

Les Cahiers de droit



1804-2004 : D'une lecture civiliste de l'économie à une lecture économique du droit civil ?

Jean-Michel Poughon

Volume 46, Number 1-2, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043847ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043847ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Poughon, J.-M. (2005). 1804-2004 : D'une lecture civiliste de l'économie à une lecture économique du droit civil ? *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 427–444.
<https://doi.org/10.7202/043847ar>

Article abstract

The Civil Code may be considered in an economic perspective. As such, it can be considered as a set of rules overseeing the exchanges of goods and wealth. It is the legal portrait of the market economy over which the Code imposes its rules. It is the organizing force underlying individuals' desires and needs.

This function appears to be called into question nowadays, insofar as the current philosophic and economic context makes individual value prevail over all others. The individual wants freedom to dispose of his or her own life, body and quest for personal interests. Such a desire is legitimized by technical and biological progress that enables increasing satisfaction of individual needs.

As such, the Civil Code, which has rediscovered the human body so as to better protect it, collides with individualistic volition, which seeks to dispose of itself freely. Might it not then be that the Code has become subject to individual values and, further on, to economic values ?

1804-2004 : D'une lecture civiliste de l'économie à une lecture économique du droit civil ?

Jean-Michel POUGHON*

Le Code civil peut être envisagé dans une optique économique. À ce titre, il peut être considéré comme un ensemble de règles présidant à la circulation des biens et des richesses. Il constitue la traduction juridique de l'économie libérale dont il impose les règles. Il est l'organisateur des désirs et des besoins de l'individu.

Cette fonction semble remise en question de nos jours, dans la mesure où le contexte philosophique et économique actuel fait prédominer la valeur individuelle sur toute autre. L'individu se veut libre de disposer de lui-même, de son propre corps, à la recherche de son seul intérêt. Un tel désir se trouve légitimé par les progrès techniques et biologiques qui permettent une satisfaction croissante des besoins individuels.

Dès lors, le Code civil, qui a redécouvert le corps humain pour mieux le protéger, se heurte à la volonté individuelle qui veut en disposer librement. Le Code ne devient-il pas soumis aux valeurs individuelles et, par-delà, aux valeurs économiques ?

The Civil Code may be considered in an economic perspective. As such, it can be considered as a set of rules overseeing the exchanges of goods and wealth. It is the legal portrait of the market economy over which the Code imposes its rules. It is the organizing force underlying individuals' desires and needs.

* Professeur, Faculté de droit, Université Robert-Schuman.

This function appears to be called into question nowadays, insofar as the current philosophic and economic context makes individual value prevail over all others. The individual wants freedom to dispose of his or her own life, body and quest for personal interests. Such a desire is legitimized by technical and biological progress that enables increasing satisfaction of individual needs.

As such, the Civil Code, which has rediscovered the human body so as to better protect it, collides with individualistic volition, which seeks to dispose of itself freely. Might it not then be that the Code has become subject to individual values and, further on, to economic values ?

	<i>Pages</i>
1 Le Code civil, gestionnaire des désirs et des besoins de l'individu	430
1.1 L'individu, être de jouissance.....	430
1.1.1 L'approche de l'École du droit naturel	430
1.1.2 L'approche des philosophes.....	432
1.1.3 L'approche de l'économie politique.....	432
1.2 Le Code civil, organisateur de la jouissance.....	433
1.2.1 L'enrichissement patrimonial.....	433
1.2.2 Une lecture économique de la nature.....	435
1.2.3 Une approche économique des relations juridiques	436
2 L'ordre juridique soumis à l'ordre économique ?	438
2.1 Le patrimoine, un nouveau concept économique ?	438
2.2 Le corps, concept économique ?	440

L'année 2004 est, nul ne l'ignore plus, celle du bicentenaire du Code civil, l'un des monuments de la science juridique européenne.

Ce code est, à raison, conçu comme un compromis entre le droit de l'Ancien Régime, et celui de la Révolution française. Quelques exemples, le choix du régime matrimonial légal, le divorce et le statut des enfants naturels, permettent d'illustrer cet esprit de compromis.

En ce qui concerne le choix du régime matrimonial, l'ancien droit connaissait deux types de régimes matrimoniaux, le régime dotal, d'ins-

piration romaine, et le régime de la communauté des biens. Le premier s'imposait dans les pays de droit écrit ; le second, dans les pays de droit coutumier. Le Code civil a retenu le régime de la communauté comme régime légal, mais il a conservé le régime dotal comme pouvant être choisi par les époux.

En ce qui concerne le divorce, on sait que, pour des raisons religieuses, l'ancien droit ne l'admettait pas. En revanche, la séparation de corps était acceptée. Pour sa part, le législateur, se fondant sur le principe de liberté, admettait, de manière large, le divorce, mais refusait la séparation de corps. Dans un esprit de compromis, le Code civil a conservé le divorce, dont il a réduit les causes, et il a maintenu la séparation de corps.

En ce qui concerne le statut des enfants naturels, l'ancien droit les excluait de la famille, tandis que le législateur révolutionnaire les plaçait à égalité avec les enfants légitimes. Le Code civil les a admis à succéder, mais en réduisant leurs parts¹.

Cet esprit de compromis se justifie d'ailleurs aisément. La stabilité politique bonapartiste leur permettant enfin d'œuvrer de manière durable en vue d'une unité juridique, les rédacteurs ne pouvaient fonder le Code sur l'ancien droit dont les valeurs étaient désormais déconsidérées, ni sur une législation révolutionnaire jugée trop audacieuse. Ils étaient donc contraints à cet esprit de compromis. Tout le discours préliminaire prononcé par Portalis exprime la nécessité de cette transaction².

Mais peut-être est-il une autre approche possible du Code de 1804 : constater qu'il constitue en partie une concrétisation juridique des valeurs véhiculées par la « secte des économistes », les physiocrates ou le courant libéral naissant. N'oublions pas que les rédacteurs ont vécu l'importance du mouvement des physiocrates et qu'ils sont contemporains de l'essor de l'économie politique. Le *Traité d'économie politique* de J.B. Say date de 1803 et il a connu un succès immédiat. Un Bentham a exercé également une grande influence³. N'oublions pas qu'un Portalis, dans son ouvrage *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique [...]*, mentionne clairement

-
1. Le lecteur peut également retenir que l'égalité des époux dans l'administration de leurs biens, conséquence du principe révolutionnaire de l'égalité des individus, et largement affirmée dans les deux premiers projets de Cambacérès, ne figure pas dans le Code civil.
 2. P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Osnabrück, Otto Zeller, 1968 [1re éd. : 1827], p. 480 et suiv.
 3. Cf. S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon, il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milan, Giuffrè, 1998, p. 69-87.

l'importance de l'École écossaise illustrée par Hutcheson ou Smith⁴. Cependant, il ne les considère pas comme économistes, mais comme moralistes. Et c'est là l'important dans notre optique : les valeurs économiques sont assimilées à des valeurs morales. Elles sont l'expression de ce qui est considéré comme la nature profonde de l'homme, son guide d'action à l'égard de l'extérieur. Et cette assimilation ne fait que prolonger, nous le verrons, la pensée des juristes de l'École du droit naturel, plus particulièrement celles de Grotius et de Pufendorf.

Nous voudrions donc tenter de montrer que le Code civil peut être envisagé comme le véhicule d'une conception économique du droit. Conception qui se manifeste dans son approche de l'individu. Certes, le Code envisage l'individu de manière abstraite : c'est la « Personne », le « Bon Père de famille ». Cependant, derrière ce masque se trouve esquissé le portrait d'un être de désirs, de besoins, de jouissance dont l'ordre juridique n'est que le gestionnaire et le garde-fou moral (1).

Mais, par-delà cet aspect, se profile un redoutable problème qui, à notre avis, se pose avec plus d'acuité de nos jours : l'ordre juridique est-il toujours le garde-fou des désirs de l'individu ou n'est-il pas dépassé par lui et ne lui est-il pas soumis (2) ?

1 Le Code civil, gestionnaire des désirs et des besoins de l'individu

Le Code civil constitue, en définitive, une mise en forme juridique des valeurs de la société. Quelles sont ces valeurs à la veille de la codification (1.1) ? Et comment le Code les appréhende-t-il (1.2) ?

1.1 L'individu, être de jouissance

L'individu envisagé comme un être de jouissance semble résulter d'une triple approche, celles de l'École du droit naturel, des philosophes et des économistes.

1.1.1 L'approche de l'École du droit naturel

Ce courant juridique présente une nouvelle vision de l'individu, vision qui persiste en grande partie jusqu'à aujourd'hui. S'y trouve exprimée

4. J.E.M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le xviii^e siècle*, t. 1, Paris, Egron, 1820, p. 52 : « Cependant, ne faisons pas l'injure à notre siècle de croire que la véritable morale a été entièrement méconnue et abandonnée [...] en Angleterre, les ouvrages de Ferguson, de Hutcheson et de Smith ; en Allemagne, ceux de Jacobi ; [...] prouvent que notre siècle peut se glorifier d'avoir produit des moralistes célèbres et dignes des meilleurs temps. »

cette conception de l'individu dans les développements que les tenants de cette école consacrent à la responsabilité, plus précisément lorsqu'ils définissent ce qu'il convient d'entendre par « dommage ». Celui-ci est envisagé comme le vol, la soustraction de ce qui appartient à l'individu⁵. Que ce soit chez Grotius ou Pufendorf, la même approche apparaît : chacun est propriétaire non seulement de ses biens, mais encore de sa vie, de ses membres, de son corps, de son honneur. Chacun est donc propriétaire de ce qui peut être appelé un patrimoine, au sens à la fois matériel (les biens), mais aussi immatériel (vie, honneur). Il en résulte l'affirmation que, et cela est fondamental, chacun est propriétaire de son corps. Chacun est donc propriétaire d'un patrimoine qu'il lui appartient de conserver et de gérer au mieux de ses intérêts.

D'où l'autre point du raisonnement de l'École du droit naturel. C'est précisément le souci de ce patrimoine, toujours entendu au sens matériel comme immatériel, qui pousse chacun à « entrer en société ». Si l'être humain recherche le commerce de ses semblables, c'est parce qu'il vise un avantage matériel. Et ces relations intéressées sont non seulement le fondement de toute société, mais aussi le fondement du droit. « Qu'est-ce que le droit privé », demande Grotius : « Celui qui tend à l'utilité de chacun⁶. » Le droit n'est donc qu'une technique pour organiser au mieux les désirs de chacun, les « normaliser ».

Portalès et d'autres ne diront pas autre chose : ils constateront le sacrifice que chacun fait en participant à la société. Celle-ci en retour leur doit la protection de leurs biens matériels et immatériels. La satisfaction économique des individus constitue donc à la fois la cause et le but de toute organisation sociale, et, partant, de tout système juridique⁷.

5. H. GROTIUS, *De jure Belli ac Pacis Libri Tres*, t. 2, Washington, Carnegie Institution of Washington, ch. XVII, paragr. II (traduction) : « Le dommage [...] consiste en ce qu'on a ôté à quelqu'un quelque chose de ce qui est sien, soit qu'il le tienne de la nature toute seule, soit que cela lui appartienne en conséquence de quelque acte humain, comme en vertu d'une convention ou par une suite de l'établissement de la propriété des biens ; soit enfin que quelque loi le lui donne. Ce qui appartient à chacun, c'est la Vie [...] notre corps, nos membres, notre honneur, notre réputation et nos actions propres. ». La même approche se trouve chez S. PUFENDORF, *Le droit de la Nature et des Gens : ou, Systeme general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, t. 1, Caen, Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1987, L. III, ch. I, paragr. 1.

6. H. GROTIUS, *op. cit.*, note 5, ch. I, paragr. 6.

7. P.A. FENET, *op. cit.*, note 2, p. 466 : « [de bonnes lois] consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité tout entière » ; P.A. FENET, *op. cit.*, note 2, t. 11, p. 32 : « C'est pour acquérir avec sécurité, c'est pour jouir en paix, que l'homme sacrifie une portion de son indépendance quand il se réunit en société. »

Cette approche était également celle des philosophes.

1.1.2 L'approche des philosophes

Nous n'évoquerons ici que Descartes et Kant. Le premier, avec le *cogito, ergo sum*. D'un côté, le sujet qui pense ; de l'autre, l'objet, pensé, mais sans pensée : « J'existe parce que je domine ce qui m'est extérieur par la pensée, puis par l'action. Je dois être maître et possesseur de la nature tout comme je suis maître de mon corps, mécanique admirable dont il m'appartient d'user comme je l'entends⁸. »

Le second philosophe, c'est Kant, dont la philosophie est à la base de toute la pensée européenne. Il prolonge le dualisme cartésien, en y ajoutant le concept de liberté : Comment puis-je reconnaître que je suis libre ? Quand je peux concrétiser mon désir en le réalisant par ma volonté. Quand je peux faire d'une chose extérieure une chose mienne, pour qu'elle intègre ma propre sphère privée : « il est possible à mon arbitre de prendre pour mien tout objet extérieur⁹ ». Ma seule limite, c'est évidemment la liberté d'autrui, la même que la mienne. Et le rôle du droit est précisément de concilier les arbitres de chacun. Comme le montre clairement Kant, toute doctrine juridique se doit de commencer par délimiter ce qui est à chacun. La délimitation des patrimoines individuels, dans le respect des lois et d'autrui, voilà le rôle du droit¹⁰. L'article 544 du Code civil va dans ce sens. Le droit rencontre à ce point la question de l'Avoir, et, en filigrane, le problème de la valeur. Il joute le domaine de l'économie politique.

1.1.3 L'approche de l'économie politique

Discipline naissante, l'économie politique est d'abord qualifiée de science des échanges avant de devenir celle de la formation, de la distribution et de la consommation des richesses. Le sous-titre du catéchisme

8. R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1965, t. 6, p. 62.

9. E. KANT, *Doctrine du droit – Métaphysique des mœurs*, t. 1, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1988, paragr. 2 : « Il est possible d'avoir pour mien un quelconque objet de mon arbitre, c'est-à-dire qu'une maxime d'après laquelle, si elle devenait loi, un objet de l'arbitre devait devenir en soi (objectivement) sans possesseur (res nullius) est contraire au droit. »

10. *Ibid.* p. 117-118. Il est significatif que la doctrine du droit commence par une première partie intitulée « Le droit privé », elle-même sous-titrée : « Du mien et du tien en général » et, enfin, que la première section s'intitule « De la manière d'avoir quelque chose d'extérieur comme sien ».

de Say est significatif¹¹. Cependant, quelle qu'en soit l'optique, elle n'en concurrence pas moins le droit dans son essence, le *suum cuique tribuere*. Elle met également en scène l'individu, être de désirs, de jouissance, dont la finalité réside précisément dans cette capacité de jouir. Parallèlement, l'ordre politique suivra cette pente économique. Ainsi, toute l'œuvre d'un Benjamin Constant ira dans le sens d'un ordre politique dont la seule finalité est la garantie de la jouissance individuelle. Le raisonnement est le même pour l'ordre juridique, d'ailleurs dépendant de l'ordre politique.

Ainsi, à la veille de la codification, les juristes, les philosophes ou les économistes envisagent l'individu comme un être dont la finalité principale réside dans la satisfaction de ses besoins. Ce n'est certes pas « l'homme machine » de La Mettrie, mais il constitue une entité animée par le désir et la jouissance. Si le bonheur est une idée neuve en Europe, il appartient à l'ordre juridique d'organiser celui des individus.

1.2 Le Code civil, organisateur de la jouissance

La société se présente donc pour le juriste comme un agglomérat d'individus, ou, pour prendre une comparaison philosophique, comme un ensemble de monades patrimoniales, au sens de Leibniz. Monades dont il s'agit d'organiser les rapports, dans le respect de ce qui deviendra le fondement du libéralisme : ne pas gêner l'initiative individuelle et respecter un ordre social, fût-il inégalitaire.

Ces règles semblent obéir à une finalité qu'il faut bien qualifier d'économique, puisqu'elles tendent à faciliter l'enrichissement du patrimoine individuel (1.2.1), à procéder à une lecture économique de la nature (1.2.2) et à une approche économique des relations juridiques (1.2.3).

1.2.1 L'enrichissement patrimonial

Il existe déjà des indications dans l'ouvrage de Portalis « *De l'usage [...]* », écrit avant la rédaction du Code, mais édité en 1820, ce qui permet de constater une continuité de pensée. Elle se situe dans la droite ligne du libéralisme : une constatation des inégalités, « inévitables », un refus d'intervention pour y remédier et une confiance dans l'esprit d'initiative de l'individu : « Dans l'impossibilité de faire à chaque homme une part égale

11. J.B. SAY, *Catéchisme d'économie politique, ou, Instruction familière qui montre de quelle façon les richesses sont produites, distribuées et consommées dans la société*, Paris, Guillaumin, 1881. Sur ce point, cf. notre article : J.-M. PUGHON, « Les fondements juridiques de l'économie politique », *Journal des économistes et des études humaines*, vol. 1, n° 4, décembre 1990, p. 415-416.

des biens et des maux de la vie, et de maintenir constamment un équilibre parfait, le législateur doit se contenter de n'ôter à personne les moyens légitimes d'acquérir ce qui est à sa portée et de conserver à tous ce qu'ils ont légitimement acquis¹²» et plus loin : «il faut un ordre qui, fixant dans une mesure réglée les droits et les devoirs, puisse obliger chaque homme à porter le poids de sa propre destinée, sans être reçu à rejeter ce poids sur autrui¹³». La même idée se trouverait dans le discours préliminaire : «[L]es hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles¹⁴.» L'ordre juridique apparaît donc comme l'organisation des relations individuelles fondées sur le besoin. C'est ce que Portalis appelle «le commerce de la vie civile¹⁵». Dès lors, le rôle du droit est d'indiquer, de régler la mise en scène des relations individuelles, d'écrire les rôles que chaque individu peut jouer sur la scène du droit. L'individu, concret, réel, est désincarné. Il devient personne juridique, nœud d'obligations et de devoirs. Cependant, cette personne se définit avant tout comme pouvant ou ne pouvant pas jouir de ses droits civils, c'est-à-dire comme capable ou incapable de posséder, d'aliéner, de transmettre. En d'autres termes, les droits de la personne se situent dans l'optique d'une circulation des biens, voire d'un marché, dont l'ordre juridique est le régulateur, et non le concepteur. Il n'est qu'à voir comment il a été argumenté sur la nécessité que les étrangers possèdent les mêmes droits civils que les Français, sous condition de réciprocité, certes. L'argumentation ne repose guère sur l'égalité des droits de la nature humaine, ni sur un appel à des conceptions philosophiques. Elle est plutôt pragmatique et part d'un constat : dans le contexte de l'extension d'une économie d'échange, les droits que pourraient mettre en œuvre les étrangers, en achetant et en vendant en France, se révéleraient utiles économiquement. L'acquisition des droits civils propres aux Français par les étrangers se légitime donc par le profit économique qui en résulterait¹⁶.

Les droits de la personne sont donc envisagés par rapport à l'enrichissement de son patrimoine. Et cette finalité semble bien être le rôle dévolu

12. J.E.M. PORTALIS, *op. cit.*, note 4, p. 358-359.

13. *Ibid.*

14. P.A. FENET, *op. cit.*, note 2, t. 1, p. 509.

15. *Id.*, p. 512 ; cf. également, toujours dans le discours préliminaire, p. 477 : « Toutes les lois se rapportent aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité des personnes. »

16. *Id.*, t. 7, où les orateurs favorables à ce que les étrangers jouissent en France des mêmes droits civils que les Français utilisent une argumentation économique.

à la personne juridique. C'est ainsi que le rôle du « Père de famille » est d'acquérir afin de transmettre un patrimoine enrichi¹⁷. Il semble que l'on retrouve d'ailleurs là l'idée hégélienne que l'individu n'acquiert pas pour lui-même, mais qu'il constitue un chaînon dans la continuité familiale¹⁸. L'enrichissement du patrimoine ne comporterait donc aucune finalité personnelle, mais dépasserait le cadre de l'individu pour s'élargir à celui de la famille. Cela permettrait d'ailleurs de retrouver ainsi le sens premier du vocable « patrimoine » : « ce qui provient des ancêtres », ainsi que la véritable signification du « Bon Père de famille ». Et serait close la querelle de savoir si la propriété s'arrête avec la vie du propriétaire.

Les droits civils se situent donc dans l'optique de l'enrichissement patrimonial. Ce dernier obéit naturellement au mécanisme d'appropriation : chacun vise à intégrer à son propre patrimoine les éléments qui lui sont extérieurs. Ces derniers sont présents dans la réalité naturelle, évidemment extérieure à l'individu.

1.2.2 Une lecture économique de la nature

Il s'ensuit une classification juridique de la réalité naturelle, classification qui repose essentiellement sur le critère de la potentialité d'enrichissement patrimonial de l'individu. À cet égard, l'ordre juridique procède à une lecture, certes juridique, de la nature. Mais chaque élément de la nature est conçu comme une virtualité d'enrichissement individuel, sur une finalité supposée de l'enrichissement patrimonial.

Prenons ainsi l'exemple de ce que le Code civil qualifie de « biens ». À plusieurs reprises, ce concept est défini par l'École du droit naturel comme une chose supposée utile à la personne qui souhaite l'acquérir¹⁹. Les économistes développeront l'idée²⁰, reprise par les rédacteurs du Code²¹. Mais

17. *Id.*, t. 11, p. 32 : « il faut enfin garantir la propriété [...] Qui pourrait, en effet, aspirer à la qualité d'époux, désirer celle de père, si, en prolongeant notre existence au-delà du trépas, nous ne transmettions pas avec elle les douceurs qui l'ont embellie ou du moins consolée ? »

18. Cf. G.W.F. HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, Paris, Flammarion, n° 170 et suiv.

19. Cf. par exemple : S. PUFENDORF, *op. cit.*, note 5, L. IV, ch. III, paragr. 1, où il assimile l'idée morale du Bien à la notion juridico-économique de biens. Ces derniers « servent à rendre la vie plus commode et plus douce, de sorte qu'en un sens, les Biens sont, pour ainsi dire, l'âme des pauvres mortels ».

20. Comparer avec : J.B. SAY, *op. cit.*, note 11, p. 2, qui définit la richesse comme « tous les biens dont il est permis à l'homme de jouir » et qui relie utilité et valeur (p. 3 et suiv.).

21. P.A. FENET, *op. cit.*, note 2, t. 1, p. 477 : « Toutes les lois se rapportent aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité des personnes. »

cette idée d'utilité va s'affiner avec la classification de ces biens en meubles et immeubles. Pour tous les rapporteurs du titre « Sur la distinction des biens », il appartient au propriétaire d'un fonds de décider, dans l'intérêt économique de ce fonds, si tel ou tel bien sera immeuble par destination. Cette fiction est reconnue et justifiée : ces qualifications « ont l'utilité de simplifier la nomenclature des biens, et de les classer de la manière la plus avantageuse aux intérêts du propriétaire ». Et plus loin, « la faculté de rendre immobiliers les bestiaux, les ustensiles, les effets mobiliers de toute espèce, servira d'encouragement à l'agriculture. Dès l'instant que les meubles seront identifiés aux immeubles, ils seront protégés par les mêmes lois »²².

Ainsi, Giraudoux n'avait pas tort, en écrivant que les juristes étaient les plus grands poètes, car ce sont eux qui savent le mieux transformer la réalité...

L'enrichissement patrimonial constitue donc l'essence même de l'action de la personne juridique. Il est, si nous nous plaçons dans le cadre aristotélicien, sa cause formelle, son entéléchie. La règle de droit ne constitue qu'une technique dont la finalité est de faciliter cet enrichissement.

1.2.3 Une approche économique des relations juridiques

Il s'ensuit une grande importance accordée à la propriété individuelle. Le désir de propriété est un instinct naturel qui n'est que la conséquence de l'instinct de conservation : « parce qu'il doit se conserver, l'homme doit consommer. La propriété individuelle constitue le meilleur mode de gestion des ressources naturelles, dans la mesure où elle est fondée sur l'intérêt personnel et la recherche de l'avantage. [L'homme] ne saurait exister ni vivre sans consommer : il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien²³. » L'individu se procure les objets nécessaires par le travail et, suivant la théorie de Locke, devient propriétaire de ce qu'il produit par son travail. Le Code n'est que la juridicisation de toute la pensée économique libérale, par sa prise en considération juridique de la liberté d'acquisition, la liberté de transmettre et la liberté d'administrer ses biens. Jusqu'au symbolique droit de clore²⁴, certes manifestation contre les servitudes féodales, mais aussi concrétisation d'une liberté de gestion de ses propriétés.

22. *Id.*, t. 11, p. 52 et 53.

23. *Id.*, t. 11, p. 112 (propos de Portalis sur la propriété).

24. Art. 647 C. civ. : « Tout propriétaire peut clore son héritage ».

Le législateur n'intervient pas comme maître, mais comme arbitre. Il n'impose pas, il assure la régulation de l'assise des richesses²⁵. Oserions-nous parler du « Législateur gendarme », par imitation de l'expression libérale de l'« État gendarme » ? C'est à l'individu qu'il appartient de se soumettre aux règles qu'il s'impose pour la circulation des richesses. Mais la théorie des contrats, cessions réciproques de valeurs, repose sur le seul effet du consentement des parties. De même que l'entérinement de la théorie économique libérale sur le prêt à intérêt : l'argent constitue une marchandise comme une autre. Le prêteur se prive d'une valeur qu'il aurait pu utiliser pour son avantage. Il est juste que l'emprunteur rende le capital emprunté et paye le service rendu²⁶. Le législateur entérine une « justice économique ».

C'est également à partir de ce concept de patrimoine qu'il est possible d'analyser la responsabilité dans le Code civil. Dès lors qu'un élément du patrimoine, corps, biens est lésé par la faute d'autrui, il s'ensuit une indemnisation compensatrice. Certes, la faute constitue le fondement de la responsabilité. L'exigence de la faute implique une connotation morale. C'est parce que l'individu n'a pas respecté son devoir qu'il est responsable. Toutefois, la simple négligence, faute minimale, anticipe la responsabilité sans faute²⁷.

Par conséquent, il semble possible de procéder à une lecture économique du Code civil, en partant de l'idée que l'individu est envisagé comme constituant par lui-même un « patrimoine » dont il est le libre gestionnaire. Certes, il existe des barrières morales à cette liberté de gestion, barrières exprimées juridiquement par les concepts d'ordre public, de bonnes mœurs ou de faute. En ce sens, les réticences qui ont accompagné l'assurance vie ou la rente viagère sont bien connues. Ainsi le Code civil de 1804 se présente-t-il comme le régulateur de la jouissance individuelle et pose-t-il certaines limites. Cependant, la question est de savoir si ces barrières juridiques, longtemps efficaces, le demeurent encore ou si elles ne cèdent pas sous la pression de valeurs économiques devenues dominantes.

25. P.A. FENET, *op. cit.*, note 2, t. 11, p. 120 (propos de Portalis sur la propriété) : « Ces propriétés ne sont la matière des lois que comme objet de protection et de garantie, et non comme objet de disposition arbitraire [...] Quand le législateur publie des règlements sur les propriétés particulières, il n'intervient pas comme maître, mais uniquement comme arbitre, comme régulateur pour le maintien du bon ordre et de la paix. »

26. *Id.*, t. 13, p. 235 (propos de Bigot Préameneu sur les contrats et conventions).

27. *Id.*, p. 467 (propos de Bertrand-de-Greuille sur les engagements sans convention) : « Celui qui par son fait a causé un dommage est tenu de le réparer ; il est engagé à cette réparation, même quand il n'y aurait de sa part aucune malice, mais seulement négligence ou imprudence : c'est une suite nécessaire de son *délit* ou *quasi-délit*. »

2 L'ordre juridique soumis à l'ordre économique ?

C'est, à notre sens, la question essentielle qui se pose actuellement. Auparavant, la recherche de son avantage, de son intérêt par l'individu, demeurait dépendante de l'ordre juridique. Ce dernier présidait à la légitimité des revendications et des désirs individuels. Cette dépendance existait-elle encore ? La question découle directement de l'idée précédemment évoquée de la relation entre l'individu et les biens qui lui sont extérieurs. Cela suppose de se pencher rapidement sur l'évolution du concept de patrimoine (2.1) puis sur celui du corps, récemment redécouvert par le droit civil (2.2).

2.1 Le patrimoine, un nouveau concept économique ?

Chacun sait que le concept de patrimoine n'est guère mentionné dans le Code civil et qu'il résulte d'une construction intellectuelle.

Nous ne développerons pas ici ce concept, sinon pour en retenir que la doctrine française en est arrivée, à la suite d'Aubry et Rau, à différencier le patrimonial de l'extrapatrimonial, c'est-à-dire ce qui possède une valeur négociable sur un marché de ce qui n'en possède pas par lui-même. Cependant, nous voudrions insister sur un concept souligné par Aubry et Rau, ce qu'ils appellent « les biens innés » et qu'ils définissent ainsi : « objets qui se confondent avec l'existence même de la personne qui a des droits à exercer sur eux ». Ces biens innés sont même quantifiables²⁸... Et Aubry et Rau de donner comme exemples de ces biens innés la liberté, le nom, l'honneur. Ce qui est, notons-le, revenir à la conception de l'École du droit naturel. Ainsi, selon ces auteurs, l'inné fait partie en tant que tel du patrimoine : « le patrimoine [d'une personne] comprend tous les biens indistinctement, et notamment les biens innés [de cette personne]²⁹ ». Cependant, cette conception a disparu au fil du temps et l'extrapatrimonial se différencie de nos jours du patrimonial tout simplement parce que, moralement, il faut considérer qu'il existe des valeurs, comme l'honneur, qui ne sont pas quantifiables. Toutefois, il convient de noter que telle n'était pas la conception originelle.

28. M.M.C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, traduit de l'allemand de M.C.S. Zachariae, 2^e éd., Strasbourg, 1843, t. 1, p. 330, paragr. 168. Certes, comme l'ajoutent Aubry et Rau, « les droits sur les objets (innés) ne se manifestent activement que dans les cas où ils ont été lésés par suite d'un délit ou d'un quasi-délit. Et comme ils donnent alors ouverture à une action en dommages et intérêts, ils se résolvent en dernière analyse en droits sur des objets extérieurs. »

29. *Id.*, t. 4, paragr. 573. Et cf. plus loin : « le patrimoine, c'est la personnalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits ».

Dès lors, nous devons poser plus précisément la question : sur quels biens les droits patrimoniaux s'exercent-ils ? La réponse des juristes, comme celle des libéraux, est connue : tout individu exerce ses droits sur ce qu'il produit par son travail et son industrie. Cela inclut naturellement les productions matérielles, mais s'y sont ajoutées les productions de ce que les économistes appellent l'«immatériel». À la suite de Say, le cours d'un professeur ou l'œuvre d'un artiste sont considérés comme des productions immatérielles qui appartiennent à leurs créateurs³⁰. Il en résulte une autre forme de propriété, soit la propriété littéraire et artistique. Ainsi, toute production, matérielle ou non, et qui résulte d'un travail, engendre des droits patrimoniaux.

Allons plus loin dans le raisonnement. Qu'en est-il du travail lui-même ? Constitue-t-il un bien patrimonial ? En d'autres termes, la capacité de créer des richesses que possède l'individu constitue-t-elle un actif patrimonial qu'il peut mettre à la disposition d'autrui ou est-elle un élément de sa personnalité qui ne peut être considérée comme une marchandise négociable sur le marché ?

Dans son traité sur le louage, Pothier distinguait le louage de choses du louage d'ouvrage. Le premier comprenait le louage de services, ces derniers étant ainsi assimilés à une chose, objet de la location. Le second mettait en présence un *locator*, celui qui donne un ouvrage à faire à un locataire. Ce dernier offrait toujours sa prestation. En définitive, dans les deux cas, l'individu apparaît comme propriétaire d'une «force de travail», pour reprendre l'expression marxiste, force de travail qu'il met à la disposition d'autrui. Une telle conception, de tradition romaine, devait pourtant inspirer les libéraux.

La Révolution, par les décrets d'Allarde et la loi La Chapelier, met fin à l'organisation corporative de l'Ancien Régime et donne un cadre à une conception libérale du travail. Il est désormais considéré comme un produit échangeable, semblable aux autres produits. Les services et les prestations individuelles constituent donc une valeur économique échangeable.

Le nouvel ordre juridique, incarné par le Code de 1804, conforte, semble-t-il, une telle analyse. Dans le chapitre consacré au louage d'ouvrage et d'industrie, l'article 1779 inclut les services mis à la disposition d'autrui par «les gens de travail», «les voituriers et les entrepreneurs d'ouvrages». Par ailleurs, l'article 1780 précise qu'une personne ne peut engager ses services que pour un temps déterminé, ce qui met ainsi fin à une conception

30. J.B. SAY, *Cours complet d'économie politique pratique*, t. 1, Bruxelles, 1832, p. 97 et suiv.

séculaire du travail. Enfin, l'article 1134 renforce l'idée que l'échange de prestation se situe dans un cadre contractuel et qu'il dépend de l'accord des parties quant aux modalités. Tout se passe comme si les prestations et leurs paiements constituaient les objets du contrat.

En allant plus loin dans cette analyse, on a remarqué que le Code civil évoquait le louage *des gens de travail*, ce qui laisse entendre que c'est la personne même qui serait l'objet de la location³¹. Et de fait si nous suivons le professeur Supiot dans son analyse, quel que soit le travail demandé, physique ou intellectuel, la prestation offerte implique le plus souvent, de la part du sujet, une aliénation corporelle.

L'aliénation corporelle peut aller jusqu'à l'exigence de disciplines physiques auxquelles doivent se soumettre les employés, de l'exigence liée au port d'un uniforme à l'interdiction du port de la barbe. Bref, une normalisation du comportement physique, dans le sens de Michel Foucault.

Mais cette aliénation corporelle suppose que l'individu soit propriétaire de son corps qu'il met à la disposition d'autrui. Cela impliquerait que le corps est un objet commercial, alors que le corps est hors commerce³².

Devant cette contradiction, chacun connaît la réponse des civilistes : tout contrat de travail concerne la personne même du contractant, et non sa force de travail. L'individu s'engage à mettre ses qualités au service d'autrui contre un salaire. Ce sont ces qualités qui acquièrent une valeur économique, parce que l'individu les engage volontairement. Toutefois, cette conception n'est-elle pas coupée de la réalité et n'est-elle pas devenue irréaliste ?

2.2 Le corps, concept économique ?

L'individu met sur le marché ses qualités et en retire des avantages en monnaie. L'ordre juridique a pour mission de réguler ces échanges. Si nous suivons ce raisonnement, rien n'empêche, comme nous l'avons remarqué³³, que l'individu mette sur le marché, volontairement, ce qui était considéré jusqu'ici comme de l'extrapatrimonial : son nom, son image, sa voix, sa clientèle... Bref, ce qui appartenait à son Être devient de l'Avoir. Nous en reviendrions presque aux biens innés d'Aubry et Rau. Et, à ce point de notre raisonnement, se pose un problème crucial.

31. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2002, p. 39 et suiv.

32. J.P. BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Éditions du Seuil, 1993.

33. A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine : brèves notations civilistes sur le verbe avoir », (1994) 93 *Rev. trim. dr. civ.* 801.

En effet, pourquoi s'arrêter là ? Si le progrès technique permet de mettre sur le marché sa voix ou son image, pourquoi ne permettrait-il pas de mettre sur le marché ses cellules, son corps ? Impossible, sera-t-il répondu. Ce serait contre l'ordre public, les bonnes mœurs, la morale, la dignité humaine. L'intérêt économique de l'individu demeure soumis à l'ordre juridique.

Et l'ordre juridique d'inclure dans le Code civil les lois bioéthiques, rempart contre ces tentatives, ou d'interdire tout travail qui nuirait à la dignité humaine. C'est la célèbre affaire du « lancer de nains ». Cette attraction consiste, dans le contexte d'un spectacle, à inviter des spectateurs à lancer le plus loin possible, sur un tapis, des nains, revêtus d'un costume approprié. Jugé incompatible avec la dignité humaine, ce spectacle avait été interdit par la municipalité où il se déroulait. Ce faisant, l'ordre juridique redécouvre le corps, concept pratiquement ignoré, tout simplement parce que le corps devient de plus en plus l'expression, la manifestation de la liberté de l'individu, du libre exercice de sa volonté de jouissance, de l'acquisition de gains. Et le nain, objet du lancer, avait précisément objecté que le principe de la dignité humaine heurtait celui de la liberté du travail. Le Conseil d'État³⁴ a confirmé que ce spectacle était incompatible avec le concept de dignité humaine, cette dernière étant une composante de l'ordre public. La dignité humaine s'imposait donc à toute autre valeur³⁵.

Ainsi, la logique développée jusqu'à nos jours aboutissait à ce que l'ordre juridique entérine ce qui était la volonté individuelle, tant que demeurerait le respect de certaines valeurs morales. Cependant, cette morale, limitative de la recherche par l'individu de son intérêt, doit-elle demeurer intangible ? Ne convient-il pas d'accepter une certaine évolution et de redéfinir les frontières morales au-delà desquelles le droit individuel n'est plus reconnu par l'ordre juridique ? En d'autres termes, ce qui est légitime aujourd'hui, mais ne l'était pas hier, ne doit-il pas devenir légal ? Bien plus, est-ce à l'ordre juridique de créer la morale ? C'est précisément ce que critiquent les libertariens, comme Rothbardt ou le professeur Lemennicier³⁶ en

34. C.E., 27 oct. 1995, A.J.D.A., 20 déc. 1995, p. 942-944, D.1996.177, note Lebreton. Cf. également : M. LEVINET, « Observations : Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du « lancer de nains » devant le Comité des droits de l'homme des Nations unies », (2003) 55 *Rev. trim. dr. homme* 1024.

35. Cf. : B. EDELMANN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D. 1997.I.chr.185, p. 188 : « la dignité est « hors commerce », tout comme le corps ou les embryons humains [...] le sens profond de cette décision est clair ; un individu ne peut s'exclure, de lui-même, de l'humanité ; [...] En deux mots, un homme n'est pas *libre* de renoncer à sa qualité d'homme. »

36. B. LEMENNICIER, « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ? », (1991) 13 *Droits* 111-122.

France. L'ordre juridique ne doit pas se confondre avec la morale. Ainsi, au nom de quelle morale le législateur interdirait-il à une femme stérile, qui désire un enfant, de payer une autre femme pour porter cet enfant ? Au nom de quelle morale une personne se verrait-elle interdire de vendre son rein ? Au nom de quoi le législateur refuserait-il la manipulation des gènes, l'exploitation des embryons si la finalité réside dans l'amélioration du corps humain ? Et n'est-il pas contradictoire de refuser le lancer de nains, prestation de travail indigne, et de permettre la prostitution, reconnue comme activité économique par la Cour européenne des droits de l'homme³⁷ ?

Alors, il convient de poser le problème : jusqu'où l'ordre juridique peut-il se soumettre à la volonté individuelle, qui recherche de plus en plus l'avantage et la jouissance économiques ? La liberté des échanges doit-elle aller jusqu'à l'échange du plus intime de son Être ? Le refus de tenir compte des avancées technologiques ne constitue-t-il pas une régression ? Toutefois, à l'inverse, tout progrès ne passe-t-il pas par la transgression ?

Nous sommes, semble-t-il, confrontés à deux courants d'influence, tous deux d'ailleurs d'origine religieuse : un courant, thomiste, devenu humaniste s'opposerait à un courant d'origine protestante, devenu libéral. Leur différence d'approche réside essentiellement dans la place de l'économie par rapport au droit, plus précisément dans le fait de savoir si les valeurs collectives doivent ou non s'imposer aux désirs et aux besoins de l'individu.

Dans le premier courant, l'économie est soumis à certaines valeurs collectives que l'ordre juridique a pour mission d'incarner. Et, en ce domaine, le juriste semble adopter une logique religieuse. Étonnante, en effet, est la similitude d'approche du théologien et du juriste³⁸.

Pour le théologien, l'être humain, créé à l'image de Dieu, est à la fois matière et spiritualité. Boèce le définissait comme *naturae rationalis individua substantia*, soit une substance individuelle de nature rationnelle, définition reprise par Thomas d'Aquin³⁹. Dès lors, chaque être humain

37. CJCE 20 novembre 2001, Aff. C-268/99 Aldona Malgorzata Jany et autres, par. 49 : « la prostitution constitue une prestation de services rémunérée qui [...] relève de la notion d'« activités économiques » ».

38. Nous nous permettons de renvoyer à notre article : J.-M. PUGHON, « *Le jus disponendi de son propre corps : entre scolastique juridique et réalisme économique* », dans *La personne, une mosaïque d'interrogations*, Paris, L'Harmattan, 2001, séminaire organisé sous la direction du professeur Christian Hervé.

39. J.P. MIGNE, *Patrologie latine*, t. 64, Paris, col. 1343 : « Boèce, liber de personna et duabus naturis contra eutychem et nestorium, ad Joannem diaconum ecclesiae romanae », col. 1343 : « caput III, differentia naturae et personae » ; cette définition de Boèce est restée

est constitué par la réunion de l'âme et du corps⁴⁰. Il s'ensuit que l'être humain ne s'appartient plus et doit à son corps le respect. Toute salissure le rendrait indigne de sa qualité de chrétien et de créature de Dieu. Corps et âme sont unis de manière tellement intime que cette dernière imprègne toutes les parties du corps : « L'âme est tout entière dans le corps et dans chacune des parties du corps⁴¹. »

Les juristes reprendront cette approche. Le doyen Carbonnier, affirmant le caractère indissociable de la personne et du corps, définira ce dernier comme « le substratum de la personne⁴² ». Dans le même esprit théologique, le professeur Jamin invoquera « [le corps] consubstantiel à la personne⁴³ ». Les lois en matière de bioéthique se situent également dans cette approche et sont, en tous les cas, commentées dans cette logique religieuse⁴⁴. Toujours dans cette optique, l'article 1128 du Code civil conforte cette interprétation théologique, que ce soit à propos de la maternité de substitution⁴⁵ ou de la liberté du travail invoquée à l'encontre de la dignité humaine⁴⁶.

Tout autre est l'approche libérale, dont l'origine religieuse semble être le protestantisme. Ainsi, depuis Grotius et Locke (« l'homme est seigneur absolu de sa propre personne et de ses possessions »), l'individu est propriétaire de lui-même et où sa volonté ne doit point connaître d'obstacle. Le droit lui est soumis. Ce serait l'optique des libertariens, dont le professeur Lemennicier défend les théories. L'ordre juridique dépouillerait-il l'individu de sa valeur d'usage, qu'il a toujours réglementée comme légitime,

la plus connue. Cependant, cette conception était déjà celle des pères grecs, qui soutenaient, dans l'être humain, l'unité substantielle de l'âme et du corps. Cf. A. VACANT et A. MANGENOT (dir.), *Dictionnaire de théologie catholique contenant l'exposé des doctrines de la théologie catholique, leurs preuves et leur histoire*, Paris, Letouzey et Ané, 1930, s. v. hypostase, col. 425 et 426 et s. v. forme du corps, col. 554 et 555.

40. Cf. A. Varant et A. Mangenot (dir.), *op. cit.*, note 39, s. v. hypostase, col. 425 et 426.

41. T. D'AQUIN, *Sum. Théol. Ia. Q. LXXVI*, art. 8.

42. J. CARBONNIER, *Droit civil – les personnes*, Paris, PUF, 2000, p. 19 ; voir p. 20 : « parce qu'il est la personne elle-même, le corps échappe au monde des objets, au droit des choses même vivantes. Il a, en quelque sorte, quelque chose de sacré. »

43. F. AUQUE, A. CŒURET et C. JAMIN, « Législation française et communautaire en matière de droit privé », (1994) 93 *Rev. trim. dr. civ.* 933, 935.

44. D. FENOUILLET, « Respect et protection du corps humain », *J.-Cl.*, art. 16 à 16-12, fasc. 10, n° 51 : « il serait par trop réducteur de limiter la dignité à la protection de la personne en son corps. La dignité de la personne doit prévaloir aussi en son âme. »

45. *Id.*, fasc. 12, n° 138.

46. C.E., 27 oct. 1995, précité, note 34, d'où il résulte que la personne privée doit s'effacer devant le concept de dignité humaine qui la dépasse, et à laquelle elle ne saurait renoncer.

pour ne plus le considérer que comme valeur d'échange ? Bien plus, la science juridique, pour mieux refléter cet ordre économique, devrait-elle opérer une mue épistémologique ? À la domination traditionnelle du droit civil, matrice originelle, devrait-il succéder un « droit des affaires » dominant un droit des personnes, marginalisé⁴⁷ ?

Notre conclusion sera brève. Si, selon Marx, « [c']est dans l'économie politique qu'il convient de chercher l'anatomie de la société civile⁴⁸ », l'ordre juridique en a toujours été la physiologie. L'ordre juridique assume-t-il toujours cette mission ? En ce temps de bicentenaire, la question nous semble fondamentale. Dans tous les sens du mot.

47. Sur ce point, cf. J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 245 et suiv.

48. K. MARX, *Critique de l'économie politique*, Paris, Gallimard 1994, p. 488.