et de la parenté ;

2° la parenté n'est pas forcément liée au mariage, mais elle est conçue en fonction de lui. Ainsi la parenté qui ne résulte pas du mariage est-elle modelée sur la paternité issue du mariage, laquelle, seule, a droit à la qualification caractéristique de « légitime » (art. 312 et s. ; 319 et s.) ;

3° à ces notions, il faut ajouter celle d'amitié, à laquelle le législateur de 1804 a parfois donné un contenu juridique dans le cadre de la famille.

La réglementation du mariage mérite donc d'être abordée en même temps que l'étude des formes de parenté (5). Non qu'il soit question d'épuiser ici le sujet selon les procédés mathématiques utilisés par certains (6). Notre propos consistera plutôt à rechercher où se « situent » ces notions dans le système du Code Napoléon.

Or si le mariage et son complément le divorce fait l'objet d'un traitement global constituant une totalité, la parenté, l'alliance et l'amitié sont envisagées non en elles-mêmes, mais en fonction d'autres institutions : empêchements à mariage, paternité et filiation, adoption, successions, aliments, notamment. Nous envisagerons successivement ces deux masses de textes.

(3) CARBONNIER, *loc. cit.*

(4) *Ibid.*, n° 197.

(5) Cf. LÉVI-STRAUSS, 2, p. 45 ; *id.*, 5, préf. à la 1^{re} éd., p. IX.

(6) *Id.*, 2, pp. 42-43.

A. – LE MARIAGE.

Il ne s'agit ici d'examiner ni la question des empêchements (qui relève de la parenté et de l'alliance), ni les suites du mariage (qui concernent les enjeux). C'est de la nature du mariage que nous nous occuperons. Et le problème consiste essentiellement à savoir si le mariage du Code Napoléon est un contrat ou une institution.

I. – Considéré comme contrat, le mariage devrait pouvoir répondre à certaines conditions de symétrie parfaite, pouvant permettre de le représenter par un schéma comportant une dation réciproque des personnes. Une remarque s'impose. On est souvent tenté de rapprocher le mariage d'une vente. C'est une association qui, pour de nombreuses raisons, vient facilement à l'esprit. Or le fait que, dans cette double dation, la contre-prestation porte sur la « chose » même qui faisait l'objet de la prestation initiale, montre que, s'il fallait rapporter le mariage à un type de contrat que nous avons signalé précédemment, ce serait moins à la vente, qu'il faudrait le faire, qu'au dépôt. Mais, à la différence du dépôt, ce type de relation ne fait pas intervenir de tiers. Si le mariage était un contrat, il s'agirait donc d'une convention *sui generis*.

Un certain nombre de textes du Code civil semblent même devoir confirmer cette hypothèse. Comme le fait bien remarquer M. Carbonnier, « l'article 1398 dit expressément que c'est un contrat... D'autre part, l'article 146, en mettant l'accent sur le consentement dans la formation du mariage, paraît corroborer l'idée de contrat » (comp. art. 172) (7). De même, on doit noter que l'erreur dans la personne est une cause de nullité (art. 180). Mais surtout, le Code Napoléon consacrait le divorce par consentement mutuel (art. 276 sq.), seul véritable divorce au sens étymologique : « *Divertere*, chacun s'en va de son côté » (8). Mais il serait erroné, s'arrêtant à ce stade de raisonnement, de déduire des textes du Code que le mariage est un contrat.

II. – Que de textes, en effet, montrent combien « la société fait sentir le poids de sa contrainte, en matière matrimoniale » (9). Il ne s'agit pas seulement des interdits matrimoniaux (art. 147 ; 63 sq. ; 165 sq.) : interdiction de la polygamie simultanée et de l'inceste, rites du mariage (10), mais de bien d'autres facteurs qui révèlent l'existence d'une antisymétrie au sens large dans les rapports qu'établit le lien matrimonial. C'est, par exemple, la dissolution automatique du mariage du mort civilement (art. 25) ; ce sont divers cas de nullités du mariage, fondés sur le non-respect des conditions imposées par la législation (art. 180 sq.) ; c'est la

(7) CARBONNIER, 1, t. I, n° 90, p. 298.

(8) *Ibid.*, n° 126, p. 401.

(9) *Ibid.*, n° 100, p. 331.

(10) *Ibid.*, n°s 100 et 101, pp. 331 et s.

réglementation particulière du mariage putatif (art. 201 sq.) ; c'est le caractère exorbitant, eu égard à la conception du contrat dans le Code Napoléon, d'une convention à durée indéterminée, et cependant indissoluble (comp. 1869) ; c'est la limitation extrême du divorce non seulement par consentement mutuel, mais encore pour des causes précises (art. 229 sq.).

D'ailleurs, le divorce apparaît moins, dans le Code, comme un contrat de mariage à rebours que comme une soupape de sécurité. À cet égard, aussi paradoxal que cela puisse paraître, c'est sur le rôle essentiellement communicatoire du divorce, qu'il faut insister. De la même manière que l'on s'est trompé en présentant traditionnellement aux enfants de France, le Rhin comme une frontière naturelle, alors qu'il est un moyen de communication, comme le sont les cours d'eau (les dialectes sont plus proches, dit-on, de part et d'autre, à une même latitude, que sur la même rive, d'amont en aval), de même, on induit les individus en erreur en laissant se propager, de génération en génération, l'idée que le divorce serait une « maladie honteuse ».

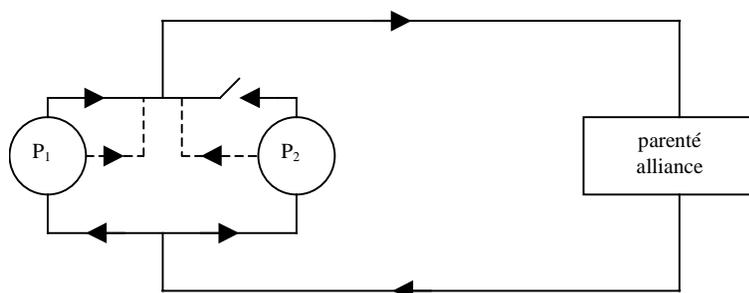
Bien au contraire, si l'on considère le mariage comme une institution – et c'est à cette conclusion que nous amène la lecture du Code Napoléon –, il faut prévoir un certain nombre d'issues ail cas de mauvais fonctionnement de l'institution : le divorce en est une. En effet, dans le mariage-institution, l'union matrimoniale de deux personnages P_1 et P_2 ne se résout nullement en une double dation, schéma qui rendait compte d'un contrat symétrique, mais par une dation simultanée en vue d'une prestation x au bénéficiaire d'un groupe social la famille (parenté ou alliances qui, à son tour, peut – et doit – le moment venu, opérer une prestation y au bénéficiaire des époux.

Le fondement économique de l'institution apparaît clairement. Mais supposons que le but recherché ne puisse être atteint en raison d'une résistance de l'un ou de l'autre des époux à maintenir sa part contributive ; l'institution risque alors de se retourner contre le groupe en faveur duquel elle a été imaginée. Dans ce cas, la communication ne peut être rétablie, le jeu ne peut continuer à fonctionner que grâce à l'intervention d'une autre institution. C'est le divorce, dont l'effet est moins de rétablir un *statu quo ante* que d'établir un nouvel ordre de choses, de nouveaux rapports, en vertu desquels les joueurs pourront poursuivre la partie menacée un instant.

Mariage et divorce ne forment donc pas un couple d'opposition. Ils sont, l'un une garantie de perpétuation des classes de joueurs, l'autre une garantie supplémentaire, éventuelle et successive par rapport à la première, en cas de « panne » du mariage. Cela explique peut-être que le législateur de l'an XII ait si facilement pu faire du divorce un titre à part et faisant de tout en soi ; cela explique surtout que le divorce ait, par la suite, pu être retranché du Code, au cours du XX^e siècle, puis rétabli, sans que cette amputation ni cette addition – qui eussent été essentielles au

cas de mariage-contrat – influât le moins du monde sur l’institution matrimoniale. Le divorce fait donc partie, dans la machine juridique qu’est le Code civil, de ces soupapes de sécurité qui évitent l’éclatement du système. Mais, considérées comme telles, elles doivent servir le moins possible. Cela montre que la culpabilisation organisée des divorcés (chantage à l’inéluctable traumatisme des enfants de ménages séparés, par exemple – comme si le mariage suffisait à assurer aux époux et aux enfants équilibre psychologique et épanouissement de la personnalité) a une résonance idéologique et s’insère comme telle dans les composantes de la paix bourgeoise.

Le schéma réel du mariage-divorce se complique donc, si l’on veut rendre compte au mieux des textes du Code, de la façon suivante :



Si la ligne directe est rompue, libérant ainsi les époux au cours d’une partie mal engagée, du moins ceux-ci (on le voit en suivant le pointillé) n’en laissent-ils pas moins un peu d’eux-mêmes dans les liens créés par l’union malheureuse.

On ne manquera pas de rapprocher le mariage du contrat de société. Les schémas, il est vrai, présentent de nombreuses similitudes : mais, pour toutes les raisons que nous venons d’énumérer, il n’est pas possible de les réduire l’un à l’autre. Il est vrai, néanmoins, que, comme la société, le mariage présente ce double aspect d’apparaître comme un contrat entre les époux, mais de ne réaliser pleinement sa nature que dans un mouvement de transitivité vers les tiers, qui le place d’emblée parmi les gages du bon fonctionnement de la partie en action. Bien que fondé sur une convention de choix mutuel, le mariage est cependant une institution, dont le but est de perpétuer le jeu par création de joueurs et élargissement des rapports de garantie assurés par la parenté et l’alliance.

B. – PARENTÉ, ALLIANCE, AMITIÉ.

Nous avons examiné plus haut les différentes classes de statuts à l’une desquelles le candidat au jeu devait nécessairement être intégré.

L'analyse procédait alors suivant un découpage que nous pourrions dire vertical, lisant ensemble tous les A, tous les B, etc.

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| A | A | . | C | D | . | B | D |
| A | . | B | C | D | E | . | D |
| . | A | . | C | D | E | . | D |
| A | A | B | . | D | E | . | . |
| . | A | . | C | . | E | B | . |

Si nous opérons à présent une lecture horizontale, nous obtenons une chaîne syntagmatique dont la définition se trouve dans le mot « famille » et, plus précisément dans la trilogie « parenté-alliance-amitié ». C'est à ce groupement de personnages que revient la mission de garantir le développement et le maintien des classes de joueurs tant au cours du déroulement normal de la partie qu'en cas de fonctionnement défectueux

1° Survenance d'événements attendus.

a) En cas d'union matrimoniale de l'un des membres de ce groupe restreint, la première garantie s'exprime dans le respect des règles d'empêchements à mariage. Il est vrai que la prohibition de l'inceste est très restreinte dans notre société (11). Juste avant la codification napoléonienne, la loi du 20 septembre 1792 avait prohibé le mariage seulement entre les ascendants et les descendants, et les alliés dans la même ligne, et entre le frère et la sœur. Au cours des discussions au sein de la Section de Législation du Conseil d'État, la question fut agitée de savoir si les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs seraient prohibés, ainsi que ceux entre oncles et nièces, tantes et neveux. La décision ultime (favorable à ces prohibitions, avec toutefois la possibilité de dispense pour ces derniers types de mariages) importe moins que la justification avancée par les défenseurs de cette opinion. « (Ils) disaient », rapporte Maleville, « que les prohibitions dont il s'agit devaient être maintenues pour multiplier les alliances, prévenir la corruption des mœurs qui se glisserait facilement à la suite des communications familiales, si le mariage pouvait en effacer la honte ; et encore pour croiser les races qui dégénèrent ordinairement à la suite des mariages entre individus de la même famille ? » (12). De ces arguments, il faut rapprocher un autre : ceux qui se montraient favorables au mariage entre oncle et nièce, ne l'étaient nullement à l'union entre la tante et le neveu, qui devait – prétendaient-ils – « être ordinairement stérile » (13). On reste confondu devant telle argumentation, et l'on songe à ces pages où Lévi-Strauss, ayant montré que l'eugénisme constituait un argument d'origine récente, notait que « c'est

(11) LÉVI-STRAUSS, 5, p. 34.

(12) MALEVILLE, t. I, p. 177.

(13) *Ibid.*, p. 178.

dans les concepts biologiques que résident les derniers vestiges de transcendance dont dispose la pensée moderne » (14).

On assista, il est vrai, à une riposte très sensée fondée précisément sur l'espoir d'une meilleure sauvegarde des classes de joueurs, par la faveur pour les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs qui – sauf après un divorce – permettraient de « donner aux enfants provenus de la première union, un nouveau père ou une nouvelle mère, dans le frère ou la sœur de ceux qu'ils avaient perdus » (15). Mais ce fut en vain. Parents et alliés sont écartés, au même degré, d'unions jugées néfastes, biologiquement et moralement, à la perpétuation et à la bonne conservation des classes de joueurs (art. 161 et 9.). La réglementation des oppositions au mariage découle de ces principes, montrant de surcroît que le législateur estimait la famille liée toute entière par le mariage de l'un de ses membres (art. 172 et s.) : « le droit de former opposition... appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes » (art. 172).

b) En cas de décès de l'un des membres de ce groupe restreint, parenté-alliance-amitié interviennent pour garantir la bonne garde des joueurs éventuellement privés de leur appui statutaire. L'intervention nous intéresse ici non pas au niveau de la récupération de l'enjeu – il en sera question plus loin – mais en ce qui concerne la protection individuelle des joueurs dont le statut est mis en péril (art. 733 ; 753 ; 755). Citons le cas d'interdiction d'un parent (art. 490), le concours prêté par la parenté à la mère qui souhaite user de son droit de détention à l'encontre de son enfant (art. 381). Mais c'est surtout l'organisation de la tutelle qui est visée par notre propos, où parents et alliés ont leur mot à dire (art. 432), ainsi que celle du Conseil de famille, où se retrouvent les uns et les autres et même, à défaut, les amis (art. 406 à 413 ; 479) : « (le juge de paix appellera), dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur » (art. 409). Peut-être faut-il voir là une trace de la vie communautaire ancienne, l'un des rares moments où l'individualisme du Code Napoléon avoue ses limites (16). Mais il y a certainement aussi, là, une trace de jansénisme.

2° *Survenance d'un accident.*

En cas de fonctionnement « anormal » de l'institution matrimoniale, il fallait prévoir un système de récupération. Ce dernier peut avoir à être mis en œuvre en cas de défaut soit dans un mariage, soit du mariage lui-même.

(14) LÉVI-STRAUSS, 5, pp. 15 et 17.

(15) MALEVILLE, t. I, p. 177.

(16) À ce titre, l'exemple aurait pu figurer, peut-être, dans J. GAUDEMET, 2, p. 185.

a) Défaut dans le mariage : la parenté peut intervenir soit dans une demande en nullité de mariage (art. 187-188), soit en versant son témoignage au dossier d'une procédure en divorce (art. 251).

b) Défaut de mariage : n'étant pas un phénomène purement juridique, la procréation risque d'intervenir hors mariage ; inversement, la volonté humaine se trouvant parfois impuissante devant un phénomène biologique, il peut être suppléé à l'absence de descendance légitime. En d'autres termes, la question qui se pose revient à savoir comment conserver statutairement dans le groupe un individu qui ne rentre pas dans le cadre « normal » des rapports de paternité et de filiation. C'est la réglementation des parentés naturelle et adoptive (art. 331 sq. ; 343 sq.), dont le contenu est assez connu pour qu'on n'y revienne pas, mais dont il était essentiel de voir comment, dans la perspective qui est la nôtre, elle se situe par ni les gages du bon déroulement de la partie en action. Notons en particulier que l'adoption n'est pas, originairement, dans le Code civil, une institution établie dans l'intérêt de l'enfant, mais pour assurer la garantie du bon fonctionnement d'un système menacé par l'absence (chez l'adoptant) d'un héritier successible, et la présence (en l'adopté) d'un joueur mal intégré.

§ 2.—Perpétuation des enjeux.

Un certain nombre d'institutions ont un rôle de garantie eu égard non plus aux joueurs, mais aux enjeux, qu'il s'agisse d'assurer des « mises » à des individus dépourvus de biens, ou de relever à tout prix l'enjeu d'un joueur défaillant, ou encore de régler le sort d'éventuels biens vacants.

A. — LES ALIMENTS.

En règle générale, ce qu'il est convenu de nommer l'obligation alimentaire pourrait être schématisé en un graphe sagittal comportant une flèche unique toujours orientée du personnage nanti vers le nécessiteux. L'obligation alimentaire est l'un des rapports majeurs entre le couple, d'une part, les parents et alliés d'autre part. C'est par elle que l'on peut définir, dans la plupart des cas, la relation que nous avons figurée dans le schéma de l'institution matrimoniale, par les lettres *x* et *y*.

Que les aliments soient dus au sein de la famille légitime, semble aller de soi. C'est en pensant à ce cas, en tout cas, que le législateur a réglé l'institution. Parmi les hypothèses de mauvais fonctionnement du jeu, il compte, en effet, au premier rang, les mésententes. Et où les risques de mésentente — donc de non-communication — sont-ils les plus nombreux, sinon dans la famille, où l'on se côtoie chaque jour ? Mais une chose confirme bien le rôle de « gage » de l'obligation alimentaire : c'est que la dette d'aliments est due essentiellement dans les cas où les garanties

concernant les statuts des joueurs ont mal fonctionné : parenté adoptive et naturelle, et même parenté adultérine et incestueuse (art. 349 ; 762 sq.). Pour les enfants adultérins et incestueux, point de place officielle dans le groupe. Et cependant, devant l'impossibilité de les exclure physiquement, il faut bien en tenir compte juridiquement, ne fût-ce que le moins possible : la matière des aliments est chargée de remplir cette mission, d'assurer la survie des individus sans admettre leur intégration, d'organiser une sorte de partie qui se joue en marge du jeu de société.

B. – LA GESTION D'AFFAIRES.

En analysant ce quasi-contrat, nous avons remarqué qu'il relevait des garanties du bon fonctionnement de la partie en action ; il permet, en effet, à une personne de s'immiscer de sa propre autorité dans les affaires d'un individu, fût-ce à son insu, afin de les régler, jusqu'au moment où ce dernier est en état d'y pourvoir lui-même. Ainsi le jeu ne risque-t-il pas d'être interrompu.

C. – LES SUCCESSIONS.

C'est d'un tout autre ordre d'idée que relève l'organisation des successions (art. 718 sq.). Un joueur décède : qui prendra en charge l'enjeu ? La question est capitale, et Domat l'avait bien senti, qui divisait les *Loix civiles* selon ce plan bipartite : *engagements*, puisque la société ne s'établit et ne subsiste que par eux (il s'agit bien de ce que nous avons dénommé la « partie en action »), et *successions*, puisqu'elle ne dure et ne se perpétue que par elles (il est donc juste de les traiter de « gages » (17)).

La réglementation du Code Napoléon étant fondamentalement individualiste, l'attention de ses rédacteurs fut peu retenue par les communautés successorales (18). On connaît les suites : le morcellement des propriétés, l'enfant unique... Et cependant, dans le système du Code, fondé sur l'existence de classes de joueurs, et de l'accession progressive des individus sous puissance à la table de jeu au titre de joueurs à part entière, seule une attribution des chances – c'est-à-dire dans ce système, une répartition égale des biens, objets des mises – pouvait *logiquement* être instituée.

Nous avons, au début du chapitre précédent, exposé le graphe des successions et celui des donations, montrant qu'entre le *de cujus* et l'héritier, comme entre le donateur et le donataire, la symétrie de la relation était assurée par le couple dation/acceptation. Cela explique la place très importante accordée par le législateur napoléonien aux substitutions fidéicommissaires, prohibant toute substitution, mais ne considérant pas

(17) Cf. O.D., p. 144.

(18) J. GAUDEMET, 2, p. 185. OURLIAC et de MALAFOSSE, t. III, pp. 450-452.

comme telle « la disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire, ne le recueillerait pas » (art. 896-898). On insiste souvent sur la prohibition des substitutions, et l'on regarde comme normale cette dérogation. Elle l'est, en effet, mais pour une raison que l'on n'avance pas : c'est qu'elle est un témoignage de la logique du Code, qui veut qu'on relève à *tout prix* l'enjeu du joueur défaillant pour cause de décès. Et cela vaut bien une entorse au régime général des substitutions.

D. – BIENS VACANTS.

Il arrive qu'une succession ne puisse trouver héritier. En dernier ressort, elle « est acquise à la République » (art. 768). C'est la stricte application du principe suivant lequel « les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la nation » (art. 713). Ces biens ne sont pas retirés du jeu, mais, faute d'être relevés par un individu (ce qui a lieu par exemple dans l'occupation et l'accession) (art. 712 et s.) et pour ne pas être exclus des mises, ce qui diminuerait la substance des enjeux, sont pris en charge par tous.

SECTION II

GARANTIES FONCTIONNELLES

Tandis que la réglementation concernant la parenté, les successions et les obligations alimentaires, visait à garantir la perpétuation des classes de joueurs et des enjeux, ce que nous avons appelé le jeu en position, certaines institutions du Code civil étaient établies pour assurer les prolongements du bon déroulement de la partie en action. De ces dernières relèvent les « sûreté », dans un sens plus large que ne l'entendent les techniciens du Droit. Sous ce vocable, en effet, nous engloberons plusieurs catégories de règles :

1° celles qui ont pour but l'accroissement des garanties économiques de l'échange. Elles visent les cas :

- a) d'adjonction, à une convention symétrique, d'une opération destinée à la rendre plus sûre ;
- b) d'unions de joueurs ;
- c) de désunions, enfin, si le consortium dont on vise la fin s'avère moins profitable que l'action solitaire.

Ces trois hypothèses apparaissent comme autant de *sûretés positives*.

2° Celles dont l'objet consiste dans une *pénalisation* des mauvais joueurs. On doit compter dans ce groupe :

- a) les prescriptions et divers moyens de contrainte ;

b) ce qu'on appelle aujourd'hui le Droit de la responsabilité ;

3° celles qui établissent un certain *formalisme* en fonction de la trop grande insécurité qui résulterait d'une totale réalisation juridique des simples accords de volonté dénués de toute matérialisation ;

4° celles dont le rôle est de déterminer les limites dans lesquelles le Code de la Raison concède une place à l'intervention du *hasard*.

Les deux premières catégories peuvent être groupées sous le titre de *sûretés formelles*. En effet, elles comprennent les dispositions juridiques mathématiquement et logiquement supposées par la nature des conventions auxquelles elles sont adjointes. Les deux autres catégories constituent plus précisément, dans ce discours con sensualiste, des sûretés particulières inhérentes au type de système choisi.

§ 1. – Sûretés formelles.

A. – SÛRETÉS POSITIVES.

a) *Pactes adjoints*. On doit considérer comme des gages du bon fonctionnement du jeu, un certain nombre de conventions qui, bien que paraissant autonomes dans le discours du Code civil, s'inscrivent économiquement comme des adjonctions à des conventions symétriques préexistantes (19). Reportons-nous au tableau que nous avons dressé à la fin du chapitre précédent : nous pouvons faire entrer dans cette catégorie le cautionnement, le gage, le nantissement, les hypothèques, le séquestre, le mandat non accepté, le mandat considéré dans sa transitivité ; il faut y ajouter le commodat, dont le rôle consiste à aider un joueur momentanément en difficulté (art. 1955 ; 1984 ; 2011 ; 2071 ; 2073 ; 2214).

b) *Unions de joueurs*. Il s'agit, bien entendu, de la société (art. 1832), mais aussi, comme nous l'avons signalé lors de l'examen de ce contrat, des conventions matrimoniales (20). À vrai dire, n'y a-t-il pas un paradoxe à classer les régimes matrimoniaux parmi les gages du bon déroulement de la partie qui se joue, alors que le Code Napoléon proclame la liberté des conventions concernant « l'association conjugale quant aux biens » (art. 1387) ?

En réalité, une fois encore, la liberté n'est qu'apparente ; du moins, dans la mesure où elle existe, ne s'applique t elle qu'à un choix entre différents régimes, et à un choix si restrictif que, en fin de compte, il faut bien admettre que, là encore, le groupe dicte sa loi. Et tout d'abord, cette affirmation se trouve confirmée par l'existence du régime légal. La ré-

(19) Ce que nous appelons « pactes adjoints » ne recouvre pas exactement les *pacta adjecta ad augendam obligationem* du Droit romain (cf. GIRARD, p. 635).

(20) CARBONNIER, 3 : tout y est dit sur le rapport des notions de société et d'association à celle de régime matrimonial.

glementation n'est, certes, que supplétoire. Mais en donnant le « modèle », le législateur entend bien guider la majorité des joueurs, et montrer aux autres quel est le seuil d'exclusion. De plus, un certain nombre de restrictions à la liberté des conventions matrimoniales assure le respect des règles fondamentales du jeu. Il s'agit tout d'abord des *bonnes mœurs* (art. 1387, *in fine*). Nous ne reviendrons pas sur la signification de l'expression dans le Code. Mais était-il besoin de les faire intervenir dans cette matière ? Parce qu'elle touche au mariage ? Mais c'est alors bien confirmer que le mariage est une institution, et les conventions matrimoniales une série de garanties de l'institution matrimoniale. Il s'agit également de six clauses dont on peut ainsi résumer l'objet et la teneur :

— garantie de l'intangibilité des classes de personnes : les conventions matrimoniales ne peuvent contenir de dérogation à la puissance maritale et paternelle (art 1388) ;

— garantie de l'intangibilité des modes prévus pour relever la place d'un joueur défaillant pour cause de décès : il est impossible aux époux de modifier l'ordre légal des successions (art. 1389) ; il faut ajouter là la disposition particulière applicable en cas d'existence d'enfants nés d'une précédente union (art. 1527) ;

— garantie de l'intangibilité du système tout entier tel qu'il est instauré par le groupe : est inefficace la stipulation prévoyant le retour à une législation antérieure au Code (art. 1390). Il est surprenant et significatif que les rédacteurs aient estimé nécessaire l'insertion au Code d'une telle disposition, alors que l'abrogation de la législation antérieure à celle de l'an XII était expressément prévue par ailleurs (art 7 de la loi du 30 ventôse an XII « sur la Réunion des Lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des Français »). Certes, la loi concernant ce titre particulier des conventions matrimoniales fut-elle publiée à part, comme les autres, avant son incorporation au Code. Mais, d'une part, dans les titres voisins, rien de tel n'était généralement prévu ; et d'autre part, lors de la réunion, cette disposition aurait pu être effacée, comme furent modifiés quelques autres articles dans d'autres matières ;

— garantie de l'intangibilité des conventions matrimoniales elles-mêmes telles qu'elles auront été stipulées (art. 1394 ; 1395 sq.) : non seulement le législateur impose un formalisme très strict, mais encore interdit-il que l'on touche à ce qui aura été convenu une fois pour toutes. La générosité dont fait preuve le groupe, qui laisse une certaine latitude aux individus en la matière, a cette limite essentielle qu'elle est instantanée. L'entrée dans le statut de gens mariés, en lui donnant sa vigueur, y met, du même coup, un terme.

c) *Désunions*. Comment le partage (art. 815 et s.) peut-il être compté parmi les sûretés positives ? N'est-il pas une division ? Il l'est, certes, mais une division qui se veut efficace. Cette manière de voir est confir-

mée par l'analyse graphique que nous en avons faite en son temps. Il est une garantie, bénéficiant à des joueurs qui estiment compromettante une prolongation de l'association de la société, de la communauté existantes.

B. – SÛRETÉS NÉGATIVES.

Le groupe doit parfois pénaliser certains joueurs de leur manière de participer à la partie en action. À la lenteur et à la négligence, le groupe oppose les prescriptions (art. 2219 sq.) qui permettent d'acquérir ou de faire perdre un bien (*lato sensu*) par la seule action du temps, afin de ne pas courir le risque de « bloquer » le jeu par inertie. Et peu importe, à cet égard, qu'elles soient dites acquisitives ou extinctives. De la même manière, de la réticence, il vient à bout par l'expropriation forcée (art. 2204 sq.) ou la contrainte par corps (art 2059 sq.). Grâce aux nullités (21), annulations, grâce à la théorie des vices du consentement (art. 1109 sq.), grâce aux rétroactivités, il écarte les risques de fraude. Mais c'est surtout ici le siège de la matière de la *responsabilité* (contractuelle et délictuelle) (art 1382). Elie Faure notait que « par une contradiction paradoxale, mais nécessaire, l'horreur des responsabilités grandit dans la proportion même où s'accroît l'individualisme, justement parce que l'individualisme enlève à l'individu la notion qu'il n'est quelque chose qu'en fonction d'un organisme commun. Il n'y a plus de responsabilité parce qu'il n'y a plus d'organisme, le jeu normal de chaque organe et sa solidarité avec tous les autres groupes pouvant seuls la fixer, la définir et la délimiter » (22). Si l'on se souvient que Portalis comptait sur le Code civil pour éduquer les hommes(23), la présence de cette institution apparaît comme le témoignage d'un refus du législateur de l'an XII, de se laisser enfermer dans le système de l'individualisme desséchant, comme une tentative de libérer la volonté de l'homme sans porter préjudice à la partie qui se joue dans les relations civiles. Et l'échec n'en est que plus éloquent, puisqu'il amène à se poser la question de savoir si un tel système est seulement possible.

§ 2. – Sûretés inhérentes au type de système choisi.

Le Code civil passe traditionnellement pour le monument du consensualisme. Dans cette perspective, n'est-il pas paradoxal de voir le législateur exprimer sa défiance à l'encontre du rôle tout-puissant que serait normalement amenée à jouer la volonté, en imposant très souvent un formalisme rigoureux, et en restreignant l'intervention du hasard, auquel les parties contractantes peuvent avoir eu le désir de s'en remettre ? Cette

(21) CARBONNIER, 1, n° 43, p. 148.

(22) Elie FAURE, t. III, p. 660.

(23) *Disc. prél.* dans FENET, t. 1, p. 329. Cf. encore FENET, t. I, p. Ivij : un Code civil pour « former l'opinion publique ». Cf. ARNAUD, 6, pp. 128-129.

attitude a amené les rédacteurs de l'an XII à établir un certain nombre de sûretés relevant soit d'une *célébration du geste*, soit d'une *domestication de l'événement*.

A. – CÉLÉBRATION DU GESTE.

L'opposition formalisme/consensualisme (24) n'est pas autre chose qu'un aspect de l'opposition ordre/liberté à laquelle nous avons vu, depuis le début de cette étude, le législateur napoléonien donner une réponse d'un type particulier. M. le Doyen Maillet a bien raison de faire remarquer « qu'en présentant le droit français comme totalement consensualiste, en fait, on émettait une préférence plutôt qu'une constatation, et on se référait à une idéologie juridique plutôt qu'à une présentation objective du droit positif... Les systèmes juridiques à tendance informelle correspondent aux sociétés dans lesquelles l'État reconnaît la primauté de l'individu et des finalités individuelles et renonce à la fois à contrôler l'individu, à organiser lui-même la vie collective et à protéger les droits de certaines personnes, pour laisser des mécanismes spontanés de type individualiste aménager la vie collective, les rapports inter individuels et les activités individuelles ; par contre, les sociétés où l'État entend assurer cette fonction en limitant corrélativement la liberté d'action de l'individu sont conduites à développer des tendances formelles dans le système juridique, puisque les formes sont l'un des instruments techniques par lequel l'État peut atteindre ses objectifs » (25).

Le problème est clairement posé : formalisme et consensualisme définissent deux types opposés de conception des rapports civils. Ce n'est pas à dire qu'ils soient nécessairement exclusifs l'un de l'autre. Et, très précisément, ils se côtoient dans le Code civil. Mais il s'agit de savoir, à la lecture des textes, lequel est le principal, lequel est l'accessoire. Or si, dans le système de l'an XII, le simple consentement forme toujours la convention (26), il faut bien admettre que, dans la pratique, cette règle apparaît comme une fiction. Que la définition de l'acte authentique soit placée au chapitre de la preuve des obligations n'y change rien (art. 1317). D'ailleurs le formalisme *ad probationem* n'est pas le seul utilisé dans le Code Napoléon. Et si l'acte authentique y est la forme la plus en faveur, elle n'est pas la seule : publications, délais, déclarations, enregistrements, autorisations, sommations, localisations interviennent constamment pour diminuer la valeur du *pactum nudum*.

Encore, par ce raisonnement, nous sommes-nous placés dans le cas d'un joueur de la classe A. Ceux des autres classes, par la seule intervention d'un protecteur au jeu, sont en réalité exclus du consensualisme.

(24) J. RAY, 1, pp. 292 et s. ; J. CARBONNIER, 1, t. I, n° 43, p. 147.

(25) J. MAILLET, 1, pp. 192 et 194.

(26) Cf. O.D., pp. 197 et s.

Pour eux, les rapports civils au terme du Code Napoléon sont des rapports essentiellement formels.

On se doit d'évoquer, alors, le problème qui sourd depuis le début de cette étude, de la rupture que représente le Code civil entre le jusnaturalisme « moderne » accommodé au goût français, responsable de l'ère des codifications, et du Code Napoléon en son acmé, d'une part, et le positivisme juridique naissant, d'autre part, dont ce même Code serait l'une des premières manifestations. Si le formalisme l'emporte, en réalité, dans ce monument du consensualisme, du volontarisme, du rationalisme subjectiviste, n'est-ce pas le témoignage d'une trahison par rapport à ses sources doctrinales immédiates ? Alors, le Code civil de 1804 apparaîtrait comme l'expression d'une double trahison. puisque, déjà, les tenants de la théorie des XVI^e et XVIII^e siècles avaient élaboré leurs théories sur une suite de méprises (volontaires ou accidentelles) dans l'interprétation des textes romains (27). Mais au-delà même du débat entre le jusnaturalisme « moderne » et le positivisme, formalisme et consensualisme posent le problème de la naissance même de la science juridique, qui est langage (28). Entre le Droit romain et le Code Napoléon, M. le Doyen Maillet souligne justement une ressemblance qu'on évoque peu souvent : « systèmes à formes complexes mais employant un nombre limité de formes » (29). Dans l'un et l'autre cas, le Droit est encore un *ars*. C'est à partir du moment où, sans que les échanges se produisent effectivement, le langage les dépasse au point de devenir lui-même matière d'échange, que la réglementation des rapports civils s'organise en science (30). La science du Droit, c'est la science des fictions, car l'autonomie que requiert l'inscription des rapports sociaux en un système suppose le sacrifice de la réalité à la cohérence formelle.

B. – DOMESTICATION DE L'ÉVÉNEMENT

Grâce au traitement particulier que réserva le législateur napoléonien à tout ce qui fait intervenir le hasard – odieux par nature à la Raison qui gouverne les rapports sociaux –, nous voyons très précisément comment le Code civil se trouve à un tournant épistémologique. En effet, si la tradition juridique jansénisante – dont on sait qu'elle est largement responsable de l'esprit de ce Code (31) – inspira la défiance des rédacteurs à l'encontre des contrats aléatoires, ce fut à la suite d'une mauvaise interprétation du discours pascalien sur le thème du pari. Lorsque le Chancelier Daguesseau condamnait les loteries, dans le développement desquel-

(27) O.D., 3^e partie.

(28) Cf. LÉVI-STRAUSS, 2, p. 327 ; *id.*, 5, pp. 566-568.

(29) J. MAILLET, 1, p. 180.

(30) G.-G. GRANGER, 1, pp. 16, 22, 37, 67 ; M. FOUCAULT, 1, *passim*.

(31) Cf. O.D., *passim*.

les il voyait, pour son siècle « une marque de gueuserie » (32), il refusait implicitement, sur un point précis, la transformation du Droit en science. Parlant du parieur pascalien, M. Granger montre que « l'action rationnelle consiste... à s'assurer, dans tous les cas, le plus grand bien possible et la moindre perte ; il est donc sage de supposer que l'événement extérieur... se détermine de façon à mettre le parieur dans la situation la plus défavorable, et se décider en tirant le meilleur parti de cette situation éventuelle. Tel est le principe fondamental qui régit les modèles d'une conduite rationnelle de décision dans la théorie des jeux. Une mathématique en dérive, qui réintroduit assez singulièrement la notion de probabilité, puisqu'elle démontre qu'en général les choix optimaux entre les diverses stratégies doivent être des choix aléatoires attribuant à chacune d'elles des chances indirectement déterminées par les conditions du jeu. Ainsi se trouve transporté du plan de l'expérience vécue au plan des thèmes objectivés un fait humain, qui, désormais, appartient à la science » (33).

Or le Code civil déclare purement et simplement ne pas reconnaître les dettes de jeu ou consécutives à un parti (art. 1965). L'attitude du législateur vis-à-vis des contrats aléatoires consiste seulement à mesurer ce qui relève du pouvoir humain (34) : volontarisme aveugle qui dénote bien la conception qu'il a du Droit. C'est un *ars*, et la découverte de la règle juste se fait par un recours du jurisprudent, *vates*, truchement des dieux, à la Raison naturelle.

Qu'on n'oppose pas ici la reconnaissance par le Code du terme de la condition, du réméré, de la rescision (art. 1185 sq. ; 1659 sq. ; 1234) Nous avons vu qu'il s'agissait en réalité tantôt de modalités (35) affectant, qui l'exécution de l'obligation, qui l'engagement lui-même (et dans ce cas, ce sont des gages d'une communication plus vive entre les participants à la partie en action, par des facilités concernant le jeu) ; tantôt de garanties du respect de la structure même d'une règle du jeu fondée sur l'équilibre et l'horreur de la gratuité.

(32) *Ibid.*, n. 198.

(33) G.-G. GRANGER, 1, pp. 71-72.

(34) Cf. *supra*, ch. II, les contrats aléatoires.

(35) J. CARBONNIER, 1, t. I, n° 43, p. 149.

Conclusion

I – La structure du code civil français.

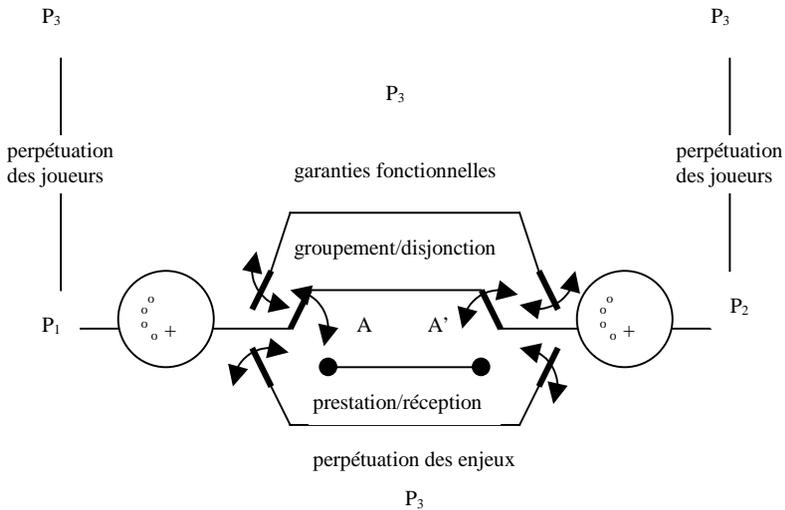
II – Relire le code.

I. – LA STRUCTURE DU CODE CIVIL FRANÇAIS.

À l'aide des divers paquets de relations que nous avons mis en évidence, il est possible de construire deux modèles rendant compte, l'un des relations civiles en général, l'autre des relations civiles dans la paix bourgeoise (choix particulier du législateur napoléonien).

1. – *Modèle des relations civiles.*

Deux personnes P_1 et P_2 sont en relation. Le schéma rendant compte de la communication échangée entre eux est le suivant :



Les conditions pour que la communication existe sont les suivantes :

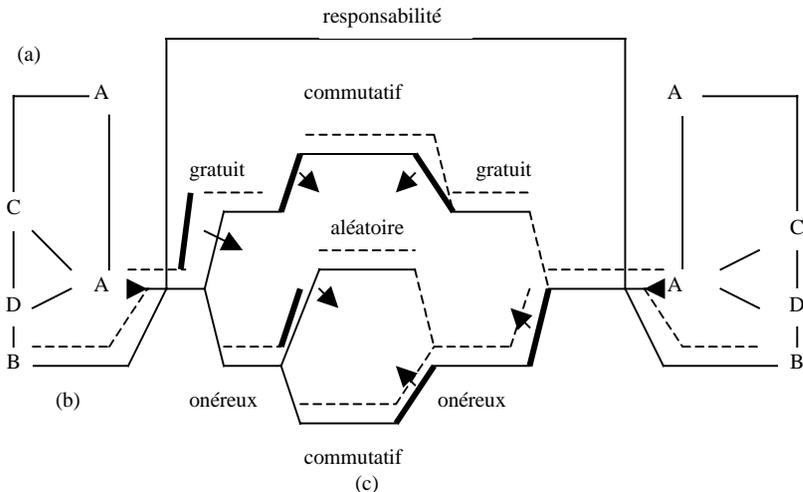
a) il faut, de part et d'autre, des sources énergétiques d'égale intensité. P_1 et P_2 sont considérés comme les sources énergétiques principales dans la communication qui les relie. Au cas de défaillance de l'une d'elles, l'intervention d'une source extérieure (P_3) permet de rétablir l'intensité souhaitée. Cela peut se faire au titre de la perpétuation des joueurs ou des enjeux, ou au titre des garanties fonctionnelles ;

b) il doit ne pas y avoir de coupure entre P_1 et P_2 . Si d'aventure les commutateurs A (sous commande de P_1) et A' (sous commande de P_2) n'étaient pas manœuvrés de façon à assurer le passage de la communication entre les deux joueurs, l'un des P_3 viendrait automatiquement, par le jeu des interrupteurs $B - B'$ ou $C - C'$ (chaque couple fonctionnant non séparativement), assurer, par le détour des garanties fonctionnelles ou de la perpétuation des enjeux, la communication entamée ;

c) quant au choix de la relation, une combinaison peut être effectuée entre divers registres comme par le moyen d'un cadran téléphonique où figureraient quatre touches : 1. équilibre, 2. gratuité, 3. sûreté, 4. réciprocité.

*2 – Le système du Code civil français :
modèle des relations civiles dans la « paix bourgeoise ».*

Par rapport au modèle précédent, les variations schématiques sont les suivantes :



Légende :

- (a) parenté, alliance, amitié, aliments, successions, sûretés.
- (b) instauration de classes de statuts.
- (c) limitation du choix des relations possibles.
- unilatéral.
- ===== synallagmatique.

a) les sources énergétiques sont divisées en classes de statuts telles que $A \geq B > C$ et D, seuls les éléments des classes A et B disposant d'une intensité suffisante pour « émettre » ou « recevoir » ;

b) toute émission porte réception, mais n'entraîne pas nécessairement réciprocité : dans cette hypothèse, il y a acte unilatéral ;

c) le choix de la relation se fait par variation de commutateurs entre des alternatives fixes : gratuit ou onéreux, puis commutatif ou aléatoire.

À la comparaison des deux schémas, il apparaît que si tout le Droit civil tient dans des relations directes entre individus, soutenues par des instruments de perpétuation des joueurs et des enjeux, et assurés par un certain nombre de garanties fonctionnelles, le Code Napoléon quant à lui précise ces données en insérant les relations inter-individuelles dans des cellules socio-économiques familiales organisées elles-mêmes en classes de statuts, et en les confortant par un principe général de responsabilité et un arsenal technique de sûretés.

Le Code civil français donne pour essentiel qu'il ne faut enfreindre aucune des données assurant la stabilité du système. Ce caractère fondamentalement contraignant s'oppose à celui qui émane du modèle des relations civiles en général : que les relations entre individus, supposant égalité d'intensité communicatoire entre les partenaires, dépendent du degré de responsabilité individuelle, la société n'intervenant que dans les rares cas de défaillance de cette responsabilité.

C'est en donnant à la notion de responsabilité un tour très particulier que le Code civil français – et le Droit bourgeois en général – acquiert une spécificité à l'égard des divers systèmes juridiques possibles. Il est fondé sur des principes tels qu'il suppose nécessairement, et l'histoire du Code civil depuis 1804 le montre à l'évidence, un hyper-développement de la matière de la responsabilité : entendons par là le développement des règles suppléant légalement à l'irresponsabilité de chacun, où mène obligatoirement l'individualisme juridique. Ce n'est qu'avec le retour à la conscience individuelle de responsabilité – et cela ne peut être que par l'éducation, mais point l'éducation bourgeoise – que commencera à poindre l'espoir de sortir de la paix bourgeoise

II – RELIRE LE CODE.

D'ordinaire, les joueurs prennent connaissance de la règle du jeu avant d'engager la partie. Or, un peu comme dans l'univers kafkaïen, cela est si faux du jeu de Société où nous nous trouvons engagés, qu'il a fallu créer l'adage *Nemo censetur* : personne n'est censé ignorer la loi Il est significatif que le brocart date de la fin du XIX^e siècle (1), c'est-à-dire d'une

(1) J. CARBONNIER, 1, t. I, n° 24. Que dire de la loi qui, par respect des *principes* de la « paix bourgeoise », a dû être concédée par le législateur quoi qu'elle ne concorde pas

époque où le Code civil ne tirait plus fierté d'une prétendue simplicité La règle, qui eût pu être jusnaturaliste, signifiant alors que nul ne pouvait ignorer un ensemble de préceptes graves dans son cœur ou dans sa Raison, est, au contraire, le signe du triomphe du positivisme juridique. Le Droit est émanation du pouvoir législatif, et il est du devoir de tout citoyen de s'informer et de la règle du jeu, et des éventuelles modifications qui y sont apportées pour garantir toujours mieux le bon déroulement de la partie.

Mais, en exaltant l'opposition jusnaturalisme/positivisme, la philosophie du Droit bourgeoise cherche à enfermer les critiques dans un dilemme factice. En ce qui concerne plus précisément le Code civil français, l'alternative se résumerait en un paradoxe : comment ce Code, qui passe pour l'un des premiers monuments, et fondamental, du positivisme juridique, a pu naître du jusnaturalisme rationaliste « moderne ». Nos philosophes juristes ont résolu les antithèses en compromis. Ils considèrent ainsi le jus naturalisme moderne comme un prépositivisme (2) ; ou bien, distinguant le fond de la forme, ils admettent que le Code civil était inspiré par le subjectivisme et l'individualisme rationalistes modernes, dont on retrouve les traces dans la substance du Code, tandis que le découpage des règles en articles indépendants, le ton de commandement, l'énergie propre fournie par une rigoureuse application du principe de séparation des pouvoirs, auraient assuré le développement postérieur d'un positivisme juridique (3). Rien dans ces explications n'est faux. Elles sont, toutefois, insuffisantes.

En réalité, la contradiction se trouve ailleurs que dans cette opposition. Soucieux de ne pas nous laisser prendre au piège des apparences, il nous a paru essentiel de replacer le Code de l'an XII dans une perspective communicatoire. Nous parlons aujourd'hui la même langue que celle du Code civil de 1804. Or, il est vrai que « une langue est un prisme à travers lequel ses usagers sont condamnés à voir le monde ; et... notre vision du monde est donc déterminée, prédéterminée même, par la langue que nous parlons » (4). De ce fait, il est impossible à un juriste contemporain, si sa défiance n'est constamment en éveil, de s'extraire du système où il a été enfermé par le langage qui lui a été imposé, puisqu'il ne peut éviter de l'utiliser s'il veut communiquer avec les spécialistes de la discipline à laquelle il appartient. Mais il ne s'agit pas tant de jargon que de structures mentales. Refuser le langage du Code civil, en effet, c'est refuser tout ce

avec les nécessités de l'« ordre bourgeois » (objection de conscience), et dont, pour ces raisons, il est interdit de divulguer le contenu ! (art. 11 de la loi n° 63-1255 du 21 décembre 1963 = art. 50 de la nouvelle loi n° 71-424 du 10 juin 1971). Contradiction inhérente à un système fondé sur l'idéalisme.

(2) M. VILLEY, dans A.P.D., 1963, p. 269.

(3) E. PATTARO, pp. 995 996.

(4) G. MOUNIN, I, p. 80.

sur quoi il repose : le *Droit* conçu comme la règle du jeu d'un style de civilisation (5), celle de la *paix bourgeoise*.

En adoptant cette manière de voir, il est possible de dégager l'essence du Code civil français, que nous qualifierons d'interdictale, démasquant le soi-disant humanisme, et mettant au grand jour, par un retour aux considérations d'ordre génétique, l'alibi idéaliste.

1. – *Le fondement interdictal du Code civil français.*

Il est très important de redonner une place capitale à la fonction d'échange qui est de l'essence des relations juridiques. Dans l'univers des signes, le juridique a sa place. Nous avons donc considéré le Code civil français comme un discours. La succession des articles y forme une longue chaîne d'interdépendances où il ne peut y avoir d'arbitraire que pré-établi. C'est là, déjà, une réponse à Jean Ray, qui estimait que l'ordonnement du texte était largement le produit du hasard.

Mais il y a plus : si, pour Portalis et les autres rédacteurs du Code, tout y était signifiant au premier degré, pour nous, nous y observons le jeu classique du code et du message. Et s'il est trivial de comparer la vie à un immense jeu de société – au jeu de Société par excellence, peut-être – du moins est-il permis de noter que les règles qui régissent le déroulement d'un tel jeu (personnages, enjeux, coups autorisés, gages) varient d'un groupe à l'autre, le groupe étant défini et circonscrit par l'unité formelle de soumission à une « règle du jeu » déterminée et spécifique. Ainsi le ressort d'application du Code civil français délimite-t-il un groupe juridique, consistant dans l'ensemble des personnes qui vivent sous son emprise. Dans cette perspective, l'individualisme juridique perd toute consistance. La réalité qui transperce, à la lecture du message codé qu'est le texte du Code, présente de cette législation un visage assez inhabituel : on y voit l'individu soumis, dès sa naissance, à un statut déterminé.

Il est d'abord intégré à un groupe social. À l'intérieur de ce groupe, il doit en outre appartenir à une classe juridique statutaire. Sa vie sera non pas celle de l'individu pleinement libre que chantaient philosophes et juristes « modernes », mais le long cheminement d'un être résigné, à travers les statuts préétablis dans lesquels son âge, son sexe, sa condition familiale le feront tour à tour verser. De même, le fameux droit de propriété, apanage de la liberté et de la puissance absolues de l'individu, doit être considéré comme un type de rapport particulier, mais banal, entre une personne et un bien. Le statut de propriétaire est moins, contrairement à ce que ne le suggérerait la lettre de l'article 544 (fidèle pourtant à l'esprit dans lequel il avait été engendré) celui d'un détenteur de droits exorbitants sur la chose, que celui d'un « programmeur » disposant d'une gamme plus étendue que dans d'autres types de rapports, de possi-

(5) Cf. ARNAUD, 6.

bilités d'action dans les relations civiles, à propos de cette chose. Et ces relations civiles elles-mêmes, loin d'être le reflet de la célèbre autonomie de la volonté de l'article 1134, sont, en fait, des types d'action en nombre limité et d'espèces précises.

Quoi qu'en ait pensé le doyen Roubier, selon qui « le droit privé moderne ne donne plus une grande place au statut » (6), la première tâche du législateur de l'an XII consista, inconsciemment, à établir un certain nombre de statuts dans lesquels tous les membres du groupe, sans exception, devraient entrer (femme mariée, mineur en tutelle, étranger, absent, incapable, etc.). « Le statut est l'ensemble des aptitudes juridiques avec lesquelles une personne ou une chose se comportera ; il contient en puissance ce qui pourra se réaliser en fonction des circonstances »(7). Les statuts ont également pour fin d'établir un seuil d'exclusion. Dépassé le seuil de comportement intégré, le contrevenant est remis à l'autorité chargée de la sauvegarde du groupe.

Alors le Droit positif se révèle sous son véritable visage : ensemble des limitations posées par le groupe à la liberté d'action individuelle. C'est ce caractère répressif des règles juridiques qui caractérise le Code civil, tout individualiste qu'il paraisse. Comme le remarquait Gurvitch, l'individualisme juridique prend pour base « le principe de la *volonté* (ou celui de la *liberté* (ou) l'idée de la limite (ou) celle de la prohibition (ou) de la fonction seulement négative » (8). Cette dernière consiste à « empêcher », et anime la législation napoléonienne, même civile, qui apparaît, dès lors, comme le rassemblement des qualifications des différents statuts, et de leur seuil d'exclusion. Qu'on n'invoque pas la présence, dans le texte, de formules impératives : elles sont une forme de la prohibition.

(6) ROUBIER, p. 18.

(7) J. RAY, I, p. 166.

(8) GURVITCH, I, p. 111. Cf. aussi pp. 5, 19, 113. Le résultat d'une telle conception de la législation a été la multiplication des défenses. Ouvrons un livre particulièrement révélateur des *besoins* du Français « moyen » d'aujourd'hui : l'*Album-Tarif* de Manufrance (Saint-Étienne, éd. 1968). On y offre, pour l'usage courant (p. 112) : « Plaques indicatrices (noter le qualificatif) : chasse gardée, pêche réservée, pièges dangereux, propriété privée, défense d'entrer, chien méchant, entrée interdite, défense de fumer, privé, passage interdit, stationnement interdit, entrée interdite, pièges à feu ». Sont vendus, en outre, des articles pour gardes : menottes (36 F), matraques (4,95 F), et, sous le titre « Protection des propriétés », un canon avertisseur ! Voir aussi les nombreuses sonnettes d'alarme, fils de fer barbelé, attrape-voyou, etc. (Voir, sur un thème voisin, J. BAUDRILLARD). Crise, aujourd'hui, où certains prennent conscience que l'essence de la législation est d'aider à l'épanouissement de l'individu en société, non de contraindre. Tandis que chacun légifère en son propre domaine selon la vieille conception napoléonienne, l'explosion de mai 1968 a vu naître l'expression « Interdit d'interdire » : une époque est révolue (*Les murs ont la parole*, p. 42. Cf. aussi « Pour une "occupation" des jardins publics », dans *Le Monde*, 10-7-68, p. 13, et ARNAUD, 4).

Qu'on n'invoque pas, non plus, les règles supplétives. Il est vrai qu'elles sont nombreuses dans le Code. Mais quelle fin visent-elles ? Il est clair qu'elles ont une valeur contrapuntique par rapport au principe du consensualisme ; que si l'individu peut faire n'importe quel contrat, il est utile, dans l'intérêt de sauvegarde du groupe, d'offrir à chacun le moyen d'opter pour une formule réputée simple, dans une vie juridique complexe. Les règles supplétives jouissent de la faveur du législateur, parce qu'elles sont l'archétype des régimes qu'il souhaite voir adoptés par les particuliers. Elles sont une « garantie » pour la sauvegarde du groupe, une « prime » accordée à ceux qui veulent rester dans la moyenne du groupe, c'est-à-dire *en deçà du seuil d'exclusion*. À ce titre, les règles supplétives participent, elles également, de l'esprit prohibitif de la législation napoléonienne.

Aussi dirons-nous de l'essence du Code civil français qu'elle est interdite, par référence au système de l'interdit du prêteur romain. Étymologiquement, en effet, l'interdit est une injonction prohibitive destinée à empêcher que ne soit troublé un ordre établi (9). À ce titre, les individus sont classés, leurs rapports très strictement définis et délimités, leurs relations aux biens enserrées dans des types préétablis dont on ne peut sortir sans risque d'infraction. S'il en est ainsi, ce n'est pas dans un souci de concession inévitable de l'individualisme aux exigences de la vie en société. Mais cette organisation des échanges juridiques renvoie à une idéologie précise. Et quelle est cette idéologie, sinon celle qui, ayant exalté le pouvoir créateur de l'homme en matière de Droit, laisse croire que l'individu est au centre – et seul point de gravitation – du système juridique, afin de mieux duper et dominer ceux qui se laissent prendre au piège de l'apparence ? Humanisme juridique sous-tendant les recherches de philosophes et juristes bourgeois qui ont mené à la réalisation du Code civil.

2. – *Le masque de l'humanisme.*

Dans la mesure où les prémisses individualistes et subjectivistes sont liées à la prééminence de l'homme, le législateur napoléonien prétend parler en termes d'humanisme. Mais il ne faut pas s'y tromper. Que, dans la genèse immédiate du Code civil, le Droit ait été conçu comme repéré par l'homme dans sa propre Raison – c'est-à-dire créé par lui – et fait pour lui (10), explique la conservation, dans un discours positiviste, de pans entiers du jusnaturalisme individualiste, subjectiviste et volontariste « modernes ». Mais la signification première du texte du Code civil, qui paraît exalter la liberté, la volonté humaines, au sein d'un Droit élaboré à l'échelle de l'homme, disparaît au cours d'une analyse rigoureuse. Le Droit considéré comme système autonome, le Droit entendu comme « moteur actif », le Droit envisagé comme création volontaire de l'homme,

(9) LITTRÉ, s.v^o « 3. Interdit ».

(10) Cf. PORTALIS, dans le « Discours préliminaire au Projet de l'an VIII », in LOCRÉ, t. I, p. 429.

tout cela n'a pas de sens. La vérité est que le Code civil est un système de contrainte qui renvoie à un contexte socio-économique très précis et à une prise de position politique (ou plutôt anti-politique) philosophiquement fondamentale (11).

1° *Le Droit considéré comme système autonome.* – C'est avec l'ère des codifications que le juridique a commencé à prendre son autonomie par rapport à ses fondements économiques. La systématisation axiomatique, dont nous avons autrefois noté la progression dans les XVII^e et XVIII^e siècles, aboutit nécessairement à la construction d'un ensemble dont la cohérence doit être assurée à tout prix, fût-ce au risque de trahir les faits dont les règles juridiques devraient être au moins le reflet, ou même les aspirations de la classe en faveur de laquelle est élaboré le Droit. Désormais, « c'est la forme juridique qui doit être tout, et le contenu économique rien. Droit public et Droit privé sont traités comme des domaines autonomes ayant leur propre développement indépendant, se prêtant par eux-mêmes à une exposition systématique et ne pouvant se passer d'elle du fait de l'élimination conséquente de toutes les contradictions internes » (12).

2° *Le Droit entendu comme Moteur actif.* – Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'un discours né du jusnaturalisme rationaliste « moderne » tempéré par le jansénisme sceptique antirationaliste de ses rédacteurs, soit devenu, du fait même de son emprisonnement dans un Code, un premier monument du positivisme. Sous le titre « Pourquoi les idéologues mettent tous la tête en bas », Marx et Engels définissaient bien les liens des juristes à la réalité, qui découle de cette conception ; « ces rapports deviennent – dans la conscience – des concepts ; comme ils ne s'élèvent pas au-dessus de ces rapports, les concepts qu'ils en ont sont dans leur tête des concepts fixes : le juge, par exemple, applique le Code, et c'est pourquoi il considère la législation comme le véritable moteur actif. Idée du droit. Idée de l'État. Dans la conscience *ordinaire* la chose est placée la tête en bas » (13).

3° *Le Droit envisagé comme création volontaire de l'homme.* – On objectera que « le Code civil apparaît comme une triple exaltation de l'égalité, de la liberté, de la spiritualité de l'homme... traité essentiellement comme une volonté... toujours forte, éclairée, tendue vers un but et libre » (14). Mais s'il est vrai que le volontarisme est un des acquis les plus certains du jusnaturalisme « moderne », il ne faut pas y voir un obstacle au positivisme. En effet, « l'État étant la forme par laquelle les individus d'une classe dominante font valoir leurs intérêts communs et dans laquelle se résume toute la société civile d'une époque, il s'ensuit que toutes les institutions communes passent par l'intermédiaire de l'État et

(11) Cf. ARNAUD, 6 et 7.

(12) MARX-ENGELS, « Ludwig Fenerbach », dans *Études philosophiques*, p. 55.

(13) *Id.*, *L'idéologie allemande*, p. 108.

(14) J. CARBONNIER, I, t. I, n° 13, pp. 46-47.

reçoivent une forme politique. De là, l'illusion que la loi repose sur la volonté et, qui mieux est, sur une volonté *libre*, détachée de sa base concrète. De même, on ramène à son tour le droit à la loi » (15).

En réalité, si nous avons tenté de mener ce qu'il est convenu d'appeler une étude structurale, ce n'était que dans l'intention de mieux disséquer le cadavre. Cela fait, le squelette ne transmettra l'intégralité de son message qu'une fois re-situé dans son contexte socio-économique, qu'une fois évoquées les conditions politiques dans lesquelles, en ce temps-là, il avait vu le jour. Car « le juriste s'imagine qu'il opère par propositions *a priori* alors que ce ne sont pourtant que des reflets économiques... Ce renversement... constitue ce que nous appelons **un point de vue idéologique** » (16). Alors, notre analyse prend un tour nouveau. En effet, comme l'écrivait L. Sebag, « la langue... permet la réfraction de toute réalité à travers le code qui est le sien ; mais l'objet se particularise lorsqu'on passe aux idéologies. De là nous sommes renvoyés corrélativement à l'émetteur, et aux conditions de l'émission d'une part, au récepteur et aux conditions de la réception de l'autre » (17).

Considérons tout d'abord le lieu d'émergence de la norme juridique. Que va noter le législateur ? Les comportements considérés comme « normaux » ? Non pas ; mais bien plutôt les anomalies, afin de les consigner en règles prohibitives, pour que le groupe n'en souffre pas. Et où, sinon dans le groupe lui-même, surgiront ces écarts de conduite qui vont être soigneusement enregistrés et classés, dans le but d'édicter des règles adéquates de sauvegarde ? Et quel groupe le législateur va-t-il observer en priorité, sinon son propre milieu familial, religieux, professionnel, social ? Tous ces milieux ont leurs règles ; hors du groupe, point de vie. Or les rédacteurs du Code civil, et avant eux ceux qui ont durant plus d'un siècle préparé son avènement, sont, nous le savons maintenant, des bourgeois éclairés acquis à la philosophie *moderne*, jansénistes et gallicans. L'ambition du bourgeois étant, à l'aube du XIX^e siècle, de « laisse(r) un bien honnête au bout d'une carrière parcourue sans reproche » (18), le Droit élaboré par les juristes de cette classe devait refléter cet état d'esprit.

Le législateur de 1804 présenta, dès l'an VIII, un projet de Code civil dont devait sortir le Code Napoléon, dans des circonstances politiques qui devaient modifier partiellement ces données. Amère destinée, d'ailleurs, que ce projet qui n'avait vu le jour que pour cristalliser sur lui les querelles. Et il faut en parler, tant il est vrai que a sous le langage idéalisé de la religion, du droit ou de la philosophie, il importe de faire saillir

(15) MARX-ENGELS, *L'idéologie allemande*, p. 106.

(16) ENGELS, Lettre à Schmidt, du 27 oct. 1890, dans MARX-ENGELS, *Lettres sur le Capital*, p. 370.

(17) L. SEBAG, p. 111.

(18) MIOLLIS, cité par N. ARNAUD-DUC, 2, p. 207.

l'existence d'intérêts réels, de tensions concrètes entre les individus et les groupes sociaux, de volontés déterminées dont ce langage n'est que la traduction épurée » (19).

Les grands magistrats, consultés, virent souvent renaître l'espoir de réintégrer un système législatif qui, désormais, leur échappait. Dans les assemblées politiques, par contre, et plus particulièrement au Tribunat, quelques hommes redoutaient l'exploitation qui serait inévitablement faite de ce Code à des fins politiques, dans la marche au pouvoir personnel. Ils ne manquèrent pas de repérer dans le *Projet de l'an VIII*, pour les dénoncer, les marques du conservatisme. Les reproches majeurs tenaient à la confusion des pouvoirs (immixtion de l'exécutif dans le processus législatif, supervision du législatif par le judiciaire), au désaveu de la période révolutionnaire, au caractère répressif du Code, à la conception extensive de l'ordre public et des bonnes mœurs.

On sait de quelle manière Bonaparte fit taire ces trublions : « Ho ! si l'on marche ainsi, je reprendrai mon sabre », s'était-il écrié en plein Conseil d'État (20) ; et, méprisant, de briser l'opposition : « Ce sont des rois détrônés ». Avec les membres exclus des assemblées politiques, les derniers idéologues de la Révolution quittaient la scène. Le Code était aux mains des techniciens. Ce n'étaient ni Portalis, ni ses collègues rédacteurs, qui allaient s'élever là-contre. Le véritable auteur du Code civil français est donc, idéologiquement, techniquement, politiquement, socialement et économiquement, le bourgeois jansénisant et gallican éclairé de la fin du XVIII^e siècle, qui a traversé les vicissitudes de la Révolution.

C'est lui, également, le destinataire de ce Droit : on l'a dit et répété, et revenir sur ce point serait commun. Le Code civil français n'est donc pas autre chose qu'un mythe de la société moderne, la cristallisation, après un demi-siècle de recherche de la part de la doctrine juridique française, d'un système particulier de règles de communication, d'échanges juridiques valables pour un groupe déterminé, le leur, et qui est une micro-représentation de la classe sociale qu'ils ont pour mission de servir (21). La mission du législateur civil consiste à élaborer des cadres assez rigides pour qu'il ne fût pas possible d'en sortir, faute de quoi le système tout entier se trouverait en péril. Cependant, l'aspect extérieur devait être assez souple pour laisser croire à l'adhésion de chacun. Cela explique que sous ses airs libérateurs, le Code civil s'occupe en réalité de faciliter le développement des rapports entre propriétaires, laissant à eux seuls le commandement des rapports de distribution (contrat de louage, salaires, etc.).

(19) L. SEBAG, pp. 88-89.

(20) LOCRÉ, t. I, p. 86.

(21) On lira sur le sujet l'excellent livre de M. SBRICCOLI. Cf. notre C.R. de cet ouvrage dans R.H.D., 1970, pp. 460 et s.

Aussi peut-on étendre au Droit ce que P. Nizan écrivait de la culture, que « si l'on dit que cette culture n'est pas bourgeoise, mais humaine, c'est que l'on tombe dans le piège même que la bourgeoisie tend au peuple » (22). Il faut dénoncer, pour le mettre bas, le masque de l'humanisme bourgeois. C'est à ce prix seulement que naîtra le véritable humanisme (23).

3.- *L'alibi idéaliste.*

Le Code civil doit être considéré comme une réponse particulière au problème de l'angoisse humaine. Mais il s'agit d'une réponse particulière à un temps et à un groupe social. En ce sens, peut-on dire que le Code civil fut une réussite ? Le système d'échange organisé par lui accomplit-il bien le passage « de l'angoisse à la confiance » (24) ? La réponse à cette question est trois fois négative.

1° L'exaltation de l'individualisme « a rempli nos codes de prohibitions, de protections et de méfiances, au lieu d'exploiter l'initiative des hommes » (25).

2° Le nombre des garanties du bon fonctionnement des échanges – à l'énumération desquelles nous avons procédé plus haut – est tel qu'il faut bien conclure à la défiance du législateur à l'encontre de ceux à qui le Code est destiné. D'ailleurs, ne cherche-t-il pas à les éduquer au moyen de la législation, c'est-à-dire de les former par la contrainte ?

3° Le Code civil étant l'érection d'une attitude viscérale de ses rédacteurs en règles de conduite valables pour tous, la législation civile napoléonienne est le reflet de la préoccupation dont nous avons jadis recherché les constantes. Elie Faure disait de la création artistique : « L'effort que l'homme tente pour concilier dans son œuvre les contradictions que lui révèle le chaos des apparences, définit l'effort qu'il tente pour concilier dans son cœur les contradictions qu'y fait naître le chaos des sentiments » (26). Peut-être la transposition de la formule dans notre domaine n'est-elle pas inopportune. L'attitude de Portalis et de ses collègues rejoint ce qu'écrivait M. Granger, que « la tendance à l'idéalisme est toujours, au fond, de faire de l'individuel un épiphénomène : les ressorts de l'action seraient ailleurs, en-deçà et au-delà de l'individu, de sorte que, sous des formes manifestes ou cachées, les théories idéalistes du monde humain sont des occasionnalismes. Le sort de l'individu ne peut guère qu'y être renvoyé à une esthétique ou à une théodicée » (27). Voilà

(22) P. NIZAN, *Pour une nouvelle culture*, Grasset, 1971, p. 27.

(23) Cf. ALTHUSSER, I, p. 236.

(24) LÉVI-STRAUSS, 5, p. 79.

(25) Discours de M. l'Avocat Général Jean Balmary, rapp. dans *Le Monde*, 18 sept. 1969, p. 14.

(26) Elie FAURE, *L'esprit des femmes*, dans t. II, pp. 346-7.

(27) G.-G. GRANGER, 1, pp. 184-185.

conciliés individualisme et jansénisme dans l'idéologie portalisienne. Voilà expliqué, en outre, comment il se fait que la *partie en action* se joue en dehors de l'individualisme, entre classes de statuts juridiques et selon des relations prédéterminées.

Le fait que le Code soit, dans le domaine des échanges civils, une réponse au problème de l'angoisse, explique l'homologie de structure qui existe entre le contenu de l'œuvre et le contexte historique, social, économique (28). Notant qu'un code était rarement l'expression brutale, intransigeante, authentique de la domination d'une classe, Engels l'expliquait ainsi : « la chose elle-même n'irait-elle pas à l'encontre de la notion de droit ? » (29). En libérant totalement l'individu, en affirmant son droit absolu de propriété, en décrétant le volontarisme seul créateur de liens juridiques, le législateur de l'an XII paraissait établir un Droit égalitaire. Il ne serait pas très original de noter qu'au niveau des rapports sociaux et économiques, le Code n'apparaissait plus que comme une belle construction de l'esprit. Comment expliquer cependant que ce divorce entre la théorie et la pratique ne soit pas apparu clairement dès la promulgation du Code.

On ne peut résoudre ce dilemme qu'en faisant intervenir la notion de statut. Ainsi, tandis que les définitions insérées au Code proclament les grands acquis individualistes, subjectivistes, volontaristes « modernes », tandis que la succession des articles apparaît comme la chaîne des conséquences déduites axiomatiquement de ces principes, en réalité, la bourgeoisie au pouvoir ordonne la société, au niveau des structures sous-jacentes, selon une organisation statutaire très stricte, qui lui assure la prééminence de fait, malgré certaines limitations inhérentes au système, et que l'on ne pouvait éviter qu'au prix de la cohérence interne (à laquelle il n'était pas question de toucher). À cette réserve près, la solution au problème de l'angoisse, telle qu'elle est donnée dans le Code de l'an XII, ne vise les préoccupations que d'une classe, celle où les individus cherchent à échapper à la vacuité de la vie en exerçant leur domination, et au désespoir de la mort en réglant leur succession. On comprend alors la suite de la description faite par Engels : « la notion de droit pure, conséquente, de la bourgeoisie révolutionnaire de 1792 à 1796 est déjà faussée... en de nombreux endroits dans le Code Napoléon, et, pour autant qu'elle s'y incarne, elle est obligée de subir journallement toutes sortes d'atténuations, par suite de la puissance croissante du prolétariat » (30).

S'il est vrai, comme l'écrivait Cl. Lévi-Strauss du mythe (31) que l'objet d'un système juridique autonome est de « fournir un modèle logique pour résoudre une contradiction (tâche irréalisable quand la contra-

(28) Cf. GOLDMANN, *passim* ; LÉVY-STRAUSS, 2, p. 75.

(29) Lettre à Schmidt, *op. cit.*, p. 369.

(30) *Ibid.*, *loc. cit.*

(31) LÉVY-STRAUSS, 2, p. 254.

diction est réelle) », dans la mesure où le Code civil porte en lui le germe de tant de nos contradictions, il ne faut pas s'étonner, bien sûr, que la législation actuelle – qui en est très largement tributaire – ne réponde plus à l'angoisse de la plupart. M. Ellul relevait très justement, dans un domaine particulier, la « peur fondamentale (des jeunes) à l'égard de notre société », malgré leur désir de communion et de communication (32). C'est que notre société a cru trouver, au problème de l'angoisse, une réponse du type de celle que nous avons découverte au tréfonds du Code civil ; humanisme de pacotille, idéalisme frauduleux, individualisme source de tant d'agressivité et d'inhibition : c'est cette réponse-là qui crée très précisément et l'angoisse que les meilleurs éprouvent aujourd'hui à l'idée d'entrer dans cette société pour y participer, et les tentatives d'y échapper par tous les moyens, individuels (drogue...) ou collectifs (communautés...). Ce ne sera certes pas apporter une réponse à l'angoisse qui étreint quelques-uns d'entre nous, que de leur apprendre que l'importance apportée par notre époque au « juridique » est due à l'exaltation momentanée du *Droit* pour les besoins de la « paix bourgeoise ». Du moins, dans cette perspective, le Code civil n'a-t-il plus rien d'un monstre sacré, glorieuse synthèse napoléonienne de l'ordre et de la liberté : il n'apparaît plus guère que comme la bonne conscience du paternalisme.

« Il n'y a pas un personnage de *La Règle (du Jeu)* qui vaille d'être sauvé ».

Jean RENOIR (33).

(32) J. ELLUL, « Drogue et société », dans *Le Monde*, 20-1-70, p. 10.

(33) Cité par Ph. ESNAULT, « Le jeu de la vérité », dans *L'Avant-Scène, Cinéma*, n° 52, p. 11.

Table des symboles

Sauf indication spéciale dans le texte, les symboles suivants sont utilisés avec le sens précis que nous indiquons ici :

| | |
|-------------------|------------------------|
| $=$ | symétrie |
| \neq | antisymétrie |
| \rightarrow | implication |
| \leftrightarrow | implication réciproque |
| $/$ | opposition |
| \equiv | équivalence logique |
| \cup | union |
| \cap | intersection |
| \emptyset | vide |
| $\{\}$ | ensemble |

Bibliographie

I. – SOURCES.

Code civil des Français, Paris, an XII.

[BRISSOT (J.-P.)] : *Recherches philosophiques sur le droit de propriété considéré dans la Nature, par un jeune philosophe*, s.l., 1780 ; réimpr. EDEHIS, Paris, 1966.

BURLAMAQUI : *Principes du droit naturel*, Genève, 1747.

DOMAT : *Œuvres complètes*, éd. Carré, 9 vol., Paris, 1822.

FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, Paris, 1827, 15 vol.

GROTIUS : *De jure belli ac pacis libri tres*, Paris 1625. Trad. *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, trad. par BARBEYRAC, 2 vol., Amsterdam, 1724.

LOCRÉ : *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 31 vol., Paris, 1827-1832.

MALEVILLE : *Analyse raisonnée du Code civil*, 4 vol., Paris, 1804-1805.

MONTLOSIER : *Observations sur le projet de Code civil*, Paris, an IX.

PUFENDORF : *Les devoirs de l'homme et du citoyen...*, 2 vol., Amsterdam, 1756.

POTHLER : *Œuvres complètes*, éd. Bugnet, 11 vol., 2^e éd., Paris, 1861-1862.

RICHER : *Traité de la mort civile...*, Paris, 1755.

[THIBAudeau] : *Mémoire sur le Consulat, par un ancien Conseiller d'État*. Paris, 1827.

VOLNEY : *La Loi Naturelle, ou Catéchisme du Citoyen français*, éd. Gaston-Martin, Paris, 1934.

II. – BIBLIOGRAPHIE.

ALTHUSSER (L.) : *Pour Marx*, Maspéro, 1967

ARIÈS (Ph.) : *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Plon, 1960

ARNAUD (A.-J.) : 1. *Les origines doctrinales du Code civil français*, L.G.D.J., 1969. Cité en abrégé sous les initiales O.D., sans nom d'auteur.

– 2. « Structuralisme et Droit. Notes de lecture et directions de recherche », dans A.P.D., 1968, pp. 283 sq.

– 3. « Nouvelles du structuralisme », dans A.P.D., 1970, pp. 466 sq.

– 4. « Maocastrophobie », dans A.P.D., 1969, pp. 119 sq.

– 5. « Réflexions sur l'occupation », dans R.H.D., 1968, pp. 183-210.

– 6. « Politique et Droit dans l'œuvre écrite du Président Mao Tse-toung », dans A.P.D., 1971, pp. 121-132.

- 7. « Aspects politiques de l'interprétation juridiques », dans A.P.D., 1972, pp. 165-181.
- 8. « La paix bourgeoise, dans *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 2, 1973 (sous presse).
Si l'on s'est permis de renvoyer fréquemment à ces articles, ce n'est nullement par suffisance, mais pour alléger le texte et épargner au lecteur des développements qu'il trouvera ailleurs sans difficulté, s'il le désire.
- ARNAUD-DUC (N.) : 1. *L'hôpital Saint-Jacques d'Aix-en-Provence, 1519-1790*, th. dr. (ronéo.), 4 vol., Aix, 1964.
- 2. *La tentative d'assimilation des enfants abandonnés à la masse laborieuse provençale, 1519-1790*, (roneo), Aix, 1968.
- 3. « L'entretien des enfants abandonnés en Provence sous l'Ancien Régime », dans R.H.D., 1969, pp. 29-65.
- 4. « Maocastrophobie », dans A.P.D., 1969, pp. 119 sq.
- BACKÈS (Catherine) : 1. « Lévi-Strauss ou la philosophie du non savoir », dans *La Quinzaine Littéraire*, n° 95 (16/31 mai 1970), p. 15.
- 2. *Claude Lévi-Strauss*, Paris (Seghers), 1971.
- BADINTER (R.) et BREDIN (J.-D.) : « La justice en question », dans *Le Monde*, 30 oct. 1969 et jours suivants.
- BADIOU (A.) : *Le concept de modèle*, Maspéro, 1969.
- BALANDIER (G.) : *Anthropologie politique*, P.U.F., 1968.
- BARBUT (M.) : 1. « Sur le sens du mot structure en mathématiques », dans *Les Temps Modernes*, n° 246 (Problèmes du structuralisme), pp. 791-814.
- 2. *Mathématiques des sciences humaines*, t. I, *Combinatoire et algèbre*, P.U.F., 1967.
- 3. *id.*, t. II, *Nombres et mesures*, P.U.F., 1968.
- BATIFFOL (H.) : *Aspects philosophiques du Droit international privé*, Paris, 1956.
- BAUDRILLARD (J.) : *Le système des objets*, Gallimard, 1968
- BEAUVOIR (S. de) : 1. *Le deuxième sexe*, Paris, 1949.
- 2. « La femme révoltée », entretien publié par *Le Nouvel Observateur*, 14 février 1972, pp 47-54
- BEIK (P.H.) : *A Judgment of the old Regime*, New-York, 1944.
- BELIN (J.) : *La logique d'une idée-force. L'idée d'utilité sociale pendant la Révolution française (1789-1792)*, th. Lett., Paris, 1939.
- BERMAN (L.) : *Histoire des juifs de France des origines à nos jours*, Paris, 1937.
- BERTHE (L.) : « Structuralisme et anthropologie », dans *Arguments*, Nouvelle série, n° 18.
- BONNECASE (J.) : 1. *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la Famille : ses destinées dans le droit civil contemporain*, 2^e éd., Paris, 1928.
- 2. *La Thémis*, Paris, 1914.
- BOUDON (R.) : *Analyse mathématique des faits sociaux*, th. Lett., Paris, 1967.
- BRETON (A.) : *L'Art magique*, dans *Formes de l'Art*, éd. Formes et Reflets, Club français de l'Art, Paris, 1957.
- BRIMO (A.) : *Les grands courants de la philosophie du Droit et de l'État*, Paris, Pedone, 1967.
- CARBONNIER (J.) : 1. *Droit civil*, coll. Thémis, t. I – *Introduction à l'Étude du droit et droit des personnes*, P.U.F., 1960 ; t. II. *Les biens et les obligations*, P.U.F., 1957.
- 2. *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1969.

- 3. *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, th. dr., Bordeaux, 1932.
- 4. v° « Droit. Sociologie du droit », dans *Encyclopaedia Universalis*, t. 5, pp. 811 sq.
- CASANOVA (G.) : *L'algèbre de Boole*, P.U.F., 2^e éd., 1969, « Que sais-je ? », n° 1246.
- CHARMATZ (H.) : *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht*, Brünn, 1937.
- COURRECE (Ph.) : « Un modèle mathématique des structures élémentaires de parenté », dans *L'Homme*, juil. Déc. 1965, pp. 248-290.
- CRÉMANT (R.) : *Les matinées structuralistes*, Laffont, 1969 (Libertés, 79).
- DARIN (J.) : 1. v° « Droit, théorie et philosophie du Droit », dans *Encyclopaedia Universalis*, t. 5, pp. 797 sq.
- 2. *Théorie générale du droit*, Paris, 1953.
- DANJOU (C.) : *La condition civile de l'étranger dans les trois derniers siècles de la monarchie*, Paris, 1939.
- DAVID (R.) : 1. v° « Civil (droit) », dans *Encyclopaedia Universalis*, t. 4, pp. 584 sq.
- 2. v° « Codifications », dans *E.U.*, t. 4, pp. 649 sq.
- 3. v° « Droit comparé », dans *E.U.*, t. 5, pp. 807 sq.
- DAVY (J.) : 1. *La foi jurée. Étude sociologique du problème du contrat. La formation du lien contractuel*, th. Lett., Paris, 1922,
- 2. *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, Paris, Alcan (Bibl. de Philos. contemporaine).
- D.T.M. : *Dictionarium Theologiae Moralis*, Univ. Latran.
- DUFOUR (A.) : *Le mariage dans l'École allemande du droit naturel moderne au XVIII^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 1972.
- DUMÉZIL (G.) : *La religion romaine archaïque*, Paris, Payot, 1966.
- DURANT (Will) : *Histoire de la civilisation*, Lausanne, 1963.
- ELLUL (J.) : *Exégèse des nouveaux lieux communs*, Paris, 1966.
- ESMEIN : *Précis élémentaire de l'histoire du droit Français de 1789 à 1814*, Paris, 1911.
- FASSO (G.) : *Storia della filosofia del diritto*, 3 vol., Bologne, 1966, 1968, 1970.
- FAURE (Élie) : *L'esprit des formes*, dans *Œuvres complètes*, t. III, Pauvert, 1964.
- FIRESTONE (Sh.) : *Dialectic of Sex*, New York, Morrow, 1970.
- FLAMENT (G.) : *Théorie des graphes et structure sociale*, Paris, 1965.
- FOUCAULT (M.) : 1. *Les mots et les choses*, Gallimard, 1966.
- 2. *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969.
- 3. *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique*, Plon, 1961.
- FREINET (E.) : *Naissance d'une pédagogie populaire*, Maspéro, 1969.
- GASTON-MARTIN : Introduction à VOLNEY (cf. Sources).
- GAUDEMET (J.) : 1. « Une sociologie de la gratuité. À propos d'un ouvrage récent », dans R.H.D., 1963, pp. 638.64 ?.
- 2. *Les communautés familiales*, Paris, 1962.
- GAUDEMET-TALLON (H.) : *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil* (Travaux de la Fac. de Droit de Paris), P.U.F., 1964.
- GIRARD (P.-F.) : *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8^e éd., Paris, 1929.
- GOLDMANN (L.) : *Sciences humaines et philosophie*, coll. Médiations, n° 46, Gonthier, 1966.
- GRANCER (G.-G.) : *Pensée formelle et sciences de l'homme*. 2^e éd., Paris, 1967.

Granma : Résumé hebdomadaire en français du quotidien cubain, La Havane depuis 1968.

GRAWITZ (M.) : Voir PINTO-GRAWITZ

GREER (G.) : *La Femme eunuque*, trad. L. Casseau, Paris, 1971.

GUÉROULT (Martial) : 1. *Leçon inaugurale au Collège de France* (4 déc. 1951).

– 2. *Descartes selon l'ordre des raisons*, 2 vol., Paris (Aubier), 1963.

GUILBAUD (G.-Th.) : *Mathématiques et sciences sociales*, 3^e colloque interdisciplinaire, Aix-en-Provence, 1959.

GURVITCH (G.) : *L'idée du droit social*, th. Lett., Paris, Sirey, 1931.

HESSEL (Vitia) : *Le temps des parents*, Mercure de France, 1969.

HEUSCH (Luc de) : *Pourquoi l'épouser et autres essais*, Gallimard, 1971.

HOWARD (G.E.) : *A History of matrimonial Institutions*, 3 vol., Chicago, 1904.

IMBERT (J.) : *Postliminium. Essai sur la condition juridique du prisonnier de guerre en droit romain*, Paris, 1945.

JAURÈS (J.) : *Histoire socialiste de la Révolution française*, éd. A. Soboul. Éd. soc., 1968.

La Logique et le Droit : cf. *Logique et Analyse*, n° 37 (avril 1967). Voir aussi *Études de logique juridique* : vol. II - *Droit et Logique. Les lacunes en Droit*, Bruxelles, 1967 (Trav. du Centre Nat. de Rech. de Logique).

La Révélation chrétienne et le Droit (Coll. de Philo. du Droit, Strasbourg, 1959) Paris, Dalloz, 1961.

LA ROCHEFOUCAULD (Edmée de) : *Femmes d'hier et d'aujourd'hui*, Grasset, 1969.

LAPRAT (R.) : v° « Libertés de l'Église gallicane », au D.D.C., t. 6, col. 426.

LEACH (E.) : « Les sciences humaines et l'œuvre de Lévi-Strauss, Telstar et les Aborigènes ou "La Pensée sauvage" », dans *Annales E.S.C.*, 1964 pp. 1100 sq.

LÉNINE : *Œuvres complètes*, 42 vol. parus, Éd. soc., Paris, 1967 sq.

LEREBOURS-PICEONNIERE : « La famille et le Code civil », dans *Livre du Centenaire*, t. I, pp. 265 sq.

Les murs ont la parole, Tchou, 1968.

LÉVI-STRAUSS (Cl.) : 1. *Race et histoire*, UNESCO, 1952, Gonthier (Mediations), 1968.

– 2. *Anthropologie structurale*, Plon, 1968.

– 3. *Tristes tropiques* (coll. 10/18).

– 4. *La pensée sauvage*, Plon, 1962.

– 5. *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton, 1967.

– 6. « Histoire et ethnologie », dans *Rev. de Métaphysique et de Morale*, 54^e année, n° 3 et 4, pp. 363-391.

– 7. « Language and the Analysis of Social Laws », dans *American Anthropologist*, vol. 53, pp. 115-163.

– 8. « Jean-Jacques Rousseau fondateur des sciences de l'homme », dans *J.-J. Rousseau*, Neuchâtel, 1962.

– 9. « Marques de propriété dans deux tribus sudaméricaines », dans *L'Homme*, vol. III, n° 3, 1963.

– 10. « Les discontinuités culturelles et le développement économique et social », *Table ronde sur les prémisses sociales de l'industrialisation*, 1961 UNESCO, 1963 (Paris).

– 11. « Critères scientifiques dans les disciplines sociales et humaines », dans *R.I. Sciences soc.*, vol. 16, n° 4, UNESCO (Paris).

– 12. Préface à M. MAUSS, *Sociologie et Anthropologie*.

- 13. *Entretiens avec Cl. Lévi-Strauss*, par G. CHARBONNIER, Paris, 1961.
- LÉVY-BRUHL (H.) : *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947.
- Le Livre du Centenaire. Le Code civil, 1804-1904*, 2 vol., Paris, 1904.
- LOSANO (Mario G.) : *Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea*, Appendice à R. Boudon, *Strutturalismo e scienze umane*, Turin (Einaudi), 1970.
- MAILLET (J.) : « Formalisme et formes juridiques », dans *Annuaire de la Justice de la République algérienne*, 1966 (1)-1967, pp. 177-202.
- 2. « Les conditions historiques de la codification moderne » (art. publié en macédonien ; extr. dans R.H.D., 1968, pp. 695-696).
- MANDROU (R.) : 1. *XVII^e-XX^e siècles*, t. II de G. DUBY et R. MANDROU, *Histoire de la civilisation française*, 2^e éd., Paris 1964.
- 2. *Magistrats et sorciers en France au XVIII^e siècle*, Plon, 1968.
- MALÉCOT et BLIN : *Précis de droit féodal et coutumier*, s.d. (fin XIX^e s.).
- MARX-ENGELS : *Œuvres*, 23 vol. parus, Éd. soc.
- MAUSS (M.) : *Sociologie et anthropologie*, Paris, 1950.
- MAZEAUD : *Leçons de Droit civil. Domat-Montchrestien*.
- MAZEAUD et TUNC : *Traité... de la responsabilité civile...*, 5^e éd., Paris, 1957 sq.
- MENDEL (G.) : 1. *La révolte contre le père*, Paris, 1968.
- 2. *La crise de générations*, Paris, 1969.
- MICHEL (J.) : *La gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962.
- MILLET (Kate) : *La politique du mâle*, trad. fr., Paris, 1970.
- MITCHELL (Juliet) : *Woman's Estate*, New York, Pantheon, 1971.
- MITSCHERLICH (A.) : *Vers la société sans pères*, Gallimard, 1969.
- MONIER (R.) : « Res corporeales et res incorporeales » dans R.H.D., 1948.
- MORAZÉ : *Les bourgeois conquérants*, Paris, A. Colin, 1957.
- MORNET (D.) : *Les origines intellectuelles de la Révolution française, 1715-1787*, 2^e éd., Paris, 1947.
- MOSCOVICI (S.) : *Essai sur l'histoire humaine de la nature*, Flammarion, 1969.
- MOULOU (N.) : *Langage et structures*, Paris, Payot, 1969.
- MOUNIN (G.) : 1. *Clefs pour la linguistique*, 2^e éd., Paris, Seghers, 1971.
- 2. *Introduction à la sémiologie*, Paris, Éd. de Minuit, 1970.
- 3. « Langage et communications », dans *Économie et Sociétés*, Cahiers de l'I.S.E.A., août 1969, pp. 1493-1510.
- NIBOYET (P.) : *Droit international privé*, Paris, 1949.
- O.D. : cf. ARNAUD, 1.
- Ordres totaux finis* : Travaux du Séminaire d'Aix-en-Provence (1967), Paris-La Haye, 1971.
- OURLIAC et MALAFOSSE (de) : *Histoire du Droit privé* ; t. I : *Les obligations*, P.U.F., 1957 ; t. II : *Les biens*, P.U.F., 1961 ; t. III : *Le droit familial*, P.U.F., 1968.
- PATTARO (Enrico) : « Diritto, Morale e concezione realistica del diritto », dans *Rivista trimestriale di diritto e procedura civile*, fasc. 3, 1970, pp. 986-999.
- PETOT (P.) : 1. *La condition de la femme dans le mariage et après la dissolution du mariage*, cours de doctorat d'histoire du droit privé, Paris, 1939-40.
- 2. *Meubles et immeubles dans l'ancien droit français*, cours docto. hist. dr. privé, Paris, 1938-39.
- 3. *La division des biens*, cours docto. hist. du dr. privé, Paris, 1944-45
- PINTO-GRAWITZ : *Méthodes des sciences sociales*, 3^e éd., Dalloz, 1969.

- PLON (M.) : « Psychologie sociale et théorie des jeux », dans *La Pensée*, n° 161 (février 1972).
- POLIAKOV (L.) : *L'antisémitisme de Voltaire à Wagner*, Paris, 1951.
- POLIN (R.) : *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, P.U.F., 1953.
- POUILLON (J.) : « Présentation : un essai de définition », dans *Les Temps Modernes*, n° 246 (*Problèmes du structuralisme*), pp. 769-790.
- POULANTZAS (N.) : *Nature des choses et Droit*, Paris, 1965.
- QUEYSANNE (M.) et DELACHET (A.) : *L'algèbre moderne*, P.U.F., 1963, « Que sais-je ? », n° 661.
- RAY (I.) : 1. *Essai sur la structure logique du Code civil français*, th. Lett., Paris, Alcan, 1926.
 – 2. *Index du Code civil*, th. compl., Alcan, 1926.
- Recueils de la Société Jean Bodin* :
 vol IX et X : *L'étranger*, 1958.
 vol. XI à XIII : *La femme*, 1960.
- REICH (W.) : 1. *La révolution sexuelle*, Paris, 1969.
 – 2. *L'analyse caractérielle de l'homme*, Paris, 1971
- RIPERT (G.) : *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, Paris, 1949.
- ROUBIER : *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.
- ROY (B.) : *Algèbre moderne et théorie des graphes*, Paris, Dunod, 1970.
- SADOUL (G.) : 1. *Histoire du cinéma mondial des origines à nos jours*, Flammarion, 1966.
 – 2. *Dictionnaire des films*, Seuil, 1965.
 – 3. *Dictionnaire des cinéastes*, Seuil, 1965.
- SACNAC (Ph) : 1. *La législation civile de la Révolution française, 1789.1804*, Paris, 1899.
 – 2. *La fin de l'Ancien Régime et la Révolution américaine (1763/1789)*, P.U.F., 1947.
- SAVATIER (R.) : 1. *Bonaparte et le Code civil*, Paris, 1927.
 – 2. *Le droit, l'amour et la liberté*, 2^e éd., Paris, 1963.
 – 3. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2^e série, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, 1959 ; 3^e série, *Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, 1959.
- SBRICCOLI (M.) : *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studie della funzione dei giuristi nell' età comunale*, Milan, 1969.
- SCHIMSÉVITCH : *Portalis et son temps*, Paris, 1936.
- SEBAG (L.) : *Marxisme et structuralisme*, Payot, 1964.
- SHANNON et WEAVER : *The Mathematical Theory of Communication*, Urbana, 1950.
- SIMONIS (Y.) : *Claude Lévi-Strauss ou la « Passion de l'inceste »*, Aubier Montaigne, 1968.
- SRAER (E.) : *Les Juifs de France et l'égalité des droits civils. L'Assemblée de 1806*, Paris, 1933.
- STERNBERG (S.), CAPECCHI (V.), KLOCK (T.), LEENDERS (C.T.) : *Mathématiques et Sciences sociales*, Paris-La Haye, 1965.
- TARELLO (G.) : 1. *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, 1971.
 – 2 « Sistemazione e ideologia nelle "Loix Civiles" di Jean Domat », dans *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologne, t. 2, 1972, pp. 127 et s.
- TUNC (A.) : 1. v° « Code Napoléon », dans E.U., t. 4, pp. 648 sq.
 – 2. v° « Droit », dans E.U., t. 5, pp. 796 sq.

- 3. cf. MAZEAUD et TUNC.
- VEYNE (P.) : 1. « Panem et circenses », dans *Annales E.S.C.*, 1969, pp. 785-825.
- 2. *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971.
- VIALLETON : *L'autorité maritale sur la personne de la femme*, Montpellier, 1919.
- VILLEY (M.) : 1. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, 1962.
- 2. *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969.
- 3. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1969.
- VIOLLET (P.) : *Histoire du Droit civil français*, Paris, 1893.
- VOLTA (O.) : *Le Vampire*, J.-J. Pauvert, 1962.
- WEISS (A.) : « Le Code civil et le conflit des lois », dans *Livre du Centenaire*, t. I, pp. 249 sq.
- WEYL (M. et R.) : *La part du Droit dans la réalité et dans l'action*, Éd. soc., 1968.
- WILHELM (W.) : « Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jhrdt », dans *Jus Commune*, I (1967), pp. 241-270.
- WINNICOT (Dr. D.W.) : *De la pédiatrie à la psychanalyse*, Payot, 1969.
- WRIGHT MILLS (C.) : *L'imagination sociologique*, trad. P. Clinquart, Paris, Maspéro, 1968.
- YMBERT (T.) : *Essais critiques sur le Code Napoléon*. I^{re} partie : *Le portique du Code. Étude sur le Titre préliminaire* (art. 1-7), Paris, 1860.

III. – FILMOGRAPHIE.

- BERTUCELLI : Les remparts d'argile, 1970 (sur une enquête de J. Duvignaud).
- BUNUEL : cf. « Spécial Buñuel », *L'Avant-Scène, Cinéma*, n^{os} 94-95.
- FLEISCHMANN : Jagdszenen aus Niederbayern (Scènes de chasse en Bavière), 1969. Cf. *Cinéma 70*, n^o 145, p. 105.
- GODARD (J. L.) : Vivre sa vie, *L'Avant Scène, Cinéma*, n^o 19.
- Une femme mariée, *eod. loc.*, n^o 46.
- Deux ou trois choses que je sais d'elle, *eod. loc.*, n^o 70.
- GRÉMILLON : L'amour d'une femme, cf. *Anthologie du Cinéma*, t. 3, n^o 20, Paris, 1966.
- MIKHALOV-KOUTCHALOVSKI (A.) : Le premier maître, 1965.
- PAPATAKIS : Les pâtres du désordre, dans *Cinéma 68*, n^o 126, p. 108.
- PASOLINI : Œdipe-Roi, *L'Avant Scène, Cinéma*, n^o 97.
- Théorème, *loc. cit.*, et dans *Quinzaine Littéraire*, n^o 68, p. 25.
- PIRÈS (G.) : Erotissimo, cf. *Cinéma 69*, n^o 136, p. 28, et n^o 139, p. 135.
- RENOIR (Jean) : La Règle du Jeu, *L'Avant-Scène, Cinéma*, n^o 52.
- TANNER (A.) : Charles mort ou vif, 1969. Cf. *Cinéma 70*, n^o 145, p. 108.

*Index des articles du Code Napoléon cités dans l'ouvrage **

| Article | Cf. page : |
|---------------|------------------------|
| 1-6..... | 25 sq., 44, 50 sq., 55 |
| 2 | 38, 50, 51 |
| 3 | 50, 69 |
| 4 | 42 |
| 5 | 41 |
| 6 | 48, 50, 51, 69 |
| 7 | 63 |
| 9-13..... | 63 |
| 22-33..... | 68 |
| 23 | 82 |
| 25 | 69, 129 |
| 34 sq..... | 60 |
| 49 | 61 |
| 50 sq..... | 60 |
| 55 sq..... | 60 |
| 57 | 65 |
| 63 sq..... | 129 |
| 72 | 60 |
| 74 | 61 |
| 77 sq..... | 61 |
| 80 | 61 |
| 88-98..... | 61 |
| 99 sq..... | 60 |
| 101 | 61 |
| 102-116..... | 60 |
| 104 | 60 |
| 108 | 73, 77 |
| 112-143..... | 63 |
| 114-116..... | 63 |
| 121 | 63 |
| 139 | 64 |
| 146-147..... | 129 |
| 151-152..... | 65 |

| Article | Cf. page : |
|---------------|------------|
| 161 sq. | 133 |
| 165 sq. | 129 |
| 172..... | 129, 133 |
| Article..... | Cf. page : |
| 172 sq. | 133 |
| 180..... | 129 |
| 180 sq. | 130 |
| 187-188..... | 134 |
| 201 sq. | 130 |
| 201-202..... | 70 |
| 213-215..... | 73 |
| 216..... | 75 |
| 217..... | 74 |
| 220..... | 74 |
| 221-222..... | 75 |
| 223..... | 74 |
| 224..... | 75 |
| 225..... | 74 |
| 226..... | 75 |
| 227..... | 64, 69 |
| 229 sq. | 130 |
| 251..... | 134 |
| 259..... | 75 |
| 268-269..... | 75 |
| 275..... | 65 |
| 276 sq. | 129 |
| 298..... | 73, 82 |
| 312 sq. | 128 |
| 319 sq. | 128 |
| 321..... | 82 |
| 331 sq. | 134 |
| 343 sq. | 134 |
| 347..... | 82 |

* Les chiffres renvoient aux pages où est traitée cette matière.

| Article..... | Cf. page : | Article..... | Cf. page : |
|--------------|---------------------|-----------------|---------------|
| 349..... | 135 | 625..... | 45 |
| 371..... | 78 | 627..... | 70 |
| 372..... | 65 | 628..... | 45 |
| 373..... | 77 | 634..... | 73, 75 |
| 374..... | 67 | 637..... | 88 |
| 375..... | 78 | 637 sq..... | 84, 86 |
| 375 sq..... | 82 | 639..... | 86 |
| 377..... | 65, 75, 78 | 640 sq..... | 86 |
| 378-380..... | 78 | 682..... | 61 |
| 381..... | 75, 133 | 686..... | 86 |
| 382-383..... | 78 | 692-693..... | 70 |
| 384-385..... | 66 | 712 sq..... | 92, 97, 136 |
| 389..... | 78 | 713..... | 136 |
| 390..... | 69 | 718 sq..... | 92, 97, 135 |
| 391..... | 74 | 718-719..... | 68 |
| 393..... | 74 | 722..... | 65 |
| 395..... | 74 | 725..... | 68 |
| 402-403..... | 65 | 733..... | 133 |
| 406-413..... | 133 | 735-738..... | 127 |
| 407..... | 75 | 744..... | 68 |
| 409..... | 133 | 753..... | 133 |
| 432..... | 133 | 755..... | 133 |
| 447..... | 78 | 762 sq..... | 135 |
| 450..... | 70, 78 | 762-764..... | 69 |
| 454 sq..... | 78 | 768..... | 136 |
| 476 sq..... | 67 | 776..... | 74, 75 |
| 478..... | 78 | 815 sq..... | 138 |
| 479..... | 133 | 893 sq..... | 98 |
| 488..... | 65, 67 | 93894..... | |
| 489..... | 67, 75 | 891366-897 ... | |
| 490..... | 75, 133 | 89898, 136..... | |
| 491..... | 68 | 905..... | 74, 75 |
| 495..... | 78 | 980..... | 65 |
| 499..... | 68 | 1029..... | 74, 75 |
| 507..... | 75, 78 | 1096..... | 76 |
| 509..... | 67, 70, 78 | 1101..... | 94, 96, 122 |
| 510..... | 68, 78 | 1101 sq..... | 122 |
| 511..... | 78 | 1104..... | 105, 106 |
| 520..... | 83 | 1104 sq..... | 122 |
| 522..... | 84 | 1107..... | 97 |
| 524..... | 83, 84 | 1108..... | 118 |
| 525..... | 83 | 1109 sq..... | 139 |
| 528-530..... | 83 | 1124-1125..... | 72 |
| 534..... | 83 | 1126..... | 84 |
| 537..... | 86, 87, 88 | 1127..... | 45 |
| 543..... | 87 | 1134..... | 124, 140, 148 |
| 544..... | 23, 45, 87, 88, 147 | 1137..... | 70 |
| 550..... | 70 | 1141..... | 70 |
| 555..... | 70 | 1142..... | 85 |
| 578..... | 88 | 1142 sq..... | 84 |
| 587..... | 45 | 1168..... | 122 |
| 601..... | 70 | 1179..... | 84 |
| 617..... | 68 | 1185 sq..... | 122, 142 |

| Article | Cf. page : | Article | Cf. page 68: |
|-----------------|---------------|-----------------|---------------|
| 1234 | 142 | 1832 | 100, 137 |
| 1238 | 70 | 1865 | 68 |
| 1247 | 61 | 1869 | 130 |
| 1314 | 70 | 1874 sq. | 103 |
| 1317 | 140 | 1876 | 103 |
| 1370 | 96 | 1880 | 70 |
| 1371 sq. | 85, 114 | 1892 | 103 |
| 1372 sq. | 114, 135 | 1915 | 104, 105 |
| 1376 sq. | 114 | 1917 sq. | 85, 104 |
| 1380 | 70 | 1927 | 70 |
| 1382 sq. | 96, 139 | 1955 sq. | 85, 104, 137 |
| 1387 | 101, 137, 138 | 1957 | 105 |
| 1388-1389 | 138 | 1962 | 70 |
| 1390 | 45, 138 | 1964 | 106, 107 |
| 1394 | 138 | 1964 sq. | 105 |
| 1395 sq. | 138 | 1965 | 106, 108, 142 |
| 1398 | 129 | 1966 | 106 |
| 1426 | 74 | 1968 | 107 |
| 1427 | 75 | 1968 sq. | 106 |
| 1431 | 74 | 1982 | 68, 106 |
| 1441 | 69 | 1984 | 111, 137 |
| 1449 | 74, 75, 76 | 1984 sq. | 85 |
| 1462 | 69 | 2003 | 68 |
| 1517 | 69 | 2011 | 112, 137 |
| 1527 | 138 | 2014 | 112 |
| 1537-1538 | 74, 75 | 2044 | 113 |
| 1575 | 74 | 2048 | 113 |
| 1576 | 74, 75 | 2059 sq. | 139 |
| 1582 | 98 | 2066 | 65 |
| 1659 sq. | 142 | 2071 | 137 |
| 1702 | 98 | 2071 sq. | 113 |
| 1709 | 99 | 2073 | 137 |
| 1710 | 100 | 2077 | 114 |
| 1728, 1° | 70 | 2078 | 114 |
| 1766 | 70 | 2092 sq. | 112 |
| 1779 | 84 | 2121 | 76 |
| 1780 | 84, 85 | 2148 | 61 |
| 1780, 1° | 61 | 2152 | 61 |
| 1781-1782 | 85 | 2204 sq. | 139 |
| 1787 | 85 | 2214 | 137 |
| 1792-1793 | 85 | 2219 sq. | 97, 139 |
| 1795 | 85 | 2265-2266 | 62 |
| 1798-1799 | 85 | 2268-2269 | 70 |
| 1806 | 70 | | |

POSTFACE

L'opinion d'un linguiste et d'un sémiologue sur une analyse structurale du Code civil ne peut évidemment porter que sur les principes et les méthodes employées, et non sur l'exactitude des données ni la correction de leur utilisation en matière d'histoire et de théorie du droit, qui sont supposées garanties par les juristes eux-mêmes. Ceci posé, L'essai d'André-Jean Arnaud, par le domaine qu'il a choisi et par la démarche qu'il propose, est extrêmement original.

Par rapport à maintes analyses structurales assez tâtonnantes d'œuvres littéraires, il offre l'avantage de porter sur un texte sans doute infiniment moins complexe qu'un roman ou un poème, parce que c'est un texte où l'essentiel se place au niveau des concepts, et dont les relations avec l'économie, la sociologie, l'histoire, la psychologie sont moins lointaines, un texte, donc, sur lequel il sera plus facile – ou moins difficile – de tester la validité des outils qu'une sémiologie de la signification propose pour l'interprétation des textes (ou leur lecture ? comme on dit trop vite aujourd'hui, croyant dire quelque chose d'autre, et de plus profond). Le présent essai offre à cet égard une occasion de réflexion précieuse, et jusqu'ici rare, à cause de la netteté de la mise en place des problèmes, du détail des analyses et de l'absence presque totale de fuite en avant dans des formulations ésotériques.

Il y avait tout à gagner à ce qu'un juriste s'essaie à la sémiologie plutôt que de voir un sémiologue prendre comme objet d'étude le Code civil. L'essai d'Arnaud s'offre vraiment de ce point de vue comme un excellent terrain de rencontre et de confrontation théorique solide et paisible, entre deux disciplines que rien ne prédestinait à collaborer. Quel que soit le jugement des juristes, cette recherche est une aubaine pour le sémiologue, même si le travail interdisciplinaire ici s'effectue a posteriori. L'auteur ne nous en voudra donc pas d'utiliser son travail uniquement du point de vue du profit qu'en peuvent tirer linguistique et sémiologie : c'est selon nous une des meilleures façons de rendre hommage à son effort, et de persuader

les juristes que le titre d'essai ne doit pas être pris au sens le plus rhétorique du terme.

Arnaud dit avec force (p. 19) qu'il n'a pas l'intention de s'aventurer à la légère sur le terrain des linguistes, et qu'il n'envisagera pas le Code comme un langage. Cependant il ne parvient pas à respecter la décision qu'il a prise, et ceci est la première leçon que tout chercheur pourra tirer de cet essai : nous sommes tellement conditionnés par nos façons de parler qu'elles risquent de nous forcer la main, même lorsque nous exerçons à leur endroit la vigilance la plus scientifique. Lorsque Arnaud dit (p. 4) que Grotius a, dans son traité, mis au point « un nouveau langage de paix », c'est essentiellement d'un nouveau concept ou d'un ensemble de nouveaux concepts (évidemment exprimés à travers une langue, la même que celle de ses prédécesseurs et de ses contemporains) qu'il s'agit. On fera la même observation lorsqu'il est dit (p. 6) que Mao opère, dans la définition de la paix qu'il donne, « un renouvellement du langage » (qui n'est pas un renouvellement du vocabulaire ici non plus, mais un renouvellement du sens – et il faut se souvenir à ce propos que la sémantique est la partie la moins structurable encore aujourd'hui de la linguistique); ou bien quand l'auteur écrit que le XVIII^e siècle réalise un « compromis entre [...] Les langages [juridiques] en compétition » (p. 17). De même cet usage trop lâche du mot langage (à la place ou à côté de tel synonyme plus propre) est manifeste ici : dans le Code « nous assistons [...] sous couvert d'une manifestation de style, de langage, au passage d'un système d'inspiration jusnaturalistique moderne à un système de conception positiviste » (p. 44). Si l'on querelle ici ces impropriétés ce n'est pas par purisme, c'est par hygiène épistémologique. Vient en effet le moment où, à force de parler du Code, ou de la science juridique, ou du droit comme d'un langage (cf. aussi p. 141) on finit par croire que cet abus de langage est une explication de faits qu'on voudrait cerner ; ainsi lorsque Arnaud écrit cette formule sibylline pour le linguiste : « C'est à partir du moment où, sans que les échanges se produisent effectivement, le langage les dépasse (?), au point de devenir lui-même matière d'échange (?), que la réglementation des rapports civils s'organise en science » (p. 141).

Ce péril – croire qu'on éclaire des faits juridiques parce qu'on leur attribue des dénominations linguistiques, après qu'on a dit : le Code est langage – est sensible aussi quand Arnaud parle, en empruntant le terme à Tesnière via Greimas, des actants (pp. 35, 121) d'une relation juridique ; ou bien quand il assimile, par une métaphore erronée selon moi, l'élément aléatoire ou conditionnel d'un contrat imparfaitement défini avec ce qu'on appelle « bruit » en théorie de la transmission de la communication (p. 119). Lorsqu'il parle aussi du « discours juridique [...] comme ensemble signifiant au premier degré » (pp. 21, 147), ou bien d'une institution qui « prend une place signifiante » dans un système (p. 22), ou encore d'une relation (entre deux participants à un échange) qui serait « non si-

gnifiante » (p. 99) et d'« unités signifiantes » (p. 105), il suggère que le concept linguistique de « signifiant » pourrait être opératoire ici, ce qui n'est jamais le cas : chaque fois, le terme a le sens courant, clair et traditionnel, de significatif. Il n'introduit aucune analyse qui doive quoi que ce soit à la linguistique.

Bien que, « par souci de prudence », il se soit interdit de parler de « décodage », Arnaud se laisse également tenter par des emplois hasardés du mot code (pp. 23, 53) ; il manie le mot connotation, dont ru sage en linguistique est loin d'être facile, de façon périlleuse aussi, s'il veut lui faire dire quelque chose de linguistiquement univoque (pp. 42, 51, 82, 86, 120). Et bien qu'il sache qu'en sémiologie de la signification, mieux vaut partir d'une recherche d'indices qu'il s'agit d'interpréter, plutôt que de signes à décoder (ce qui supposerait le problème résolu), le mot proscrit revient sous sa plume au moins une fois, pour affirmer que « dans l'univers des signes, le juridique a sa place » (p. 147). Je ne suis pas persuadé non plus par la valeur explicative proprement linguistique de la phrase où il est dit que « la naissance de la science juridique se situerait [...] au moment où l'échange, bien que ne portant pas sur des symboles ni des signes, atteint un degré de complexité tel que sa bonne réalisation nécessite l'usage de symboles et de signes » (p. 51). Ceci reviendrait-il à dire, en langage ordinaire, que la science juridique naît lorsqu'on passe du droit oral au droit écrit : rien de plus ? (et ce n'est peut-être pas exact).

Comme la terminologie linguistique d'Arnaud lui parvient souvent à travers des auteurs non linguistes qui l'ont beaucoup distordue, il parle d'une « chaîne syntagmatique » (p. 38) à propos des opérations d'expédition + publication + exécution, concernant les lois, expression dans laquelle syntagmatique signifie temporelle ou successive, sans aucun bénéfice pour personne. Il en va de même pour la « chaîne syntagmatique » qui définit les membres de la famille. (p. 132). Et que dire de cette formule empruntée à Jean Pouillon, qui oppose attitudes structurelle et structurale, celle-ci renvoyant « à la structure comme syntaxe » ce qui est tautologique ? (p. 19).

Sur un point, Arnaud a totalement raison : c'est lorsqu'il préconise une étude du Code civil qui soit synchronique d'abord, dans le texte et dans le cadre historique de 1804 (p. 14 ; voir aussi pp. 19, 20, 91, 151), avant de l'interpréter dans son évolution, et surtout avant d'essayer de prouver, par des lectures anachroniques, que le texte de 1804 disait ce que nous lui faisons dire aujourd'hui. Il y a là l'amorce large d'une démonstration tout à fait bien venue sur la richesse théorique et méthodologique de la pensée de Saussure à cet égard.

Le travail d'Arnaud ne sort pas diminué de cet échenillage terminologique. Il suffirait de ces corrections formelles peu nombreuses pour le rendre indemne sur ce point, ce qui ne l'amputerait absolument pas quant

à sa substance : même la suppression totale de ces endroits n'altérerait rien de la démonstration d'ensemble. Mais le texte, tel qu'il est, permet d'administrer la preuve que, lorsqu'il s'agit de sémiologie de la signification, les emprunts à la linguistique n'ont guère de valeur, soit opératoire, soit même heuristique ; et qu'ils risquent plutôt de masquer au chercheur, sous une terminologie superficielle, qu'il n'a pas expliqué ce qu'il croyait expliquer. De ce point de vue, l'objet de l'analyse, le Code civil, est précieux, parce que sa nature même ne permet aucune de ces échappatoires strictement verbales, qui obscurciraient l'administration de cette preuve, et la discussion, s'il s'agissait d'un thème esthétique, voire sociologique ou ethnologique.

Mais si la linguistique est inopérante ici, la sémiologie de la communication – c'est-à-dire la science qui étudie la structure et le fonctionnement des divers systèmes et moyens de communication ou codes non linguistiques inventés par les hommes – pourrait être l'instrument d'analyse adéquat. Dans ce cas, il faudrait considérer que le Code civil est un système de communication non linguistique, et que la logique de ses articles organise une communication d'un type particulier, la communication juridique par exemple, qu'il ne faut pas confondre avec la communication constituée par la suite des phrases du Code, évidemment. Il faudrait prouver l'existence d'émetteurs et de récepteurs au sens propre, et surtout celle de « messages » [juridiques] construits selon le Code (sans oublier jamais qu'un message, c'est ce qui transmet une information). Les règles sont visibles, mais les unités ? mais surtout les messages ? Seraient-ce les relations [juridiques] définies par le Code, soit entre personnes, soit entre personnes, biens et services ? Ou seraient-ce les objets de ces relations ? Un mariage n'est pas un message, une vente n'est pas un message – et l'objet à vendre non plus, tout au moins au sens linguistique ou sémiologique du terme. Cette utilisation d'une sémiologie de la communication mènerait, comme celle de la linguistique, à plaquer sur la description et l'explication du fonctionnement du Code, une terminologie métaphorique a priori. Arnaud en a été conscient, et l'un de ses postulats de départ est que « le Code civil sera considéré non comme un système de communication, mais comme un système d'échange » (p. 20).

Mais là aussi, son travail est une bonne illustration du fait qu'il est plus difficile d'appliquer systématiquement cette règle de conduite que d'y adhérer intellectuellement. La confusion actuelle entre sémiologie de la communication et sémiologie de la signification est si répandue (à cause de Barthes, de Greimas, et sans doute aussi de Lévi-Strauss) qu'on ne s'en libère pas facilement. C'est ainsi qu'Arnaud, à peine a-t-il formulé sa volonté de ne pas postuler que le Code est un système de communication, se laisse gagner par un repentir qui risque de remettre tout en question. Notant que les linguistes « vont jusqu'à estimer que l'expression échanger des paroles relève d'une pure métaphore » (p. 20), il ajoute en note : « Et

pourtant, dans une conversation, chaque interlocuteur ne prend-il pas à l'autre un peu de lui-même, en acceptant ses paroles (au sens où les juristes entendent l'acceptation) ? Il pourrait bien y avoir isomorphisme entre l'échange des paroles et le contrat juridique d'échange » (p. 20). La phrase est typique de ces démonstrations d'aspect sémiologique où tout réside dans un conditionnel et dans un jeu sur les acceptations, très subjectives, des mots employés (en français). Si par hasard il existe un isomorphisme réel entre échanger des paroles et exécuter des contrats, la démonstration n'en reposerait pas sur des constructions purement verbales du type de celle-ci.

Cette tentation d'attribuer a priori une valeur de communication (au sens linguistique ou sémiologique du terme beaucoup plus opératoirement restreint que le sens du Littré, auquel l'auteur a voulu s'en tenir) (cf. sa note 4, p. 62) à des actes juridiques revient sporadiquement sous la plume d'Arnaud, sans aucun profit pour son analyse, à la faveur de synonymies discutables (« Agir, c'est-à-dire communiquer », p. 109 ; « une législation, moyen de communication entre les individus », p. 45 ; « le Droit [...] est la communication d'un instant fugitif », p. 55 ; « le magistrat, spécialiste des troubles de la communication », p. 74 ; quand il s'occupe de la transmission des biens, des services et même des personnes : voir aussi pp. 63, 64, 68, 112, 130, 134, « le Code [...] [est un] mode de communication », p. 62). Ou même à la faveur de comparaisons, seulement bonnes en tant que comparaisons peut-être, entre actes juristiques et communication téléphonique (p. 50). L'habitude à de telles façons de dire finit par persuader que le postulat est démontré, et l'auteur parle d'« action communicatoire » (p. 23), du « but communicatoire, qui est de l'essence des obligations » (p. 95), de « rôle communicatoire » (p. 130), et surtout de « chaîne communicatoire » (pp. 68, 81, 83, 92) et de « perspective communicatoire » (pp. 48, 81, 92, 97, 127, 146).

Chercheurs barthésiens et lévi-straussiens semblent s'irriter parfois de cette obstination de certains linguistes rejeter l'emploi des modèles linguistiques et sémiologiques là où le mot communication n'est qu'un mot de passe qui couvre des phénomènes encore mal connus. Souvent même, ils suggèrent qu'il s'agit de l'attitude tatillonne et pédante de gardiens bornés d'un domaine réservé, attitude qui empêcherait l'essor interdisciplinaire, et la créativité des théoriciens. C'est là une critique d'humeur, inutilement polémique. Et le travail d'Arnaud, à l'orientation duquel j'adhère pleinement, dont je partage les hypothèses de départ, et le gros des conclusions, me paraît un bon terrain pour éclaircir justement ce débat. Ce n'est pas parce qu'ils utilisent une terminologie linguistique ou sémiologique que tels ou tels travaux sont critiquables ou décevants : c'est parce qu'ils l'utilisent mal, inutilement, se masquant par ce moyen qu'ils ne décrivent ni n'expliquent les phénomènes à l'étude. Au lieu de postuler sans le prouver, répétons-le, que ces phénomènes sont justiciables du modèle de la

communication linguistique ou sémiologique, mieux vaut partir des faits, sans préconceptions d'aucune sorte. Beaucoup de phénomènes peuvent se voir décrits comme des espèces de communications, mais le problème sera toujours de montrer le caractère spécifique de cette communication prétendue, qui est peut-être échange, circulation, transmission, répartition, dans l'acception la plus stricte de ces termes. Ici aussi le texte d'Arnaud pourrait être amputé sans dommage théorique ou pratique de toutes ces formules risquées. La meilleure preuve en est que, pour décrire les actes juridiques (terme très juste), il emploie, beaucoup plus souvent que le mot communication, les mots rapport et relation (une centaine d'occurrences dans tout ouvrage dès la p. 8), mots qui sont scientifiquement bien plus rigoureux, qui ne postulent rien, qui permettent ensuite de définir précisément le caractère spécifique de chaque type de rapport impliqué par tel ou tel acte. Passer de rapport ou de relation, par voisinage synonymique en langage ordinaires au mot communication (par l'intermédiaire d'échange, ou de circulation) paraît toujours un abus de langage, qui n'apporte à l'analyse et à l'interprétation ni précision ni perspective supplémentaires. On ne gagne absolument rien à mettre a priori le signe égale entre les mots relation et communication, car tout étant relation avec tout, on ferait sombrer la science dans une espèce d'alchimie pan-linguistique entièrement vide au point de vue descriptif comme au point de vue explicatif. Puisque tout, dès l'intérieur du noyau atomique, peut être décrit xRy (x est en relation avec y), pourquoi le chimiste, par exemple, ne poserait-il pas que $H^2O \rightarrow xRy$, et que l'eau est le message d'une espèce de communication entre hydrogène et oxygène, ce qui n'apprendrait strictement rien de plus sur H^2O ? On mesure l'intérêt méthodologique de l'essai d'Arnaud : le Code civil permet d'affronter de façon concrète certains biaisements théoriques irritants, dont l'essor de la sémiologie a certainement souffert jusqu'ici.

Dans la même page où il s'était promis de ne pas tomber dans les pièges de la linguistique et de la sémiologie de la communication, Arnaud pose fermement les bases de sa démarche : « Nous situerons notre analyse au niveau d'une sémiologie de la signification » (p. 20). Ce qu'il faut entendre par là, depuis les clarifications de Luis Prieto, c'est qu'au lieu de considérer, a priori, un phénomène donné comme un système de signes décodables selon le modèle linguistique, on pose que ce phénomène a forcément une signification, et que cette signification peut être atteinte à partir d'une analyse d'indices extraits de ce phénomène. Un indice, dit Prieto dans une formulation capitale, est un fait observable qui fournit des renseignements sur d'autres qui ne le sont pas. La sémiologie de la signification consistera donc à reconstruire un modèle de la structure du phénomène à l'étude, à partir d'une interprétation d'indices. Décoder des signes, au contraire, suppose la possession préalable du code de fonctionnement de ces signes (par un apprentissage social). Confondre le décodage des signes avec l'interprétation des indices est une erreur théorique, due elle

aussi à une fausse synonymie hâtive. La situation du chercheur qui doit interpréter les indices qu'il extrait d'un phénomène n'est pas du tout celle du decodeur qui, muni de son code, déchiffre un message, mais tout au plus l'analogue de celle – tout à fait différente – d'un décrypteur qui, ignorant le code d'un message, doit découvrir ce code pour interpréter le message.

On conçoit que toute découverte et description de la structure d'un phénomène (Gilles Granger a raison de dire que cette opération, c'est la Science) repose fondamentalement sur la qualité des indices à partir desquels on va construire cette structure, qui est déjà une interprétation du phénomène. La qualité de ces indices elle-même repose sur leur choix, d'où l'importance des critères qui président à ce choix ; c'est ce que la linguistique appelle le principe de pertinence. Le péril de toute sémiologie de la signification, c'est de choisir des indices qu'on croit ou qu'on veut significatifs en fonction de l'hypothèse préalable – et non en fonction de l'inventaire complet des faits – sélectionnant ceux qui sont favorables, ignorant surtout ceux qui sont gênants ou contraires, sans critères objectifs extérieurs à l'hypothèse. On sait jusqu'à quels délires peut conduire cette démarche : qu'on pense à tout ce qu'on peut tirer de la sorte de n'importe quoi, qu'il s'agisse du texte de l'Apocalypse (où l'on trouve ainsi la date de la déclaration de guerre de 1939), ou des dimensions de la grande pyramide de Chéops (dont on peut tirer toute la mécanique céleste de Newton).

C'est ici qu'Arnaud trouve son terrain solide, et son interprétation du Code civil est riche d'enseignements. Tout d'abord, à la différence de trop de structuralistes hâtifs, il sait que l'analyse structurale n'exclut pas métaphysiquement tout ce qui n'est pas elle. Il sait que les indices sur lesquels il va construire cette interprétation peuvent être, non seulement dans le Code (c'est ce que la vieille et bonne philologie par exemple appelait la critique interne), mais hors du Code, dans l'histoire, la psychologie, la sociologie, l'économie, l'histoire du droit, la philosophie, contemporaines de sa rédaction. Loin d'ignorer ces indices externes, il leur fait une large place. Ce que les rédacteurs du Code ont dit de leurs intentions soit avant, soit pendant, soit après la rédaction, les réactions des contemporains, les débats dans les assemblées, la formation juridique et philosophique des rédacteurs, la conjoncture économique 1800-1804, les circonstances politiques, tout cela peut fournir un indice, et faire preuve. À cet égard, on peut regretter que la construction d'Arnaud ne s'appuie pas sur « une édition critique de type historique » dont il rêvait de faire le second volet de sa longue exploration du Code (p. 1) et que les conditions matérielles de la recherche en France n'ont pas permis de réaliser. On y aurait trouvé la collection la plus étendue possible d'indices potentiels pour une interprétation du Code. C'est l'impossibilité de réaliser cette édition critique, Arnaud le précise avec modestie, qui l'a réduit à ne donner, surtout en fait de preuves, « qu'une ébauche » (p. 1), « un essai » (le titre). Mais telle qu'elle est cette « esquisse », comme il dit encore, offre un terrain d'exercice et de

réflexion sémiologiques qui n'a sans doute pas d'égal depuis les travaux de Lévi-Strauss sur les mythes.

Cette enquête – qui est aussi selon le mot très juste d'Arnaud lui-même, « une expérience » méthodologique (p. 2 n. 2) – permet déjà des suggestions qui (nous insistons sur ce point) n'auraient pas été possibles sans elle. Grâce au travail d'Arnaud, en effet, on voit mieux, et on peut prouver – ce qui a une valeur théorique considérable – qu'une sémiologie de la signification devra toujours, plus que toute autre investigation, demeurer très attentive à ne pas confondre les niveaux (au sens propre technique) où elle opère. Car, grâce au Code civil, apparaît en pleine lumière un fait dont les chercheurs n'ont souvent qu'une conscience très floue : un phénomène peut avoir plusieurs significations selon le point de vue où l'on se place pour l'étudier, la confusion des points de vue risquant toujours soit d'affaiblir, soit de fausser l'interprétation.

Pour le Code, une sémiologie de la signification doit évidemment commencer par une analyse de la structure manifeste du texte même, ce qu'on peut nommer sa structure rédactionnelle ou sa structure apparente. Arnaud lui consacre peu de place, à divers endroits, sans doute parce que c'est un sujet très familier pour tous les juristes. Mais comme c'est la base de la construction peut-être méritait-elle (en bonne méthode et ne serait-ce que pour faire le point) une présentation d'ensemble. Car l'auteur semble hésiter entre deux formulations. Tantôt cet ordre manifeste est un modèle parfait, lisible à vue : « Dans le système de la paix bourgeoise, la règle du jeu peut être découverte à la seule lecture du Droit en vigueur, car celui-ci devient spécifique de celle-là » (p. 5). En effet, « dans le cas du Code civil, le modèle n'est pas construit par le chercheur. Il l'a été par le législateur, et c'est même là ce qui fait son grand intérêt » (p. 12). Cette construction semble avoir une logique bien apparente : « Tout se tient dans le Code civil » (p. 74). Des articles qui pourraient sembler des transitions de pure commodité didactique ont au contraire une signification organique (p. 88) ; les places mêmes des articles sont significatives (pp. 91 et s. et passim), et « la succession des articles y forme une longue chaîne d'interdépendances où il ne peut y avoir d'arbitraire que préétabli » (p. 147). – Tantôt au contraire cette rigueur, qui serait celle d'une « géométrie euclidienne » (p. 93), souffre des exceptions, car il s'agit seulement d'une « démarche quasi-générale » (p. 91) : par exemple l'ordre des articles a été perturbé par le fait que le « Code Napoléon est la réunion de plusieurs lois votées indépendamment » [à des époques séparées] (p. 92). Il semble probable, à la lecture, que cette seconde façon de voir est plus proche de la réalité. Les oscillations d'Arnaud respectent donc cette réalité déjà complexe de la composition rédactionnelle du Code, mais font bien voir qu'il y a là un problème préalable, et loin d'être mineur.

Puisque le sens apparent du Code n'est pas transparent, la première démarche proprement sémiologique sera d'en découvrir la structure réelle,

non manifeste, ce qu'on pourrait nommer la « logique [juridique] du Code » (p. 136). C'est bien la démarche fondamentale d'Arnaud, qui se donne pour tâche première de « tenter de trouver l'organisation logique de la théorie des obligations inscrites au Code » (p. 94), qui tente « d'en redécouvrir la géométrie euclidienne » (p. 97), qui sait, avec Sebag, qu'il vise « à dévoiler le principe d'organisation régissant un ensemble d'éléments se définissant réciproquement » (p. 19), de « mettre au jour le modèle structural qu'incarne le Code Napoléon » (p. 22), « le système qui sous-tend le Code civil » (26, 35), les « structures sous-jacentes » (p. 154). Mais il n'a pas toujours séparé rigoureusement son analyse au niveau de la structure rédactionnelle et celle qu'il opère au niveau de la structure logique : quand il déclare par exemple que « l'ouvrage est [...] très charpenté, selon une logique axiomatique stricte » (pour laquelle il renvoie à ses Origines doctrinales) (p. 25), il a l'air d'introduire à la première, mais en des termes qui renvoient à la seconde. D'une façon générale, on garde l'impression qu'ici aussi il oscille entre deux présentations : tantôt cette logique juridique sous-jacente du Code serait parfaitement cohérente – et en maints endroits il montre que même certaines absences constituent des indices de cette cohérence (pp. 42, 50, 70 par exemple), ou que les places apparemment surprenantes où sont traitées certaines notions sont justifiées par cette logique profonde. Tantôt, au contraire, il tient compte du « caractère hybride » (p. 45) que le Code doit au tiraillement de ses rédacteurs entre leur jusnaturalisme et leur positivisme (voir aussi p. 93) ; ou bien du fait que parfois « le législateur de l'An XII a dû [...] céder aux acquis révolutionnaires » (p. 72) ; et de divers autres facteurs de déséquilibre (pp. 106-107 par ex.). Il y a de nouveau dans cette oscillation de l'auteur une excellente leçon pour les structuralistes fanatiques, qui veulent à tout prix réduire la complexité des produits de l'activité de l'homme à la pureté d'une essence métaphysique.

Ce problème de présentation ne gêne en rien l'analyse structurale d'Arnaud, qui est son apport central : il montre que le Code civil est une règle du jeu de la société bourgeoise. L'analyse du statut des joueurs (avec l'interprétation des concepts d'étranger, de vagabond, de mineur, d'interdit, d'absent), celle des mises, et celle de la partie en action, constituent une description suggestive, construite avec une rigueur formelle sans doute jamais atteinte. Même si l'utilisation de la logique des ensembles pour formaliser la représentation des contrats peut être discutée, et même si l'on veut chicaner la longue métaphore, filée en allégorie, sur le Code comme règle d'un jeu (Arnaud tire certainement sur le sens actuel des mots pour pousser sa métaphore jusqu'au bout : par exemple ses gages de bon fonctionnement du Code n'ont de commun que le mot avec les gages en matière de jeu), il n'en reste pas moins qu'il offre un tableau saisissant, et solidement défendable de la structure logique réelle du Code. C'est sans doute la partie la plus remarquable de son essai.

Cette première démarche forme proprement l'analyse structurale du Code, celle qui reconstitue la structure profonde, inapparente, sous la structure apparente de la suite des chapitres et des articles. Mais l'analyse sémiologique du Code – si l'on se place sur le plan de la sémiologie de la signification – n'est pas achevée ici, bien qu'elle doive se poursuivre par des méthodes qui n'ont plus rien de spécifiquement structural. En effet, restent à découvrir la ou les significations de cette structure logique du Code (dont on mesure que la découverte commande tout le reste : si la structure qu'on postule être la véritable est contestable, toutes les constructions ultérieures qu'on fera sur elle s'écroulent).

Ici encore Arnaud est très suggestif. Il explicite bien le fait que cette structure du Code – et peut-être le démontre-t-il pour la première fois – traduit fondamentalement la structure économique de l'économie bourgeoise (et d'abord celle de 1804), comme l'avait bien vu Marx. Il montre que le Code, en dépit de l'idéologie de ses rédacteurs, formule, non les droits de l'homme, mais ceux du citoyen français ; et certainement beaucoup moins ceux de tous les citoyens français que ceux, essentiellement, des citoyens propriétaires – les autres n'étant pas ignorés mais marginaux, les personnes n'étant toujours évoquées qu'en fonction de leur statut, à travers les relations entre leurs biens, et à cause d'elles.

Cette interprétation économique de la signification de la structure du Code n'est pas terminale. Le Code n'est pas l'expression parfaite, automatique, exclusive, de la réalité économique qu'il veut consacrer. Sa structure porte aussi la trace des rapports sociaux tels qu'ils étaient réellement, et tels qu'ils étaient vus par ses rédacteurs : ceci a joué dans sa rédaction, et légitime une interprétation sociologique propre de la signification de la structure du Code (voir par ex. pp. 43, 147). De même, les rédacteurs du Code n'étaient pas de purs esprits, parfaitement conscients des mécanismes économiques et sociaux qu'ils voulaient instituer. C'étaient des hommes, ayant une culture, un passé, des tempéraments, etc., qui ont laissé leur trace dans le texte. Arnaud ne cède pas à la tentation d'exclure ou d'ignorer ces éléments de discordance ou de perturbation de la structure du Code (cf. sur l'influence de Bonaparte, celle de Portalis, celle de la psychologie traditionnelle à l'égard de la femme, etc.). Une interprétation de la signification de la structure du Code au niveau psychologique est donc nécessaire, et possible. Une autre même, aux yeux d'Arnaud, n'est pas moins justifiée : si les hommes, à travers les temps et les organisations sociales, manifestent en permanence des « contradictions fondamentales » (p. 51), des pulsions très profondes : angoisse existentielle (pp. 47, 52, 55, 82, 155), aspiration à un absolu, toujours déçue par la finitude de la condition humaine (pp. 52, 106), ces traits doivent se manifester dans la rédaction du Code ; Arnaud les y trouve, et propose ainsi une interprétation anthropologique de la signification de la structure du Code.

Ces interprétations, aux niveaux sociologique, psychologique, anthropologique, sont déjà difficiles à bien distinguer de celle qu'il faut faire, en dernière analyse, au niveau idéologique. Le mot idéologique est actuellement difficile à manier, tant il est obscurci par les gloses, les interprétations, les usages de plus en plus approximatifs. Arnaud s'en tient, sagement selon moi, au concept tel que l'a proposé, et défini, Karl Marx (voir p. 151 ; la citation qui suit, de Sebag, n'est rien moins que confusionnelle) : l'idéologie, c'est essentiellement l'explication erronée, rationalisée, idéalisée, qu'on se donne d'un phénomène, d'une attitude, d'un comportement, d'une institution, parce qu'on n'est pas conscient (qu'on ne peut pas, ou qu'on ne veut pas être conscient) du faisceau des explications réelles qui seraient adéquates.

Arnaud, fidèle aux classiques du marxisme, apporte une démonstration plus complète des affirmations qu'ils avaient seulement indiquées : à travers la volonté de fonder le Droit sur l'exaltation de l'individu universel abstrait, les bourgeois de 1804 n'ont fait qu'idéaliser leurs intérêts et leurs motivations propres : « Le véritable auteur du Code civil français est donc, idéologiquement, techniquement, politiquement, socialement et économiquement, le bourgeois jansénisant et gallican éclairé de la fin du XVIII^e siècle, qui a traversé les vicissitudes de la Révolution » (p. 152).

Arnaud fournit assez d'indices pour étayer son interprétation. Sans doute même pourrait-il en donner beaucoup plus en puisant dans les matériaux de cette édition critique du Code à laquelle il avait songé d'abord. Selon moi, ce n'est pas sur ce point qu'il faut débattre avec lui. Mais, comme toute interprétation idéologique, la sienne soulève le problème (qui est sans doute particulièrement bien posé sur un matériau comme le Code) de la conscience ou de la conscience qu'ont les hommes de l'idéologie qui les meut. Arnaud semble postuler que les porte-parole de la bourgeoisie de 1804 étaient pleinement conscients de l'opération idéologique de dissimulation de leurs vrais mobiles, à laquelle ils ont procédé dans la rédaction du Code : ils ont « déguisé » tous les individus en citoyens pour les « leurrer » (p. 11), et le Code civil est un « mythe » au sens propre et marxiste du terme (p. 24), dont il faut « démasquer le soi-disant humanisme » et « l'alibi idéaliste » (pp. 147, 153). Cette formulation polémique ne paraît pas nécessaire à la démonstration du caractère du Code comme expression (plus ou moins parfaite, cf. p. 150) de l'idéologie bourgeoise : il y a péril à projeter, sans enquêtes historiques et psychosociologiques minutieuses, la netteté de nos analyses d'aujourd'hui dans la tête des gens de 1804. Les rédacteurs du Code n'étaient sans doute pas, comme dit M. Villet, « de petits saints ». Mais faut-il en faire, ce que les voltairiens faisaient des prêtres au XVIII^e siècle, des imposteurs et des fripons conscients et organisés ? Il me semble que c'est nier le caractère propre des idéologies que de les faire totalement conscientes d'elles-mêmes ; et ce serait, dans le cas présent, oublier peut-être, par un raidissement anti-dialectique, que la

bourgeoisie en 1804 est encore une classe montante et que pour monter, comme le soulignent Marx et Engels, elle a dû se faire le porte-parole d'autres classes opprimées – ce qui doit transpar  tre dans le Code dans la mesure où il dépasse une situation juridique antérieure. Arnaud le sait, le dit quelque part, et néglige peut-être de le rappeler dans sa conclusion.

D'une façon générale, en soulevant cette objection, on touche à l'un des aspects par où le travail d'Arnaud peut offrir une prise à la critique : son aspect plus d'une fois polémique. Ce qu'il dit vigoureusement sur la place faite dans le Code à la femme, au mineur, à l'enfant, par exemple, est stimulant. Mais n'est-ce pas l'attitude antisynchronique par excellence : reprocher aux bourgeois de 1804 de n'avoir pas été nourris par la pensée révolutionnaire de 1972 ? C'est sans doute aux interprètes lénifiants d'aujourd'hui que pense Arnaud lorsqu'il polémique, mais sa formulation scientifique en est altérée. Plus d'une fois d'ailleurs, et c'est sympathique, on sent l'homme de 1972, avec ses options idéologiques d'époque. Il n'est pas question d'en faire grief à un travailleur patient, modeste, nourri de la probité intellectuelle qui consiste à afficher ses partis pris en tant que tels – ce qui est la plus belle hygiène scientifique. Mais en tant que sémiologue, moins pour Arnaud que pour beaucoup de spécialistes trop pressés de l'interprétation idéologique des autres, on peut en profiter pour souligner le problème ultime de toute sémiologie de la signification : l'interpr  tateur est toujours, lui aussi, conditionné. Paraphrasant une formule de Marx, on pourrait dire que l'interpr  tateur a besoin lui aussi d'être interprété – et tout chercheur doit en être conscient, surtout quand il va fouiller dans la conscience des autres.

Ce n'est pas un mince mérite, à mes yeux, que l'essai d'Arnaud suggère tant de réflexions, qui doivent tout à sa mise en place des problèmes. Et que, sur un cas privilégié, il propose au sémiologue un examen de conscience aussi fructueux. Je pense que l'auteur a rendu au Code civil un grand service en offrant cette lecture rajeunissante. Je ne saurais présumer le profit qu'en tireront les juristes. Mais je suis sûr qu'il apporte à la réflexion sémiologique un thème aussi enrichissant du point de vue théorique et méthodologique, que celui de Lévi-Strauss lorsqu'il a renouvelé notre façon de nous interroger sur les mythes.

21 septembre 1972.
GEORGES MOUNIN.