

## **Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale**

La contractualisation désigne au sens large le recul de l'hétéronomie face à l'autonomie dans l'ordre juridique positif. Dès le XIX<sup>ème</sup> siècle, de grands juristes, notamment Henry Sumner Maine, ont pensé que la contractualisation était une loi de développement des ordres juridiques. Tous les statuts qui, dans l'ancien droit ou dans les sociétés encore soumises aux traditions, régissent la condition juridique des personnes indépendamment de leur volonté, seraient voués à disparaître. Cette thèse s'inscrit dans une certaine philosophie de l'histoire, propre à la culture occidentale, selon laquelle l'histoire aurait un sens, et nous conduirait vers un monde où l'être humain s'émanciperait progressivement de ses chaînes pour ne plus être soumis à d'autres lois que celles qu'il se fixe à lui-même ou que la science lui révèle. Sur le chemin ainsi tracé, les pays « développés » ouvriraient la marche aux peuples que l'on a successivement appelés « sauvages », « primitifs », « sous développés » et aujourd'hui « en voie de développement ». Cette croyance a fondé le positivisme moderne, et trouvé une formulation « scientifique » dans la loi des trois états qui, selon Auguste Comte, préside à l'histoire de l'humanité. L'idée d'un recul inéluctable des statuts face au contrat correspond parfaitement au passage de l'âge théologique à l'âge positif, c'est-à-dire au recul d'un ordre fondé sur la révélation face à un ordre fondé sur la volonté individuelle et l'expérimentation scientifique. Dans cette perspective les seules lois qui valent sont les lois de la science et la seule source légitime d'obligations est le contrat.

Identifiée à l'idée de progrès, cette croyance dans les lois de l'histoire a connu depuis deux siècles divers avatars institutionnels. Le colonialisme a ainsi été porté par l'idée d'une mission civilisatrice de l'Occident, allant de pair avec la mondialisation du commerce. Les institutions indigènes, fondées sur la tradition et la superstition, devaient être étudiées et utilisées pour assurer l'emprise du colonisateur. Mais à terme, elles devaient inéluctablement dépérir face aux progrès de l'industrie et du commerce et à l'extension des lois de l'échange à l'échelle de la planète. « Civiliser au sens moderne du terme, déclarait ainsi le président de la Chambre de commerce de Lyon à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, signifie apprendre aux gens à travailler pour pouvoir acheter, échanger et dépenser »<sup>1</sup>. Le marxisme-léninisme a lui aussi été porté par la croyance dans des lois de l'histoire, censées conduire à l'avènement d'une société sans classe et sans droit. Les lois « bourgeoises » n'étant qu'une superstructure destinée à conforter la domination de classe, il convenait, pour hâter ce dénouement de l'histoire, d'œuvrer au dépérissement de la forme juridique et à la suppression de toutes les garanties légales susceptibles de permettre aux individus d'échapper à la dictature du prolétariat. Le régime maoïste furent particulièrement radical en ce domaine, notamment pendant la révolution culturelle, et beaucoup de ses anciens sectateurs se retrouvent aujourd'hui parmi les théoriciens de la « déréglementation » anarcho-capitaliste, tant en Chine qu'en Occident. Le nazisme quant à lui s'est référé aux lois enseignées par la biologie de son temps, pour œuvrer à l'avènement d'une « race supérieure » promise à la domination de toutes les autres. « Nous façonnons la vie de nos peuples et notre législation conformément aux verdicts de la génétique » proclamait le Manuel de la jeunesse hitlérienne. Selon Hitler « une nouvelle variété d'hommes commence à s'esquisser, dans le sens scientifique et naturel d'une

---

<sup>1</sup> Cité par H.Wesseling, *Le partage de l'Afrique*, Paris, Denoël 1996, rééd. Folio-Gallimard, 2002, p. 169

mutation, et elle s'épanouira et dépassera de loin l'homme actuel »<sup>2</sup>. Dans cette perspective « L'État, n'est que le moyen d'une fin ; la fin est la conservation de la race ». C'est un État dans lequel la loi s'identifie sans reste à la volonté du plus fort. Selon la formule hédoniste de Göring « Recht ist das, was uns gefällt »<sup>3</sup>. Le devoir d'un citoyen « sain » n'est donc pas tant d'observer les lois positives mais de scruter et même de devancer la volonté de son Führer, qui intime à chacun des buts à atteindre plus que des règles à suivre<sup>4</sup>.

Les lois humaines ont finalement eu raison des lois surhumaines que ces systèmes prétendaient incarner. Les peuples colonisés ont retourné les armes du Droit contre leur colonisateurs et obtenus d'être traités juridiquement sur un pied d'égalité. Dans leur lutte victorieuse contre le fascisme et le communisme, les États de droit ont été le théâtre d'un mouvement inverse de celui prophétisé par Sumner Maine : mouvement du contrat vers le statut, qui s'est exprimé dans l'extension des services publics, l'institution de la sécurité sociale ou l'insertion d'un statut salarial dans le contrat de travail. Et ils se sont efforcés de refonder sur cette base l'ordre juridique mondial au sortir de la seconde guerre mondiale, en proclamant une nouvelle génération de droits de l'homme : les droits économiques sociaux et culturels, dont la mise en œuvre requérait l'intervention législative des États.

Cet assujettissement des échanges économiques à des règles sociales n'a cependant pas survécu aux bouleversements des deux dernières décennies. L'implosion de l'URSS a été interprétée à son tour comme la manifestation des lois de l'histoire, et même comme la fin de l'histoire marquée par le triomphe universel et définitif des lois de l'économie de marché. Les nouvelles techniques de l'information et de la communication et l'ouverture des frontières à la libre circulation des capitaux et des marchandises ont profondément ébranlé la souveraineté des États et réduit leur pouvoir législatif. Dès lors un nouvel ordre mondial a été conçu, dont les deux piliers seraient la compétition et la démocratie, c'est-à-dire en termes juridiques la libre concurrence et les droits de l'homme de première génération. Dans le même temps, les droits économiques et sociaux ont été dénoncés comme de faux droits et l'intervention des États pour les mettre en œuvre condamnée au nom des lois du marché. Il y a là un nouvel avatar de la thèse du dépérissement du Droit et de l'État, non pas cette fois au nom de la lutte des classes ou des races, mais au nom de la compétition entre individus souverains. Considéré comme particule contractante, l'être humain ne devrait être soumis qu'à deux types de règles : celles que fonde la science et celles qu'il se fixe librement à lui-même.

De là découle tout d'abord, une transformation profonde de l'art législatif. Celui-ci ne consiste plus à mettre en œuvre une certaine idée du Juste, mais une certaine idée du Vrai. Les seules lois légitimes sont celles qui procèdent de la connaissance « scientifique » du monde, telle qu'elle s'exprime par la bouche de cette nouvelle figure de l'oracle qu'est l'expert bardé de chiffres et de certitudes. Technique de mise en œuvre des dernières données des sciences

---

<sup>2</sup> Cité par H. Rauschning, *Gespräche mit Hitler*, trad. fr. *Hitler m'a dit*, Paris, 1939, rééd. Hachette 2005, pp. 272-273.

<sup>3</sup> Le Droit, c'est notre bon plaisir (cité par R. Rhees, in L. Wittgenstein *Leçons et conversations*, trad. fr. Paris, Folio-Gallimard, 1992, p. 173).

<sup>4</sup> La seule constitution qu'ait connu le régime nazi fut la loi martiale (Décret du 28 février 1933 suspendant les droits fondamentaux garantis par la Constitution de Weimar). Ériger ainsi l'état d'exception en fondement de l'ordre juridique correspondait aux théories de Carl Schmitt, auteur constitutionnel de référence du nazisme (cf. W.Ebenstein, *The Nazi State*, New-York, Farrare & Rinehart, 1943, pp. 3 et suiv.). A l'instar d'un certain positivisme, ces théories conduisent à ne pas distinguer selon que le pouvoir politique se trouve ou non lié par une Norme qui le fonde, c'est-à-dire à confondre État totalitaire et État de droit. Cette confusion est de même nature que celle qui consiste à refuser de distinguer la raison de la folie, et l'État totalitaire est du reste un état de folie, ainsi que l'ont montré des écrivains aussi différents qu'Orwell ou Ionesco.

les plus approximatives (les sciences sociales et la biologie), la loi se fait évidemment bavarde, voire confuse, et aussi très instable, voire explicitement expérimentale. D'où l'inflation et la volatilité de lois qui visent à « réguler » l'action des hommes plus qu'à tracer souverainement les cadres dans lesquels s'exerce leur liberté.

Le revers de cette inflation est ce que Carbonnier appelle « la pulvérisation du Droit en droits subjectifs »<sup>5</sup>. Le lieu d'exercice de la souveraineté se déplace de la loi vers le contrat et du parlement vers le juge. Il n'est, dans cette perspective contractualiste, d'autres règles légitimes applicables aux individus que celles auxquelles ils ont consenti. Le programme du contractualisme est celui d'une déconstruction progressive du Droit, toute différence et toute limite étant appelée à s'effacer pour laisser le champ libre à l'ajustement mutuel d'individus armés des mêmes droits subjectifs et émancipés de toute règle hétéronome. Mais l'observation du droit positif révèle, derrière ce mouvement de déconstruction (I), le sens profond de la contractualisation, qui est la résurgence des structures juridiques féodales (II).

## **I – Le contractualisme déconstruit le Droit**

Profondément enracinée dans la culture juridique d'Europe continentale, l'articulation du Droit objectif et des droits subjectifs tire son origine de la distinction romaine entre la *lex*, qui dans son sens religieux premier désignait un impératif s'imposant à tous, et le *ius*, qui désignait à l'origine une formule de saisine du juge. Dans cette culture, les droits reconnus à chacun tirent leur force d'un Droit qui s'impose à tous, et c'est l'existence d'un cadre normatif commun qui rend possible la reconnaissance et la garantie d'un certain nombre de prérogatives individuelles. Bien que sur un mode mineur, cette distinction se retrouve dans la culture de *common law*. Certes, c'est le juge plutôt que l'État qui y incarne la figure du législateur, habile à tracer les limites dans lesquelles s'exercent les droits individuels. Mais les cultures de *common law* et romano-canonique n'en possèdent pas moins chacune leur figure de l'hétéronomie, à laquelle référer les statuts et l'autonomie des personnes. C'est cette hétéronomie qui permet de penser le Droit objectif, comme une structure qui, à la manière d'une langue, transcende les individus et les générations, leur impose le respect d'un sens commun et rend ainsi possible l'expression de leurs accords et désaccords.

Cette inscription des droits subjectifs dans un Droit objectif, qui tout à la fois les fonde et les limite, tend à s'effacer dans le contexte de la globalisation. La constitution d'un espace financier, technique et économique qui ignore les frontières nationales va de pair avec l'utopie d'un ordre juridique mondial qui ne serait plus constitué d'un pavage d'États, mais composé d'une poussière de particules contractantes chargées des mêmes droits et soumises seulement aux règles dont elles conviennent librement. La dynamique du capitalisme se conjugue ici avec l'empire cybernétique<sup>6</sup> pour dessiner un monde calculable, qui se régule lui-même et où le gouvernement et la loi cèdent la place à la gouvernance et au contrat. Dans un tel monde, les structures normatives communes, qui différencient les positions et limitent la liberté de chacun, font l'objet d'un processus de déconstruction : les différences s'abolissent et les limites s'effacent.

### **A) L'abolition des différences**

<sup>5</sup> J. Carbonnier *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 121 et suiv.

<sup>6</sup> C. Lafontaine *L'empire cybernétique. Des machines à penser à la pensée machine* Paris, Seuil, 2004

Cette abolition s'observe en droit positif s'agissant aussi bien des différences entre les personnes, que des différences entre les choses ou de la différence entre les personnes et les choses.

1) *L'abolition des différences entre les personnes* est inhérente au contractualisme. Les seules inégalités légitimes dans l'ordre contractuel sont celles de la richesse. Toutes les différences de traitement qui ne relèvent pas de cet étalon monétaire, mais procèdent de la qualité des personnes sont appelées à tomber sous le coup de la prohibition des discriminations. L'extension de l'ordre contractuel va donc nécessairement de pair avec celle du principe d'égalité. L'observation du droit positif montre que ce principe est en crue et qu'il a rompu les digues où le contenaient jadis les droits nationaux. Traditionnellement il n'avait de portée générale que s'agissant d'égalité *devant* la loi et signifiait que cette dernière s'impose de la même manière à tous. Le domaine des discriminations *dans* la loi, qui privent le législateur du pouvoir de traiter différemment des personnes différentes, était en revanche enfermé dans des limites très étroites. Ce sont ces limites qui ne cessent aujourd'hui de reculer. La tendance à l'indifférenciation des personnes est à l'œuvre au sein de chaque droit national, mais aussi dans l'ordre juridique international. Le droit européen a certainement été à la pointe de cette disqualification de nombre des différences de traitement jadis admises par les États. Ceci est vrai de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, dont Carbonnier écrit justement qu'elle est sortie de son lit et que l'on ne voit pas comment l'y faire rentrer<sup>7</sup>. Ceci est vrai également du droit communautaire. Programmé pour assurer le règne du commerce et abolir toute entrave à la libre concurrence entre les personnes, il est porté à prohiber toutes les règles qui traiteraient différemment des personnes différentes et à mettre également en compétition les femmes et les hommes, les jeunes et les vieux, les personnes publiques et les personnes privées, les nationaux et les étrangers, etc.

Le mouvement est d'abord quantitatif et peut se mesurer à l'extension régulière du nombre des discriminations prohibées. La liste qu'en donne l'article L.122-45 du code du travail fournit ici un bon indicateur. Elle a été allongée à onze reprises par le législateur de 1985 à 2006, soit en moyenne une fois tous les deux ans. A ce jour cette disposition prohibe la prise en considération de l'origine, du sexe, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, de la situation de famille ou de la grossesse, des caractéristiques génétiques, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, des opinions politiques, des activités syndicales ou mutualistes, des convictions religieuses, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé ou du handicap. Cette extension continue de l'indifférenciation juridique de la personne des salariés est allée de pair avec l'éclatement du statut salarial et donc avec la croissance vertigineuse des inégalités de fait sur le marché du travail.

La tendance à l'indifférenciation se manifeste aussi sur un plan qualitatif, par la dénaturation du principe d'égalité. A la différence de l'égalité arithmétique, qui implique la substituabilité des termes égaux, l'égalité juridique n'est pas exclusive de la différenciation : dire que le fils est l'égal du père, ou le père l'égal de la mère, ne signifie nullement que ce soit la même chose d'être père, mère ou fils. Si  $a=b=c$ , je peux en déduire que  $a+b = b+c = c+a$ . Mais de l'égalité du père et du fils entre eux et à l'égard de la mère, je ne peux déduire que le fils peut épouser la mère ou le père. Traiter l'égalité juridique sur le mode mathématique, et la règle de droit comme une règle de calcul, c'est se condamner à des interprétations délirantes du

---

<sup>7</sup> J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 56.

principe d'égalité. L'égalité juridique, si chèrement acquise, entre hommes et femmes ou entre parents et enfants, se métamorphose alors en confusion des genres ou des générations, ce qui ne peut susciter à terme que l'anomie, la violence et un retour brutal à des assignations statutaires. Force est de constater que le droit des pays occidentaux roule sur cette pente. Les pays ayant récemment adopté l'homoparentalité ont inéluctablement été conduits à abolir juridiquement les notions de père et de mère en même temps qu'ils expérimentaient sur certains enfants la privation du droit à une filiation paternelle ou maternelle. Cette négation de la différence des sexes doit être rapprochée de son exacerbation par le fondamentalisme islamiste, car on a affaire aux deux faces d'un même type de délire, dans lequel la Loi perd tout contact avec l'expérience sensible.

2) *L'abolition des différences entre les choses* est elle aussi un effet nécessaire du contractualisme. Faire du contrat la source première du Droit conduit à voir en toute chose l'objet possible d'un contrat. Ceci vaut aussi bien pour les choses naturelles que pour les produits matériels ou immatériels de l'activité humaine. Le contrat métamorphose les choses qu'il touche en objets *échangeables*, et donc substituables. Une fois admises dans le champ contractuel, les choses les plus diverses perdent leur incommensurabilité pour devenir des objets quantifiables, relevant d'un même étalon monétaire. Quelque soient leurs différences qualitatives, ces objets ne diffèrent dans le jeu des échanges que par leur prix. Une maison peut ainsi valoir la même chose qu'un tableau, dix voyages autour du monde, un pavillon de complaisance ou une intervention chirurgicale. Toute différence qualitative se trouve ainsi métamorphosée en équivalence quantitative. Cette équivalence suppose que ces choses soient négociables et qu'on ne puisse exciper de leurs qualités propres pour les faire échapper à l'empire de la quantité.

La dynamique du libre échange étend le champ contractuel à des objets qu'en raison de leur nature ou de leur utilité, le Droit soustrayait au marché pour en soumettre la circulation ou l'usage à des règles particulières. En dépit de l'instauration de la liberté du commerce et de l'industrie, de nombreux biens et services continuaient en effet d'échapper à la libre négociation contractuelle, soient qu'ils relevassent directement de la chose publique, soit qu'ils fassent l'objet de réglementations dictées par l'intérêt général (professions « libérales », patrimoine culturel, etc.). La frontière qui les enserraient s'est d'ailleurs révélée mouvante et certains d'entre eux l'ont franchi à plusieurs reprises, au gré des politiques des États qui souhaitaient en assurer ou au contraire en abandonner le contrôle.

Cette maîtrise des États sur la qualification des choses, et leur pouvoir de soustraire certaines d'entre elles à la liberté contractuelle, se trouve aujourd'hui considérablement réduit par l'extension considérable du champ d'application des principes de libre circulation des marchandises et des capitaux et de libre prestation de service. Un ensemble complexe de règles internationales, nationales et communautaires impose en principe l'application du droit de la concurrence à toute espèce de choses. L'actuel article L. 410-1 du code de commerce déclare ainsi les règles relatives à la liberté des prix et de la concurrence applicables « à toutes les activités de production, de distribution, et de service, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques... »<sup>8</sup>. Produits, biens, services, œuvres d'art, nature, énergie, sont tous

---

<sup>8</sup> Le droit communautaire de la concurrence s'applique à « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (CJCE, 23 avr. 1991, *Höffner*, aff. C-41/90, point 21 ; 19 janv. 1994, *SAT Fluggesellschaft*, aff. C-364/92, point 18), et cette notion d'activité économique a donné lieu à une définition parfaitement tautologique de la Commission européenne : « Une activité de nature économique est une activité, à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques » (Commission, *Coupe du Monde de football*, JOCE, n°L.5 du 8 janv. 2000, point 5).

présupposés être des biens échangeables, dont l'allocation optimale suppose qu'ils fassent l'objet d'un marché concurrentiel. Cette présomption est simple et laisse encore place à des exceptions. Mais ces dernières sont entendues de manière de plus en plus restrictive. Deux d'entre elles sont particulièrement visées par les politiques de libre échange et en recul constant dans les ordres juridiques nationaux : celles qui concernent les biens et services publics et celles qui procèdent du principe de solidarité.

La manifestation la plus visible du rétrécissement de la chose publique se marque par le démantèlement des monopoles sur la production de biens ou services d'intérêt général (aujourd'hui l'énergie, la poste, les transports, les autoroutes, et demain peut-être les prisons, le règlement des conflits) tous ces produits venant se fondre dans la masse indifférenciée des choses dans le commerce. Mais ce rétrécissement du domaine public se marque aussi par la patrimonialisation non seulement des choses, mais de la représentation des choses (leur image ou leur interprétation) qui se trouve elle aussi transformée en marchandise. Cela vaut de la monnaie elle-même, qui n'est plus perçue comme la représentation partagée d'une mesure des échanges, c'est-à-dire comme l'image d'une valeur commune, mais traitée elle-même comme un objet d'échange que rien ne distingue fondamentalement des autres marchandises<sup>9</sup>.

Là où l'évaluation monétaire par la mise sur le marché fait défaut, l'on s'efforce de construire des indicateurs aptes à métamorphoser les différences qualitatives en écarts quantitatifs. Un autre aspect de cette tendance à l'indifférenciation des choses est la place croissante occupée par les indicateurs dans les instruments des politiques publiques. L'idée de se doter d'instruments de mesure des performances est née dans les entreprises, désireuses d'améliorer leur productivité. Sa transposition aux politiques publiques a été promue notamment par l'école du *New Public Management*. Tout produit ou tout service est alors mesuré sur la base d'indicateurs censés donner une image fidèle de leur valeur et permettre la mise en compétition des organisations et/ou des individus qui les fournissent. C'est sur ces prémisses qu'a par exemple été conçue la Méthode Ouverte de Coordination dans l'ordre communautaire. D'abord utilisée pour étalonner les politiques de l'emploi, cette méthode devrait être étendue à d'autres domaines de l'action publique. Sur cette pente, il n'est pas surprenant qu'on en vienne, comme le fait aujourd'hui la Banque mondiale, à considérer le Droit lui-même comme un produit immatériel parmi d'autres, susceptible de faire l'objet d'un marché des normes<sup>10</sup>.

3) *L'abolition de la différence entre les personnes et les choses* n'est pas un phénomène nouveau dans l'histoire du Droit, marqué dès son origine occidentale par l'institution de l'esclavage, qui permettait de disposer d'un être humain comme s'il s'agissait d'une chose, tout en organisant le passage de l'une à l'autre catégorie, avec d'un côté l'affranchissement et de l'autre la capture de l'ennemi ou de l'étranger « sans papiers » (i.e. ne relevant pas d'un traité avec Rome et considéré comme un bien sans maître) ou la mise en servage pénal (les *servi poenæ*). Ainsi que l'exprime bien une célèbre sentence de Saint-Paul dans l'Épître aux

---

<sup>9</sup> Cf. M. Aglietta M. et A. Orléan (dir.), *La Monnaie souveraine*, Paris, Odile Jacob, 1998, et des mêmes auteurs *La Monnaie entre violence et confiance*, Paris, Odile Jacob, 2002 ; M. Amato, *Il bivio della moneta. Problemi monetari e pensiero del denaro nel Settecento italiano*, Milano, 1999, EGEA ; L. Fantacci, *La moneta. Storia di un'istituzione mancata*, Venise, 2005, Marsilio.

<sup>10</sup> Cf. le ranking établi annuellement dans le cadre du programme *Doing Business* <http://www.doingbusiness.org/>. Voy. H. Muir Watt *Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, Académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours* t. 307 (2004), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, 383 pages. A. Supiot *Le droit du travail bradé sur le marché des normes Droit Social*, n°12, décembre 2005, pp. 1087 et suiv. ;

Galates, le christianisme a semé les germes de l'indifférenciation des personnes à raison du sexe (« il n'y a ni homme, ni femme ») ou de l'origine (« il n'y a ni Juif, ni Grec ») mais a en revanche édifié un mur entre les personnes et les choses en refusant à celles-ci l'âme immortelle attribuée en revanche à toutes celles-là (« il n'y a ni esclave, ni homme libre »). Ce mur était de nature métaphysique et à peine eut-il fini d'être édifié avec la généralisation de la prohibition de l'esclavage au XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>11</sup>, qu'il commença de s'effriter sous la pression du biologisme, qui n'ayant pas trouvé l'âme sous le scalpel, a réduit l'homme à sa viande. Ainsi transformés en « matériel humain » ou en « capital humain », et livrés comme tels à la puissance nouvelle des techniques de destruction, les hommes ont été consommés et consumés, de Verdun à Hiroshima en passant par le Goulag et la Shoah, dans les plus effroyables massacres de l'histoire de l'humanité. Cet effroi est pour beaucoup dans la tentative de refondation des droits de l'Homme de l'après seconde guerre mondiale et dans l'affirmation d'un principe nouveau au plan juridique : le principe de dignité.

Cette tentative de reconstruire un mur entre les personnes et les choses, en investissant le corps humain d'une sacralité reconnue par tous, est fragile et aujourd'hui menacée. Elle a tout d'abord affaire au paradigme cybernétique, né lui aussi dans l'expérience de la guerre. La cybernétique répudie toute différence de nature entre l'homme, l'animal, et la machine, pour n'y voir que des variétés de systèmes informationnels, intégrés dans des réseaux de communication dont ils ne se distinguaient que par leur degré d'organisation. La distinction pertinente n'est plus alors celle des personnes et des choses, mais celle qui sépare des êtres inertes les êtres capables de rétroagir aux variations de leur milieu et de se réorganiser ainsi en permanence en fonction des signaux qui leur parviennent de l'extérieur. Le sujet et l'action disparaissent pour laisser place au système et à la rétroaction, et rien ne distingue plus fondamentalement un ordinateur d'une amibe ou d'un être humain. On retrouve dans la cybernétique la vieille aspiration au savoir divin, capable de ramasser l'infinie diversité du monde dans une formule unique, omnipotente et si possible chiffrée. Des prêches de la commission européenne sur la « recomposition permanente du tissu productif » (incluant hommes et machines)<sup>12</sup> jusqu'à la déconstruction derridienne du sujet<sup>13</sup>, ce paradigme irrigue puissamment tous les aspects de la pensée moderne<sup>14</sup>. Il n'est donc pas surprenant de le retrouver sur le plan juridique. Le démantèlement du contrat de travail pourrait en fournir une illustration. L'équivalence entre l'homme et la marchandise que ce contrat permet de poser<sup>15</sup> est en effet placée sous l'égide d'un principe Tiers qui en borne et en maîtrise les effets. C'est la nécessité de ce Tiers qui est remise en cause par les programmes de déréglementation du marché du travail, qui visent à aligner l'usage de la ressource humaine sur celui des autres ressources productives et à dissoudre le droit du travail et de la sécurité sociale dans le droit commercial ou le droit des assurances.

Mais la manifestation la plus visible du processus juridique d'indifférenciation des personnes et des choses se trouve dans le domaine de la propriété intellectuelle. Le phénomène a été

---

<sup>11</sup> V. dans le cas de la France le décret d'abolition du 27 avril 1848, reproduit in *Codes noirs de l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006, p. 93.

<sup>12</sup> Communication de la Commission, *Restructurations et emploi - Anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi: le rôle de l'Union européenne* COM/2005/0120 final.

<sup>13</sup> Cf. not. J. Derrida *De la grammatologie*, Paris, Minuit, 1967, v. not. P. 19.

<sup>14</sup> Cf. C. Lafontaine, op. cit.

<sup>15</sup> Équivalence qui a conduit à rebaptiser le travailleur : l'ouvrier, nommé selon son œuvre a laissé place au salarié nommé selon son salaire, c'est-à-dire son équivalence monétaire.

bien mis en lumière en France par les travaux de Bernard Edelman<sup>16</sup>, qui a montré comment, à partir des premiers débats sur la brevetabilité des animaux « modifiés », on a fini par admettre en droit communautaire qu' « *un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel* »<sup>17</sup>. Saisi de la légalité de cette disposition la CJCE a jugé qu'elle répondait à la nécessité de prévenir l'apparition d'obstacles aux échanges commerciaux et d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur (points 15 à 18), et qu'elle ne portait pas atteinte au principe de dignité humaine, au motif que la protection envisagée par la directive « *ne s'étend à des données biologiques existant à l'état naturel dans l'être humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation d'une application industrielle particulière* » (point 75)<sup>18</sup>.

On ne saurait dire plus clairement que le principe de dignité se mesure à l'aune des nécessités commerciales et il y a donc des raisons de penser que la patrimonialisation du corps humain va continuer de gagner du terrain dans le monde, malgré les digues que certains États, dont la France, tentent de dresser pour s'en prémunir<sup>19</sup>. Cela d'autant plus que certaines des armes juridiques imaginées pour protéger la maîtrise de l'homme sur son corps sont de nature à accélérer la métamorphose de celui-ci en marchandise. Tel est le cas lorsque l'on fait de celui-ci l'objet d'un droit de propriété. Cette thèse, soutenue très logiquement par les adversaires du principe de dignité<sup>20</sup>. Sa valeur logique et anthropologique est à peu près nulle puisque « à quelqu'un qui dit 'j'ai un corps', on peut demander 'qui parle avec cette bouche ?' »<sup>21</sup>. Mais elle a été consacrée en 1998 aux États-Unis dans l'affaire de « l'homme aux cellules d'or ». Il s'agissait d'un leucémique dont l'organisme produisait des substances rares prélevées et commercialisées à son insu par ses médecins. Saisi par l'intéressé, la Cour d'appel de Californie décida que le droit de propriété incluait « toute espèce de droits et d'intérêts susceptibles d'une jouissance telle qu'on puisse y substituer une valeur pécuniaire », si bien que « la rate du demandeur, qui contenait certaines cellules, était quelque chose sur quoi celui-ci bénéficiait du droit discrétionnaire d'usage, de contrôle et de disposition »<sup>22</sup>. Dès lors qu'on qualifie de droit de propriété le rapport de l'homme à son propre corps, rien ne s'oppose plus en effet à ce qu'une valeur pécuniaire soit substituée à ce droit, c'est-à-dire à ce que le corps humain se fonde dans l'univers des choses dans le commerce. Le mur dogmatique que dix-neuf siècles de christianisme avaient édifié entre les hommes et les choses n'en finit pas de crouler tandis que ressurgit sous nos yeux l'indifférenciation des

---

<sup>16</sup> V. not. B. Edelman, *La personne en danger*, PUF, 1999 ; et du même auteur « L'homme dépossédé. Entre la science et le profit », in M. Fabre-Magnan et Ph. Moullier, *La génétique, science humaine*, Paris, Belin, 2004, p. 215 et suiv.

<sup>17</sup> Directive 98/44/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, art. 5, §.2.

<sup>18</sup> CJCE, 9 octobre 2001, aff. C-377/98.

<sup>19</sup> Cf. en dernier lieu la loi de bioéthique du 6 août 2004 (comm. J.-R. Binet *Dr.fam.* 2004, *Études* 22, 26 et 28), et les articles 16 et suiv. du code civil.

<sup>20</sup> La thèse d'un droit de propriété de l'homme sur son corps est ancienne et se trouve déjà au XIX<sup>ème</sup> sous la plume des penseurs libéraux soucieux de fonder biologiquement les inégalités de fortune (v. A. Thiers, *De la propriété*, Paris, Paulin Lheureux, 1848, Liv.I, ch. IV, « Que l'homme a dans ses facultés personnelles une première propriété incontestable, origine de toutes les autres » p. 32 sq.). Elle a connu un regain de succès en France avec le livre de J.-P. Baud : *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993. Selon cet auteur « La dignité humaine relève aujourd'hui de la plus dangereuse des bigoteries et de l'anathème liberticide le plus efficace » (in *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, Paris, Aubier, 2001, p. 308).

<sup>21</sup> L. Wittgenstein, *De la certitude*, §.244, Paris, Gallimard, 1976, p. 74.

<sup>22</sup> V. sur cette affaire, B. Edelman, *La personne en danger*, *op. cit.* p. 289 et suiv.

hommes et des choses, caractéristique du droit romain et des sociétés esclavagistes. A cette différence près que le marché dont on pose ainsi les bases juridiques n'est plus un marché aux esclaves, mais un marché mondial des organes et produits du corps humain, qui s'annonce infiniment plus « réactif » et lucratif. Comme beaucoup d'autres marchés, il est déjà dominé par la grande Chine, si riche de « matériel humain ».

### ***B) L'abolition des limites***

Dès lors que l'autonomie contractuelle est livrée à elle-même et privée de toute référence à un ordre hétéronome qui la fonde et la borne, toute limite non consentie peut être frappée d'arbitraire. Cette disqualification de l'hétéronomie conduit à un double processus de démantèlement des statuts et de privatisation des normes.

*1) Le démantèlement des statuts* est la contrepartie nécessaire des progrès du contrat. Il vise à émanciper les hommes de toutes les normes susceptibles de limiter ce qu'ils sont et ce qu'ils font, et concerne donc aussi bien l'état civil que l'état professionnel des personnes. Émancipation doit être entendue ici avec toute l'ambivalence de cette vieille notion juridique : en même temps qu'elle les libère, l'émancipation prive les hommes de toutes les sécurités que leur apportaient leur statut antérieur. Tandis que la sécurité des produits et des affaires, et plus encore la stabilité monétaire (soustraite au principe démocratique et livrée à la garde d'une Banque européenne totalement indépendante), est l'un des principes suprêmes du contractualisme, c'est au contraire l'insécurité qu'il promet dans tout ce qui touche au travail et l'identité des hommes.

La remise en cause des statuts professionnels est l'objectif poursuivi par les politiques de « flexibilisation » des marchés du travail, prescrites par les organisations économiques internationales et mises en œuvre avec plus ou moins de radicalité par la plupart des États. Cette remise en cause a bien sûr visé le socle de cet état professionnel, c'est-à-dire les droits à sécurité sociale. Dans la plupart des pays européens la sécurité sociale s'était progressivement imposée comme un Tiers obligé, tout contrat de travail inscrivant ses parties dans des systèmes de solidarité gérés par l'État ou par des représentants des partenaires sociaux. Mais malgré la violence des attaques portées contre elle au nom de la liberté individuelle ou du poids excessif des cotisations qu'elle prélève, la sécurité sociale a fait preuve d'une remarquable robustesse, du moins dans la « vieille Europe ». Ceci est particulièrement vrai des retraites par répartition, qui ont résisté aux énormes pressions exercées en faveur de leur démantèlement et de leur remplacement par une épargne retraite susceptible d'alimenter la financiarisation de l'économie<sup>23</sup>. La remise en cause du statut de l'emploi public a connu plus de succès. D'un côté les syndicats ont refusé (à la différence de ce qui s'est passé en matière de sécurité sociale) les réformes susceptibles d'assurer sa pérennité tandis que de l'autre le mouvement des privatisations a réduit régulièrement son champ d'application. Mais c'est en droit du travail que le recul du statut professionnel des personnes est le plus visible, avec l'éclatement des formes d'emploi, la création d'un second marché du travail livré aux bas salaires et à la précarité et enfin la promotion de la convention d'entreprise ou du contrat individuel au détriment de la loi ou de la convention de branche.

La déstabilisation de l'état civil est moins spectaculaire, mais elle touche des couches encore plus profondes de l'identité humaine. Elle se marque tout d'abord par le recul du statut

---

<sup>23</sup> Les pays qui ont cédé à ces pressions pour adopter des régimes de capitalisation doivent aujourd'hui faire face à la montée d'une population âgée privée de droits à pension et réinventer des systèmes subsidiaires de solidarité.

matrimonial, nourri par l'égalisation des droits des époux et des concubins, la facilitation du divorce ou la contractualisation du lien conjugal (Pacs). Mais elle touche aussi le sexe, devenu objet d'un libre choix depuis que la Cour de Strasbourg a érigé le transsexualisme en droit de l'Homme et ouvert ainsi la voie à l'idée de disponibilité de l'état civil, amplifiée depuis dans certains pays qui se sont employés à instituer « l'identité des genres »<sup>24</sup>. Jadis sanctuaire de l'hétéronomie, le droit de la filiation a progressivement effacé toute différence de statut entre enfants légitimes, naturels ou adultérins et fait une place grandissante à l'idée de vérité biologique. Cette idée d'une « vérité biologique » de la filiation a conduit naturellement la jurisprudence à multiplier les possibilités de contestation de l'identité civile des personnes et à organiser l'instabilité des filiations. Le « législateur » a consacré cette évolution dans la récente ordonnance du 4 juillet 2005, tout en cherchant à en cantonner les effets les plus néfastes en enfermant les contestations des filiations dans des délais de prescription plus courts. Enfin, comme il a déjà été dit, les statuts de père et de mère sont appelés à disparaître dans les pays de plus en plus nombreux qui, au nom de l'égalité des couples homosexuels et hétérosexuels, admettent que la filiation d'un enfant puisse être établie avec deux personnes du même sexe à l'exclusion de l'autre.

2) *La privatisation des normes* est l'autre dimension du processus d'effacement de toute limite non consentie. Dans sa version démocratique, elle consiste à admettre que chacun doit pouvoir choisir la loi qui lui convient (avoir la loi pour soi) et devenir son propre législateur (avoir soi pour loi). Les manifestations de ces deux tendances sont nombreuses en droit positif.

« La loi pour soi » est une devise qui rend bien compte des cas de plus en plus nombreux dans lesquels une personne a le droit de choisir la loi qui s'appliquera à elle et peut ainsi s'affranchir d'une règle commune s'appliquant également à tous. Ce type de *self service normatif* (l'expression est due à Pierre Legendre) procède de techniques juridiques anciennes dont le champ d'application se trouve considérablement élargi sous l'empire du contractualisme. C'est le cas en droit interne des lois supplétives et des lois dispositives, dont l'effet impératif est suspendu à la volonté des contractants qui sont libres de mettre en œuvre celles-ci ou au contraire d'écarter celles-là. Les lois de ce type se sont multipliées ces dernières années. Les lois supplétives laissent les particuliers libres de régler des questions qui relevaient auparavant de la seule compétence du législateur. Et les lois dispositives sont offertes à la consommation des sujets de droit, et restent lettre morte tant qu'elles ne trouvent pas preneur. Cette tendance déborde du reste le droit des contrats et le multiculturalisme en vogue dans les politiques d'immigration porte nécessairement en germe un retour à la personnalité des lois. En droit international, c'est la liberté du choix de la loi applicable par les contractants qui a trouvé une nouvelle jeunesse avec la libre circulation des marchandises et des capitaux. Les critères objectifs de rattachement d'une opération juridique à un for déterminé, et le principe d'application impérative des lois de police de ce for, perdent de leur pertinence et de leur force dans un monde où les opérateurs économiques sont libres de déplacer à leur guise leurs produits, leurs lieux de productions et leurs profits. Dès lors le vieux principe d'autonomie de la volonté, que le droit international privé a fait naître à la vie juridique il y a un siècle et demi, peut être mobilisé pour fonder un marché international des normes, sur lequel les droits nationaux apparaissent comme des produits en compétition, offerts à des chalandes en quête du meilleur rapport qualité/prix. Pour aider ces « consommateurs de droit » à faire leur marché plus commodément, la Banque mondiale développe depuis quelques années dans ses rapports *Doing Business* des tableaux comparatifs

---

<sup>24</sup> V. en dernier lieu le projet de loi en cours d'adoption en Espagne, permettant de changer de sexe par simple déclaration à l'état civil (*Le Figaro* du 10 novembre 2006)

censés leur offrir un service comparable à ceux que publie la revue *Que choisir ?* à l'intention des acheteurs d'électroménager. L'idée selon laquelle il n'est pas de contrat sans loi se trouve ainsi renversée au profit de la maxime inverse selon laquelle il n'y aurait pas de loi sans contrat, c'est-à-dire sans contractants qui s'accordent pour l'appliquer. La seule loi qui vaille est en fin de compte la poursuite par chacun de son intérêt individuel, et l'on comprend dans ce contexte la signification de la théorie de l'*efficient breach of contract*, propagée par une partie de l'école *Law and Economics* : la parole donnée ne lie le contractant que pour autant qu'il a intérêt à la respecter et si ce n'est pas le cas il doit être libre de s'y soustraire moyennant indemnisation de celui qui s'y était fié. Aboutissement logique de la récusation de toute hétéronomie, la parole elle-même cesse ainsi de faire loi pour l'homme.

« Soi pour loi » est peut-être la maxime la mieux à même de rendre compte du contractualisme, car elle dessine un univers juridique dans lequel le consentement est la condition nécessaire et suffisante de toute espèce d'obligation. La toute puissance du consentement est affirmée par tous ceux qui ne voient pas au nom de quoi d'autre une règle pourrait être rendue obligatoire. Sur cette pente, les règles que l'on pouvait croire les plus assurées, comme l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui, se trouvent répudiées, comme le montre l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la torture. En 1997 encore, elle avait jugé que « l'un des rôles indiscutablement dévolus à l'État est la régulation par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel n'y change rien »<sup>25</sup>. En 2005 elle a abandonné cette vérité « indiscutable » et sans doute trop ouvertement dogmatique dans une affaire relative à une femme, régulièrement saoulée et sauvagement torturée par son mari et par des tiers que ce dernier faisait payer pour jouir des souffrances infligées à son épouse. Renversant sa jurisprudence de 1997 la Cour européenne a jugé que « le droit pénal ne peut en principe intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus »<sup>26</sup>. Faire ainsi de la jouissance des souffrances d'autrui l'objet d'un droit, et qui plus est un droit de l'homme auquel aucune loi nationale ne saurait porter atteinte, pervertit la fonction anthropologique du Droit. Au lieu de canaliser les passions humaines et de tenir à distance la part obscure tapie en tout être humain, le Droit sert ici à leur donner libre cours.

Cette perversion n'est pas radicalement nouvelle. La toute puissance de la volonté individuelle ou le consentement des faibles à la domination totale des forts, voilà ce qui au XIX<sup>ème</sup> siècle servait déjà à justifier des conditions de travail inhumaines ou ce qu'invoquait Göring lorsqu'il définissait le Droit comme « notre bon plaisir » (was uns gefällt). Le point remarquable est qu'aucun de ces emplois pervers du Droit n'a duré bien longtemps. Ils ont conduit à des impasses mortelles dont il a bien fallu sortir. Il a fallu chaque fois renouer avec l'impératif de survie du genre humain et admettre que la fonction du Droit n'est pas de servir l'égoïsme, la violence, la cupidité et la folie des hommes, mais bien au contraire de les canaliser et d'en conjurer la puissance mortifère. Il a fallu à chaque fois assujettir le bon plaisir des plus forts à quelque chose de plus fort qu'eux, qui s'impose à tous et évite que la société des hommes ne se transforme en jungle.

Dernier avatar de la divinisation de l'homme, si caractéristique de l'Occident chrétien, le « soi pour loi » conduit à l'idiotie, au sens original du mot, c'est-à-dire à la restriction à soi-même, à la perte de contact avec le réel et à l'incapacité à s'inscrire dans un sens partagé avec autrui.

<sup>25</sup> CEDH, 19 février 1997, Laskey.

<sup>26</sup> CEDH, 17 février 2005, K. A. et A.D. c./ Belgique. V. M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Dalloz*, 2005, chron., pp. 2973-2981

Faute d'une Référence commune, transcendant les individus, chacun se trouve livré à l'autoréférence et n'est plus capable de confronter le monde à la représentation qu'il en a. Il n'est dès lors plus d'autre mode de communication que les hurlements et les coups. La montée des violences anomiques qu'on observe sur les marges des pays occidentaux (dans banlieues de leurs villes, mais aussi dans leurs anciennes colonies) ne sont que l'expression de cette déconnexion d'avec le réel, qui affecte d'abord leurs élites et leur représentation du monde. Quand le président de la République française, garant suprême des institutions ordonne, comme on l'a vu en France durant l'hiver 2005, de ne pas appliquer la loi qu'il promulgue, cette déclaration digne d'Ubu Roi nous laisse entrevoir un monde désinstitué, où la parole ne vaut plus rien et où le principe de non contradiction n'a plus cours, un monde sans foi ni loi, que rien ne prémunit plus de la violence.

Mais le contractualisme porte aussi en lui les germes de son propre dépassement, ou plus exactement il ne constitue que la face la plus visible et la plus inquiétante du processus de contractualisation du Droit. Un regard attentif porté sur le droit contemporain laisse entrevoir une autre face de ce processus : celle de la résurgence des structures juridiques féodales.

## II – La contractualisation féodalise le Droit

Il faut ici commencer par essayer d'éviter les malentendus. Avancée par divers auteurs<sup>27</sup>, la thèse de la re-féodalisation du Droit ne signifie pas un retour au Moyen-Âge, mais la résurgence d'une structure juridique que la construction des États nations avait fait disparaître. Il faut pour le comprendre avoir à l'esprit le caractère sédimentaire de l'histoire du droit. Ainsi que l'a montré notamment Aziz Al Azmeh à propos de l'Islam<sup>28</sup>, les catégories dogmatiques du passé ne s'inscrivent pas dans une histoire linéaire, mais constituent une réserve enfouie de sens, toujours susceptible de revenir au jour et d'y produire de nouveaux effets normatifs. Comme tout système dogmatique, le Droit ne se situe pas dans le *continuum* du temps chronologique, mais dans un temps séquentiel où la loi nouvelle vient tout à la fois réitérer un Discours fondateur et engendrer de nouvelles ressources cognitives. D'où les avatars de vieilles catégories de pensée, comme par exemple la citoyenneté, que l'on voit ressurgir régulièrement depuis la république athénienne jusqu'à la citoyenneté européenne du Traité de Maastricht en passant par le droit romain ou la Révolution française.

L'une des raisons de ce caractère sédimentaire est qu'il n'existe pas une variété infinie de types de structures juridiques. Seule varient les déclinaisons de chacun de ces types. A grands traits on peut distinguer, transposant ici une vieille distinction de la philosophie politique chinoise, le gouvernement par les lois et le gouvernement par les hommes.

Dans un système de gouvernement par les lois, la Loi incarne la parole d'un pouvoir souverain qui s'impose également à tous. La soumission de tous à des lois générales et

---

<sup>27</sup> cf. not. A. Supiot, *Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France Droit et Société* 1987, n°6, pp. 177-199 ; La contractualisation de la société, in Y. Michaux (dir.) *Université de tous les savoirs*, vol. 2 *Qu'est-ce que l'humain ?* Paris, O. Jacob, 2000, pp. 156-167 ; P. Legendre, Remarques sur la re-féodalisation de la France, *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 201-211 (repris in *Nomenclator. Sur la question dogmatique en Occident, II*, Paris, Fayard, 2006, p. 271 et suiv.) ; J. Lefebvre (dir.) *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, Paris, PUF, 2006, 260 p.

<sup>28</sup> Aziz Al Azmeh, « Chronophagous Discourse: A Study of Clerico-Legal Appropriation of the World in an Islamic Tradition », in F. E. Reynolds & D. Tracy (éds), *Religion and Practical Reason*, Albany, State University of New-York Press, 1994, p. 163 s.

abstraites est la condition de la liberté reconnue à chacun. Cette structure implique la mise en scène d'un Tiers garant des lois, qui transcende la volonté et les intérêts des individus. Elle rend possible l'articulation de deux plans juridiques distincts : celui des règles dont l'objet échappe au calcul d'utilité individuelle, qui relèvent de la délibération et du domaine de la Loi ; et celui des règles dont l'objet relève de calculs d'utilité individuelle, qui relèvent de la négociation et du domaine du contrat. Seul ce type de montage autorise à traiter, sur le plan contractuel, les hommes et les choses comme des entités abstraites et échangeables, dont la valeur peut être rapportée à un même étalon monétaire. Car leurs différences qualitatives sont prises en charge par le domaine de l'incalculable qui échoit à la Loi.

Dans un système de gouvernement par les hommes, ces derniers sont inscrits dans un réseau de liens de dépendance. Est recherchée, non pas la soumission de tous à une même loi abstraite, mais la conformité du comportement de chacun à la place qu'il occupe dans ce réseau. Chacun doit servir au mieux les intérêts de celui dont il dépend et pouvoir compter sur la loyauté de ceux qui dépendent de lui. C'est l'inscription dans des liens personnels, et non la soumission à une même loi impersonnelle, qui définit la condition juridique des hommes, aussi bien dans leurs rapports mutuels que dans les rapports avec les choses. La figure du Tiers garant ne disparaît pas, mais c'est un garant des liens et non plus un garant des lois. Ce type de montage permet donc de faire l'économie de la figure de l'État souverain. En revanche il mêle nécessairement le domaine du calculable et de l'incalculable. Ce dernier n'étant pas pris en charge par une instance tierce, la distinction du contrat et de la loi se brouille. Celle-ci est négociée entre représentants de groupes d'intérêts, tandis qu'en revanche des considérations d'intérêt général irriguent la sphère contractuelle.

Rares sont les systèmes politiques qui, comme la Chine impériale, sont parvenus (et c'est peut-être l'une des raisons de son exceptionnelle longévité) à réaliser une réelle hybridation de ces deux modèles. Le plus fréquent est qu'ils soient dominés par l'un des deux, même s'ils possèdent toujours quelque trait de l'autre. Les systèmes féodaux, qui constituent la principale variété de gouvernements par les hommes, sont ainsi dominés par l'idée de lien personnel. Ils ont toujours ressurgi dans des périodes marquées par l'affaiblissement du pouvoir central, mais à chaque fois sous une forme différente. Né de l'affaiblissement du pouvoir impérial, la féodalité japonaise par exemple, se distingue par bien des traits de celle qui s'est construite dans l'Occident médiéval sur les débris de l'empire carolingien. L'un des éléments propres de la féodalité occidentale est précisément la valeur juridique attachée aux liens de dépendance qui lient les hommes entre eux<sup>29</sup>. Le lien de base, qui y constitue la trame du tissu social, est la vassalité, c'est-à-dire un contrat d'un type très particulier, qui combine un élément personnel et un élément réel. L'élément personnel réside dans l'inféodation d'une personne à une autre, et se réalise, selon la condition des intéressés soit par l'hommage soit par le servage. L'élément réel réside dans la concession faite à l'inféodé d'un bien grevé de charges au bénéfice du concédant, et prend la forme, selon la condition des intéressés, d'un fief ou d'une tenure servile.

Ces deux dimensions se retrouvent facilement en droit contemporain, dès que l'on gratte le vernis contractualiste qui le recouvre.

### ***A) L'inféodation des personnes***

---

<sup>29</sup> Cf. M.Bloch *La société féodale* Paris, Albin Michel, 1<sup>o</sup> éd. 1939, rééd. 1994, pp. 618-619.

Dans leur effort d'intelligibilité du monde occidental contemporain, les meilleurs juristes et sociologues s'accordent pour décrire un passage du modèle de la pyramide à celui du réseau<sup>30</sup>. La représentation du monde comme un réseau de particules communicantes a été portée dans l'après-guerre par la cybernétique et se trouve aujourd'hui mise en œuvre par les doctrines du management participatif, qui assujettissent l'action des hommes à la réalisation d'objectifs et non plus à la soumission à des règles. Si l'on veut bien se souvenir que la matrice des réseaux est la féodalité, l'on comprend vite que l'attirail contractuel mobilisé pour les construire n'épuise pas leur nature juridique, et que la société en réseaux marque à l'évidence, non le stade suprême du contractualisme, mais une résurgence du féodalisme. Cette résurgence se manifeste par un double déplacement : de la loi au lien, et du souverain au suzerain.

1) Le déplacement *de la loi au lien* est propre à caractériser le foisonnement de nouveaux contrats, qui n'ont plus seulement pour objet d'obliger les parties à donner, faire ou ne pas faire quelque chose de déterminé, mais à créer entre elles un lien qui oblige l'une à se comporter conformément aux attentes de l'autre.

Le plus souvent les liens ainsi tissés contribuent à modeler *l'état professionnel des personnes*. C'est tout d'abord le cas des contrats auxquels on recourt de plus en plus fréquemment pour restaurer l'état professionnel des personnes menacées ou frappées d'exclusion professionnelle. Le contrat d'insertion proposé à tout titulaire du revenu minimum d'insertion, le plan de retour à l'emploi que tout allocataire de l'assurance chômage a dû un temps souscrire, la panoplie mouvante des contrats aidés, qui visent à rendre un statut salarial aux chômeurs les plus en difficultés, sont autant de variétés de contrats qui ont explicitement pour objet l'état professionnel des personnes. C'est ensuite le cas de la plupart des contrats qui organisent la dépendance économique d'une personne physique ou morale à l'égard d'une autre. On peut le voir dans les transformations les plus récentes du contrat de travail, qui ne porte plus sur un simple échange de quantités (travail contre salaire) mais emporte toute une série d'obligations (de sécurité, de formation, de reclassement) qui débordent l'échange salarial et visent, au-delà de l'emploi, à garantir l'entretien sur le long terme de la capacité professionnelle des personnes. Mais ce sont plus généralement tous les contrats visant à intégrer une personne dans l'organisation de l'activité économique d'une autre, qui rétroagissent sur la condition professionnelle des parties et obligent à définir entre elles un lien doté d'un minimum de stabilité. Il faudrait convoquer pour illustrer ce point l'ensemble du droit de l'entreprise et de la distribution, et les développements foudroyants des techniques de filialisation, de sous-traitance, d'externalisation, etc. La notion de solidarisme contractuel parfois avancée pour canaliser cette évolution<sup>31</sup> est sympathique mais inappropriée faute de tenir compte du sens juridique précis que la solidarité a acquis en droit social. Il s'agit bien plutôt de techniques d'inféodation, qui permettent de concéder l'exploitation d'une activité économique moyennant la soumission du concessionnaire à certains contrôles du concédant, lequel s'engage en revanche à garantir une certaine viabilité économique de l'exploitation.

---

<sup>30</sup>V. M. Castells; *The Rise of the Network Society*, Blackwell, Oxford, 1996, trad. fr. *La société en réseaux*, Paris, Fayard, 1998 ; G. Teubner, *The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors*, in J. McCahery, S. Picciotto & C. Scott, *Corporate Control and Accountability*, Oxford University Press, 1993, 41 s. ; et du même auteur *Netzwerk als Vertragsverbund Virtuelle Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004, 286 p. ; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Pub. Des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 587 p.

<sup>31</sup> Cf. D.Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, et Juris-classeur, 1999, p.603 sq. ; Chr.Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Études offertes à J.Ghestin*, LGDJ, p. 441.

Tous les ingrédients de la tenure féodale se retrouvent ici, y compris la question du juste prix<sup>32</sup>.

La fabrique contractuelle du lien social ne se limite pas toutefois à l'ordre économique et au statut professionnel des personnes. Elle s'étend aussi à leur état civil. L'illustration la plus éclatante en est le pacte civil de solidarité, contrat d'un type nouveau, à cheval sur le droit des obligations et le droit des personnes, qui affecte l'état civil des contractants (il intègre la prohibition de l'inceste<sup>33</sup>), tout en faisant naître entre eux un lien de solidarité civile calqué sur le lien conjugal, qui les place juridiquement dans un rapport de dépendance mutuelle<sup>34</sup>. Présenté comme le dernier cri de l'émancipation individuelle, le reflux du mariage formel au profit du mariage purement consensuel ne fait que nous ramener à la situation médiévale d'avant le concile de Trente<sup>35</sup>. Et derrière le fracas des revendications à l'indifférenciation des sexes qui ont accompagné la création du Pacs, on peut déceler aussi un recours à "l'entre-soi" comme remède au "chacun pour soi". Vu sous cet angle de la solidarité civile, le Pacs s'inscrit dans la lignée de figures juridiques anciennes, tels ces affrètements ou *frèresches*, pactes d'amitié conçus sur le modèle du ménage ou de la phratrie, qui ont toujours prospéré dans les périodes de défaillance du pouvoir central<sup>36</sup>.

On a aussi recours au contrat pour tenter de restaurer l'exercice d'une autorité parentale mise à mal par le démantèlement des statuts professionnels et familiaux. Face à la montée de la violence anémique des jeunes qui résulte inévitablement de cette désinstitution de masse, viennent d'être instaurés des *contrats de responsabilité parentale*, dont l'objet est d'obtenir des parents qu'ils exercent effectivement leur autorité sur leurs enfants<sup>37</sup>. L'exercice paraît

---

<sup>32</sup> Cf. les arrêts Huard (Com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.*, IV, n° 338 ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, obs. J. Mestre) et Chevassus-Marche (Com. 24 nov. 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 277 ; *RTD civ.*, 1999, p. 98, obs. J. Mestre), qui admettent que le juge pourrait, en cas de changement important des circonstances rendant le contrat déséquilibré, forcer le cocontractant à renégocier un contrat plus juste (la solution a sans doute été confirmée, *a contrario*, par l'arrêt "Les repas parisiens" du 16 mars 2004 même si l'interprétation de cet arrêt a fait l'objet d'une controverse doctrinale). *Adde* l'affaire du point club vidéo marquant un élargissement du contrôle du juge sur l'économie des contrats (Civ. 1<sup>er</sup>, 3 juill. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 286 ; *RTD civ.*, 1996, p. 901, obs. J. Mestre), qui approuve l'annulation sur le fondement de l'absence de cause d'un contrat de création d'un point club vidéo dont l'exploitation était vouée à l'échec dans une agglomération trop petite pour que l'entreprise puisse être rentable.

<sup>33</sup> C.civ. art. 515-2. *Adde* le nouvel article 515-3-1 du Code civil issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités qui prévoit que, désormais, « Il est fait mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité, avec indication de l'identité de l'autre partenaire ».

<sup>34</sup> Cf. C. civ. Art. 515-5.

<sup>35</sup> cf. A.Esmein *Le mariage en droit canonique*, 1891, reprint New-York, Burt Franklin, 1968, 2 t.

<sup>36</sup> Emmanuel Le Roy Ladurie explique ainsi le prodigieux essor de ces liens quasi-familiaux dans le Languedoc du XV<sup>ème</sup> siècle : "C'est d'abord l'angoisse (...) et, par contraste, le besoin urgent, affectif de sécurité qu'elle engendre, qui explique le retour général à des archétypes familiaux. Ni la royauté, disloquée, ni la seigneurie, faible, ne sont capables de fournir à l'individu la protection matérielle et morale qui lui sont nécessaires (...) Certes, l'individu peut toujours éprouver pour son Roi un amour lointain, mêlé de révérence et calqué abstraitement sur celui qu'il porte à son père; mais il sait désormais qu'en retour de cette affection et de cette obéissance, il n'obtiendra pas les contreparties normales dont jouissaient ses ancêtres : ordre, travail paisible, sécurité, et les avantages réciproques que lui procure le respect de la légalité. Alors l'homme réévalue, dans les liens affectifs, comme dans les formules juridiques, les protecteurs premiers, naturels : le père-patriarche ou, son substitut, le frère aîné" (E. Le Roy Ladurie *Les paysans de Languedoc*, Paris, 1ère éd. SEVPEN 1966, 2<sup>ème</sup> éd. Flammarion 1969, p. 41.); v. aussi les confréries d'Anatolie étudiées par Altan Gokalp in *Têtes rouges et bouches noires*, Paris, Sté d'anthropologie, 1980, 255p.

<sup>37</sup> V Code de l'action sociale et des familles, art. L. 222-4-1 (loi du 31 mars 2006) aux termes duquel « En cas d'absentéisme scolaire, tel que défini à l'article L. 131-8 du code de l'éducation, de trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale, le président du conseil général, de sa propre initiative ou sur saisine de l'inspecteur d'académie, du chef

d'autant plus dérisoire que l'idéologie contractualiste conduit par ailleurs à gommer l'idée même d'autorité parentale<sup>38</sup>, coupable de charrier les idées honnies de hiérarchie et de différenciation des personnes selon leur génération. Gadgets juridiques, les contrats de responsabilité parentale, n'en révèlent pas moins l'insoutenabilité de l'univers juridique contractualiste et l'impossibilité d'abolir l'ordre des générations et la distribution différenciée des rôles qui en résulte.

Le contrat est enfin mobilisé dans les textes les plus récents pour tisser le lien de nationalité et s'assurer de l'allégeance des immigrés à la République. Selon le nouveau code du séjour et de l'accueil des étrangers, la condition « d'intégration républicaine (des étrangers) dans la société française, (est) appréciée en particulier au regard de (leur) engagement personnel à respecter les principes qui régissent la République française, du respect effectif de ces principes et de (leur) connaissance suffisante de la langue française ». Cet engagement résulte en principe de la signature du *contrat d'accueil et d'intégration*, par lequel tout étranger admis pour la première fois au séjour en France ou qui entre régulièrement en France entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans, et qui souhaite s'y maintenir durablement, « s'oblige à suivre une formation civique et, lorsque le besoin en est établi, linguistique »<sup>39</sup>. Ce contrat appellerait des observations voisines de celles du contrat de responsabilité familiale. Il n'y a pas grand chose à en attendre de concret, mais c'est un symptôme des impasses du contractualisme et de l'essor de techniques d'allégeance contractuelle.

2) Le passage *du souverain au suzerain* est l'autre face de ce mouvement d'inféodation des personnes. Tandis que le souverain est titulaire d'un pouvoir suprême, qui se pose lui-même, est cause de soi, et peut s'exercer directement sur tous ses sujets, le suzerain n'a de prise directe que sur ses propres vassaux et non pas sur les vassaux de ses vassaux. C'est la raison pour laquelle la souveraineté a constitué, de Bodin à nos jours, la clé de voûte de la théorie de l'État. Mais elle est impropre à rendre compte des transformations contemporaines de ce dernier, dont la position s'apparente de moins en moins à celle d'un souverain et de plus en plus à celle d'un suzerain.

Ce retour de la suzeraineté se donne tout d'abord à voir dans la contractualisation de l'action publique. Écrasé sous le poids des innombrables missions dont il s'est chargé, l'État providence tend aujourd'hui à réduire toujours davantage le nombre de celles qu'il assume directement, pour confier la gestion des autres à des opérateurs privés qu'il place sous le contrôle d'autorités indépendantes instituées et nommées par lui. Ces montages juridiques, où certains auteurs voient l'émergence d'un nouveau « droit de la régulation »<sup>40</sup>, marquent en réalité le retour d'un pouvoir suzerain, qui n'a plus de contrôle qu'indirect sur ses sujets. Ressurgit aussi avec cette contractualisation de l'action publique, la vieille distinction du pouvoir et de l'autorité, distinction typique des manières féodales de lier tous les pouvoirs et de conjurer ainsi les risques de l'absolutisme et de la toute puissance.

---

d'établissement d'enseignement, du maire de la commune de résidence du mineur, du directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales ou du préfet, propose aux parents ou au représentant légal du mineur un contrat de responsabilité parentale ou prend toute autre mesure d'aide sociale à l'enfance adaptée à la situation. Ce contrat rappelle les obligations des titulaires de l'autorité parentale et comporte toute mesure d'aide et d'action sociales de nature à remédier à la situation. ».

<sup>38</sup> Les instances européennes, que ce soit le Conseil de l'Europe ou l'Union européenne, ont ainsi remplacé la notion d'autorité parentale par celle de responsabilités parentales. Voir par exemple la Convention européenne de Strasbourg, du 25 janvier 1996 sur l'exercice des droits des enfants, art. 1<sup>er</sup>, § 3.

<sup>39</sup> *Ceseda*, art. L.311-9.

<sup>40</sup> Cf. M.-A. Frison-Roche *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, 2004, 192 p.

L'ordre juridique communautaire est une autre manifestation éclatante de ce retour de la suzeraineté. La puissance publique à l'œuvre dans les institutions européennes n'est évidemment pas une puissance souveraine. Les directives qu'elle adresse aux États membres ne sauraient être confondues avec des lois, quelque soient les contresens commis sur ce point par les rédacteurs du ci-devant projet de Traité constitutionnel européen. Et les décisions rendues par sa juridiction sont des arrêts de règlement, de facture typiquement féodale. Car la caractéristique essentielle de cet ordre juridique est d'inféoder les États membres à une Union européenne qui est elle-même privée de l'essentiel des attributs de la souveraineté sur ses propres citoyens. Autrement dit, la puissance publique européenne n'exerce sur les peuples qu'un pouvoir indirect, qui requiert la médiation des États qui se reconnaissent ses vassaux. Il en va de même du reste de certaines organisations économiques internationales, telles le FMI, dont le pouvoir (généralement destructeur) sur la vie des peuples ne peut s'exercer que par l'allégeance des États qui se soumettent à ses plans d'ajustement structurels et renoncent ainsi à une part de leur souveraineté.

### **B) La concession des choses**

L'idée qu'un homme puisse se dire propriétaire des choses terrestres, dans le sens absolu de l'article 544 du code civil, ne va pas de soi. C'est bien toujours la terre qui s'approprie en fin de compte la chair des hommes qui s'en disent les propriétaires, ainsi que nous le rappelle l'étymologie même du mot « humanité » (de *humus*). La terre n'est pas un produit du travail des hommes : elle préexistait au genre humain et elle lui survivra. Dans le système féodal, où la richesse est essentiellement foncière, la situation normale est donc de considérer les hommes comme de simples tenanciers des biens terrestres qui, en dernière instance, appartiennent à Dieu. On tient toujours la terre d'autrui, et ce n'est que par exception (dans le cas des *alleux*) que les droits que l'on a sur elle ne dérivent pas d'un lien de dépendance avec un autre homme. D'où la distinction médiévale du *domaine utile* attribué au tenancier, et du *domaine éminent*, conservé par le seigneur qui lui a concédé en fief ou en tenure roturière ou servile. Cette concession est indissociable des liens personnels entre concédant et concessionnaire, de la fidélité due par le vassal au suzerain ou des prestations économiques dues par le roturier ou le vilain à son seigneur. L'idée demeure aujourd'hui encore en droit anglais, qu'aucun sujet ne peut être techniquement « propriétaire » de la terre même s'il en a le bénéfice exclusif puisque tous tiennent la terre du Souverain<sup>41</sup>. Le même système de concession se retrouve en droit féodal s'agissant de l'attribution des charges publiques ou ecclésiastiques. Le titulaire d'une telle charge se trouvait rémunéré par l'attribution d'un bénéfice, c'est-à-dire des revenus de biens attachés à cette charge. Ce lien entre *officium* et *beneficium* est à l'origine de la vénalité des offices et des charges qui prospérera jusqu'à la fin de l'Ancien régime<sup>42</sup>. Les rapports des hommes aux choses étaient ainsi toujours l'ombre portée des rapports entre les hommes<sup>43</sup>.

Comme l'a montré Louis Dumont, l'idéologie économique implique au contraire que les relations entre les hommes soient subordonnées aux relations entre les hommes et les choses<sup>44</sup>. L'économie de marché a en effet besoin de biens propres à l'échange, nettoyés de

---

<sup>41</sup> F.H. Lawson & B. Rudden, *The Law of Property*, Oxford University Press, Clarendon, 2<sup>ème</sup> éd. 1995, p. 80.

<sup>42</sup> Cf. A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Larose, 1898, pp. 139 sq., 271 sq. et 411 sq.

<sup>43</sup> V. pour un exposé clair et concis P.Ourliac et J. de Malafosse *Histoire du droit privé*, t.2, *Les biens*, Paris, PUF, 2<sup>o</sup> éd. 1971, p. 148 sq. ;

<sup>44</sup> L.Dumont *Homo æqualis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique* Paris, Gallimard, 2<sup>o</sup>éd.1985, p.13.

toute trace de liens personnels. Dans le code civil, le rapport direct des hommes avec les choses (objet du Livre II) est ainsi la base des rapports contractuels entre les hommes (régis, avec les successions, par le Livre III). Et le travail au service d'autrui cesse à la même époque d'être considéré comme l'expression d'un lien de dépendance personnelle, pour être traité comme une chose dans le commerce. L'analyse du droit positif montre ici encore une résurgence de la structure féodale, qui se marque par le démembrement de la propriété et par l'affermage des fonctions.

*1) Le démembrement de la propriété* est une conséquence évidente de la consécration et de l'essor des droits de propriété intellectuelle. Mais il se donne aussi à voir s'agissant de la propriété des choses corporelles.

La propriété intellectuelle consiste à reconnaître à une personne un droit sur une chose qui peut être la propriété matérielle d'un autre. Les prérogatives du propriétaire intellectuel varient selon les cas mais elles conduisent toujours à faire perdre à la propriété matérielle du bien la valeur absolue que lui prête encore le code civil. Cela a été vrai de tout temps de la propriété de la monnaie, qui porte sur un signe en lui-même inappropriable. Mais ce cas énigmatique mis à part, c'est le développement exponentiel des droits intellectuels qui mine l'absolutisme du droit de propriété. Voici par exemple le DVD d'un film que je viens d'acheter. Je peux bien sûr le regarder, je peux aussi le donner, le prêter ou le vendre, l'utiliser comme dessous de bouteille, le mettre à la poubelle ou le brûler. Mais je n'ai pas le droit de le projeter en public, sauf à avoir acquis spécialement ce droit avec le film. Je n'ai pas non plus en principe le droit de le copier et encore moins de diffuser ces copies. Et ceux à qui je le cède à titre onéreux ou gratuit n'auront bien sûr pas plus de droits sur lui que je n'en ai moi-même<sup>45</sup>. Car le droit du propriétaire intellectuel suit la chose quelque soit son propriétaire matériel. Ainsi que Mauss en avait fait la remarque, la propriété intellectuelle fait ressurgir dans le monde moderne l'esprit des choses, qu'on croyait propre aux sociétés « archaïques », cet esprit qui suit la chose où qu'elle aille et doit toujours faire retour à celui qui l'a mise en circulation. Permettre cette libre circulation et obliger dans le monde entier tout détenteur de la chose à honorer la dette qu'il a contractée vis-à-vis du propriétaire de l'esprit de la chose, telle est la raison des accords TRIPS conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce<sup>46</sup>. La résurgence de la vieille distinction féodale entre domaine utile et domaine éminent est ici évidente.

La propriété intellectuelle n'est pas le seul facteur de fragmentation du droit de propriété, qui ne suffit plus à rendre compte de la réalité du contrôle économique de nombreux biens, lequel se trouve divisé entre plusieurs titulaires, personnes privées ou autorités publiques.

Cela ne surprend pas s'agissant de « choses » qui ne sont dans le commerce que par l'effet d'une fiction, comme le travail ou la nature. De telles fictions ne sont tenables que moyennant la limitation des droits de ceux qui s'approprient ces ressources humaines ou naturelles, dont la préservation et le renouvellement intéressent le bien commun. C'est parce qu'ils visent à contenir l'exploitation de ces ressources dans les limites du supportable que le droit du travail ou le droit de l'environnement permettent de faire comme si le travail et la nature étaient des marchandises. Réunies ces dernières années sous le vocable de « développement durable »,

---

<sup>45</sup> cf. en dernier lieu la *Loi sur le Droit d'Auteur et les Droits Voisins dans la Société de l'Information* (DADVSI) du 1er août 2006, portant transposition de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

<sup>46</sup> *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce), signé à Marrakech le 15 avril 1994.

ces contraintes légales sont autant de rappels du caractère relatif de la propriété individuelle sur ce type de ressources, qui relèvent du domaine éminent d'Êtres transcendants, tels le patrimoine commun de la Nation<sup>47</sup> ou celui de l'Humanité<sup>48</sup>. Le domaine de cette dernière s'étend au corps de chaque être humain et en limite l'exploitation et la commercialisation<sup>49</sup>.

Mais cette perte d'exclusivité du rapport de l'homme à sa propriété est aussi à l'œuvre s'agissant des marchandises proprement dites. Le progrès technique ayant donné le jour à d'innombrables choses dangereuses, c'est le « gardien » de ces choses qui doit répondre des dommages qu'elles causent. La présomption de responsabilité qui pèse sur le propriétaire<sup>50</sup> est donc une présomption simple. Il peut s'en exonérer en prouvant qu'il a perdu involontairement la garde de la chose ou bien qu'il l'a transférée à un tiers auquel il a donné les pouvoirs de contrôle et de surveillance propres à prévenir tout accident<sup>51</sup>. Ce régime de responsabilité du fait des choses faisait déjà réapparaître l'idée d'un tenancier de la chose, éventuellement distinct du propriétaire, et dont le rapport à cette chose dépend du lien qui l'unit au propriétaire. Si ce lien est de subordination, sa responsabilité ne peut en principe être engagée, en raison de l'incompatibilité des fonctions de gardien et de préposé<sup>52</sup>. L'altération du rapport exclusif entre l'homme et sa propriété est encore plus manifeste dans le régime de responsabilité du fait des produits défectueux<sup>53</sup>. C'est alors le producteur de la chose — celui qui l'a fabriquée ou mise en circulation sur le marché — qui demeure responsable des dommages causés par les défauts de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime. De même que la propriété intellectuelle, la responsabilité du producteur suit la chose entre les mains de ses détenteurs successifs et oblige à organiser une « traçabilité » du produit. La différence est qu'ici c'est une dette du producteur et non pas une créance de l'auteur qui

---

<sup>47</sup> *C. rural*, art. L. 200-1 ; *C. environnement* art. L. 110-1 et L. 210-1.

<sup>48</sup> La notion de patrimoine commun de l'humanité est d'abord apparue en droit maritime (v. Convention de Montego Bay du 10 déc. 1982) avant de s'étendre aux corps célestes et aux biens terrestres (cf. Ph. Kahn, Les patrimoines communs de l'humanité : quelques réflexions, in *Études en hommage à A. Kiss, Les hommes et l'environnement, quels droits pour le vingt-et-unième siècle ?*, Paris, ed. Frison-Roche, 1998, pp. 307-314 ; F. Terré, L'humanité, un patrimoine sans personne, *Mélanges Ph. Ardant*, LGDJ, 1999, 339 ; G.B. Kutukdjian, Le génome humain : patrimoine commun de l'humanité, in *Hector Gros Espiel. Amicorum Liber. Theory of International Law at the threshold of the 21st century. Personne humaine et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 601-610 ; et plus généralement F.Ost *La nature hors la loi*, Paris, La Découverte, 1995 346 p. ; D. Hiez *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003 ; A.Sériaux, La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *RTD civ.* 1994, 801)

<sup>49</sup> Cf. L'émergence du principe de dignité pour fonder la protection du corps humain : Déclaration de Philadelphie (insérée dans la Constitution de l'Organisation internationale du Travail) du 10 mai 1944, §. II-a ; Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), art. 22 et 23 relatifs aux droits sociaux ; et plus récemment la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>50</sup> Civ. 2, 23 janv. 2003, *Bull. civ.* II, n°19, *RTD civ.* 2003, obs. P. Jourdain.

<sup>51</sup> Civ. 1, 9 juin 1993, *Bull. civ.* I, n° 213, *JCP* 1994, II, 22202, note G. Viney. V. sur l'ensemble de la question en droit civil, M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, Paris, PUF, Thémis, 2004, n°287, p. 778 et suiv. Rapp. Le régime de délégation de pouvoirs du chef d'entreprise en matière de sécurité au travail (J.Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud *Droit du travail*, Paris Dalloz, 23<sup>ème</sup> éd. 2006, n° 990 et suiv. p. 1128 et suiv. ; A. Cœuret et E. Fortis *Droit pénal du travail*, Paris, Litec, 3<sup>ème</sup> éd. 2004, p. 233 et suiv.)

<sup>52</sup> La jurisprudence la plus récente déduit en effet du principe de responsabilité des commettants du fait des agissements de leur préposés une immunité civile au profit de ces derniers, dès lors qu'il n'ont pas excédé les limites de leur mission (Ass. Plén. 25 fév. 2000, *Bull. civ.* n° 2, Costedoat, *Gr. Arr.* n° 217, *JCP* 2000, éd. G, I, 241, p. 1244, obs. G. Viney ; Ass. Plén. 14 déc. 2001, *Bull. civ.* n° 17, Cousin, *JCP* 2002, éd. G, II, n°10026, note Billau ; Civ. 1, 9 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n° 262, *D.* 2005, 253, note F. Chabas).

<sup>53</sup> Régime institué par la directive européenne du 25 juillet 1985, et transposé en France aux articles 1386-1 et suivants du code civil. V. Y.Markovits *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Th. Paris, LGDJ, 1990, préf.J.Ghestin ; S.Taylor, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux. Étude comparative du droit anglais et du droit français*, Th. Paris, LGDJ, 1999, préf. G.Viney.

circule avec le produit. Le producteur demeure garant de la sécurité de la chose en quelques mains qu'elle se trouve, si bien que la responsabilité du fait de cette chose se dédouble en ce que l'on pourrait appeler d'une part une responsabilité utile, qui incombe au gardien, et une responsabilité éminente, dont le producteur ne peut s'affranchir.

2) *L'affermage des fonctions* se manifeste aussi bien dans le public que dans le privé et brouille la frontière qui les sépare.

Le phénomène s'est d'abord affirmé dans la gestion des entreprises privées. Sous la pression de la financiarisation de l'économie, elles ont segmenté leur activité en unités de coûts et de profits et soumis ces unités à des exigences croissantes de rendement. Cette autonomisation est allée de pair avec l'externalisation des fonctions les moins rentables, et la focalisation des entreprises sur ce qu'on a appelé leur « métier principal », c'est-à-dire sur l'activité où elles apparaissaient les plus compétitives aux yeux des marchés financiers. D'où une évolution aujourd'hui bien connue du paradigme de l'entreprise : le modèle « fordiste » d'une organisation intégrée et fortement hiérarchisée cède la place à un modèle réticulaire dans lequel l'entreprise concède à d'autres une part croissante des activités indispensables à la réalisation de ses produits. Cette concession (qui peut prendre des formes juridiques diverses : sous-traitance, filialisation, franchise, prestations de services, contrats d'intégration, etc.) s'est accompagnée du développement de nouvelles techniques de contrôle de l'activité des concessionnaires (normalisation des produits et des entreprises, contrats de dépendance, contrôle contractuel ou capitalistique) et a donné le jour à une figure nouvelle de l'entrepreneur : l'entrepreneur dépendant, inséré dans un réseau de production, qui réagit aux signaux reçus des marchés financiers et des entreprises dont il dépend plus qu'il n'agit librement sur le marché des produits qu'il fabrique. Ce que la Commission européenne appelle la recombinaison permanente du tissu productif se présente dans ce contexte comme un mouvement incessant de cession, non pas d'entreprises au sens ancien du mot, mais d'« entités économiques conservant leur identité »<sup>54</sup> qui, à la manière des tenures féodales, lient les hommes à un fonds productif, et passent de mains en mains au gré des transactions entre leurs suzerains successifs. La concession de la fabrication d'un produit ou de la prestation d'un service va ainsi de pair avec l'inféodation des personnes qui œuvrent à ce produit ou ce service. Inféodation des dirigeants des fonds productifs, qui se trouvent assujettis à la réalisation d'objectifs techniques et financiers qui leur sont dictés de l'extérieur. Et inféodation des travailleurs attachés à ce fonds que la loi permet de vendre avec les machines par le jeu de ce qu'on appelle l'envers de l'article L.122-12 du code du travail<sup>55</sup>.

L'affermage des fonctions publiques est quant à lui inhérent à la contractualisation de l'action de l'État. S'inspirant du modèle du management privé, ce dernier s'est engagé dans un double mouvement d'autonomisation de ses différentes fonctions et d'extériorisation de celles qui ne lui semblaient pas relever de son « métier principal ». Les premières tendent à être autonomisées moyennant leur engagement au respect de certains objectifs et leur soumission à des indicateurs chiffrés de réalisation de ces objectifs. Les secondes sont privatisées, moyennant leur régulation par des Autorités indépendantes, investies du rôle de gardiennes de l'intérêt général à l'égard d'un produit ou d'un service déterminé (l'électricité, les routes, les

---

<sup>54</sup> Cf. la directive « transfert » 2001/23 CE.

<sup>55</sup> La force de l'imprégnation féodale est sur ce point particulièrement visible en France, la Cour de cassation refusant de reconnaître aux salariés le droit de ne pas être vendus avec le fonds, bien que ce droit soit affirmé par la CJCE et reconnu dans d'autres pays européens comme l'Allemagne (cf. A.Supiot, Les salariés ne sont pas à vendre [en finir avec l'envers de l'article L.122-12 al.2], *Droit Social* 2006, pp. 264-273 ; et la défense de la jurisprudence présentée par Ph. Waquet *RDT* 2006, n°3, obs. ss. Soc. 4 avr. 2006, p. 174).

télécommunications, la bourse, les chemins de fer, etc.)<sup>56</sup>. La vénalité des offices et des charges, où Esmein voyait il y a un siècle une « organisation monstrueuse »<sup>57</sup>, fait ainsi un retour en force au nom du démantèlement des monopoles dont jouissaient les entreprises publiques. La « tenure-service » est ainsi redevenue aujourd'hui la forme normale d'exercice de ce que le traité de la communauté européenne nomme les services économiques d'intérêt général (art.16). Plus généralement, c'est la privatisation des fonctions publiques qui est à l'œuvre. La distinction, qui fut si longue à conquérir à l'aube des temps modernes, de la fonction publique, douée d'une éternelle dignité, et de l'homme mortel qui l'occupe provisoirement, est partout en recul, non pas encore dans les textes, mais déjà dans les têtes.

### Conclusion

La résurgence féodale en droit contemporain est plus qu'une hypothèse : elle est le symptôme partout visible d'une réponse immunitaire du système juridique au programme de déconstruction dont il est l'objet. Ainsi formulée en des termes susceptibles d'être compris dans le climat cybernétique qui est le nôtre, cette conclusion n'a rien de désespérant, bien au contraire. Elle témoigne de la capacité des hommes à survivre aux impasses où les engagent ce dernier avatar du fondamentalisme de l'Occident qu'est le contractualisme. Compte tenu du refoulement par les esprits modernes de tout ce qu'ils doivent à l'héritage médiéval, il conviendrait sans doute que les juristes s'accordent sur une terminologie plus attractive pour décrire les voies de renouveau que recèle l'actuelle renaissance féodale. Ils le font déjà du reste, en accueillant les notions de réseau, de régulation, d'entités économiques, ou de sous-traitance, là où une analyse rigoureuse révèle des liens d'allégeance, des fiefs ou des tenures-services. Mais ils devraient au moins s'avouer entre eux que les clés du droit féodal permettent d'ouvrir toutes ces portes et de ne pas se tromper sur le contenu qu'elles abritent. Car les cas auxquels ils se trouvent confrontés les placent souvent sur le fil du rasoir, entre les impasses du contractualisme et les issues que pourrait ouvrir un bon usage du néoféodalisme.

Alain Supiot  
le 20 novembre 2006

---

<sup>56</sup> M.-A. Frison-Roche *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Dalloz, 2004, 205 p.

<sup>57</sup> A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, op.cit., p. 403.