

INTRODUCTION

C'est la faute à Rousseau

Rencontrer son double est, paraît-il, une expérience des plus troublantes. C'est une impression du même ordre que nous avons ressentie, quand après avoir terminé le premier tome, nous avons relu les toutes premières lignes d'une œuvre céléberrime consacrée au sujet qui nous intéresse. « Je veux chercher, écrit Jean-Jacques Rousseau, au début du *Contrat social*, si dans l'ordre civil il peut y avoir quelque règle d'administration légitime et sûre, en prenant les hommes tels qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuvent être : Je tâcherai d'allier toujours dans cette recherche ce que le droit permet avec ce que l'intérêt prescrit, afin que la justice et l'utilité ne se trouvent point divisées. » Ces appariements dans une même phrase de la légitimité et de la sûreté, du droit et de l'intérêt, de la justice et de l'utilité, il serait trop facile, certes, d'en faire des prolégomènes avant la lettre de l'économie du droit. Il n'empêche ! Tout d'un coup, un Rousseau toujours présent nous prenait par la main comme quelqu'un de familier, de proche. Où nous menait-il donc ?

Nous le saurions bien vite. Quelques lignes plus loin viendrait la phrase tant rabâchée, qui a inspiré tant de commentaires, tant de lois, tant de constitutions, qui sera reprise presque telle quelle dans la *Déclaration des droits de l'homme*

et du citoyen de 1789, qui, de ce fait, justifie à elle seule que l'on s'intéresse à son auteur : « L'homme est né libre, et partout il est dans les fers¹. » L'illusion de gémellité n'aura duré que quelques instants. Car de nouveau nous nous trouvons en terrain, pour nous, étranger. Avec ces questions : Pourquoi, comment l'homme serait-il né libre ? Le Citoyen de Genève, comme Rousseau aimait s'appeler, ne nous offre-t-il pas ici un *remake* de l'histoire du Paradis terrestre, avec le péché originel en moins, une manière de Genèse laïcisée, déjudaisée – sinon déchristianisée, du moins post-chrétienne (comme on dit aujourd'hui post-moderne) ?

Tout de même, nous pourrions remercier Rousseau de ne pas nous ressortir les droits de l'homme à la liberté, à la dignité, etc., qui empoisonnent la littérature de philosophie politique depuis au moins saint Thomas, et qui se retrouvent encore chez Locke. Souvenons-nous* : Dieu a implanté dans le cœur de l'homme comme de l'animal « le désir tenace de se conserver lui-même » (*Deux traités de gouvernement*, I, § 85 et 86). Il en résulte un « droit sur les créatures, pour l'entretien et l'usage de chaque personne, à titre individuel » (I, § 88), ou encore un « droit à la nourriture, à la boisson et à tous les objets dispensés par la nature pour assurer [sa] subsistance » (II, § 25). Pourquoi pas un « droit à la liberté » ? Cette expression dont nous montrerons l'absurdité est employée au moins quatre fois dans le Projet de la Convention pour une Constitution européenne – preuve s'il en fallait de la confusion qui règne dans les esprits à ce sujet. Pour ne rien dire de ce « droit à la vie » inscrit dans le même projet (partie II, titre I, article II-2-1) qui doit certainement rassurer les vieillards à l'agonie !

Maintenant, donc, l'homme serait partout dans les fers. S'agit-il pour Rousseau de rendre compte de la mutation de

1. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, livre I, chapitre I, Œuvres complètes, III, coll. « Pléiade », p. 351

* Les notes en astérisques renvoient au premier tome. Ici, p. 61 sq. Si dans la même page, il est fait allusion une seconde fois au premier tome, on doublera l'astérisque.

la liberté en servitude ? Il s'en explique aussitôt : « Comment ce changement s'est-il fait ? Je l'ignore. Qu'est-ce qui peut le rendre légitime ? Je crois pouvoir résoudre cette question. » Vous avez bien lu. Le propos de notre auteur est d'expliquer la légitimation de l'asservissement. Nous devinerions la suite même si nous ne la connaissions pas. La force ne pouvant fonder le droit, il s'ensuit que le droit « ne vient point de la nature ». Il ne peut donc être fondé que sur des « conventions ». Il s'agira de savoir quelles sont ces conventions. En quelques mots la messe est dite.

Sur le droit du plus fort, « droit pris ironiquement en apparence », et réellement « établi en principe », Rousseau « s'argumentera² » un peu plus loin de manière très claire : « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir. » Et encore : « La force est une puissance physique ; je ne vois point quelle moralité peut résulter de ses effets. Céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté ; c'est tout au plus un acte de prudence. En quel sens pourra-ce être un devoir³ ? »

Sans le vouloir, pourtant, Jean-Jacques nous ouvre une piste de réflexion. Pourquoi, en effet, le plus fort ne transformerait-il pas sa force en droit pour conserver son pouvoir ? Le droit, ruse du pouvoir, capable de transmuter la servitude en devoir, est-ce que ce sujet ne vaudrait pas plus qu'un demi-paragraphe ? Alors, il nous faut retourner à nos appariements de départ : légitimité/sûreté, droit/intérêt, justice/utilité, c'est-à-dire à un Rousseau d'avant le souci de légitimer le pouvoir par des conventions qui trouveront leur origine dans la mère de toutes les conventions, à savoir le célèbre « contrat social ». Il nous faut revenir à un Rousseau d'avant le *Contrat social*, un Rousseau brut de coffre, si l'on ose dire.

2. Une expression qui lui est propre.

3. *Idem*, livre I, chapitre III, p. 354. Orthographe du texte.

Ce Rousseau-là, nous pourrions peut-être le trouver dans *le Discours sur l'origine de l'inégalité*. Nous y serions encouragés par Rousseau lui-même qui considérait ce texte comme « un ouvrage de la plus grande importance ». Il prétendait même y avoir développé « tout à fait ses principes », et les y avoir révélés « avec le plus de hardiesse, pour ne pas dire d'audace⁴ ». Cette fois, en effet, il ne s'agit pas de légitimer le pouvoir, mais de rendre compte de son apparition, comme nous allons le voir.

Le *Discours* distingue deux sortes d'inégalité. La première, « établie par la Nature », consiste dans « la différence des âges, de la santé, des forces du Corps, et des qualités de l'Esprit, ou de l'Ame ». On peut appeler la seconde inégalité « morale ou politique », « parce qu'elle dépend d'une sorte de convention, et qu'elle est établie, ou du moins autorisée par le consentement des Hommes ». Elle consiste dans les différents « Privileges », dont quelques-uns jouissent, au préjudice des autres, comme d'être plus riches, plus honorés, plus Puissans qu'eux, ou même de s'en faire obéir⁵. »

À partir de là, Rousseau pose deux interdits remarquables, sinon remarqués: Le premier paraît logique : « On ne peut demander quelle est la source de l'inégalité Naturelle, parce que la réponse se trouveroit énoncée dans la simple définition du mot. » Le second est beaucoup plus troublant : « On peut encore moins chercher s'il n'y auroit point quelque liaison essentielle entre les deux inégalités ; car ce seroit demander, en d'autres termes, si ceux qui commandent valent nécessairement mieux que ceux qui obéissent, et si la force du Corps ou de l'Esprit, la sagesse ou la vertu, se trouvent toujours dans les mêmes individus, en proportion de la Puissance ou de la Richesse : Question bonne peut être à agiter entre des Esclaves entendus de leurs maîtres, mais qui ne convient pas

4. *Confessions*, II, 221, 246.

5. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Œuvres complètes, III, p. 131.

à des Hommes raisonnables et libres, qui cherchent la vérité⁶. » La vérité, ce serait donc qu'il n'y a pas de liaison essentielle entre inégalité naturelle et inégalité politique. Comment est-on passé d'une inégalité naturelle à une inégalité consentie, voilà donc ce que Rousseau entend nous montrer ?

Pourtant, à la même époque, un Condillac pouvait concevoir qu'une telle liaison puisse s'établir. Il suffisait d'imaginer des peuples où le commerce serait tout à fait libre. *Le Commerce et le Gouvernement*, ce chef-d'œuvre déjà cité de l'abbé*, montre bien jusqu'où l'on peut pousser le raisonnement économique. « Nous venons de prouver qu'il ne peut pas y avoir, chez de pareils Peuples, de ces fortunes disproportionnées, qui se forment des dépouilles d'une multitude de familles réduites à la misère. Comment ce désordre pourrait-il avoir lieu dans un Pays, où le Commerce, seul moyen de se procurer de l'aisance, baisse et se relève alternativement d'une Province à l'autre, & entretient partout les richesses à-peu-près au même niveau, ou tend continuellement à les y ramener ? [...] Je ne veux pas dire que tous participent également aux mêmes jouissances [...] et si les fortunes ne sont pas égales, ce sera uniquement parce que les talents ne sont pas égaux. » Voilà justement qui n'est peut-être pas tolérable, qui même est proprement intolérable : que ce qui reste d'inégalité, après que les lois du marché ont fait leur œuvre, soit tout simplement fonction du talent, ou pour reprendre les termes de Rousseau, que l'inégalité naturelle trouve un prolongement – on allait dire naturel – dans l'inégalité morale ou politique. Or, Jean-Jacques vient de le dire, « on ne peut demander quelle est la source de l'inégalité Naturelle ». Si l'inégalité morale ou politique est fonction de l'inégalité naturelle, alors celle-là, non plus, ne pourra être questionnée. Et le pouvoir qui en découle, non plus.

6. *Idem*, p. 132.

* p. 76 sq.

En fait Rousseau, volontairement sans doute (car le mot qu'il emploie est une bombe politique à l'époque où il écrit), a brouillé les cartes du débat. L'inégalité morale ou politique, a-t-il dit, est constituée de « Privilèges ». Or, les privilèges ne peuvent être que des libertés particulières accordées par l'État à tel individu ou à telles classes d'individus – qui, justement, ne peuvent apparaître chez les peuples voués par Condillac au libre commerce. Si être plus riche est un privilège au sens propre, c'est que cette richesse est accordée d'une manière ou d'une autre par l'État. L'État serait alors en droit de reprendre cette richesse-là. Où donc commence le privilège ? Où finit la liberté ?

Pour montrer qu'il n'y a pas de liaison essentielle entre inégalité naturelle et inégalité politique, Rousseau se lance à son tour dans la description de cet état de nature qui a tant hanté ses prédécesseurs. Chemin faisant, il va essayer de décrire l'homme « tel qu'il a dû sortir des mains de la Nature ». Comme Hobbes, qu'il a beaucoup lu, il remet en cause la socialité de l'homme. Ainsi évite-t-il de refaire le chemin déjà parcouru par l'auteur du *Léviathan* qui a pris le contre-pied de ce qu'enseignait Aristote*, à savoir que l'homme était un animal politique. En faisant de la cité un artefact, et non un fait de nature propre à l'homme, Rousseau renoue, volontairement ou non, *via* Hobbes, avec une tradition patristique, prolongée au Moyen Âge par les franciscains Duns Scott et Guillaume d'Occam, qui faisaient de la cité un mal nécessaire. Le péché originel blessant la nature de l'homme oblige de recourir à l'artifice politique pour parer aux conséquences perverses de la Chute. « Les individus, qui disposent déjà d'un droit naturel sur les choses, menacés par les violences déclenchées par le péché, se voient reconnaître, afin de garantir leur pouvoir sur les choses, désormais limité par la propriété, le pouvoir d'instituer un chef, garantie et origine de leur propriété. Si tous les hommes demeuraient égaux

* p. 20 sq.

comme ils le sont dans l'état de nature, la propriété ne pourrait recevoir de sanctions. Il faut donc que les égaux acceptent de déléguer une partie de leur pouvoir originaire à un homme auquel ils acceptent de se soumettre⁷. » Ce commentaire de Michel Bastitt, à propos des œuvres des deux franciscains, dont il est un grand connaisseur, est intéressant en ce qu'il trace à l'avance avec une précision hallucinante le programme que va suivre... Rousseau une fois qu'il aura débusqué l'origine et les fondements de l'inégalité – le langage théologique en moins.

Calquant son état de nature sur celui de Hobbes, Jean-Jacques n'en déduit pas un état de guerre de tous contre tous. Car il accorde à l'homme naturel une vertu que Hobbes ne lui a point reconnue : la pitié. Elle « tempère l'ardeur qu'il a pour son bien-être par une répugnance innée à voir souffrir son semblable, vertu d'autant plus universelle et d'autant plus utile à l'homme qu'elle précède en lui l'usage de toute réflexion, et si Naturelle que les Bêtes mêmes en donnent quelquefois des signes sensibles ». En vérité, cette vertu est d'autant mieux venue qu'elle concourt à la « conservation mutuelle de toute l'espèce⁸ ».

Il faut que Rousseau ait eu de sérieuses raisons pour introduire à cet endroit de son *Discours* cette notion qui peut paraître venir ici comme un cheveu sur la soupe, et dont il donne de nombreux dérivés : la générosité, la Clémence, l'Humanité, la commisération, même la Bienveillance et l'amitié (les majuscules sont dans le texte)⁹.

Pourtant, Jean-Jacques, n'accorde pas toujours à la pitié la place qu'il lui accorde ici. Dans l'*Essai sur l'origine des langues*, il dresse un tableau de l'état de nature plus proche de

7. Michel Bastitt, *Naissance de la loi moderne*, PUF, 1990, p. 297.

8. *Idem*, p. 154 et 156.

9. Hegel, quant à lui, sortira des apories du système hobbesien, par le besoin qu'a l'homme d'être reconnu. Cf. Paul Ricœur, *Parcours de la Reconnaissance, Trois Études*, Stock, 2004, p. 225. Cela fait plus sérieux que la pitié rousseauiste. Mais est-ce que cela ne revient pas au même ?

l'état de guerre de tous contre tous : « [les hommes] n'étaient liés par aucune idée de fraternité commune, et, n'ayant aucun arbitre que la force, ils se croyaient ennemis les uns des autres [...] Les affections sociales ne se développent en nous qu'avec nos lumières. La pitié, bien que naturelle au cœur de l'homme, resteroit éternellement inactive sans l'imagination qui la met en jeu. Comment nous laissons-nous émouvoir à la pitié ? En nous transportant hors de nous-mêmes : en nous identifiant avec l'être souffrant. » Ainsi, le processus d'identification à la souffrance d'autrui, dans l'*Essai sur les langues*, est plus aisé chez l'homme civilisé que chez l'homme naturel. Dans le *Discours sur l'origine de l'inégalité*, c'est exactement le contraire : « Il est évident que cette identification a dû être infiniment plus étroite dans l'état de Nature que dans l'état de raison. » La philosophie, nous assure le Citoyen de Genève, fait se replier l'homme sur lui-même. « Il n'y a plus que les dangers de la société entière qui troublent le sommeil tranquille du Philosophe, et qui l'arrachent de son lit. On peut impunément égorger son semblable sous sa fenestre ; il n'a qu'à mettre ses mains sur ses oreilles et s'argumenter un peu, pour empêcher la Nature qui se révolte en lui, de l'identifier avec celui qu'on assassine. »

On pourrait se demander si Rousseau ne retrouve pas ici, par un chemin détourné, la « loi de nature » de Locke, qui, avec Hobbes, est l'un de ses maîtres à penser. Cette loi de nature, dont on nous dit qu'elle peut être découverte par la « droite raison », impose à chacun « non seulement de se conserver lui-même, mais aussi, dans la mesure du possible et toutes les fois que sa propre conservation n'est pas en jeu, de veiller à celle du reste de l'humanité ». Comme Rousseau ne fait aucune confiance à la raison, qu'elle soit droite ou non, pour fonder un devoir, il préfère ancrer une telle obligation dans la bonté naturelle de l'homme, ou plutôt dans la bonté de l'homme naturel.

Grâce à la pitié, donc, et à ses dérivés, l'état de nature peut éviter de dégénérer en état de guerre de tous contre tous. Et

c'est ainsi qu'il prend Hobbes à contre-pied sans pour autant s'en remettre à Locke.

Une fois ce point acquis, il peut revenir au problème des inégalités. Plusieurs d'entre elles qui « passent pour naturelles », « sont uniquement l'ouvrage de l'habitude et des divers genres de vie que les hommes adoptent dans la Société ». L'éducation joue ici un rôle considérable. Or, il y a une « diversité prodigieuse d'éductions et de genres de vie qui regne dans les différents ordres de l'état civil ». D'autre part, les inégalités naturelles ne trouvent pas tellement à s'exercer et à se développer dans l'état de nature. « Là où il n'y a point d'amour [l'homme naturel est supposé n'avoir que des besoins sexuels], de quoi servira la beauté ? Que sera l'esprit à des gens qui ne parlent point, et la ruse à ceux qui n'ont point d'affaires ? »

Même la domination est difficile à concevoir dans l'état de nature, les conditions de la servitude n'étant pas réunies. Rousseau nous fraye un nouveau chemin, et il importe de le citer ici complètement :

« Un homme pourra bien s'emparer des fruits qu'un autre a cueillis, du gibier qu'il a tué, de l'ancre qui lui servoit d'azile ; mais comment viendra-t-il jamais à bout de s'en faire obéir, et quelles pourront être les chaînes de la dépendance parmi les hommes qui ne possèdent rien ? Si l'on me chasse d'un arbre, j'en suis quitte pour aller à un autre ; Si l'on me tourmente dans un lieu, qui m'empêchera de passer ailleurs ? Se trouve-t-il un homme d'une force assez supérieure à la mienne, et, de plus, assez dépravé, assez paresseux, et assez féroce pour me contraindre à pourvoir à sa subsistance pendant qu'il demeure oisif ? Il faut qu'il se résolve à ne pas me perdre de vue un seul instant, à me tenir lié avec un très grand soin durant son sommeil, de peur que je ne m'échappe ou que je ne le tue ; c'est-à-dire qu'il est obligé de s'exposer volontairement à une peine beaucoup plus grande que celle qu'il veut éviter, et que celle qu'il me donne à moi-même. Après tout cela sa vigilance se relâche-t-elle un moment ? Un

bruit imprévu lui fait-il détourner la tête ? Je fais vingt pas dans la forêt, mes fers sont brisés, et il ne me revoit de sa vie¹⁰. »

Une bonne partie de la problématique de la servitude est d'un seul coup dévoilée, dans des termes qui conviennent parfaitement à l'économie du droit, et notamment à l'économie du droit de propriété : Rousseau met en balance les avantages escomptés de l'appropriation d'un homme avec les coûts de cette même appropriation, nommément les coûts de surveillance et le risque (qui est aussi un coût) d'être tué si cette surveillance a des failles – et comment n'en aurait-elle pas ? En même temps, il met en évidence que l'on ne possède pas un homme, fût-il esclave, comme on possède une chose ou un animal, justement parce qu'il s'agit d'un homme. Dans l'état de nature, cette balance, à lire notre philosophe, serait négative. Rousseau : « J'entends toujours répéter que les plus forts opprimeront les faibles ; mais qu'on m'explique ce qu'on veut dire par ce mot d'oppression. Les uns domineront avec violence, les autres gémiront asservis à tous leurs caprices : voilà précisément ce que j'observe parmi nous, mais je ne vois pas comment cela pourrait se dire des hommes Sauvages, à qui l'on aurait même bien de la peine à faire entendre ce que c'est que servitude, et domination¹¹. » L'équilibre naturel, écologique, entre bandits et paysans* ferait son apparition, selon Rousseau, à un stade plus avancé que celui de son « Sauvage » qui ne cultivant presque rien, gîte d'arbre en arbre et ne laisse rien comme proie aux voleurs.

Question : pourquoi la domination qui est impossible dans l'état de nature le serait-elle dans l'état civil ?

Avant d'y répondre, Rousseau fait le bilan de ce qu'il a établi dans la première partie de son *Discours*. Il a « prouvé »

10. *Idem*, p. 161.

11. *Ibid.*

* p. 391.

que l'inégalité est « à peine sensible dans l'état de Nature, et que son influence y est « presque nulle ». Il lui reste donc à montrer « son origine, et ses progrès dans les développements successifs de l'Esprit humain ».

C'est l'objet de la deuxième partie du *Discours*.

Cette deuxième partie débute par les deux phrases fameuses, qu'il nous faut citer à nouveau : « Le premier qui ayant enclos un terrain, s'avisait de dire, *ceci est à moi*, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de meurtres, que de misères et d'horreurs, n'eût point épargnés au Genre-humain celui qui arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables. Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; Vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la Terre n'est à personne. »

Ce que Rousseau nous décrit là, c'est la démarche du « premier occupant » – et par la suite, il emploie lui-même cette expression. Est-elle capable de fonder un droit ? Ce sera l'effort de toute une école de pensée, nous le verrons, de répondre par l'affirmative à cette question. Mais pour Rousseau, il ne fait aucun doute que cette première occupation est une usurpation.

Quand Voltaire, lisant le *Discours*, est arrivé à ce paragraphe, il note rageusement en marge de son exemplaire : « Quoy celui qui a planté, semé et enclos n'a pas droit au fruit de ses peines – Quoy cet homme injuste ce voleur aurait été le bienfaiteur du genre humain ! voila la philosophie d'un gueux qui voudrait que les riches fussent volez par les pauvres¹². » La réaction de Voltaire est intéressante en ce qu'elle fonde le droit de propriété sur le travail à la manière de Locke, sans plus. Dès lors, celui qui n'aurait ni planté, ni semé, ni enclos devrait-il se voir dénier son droit de propriété ? Encore une question que nous retrouverons.

12. G. R. Havens, *Voltaire's marginalia on the pages of Rousseau*, p. 15.

« Ayant enclos [...] » L'expression de Rousseau, pour être tout à fait comprise, doit être replacée dans son contexte historique. Comme l'a justement remarqué l'historien français Charles Morazé, l'enclosure, déjà pratiquée en Angleterre, « est l'opération que sont en train de faire tous ces propriétaires éclairés, soucieux, par intérêt bien entendu, d'améliorer les cultures, de réussir un élevage intensif, de nourrir de meilleures viandes [...] la population croissante des villes environnantes. Pieux et fossés barrent sur toute la France la campagne autrefois découverte. Les arracher, les combler, ce sera le fait des manœuvriers, des brassiers qui, ruinés par la suppression des pâtures communes, protesteront par de vaines violences jusqu'au milieu du XIX^e siècle. » Savaient-ils qu'ils avaient un avocat en la personne du Citoyen de Genève ?

Revenons à la démonstration. Comment expliquer l'émergence, pour Rousseau calamiteuse, du droit de propriété ?

Jean-Jacques observe d'abord une sorte de loi des rendements décroissants ou des coûts croissants*. « À mesure que le Genre-humain s'étendit, les peines se multiplièrent avec les hommes. » L'homme dut donc se montrer plus inventif, mais aussi plus attentif non seulement quant au comportement des animaux, mais aussi à celui de leurs semblables en « voyant qu'ils se conduisoient tous comme il auroit fait en de pareilles circonstances, il conclut que leur manière de penser et de sentir étoit entièrement conforme à la sienne, et cette importante vérité, bien établie dans son esprit, lui fit suivre, par un presentiment aussi sûr et plus prompt que la Dialectique, les meilleures règles de conduite que pour son avantage et sa sûreté il lui convînt de garder avec eux¹³ ». Si Rousseau avait pu connaître la théorie des jeux, nul doute qu'il aurait séparé ici les jeux coopératifs des jeux non coopératifs¹⁴. L'intuition fulgu-

* p. 225.

13. *Ibid.*, p. 166.

14. Nous avons déjà remarqué dans le premier tome que dans ce même *Discours* Rousseau avait formulé un authentique « dilemme du prisonnier » à propos de la chasse au cerf.

rante de son génie apparaît encore dans le paragraphe suivant écrit en des termes étonnamment modernes.

« Instruit par l'expérience que l'amour du bien-être est le seul mobile des actions humaines, il se trouva en état de distinguer les occasions rares où l'intérêt commun devoit le faire compter sur l'assistance de ses semblables, et celles plus rares encore où la concurrence devoit le faire défier d'eux. Dans le premier cas, il s'unissoit à eux en troupeau, ou tout au plus par quelque sorte d'association libre qui n'obligeoit personne, et qui ne duroit qu'autant que le besoin passager qui l'avoit formée. Dans le second, chacun cherchoit à prendre ses avantages, soit à force ouverte, soit par adresse et subtilité, s'il se sentoit le plus foible. » Autrement dit : quel genre de normes pour résoudre quel type de jeux ?

Pour Rousseau d'autres « progrès » sont intervenus avant que le cataclysme ne survienne.

Et d'abord, l'« idée de considération¹⁵ » se forma quand « chacun prétendit y avoir droit ; et il ne fut plus possible d'en manquer impunément pour personne. De là sortirent les premiers devoirs de la civilité même parmi les Sauvages, et delà tout tort volontaire devint un outrage, parce qu'avec le mal qui résultoit de l'injure, l'offensé y voyoit le mépris de sa personne, souvent plus insupportable que le mal même. » On serait en droit d'être surpris. Le droit de propriété n'est pas encore défini sur des choses tangibles comme le sol que déjà il apparaît sur des matières aussi intangibles, immatérielles que l'idée que les autres se font de nous-mêmes. En termes d'aujourd'hui, on dirait qu'apparaît une sorte de « droit à l'image », c'est-à-dire un droit de propriété sur l'image que les autres ont de nous. Pourtant Rousseau ne manque pas de rappeler l'« axiome du sage Locke » : « Il ne sauroit y avoir d'injure, où il n'y a point de propriété¹⁶. » Or, il vient de nous

15. À rapprocher de la reconnaissance hégélienne ? Cf. note 9.

16. Tiré de l'*Essai philosophique concernant l'entendement humain*, trad. P. Coste, liv. IV, chap. III, § 18.

dire qu'il y a injure. C'est donc qu'il y a propriété, en l'occurrence, propriété que chacun aurait de son image ou de sa réputation. Une image de soi-même est-elle une chose que l'on puisse s'approprier ? La question ne sera pas posée, ce qui nous met la puce à l'oreille. Certes, le fait est que dans son histoire de l'évolution, Rousseau a placé la propriété de l'idée de soi avant la propriété du sol, déniait la distinction des personnes et des choses. De fait, cette propriété-là n'est pas nommée. Elle est trop noble pour apparaître dans la même rubrique que la propriété des biens matériels. Par conséquent, à ce stade, nous n'avons toujours pas pu expliquer l'émergence du droit de propriété proprement dit.

Quand il se résout enfin à aborder le sujet, sans employer le mot, Jean-Jacques se rabat sur la division du travail pour laquelle, il éprouve, comme Marx plus tard, une répugnance quasi instinctive. « En un mot, tant qu'ils ne s'appliquèrent qu'à des ouvrages qu'un seul pouvoit faire, et à des arts qu'ils n'avoient pas besoin du concours de plusieurs mains, ils vécurent libres, sains, bons, et heureux autant qu'ils pouvoient l'être par leur Nature, et continuèrent à jouir entre eux des douceurs d'un commerce indépendant¹⁷ : mais dès l'instant qu'un homme eut besoin du secours d'un autre ; dès qu'on s'aperçut qu'il étoit utile à un seul d'avoir des provisions pour deux, l'égalité disparut, la propriété s'introduisit, le travail devint nécessaire, et les vastes forêts se changèrent en des Campagnes riantes qu'il falut arroser de la sueur des hommes, et dans lesquelles on vit bientôt l'esclavage et la misère germer et croître avec les moissons¹⁸. » On est bien dans un *remake* de la Chute. Mais ici la cause ne doit pas être trouvée dans le péché d'Adam et Eve, mais dans l'interdépendance créée par la division des tâches.

17. Soit dit en passant, on ne voit pas très bien la signification de ce « commerce indépendant ».

18. *Ibid.*, p. 171.

Dès lors peuvent se développer la métallurgie et l'agriculture et beaucoup d'autres arts. Cette fois, c'est à Locke que sans le nommer Rousseau fait appel :

« De la culture des terres s'ensuivit nécessairement leur partage ; et de la propriété une fois reconnue les premières règles de justice : car pour rendre à chacun le sien, il faut que chacun puisse avoir quelque chose [...] Cette origine est d'autant plus naturelle qu'il est impossible de concevoir l'idée de la propriété naissante d'ailleurs que de la main d'œuvre ; car on ne voit pas ce que, pour s'approprier les choses qu'il n'a point faites, l'homme y peut mettre de plus que son travail. C'est le seul travail qui donnant droit au Cultivateur sur le produit de la terre qu'il a labourée, lui en donne par conséquent sur le fond, au moins jusqu'à la récolte, et ainsi d'année en année, ce qui faisant une possession continue, se transforme aisément en propriété. »

« Rendre à chacun le sien », c'est exactement, depuis Aristote, la formule de la justice commutative. Le *suum cuique* ne se peut concevoir hors du droit de propriété. Or celui-ci, fondé sur le travail, n'en est-il pas légitimé ? Dans son *Discours sur l'économie politique*, le même Rousseau ne craindra pas d'écrire : « Il est certain que le droit de propriété est le plus sacré de tous les droits des citoyens, et plus important à certains égards que la liberté même ; soit parce qu'il tient de plus près à la conservation de la vie ; soit parce que les biens étant plus faciles à usurper et plus pénibles à défendre que la personne, on doit plus respecter ce qui se peut ravir plus aisément ; soit enfin que parce que la propriété est le vrai fondement de la société civile et le vrai garant des engagements des citoyens : car si les biens ne répondoient pas des personnes, rien ne seroit si facile que d'éluder ses devoirs et de se moquer des lois¹⁹. » Il serait trop facile d'opposer ici un *Discours* à un autre *Discours*

19. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'économie politique*, OC, coll. « Pléiade », p. 263.

même venant du même auteur. Dans le *Discours sur l'origine de l'inégalité*, une fois la propriété des choses instaurée, les inégalités naturelles vont pouvoir se « déployer », se rendre « plus sensibles, plus permanentes dans leurs effets ». De nouveaux besoins vont apparaître qui aggraveront encore les effets de dépendance de la division du travail. « En un mot, concurrence et rivalité d'une part, de l'autre opposition d'intérêt et toujours le désir caché de faire son profit aux dépens d'autrui ; Tous ces maux sont le premier effet de la propriété et le cortège inséparable de l'inégalité naissante²⁰. »

La situation ne cesse d'empirer.

« C'est ainsi que les plus puissans ou les plus misérables, se faisant de leur force ou de leurs besoins une sorte de droit au bien d'autrui, l'égalité rompue fut suivie du plus affreux désordre : c'est ainsi que les usurpations des riches, les Brigandages des Pauvres, les passions effrénées de tous étouffant la pitié naturelle, et la voix encore foible de la justice, rendirent les hommes avarés, ambitieux et méchants. Il s'élevait entre le droit du plus fort et le droit du premier occupant un conflit perpétuel qui ne se terminoit que par des combats et des meurtres. La Société naissante fit place au plus horrible état de guerre : Le Genre-humain avili et désolé ne pouvant plus retourner sur ses pas, ni renoncer aux acquisitions malheureuses qu'il avoit faites et ne travaillant qu'à sa honte, par l'abus des facultés qui l'honorent, se mit lui-même à la veille de sa ruine²¹. »

Il fallait citer en entier ce morceau d'anthologie pour mesurer la dérive de Rousseau. Contre Hobbes, il affirme que c'est, non pas l'état de nature, mais la société naissante qui dégénère en état de guerre de tous contre tous. On vérifie ici que la méchanceté n'est pas l'apanage des riches, que tous ont perdu leur vertu originelle, la pitié. Surtout nous voyons réap-

20. *Idem*, *op. cit.*, p. 175.

21. *Ibid.*, p. 176.

paraître le « droit du premier occupant », mais cette fois il bute contre le droit du plus fort.

On admirera ici l'art de notre conteur. Le suspens maintient le lecteur en haleine. Comment cette pauvre humanité va-t-elle maintenant échapper à la catastrophe finale ?

« Il n'est pas possible que les hommes n'ayent fait enfin des réflexions sur une situation aussi misérable, et sur les calamités dont ils étoient accablés. » Surtout, les riches se rendirent compte que cette guerre perpétuelle leur nuisait. Quant aux richesses acquises par la force, la force pouvait les leur ôter. Mais même celles acquises par leur « industrie » étaient en danger. « Ils avoient beau dire : c'est moi qui ai bâti ce mur ; j'ai gagné ce terrain par mon travail. Qui vous a donné les alignements, leur pouvoit-on répondre ; et en vertu de quoi prétendez vous être payé à nos dépens d'un travail que nous ne vous avons point imposé ? Ignorés vous qu'une multitude de vos freres périt, ou souffre du besoin de ce que vous avés de trop, et qu'il vous falloit un consentement exprès et unanime du Genre-humain pour vous approprier sur la substance commune tout ce qui alloit au-delà de la votre ? »

Voilà qui touche au sublime. Rousseau s'engouffre sans le dire dans la béance ouverte par le *proviso* lockéen*. On se souvient que, « dans l'état de nature », Locke fonde le droit de propriété sur le travail, mais à une condition, ainsi formulée : « ce travail appartient à l'ouvrier, dès lors que ce qui reste commun suffit aux autres, en quantité et en qualité » (II, § 27). Or il n'est pas une seule appropriation des fruits d'un travail dont on ne puisse mettre en doute que ce qui reste commun suffise aux autres en quantité et en qualité²². Aux autres, c'est-à-dire à l'humanité tout entière. Rousseau pousse la logique du *proviso* jusqu'au bout. Aucun travail ne peut être

* p. 63.

22. Robert Nozick, *Anarchie, État et utopie*, PUF, 1988, p. 220 sq., Anthony de Jasay, *L'État*, Les Belles Lettres, p. 30 et p. 88.

entrepris sans l'accord exprès et unanime du « Genre-humain », sauf à ne pouvoir s'approprier légitimement les fruits de ce travail. Et si l'on entend par genre humain, non seulement la génération présente (les générations disparues, par définition, ne peuvent donner leur accord !), mais aussi les générations futures, comme ce serait logique puisqu'il s'agit du genre humain; on voit toute l'absurdité de la position de Jean-Jacques. Autrement dit, on est en train de nous démontrer par l'absurde que le droit de propriété ne peut être fondé sur le travail conditionné par le *proviso* lockéen. Même l'œuvre d'un « bienfaiteur de l'humanité » n'échapperait à la possibilité d'être récusée. Le droit de propriété ne peut être fondé sur ses conséquences en termes de bien-être pour l'humanité; puisqu'il se trouvera toujours quelqu'un pour dire de n'importe quel travail qu'il ne laisse pas aux autres suffisamment en quantité et en qualité. C'est exactement ce qu'est en train de nous dire Rousseau.

Comment le riche va-t-il se sortir de ce mauvais pas ? est la question qu'il pose, supposant de ce fait que seul le riche a des problèmes de droit de propriété. Réponse : « Le riche pressé par la nécessité conçut enfin le projet le plus réfléchi qui soit jamais entré dans l'esprit humain ; ce fut d'employer en sa faveur les forces même de ceux qui l'attaquaient, de faire ses défenseurs de ses adversaires, de leur inspirer d'autres maximes, et de leur donner d'autres institutions qui lui fussent aussi favorables que le Droit naturel lui était contraire. » Ainsi furent inventés les règlements de « Justice et de paix ». Dès lors « tous coururent au devant de leurs fers croyant assûrer leur liberté ». Comment le riche parvint-il à ce résultat étonnant ? En tenant ce discours : « Unissons-nous pour garantir de l'oppression les foibles, contenir les ambitieux, et assûrer à chacun la possession de ce qui lui appartient : Instituons des règlements de Justice et de paix auxquels tous soient obligés de se conformer, qui ne fassent acception²³

23. Sans doute faut-il lire exception.

de personne, et qui réparent en quelque sorte les caprices de la fortune en soumettant également le puissant et le foible à des devoirs mutuels. En un mot, au lieu de tourner nos forces contre nous mêmes, rassemblons les en un pouvoir suprême qui nous gouverne selon de sages Loix, qui protège et défend tous les membres de l'association, repousse les ennemis communs, et nous maintienne dans une concorde éternelle. »

Mais pourquoi cette ruse, si ruse il y a, serait-elle forcément le fait du riche ? Pourquoi ne serait-elle pas celle de l'État lui-même ?

En tout cas, pour Jean-Jacques : « Telle fut, ou dut être l'origine de la Société et des Loix, qui donnèrent de nouvelles entraves au foible et de nouvelles forces au riche, détruisirent sans retour la liberté naturelle, fixèrent pour jamais la Loi de la propriété et de l'inégalité, d'une adroite usurpation firent un droit irrévocable, et pour le profit de quelques ambitieux assujétirent désormais tout le Genre-humain au travail, à la servitude et à la misère²⁴. »

Comment ce syndicat d'usurpateurs réussit à transformer un droit d'occupant en droit de propriété, voilà ce que l'on ne nous dit pas. On nous avait pourtant prévenus que jamais la force ne pourrait fonder aucun droit. Pourtant, il faut se rendre à l'évidence : ce coup de force était possible, nous en avons le résultat sous les yeux.

C'est bien l'ensemble du « Genre-humain » qui a été asservi, car « on voit aisément comment l'établissement d'une seule Société rendit indispensable celui de toutes les autres et, comment, pour faire tête à des forces unies, il fallut s'unir à son tour » : Ainsi une fois le germe de ce type de société jeté dans le chaudron du genre humain, une cristallisation quasi immédiate a couvert l'ensemble de la planète de sorte qu'« il ne fut plus possible de trouver un seul coin dans l'univers où l'on pût s'affranchir du joug ». Ces différents « Corps politiques » entrèrent évidemment en guerre les uns contre les

24. *Ibid.*, p. 178.

autres, soumis à l'état de nature dans toute sa rigueur – c'est-à-dire sans la pitié qui avait caractérisé un tel état entre les hommes.

Les riches sont à l'origine de cette forfaiture. Pour Rousseau, c'est l'évidence. La raison en est « que les Pauvres n'ayant rien à perdre que leur liberté, c'eût été une grande folie à eux de s'ôter volontairement le seul bien qui leur restait pour ne rien échanger en échange ; qu'au contraire les riches étant pour ainsi dire sensibles dans toutes les parties de leurs Biens, il était beaucoup plus aisé de leur faire mal, qu'ils avaient par conséquent plus de précaution à prendre pour s'en garantir et qu'enfin il est raisonnable de croire qu'une chose a été inventée par ceux à qui elle est utile plutôt que par ceux à qui elle fait du tort ». Rousseau reprend ici un thème déjà ébauché par Locke pour lequel l'entrée dans la société civile gouvernée par un État a finalement pour « fin principale et capitale » la protection de la propriété (II, § 123). Mais chez Locke, le droit de propriété est fondé avant l'émergence de l'État. Chez Rousseau, c'est la « Société » – c'est-à-dire l'État – qui le fonde à la demande des riches. La nuance est capitale. Adam Smith, on le sait*, marchera sur ce même chemin avec ses gros sabots : « Le gouvernement civil, dans la mesure où il est institué pour la sûreté de la propriété, est en réalité institué pour la défense des riches contre les pauvres, ou de ceux qui ont quelque propriété contre ceux qui n'en ont point. » Marx n'aura plus qu'à accrocher ses wagons à cette locomotive.

Rousseau, donc, est parti d'un état de nature primitif relativement pacifique pour aboutir, comme il le dit lui-même, à un nouvel État de nature, beaucoup plus cruel et inégalitaire, le passage de l'un à l'autre se faisant par la consécration juridique du droit de propriété.

Mais s'il faut chercher vraiment à qui profite le crime, il serait douteux que l'on puisse trouver cette personne parmi

* p. 85.

les propriétaires dont les droits sont bafoués par l'État depuis que celui-ci existe. Quant aux « riches », pour reprendre la typologie de Rousseau, ils tirent moins profit de l'État que les pauvres, puisque ce sont les seconds qui ont envie de prendre dans la poche des premiers, et non l'inverse, et qu'ils ont besoin de l'État pour cette besogne. Le discours que Rousseau prête au riche, nous sommes invités à le mettre dans la bouche de l'homme d'État. Le Citoyen de Genève nous incitait à voir dans le droit de propriété l'habillage juridique d'une inégalité usurpée. Comment ne serions nous pas tentés de transposer ce raisonnement à un État qui sécréterait lui-même sa propre légitimation ? Sans doute ne peut-on qu'accorder à Rousseau que la force ne peut fonder le droit. Mais elle peut s'habiller en droit. Rousseau nous dit que tel est le cas de la richesse. Pourtant l'État est bien mieux placé pour réussir une telle opération. Oui, nous pouvons reprendre à notre compte la formule déjà citée de Rousseau : « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir », mais en la transposant aux princes qui nous gouvernent.

Ainsi Rousseau a-t-il engagé le débat sur le droit dans la voie d'une justice qui n'est plus que sociale. Cette voie va être suivie par les contempteurs des inégalités, par les partisans comme par les adversaires de l'intervention de l'État, par les libéraux comme par les marxistes, dans les termes du droit de propriété, son origine, son évolution, ses fonctions, ses effets positifs ou négatifs, dont en effet on peut discuter à l'infini, sans poser à aucun moment, on vient de le voir, la question de la condition de possibilité de ce même droit de propriété, c'est-à-dire la distinction entre les personnes et les choses, qui suppose que l'on puisse définir les personnes et définir les choses. D'une certaine manière, étant donné l'immense influence du Citoyen de Genève, ce débat a été forcé. Le propos fort immodeste de ce deuxième tome est de le rouvrir. Ce qui va nous obliger, évidemment, à remonter le fleuve du temps pour procéder à triple décapage : derrière la justice

sociale, la justice ; derrière la justice, le droit de propriété ; et derrière le droit de propriété, la fiction des personnes et des choses.

P-S : Toutes les citations de Platon sont tirées de la traduction d'Émile Chambry (Les Belles Lettres).

CHAPITRE 1

L'absence de Céphale

Il y a justice et justice

Il est intéressant de retrouver et de citer la question de l'académie de Dijon à laquelle répondait Rousseau dans son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*. Elle était ainsi formulée : « Quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes, et si elle est autorisée par la Loy naturelle. » On pourrait s'interroger sur le pourquoi de cette question. Sans doute est-elle dans l'air du temps. C'est la manière de cette époque d'aborder le problème de l'injustice. Puisque les hommes sont censés être égaux devant Dieu, comment se fait-il qu'ils vivent dans l'inégalité que l'on peut constater à l'œil nu ? Une telle situation est-elle autorisée par la loi naturelle et, si c'est le cas, faut-il alors distinguer la loi naturelle de la loi divine, sauf si nous reconnaissons que Dieu lui-même a voulu cette inégalité ?

Rousseau, nous venons de le voir, s'est arrangé, pour répondre à côté de ces questions, contribuant ainsi à faire admettre que l'inégalité était une sorte de substitut à l'injustice, et que si l'on parvenait à réduire l'inégalité, on se rapprocherait de la Justice – de l'authentique Justice, et non pas de cette institution nommée Justice dont il est question dans le *Discours* et

qui n'est qu'un subterfuge. Comment lui reprocher de répondre à une question qui n'est plus posée qu'en termes de justice sociale, ce qui lui permet et permettra à ses épigones d'oublier la question : qu'est-ce que la Justice ? Il lui aurait fallu une dose peu commune d'héroïsme moral et intellectuel pour ne pas suivre la dérive égalitaire qui se manifeste déjà au milieu du XVIII^e siècle et pour ne pas subir lui aussi cette chute de tension intellectuelle, voire morale, qui marque le mitan du Siècle des lumières. Deux siècles et demi après le *Discours*, serait-il plus facile de poser la question qui est (graphiquement ici) derrière celle de l'inégalité – pour répondre complètement à la question de l'académie de Dijon : cette inégalité, si inégalité il y a, est-elle « autorisée par la Loy naturelle » ? Autrement dit, est-elle juste ? Mais, encore une fois, qu'est-ce qui est juste ?

Poser la question va être pour nous une première étape dans la réouverture du débat sur la propriété. Il se trouve que cette question est au centre du premier ouvrage de philosophie politique qui ait jamais été écrit, et qui reste inégalé : *La République*. Il est pour nous incontournable. Une raison de plus de s'intéresser à son œuvre est que Platon, comme on le verra, n'ignore rien des grandes lois de l'économie (division du travail, équilibre de la balance commerciale). En outre, des préoccupations purement économiques ne cessent d'affleurer à la surface du dialogue de *La République*. Ce très fin économiste – avant la lettre – doit avoir des choses intéressantes à nous dire sur la justice. Pourtant, le terrain de cette lecture paraît si vierge que c'est à se demander si aucun économiste a jamais vraiment lu Platon.

Le titre exact du chef-d'œuvre est Πολιτεία (*Politeia*), qui signifie gouvernement ou constitution¹. Il débute par cette phrase (c'est Socrate qui parle) : « J'étais descendu hier au

1. « Les classiques se servaient du terme, note Léo Strauss, par opposition à celui des Lois. La *Politeia* est plus essentielle que toute loi ; elle en est la source. La *Politeia* correspond plutôt à la répartition réelle du

Pirée avec Glaucon, fils d'Ariston, pour faire ma prière à la déesse » (*La République*, 327 a). Socrate s'affiche ici comme un homme pieux qui va rendre ses devoirs religieux. Après avoir fait ses dévotions, il est sur le chemin du retour quand il rencontre une bande d'amis qui le convient à se rendre chez l'un d'entre eux, nommé Polémarque. Là il trouve les frères de ce dernier, des amis à eux et leur père, Céphale, une couronne sur la tête, « car il venait de procéder à un sacrifice dans la cour ». Ainsi *La République* commence-t-elle dans une atmosphère de piété, où la divinité est présente.

Au cours de la conversation qui s'engage, il s'avère que Céphale a hérité sa fortune de ses aïeux. « Pour moi, explique-t-il, il me suffit de laisser à mes enfants que voici une fortune non pas moindre, mais un peu supérieure à elle que j'ai reçue en héritage » (*La République*, 330 b). Disons que c'est un bon père de famille qui a su conserver son patrimoine. Et c'est bien pourquoi, remarque Socrate, Céphale n'aime pas excessivement les richesses, comme ceux qui ne les ont point acquises par eux-mêmes. « De même que les poètes chérissent leurs vers et les pères leurs enfants, ainsi les hommes d'affaires s'attachent à leur fortune, parce qu'elle est leur ouvrage ; ils s'y attachent encore, comme les autres hommes, pour l'utilité qu'ils en retirent. Aussi leur compagnie est-elle désagréable, parce qu'ils ne veulent parler que de leur richesse » (330 c). Bref, les nouveaux riches seraient des gens infréquentables, car ils parlent argent même dans les cas où ils ne parlent pas de leur argent. La remarque de Socrate nous indique aussi qu'il n'était pas inhabituel, en son temps, de rencontrer à Athènes, des *businessmen* parvenus obsédés par

pouvoir à l'intérieur d'une communauté qu'aux prescriptions de la loi constitutionnelle. Elle peut être définie par des lois, mais ce n'est pas nécessaire. De telles lois peuvent induire en erreur, par hasard, ou de propos délibéré, sur son véritable caractère. Aucune loi, donc aucune constitution ne peut être le fait politique fondamental, car toutes sont fonction des êtres humains ». *Droit naturel et Histoire*, coll. « Champs », Flammarion, p. 128.

leur bourse. Voilà qui tranche avec les lieux communs habituels sur l'antiéconomie de la cité antique.

Il se pourrait bien que le vrai Céphale, qui n'était pas athénien de naissance, ait été plus proche de l'homme d'affaires qu'il n'y paraît ici. Riche fabricant d'armes syracusain venu se fixer au Pirée sur les conseils de Périclès, il appartenait à cette classe d'hommes de négoce qui cherchent un titre de noblesse dans la culture de la philosophie et des belles-lettres. Le Céphale qui apparaît dans *La République* a hérité de sa fortune. Il ne l'a donc pas acquise lui-même. Ce n'est sans doute pas un hasard si Platon a ainsi modifié le caractère de Céphale. Il y a d'abord les nécessités du dialogue philosophique : le personnage, tout fortuné soit-il, est d'un commerce plus agréable que s'il avait sué sang et eau pour accumuler son patrimoine. Ensuite, à aucun moment, Socrate ne songe à lui faire remarquer que sa richesse n'est pas fondée sur le travail. Ce qui compte pour Socrate, pour le moment du moins, ce n'est pas le fondement de la propriété, mais l'usage que peut en faire le propriétaire. En d'autres termes : à quoi sert d'être propriétaire, non pas du point de vue de la société, mais du point de vue du propriétaire lui-même ?

D'où la question de Socrate à Céphale : « quel est le plus grand avantage que tu crois avoir retiré de la possession d'une grosse fortune ? » (330 d)

Question judicieuse : on jouit de consommer une pomme, de porter un habit, de vivre sous un toit, de circuler en voiture. Mais comment peut-on jouir d'un bien capital, d'une forêt par exemple, ou d'une machine-outil, ou d'une centrale électrique ?

Ludwig von Mises, le célèbre économiste autrichien déjà cité, nous a appris à distinguer la propriété des « biens de jouissance » de celle des « biens de production ». Voyons si cette distinction peut nous être utile.

Mises appelle les biens de jouissance des biens de premier ordre en ce qu'ils servent directement à la satisfaction des besoins. Les biens de production sont des biens de second

ordre en ce qu'ils ne servent qu'indirectement à la jouissance. Dans une économie fondée sur la division du travail, qui est déjà celle qu'observe Platon, la possession des biens de production a un double caractère : un caractère physique immédiat et un caractère social médiat. « D'un côté, explique Mises, le bien appartient à celui qui le détient et l'exploite matériellement. D'un autre côté, il appartient à celui qui, sans en avoir la disposition matérielle et juridique, est en mesure d'utiliser les produits ou les services de ce bien par voies d'échange ou d'achat. En ce sens, dans la société fondée sur la division du travail, la propriété naturelle des biens de production est partagée entre le producteur et ceux aux besoins desquels est destinée sa production [...] L'agriculteur dont l'entreprise s'insère dans le cycle des échanges [...] n'est pas maître de la production dans le même sens que le paysan autarcique. Il ne règle pas lui-même sa production : ce sont ceux pour qui il travaille, les consommateurs, qui le font². »

Au passage, Mises introduit la notion de « propriété naturelle ». Par là, il entend la propriété effective, ou si l'on veut la possession *de facto*³. Ce concept lui permet d'établir que la propriété naturelle des biens de production « diffère essentiellement » de la propriété naturelle des biens de consommation : « Pour boire du café, explique-t-il, je n'ai pas besoin de posséder une plantation au Brésil, une vapeur et une brûlerie, encore que tous ces moyens de production soient indispensables pour qu'une tasse de café arrive sur ma table. Il suffit que d'autres possèdent ces moyens de production et les emploient à mon intention. Dans une société fondée sur la division du travail, personne n'a la propriété exclusive des moyens de production, aussi bien des moyens matériels que des moyens humains, c'est-à-dire du travail. » Certes, on ne

2. Ludwig von Mises, *Le Socialisme, étude économique et sociologique*, Éditions M.-Th. Génin, Librairie de Médicis, Paris, 1938, trad. de l'allemand par Paul Bastier, André Terrasse et François Terrasse.

3. Nous reviendrons sur la distinction entre propriété *de facto* et propriété juridique au chapitre 5.

buvait pas de café à la table de Céphale, mais on y consommait du pain fabriqué avec du blé importé d'Égypte ou de Sicile; pour l'acheminement et la conservation duquel des capitaux considérables étaient mobilisés.

... D'où la question de Socrate à Céphale : quelle jouissance as-tu donc tirée de ta « grosse fortune » ?

... Cette question, on ne la poserait pas à un jeune homme de cette manière. Céphale est à l'heure du bilan. Son avenir, sur cette terre, est derrière lui qui est proche de la mort, et qui le sait. La question lui est posée au passé : quelle jouissance *as-tu tiré ?* alors que la valeur d'un bien, surtout d'un bien capital est une actualisation de revenus futurs*. Qu'est-ce que cela peut signifier de posséder à cet âge-là ? Qu'est-ce que cela peut signifier de jouir à cet âge-là, pour reprendre les termes de Mises ? Questions rarement posées par l'économiste. Ne sont-elles pas pourtant essentielles pour le fonctionnement d'une économie ? Sophocle à qui l'on demandait s'il était encore « capable de posséder une femme », répondit : « Silence ! ami ». C'est Céphale qui rapporte cette saillie. Lui a d'autres soucis en tête. Il s'interroge sur ce qui va lui arriver après sa mort. « les récits que l'on fait de l'Hadès et du châtement dont il faut payer là-bas les injustices commises, ces récits dont il se moquait auparavant, portent maintenant le trouble dans son âme; il craint qu'ils ne soient véritables » (330 e). C'est la première fois que le mot d'injustice, et donc de justice, est prononcé. Et ce n'est évidemment pas un hasard s'il l'est par un homme près de mourir. Qui plus est, par un homme qui vient de sacrifier aux dieux de sa maison. Est-ce que l'on ne se soucie de la justice qu'à la veille de sa mort ?

L'allusion à la possession sexuelle dans ce paragraphe a un petit air incongru. On nous parle de propriété, et tout d'un coup apparaît le souci du vieillard : est-il encore capable de posséder une femme ? Est-ce qu'une telle possession est du même ordre que la propriété d'une chose ? Est-ce que la

* p. 205 sq.

femme est une chose ? Ou est-ce la possession qui la rend chose ?

Malgré ses soucis et ses obsessions, Céphale répond à la question qui lui est posée : « je tiens la possession de richesses infiniment précieuse, non pas pour le premier venu, mais pour l'homme sensé : ne pas tromper ni mentir, même involontairement, ne rien devoir, ni sacrifice à un dieu ni argent à un homme, et en conséquence s'en aller sans crainte dans l'autre monde, voilà un avantage auquel la possession des richesses contribue grandement. Elle en a bien d'autres encore ; mais tout bien pesé, je soutiens, Socrate, que c'est bien là aux yeux de l'homme sensé, le principal bienfait de la richesse » (331 b)

Ainsi la richesse rend plus facile la vertu, et vis-à-vis des hommes et vis-à-vis des dieux ! Voilà qui pourrait scandaliser des esprits timides... « Tu parles d'or », lui réplique Socrate, qui ne lâche pas sa proie pour autant :

« Mais, cette vertu même, la justice, la définirons-nous simplement comme toi, le fait de dire la vérité et de rendre à chacun ce qu'on en a reçu, et ces deux choses mêmes ne sont-elles pas au contraire tantôt justes, tantôt injustes » (331 c)

« Dire la vérité » et « rendre ce que l'on a reçu » sont mis exactement sur le même plan. Faut-il y voir une équivalence ? Dire la vérité, serait-il rendre ce que l'on a reçu ? Il y aurait une obligation à dire la vérité comme il y a une obligation à rembourser ses dettes. Quoi qu'il en soit, Socrate donne tout de suite un contre-exemple :

« Par exemple, supposons qu'un homme ait reçu d'un ami en son bon sens des armes, et que cet ami devenu fou les redemande : tout le monde conviendra qu'il ne faut pas rendre un tel dépôt, que celui qui les rendrait ne ferait pas acte de justice, non plus que celui qui voudrait dire toute la vérité à un homme en cet état » (331 c) – « C'est exact », reconnaît Céphale.

Jusque-là, le droit de propriété paraissait aller de soi, y compris dans la possibilité de disposer de ses biens après sa mort, puisque Céphale envisage tranquillement de léguer son patrimoine à « ces jeunes gens ». Mais voilà que le droit de

propriété et ses dérivés, le droit de contracter, le droit de léguer, etc., est récusé pour les malades mentaux. Le Code civil fera de même ! Pour être propriétaire, il faut une certaine capacité intellectuelle. Céphale l'avait déjà dit : la possession des richesses est « très précieuse » non pas pour tout homme, mais seulement pour le sage et l'ordonné.

Céphale n'en dira pas plus. À ce moment, il rompt les chiens : « Pour moi, [dit-il], je vous abandonne l'entretien : il faut que je m'occupe à présent de mon sacrifice » Et il retourne à ses dévotions.

Le départ du vieillard a intrigué les commentateurs. Cicéron écrit : « *Credo Platonem vix putasse satis consonum fore, si hominem id aetatis in tam longo sermone diutius retinisset* » (*Ep. ad Att.*, IV, 16, 2). Léo Strauss, déjà cité, a un autre avis : « Dans *La République*, le débat sur le droit naturel a lieu longtemps après que le vieux Céphale, le père et le maître de maison, a quitté la pièce pour s'occuper des offrandes sacrées aux dieux : l'absence de Céphale et de ce qu'il symbolise est une condition indispensable à la recherche du droit naturel⁴. »

Il y a peut-être une autre explication. Ce que l'on appellera plus tard, avec Cicéron, le *suum cuique* (à chacun le sien) ne suffit pas, si l'on suit Socrate à fonder la justice. Mais aux yeux de Céphale, justement, aux yeux de ce capitaliste tranquille, la société, pour fonctionner, n'a pas besoin d'autre chose que de la règle du *suum cuique* (avec ses exceptions classiques concernant les débiles et les fous) et du respect des dieux – qui pourrait relever de la même morale : rendre aux dieux ce qui leur appartient. Le reste, c'est de la philosophie ! À l'âge de Céphale, il est un peu tard pour s'y adonner. Adeptes d'un pari à la Pascal, s'il avait été déjà formulé, le *pater familias* préfère miser sur les dieux. Telle pourrait être la véritable raison du départ de Céphale.

4. Strauss, *op. cit.*, p. 86.

Le *suum cuique* va traverser les siècles. On le retrouve chez Kant quand il s'agit de définir les trois devoirs du droit. 1) Sois un honnête homme, c'est-à-dire affirme ta valeur comme celle d'un homme dans le rapport avec les autres – une obligation du droit de l'humanité dans notre personne (*lex iusti*). 2) Ne fais de tort à personne (*nemine laede*). 3) Entre (si tu ne peux éviter cette dernière chose) dans une société avec d'autres en laquelle chacun puisse conserver ce qu'il lui appartient (*suum cuique tribue*). Et Kant de commenter : « Si cette dernière formule était traduite : "Donne à chacun le sien", elle serait l'expression d'une absurdité ; c'est qu'on ne peut jamais, en effet, donner à quelqu'un ce qu'il a déjà. Si donc elle doit avoir un sens, elle doit s'énoncer ainsi : "Entre dans un état en lequel chacun quant à ce qui est sien est assuré contre tout autre" » (*lex iustitiae*).

Le *suum cuique* implique notamment ce que l'on pourrait appeler la présomption de propriété (comme il y a une présomption d'innocence). En effet, si je dois rendre à quelqu'un ce que j'ai reçu de lui, c'est que je présume qu'il est l'authentique propriétaire de cet objet. Il n'a donc pas à faire la démonstration que cet objet est sien, et c'est seulement au cas où je ne voudrais pas rendre cet objet que je devrais, moi, faire la démonstration du contraire. Cette présomption repose non sur des principes moraux, mais sur des considérations toutes pratiques. Si chaque fois que je me sers d'un objet qui m'appartient, n'importe qui peut me contester le titre de propriétaire que j'ai sur cet objet et que je dois alors faire la démonstration *urbi et orbi* que cet objet est bien le mien, aucune activité ne sera jamais possible.

Cette logique toute simple se retrouve dans le Code civil français que nous utilisons tous les jours. La présomption de propriété prend deux formes, l'une pour les biens meubles, l'autre pour les biens immeubles. Pour les premiers, l'adage « en fait de meuble, la possession vaut titre », est consacré par

l'article 2279. Pour tous les biens, meubles et immeubles, ce sont les articles 228 et 2229 qui règlent la présomption. Saisis d'une action en revendication, les juges du fond n'ont pas à rechercher si le défendeur, qui est possesseur et présumé propriétaire, a lui-même apporté la preuve de son droit de propriété par titre ou par témoins.

Pour des raisons tout aussi pratiques, cette présomption, prend une forme plus compliquée lorsqu'elle est étendue aux objets qui, bien qu'ils m'appartiennent, ne sont plus sous mon contrôle. Et c'est bien ce qui apparaît dans le dialogue engagé par Socrate.

Céphale retiré auprès de ses pénates, c'est bien le cas de le dire, la discussion continue avec Polémarque, qui a pris la suite de son père, en tant qu'« héritier ». Rendre ce que l'on a reçu à quelqu'un qui a perdu l'esprit, c'est le faire à son détriment. Si ce quelqu'un est un ami, voilà qui est injuste. Mais si ce quelqu'un est un ennemi, n'est-ce pas juste ?

En fait, il y a un piège, qui tient au changement dans la formulation du problème. Dans un premier temps on nous parle de « rendre ce que l'on a reçu de quelqu'un ». Et dans un deuxième temps, de « rendre ce que l'on doit à chacun » (331 e). En s'élargissant, le *suum cuique* devient plus ambigu. C'est que Céphale (la tête) est parti, et qui n'a pas de tête n'a pas de queue⁵ !

De la même façon, on est passé du bien économique à un bien dont le sens est plus large.

Ainsi, faire du bien à ses amis et du mal à ses ennemis, voilà ce que serait la justice, car l'on « doit » du bien à ses amis et du mal à ses ennemis. Mais dans quelles circonstances ? En temps de guerre, la proposition paraît évidente. Mais en temps de paix, en quoi la justice serait-elle utile ? Elle serait utile « pour les conventions commerciales », répond

5. Dans le *Gorgias*, Socrate remarque : « Il n'est pas permis, dit-on, de laisser en plan même un conte : il faut lui donner une tête, pour l'empêcher de vaquer sans tête, çà et là » (505 d)

Polémarque en digne fils de son père. Voilà qui est assez bien vu et qui pourrait fonder le *jus gentium*, « le droit des gens⁶ ». Mais Socrate montre facilement que le conseil et le concours d'un homme juste sont peut-être utiles pour conserver une chose, non pour s'en servir. La justice ne peut servir de guide à l'homme qui recherche l'utile. Le patron d'une entreprise recherche le profit, non la justice. Il ne serait pas dans son rôle dans le cas contraire.

Quant à la distinction entre amis et ennemis, elle est sujette à caution. Il se peut que nous ayons des méchants comme amis et des bons comme ennemis, ou que ceux que nous prenons pour nos amis soient nos ennemis et inversement. « Si donc, conclut Socrate, quelqu'un prétend que la justice consiste à rendre à chacun ce qu'on lui doit, et s'il entend par là que l'homme juste doit du mal à ses ennemis, comme il doit du bien à ses amis, ce langage n'est point celui d'un sage ; car il n'est pas conforme à la vérité : en effet il nous a paru évident qu'en aucun cas, il n'est juste de faire du mal à quelqu'un » (335 e)

Ainsi avons-nous au moins deux niveaux de morale depuis que Céphale s'est retiré. Le *suum cuique* et autre chose plus difficile à définir.

Généralement, on fait remonter cette distinction à Aristote. C'est Platon, nous venons de le voir, qui inaugure ici une tradition très longue. On la retrouve d'abord chez les théoriciens classiques du droit naturel (Pufendorf, Hutcheson, Grotius) avec la distinction entre « droits parfaits » et « droits imparfaits » (que nous allons définir dans un instant) ; puis chez Adam Smith, du moins dans son ouvrage préféré : la *Théorie*

6. À noter cette remarque de Rousseau à ce sujet : « Quant à ce qu'on appelle communément le droit des gens, il est certain que, faute d'une sanction, ses lois ne sont que des chimères plus faibles encore que la loi de nature. Celle-ci parle au moins au cœur des particuliers au lieu que le droit des gens n'ayant d'autre garant que l'utilité de celui qui s'y soumet, ses décisions ne sont respectées qu'autant que l'intérêt les confirme. » *L'État de guerre*, p. 610.

*des sentiments moraux*⁷, et enfin chez les théoriciens modernes du jusnaturalisme. Cette filiation mérite évidemment d'être retracée avec la plus grande attention. L'enjeu est pour nous capital : il s'agit de savoir si l'on peut fonder la justice uniquement sur le droit de propriété.

Grotius est une étape importante entre la scolastique et la modernité. Dès les Prolégomènes du *Droit de la guerre et de la paix*, le droit y est défini comme « une qualité morale attachée à l'individu pour posséder ou faire justement quelque chose » (I, I, III, IV). Cette qualité morale est soit « parfaite », quand on ne peut rien y ajouter, soit « imparfaite », dans le cas contraire. Quand la qualité morale est « parfaite », le droit est dénommé par Grotius, « faculté » ; et « aptitude », lorsqu'elle est « imparfaite ».

Cette distinction, notons le en passant, sera utilisée par Moses Mendelssohn, le « Platon juif » du Siècle des lumières berlinoises, quand il s'agira pour lui de définir l'État par rapport à l'Église, et vice-versa. « L'État ordonne et contraint, la religion enseigne et persuade. L'État prescrit des lois, la religion des commandements. L'État a une puissance physique et l'utilise si nécessaire ; le pouvoir de la religion est l'amour et la bienveillance [...] : En un mot, la société civile peut en tant que personne morale avoir des droits de contrainte [...]. L'État possède des droits parfaits, l'Église seulement des droits imparfaits⁸. »

Le droit parfait, c'est-à-dire la « faculté » est le *suum* des jurisconsultes : « Pour nous, avertit Grotius, nous

7. *La Théorie des sentiments moraux* a été publiée en 1759. L'auteur était alors âgé de 36 ans. Smith fera paraître de son vivant cinq autres éditions, apportant à chaque fois des corrections et des ajouts. La dernière sera éditée en 1790, quelques mois avant sa mort. On ne prend pas un tel soin d'une œuvre de jeunesse si on ne la considère pas comme fondamentale, et de fait elle l'est. Malheureusement le Smith de 1759 a été masqué par celui de la *Richesse des Nations*, publiée en 1776.

8. Moses Mendelssohn, *Jerusalem*, préface d'E. Lévinas, texte traduit, présenté et annoté par Dominique Bourel, Paris, L'Arbre double/Les Presses d'Aujourd'hui, 1982, p. 71. Ital. dans le texte.

l'appellerons désormais « droit proprement ou strictement dit », qui embrasse la puissance tant sur soi-même – qu'on appelle liberté – que sur les autres, telle que la puissance paternelle, la puissance dominicale ; le domaine plein et entier, ou le domaine moins parfait comme l'usufruit, le droit de gage ; le droit de créance auquel correspond l'obligation » (I, I, V).

Le droit imparfait, c'est-à-dire l'aptitude, c'est aussi la dignité (*ἀξία* chez Aristote).

La faculté et la dignité ne relèvent pas de la même justice.

« La faculté, nous dit Grotius, est l'objet de la justice explétrice, ainsi nommée proprement et à la rigueur, et qu'Aristote qualifie de “justice des contrats”. » On dit encore correctrice ou commutative.

« L'aptitude est l'objet de la justice attributrice. » Dénommée « distributive » par Aristote, elle est la compagne des vertus « dont l'objet est de procurer du bien aux autres hommes : la libéralité, la clémence, la sage conduite dans le gouvernement de l'État ».

Nous avons donc bien un système complet bipartite où nous pouvons ranger droits et institutions : d'un côté, droit parfait, faculté, *suum*, liberté, justice commutative ou correctrice ou explétrice, qui sera chez Mendelssohn l'apanage de l'État ; de l'autre, droit imparfait, aptitude, dignité, justice distributive ou attributrice, qui reviendra à l'Église.

On subodore déjà que le droit de propriété appartient plutôt au premier côté, et les droits de l'homme et tout le discours contemporain sur la dignité humaine au second. Ainsi l'article 6 de notre Code civil stipule : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. »

Le premier côté n'est pas l'apanage des particuliers, ni le second celui du gouvernement. Un individu qui dispose par legs d'une chose qui lui appartient fait de la distribution, et donc se réfère à des critères de justice attributive ; « l'État qui

rembourse sur fonds publics ce qu'un citoyen a dépensé dans l'intérêt commun ne fait acte que de justice explétrice », explique Grotius (I, I, VIII, 3).

Pour mieux se faire comprendre, Grotius donne l'exemple rendu célèbre par Xénophon. Cyrus avait attribué à un enfant plus petit que les autres la tunique qui était proportionnée à sa taille, mais qui ne lui appartenait pas, et une tunique plus ample à un autre enfant qui était de plus haute stature. Il se fit donner cette leçon par son maître « qu'il aurait dû en user ainsi, dans le cas où il aurait été établi comme arbitre pour apprécier ce qui convenait le mieux à chacun [justice distributive] ; mais que du moment où il s'agissait de juger auquel des deux appartenait la tunique, il ne fallait considérer qu'un point : de quel côté se trouvait la possession la plus légitime, à qui devrait appartenir l'objet, à celui qui l'avait enlevé violemment, ou à celui qui l'avait soit fait, soit acheté [justice corrective] ».

Avec Adam Smith⁹, une autre étape est franchie : la justice corrective est devenue la justice tout court, la justice distributive étant appelée « bienfaisance ». D'une certaine manière, la bienfaisance est sortie du domaine de la justice. Les mots ont ici sans doute de l'importance. Il est plus facile de faire cette opération d'exclusion avec la « bienfaisance » qu'avec la justice dénommée distributive. La posture d'Adam Smith ressemble à celle de Céphale. Il entend la justice comme le respect du *suum*. Le reste est d'un autre ordre. Ce n'est pas qu'il soit irréligieux. Au contraire, c'est un dévot. Mais justement parce qu'il est dévot, il fait sortir la justice distributive du domaine du droit. Et c'est bien ce que fera un peu plus tard Mendelssohn, qui lui aussi était fort dévot et pratiquant.

Les sanctions des deux types de justice sont très différentes. La bienfaisance [c'est-à-dire la justice distributive],

9. Adam Smith, *Théorie des sentiments moraux*, texte traduit, introduit et annoté par Michaël Bizou, Claude Gauthier, Jean-François Pradeau, PUF, 1999.

« toujours libre », ne peut être imposée par la force. Le défaut de bienveillance ne sera pas châtié. De même ne peut être punie l'ingratitude à l'égard de quelqu'un qui vous fait du bien. Votre bienfaiteur se déshonorerait s'il tentait par la violence de vous contraindre à la reconnaissance.

Tout autre est la justice commutative, « dont l'observation, nous dit Smith, n'est pas laissée à notre libre vouloir, qui peut être exigée par la force et dont la violation expose au ressentiment et, par conséquent, au châtement ».

Les récompenses fonctionnent elles aussi en sens inverse. La bienveillance est louable alors que le respect de la simple justice [commutative] ne mérite aucune reconnaissance de notre part.

Du même coup, Adam Smith avalise pleinement la distinction entre droit et morale.

Dès lors on peut imaginer une sorte de hiérarchie entre « bienfaisance » et « justice », entre justice distributive et justice corrective. À cet exercice s'est livré il y a une cinquantaine d'années le philosophe américain Lon L. Fuller.

Au bas de l'échelle, Fuller situe les besoins les plus évidents de la vie en société, réglés par « la morale du devoir », puis à mesure que l'on monte, on trouve les exigences de ce qu'il appelle « la morale d'aspiration¹⁰ ». Quelque part sur cette échelle se trouverait une sorte de curseur qui marquerait la ligne de démarcation où la pression de la morale du devoir faiblirait pour être remplacée par les exigences de la morale d'aspiration, ou de l'excellence, de la Bonne Vie au sens grec classique du terme. Il se livre une sorte de guerre non déclarée sur la localisation de ce curseur. Certains le poussent vers le haut, et d'autres vers le bas¹¹.

En ce qui concerne les sanctions et les récompenses, Fuller arrive exactement à la même observation qu'Adam

10. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, éd. révisée New Haven and London, Yale University Press, 1964.

11. Fuller, *op. cit.*, p. 10.

Smith. Dans la morale du devoir, on peut s'attendre que les pénalités l'emportent sur les récompenses. Inversement dans la morale d'aspiration, les prix, les décorations, les honneurs l'emportent sur les punitions. La distinction entre les deux morales est donc clairement perceptible. Pourtant, selon Fuller, la question a été passablement embrouillée à cause d'une confusion de pensée qui trouve son origine au moins dans l'Antiquité grecque. Pour Platon, en effet, on peut juger de ce qui est mauvais pour l'action humaine seulement si l'on connaît ce qui est parfaitement bon. Sans une image devant nous d'un idéal pour l'existence humaine, nous ne disposons d'aucun critère qui nous permette d'imposer des obligations ou d'ouvrir de nouveaux chemins pour l'expression des capacités humaines. Dans cette perspective, il est clair que la morale d'aspiration est le fondement de toute moralité. Dès lors, la morale du devoir doit inévitablement incorporer des critères empruntés à la morale d'aspiration. Mais, on peut aboutir à la conclusion inverse en partant de cette évidence que les hommes ne peuvent se mettre d'accord sur une définition de ce qui est bien : puisque un jugement sur ce qui est mal ne peut se faire sans un accord sur ce qui est bien – un accord qui n'existe pas – il s'ensuit qu'un éventuel apparent accord sur ce qui est mal ne peut être qu'une illusion, née peut-être du conditionnement social, de l'habitude, de préjugés partagés.

Les deux raisonnements sont fondés sur la même hypothèse, à savoir que des obligations morales ne peuvent être rationnellement définies que d'après une vue d'ensemble des aspirations humaines. Pour Fuller, cette hypothèse est contredite par l'expérience humaine la plus élémentaire. L'injonction *Tu ne tueras point* peut être formulée sans que l'on ait la moindre idée de ce que pourrait être une vie parfaite. Elle repose sur la vérité toute prosaïque que si un homme en tue un autre, aucune morale d'aspiration conceivable ne peut être mise en pratique. De même la règle *Tu ne voleras pas* peut se fonder sur les nécessités économiques et

sociales du respect du droit de propriété, comme le fait Aristote lui-même, sans que l'on ait besoin de fixer un but éthique à la société.

Pour autant, cela ne veut pas dire qu'il est facile de placer le curseur délimitant la frontière entre les deux types de morale. Au contraire ce serait, si l'on en croit Fuller, l'une des tâches les plus difficiles de la philosophie politique. S'il est placé trop haut, « la main de fer de l'obligation morale ou légale » peut étouffer l'expérimentation, l'inspiration et la spontanéité. Placé trop bas, des gens vont commencer à pondérer et à conditionner leurs obligations en fonction de leurs propres critères. Ainsi un poète pourrait se croire en droit de jeter sa femme à la rivière sous le prétexte – peut-être justifié – qu'il ferait de meilleurs poèmes en son absence.

Le fameux *no-bridge* entre le monde de l'être et le monde du devoir-être, établi par Hume et repris par Kelsen pour fonder la théorie pure du droit*, ne serait pertinent que pour la morale du devoir. Le « Tu ne tueras pas » ne peut être dérivé d'une observation de la nature. Carlyle avait cette formule que cite Bagehot : « La question ultime entre deux êtres humains est celle-ci : puis-je te tuer ou peux-tu me tuer¹² ? » L'injonction relève de la Loi. Il en irait différemment pour la morale d'aspiration qui a des affinités avec l'esthétique. Socrate n'enseignait pas une morale du devoir, auquel cas il aurait mérité la critique de Hume, mais une morale d'aspiration. La vertu d'excellence qu'il promet doit être prise dans son acception de pouvoir, d'efficacité, de courage, d'habileté. Même le péché, dans la Bible, aurait un sens plus proche de la morale d'aspiration que de la morale du devoir. Il signifierait originellement quelque chose comme « manquer l'objectif ».

* p. 345.

12. Yvan Blot, *La Pensée économique et politique de Herbert Spencer*, thèse de doctorat ès sciences économiques, IEP de Paris, 2004, ronéo, p. 621.

Ce qui nous intéresse le plus chez Fuller c'est la congruence qu'il trouve, le parallèle qu'il trace entre cette échelle des morales et celle qu'il observe dans les conceptions que l'on se fait de l'économie. D'un côté, l'économie de l'échange correspondrait à la morale du devoir. De l'autre côté, l'économie de l'utilité marginale aurait pour pendant la morale d'aspiration. On pourrait faire le cheminement inverse, et partir de l'échelle des conceptions de l'économie pour arriver à celle de la morale. Mais avant d'en arriver là, examinons cette correspondance.

Commençons par le haut de l'échelle. La morale d'aspiration a quelque chose à voir avec les efforts que nous faisons pour faire le meilleur usage possible de nos ressources économiques limitées. Nous passons d'un bien A à un bien B quand l'utilité de la dernière portion du bien A (l'utilité marginale) est inférieure à l'utilité que nous tirons de la première portion du bien B¹³. Comme le remarque plaisamment Fuller, l'économiste a un mot pour couvrir son ignorance du critère ultime qui détermine les choix de l'individu. Et ce mot, on l'aura reconnu, c'est « utilité », qui « tire un voile sur son incapacité à définir économiquement un bien qui trônerait au-dessus des biens particuliers et qui servirait de guide pour faire ses choix ». Le moraliste a le même problème qu'il résout en employant le terme de Bien ou de Bonne Vie.

À défaut d'une définition adéquate de ce qui serait le bien le plus élevé, moral ou économique, nous serions conduits à nous référer, tant sur le plan moral que sur le plan économique, à une notion de balance, d'équilibre, de « juste milieu » : ni trop, ni trop peu. Ou encore, « rien de trop », pour reprendre l'adage grec¹⁴. La notion n'est pas aussi triviale qu'il peut paraître à première vue. Généralement, les êtres humains poursuivent plusieurs fins à la fois. Un individu

13. Il en est ainsi à cause du théorème de la décroissance de l'utilité marginale.

14. Ricœur, *op. cit.*, p. 163 et p. 191.

concerné par un seul objectif passe facilement pour un malade mental, ou du moins comme un obsessionnel. Thomas d'Aquin tire du fait que nous changeons de but dans la vie la preuve de l'existence d'une fin ultime. Car s'il n'y avait pas de critère pour guider ces changements, nous irions toujours dans la même direction. C'est ce que nous ne faisons pas. C'est donc que nous sommes guidés par une fin plus élevée¹⁵. Le « juste milieu » aristotélicien ne doit pas être confondu avec la « voie moyenne » qui pour nos contemporains serait la voie de la facilité, impliquant un minimum d'engagement.

L'affinité entre l'échange et la morale du devoir est, pour Fuller, tout aussi évidente. Les obligations, qu'elles soient morales ou légales, proviennent d'un échange, qui peut être soit l'échange d'une promesse de l'une des parties pour un acte présent de l'autre, soit un échange de promesses des deux côtés. Il existerait donc un territoire commun aux concepts d'échange et de devoir. Mais, d'un autre côté, il serait « certainement pervers », selon Fuller, de construire l'ensemble des devoirs et des obligations uniquement sur l'échange, c'est-à-dire de placer le curseur tout en haut de l'échelle – ce qui est exactement ce que nous voudrions faire.

Fuller fait allusion à la « règle d'or » (*Golden Rule*). On est supposé savoir que cette règle a été formulée par Hillel, le plus grand des sages de la période du deuxième Temple, président du Sanhédrin entre 10 avant J.-C. et 10 après J.-C. À un gentil qui voulait connaître du judaïsme Hillel répondit en effet : « Ne fais pas à ton prochain ce que tu détesterais qu'il te fit. C'est ici la loi tout entière ; le reste est commentaire. » La même règle a été énoncée par l'Évangile sous une forme positive : « Ainsi ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le vous-mêmes pour eux. C'est la Loi et les Prophètes » (Mt VII, 12). Ou encore : « Et comme vous voulez que les hommes agissent envers vous, agissez de même envers eux » (Lc VI, 31). Notons que ce verset fait suite à

15. Fuller, *op. cit.*, p. 18.

l'une des phrases les plus fameuses du Christ : « À qui te frappe sur une joue, présente encore l'autre. À qui te prend ton manteau, ne refuse pas non plus ta tunique. À quiconque te demande, donne, et à qui te prend ton bien, ne le réclame pas » (Lc VI, 29-30). Quant à la formule évangélique par excellence « Tu aimeras ton prochain comme toi-même » (Mt XXII, 39), en fait reprise du commandement du Lévitique (XIX, 18), elle ne nous fait pas quitter le monde de la réciprocité, c'est-à-dire de l'échange.

Pour Fuller, des enseignements de ce type, que l'on trouve dans toute morale du devoir, n'impliquent pas, à l'évidence que tout devoir provienne d'une relation de marchandage. Pour mieux le faire apparaître, il reformule la *Golden Rule* de la manière suivante. « Aussitôt que j'aurai reçu de vous l'assurance que vous me traiterez comme vous-même aimeriez être traité, alors je serai prêt en retour à vous accorder le même traitement. » Et de conclure : « Un tel langage n'est pas celui de la morale, pas même celui d'un commerce amical. C'est le langage d'un négoce précautionneux, voire hostile. Adopter de tels préceptes comme principe général ce serait dissoudre le lien social dans sa totalité¹⁶. »

Ce que la règle d'or implique, pour notre auteur, n'est pas que la société soit composée d'un réseau de marchandages explicites, mais qu'elle tient sa cohérence d'un lien envahissant de réciprocité, qui se répand partout (*pervasive*). Du coup, il va consacrer beaucoup d'efforts à démontrer que des traces de réciprocité se trouvent dans toute morale du devoir, depuis celles qui sont lourdement teintées d'appel aux intérêts égoïstes jusqu'à celles qui reposent sur les hautes exigences de l'impératif catégorique kantien : « Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse en même temps toujours valoir comme principe d'une législation universelle. » Mais on ne voit pas bien la différence entre ce commerce-là et le marchandage.

16. Fuller, *op. cit.*, p. 20.

La morale de Kant, par exemple, peut être rapportée à l'économie de marché. On sait que pour le philosophe allemand, la notion de « fin en soi » assure la constitution d'autrui non pas en tant que « chose », mais en tant que « personne ». « Les êtres raisonnables, explique-t-il dans ses *Fondements de la métaphysique des mœurs* sont appelés des personnes parce que leur nature les désigne déjà comme des fins en soi, c'est-à-dire comme quelque chose qui ne peut être employé simplement comme moyen, quelque chose qui, par suite, limite d'autant toute faculté d'agir comme bon me semble, et qui est un objet de respect. » Or cette idée que nous devons traiter notre semblable comme une fin, non comme un moyen, peut être considérée comme le reflet de ce qui se passe dans une économie de marché, car c'est seulement en entrant dans des relations d'échange que nous sommes capables de faire que les autres servent nos fins au moment même où nous servons leurs fins.

On pourrait trouver des traces de réciprocité également dans la morale enseignée par un philosophe contemporain, Paul Ricœur. Dans *Soi-même comme un autre* (1990), la substitution du soi à l'égo cartésien essaye justement de sortir de l'enfermement solipsiste. Elle permet d'instaurer une relation mutuelle entre l'autre perçu comme mon semblable et moi-même comme le semblable de l'autre. Du coup, l'estime de soi accorde à l'autre les mêmes possibilités d'action que pour moi-même. La condition pour que cet autre demeure un autre que moi et ne se réduise pas à un *alter ego*, une duplication du moi, tient dans cette relation de réciprocité, dans ce commerce au sens où on l'entendait encore au XVIII^e siècle.

Dans la vie de tous les jours, il nous arrive de faire la morale aux autres. Et à chaque fois que nous cherchons à justifier une telle démarche, nous le faisons en invoquant quelque chose qui ressemble au principe de réciprocité. Ainsi, pour appeler quelqu'un à respecter son rang dans une file d'attente alors qu'il cherche à resquiller, il est à peu près sûr qu'à un

moment de la discussion nous lui demanderons : « Que diriez-vous si tout le monde faisait comme vous ? »

On peut toujours qualifier ces arguments de rhétoriques. Il est naturel qu'un moraliste qui essaie de pousser les gens à accomplir un devoir qui ne leur est pas agréable intègre dans ses arguments un appel à l'intérêt égoïste. Il est aussi naturel que quelqu'un qui essaie de faire accepter par des gens une contrainte qui n'est pas bien accueillie cherche à lui donner l'apparence d'être volontairement assumée. Ainsi peut-on considérer que le fait brut du pouvoir politique a été historiquement éclipsé par la fiction d'un contrat social originel.

Mais pour Fuller, qualifier ces arguments de rhétoriques sous-estime la mesure dans laquelle le principe de réciprocité a des racines non seulement dans nos croyances, mais aussi dans nos pratiques. La règle d'or ne serait pas pervertie comme tout à l'heure si on lui ajoutait cette condition : « Pour autant qu'il devient parfaitement clair que vous n'avez absolument aucune intention de me traiter comme vous-même voudriez l'être, alors je vais me considérer moi-même comme relevé de toute obligation de vous traiter comme j'aimerais l'être » (à vrai dire, on ne voit pas bien de différence fondamentale entre les deux versions de la *Golden Rule*, et nous retrouverons cette deuxième version dans l'économie du crime, au chapitre 9).

On peut certes imaginer des liens sociaux qui ne font aucune place aux devoirs. Ainsi un couple d'amoureux au tout début de la passion, ou un petit groupe d'individus confronté à une urgence, par exemple le dernier carré de la Garde faisant face à un ennemi qui l'a encerclé. Dans de telles situations, il n'y a pas lieu de penser à mesurer la contribution de chacun. Le principe d'organisation qui émerge est du genre : « Tous pour un, un pour tous ». Emmanuel Berl a témoigné de l'étrange atmosphère de réconciliation et de solidarité qui régnait au tout début de la débâcle de juin 1940 en des termes qui méritent d'être rappelés ici : « Les gens étaient

assez gentils ; ils cherchaient leur nourriture, leur gîte, leur essence, ils ne se les disputaient pas encore [...] Les différends qui vont devenir des antagonistes inexpiables [n'étaient] encore que des nuances incertaines [...] Personne ne se sentait encore innocent du malheur commun¹⁷. »

Mais aussitôt que les contributions de chacun sont définies et mesurées – ce qui signifie immédiatement qu'il s'agit de devoirs –, il doit y avoir un critère – quelque grossier et approximatif qu'il puisse être – qui permette de déterminer la quantité et la qualité de la contribution qui est attendue de chacun.

Fuller perçoit trois conditions qui permettent un fonctionnement optimal de la morale du devoir. La relation doit résulter d'un accord volontaire des parties, qui se créent elles-mêmes des devoirs. Il doit y avoir une certaine égalité en valeur entre les résultats obtenus par les parties (Fuller n'a pas lu Condillac). Enfin, la relation doit être réversible. Par exemple, la position que j'occupe aujourd'hui sera celle de mon partenaire demain¹⁸. Sinon on ne comprendrait pas la question que pose Rousseau dans *Émile* : « Quelle peut être la raison pour que j'agisse moi comme si j'étais une autre personne alors que je suis à peu près certain de ne jamais me trouver dans cette situation ? » (livre IV).

Question : dans quelles sociétés ces trois conditions sont-elles les mieux remplies ? La réponse est une surprise pour Fuller (elle ne devrait pas l'être pour notre lecteur). Dans les sociétés de marchands, les trois conditions sont mieux réunies que dans aucune autre société : parents/enfants ; mari/femme ; gouvernement/citoyens. En effet, entre marchands, il ne peut y avoir que des contrats librement consentis ; chacun attend un avantage de ces contrats, sinon il ne signerait pas ; et enfin,

17. Emmanuel Berl, 10 juillet 1940, *La Fin de la III^e République*, coll. « Trente journées qui ont fait la France », Gallimard, 1968, p. 24-27.

18. En fait tout achat est une vente (monnaie) et toute vente un achat (de monnaie) !

la réversibilité est acquise, puisque tout négociant peut être un jour vendeur, un autre jour acheteur.

La conclusion qui devrait s'imposer est tout à fait étonnante : c'est seulement dans le capitalisme que la notion d'obligation morale et légale peut atteindre son plein développement.

Arrivé à ce point, Fuller n'en cherche pas moins à placer son curseur. Certes, il reconnaît que le respect du droit de propriété est un ancrage indispensable sans lequel personne ne serait capable de savoir ce qu'il a à offrir à autrui et ce qu'il peut recevoir d'autrui. Toutefois, il estime que les règles de la propriété doivent être confinées « dans leurs propres frontières » ; si elles dépassent ces frontières, « l'effort de la société pour diriger ses ressources vers leur usage le plus efficient est entravé par un système d'intérêts acquis, personnels et institutionnels ». Un certain degré de viscosité serait inhérent à toute obligation, qu'elle soit légale ou morale, qu'elle vienne de l'échange ou d'une autre relation, alors qu'il est dans la nature des aspirations humaines à la perfection, y compris celles qui cherchent l'efficacité économique maximum, d'être flexibles et prêtes à s'adapter aux changements de conditions. La nature de ce problème ne serait pas bien perçue quand nous le pensons en termes plats d'une opposition entre sécurité et liberté, car nous serions concernés non seulement par la question de savoir si les individus sont ou se sentent libres et en sécurité, mais aussi d'atteindre harmonie et équilibre dans les procès – souvent anonymes – de la société comme un tout.

Holmes dans *The Logic of Liberty* (1951) faisait remarquer que tout droit tend à devenir absolu. Fuller suggère que c'est justement la tendance à l'absolu qui constitue la signification essentielle du terme « droit », qu'il soit légal ou moral. On pourrait en dire autant des obligations, qu'elles soient morales ou légales. Il y aurait là, selon notre auteur, une impulsion de la morale du devoir, qui s'exprime elle-même dans la loi, à maintenir l'intégrité de son domaine et à protéger ce domaine de l'érosion que pourrait lui causer la morale d'aspiration.

Ces considérations nous renvoient directement à la théorie économique des contrats. Dans quelle mesure sont-ils intangibles ? À quel titre, l'État sous ses différentes formes (législative, exécutive, judiciaire) peut-il s'en mêler ? Quels rapports peuvent s'établir entre la loi des parties qui constitue l'essence du contrat, et la loi tout court ? En France, par exemple, aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle !

Supposons cependant que Fuller ait raison, que l'homme ne puisse se passer d'une morale d'aspiration. Quelle pourrait-elle être ? Le mieux pour répondre à cette question, c'est encore de revenir à la source, c'est-à-dire à Platon, de creuser à sa racine la légitimation de la *République*, de la « Chose publique ». À supposer qu'il puisse s'agir d'une chose.

CHAPITRE 2

Etiamsi

Quand le droit de propriété se suffit à lui-même

*...etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari non potest,
Deum non esse aut non curari ab eo negotia humana.*

Grotius

L'arrivée de Thrasymaque dans la discussion de *La République* est restée célèbre par sa brutalité. À un moment, « il ne se contient plus, et se ramassant sur lui-même à la manière d'une bête fauve, il s'avança sur nous comme pour nous mettre en pièces » (336 b). Le propos est aussi violent dans le fond que dans la forme : « Je soutiens, moi, que la justice n'est autre chose que l'intérêt du plus fort » (338 c) Devant une telle affirmation, aucun droit de propriété ne peut tenir, on le sait bien. Et ce n'est plus la peine de s'interroger sur ce qu'il peut être et ses conditions de possibilité. Aussi est-il indispensable de contrer Thrasymaque. Et c'est bien à quoi va s'atteler Socrate. Une tâche beaucoup plus difficile qu'elle n'y paraît à première vue.

Thrasymaque était, à l'époque, un sophiste réputé qui avait une clientèle nombreuse. De son œuvre, qui comprenait plusieurs traités, il ne reste à peu près rien. Le portrait que nous offre du personnage *La République* dessert la cause qu'il

défend, qui aura pourtant une longue et riche postérité (Machiavel, Retz, La Fontaine...). On la trouve d'abord chez Thucydide dans le fameux dialogue qu'il rapporte entre Athéniens et Méliens, où les premiers disent aux seconds avant de les massacrer : « Vous savez aussi bien que nous que, dans le monde des hommes, les arguments de droit n'ont de poids que dans la mesure où les adversaires en présence disposent de moyens de contrainte équivalents et que, si tel n'est pas le cas, les plus forts tirent tout le parti possible de leur puissance, tandis que les plus faibles n'ont qu'à s'incliner¹. » Tout à l'heure, Rousseau nous disait que « le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître s'il ne transforme sa force en droit ». Ici, les Athéniens n'éprouvent pas le besoin de légitimer leurs exigences, pas même par un droit du plus fort. La raison du plus fort exprime chez eux une nécessité d'ordre physique ; elle n'a rien à voir avec le droit. En d'autres termes : si vous avez tort, c'est que vous êtes le plus faible. Si vous voulez avoir raison, alors soyez le plus fort. Ces propos avaient paru tellement cyniques et inconvenants à un Denys d'Halicarnasse qu'il les trouvait invraisemblables au point de dire que « de telles paroles conviendraient à un monarque oriental s'adressant à des Grecs », mais sûrement pas aux délégués de la cité la plus civilisée de l'époque. Stoïcien vivant à Rome au temps d'Auguste, Denys était imprégné de jusnaturalisme et il lui était difficile de reconnaître un droit au plus fort sans ruiner son système. On pourrait répondre que les Athéniens ne font pas ici état strictement d'un droit du plus fort, mais d'une sorte de loi de physique sociale. Il n'empêche !

Socrate, d'abord effrayé (« je le regardai en tremblant, et je crois que, si je ne l'avais pas regardé en premier, j'aurais perdu la parole » (336 d)), parvient à prendre petit à petit le bravache Thrasymaque dans les rets de sa dialectique au point de quasiment l'appivoiser.

1. Thucydide, *Guerre du Péloponnèse*, V, 89.

Le philosophe commence par remarquer que dans toute cité le gouvernement étant le plus fort, le juste doit donc, si l'on suit Thrasymaque, être dans l'intérêt du gouvernement. Or les gouvernants ne sont pas infaillibles. Il leur arrive de faire des lois qui sont à leur désavantage. Or, s'il est juste d'obéir aux gouvernants, il est juste de faire quelque chose qui leur est désavantageux. Donc, la thèse de Thrasymaque (le juste n'est rien d'autre que ce qui profite au plus fort) ne tient pas la route.

Aussi bien Socrate en propose-t-il une autre : « Quelle que soit l'autorité qu'il exerce, aucun chef, en tant que chef, ne se propose et n'ordonne ce qui est utile à lui-même, mais ce qui est utile à celui qu'il commande et pour qui il exerce son art » (342 e). En d'autres termes, si le chef poursuit son propre intérêt, c'est qu'il n'est pas un chef. Donc, par essence si l'on peut dire, il ne poursuit pas son intérêt. Magnifique instrument de justification de tous les pouvoirs en place ! Un gouvernement injuste n'est pas un gouvernement. Donc tout gouvernement n'est-il pas juste ? « Une loi injuste n'est pas une vraie loi² », dira Francisco Suarez beaucoup plus tard. Donc, toute loi n'est-elle pas juste ? Sous la forme chrétienne, cela deviendra : tout pouvoir, venant de Dieu, doit être obéi. Les apôtres Paul et Pierre seront très éloquentes à ce sujet, nous le verrons.

Thrasymaque n'a pas de mal à rebondir. Le naïf Socrate s'imagine-t-il que « les bergers et les bouviers ont en vue le bien de leurs moutons et de leurs bœufs et qu'ils les engraisent et les soignent dans une autre vue que l'intérêt de leurs maîtres et le leur propre ? » croit-il que « ceux qui gouvernent dans les États, j'entends ceux qui gouvernent véritablement, ont à l'égard de leurs subordonnés d'autres sentiments que ceux qu'on peut avoir pour des moutons, et que, nuit et jour,

2. François Suarez, *Des lois et du Dieu législateur*, introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujou, Dalloz, 688 p.

ils sont occupés d'autre chose que des moyens de tirer d'eux un profit personnel ? » (342 b). Thrasymaque est arrivé exactement au point de la théorie du bandit stationnaire qui, devenu roi, est en mesure de tirer de ses sujets le maximum de plus-value*. Il lance cette apostrophe à Socrate : « Tu es si avancé dans la connaissance du juste et de la justice, de l'injuste et de l'injustice, que tu ignores que la justice et le juste est un bien réellement étranger, puisqu'elle est l'avantage de celui qui est le plus fort et qui commande, que ce qui est propre à celui qui obéit et qui sert, c'est le dommage ; que l'injustice est le contraire, qu'elle commande à ceux qui sont véritablement naïfs et justes, que les sujets travaillent à l'intérêt du plus fort et en le servant font son bonheur, mais le leur, non pas. » (343 c).

L'expression « bien étranger » – ἀλλότριον ἀγαθόν, littéralement le bien de celui pour qui elle est pratiquée – se retrouvera chez Aristote : « Pour la même raison la justice, seule entre toutes les vertus, paraît être un bien étranger, parce que relatif à un autre ; c'est en effet l'intérêt d'un autre qu'elle assure, soit chef soit associé » (*Éthique à Nicomaque*, V, 3, 1130 a). La leçon que donne Thrasymaque est désespérante. Partout les justes sont lésés, alors que les injustes sont avantagés.

L'instant d'après, le sophiste met sur le même plan affaires privées et affaires publiques. « D'abord, dans les conventions où ils s'associent l'un à l'autre, jamais tu ne trouveras à la dissolution de la société, que le juste a gagné au marché ; tu trouveras au contraire qu'il y a perdu³ ; ensuite dans les affaires publiques, s'il faut payer des contributions, le juste, à égalité de biens, contribue davantage, l'autre moins » (344 a). Ainsi dans les deux cas, le juste perd et l'injuste gagne.

* p. 391.

3. Fascinant de retrouver ici l'une des figures de la théorie des jeux appliquée à la théorie économique des contrats, celle où le nombre de coups est fini.

Poussé dans ses retranchements, Socrate ne peut répéter que « tout gouvernement, en tant que gouvernement, se propose uniquement le bien du sujet dont il a la charge, que le sujet soit un État ou un simple particulier » (5345 d, e).

La preuve que les gouvernants sont dévoués au bien des gouvernés, Socrate la trouve dans le fait, qui nous paraît bien étrange aujourd'hui, que « personne ne s'offre spontanément à commander [...]. C'est pour cela, semble-t-il, qu'il faut assurer un salaire à ceux qui consentent à commander, soit de l'argent soit de l'honneur, soit une punition, s'ils refusent » (346 e, 347 a). Heureuse époque où la charge de gouvernant paraissait si lourde. Mais comme les gens de bien ne veulent gouverner ni pour les richesses ni pour l'honneur, « il faut donc qu'une punition les contraigne à prendre part aux affaires » (347 c). Or, le plus grand châtiment « c'est d'être gouverné par un plus méchant que soi, quand on se refuse à gouverner soi-même : c'est donc par crainte de cette punition que les honnêtes gens qu'on voit au pouvoir se chargent du gouvernement. Alors ils se mêlent aux affaires, non pour leur intérêt ni pour leur plaisir, mais par nécessité et parce qu'ils ne peuvent les confier à des hommes plus dignes ou du moins aussi dignes qu'eux-mêmes » (347 c, d). Là encore, Socrate donne de superbes arguments aux pouvoirs en place. Je reste sur mon trône, car, sinon, un plus méchant pourrait s'y asseoir à ma place.

Tout ce prêchi-prêcha n'est évidemment pas à la hauteur du sujet traité. Alors le philosophe trouve un argument choc qui va rester dans les mémoires : « Mais fais-moi encore la grâce de répondre à ceci, demande Socrate à Thrasymaque : crois-tu qu'un État, une armée, une troupe de brigands ou toute autre bande de malfaiteurs associés pour quelque mauvais coup pourraient tant soit peu réussir, s'ils violaient à l'égard les uns des autres les règles de la justice ? [...] l'injustice fait naître entre les hommes des dissensions, des

haines, des batailles, au lieu que la justice entretient la concorde et l'amitié » (351 c, d).

On retrouvera l'argument, *via* Aristote, chez de nombreux auteurs. Chrysostome, par exemple : « Mais, dira quelqu'un, comment peut-il se faire que les brigands vivent en paix ? Quand cela a-t-il lieu ? Dites-le, je vous en prie. — C'est lorsqu'ils n'agissent pas en brigands ; car, si dans les partages qu'ils font entre eux, ils n'observent pas les lois de la justice, et s'ils ne font pas une distribution égale, vous les verrez en venir aux mains entre eux » (chap. IV, *Aux Ephésiens*). Ou encore, Polybe qui remarquait que ce qui contribuait le plus à rompre les sociétés des malfaiteurs et des brigands, c'était lorsqu'ils n'observaient pas entre eux les règles de la justice, en un mot lorsqu'ils ne gardaient pas la foi les uns aux autres. Grotius, qui cite ces trois auteurs, est un autre exemple parmi d'autres.

Ce qui est remarquable dans la formulation de Socrate c'est qu'il met sur le même plan une armée, une cité et une bande de brigands ou toute autre société qui poursuit en commun un but injuste. Il ne faudrait pas, évidemment, en inférer qu'une armée ou une cité ont forcément un but injuste, mais seulement que toute société, quel que soit son but, juste ou injuste, est obligée, pour persévérer dans l'être, de pratiquer la justice en son sein. Cette réflexion est à distinguer de la filiation établie par maints auteurs (Laozi, saint Augustin, Grégoire VII) entre la bande de brigands et l'État* — mais cette filiation servait à dire, on s'en souvient, que les gouvernements ne sont qu'une bande de voleurs s'ils ne sont préoccupés de justice. Le propos de Socrate, ici, est plus radical : la justice est inhérente au fonctionnement de toute association. Même les méchants ne sont jamais qu'à moitié injustes, « car ils ne se seraient pas épargnés les uns les autres s'ils eussent été tout à fait injustes ; aussi bien est-il évident qu'il y avait en eux une certaine justice qui les a

empêché de se nuire mutuellement, dans le temps qu'ils nuisaient à leurs victimes, et qui leur a permis de faire ce qu'ils ont fait ; se lançant dans leurs injustes entreprises, ils n'étaient qu'à demi pervertis par l'injustice, puisque les méchants achevés et les parfaits injustes sont aussi parfaitement incapables de rien faire ».

Socrate ne se trouve-t-il pas écrasé sous le poids de son propre argument ? Il vient de montrer que la justice est utile à la vie en société, quel que soit le but poursuivi par cette société. La justice peut donc être mise au service de l'injustice. Elle peut être instrumentalisée par son contraire. Beau résultat ! Et même s'il a réussi à dominer Thrasymaque qui se montre après ce coup aussi prompt à céder qu'il paraissait fougueux à combattre quelques instants plus tôt, Socrate doit reconnaître qu'il ne nous a pas dit ce qu'est la justice. Le livre premier de *La République* se termine sur ce constat d'échec. Thrasymaque est peut-être une brute, mais il a réussi à empêcher Socrate de trouver une solution digne de ce nom au problème de la justice.

Alors, au tout début du livre II, interviennent Glaucon et Adimante. Ces deux frères de Platon ont une très illustre ascendance : du côté paternel, Codrus, le roi légendaire, et, du côté maternel, Dropide, parent et ami de Solon. Ce sont aussi de purs Athéniens. Jeunes hommes, ils ont participé à la bataille de Mégare, et n'ont point démenti le courage et le patriotisme de leur illustre race. Glaucon, l'aîné, possède d'heureuses dispositions pour la musique, ce qui ne l'empêche pas de consacrer ses loisirs d'aristocrate à la chasse et aux exercices physiques. D'un caractère plus réservé, Adimante son cadet est plus apte à la méditation. Trop bien nés l'un et l'autre pour nourrir de basses ambitions, ils sont « les parfaits représentants de cette jeunesse en qui Socrate avait su faire jaillir l'étincelle du véritable amour⁴ ».

4. R. Baccou, introduction, in Platon, *La République*, Flammarion, p. 16.

Glaucou ouvre le feu. Il n'est pas satisfait de la discussion qui vient d'avoir lieu. Thrasymaque s'est rendu plus tôt qu'il ne se doit, fasciné par Socrate comme par un serpent. Le nouvel intervenant raisonne en économiste : il met en balance les avantages et les inconvénients de l'injustice. Et il en conclut « qu'il y a plus de mal à la souffrir que de bien à la commettre ». Alors, les hommes ont trouvé un système pour ne plus la commettre ni la subir. « De là prirent naissance les lois et les conventions, et l'on appela légitime et juste ce que prescrivait la loi. » Glaucou invente le « contrat social » avant la lettre.

La justice est donc aimée non comme un bien en soi, mais parce qu'elle empêche de commettre l'injustice. La preuve, c'est que dès que l'on peut commettre l'injustice sans risquer d'être pris, on ne résiste pas à être injuste. Dans le célèbre conte que rapporte Glaucou, l'anneau de Gygès rend invisible à volonté celui qui le porte, et qui se livre alors allègrement à toutes les turpitudes possibles. On peut en déduire que « personne n'est juste volontairement, mais par contrainte, la justice n'étant pas un bien individuel, puisque celui qui se croit capable de commettre l'injustice la commet ».

Glaucou compare ensuite l'injuste et le juste « parfaits » dans leur genre de vie. S'il veut être supérieur dans l'injustice, le premier va chercher à passer pour juste, car « l'extrême injustice consiste à paraître juste tout en ne l'étant pas ». À l'homme parfaitement injuste, il faut donc accorder la parfaite injustice. Face à lui, le juste parfait veut non pas paraître, mais être juste. S'il paraissait juste, il aurait à ce titre honneurs et récompenses, et il ne saurait pas si c'est pour la justice ou pour les honneurs et récompenses qu'il est juste. Le juste pour être parfaitement juste doit donc paraître injuste. À partir de là, il n'est pas difficile de décrire le genre de vie qui les attend l'un et l'autre. « Le juste [parfait], tel que je l'ai représenté, sera fouetté, torturé, emprisonné, on lui brûlera les yeux, enfin après avoir souffert les maux de toute sorte, il sera empalé » (*Rép.* II, 362 a). Quant à l'injuste parfait, « il commande dans sa cité grâce à sa réputation de justice ; ensuite il prend femme dans la maison qui lui

plaît, il marie ses enfants à qui il veut, il forme des liaisons de plaisir ou d'affaires avec qui bon lui semble, et il tire avantage et profit de tout cela, parce qu'il n'a aucun scrupule d'être injuste. » (362 b). C'est comme s'il avait à son doigt l'anneau magique de Gygès. L'apparence de la justice lui sert à rendre invisibles les injustices qu'il commet dans l'impunité. À écouter Glaucou comment ne pas donner raison à ceux qui placent l'injustice au-dessus de la justice ?

On ne saura jamais la réponse de Socrate, car à peine Glaucou a-t-il terminé son propos qu'Adimante intervient. Prenant le contre-pied de son frère, il cherche à qualifier ceux qui placent la justice au-dessus de l'injustice. Certains, remarque-t-il, s'attendent que dans l'Hadès les justes soient récompensés et les injustes punis. C'est leur manière à eux de louer la justice. D'autres célèbrent comme belle la justice, mais ils la trouvent difficile et pénible, tandis que l'injustice leur paraît agréable et d'une possession plus facile, honteuse seulement au regard de l'opinion publique. Ce qui ne les empêche pas d'honorer les méchants riches et de mépriser les bons qui sont faibles et pauvres, tout en reconnaissant qu'ils sont meilleurs que les autres. « Les dieux mêmes, prétendent-ils, ont souvent réservé aux hommes vertueux l'infortune et une vie misérable. »

Quel chemin faut-il donc conseiller au jeune homme qui cherche sa voie ? La réponse paraît évidente à Adimante, qui rejoint ici son frère : il doit choisir l'apparence. « Si je suis juste sans le paraître en même temps, je n'en tirerai aucun avantage, mais des peines et des châtiments certains, tandis que si je sais allier l'injustice avec la réputation d'honnête homme, on m'assure d'un sort égal à celui des dieux » (365 b). Il suffit d'échapper au regard des hommes. Ni vu, ni connu, comme dit le proverbe.

Alors se pose la question : si l'on peut échapper au regard des hommes, le peut-on au regard des dieux ?

De deux choses l'une indique le subtil Adimante : ou bien ils existent, ou bien ils n'existent pas. Il faut se rendre

compte de l'audace de l'alternative qui est ici posée par Adimante. Le dialogue a commencé par les dévotions de Socrate. Il s'est continué autour de celles de Céphale. Certes ce dernier s'est retiré, mais est-ce pour autant que ses enfants et les amis de ses enfants peuvent se permettre de blasphémer sous son toit ?

Écoutons bien maintenant comment Adimante s'y prend pour répondre à ceux pour qui il n'est pas possible d'échapper au regard des dieux ni de leur faire violence : « Mais s'ils n'existent point, ou s'ils ne s'occupent pas des affaires d'ici-bas, à quoi bon nous mettre en peine de leur échapper ? Et s'ils existent et s'ils en prennent soin, nous avons idée et connaissance de leur nature que par ouï-dire et par les poètes qui ont fait leur généalogie. Or, ces mêmes poètes nous apprennent aussi qu'on peut les fléchir et les gagner par des sacrifices, de flatteuses prières, et des offrandes : il faut les croire sur les deux points, ou ne les croire sur aucun. S'il faut les croire, nous serons injustes et nous leur ferons des sacrifices sur les fruits de nos injustices. Il est vrai qu'étant justes, nous n'aurions aucune peine à craindre de leur part, mais nous renoncerions alors aux profits de l'injustice. Au contraire, étant injustes, nous aurons le profit et par nos prières, nous leur persuaderons de nous pardonner nos crimes et nos fautes, et nous échapperons au châtement et de nos péchés. Mais, dira-t-on chez Hadès, nous subirons la peine des injustices commises en ce monde, nous ou les enfants de nos enfants – Mais mon ami, répondra un homme qui raisonne, les initiations peuvent beaucoup ici, ainsi que les dieux libérateurs, s'il faut en croire les plus grands États et les fils des dieux, poètes et interprètes, qui nous attestent ces vérités. » (346 a-b)

On l'aura compris, Adimante, comme Glaucon, se fait l'avocat du diable. Il veut pousser Socrate dans ses tout derniers retranchements pour le forcer à définir la justice comme un bien en soi, en elle-même, lui qui a déjà la réputation « d'avoir consacré toute sa vie à l'examen de cette unique question ». Ce qui est particulièrement frappant, c'est qu'Adimante emploie une formule qui sera reprise quasiment

mot pour mot des siècles plus tard dans un tout autre contexte par Grotius, formule qui deviendra le célèbre *etiamsi* (« même si ») : « Ce que nous venons de dire [au sujet du droit de la nature humaine] aurait lieu en quelque sorte, quand même nous accorderions, ce qui ne peut être concédé sans un grand crime, qu'il n'y a pas de Dieu, ou que les affaires humaines ne sont pas l'objet de ses soins » (*Prolegomènes*, XI).

Platon et Grotius cherchent à fonder l'un la justice, l'autre le droit, « même si » Dieu n'existe pas ou ne s'occupe pas des affaires humaines – les deux branches de cette alternative étant équivalentes, puisque si Dieu existe, mais ne s'occupe pas de nous, c'est, pour le sort des hommes, comme s'il n'existait pas. (On en dira bientôt autant de la Nature qui, si même elle existe, est indifférente au sort des hommes.)

Ainsi Grotius est-il revenu au point de départ de Platon. Ce qui revient à dire qu'entre Platon et Grotius il n'y a rien qu'un grand vide où les plus grands esprits se sont perdus. Car la seule question qui vaille est bien celle-ci : y a-t-il une justice, y a-t-il un droit si Dieu n'existe pas ou s'il ne s'occupe pas des affaires humaines ? On peut même remarquer que Grotius, de crainte de heurter les oreilles prudes des croyants, doit prendre des précautions considérables pour se retrouver au point de départ de Platon – ce qui laisse entendre qu'il y a eu une sorte de régression de la pensée dans les siècles qui ont suivi Platon.

Il faut bien voir, aussi, que le « *etiamsi* » mis en œuvre par *La République* est exceptionnel dans l'œuvre de Platon. Confronté à une théorie semblable de la justice dans le *Gorgias*, et poussé pareillement dans ses derniers retranchements, Socrate doit faire appel à la punition des dieux pour justifier ses conceptions, à une sorte de Jugement dernier avant la lettre, où les justes sont récompensés et les injustes punis. Et d'affirmer, parce que adossé à l'autorité divine : « Tout au contraire, après la réfutation, au cours de ce long débat, des autres thèses, celle-ci demeure seule en paix, celle d'après laquelle on doit davantage prendre garde de commettre l'injustice que de subir l'injustice : se soucier, par des-

sus tout, non point de *passer* pour un homme de bien, mais de *l'être*, dans la vie privée comme dans la vie publique » (*Gorgias*, 527 b) – nous soulignons.

Pourquoi dans *La République* Socrate est-il obligé de se passer de la punition divine et de prolonger son raisonnement plus loin que dans le *Gorgias* ? On pourrait répondre que la première est postérieure au second et que Platon complète dans *La République* l'œuvre commencée dans le *Gorgias*. Mais il y a peut-être aussi d'autres raisons qui expliquent ce dépassement. Essayons de voir lesquelles.

Il faut pour cela faire un long détour par le *Gorgias*. Cet « investissement » est indispensable; on verra bientôt pourquoi.

D'abord on y trouve une définition du bien. « Ainsi, c'est notre bien, remarque Socrate, que nous cherchons dans la marche quand nous marchons, espérant nous en trouver mieux, et quand nous faisons le contraire, c'est encore pour la même fin, pour le bien ». En langages contemporains, on dirait que quoi que l'on fasse, on poursuit son intérêt. Ou encore que quoi que l'on fasse, on se comporte de manière rationnelle. Et pour bien marquer ce point, Socrate enfonce immédiatement le clou : « De même encore, quand nous tuons un ennemi (si cela nous arrive), quand nous l'exilons ou le privons de ses biens, c'est que nous croyons meilleur pour nous de faire cela que de ne pas le faire » (*Gorgias*, 468, b). C'est que nous poursuivons un but que nous considérons comme notre bien, et que nous choisissons les moyens adaptés à cette fin.

Socrate ne dit pas autre chose quand il explique : « Mais n'avons-nous pas reconnu que, lorsque nous faisons une chose en vue d'une autre, la chose voulue n'est pas celle que nous faisons, mais celle en vue de laquelle nous agissons ? [...] Nous ne voulons donc pas faire périr les gens, les bannir, leur prendre leurs biens, pour le simple plaisir d'agir ainsi : lorsque la chose est utile, nous voulons la faire ; si elle est nuisible, nous ne le voulons pas. » Bouleversant de

constater qu'il faudra attendre la fin du XIX^e siècle pour retrouver une définition de l'utilité aussi *wertfrei* – aussi dépourvue, « libre » de valeur morale. Sous la plume de Léon Walras, on pourra lire : « Je dis que les choses sont utiles dès qu'elles peuvent servir à un usage quelconque en permettant la satisfaction. Ainsi, il n'y a pas à s'occuper des nuances par lesquelles on classe, dans le langage de la conversation courante, l'utile à côté de l'agréable, entre le nécessaire et le superflu. Nécessaire, utile, agréable, et superflu, tout cela, pour nous, est seulement plus ou moins utile. Il n'y a pas davantage à tenir compte ici de la moralité ou de l'immoralité du besoin auquel répond la chose utile et qu'elle permet de satisfaire. Qu'une substance soit recherchée par un médecin pour guérir un malade ou par un assassin pour empoisonner sa famille, c'est une question très importante à d'autres points de vue, mais tout à fait indifférente au nôtre. La substance est utile pour nous, dans les deux cas, et peut l'être plus dans le second que dans le premier⁵. »

Avec en tête cette référence de l'un des plus grands économistes du XIX^e siècle, nous sommes vraiment curieux de savoir maintenant comment Socrate va s'y prendre pour prouver que « le plus grand des maux, c'est de commettre l'injus-

5. Léon Walras (1834-1910), *Éléments d'économie politique pure, ou Théorie de la richesse sociale*, édition définitive revue et augmentée par l'auteur; Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1952, p. 21. On pourrait tracer un parallèle suggestif entre ce texte d'économie pure et le passage suivant du *Protagoras*. C'est Socrate qui parle : « Ainsi donc, vous êtes d'accord que l'agréable est du bien, que l'affligeant est du mal. Que Prodicos, je l'en prie, veuille bien renoncer à ses distinctions de mots : que tu dises en effet, excellent Prodicos, "agréable", ou bien "plaisant", ou encore "réjouissant", quelle que soit la façon dont il te plaira de nommer ce genre d'état et de quelque origine tu en fasses dériver le nom, emploie cette dénomination, dans la réponse que tu me feras, dans un sens qui réponde à ce que j'ai en vue » – 358 a).

« tice », et que « s'il fallait choisir entre la subir et la commettre, je préférerais la subir. » (*Gorgias*, 469, c). L'argument de Socrate est ici hédoniste : « il n'y a point de bonheur pour celui qui commet l'injustice ». Développé : « l'homme coupable, comme aussi l'homme injuste, est malheureux en tout cas, mais il l'est surtout s'il ne paie point ses fautes et n'en subit pas le châtement ; il l'est moins au contraire s'il les paie et s'il est châtié par les dieux et par les hommes » (472 e). En résumé : « Je crois, quant à moi, que toi même, moi, et tous les hommes, sommes d'accord pour juger que commettre l'injustice est pire que d'en être victime et qu'échapper au châtement est pire que de le subir » (*Gorgias*, 474 b). Voilà un raisonnement qui paraît bien fragile, tout fondé qu'il soit sur de bons sentiments.

Or, à ce moment du *Gorgias*, Pôlos, qui est l'interlocuteur de Socrate, reconnaît qu'il est plus laid de commettre l'injustice que de la subir. Il ouvre une brèche esthétique, si l'on ose dire, dans laquelle notre philosophe va s'engouffrer.

Argument : le beau est identique au bien et le mauvais au laid. Comme le bien, nous venons de le voir, est identique à l'utile, et le mauvais au dommageable, on en déduit que le beau est utile et le mauvais dommageable. En grec l'expression courante *καλὸς κάγαθός* dit bien la réunion des deux notions du beau et du bon. C'est bien ce que fait Socrate : « Par exemple, pour commencer par les corps, ceux que tu appelles beaux, ne les désignes-tu pas ainsi en considération de leur utilité selon celle qui est propre à chacun, ou bien par rapport au plaisir, si leur vue peut réjouir le regard ? » (474 d) (Notons en passant que le corps est ici considéré comme une chose.)

Il en va de même, nous dit Socrate, des formes et des couleurs « n'est-ce pas pour un certain plaisir, ou pour une utilité, ou pour ces deux motifs à la fois, que tu les qualifies de belles ? » (*Gorgias*, 474 e) ; de même encore pour la musique et les voix, et, « bien sûr », pour ce qui est du domaine des lois

et des occupations « ce qui est beau ne l'est sans doute pas pour des raisons en dehors de celles-là : soit parce qu'il est utile, soit parce qu'il est agréable, ou pour les deux raisons à la fois ». Une nuance, certes, est introduite entre l'utile et le plaisir ou l'agréable, dont on comprendra la raison plus tard. Pour le moment, si l'on peut admettre avec Walras que l'agréable et l'utile reviennent au même, ce dont semble convenir Socrate lui aussi un peu plus loin⁶, alors nous sommes bien en face d'une théorie utilitariste complète de la beauté et de son contraire. La beauté fait du bien et la laideur fait du mal.

Dès lors, si comme l'a reconnu Pôlos, il est plus laid de commettre l'injustice que de la subir, « alors cela est [aussi] plus douloureux ». Le tour est joué. « J'avais donc raison de dire que ni moi, ni toi, ni personne, ne saurait préférer commettre l'injustice à la subir : car il se trouve que c'est une mauvaise affaire » (475 e). Il s'ensuit que si l'on a commis une injustice, « il faut aller en toute hâte, de son plein gré, là où l'on obtiendra la plus rapide punition, chez le juge comme on irait chez le médecin, de peur que le mal d'injustice, n'étant pas pris à temps, ne corrompe l'âme jusqu'au fond et ne la rende incurable » (480 b).

Cette théorie esthétique de la justice suffit-elle à la justifier ? On serait presque tenté de l'admettre. Sauf à se poser la question : si tout objet peut être ramené à l'utile à partir du moment où il est objet de mon choix, alors le concept de l'utile ne perd-il pas... de son utilité ? Et pareillement le concept de bien qui lui est ici associé. La même objection peut être faite à la notion de rationalité, on le sait*. Mises prétendra que le terme d'action rationnelle est un pléonasme. Mais si n'importe quelle action peut être qualifiée après coup

6. « Si ces choses sont belles, ne sont-elles donc pas bonnes ? Elles sont en effet, soit agréables soit utiles » (*Gorgias*, 477 a).

* p. 111 sq.

de rationnelle, alors le concept perd de sa capacité explicative – pour ne rien dire de sa capacité prédictive. La seule manière de sortir de cette tautologie, c'est de qualifier le bien ou l'utile ou le rationnel. Ainsi Mises sera-t-il amené à rabattre la rationalité pure sur la rationalité économique (être vivant plutôt que mort, riche plutôt que pauvre). Qu'a fait Socrate vingt-cinq siècles avant lui ?

À ce moment de la discussion intervient Calliclès. Il joue dans le *Gorgias* le rôle de Thrasymaque dans *La République*. Mais alors que le second est un sophiste bien connu, le premier ne jouit d'aucune renommée. On devine seulement qu'il s'agit de l'un de ces jeunes Athéniens de bonne famille qui se préparait à une carrière politique à l'école des rhéteurs et des sophistes. Intelligemment, il essaie de démolir l'argumentation de Socrate en revenant sur le faux pas de Pôlos : « le reproche précis que je lui fais, c'est de t'avoir accordé que commettre l'injustice fût plus laid que de la subir » (482 e). Il a bien vu que c'est à la suite de cette « concession » que s'empêtrant dans ses propos, il s'est laissé museler par Socrate. Ce qu'il dit alors nous intéresse au plus haut point : il reproche à Socrate d'avoir confondu le plan de la nature et le plan de la loi.

Selon Calliclès, l'institution des lois est due aux faibles et au grand nombre qui cherchent à se protéger des forts. « Pour effrayer les plus forts, ceux qui sont les plus capables de l'emporter, et pour les empêcher de les emporter en effet, ils racontent que toute supériorité est laide et injuste, et que l'injustice consiste essentiellement à vouloir s'élever au-dessus des autres : quant à eux, il leur suffit, j'imagine, d'être au niveau des autres, sans les valoir [...] Mais, la nature elle-même, selon moi, nous prouve qu'en bonne justice celui qui vaut plus doit l'emporter sur celui qui vaut moins, le capable sur l'incapable^{*}. Elle nous montre partout, chez les animaux

* Si on entend par capacité de paiement, on a ici, dans la bouche de Calliclès, exactement la formule de l'efficacité. Cf. t. I, p. 177 sq.

et chez l'homme, dans les cités et les familles, qu'il en est bien, que la marque du juste, c'est la domination du puissant sur le faible et sa supériorité admise » (483 d-e).

À l'appui de sa démonstration, Calliclès en vient à citer Pindare : « La loi, reine du monde, des hommes et des dieux, justifie la force qui mène tout de sa main souveraine ; j'en juge ainsi par les oeuvres d'Héraclès, puisque sans les payer... Et voici l'idée, car je ne sais pas le morceau par cœur ; mais le sens en est qu'Héraclès, sans avoir ni payé ni reçu en don les bœufs de Géryon, les chassa devant lui, estimant que, selon le droit naturel, les bœufs et tous les biens du plus faible et du moins vaillant sont la propriété du meilleur et du plus puissant » (484 b-c). Il se confirme que le droit de propriété ne tient pas face à l'injonction utilitariste.

À son tour Calliclès a prêté le flanc à la critique de Socrate en mettant sur le même plan le plus fort et celui qui vaut plus. Et la question fuse tout naturellement : « y a-t-il identité ou différence entre plus puissant, meilleur et plus fort ? ». Calliclès, alors, est bien obligé de répondre : « Eh bien ! je déclare nettement que c'est la même chose » (488 d). Or, le grand nombre est plus fort. Comme Calliclès vient de le dire, le grand nombre, qui est composé des plus faibles ou des moins forts, admet que la justice est non point d'avoir le dessus, mais l'égalité, et de concevoir des lois à cette fin. Ce n'est donc pas seulement en vertu de la loi que l'on veut l'égalité, mais aussi en vertu de la nature. Par conséquent, il n'y a pas d'opposition entre loi et nature.

Les deux interlocuteurs oublient de dire que c'est en démocratie que le plus grand nombre fait la loi – comme si la loi de la majorité allait de soi, quel que soit le régime. Mais il y a tout de même l'aveu que l'égalité par la loi, qui tient lieu ici de justice est issue de la raison du plus fort, puisqu'elle est la raison du grand nombre.

Calliclès ne manque pas de prendre la balle au bond : « Crois-tu qu'à mes yeux, parce qu'un ramassis d'esclaves

et de gens de toute provenance, des hommes sans valeur, sinon peut-être par la vigueur de leurs muscles, se seront réunis et auront prononcé certaines paroles, ces paroles seront des lois ? » (489 c) De nouveau, il se piège lui-même. Et au tour de piste suivant, il est bien obligé de convenir que « le droit selon la nature, c'est que le meilleur et le plus raisonnable commande aux médiocres et prenne la plus grosse part » (490 a). Il s'enferme dans son propre piège. Car il est bien obligé de dire que les meilleurs, « ce sont ceux qui en ce qui concerne les affaires publiques, sont intelligents et courageux. Voilà ceux qui méritent le pouvoir, et la justice veut que la part des avantages soit plus grande pour eux que pour les autres, pour les gouvernants que pour les gouvernés » (491 d)

Soit ! mais pour pouvoir commander autrui, ne faut-il pas avoir de l'autorité sur soi-même, c'est-à-dire « être sage et se dominer, commander en soi aux plaisirs et aux passions » (491 d). Mais ces sages-là, s'exclame Calliclès, « ce sont les imbéciles ». Car, continue-t-il, « le beau et le juste selon la nature, c'est ce que je suis en train de t'expliquer sans déguisement : à savoir, que pour bien vivre, il faut entretenir en soi-même les plus fortes passions au lieu de les réprimer, et qu'à ces passions, quelque fortes qu'elles soient, il faut se mettre en état de donner satisfaction par son courage et son intelligence, en leur prodiguant tout ce qu'elles désirent » (491 e).

La maximisation n'est pas un terme étranger au raisonnement économique ordinaire. Pourtant, à entendre Calliclès, un tel objectif ne serait pas à la portée de la plupart des hommes et voilà pourquoi ils disent de la licence que c'est une vilaine chose et ils vantent la sage modération et la justice, « effet de leur manque de virilité » La vérité que prétend chercher Socrate, la voici selon Calliclès : « la vie facile, l'intempérance, la licence, quand elles sont favorisées font la vertu et le bonheur ; le reste, toutes ces fantasmagories qui

reposent sur des conventions humaines contraires à la nature, n'est que sottise et néant (492 c).

Alors Socrate fait remarquer que l'hypothèse implicite de la théorie de Calliclès, c'est que le bien est identique à l'agréable. Il va donc s'attacher à disjoindre ces deux notions. Voici comment il raisonne : tandis que l'on ressent le plaisir et la douleur dans le même moment, par exemple lorsque l'on étanche sa soif, on ne peut être à la fois heureux et malheureux. « Ce n'est donc que le plaisir n'est pas le bonheur, et que la souffrance n'est pas le malheur, de sorte que l'agréable est finalement autre chose que le bien » (497 a).

Calliclès croit se tirer d'affaire en cherchant un autre critère pour classer les plaisirs. Il déclare que, à l'instar de M. Toulemonde, il juge certains plaisirs comme meilleurs et certains autres comme plus mauvais. Est-ce que cela veut dire que ceux qui sont bons sont utiles et les mauvais, ceux qui sont dommageables ? demande Socrate. Calliclès d'acquiescer. Et Socrate d'insister : « les bons [plaisirs] sont-ils ceux qui sont utiles, et les mauvais ceux qui sont nuisibles ? » (499 d). Et Calliclès d'acquiescer encore. Cette fois la boucle est bouclée. Le bien est identique à l'utile et le mal au dommageable — et réciproquement. Le plaisir disparaît comme catégorie autonome. On ne peut décider de sa place dans la topologie du bien/utile et du mal/dommageable s'il n'est pas qualifié.

Mais qu'est-ce donc qu'un plaisir bon et un plaisir mauvais ? La réponse est déjà donnée : un plaisir bon est utile, un plaisir mauvais est dommageable. Tout à l'heure, avec Pôlos, l'utilitarisme était étendu au beau et au laid. Maintenant, avec Calliclès, il s'applique au plaisir et au déplaisir. Est-ce que Walras dit autre chose quand il met sur le même plan, nous venons de le voir, l'utile et l'agréable ?

Or, le bien, rappelle Socrate, est la finalité de nos actions (en termes contemporains, nous suivons nos intérêts) : « la fin dernière de tous nos actes est le bien et dans toute notre

conduite, nos buts sont subordonnés au bien, et non le bien à ces autres buts » (499 e). Rien là qui ne puisse être repris par l'économiste *wertfrei* ⁷.

Alors Socrate demande : « Mais appartient-il au premier venu de distinguer, dans le nombre de choses agréables, celles qui sont bonnes et celles qui sont mauvaises ? Ou bien, est-ce le fait d'une compétence particulière pour chaque cas ? » (500 a).

Là encore, l'économiste d'aujourd'hui peut donner son accord. Il n'est pas interdit de s'entourer de conseils d'expert avant de prendre quelque décision que ce soit. Mais nous ne sommes pas sortis de la tautologie. Nous en avons même élargi le cercle pour y intégrer le plaisir.

C'est à la question suivante que Socrate dérape lorsque pour sortir du cercle il distingue entre les « différentes industries » celles qui « atteignent seulement le plaisir et ne peuvent procurer que lui, mais ignorent le meilleur et le pire (exemple la cuisine), tandis que d'autres « connaissent le bien et le mal » (exemple la médecine). Du reste, la cuisine n'est qu'un savoir-faire tandis que la médecine est un art. (500 b). Voilà bien un *distinguo* que s'interdirait de faire un disciple de Walras.

« La médecine, explique Socrate, a commencé par étudier la nature du malade, elle sait pourquoi elle agit comme elle fait, et peut justifier toutes ses démarches ; au lieu que [la cuisine], dont tout l'effort tend au plaisir, marche à son but sans aucun art, sans avoir étudié la nature du plaisir et ce qui le produit, livrée pour ainsi dire au pur hasard, dépourvue de

7. De même dans le *Protagoras*, Socrate assure que « personne, au moins de son plein gré, ne va à ce qui est un mal, non plus qu'à ce qu'il se figure être un mal, et que, pas davantage, cela n'est, semble-t-il bien, dans la nature de l'homme, d'accepter de marcher à ce qu'il se figure être un mal, au lieu de marcher à ce qu'il pense être un bien, et quand on est forcé de choisir entre deux maux, personne ne choisit le plus grand, s'il lui est loisible de choisir le moindre » (358 cd). On sait que pour Aristote, le méchant l'est de son plein gré.

tout calcul, conservant seulement par une pratique routinière le savoir de ce qu'on fait d'habitude et cherchant par les mêmes moyens à procurer du plaisir » (501 a-b).

Parmi les pratiques qui ne visent qu'à notre plaisir, Socrate va ranger l'audition de flûte ou de cithare et tous plaisirs de ce genre, l'instruction préparatoire des chœurs pour les représentations dramatiques, la poésie dithyrambique, la tragédie, la flatterie, la rhétorique telle qu'elle est pratiquée par les hommes politiques.

Il y a donc parmi les désirs ceux qui, satisfaits, rendent l'homme meilleur, et ceux-là sont à réaliser, mais non pas ceux qui le rendent pire. Nous retrouvons bien la « morale d'aspiration », qui vise à améliorer l'homme. Apparemment chassée par la porte, elle est rentrée par la fenêtre ! Et encore est-elle déguisée en technicienne de l'excellence. L'homme doit rechercher non pas le maximum d'utilité, mais le meilleur – l'optimum, au sens propre. Et certes l'optimisation qui est une maximisation sous contrainte de la rareté (par exemple comment dépenser au mieux un budget donné) n'est pas étrangère au raisonnement économique. Bien au contraire, c'est une notion qui lui est familière. Et il pourrait se reconnaître tout à fait dans le passage suivant.

« L'homme vertueux, celui qui dit tout ce qu'il dit pour le plus grand bien, parle-t-il jamais à l'aventure, ou n'a-t-il pas un but déterminé dans ses discours ? » demande Socrate. Il en est de lui comme des autres artisans : chacun de ceux-ci, le regard fixé sur sa tâche propre, loin de recueillir et d'employer au hasard les matériaux qu'il emploie, vise à réaliser dans ce qu'il fait un certain plan. Considère, par exemple, les peintres, les architectes, les constructeurs de navires, et tous les autres artisans, prends celui que tu voudras, tu verras avec quel ordre rigoureux chacun dispose les éléments de son œuvre, les forçant à s'ajuster harmonieusement les uns aux autres, jusqu'à ce qu'enfin tout l'ensemble se tienne et s'ordonne avec beauté » (503 e, 504 a). Ce qui est vrai d'une mai-

son, d'un vaisseau, de nos corps, sera vrai de notre âme : bonne si elle est réglée et ordonnée, mauvaise dans le cas contraire. Dès lors, la conclusion s'impose : « l'ordre, dans le corps, est ce qui s'appelle le sain, qui produit dans le corps, la santé, avec toutes les autres qualités physiques [...] Dans l'âme, l'ordre et l'harmonie s'appellent la discipline et la loi, qui font les bons citoyens et les honnêtes gens : et c'est cela qui constitue la justice et la sagesse » (504 c-d).

Que voilà, pour nous, une étrange définition de la loi, de la légalité et de la légitimité. Mais elle est nécessaire à Socrate pour établir que « aussi longtemps que [l'âme] est mauvaise, par ignorance, intempérance, injustice ou impiété, il faut la priver de ce qu'elle désire et ne lui laisser faire que ce qui peut la rendre meilleure ». (505 b)

À ce moment-là, Calliclès se regimbe (« je ne sais ce que tu veux dire ») s'attirant cette réplique de Socrate : « Ce Calliclès ne peut souffrir qu'on lui rende service ! Il repousse la chose même dont nous parlons, le châtiment ! » (504 c). Par cette phrase mise dans la bouche de Socrate, Platon a influencé les commentateurs pour les siècles à venir. Pas étonnant que Calliclès ait si mauvaise presse ! « L'attitude de cet homme, si confiant en lui-même et si audacieux dans son immoralité, est d'un comique achevé. On y voit au naturel l'orgueil puéril d'un homme infatué qui s'obstine à fermer les yeux à la raison et qui boude comme un enfant pris en faute », a-t-on pu écrire de lui⁸.

Nous serions enclins à moins de sévérité : Calliclès d'instinct refuse la rationalité optimisatrice que lui propose Socrate. Comme l'a justement observé le philosophe américain Charles Larmore, « pour Platon, comme pour Aristote, la morale est fondamentalement l'intérêt bien compris de l'agent ». Mais bien compris par qui ? Et si l'agent lui-même ne veut pas *comprendre* où est son intérêt *bien*

compris ? Calliclès est buté. Il ne veut pas comprendre où est son intérêt bien compris par Socrate, et il essaie de rompre la discussion. Socrate est obligé de continuer seul. Et pour finir, on l'a dit, il fera appel aux foudres de l'enfer « Mais ce qui fait peur, c'est de commettre l'injustice ; car, pour l'âme qui est lestée de multiples injustices, arriver chez Hadès c'est le dernier de tous les maux » – ce qui ne détonne pas dans la bouche d'un homme aussi pieux. Le *Gorgias* se termine sans que nous sachions si Calliclès s'est laissé impressionner, ou bien s'il est prêt, tel don Juan, à serrer la main du Commandeur...

Dans *La République*, Socrate ne peut pas esquiver la question en agitant les foudres de l'enfer. Glaucon et Adimante sont des interlocuteurs autrement plus sérieux et exigeants. Face à eux, Socrate va se trouver obligé de lever l'hypothèque divine. Quel argument trouver pour la justice si l'enfer n'existe pas. Dieu mort, tout n'est-il pas permis ? Sempiternelle question qui est ici posée dans des termes très précis, kantien avant la lettre :

« Les pères, déclare Adimante, enseignent et recommandent à leurs enfants la pratique de la justice, et ainsi font tous ceux qui ont charge d'âmes ; mais ce n'est pas pour elle-même qu'ils louent la justice, c'est pour la considération qu'elle procure [...] Mais ces partisans de la justice portent plus loin encore les profits d'une bonne réputation : ils mettent en ligne de compte l'approbation des dieux et ne tarissent pas sur les biens dont les dieux, disent-ils, comblent les hommes pieux » (*La République*, 362 e, 363 a). Car « personne n'a blâmé l'injustice ou loué la justice pour d'autres raisons que la réputation, les honneurs et les récompenses qui y sont attachés » (*La République*, 366 e).

Adimante demande donc à Socrate de louer de la justice « ce qu'elle a par elle-même d'avantageux à son possesseur, et blâme dans l'injustice ce qu'elle a de nuisible par elle-même » (367 d). Ultime recommandation : « Ne te borne donc pas à nous montrer que la justice est préférable à l'in-

⁸ Émile Chambry, dans sa notice sur le *Gorgias*, in *Platon*, Garnier-Flammarion, p. 163.

justice ; fais-nous voir par les effets que l'une et l'autre produit par elle-même dans son possesseur, soit qu'elle échappe, soit qu'elle n'échappe pas au regard des dieux et des hommes, que l'une est un bien et l'autre un mal » (367 e).

Cette fois, la barre est placée très haut. Sans doute ne peut-elle être placée plus haut. Or, à cet exigeant questionnement, Socrate, on ne l'a peut-être pas assez remarqué, répond par une leçon d'économie – une leçon tellement complète que les génies du XVIII^e siècle, qui découvriront la « science économique » n'auront plus qu'à la recopier quasiment telle quelle. Peu important que les dieux n'existent pas ou qu'ils ne s'occupent pas des affaires humaines. Qu'ils existent ou non, l'économie peut tenir lieu de Loi. Cette découverte est tellement inattendue, tellement scandaleuse que l'on va tout faire pendant des siècles pour l'étouffer – jusqu'à ce qu'elle resurgisse sous la plume d'un Condillac ou d'un Adam Smith, Grotius n'étant encore qu'à mi-chemin sur la voie.

Le lecteur est sans doute étonné de ce que nous affirmons ici, suspectant que nous péchions par économisme – une déformation professionnelle. Voici donc la démonstration. Il suffit de lire le texte de *La République*. Elle y apparaît très clairement.

Socrate pose d'abord une question de méthode. La vertu de justice est commune à l'homme et à la société politique. Dans la seconde, elle se trouve comme « écrite » en caractères plus gros que dans l'individu, et donc plus faciles à déchiffrer. On va donc commencer l'examen par la société. Il ne faudrait pas en déduire un quelconque holisme chez Socrate. Au contraire, la manière dont il va reconstituer la naissance de la cité relève de l'individualisme méthodologique. On reproche parfois à Platon l'abstraction de ses raisonnements. Rien n'est plus concret que ce qui va suivre.

La naissance de la société, explique Socrate, « vient de l'impuissance où l'individu se trouve de se suffire à lui-même et au besoin qu'il éprouve de mille choses » (369 b), la mul-

tiplicité des besoins amenant à s'assembler sur un même lieu d'habitation une multiplicité d'hommes. Et voici la grande loi de l'échange formulée en une seule phrase : « quand un homme donne et reçoit, il ne fait cet échange que parce qu'il y voit son intérêt » (369 c). Il faudra attendre Condillac pour avoir une formule aussi claire et aussi exacte de l'échange, lequel ne peut se produire que si au moins l'un des partenaires y trouve avantage*.

Or « le premier et le plus important de tous [nos besoins] est la nourriture, d'où dépend la conservation de notre être et de notre vie. Le deuxième est celui du logement, le troisième est celui vêtement et de ce qui s'y rapporte. » (369 d). Comment ces besoins seront-ils satisfaits ? Il faudra que la société soit composée au moins d'un cultivateur, d'un maçon, d'un tisserand, d'un cordonnier, « ou quelque autre artisan pour les besoins du corps ». Question : « faut-il que chacune [de ces quatre personnes] fasse le métier qui lui est propre pour toute la communauté, par exemple que le laboureur fournisse à lui seul les vivres pour quatre et mette quatre fois plus de temps à préparer le blé pour en faire part aux autres, ou bien, que sans s'inquiéter d'eux, il produise pour lui seul le quart seulement de ce blé dans un quart de son temps, et consacre les trois autres quarts, l'un à se faire une maison, l'autre un vêtement, l'autre, des chaussures, et qu'au lieu de se donner du mal pour la communauté, il fasse ses propres affaires lui-même pour lui seul ? (369 e, 370 a).

Même au temps de Socrate, il sautait aux yeux que la première solution était la bonne, une solution qu'Adam Smith appellera la « division du travail ». Pour quelles raisons est-ce la meilleure solution ? Socrate en distingue trois avec une acuité inégalée encore aujourd'hui : 1) parce que chacun de nous n'est pas, de sa nature, tout à fait pareil à chaque autre, mais que cette nature au contraire le distingue, et qu'à l'exécution de tâches différentes conviennent des hommes diffé-

* p. 76.

rents ; 2) parce que l'exécution de la tâche sera plus belle lorsque c'est un seul homme qui s'en charge, et non pas quand à soi seul on met en œuvre une pluralité de métiers ; 3) parce que la tâche à exécuter n'attend pas d'attendre le loisir de celui qui l'exécute, mais qu'il est nécessaire à l'exécutant de s'attacher à suivre les exigences de la tâche à exécuter. « Par suite, on fait plus et mieux et plus aisément, lorsque chacun ne fait qu'une chose, celle à laquelle il est propre, dans le temps voulu, sans s'occuper des autres ». En termes contemporains, on dirait que la division du travail augmente la productivité du travail non seulement en quantité mais aussi en valeur.

Le processus ne s'arrête pas là. Le cultivateur ne va fabriquer tout seul ni sa charrue s'il veut qu'elle soit de belle sorte, ni son hoyau, ni aucun autre de ses instruments. Pareil pour le maçon, le cordonnier, le tisserand. « Voilà donc des maçons, des forgerons, et beaucoup d'ouvriers semblables qui, en s'associant à notre petit État, vont augmenter sa population » (370 d). Mais il faudra aussi lui adjoindre des bouviers, des bergers et tous les autres pâtres. Les bêtes serviront à labourer ou à transporter. Leurs peaux et leur laine seront utilisées. « Mais, reprend Socrate, il serait presque impossible de fonder la ville elle-même en un endroit où elle n'aurait besoin de rien importer » (370 e). En d'autres termes, il n'existe aucun lieu sur cette terre où une communauté puisse se suffire à elle-même.

Dès lors, une nouvelle profession apparaît, celle de l'importateur. C'est dire que la division du travail va être étendue par Socrate au niveau que l'on dirait aujourd'hui international, avec cette nécessité tellement ignorée de tant d'économistes, que pour importer il est nécessaire d'exporter, ce qui va fournir du travail aux « résidants » : « Mais si [l'importateur] s'en va les mains vides, sans rien apporter de ce qui fait besoin à ces peuples où il va chercher ce qui manque à ses propres concitoyens, il reviendra les mains vides, n'est-ce pas ton avis ? [...] Il faut donc que l'État produise chez lui

non seulement de quoi suffire à ses besoins, mais encore des objets tels et en tel nombre que les réclament les pays d'où il importe les denrées qui lui manquent » [...] Il faut donc augmenter dans notre État le nombre des laboureurs et des autres artisans. Il lui faut de plus des commissionnaires pour importer et exporter les diverses denrées ; or ceux-ci sont des commerçants, n'est-ce pas ? [...] Nous aurons donc besoin de commerçants [...] Et si le commerce se fait par mer, il nous faudra encore beaucoup d'artisans, j'entends ceux qui sont versés dans le métier de marin » (370 e, 371 a-b). Soit dit en passant, quand on lit un tel texte, on se demande comment on a pu prétendre et comment on peut prétendre encore qu'il n'y avait pas de raisonnement économique dans la Grèce antique⁹.

Et le processus continue. L'introduction de la monnaie « signe de convention destiné à l'échange* » va permettre l'apparition d'un nouveau métier, celui de grossiste. Leur tâche est « de rester au marché, d'acheter à prix d'argent à ceux qui désirent vendre et de vendre, à prix d'argent aussi, à ceux qui désirent acheter (371 c-d). Il y aura donc aussi des marchands au détail, et des trafiquants qui circulent dans les pays. Et il y aura des gens à employer « peu dignes par leur esprit d'être admis dans la communauté, mais qui par leur vigueur sont propres aux gros travaux. » Même ceux-là trouveront leur place dans la société. « Ils vendent l'emploi de leur force, et comme ils appellent salaire le prix de leur peine, on leur donne, je crois, le nom de salariés. » (371 d-e). Ainsi ne manque pas dans la présentation de Socrate une théorie de la force de travail !

9. On ne reviendra pas ici sur la querelle qui oppose historiens primitivistes et historiens modernistes en ce qui concerne l'Antiquité (cf. *21 siècles d'économie*). Le lecteur aura deviné que je me range résolument parmi les seconds.

* Ici, hélas ! Socrate introduit la notion de monnaie-convention, qui aura de lourdes conséquences (cf. tome I, p. 22).

« Une telle société va pouvoir fonctionner. Les habitants pourront se nourrir de toutes sortes d'aliments, du vin à boire. Ils auront un toit pour s'abriter, des vêtements à porter l'hiver. « Et, passant ainsi leur vie dans la paix et la santé, ils parviendront naturellement jusqu'à la vieillesse et ils transmettront la même vie à leurs descendants » (372 d).

Alors Adimante interjette : « Si tu organisais, Socrate, un État de pourceaux, tu ne leur donnerais pas d'autre pâture » (372 d).

Ce qui manque à cette société, en effet, c'est le luxe. Réponse de Socrate : « Je comprends : ce n'est plus seulement l'origine d'un État que nous étudions, mais celle d'un État qui vit dans les délices, et ce procédé peut n'être pas mauvais ; car l'étude d'un tel État nous fera peut-être apercevoir aussi bien par où la justice et l'injustice s'implantent à un moment donné dans les États. Toujours est-il que le véritable État, celui que j'ai décrit me paraît un État sain ; mais si vous voulez que nous en considérions un autre, gonflé d'humeurs, rien ne nous en empêche » (372 e).

Nous voilà fixés ! Le problème de la justice ne se pose que dans les sociétés malsaines, parce que adonnées au luxe. Donc, « en avant la broderie ! ayons de l'or, de l'ivoire et tout ce qui est de cet ordre ! ». Mais alors apparaissent de nouveaux métiers, qui n'ont plus pour fin des « nécessités : les chasseurs, dans leur ensemble, les imitateurs, qui sont foule à travailler sur les formes et les couleurs, foule à travailler sur la musique, poètes aussi bien que gens à leur service, rhapsodes, acteurs, choreutes, entrepreneurs de théâtre ; ouvriers en objets mobiliers de toute espèce, entre autres ceux qui se rapportent à la parure des dames ; pédagogues, nourrices, bonnes d'enfant, femmes de chambre, coiffeurs, cuisiniers, bouchers, porchers, et beaucoup plus de médecins que dans le régime précédent.

Bientôt le territoire qui suffisait jadis à nourrir ses habitants, « de suffisant qu'il était sera devenu exigü ! ». « Dès lors, ne serons-nous pas forcés d'empiéter sur le territoire de

nos voisins, si nous voulons avoir assez de terre à pâturer et à cultiver ». Mais nos voisins en feront autant « si, franchissant les bornes du nécessaire, ils s'abandonnent comme nous à l'insatiable désir de posséder (373 d). « Nous ferons la guerre [...] nous avons découvert l'origine de la guerre dans cette passion qui est pour les États et les particuliers le plus funeste fléau chaque fois qu'il les frappe » (373 e). Pour faire la guerre, un nouveau métier émergera, celui des gardiens de l'État, auquel on appliquera le même principe de la division du travail. Encore faut-il « choisir, si nous en sommes capables, ceux qui par leur nature et le genre de leurs aptitudes sont propres à garder l'État » (374 e).

Le rôle du gardien est si important, si crucial pour l'existence même de la société, et les qualités nécessaires pour remplir ce rôle si complexes qu'il est nécessaire de procéder à son élevage et à son éducation.

Après toute une série de considérations sur la théologie, la poésie, la musique, la gymnastique, la médecine, la judicature, le bonheur, la richesse, la pauvreté, les trois classes qui composent l'État (les producteurs, les guerriers et les gardiens, c'est-à-dire les gouvernants) pour savoir ce qu'il faut enseigner à ces derniers, Socrate retrouve, comme si elles étaient connues de longue date, les quatre vertus cardinales qui vont hanter l'imaginaire et l'imagerie politiques pendant des siècles : la sagesse (ou prudence), le courage, la tempérance et la justice.

Les trois premières ayant été définies tout à fait classiquement, Socrate en vient à la dernière. Le gibier chassé depuis le début de *La République* est-il enfin cerné ? « En vérité, s'écrie Socrate, nous sommes bien sots [...] il y a longtemps [...] qu'elle est là [la bête que nous chassons], qui semble se rouler devant nos pieds ; mais nous la voyions pas ; nous étions tout à fait ridicules comme les gens qui cherchent parfois ce qu'ils ont dans la main. Nous ne regardions pas de ce côté ; nous jetions les yeux au loin, et c'est pour cela sans doute qu'elle nous échappait » (432 d-e).

Le suspens est à son comble. Qu'est-ce donc que la justice, à la fin des fins ? Socrate prolonge le supplice encore un temps : « il me semble que depuis longtemps nous nous entretenons de la justice, sans nous apercevoir que c'est d'elle dont nous parlons en un certain sens » (432 e). Enfin il se décide. Écoutons bien ce qu'il dit, car cela a été souvent tronqué et/ou déformé :

« Or, nous avons établi, n'est-ce pas ? et nous avons répété plusieurs fois, si tu t'en souviens, que chaque individu ne doit exercer qu'un seul emploi dans la société, celui pour lequel la nature lui a donné le plus d'aptitude. – Nous l'avons dit – Et que la justice consiste à s'occuper de ses affaires, sans s'occuper de celles des autres; cela aussi nous l'avons entendu dire à beaucoup de gens, et nous l'avons dit souvent nous-mêmes » (433 a-b).

Quant aux juges, dont le rôle sera confié à ceux qui commandent l'État, il n'y a pas d'autre chose à quoi ils tendent davantage que d'éviter que « d'empêcher les citoyens de s'emparer du bien d'autrui ou d'être dépouillé du leur [...] C'est une raison de convenir que la possession de son bien propre et l'accomplissement de sa propre tâche constituent la justice » (433 e).

En ce qui concerne les trois grandes classes distinguées plus haut, la justice consiste en ce que chaque classe accomplisse sa tâche, que les producteurs ne se mêlent ni de guerroyer ni de gouverner, que les guerriers ne cherchent pas à gouverner (Clausewitz ne dira pas autre chose) et que les gouvernants ne produisent ni ne guerroient, mais qu'ils gouvernent.

Sans doute, dans la suite du dialogue, Socrate prêchera-t-il pour le communisme des gardiens qui devront partager biens, femmes et enfants. Sans doute se fera-t-il le théoricien du gouvernement par l'élite. Il n'empêche que, en ce qui concerne la justice, en tant que telle, elle est dans la division du travail et dans un *suum cuique* avant la lettre : à chacun le sien, à chacun ce qui lui est propre, ses biens comme ses talents, ce qu'il a acquis aussi bien que ce qui est en lui inné.

À vrai dire, le problème serait beaucoup plus simple s'il n'y avait pas de gardiens, si on en était resté au stade de la société « saine » – dans les termes de Platon – c'est-à-dire une société sans luxe et donc, d'après lui, sans appétit pour le territoire du voisin.

La théorie du luxe chez Platon est très originale. On prétend généralement que les peuples adonnés au luxe sont amollis, qu'ils ont abandonné leurs vertus guerrières s'ils en avaient et que leur richesse est l'objet de la convoitise des peuples pauvres, que leur misère pousse à la guerre.

Le préjugé platonicien contre le luxe qu'on retrouvera chez Aristote*, qui conduit Socrate à toute cette fantasmagorie sur le gardiennage de l'État, aura évidemment une longue postérité dans les théories de l'État. Il fausse le raisonnement. Si l'on remet en cause la relation obligatoire qui est ici établie entre le luxe et l'agressivité guerrière, relation qui est hétérogène par rapport aux conceptions du commerce extérieur qui sont exposées dans *La République*, on est invité à concevoir une société qui, toute assoiffée de luxe soit-elle, n'aurait souci que de se défendre. Mais il faudra attendre longtemps avant qu'une telle conception soit possible. Au moins jusqu'au XVIII^e siècle le préjugé platonicien va l'emporter. C'est qu'il sera renforcé, et ses conséquences aggravées, par le christianisme.

Encore faut-il que le luxe, par son existence même, ne mette pas en cause le droit de propriété lui-même et sa légitimité. Aussi bien derrière la question du luxe se profile la question qui n'est toujours pas posée de la condition de possibilité de la propriété, c'est-à-dire la distinction entre la personne et la chose. L'homme, certes, ne peut se contenter d'une vie de pourceau, mais la quête du luxe n'arrange pas ses affaires comme on l'a vu, qui provoque l'inflammation des humeurs contraire à l'éthique du propriétaire sage et ordonné. Si en effet le droit de propriété ne peut se justifier dans tous

* p. 25.

les cas de figure d'une économie *wertfrei*, c'est qu'à partir d'un certain seuil de luxe – qu'on serait bien en peine de définir objectivement, et qui donc peut être défini moralement, politiquement, démocratiquement – la distinction entre la personne et la chose tend à s'estomper, la personne étant contaminée par la chose, et la chose par la personne, et qu'en ligne de fuite on voit se profiler une fusion terrifiante de la personne et de la chose. Ce qui tendrait à montrer que le problème qui est traité ici par Platon n'est pas contrairement aux apparences celui de la justice. Car, ce problème-là est réglé une fois pour toutes par le *suum cuique*. Et il n'y aurait plus rien à ajouter si la distinction entre la personne et la chose était elle-même évidente. Et c'est bien pourquoi la question du luxe vient tout remettre en cause alors qu'en toute logique elle ne le devrait pas, car le luxe suggère la personnification des choses ou la réification des personnes – deux perspectives effroyables. Et encore plus effroyables si l'on franchit une étape supplémentaire en passant du luxe à la luxure, de la possession des choses à la possession des corps.

Comment, dès lors, éviter de faire un détour par la religion pour retrouver une barrière intangible entre personne et chose ? C'est cette piste que nous allons suivre maintenant pour en avoir le cœur net.

CHAPITRE 3

La piste familiale

La possession des corps

De longue date la famille a été une piste où l'on cherchait des explications de l'État. N'était-elle pas la plus vieille institution de l'humanité ? De ce fait, ne pouvait-on prétendre qu'elle était de droit naturel ? Antérieure à l'État, ne lui avait-elle pas forcément servi de base ? Mais en même temps, on ne pouvait pas ne pas reconnaître que la famille est le lieu de possession des corps. L'apôtre Paul, qui nourrissait, on le sait, une certaine méfiance en ce qui concerne le commerce charnel, n'écrit-il pas lui-même : « La femme ne dispose pas de son corps, mais le mari. Pareillement, le mari ne dispose de son corps, mais la femme » (1 Co 7, 4) ? Ne pas disposer de son corps ne signifie-t-il pas que ce corps appartient à quelqu'un d'autre ?

Il est vrai que cette possession charnelle est en quelque sorte excusée, aux yeux de Paul, sinon légitimée par sa réciprocité. On trouvera la même argumentation chez Kant, mais beaucoup plus explicitement : « La communauté sexuelle (*commercium sexuelle*) est l'usage réciproque qu'un homme peut faire des organes et des facultés sexuels d'une autre personne (*usus membrorum et facultatum sexualium*)

alterius) et cet usage ou bien est *naturel* (c'est celui par lequel on peut procréer son semblable) ou bien est *contraire à la nature*, et ce dernier peut avoir lieu, soit avec une personne du même sexe soit avec un animal d'une autre espèce [...]. » En ce qui concerne l'usage naturel, « c'est une *« jouissance*, pour laquelle chaque partie se livre à l'autre. En cet acte l'homme fait de lui-même une chose, ce qui contredit au droit de l'humanité en sa propre personne. Cela n'est possible qu'à *une* condition : à savoir que tandis qu'une personne est acquise par l'autre *comme une chose*, la première acquière aussi l'autre à son tour réciproquement ; en effet elle se reconquiert ainsi elle-même et rétablit sa personnalité. Mais l'acquisition d'un membre de l'homme est en même temps acquisition de la personne tout entière, car celle-ci est une unité absolue ; il s'ensuit que l'offre et l'acceptation d'un sexe pour la jouissance d'un autre ne sont pas seulement admissibles sous la condition du mariage, mais qu'elles ne sont possibles que sous cette *unique* condition¹. »

Dans les *Remarques explicatives* le sage de Koenisberg sera plus insistant encore. Sans la condition du mariage, remarque-t-il, « la jouissance charnelle est en principe (sinon toujours en effet) quelque chose de *cannibale*. Que la femme se laisse consommer par les dents mêmes ou consumer par la grossesse et par la maternité pour elle mortelle qui peut peut-être en résulter, ou bien que l'homme se laisse *épuiser* par les trop nombreuses exigences de la femme relatives à ses facultés sexuelles, il n'y a là de différence que dans la manière de jouir, et chaque partie est par rapport à l'autre, dans cet usage réciproque des organes sexuels, réellement un *objet de consommation* (*res fungibilis*), chose à laquelle ainsi s'engager par un *contrat* serait un contrat contraire à la loi (*pactum*

turpe)². » Bref, un contrat sexuel n'est concevable que parce qu'il est en quelque sorte sacralisé par le mariage. Ce dernier pourra être seulement civil. Tout se passera alors comme si le sacrement de l'Église avait été laïcisé par la loi étatique. Aujourd'hui, par contre, parmi les auteurs libertariens, on revendique clairement le mariage comme contrat entre deux individus visant un bien qui leur est propre et qui exige peut-être des clauses particulières, et ce contrat, comme tout contrat, ne peut être efficient que s'il est parfaitement libre, alors qu'actuellement les conjoints, même en cas de PACS, ne contractent pas, mais adhèrent à un statut³. (Voilà une première remontée du droit romain. Nous en trouverons d'autres sur notre chemin.)

Hegel non seulement ne sera pas convaincu par l'explication de Kant, mais encore en sera-t-il horrifié. Pour le philosophe d'Iéna, le mariage, pas plus que l'État du reste, ne relève d'une logique contractuelle. Le point de départ « objectif » du mariage est « l'engagement des personnes, et en vue de *constituer une seule personne*, d'abandonner leur personnalité naturelle et singulière dans cette unité⁴ ». Plus loin, le mariage « consiste justement à partir du point de vue contractuel de la personnalité autonome en sa singularité *pour le supprimer*⁵ ». Aussi bien s'oppose-t-il à Kant dans les termes les plus vigoureux : « Sous le concept du contrat, on ne peut donc pas subsumer *le mariage* ; cette subsomption est exposée dans toute son horreur – il faut le dire – chez Kant. » Une autre traduction donne : « Cette subsomption est établie – dans son caractère infâme, il faut le dire – chez Kant. » « C'est que le mariage, explique Hegel, ne statue pas sur l'usage réciproque des organes et des facultés sexuelles, mais se pense comme

2. *Remarques explicatives sur les premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*, in Kant, *op. cit.*, p. 243. Ital. dans le texte.

3. Bertrand Lemennicier, *Le Marché du mariage et de la famille*, PUF.

4. Hegel, *Philosophie du droit*, § 162.

5. *Id.*, § 163. Cité par A. Philonenko, in Kant, *op. cit.*, p. 52.

1. Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs, Première Partie, Doctrine du droit*, préface de Michel Villey, introduction et traduction par A. Philonenko, Vrin, 1993, § 24 et 25, p. 156-157. Ital. dans le texte.

cet acte particulier par lequel la conscience acquiert la reconnaissance de soi et de soi comme volonté libre. » Il ne fait guère de doute que, comme l'a bien vu le philosophe d'Iéna, Kant est ici en contradiction avec son propre impératif catégorique. Qu'un individu puisse acquérir les organes sexuels de l'autre contredit – en soi comme en lui – l'impératif de considérer l'humanité toujours en même temps comme une fin. Un néo-kantien aussi rigoureux que Hermann Cohen demandera lui aussi comment il pourrait se faire qu'un contrat, même s'il institue une réciprocité dans l'usage que chaque personne fait du corps de l'autre, réduise l'opposition entre personne et chose⁶.

Pourquoi cette subsomption du mariage dans le contrat déplaît tant à Hegel ? Parce qu'elle est contradictoire pour trois raisons au moins. D'abord, la volonté de contracter, naissant du libre arbitre, est contingente alors que l'individu, « en sa destination rationnelle et donc nécessaire », est conduit à entrer dans le mariage. Ensuite, « le lien contractuel est extérieur et partiel, alors que le lien familial est absolu et immanent ». Enfin, le contrat qui statue sur des choses est fondamentalement inadéquat à rendre compte de la « nature substantielle et spirituelle du mariage⁷ ».

Ces considérations n'empêchent pas Hegel de mettre le *pater familias* à la place que lui réserve l'analyse économique, comme on va le voir dans un instant. « En tant qu'il est le chef de famille, l'homme doit représenter en face des autres la famille comme personne juridique. En outre, c'est à lui, par excellence, qu'échoient l'acquisition vers l'extérieur, le soin de satisfaire les besoins, de même que la disposition et la gestion du patrimoine familial. Celui-ci est la propriété commune, de telle sorte qu'aucun membre de la famille n'a une propriété

6. Cité par A. Philonenko, *in Kant, op. cit.*, p. 52.

7. Caroline Guibet Lafaye « Le Mariage : du contrat juridique à l'obligation éthique », *in Hegel penseur du droit*, sous la direction de Jean-François Kervégan et Gilles Marmasse, CNRS, 2004.

particulière, mais que chacun a son droit sur le bien commun⁸. » Kant lui non plus, en dépit de ses considérations sur la réciprocité du commerce sexuel dans le mariage, n'avait pas reconnu à la femme un statut égal à celui de l'homme qui est à ses yeux le maître de maison, « sans que l'on voie d'argument précis justifiant la position subordonnée de l'épouse⁹ ». Dans l'un et l'autre cas, le modèle reste celui de la famille romaine où seul le *pater familias*, nous le verrons, est propriétaire, les autres membres tendant à faire partie de la propriété. Non seulement, la possession est exercée par le *pater familias*, mais encore son domaine est-il étendu à l'ensemble des membres de la *familia* : femme, enfant, adulte non émancipé, esclave. Comment ces êtres pourraient-ils être autonomes alors qu'ils ne possèdent en propre même pas l'espace qu'ils occupent ?

Que la famille ne soit pas forcément un lieu d'harmonie, l'Histoire le montre abondamment. Depuis le meurtre d'Abel, pour ne pas dire depuis l'origine de l'humanité, ce ne sont que fratricides ou parricides querelles, nées de l'envie et de la jalousie et dégénérant très facilement en meurtres, en massacres et en guerres.

C'est peut-être pour cette raison que la famille a tellement été vue et analysée comme un exemple à suivre sur le plan politique. Du « Père de son peuple » (Frédéric II de Hohenstaufen), « Père de la nation » (Louis XVI) puis au « Petit Père des peuples » (Staline), les exemples ne manquent pas de princes s'appropriant le modèle familial pour exercer leur pouvoir. Ce fut notamment le cas après la réintroduction du droit romain dans l'Europe médiévale lorsque les penseurs politiques utilisèrent le pouvoir presque absolu du père de famille comme modèle du pouvoir que le monarque devait détenir par nature. Le grand Mommsen lui-même nous enseigne que le pouvoir du père de famille était identique, dans son essence à celui de l'État sur les membres de la com-

8. Hegel, *op. cit.*, § 171.

9. A. Philonenko, *in Kant, op. cit.*, p. 53.

munauté. On pouvait prétendre l'inverse, à savoir que le pouvoir de l'État sur les membres de la collectivité est identique dans son essence à celui du *pater familias*. À vrai dire, on ne savait plus très bien quel modèle inspirait l'autre puisque en grec le *pater familias* se dit « souverain de la maison » (ἄναξ οἰκόλος ou encore οἰκοδεσπότης). L'origine du mot lui-même, père, pater, πατήρ indique davantage une relation de pouvoir qu'une relation de sang. Il y avait un autre mot pour cette dernière : géniteur, *genitor*, γενέτωρ. Il n'a pas été utilisé. L'économiste, quant à lui, aurait une raison supplémentaire de s'intéresser au *pater familias* s'il voulait bien se souvenir que l'origine étymologique d'économie n'est autre que *oikonomia*, οἰκονομία, l'« administration de la maison ».

Bref, la rétroprojection du modèle étatique sur la famille est un jeu de miroir où l'image fait semblant de copier l'original.

Ce jeu est source de confusion. Ainsi Eva Cantarella¹⁰ nous parle-t-elle d'une « identité constitutive entre autorité familiale et autorité politique ». Cette identité serait clairement révélée par la sentence que Titus Manlius Torquatus émit à l'égard du fils jugé à la maison pour mauvaise administration : « Comme il a été prouvé que mon fils Silanus a reçu de l'argent des alliés, je le juge indigne de faire partie de la République comme de ma maison et lui ordonne de disparaître immédiatement de ma vue. » Pour le professeur de droit grec et de droit romain à l'université de Milan, cette condamnation à l'exil montre encore plus qu'une condamnation à mort, que le pouvoir paternel était aussi un pouvoir public. « Le pouvoir de condamner à mort le fils, en effet, était en quelque sorte un acte privé, explique-t-elle. Au père, la *civitas* avait laissé la plénitude des pouvoirs sur tous ceux qui vivaient sous son toit : dans ce sens, la condamnation d'un

10. E. Cantarella, *Les Peines de mort en Grèce et à Rome : origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Albin Michel, 2003.

filius n'impliquait pas la cité. En condamnant le fils Silanus à s'éloigner non seulement de la maison, mais de la République, Torquatus infligeait une punition qui outrepassait les pouvoirs domestiques : il agissait soit comme père soit comme magistrat. Ainsi, à l'intérieur de la maison, son fils subit une condamnation publique. » Mais là encore, comment ne pas inverser le processus historique, et voir dans la famille le modèle du pouvoir étatique ?

Portalis, l'un des pères du Code civil, exprime cette idée dès ses premiers écrits : le mariage, explique-t-il, est un droit naturel qui « constitue un contrat primordial antérieur non seulement à l'Église, mais à la société » – antérieur donc aux lois religieuses et civiles. Sur ce socle jusnaturaliste, les rédacteurs du Code civil institueront la famille comme fondement de l'État. Dans son *Discours préliminaire* au Code civil, Portalis explicite ce qui était alors sans doute un lieu commun : « Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils, qui font de bons citoyens. » Certes, il admet, sans doute à contrecœur, le divorce, parce que le divorce était entré dans les mœurs, et parce que Bonaparte y voyait le moyen de contrôler le sexe faible. « Les femmes ont besoin d'être contenues dans ces temps-ci, s'exclame l'amant de Joséphine, et cela les contiendra. Il y a plus de femmes qui outragent leurs maris que de maris qui outragent leurs femmes. Il faut un frein aux femmes qui sont adultères pour des clinquants, des vers, Apollon, les Muses, etc. » De fait, le Code civil des Français, comme on l'appela à sa naissance en 1804, institue le chef de famille comme détenteur de la puissance maritale et paternelle. Est visible à l'œil nu la trace du droit gréco-romain dans le Code issu de la Révolution française.

Rappelons donc que la *patria potestas* (« puissance paternelle ») dans l'Antiquité était absolue. Comprenant le droit de vie et de mort (*vitae necisque potestas*), elle s'exerçait sur

tous les membres de la famille, esclaves compris, même sur les enfants majeurs, sur les fils tant qu'ils n'avaient pas été émancipés (statut de *filius familias*), sur les filles tant qu'elles n'avaient pas été mariées – et encore, dans ce cas, la puissance paternelle n'était pas complètement anéantie (cf. *infra*). Les enfants n'avaient donc rien en propre ; ils pouvaient être vendus, affranchis ou tenus toute leur vie sous la puissance paternelle.

Comme le dit Gaius dans ses *Institutes* (I, 55), la *patria potestas* « est propre aux citoyens romains : il n'y a presque pas d'hommes en effet qui aient sur leurs descendants libres une puissance analogue à celle dont nous sommes investis » (II^e siècle). Mais celle des pères grecs n'était pas moins absolue.

Le contexte démographique était tout autre que celui que nous connaissons aujourd'hui, mais pas tellement différent de celui de la Révolution française. L'espérance de vie moyenne des Romains était de vingt-cinq ans. La mort frappait un quart des nouveau-nés la première année de leur vie, et sans doute encore la moitié dans les dix premières années. Pourquoi dès lors accorder à un enfant un droit héréditaire à un âge où l'on ne savait point s'il vivrait ? Les survivants avaient une espérance de vie moyenne de 35 à 40 ans. Le taux de reproduction exigeait la naissance de cinq ou six enfants par femme. Compte tenu de la mortalité infantile élevée, les parents ne pouvaient pas s'attacher à un bébé qui avait peu de chances de dépasser l'enfance. Quelques textes témoignent d'une « insensibilité totale » devant la mort des nouveau-nés. Ce régime démographique et moral durera jusqu'au XVII^e siècle au moins. Il posait de redoutables problèmes pour la transmission des patrimoines. Comme il était impossible de prévoir la proportion des décès, les parents couraient aussi le risque d'avoir des familles trop nombreuses, avec des héritiers en trop obligeant à la division et, finalement, à l'éparpillement du patrimoine.

La possession des corps pouvait apparaître ainsi comme une conséquence ou une condition de la possession des choses, et même de la préservation de cette possession. En d'autres termes, la famille ne pouvait se perpétuer que si elle conservait son patrimoine.

On peut donc s'attendre que le *pater familias* prenne des mesures pour limiter, voire empêcher sa division. Lesquelles ? Le droit romain est la matrice, on l'a dit, du Code civil en ce domaine. Que dit-il ?

Le mariage était régulièrement accompagné du transfert de la femme dans la famille du mari (mariage *cum manu*, le plus fréquent dans le droit primitif romain). Dans les mariages *sine manu*, très fréquents à l'époque classique, les épouses ne faisaient pas partie de la famille et restaient sous l'autorité de leur propre père ; dans ce cas, le mari n'était pas tenu, fort logiquement, de subvenir aux besoins de sa femme.

Le mariage avec *manu* était chose grave pour la femme *sui juris*, grave non seulement pour elle, mais pour ses tuteurs légaux. La femme se trouvait en position de fille (*loco filiae*) près du mari, ou si celui-ci était *filius familias*, près de son beau-père. La *dos* indemnisait la fille de cette perte ; elle n'était autre chose qu'un avancement d'hoirie. La *capitis diminutio* que subissait la femme par son entrée sous la *manus* de son mari mettait fin à la tutelle ; elle transmettait au mari le patrimoine de la femme, patrimoine qui à la mort de celle-ci aurait passé aux tuteurs et dont la conservation était le but essentiel de la tutelle. À sa mort et à celle de son mari, ce changement faisait passer à ses enfants sa fortune dont se seraient emparés, sans cela, ses tuteurs, en qualité d'agnats les plus proches. Ceux-ci avaient donc le plus grand intérêt à ce que la femme ne contractât point un mariage avec *manus*. Or leur *auctoritas* était nécessaire pour sanctionner une pareille union, et comme ils ne pouvaient être contraints à la donner, il dépendait d'eux d'empêcher un semblable mariage.

Le mariage était certes un acte religieux (*connubium*), mais, le droit romain antique ne permettait point à la religion

de s'insérer dans la sphère juridique privée, d'interdire sous la menace d'une peine les unions entre personnes auxquelles manquait le *connubium* ; il se bornait à refuser à ces unions le caractère du mariage romain ; c'est-à-dire que le droit romain de la famille restait dans ce cas sans application à la femme et aux enfants, et que toute la descendance était exclue de la *gens*.

L'idée du *connubium* repose sur cette *horro alieni* qui est le revers de la médaille d'une union de famille étroite. Le *connubium*, selon son idée originaire, est restreint aux membres de l'union politique des races ; hors de là, il doit être concédé ou convenu, même pour les peuples issus de souches parentes. Il n'en garde pas moins tous les caractères d'un contrat, avec ses conséquences juridiques.

Le pouvoir du *pater familias* sur les corps, en effet, était absolu. Il pouvait mettre à mort les filles (par exemple si elles perdaient leur virginité) sans recourir à une loi. Pour la femme adultère, il y avait nécessité de concilier les avis des deux pères pour la mettre à mort, à cause des attaches qu'elle avait gardées avec sa famille d'origine, sauf en cas de flagrant délit (et nous savons l'importance du flagrant délit en économie primitive*). Encore sous Auguste, la *lex Iulia de adulteriis* (18 avant J.-C.) établit que, dans ce cas, le père et le mari pouvaient tuer l'amant de la fille ou de la femme sans encourir aucune sanction. De toute façon, un mari qui rachetait son « honneur » était généralement approuvé, même s'il ne respectait pas les formes légales, même s'il allait jusqu'à faire castrer l'amant de sa femme — une mésaventure qui a rendu célèbre un certain Abélard, comme on le sait.

Le pouvoir illimité du père de famille était justifié par la nécessité de bien élever ses enfants, de les maintenir dans les voies de la discipline et de l'ordre. Ce pouvoir était celui d'un juge, en principe, non d'un tyran. D'ailleurs, les fautes des siens retombaient sur lui comme de graves accusations ; elles

* p. 327 sq.

attestaient qu'il avait mal éduqué ses enfants. La responsabilité était d'une certaine manière collective, puisque celle du père était engagée par les actes de ses enfants. Et c'est bien ce type de responsabilité parentale que l'on cherche aujourd'hui à rétablir avec beaucoup de timidité et de répugnance, latéralement si l'on peut dire, par exemple en se servant de l'éventuelle suppression des allocations familiales comme levier.

Que l'adultère soit puni de mort est en général expliqué par le souci de garantir une « reproduction ordonnée », de réduire à rien la fameuse incertitude paternelle quant à la paternité des enfants. Mais il n'y a pas que cela. L'analyse économique de la famille que l'on doit à l'économiste américain Gary Becker (cf. annexe) montre que l'institution peut fonctionner avec très peu d'amour. Elle économise cette denrée apparemment fort rare qu'est le pur altruisme. Autrement dit, il suffit qu'une personne dans la famille, ici il s'agit du *pater familias*, soit altruiste pour que les autres membres de la famille, même égoïstes, adoptent des comportements altruistes. Le père de famille peut se livrer à une redistribution de revenus à l'intérieur de la famille sans que cela engendre pour autant, à tous les coups, les effets pervers classiques propres à ce genre d'opération. Ainsi, pourrait-on dire, la famille trouve son fondement dans une économie d'amour, de même que pour certaines théories de la puissance publique, l'État permet d'économiser la violence. Mais imagine-t-on que la redistribution du modèle altruiste puisse se faire avec des femmes volages ? Et que dire de la conservation du patrimoine ? Même chose pour le statut des enfants. Des fils insoumis, des adultes désobéissants pouvaient empêcher l'altruisme paternel de fonctionner.

Cette analyse économique de la famille permet du reste d'éclairer certains aspects du droit romain qui nous paraissent si bizarres :

Ainsi le statut du fils de famille (*filius familias*) pouvait-il aboutir à des situations scabreuses. En effet, lorsqu'il atteignait la majorité, le fils de famille, tout en restant soumis à la

patria potestas, acquérait des capacités civiques : droit de vote, carrière politique, etc. S'il devenait magistrat, il avait un pouvoir public sur le père auquel comme fils il était néanmoins soumis, ni plus ni moins qu'un mineur ou qu'une femme. C'était le prix à payer pour le fonctionnement de la famille.

De même, les jugements domestiques étaient-ils soustraits au contrôle de l'État. Les pères évaluaient la gravité de la faute et fixaient la peine sur la base de leurs critères personnels – de la même façon qu'ils œuvraient à la redistribution des revenus. En fait, parler de jugement domestique est une contradiction dans les termes. Il n'y avait pas de jugement proprement dit. Le père pouvait prendre la décision de tuer le fils sans conseillers, sans témoins, sans instructions, sans même lui laisser la moindre possibilité de se défendre. Personne ne pouvait l'en empêcher. Le pire qui pouvait arriver au *pater familias* était de passer, aux yeux des voisins et amis, pour un « père sévère ». Le caractère licite de son comportement n'était pas mis en cause. Il n'avait fait autre chose qu'exercer son pouvoir. Ce n'est pas un hasard si les sources nous enseignent que le père est un « censeur » pour ses fils, un « magistrat domestique ».

De même encore le meurtre du père était-il châtié par une sanction particulièrement cruelle. La peine du sac (*culleus*) est cette innovation du droit romain qui condamne le parricide à être enfermé dans un sac de cuir en compagnie d'un chien, d'un coq, d'une vipère et d'un singe, le tout devant être jeté dans la mer ou dans le plus proche cours d'eau. Pour l'explication d'un tel rituel, nous ne pouvons que renvoyer aux meilleurs auteurs qui se perdent en conjectures. Précisons que le condamné devait avoir le visage couvert d'une sorte de masque de loup, et chausser à ses pieds des sabots de bois – sans doute pour éviter qu'il n'ait le moindre contact avec la terre, le bois étant considéré comme un isolant. Nous disposons à ce propos du témoignage de Cicéron : « Vivant, mais sans pouvoir respirer l'air du ciel, jeté dans la mer, mais dans

des conditions qui ne permettent pas à ses os de toucher la terre, poussé par les flots, mais non lavé par eux et enfin jeté sur une plage, mais sans que lui soit accordé de trouver le repos sur des rochers. » La punition effroyable du parricide était seulement à la hauteur de la dissuasion que l'on voulait exercer contre toute atteinte vitale au pivot de l'économie familiale.

Dans la vie quotidienne, le *pater familias* pouvait assumer complètement les fonctions que lui confie l'analyse économique.

D'abord, le père était le seul propriétaire des biens de la famille. Le fils pouvait recevoir une allocation, c'est-à-dire un *peculium* (retenons ce mot, nous le retrouverons quand nous étudierons l'esclavage). Mais le *pater familias* détenait le droit de propriété sur tous les biens familiaux, y compris sur ce que les enfants pouvaient y ajouter par leur propre travail, les dons et les legs. Il avait aussi une grande latitude pour disposer des biens de la famille à sa mort.

D'autres sociétés ont choisi des dispositifs différents pour faire fonctionner l'« *oikonomie* ». Par exemple, un père âgé peut transmettre sa terre à son fils qui en échange subvient à ses besoins jusqu'à sa mort. Il n'est pas sûr que le sort des vieux y soit plus favorable que dans le régime du *pater familias* dont le pouvoir reste intact jusqu'à la mort. Tout se passe comme si les Romains, inspirés par les Grecs, avaient adopté le système le plus apte à faire fonctionner le modèle économique à la Becker entre toutes les générations, qu'elles soient ou non aptes au travail (enfants, vieillards, malades). Mais cela passait par l'élimination des éléments indésirables – indésirables pour une raison qui, encore une fois, ne regardait que le *pater familias*.

D'où encore ce droit de vie et de mort du père sur les enfants, déjà évoqué, qui choque les consciences contemporaines. Pourtant ce droit existe encore, c'est l'avortement, qui suppose que la mère tienne ici – et pour cause – le rôle du *pater familias*. L'économiste américain Murray Rothbard jus-

tifie; au plan juridique, qu'il distingue évidemment du plan moral; le droit à l'avortement par le droit de propriété de la femme sur son corps : le fœtus étant considéré comme un corps étranger, la femme a le droit de l'expulser de son corps si elle le considère comme un intrus: « Si la mère, explique-t-il, décide qu'elle ne veut plus de fœtus, celui-ci devient *ipso facto* une sorte de parasite envahissant pour sa mère; qui est tout à fait dans son droit de l'expulser de son domaine. Il faut voir l'avortement non comme le "meurtre" d'une personne vivante, mais comme l'éviction d'un intrus du corps de sa mère. Toute loi limitant ou interdisant l'avortement constitue donc une violation des droits de la mère. » Objectera-t-on que le fœtus est un être humain, et donc pleinement titulaire de tous les « Droits de l'homme » ? « Mais, demande Rothbard, quels êtres humains ont donc le droit de s'imposer de force comme parasites dans le corps d'un hôte humain non consentant ? Il est clair qu'aucun être ne jouit de ce droit et que, *a fortiori*, le fœtus non plus¹¹. »

L'autorité absolue du *pater familias* sur ses enfants, qui allait jusqu'à disposer de leur vie, n'avait pas besoin d'autre justification que celle que l'on trouve aujourd'hui pour l'avortement. Si l'intrusion d'un nouvel élément dans l'économie familiale conduit à une réduction insupportable du niveau de vie, ou risque de compromettre la transmission du patrimoine, alors le *pater familias* qui, ainsi que le montre le modèle économique, est, par définition, par fonction, par essence, chargé du bien-être de chacun des membres de la famille, est en « droit » d'expulser le nouveau venu. Le père pouvait tuer ses enfants même adultes, nous venons de le voir, ou encore les vendre selon la même logique « oikonomique ».

L'« expulsion » de l'enfant indésiré hors de la cellule familiale a souvent pris la forme d'un abandon, dit encore « exposition » qu'il faut prendre au sens littéral d'ex-position – une pratique qui s'est prolongée jusqu'au seuil de l'âge

¹¹ Murray Rothbard, *Éthique de la liberté*, Les Belles Lettres.

moderne. Encore au xvii^e siècle, les intrigues du théâtre classique sont emplies d'histoires d'enfants abandonnés ; les retrouvailles avec les parents permettaient de bien commodes *happy ends*. Au xviii^e siècle, Jean-Jacques Rousseau, sans grands remords, a pu confier ses cinq enfants à l'Assistance publique.

La possibilité d'abandon des enfants peut être considérée comme une des pierres de touche du droit de propriété du *pater familias*, un droit de propriété qui s'exerce sur des corps qui ne doivent leur existence qu'à l'action procréatrice du père (le rôle de la mère étant minoré). Il y a là une sorte d'appropriation d'une chose qui ne peut appartenir à personne d'autre qu'à son géniteur. Aussi allons-nous nous attarder quelque peu sur un droit qui nous paraît emblématique et dont il est intéressant de suivre l'évolution depuis l'infanticide antique jusqu'à l'avortement actuel.

Légalement, en droit gréco-romain les parents n'étaient pas tenus de garder les enfants qui leur naissaient, encore moins de les nourrir et de les entretenir, et de les élever pour reprendre les catégories de l'article 203 du Code civil.

L'abandon d'enfants pouvait d'autant plus facilement être admis qu'il figurait dans l'histoire de la fondation de Rome, Romulus et Rémus étant les deux fils jumeaux d'une vestale violée que cette dernière avait confiés aux flots du Tibre en les plaçant dans un panier – on allait dire un « moïse », puisque cette légende rappelle inmanquablement les premiers jours du prophète hébreu. On pourrait citer bien d'autres cas d'enfants ainsi livrés, ensuite devenus célèbres : Œdipe, Cyrus, Pâris, Zeus lui-même, Poséïdon, Asclépios, Héphaïstos, Attis, Cybèle, Ion, Daphnis, Chloé, etc.

Dans le *Théétète* (160 e-161 a), par exemple, l'idée d'abandon paraît si familière que Socrate s'en sert pour illustrer son propos sur l'adoption ou non d'idées nouvelles : « Nous faut-il en effet déclarer que celle-ci [l'idée nouvelle] est un genre de nouveau-né, et que j'en suis l'accoucheur ? [...] Et après l'enfantement [...] il ne faut pas manquer d'ap-

précier si ce qui est né mérite qu'on le nourrisse, à moins que ce ne soit que vent et illusion. Ou imagines-tu que tout enfant qui est tien doit être nécessairement nourri et non point abandonné ? Et supporterais-tu d'être simple spectateur de la décision, sans le prendre mal s'il est exposé, quand bien même ce serait ton premier-né ? »

Un Musonius Rufus, contemporain d'Épictète, écrivit une œuvre dont le titre pose simplement cette question : « Tous les enfants nés doivent-ils être élevés ? » Pour Hiéroclès, même le parent idéal ne pouvait élever que la « plupart » de ses enfants. Si l'enfant était mal formé ou de mauvaise santé, l'abandon allait de soi.

Les colonnes des marchés publics étaient appelées *lactaria* (« colonnes de l'allaitement »), parce que c'est là que les enfants abandonnés étaient déposés. Les porches des églises ou des monastères auront bientôt la même fonction. L'abandon alimentait une sorte de marché de l'enfant trouvé. La plupart échappaient à la mort. Beaucoup étaient recueillis par des professionnels qui les utilisaient soit comme enfants de substitution pour une femme stérile qui avait simulé une grossesse, ou pour une femme déçue d'avoir accouché d'une fille. Ils pouvaient aussi être élevés pour être ensuite vendus comme prostitués ou comme esclaves – constituant ainsi une source importante de l'offre sur ce marché. Enfin, ils pouvaient être volontairement estropiés en sorte de devenir des mendiants professionnels. Les enfants naturellement handicapés pouvaient aussi être utilisés à cette fin. Il leur arrivait aussi d'être châtrés pour être vendus comme eunuques. Enfin, les enfants pouvaient être tués pour être mangés ou servir à des sacrifices (cf. *infra*).

Ce qui tracassait surtout les Romains, c'est qu'un enfant né d'un homme libre fût élevé et employé comme un esclave. Dans une réponse célèbre à Pline le Jeune, l'empereur Trajan formule le principe suivant : il nie à la personne qui a trouvé l'enfant le droit de le conserver en tant qu'esclave dès lors qu'on a pu prouver qu'il était, à l'origine, libre, et que les

parents qui se manifestaient, fussent ou non en mesure de rembourser les frais de leur éducation. Inversement, un interlocuteur des *Controversiae* de Sénèque (10, 4, 13) avait soutenu que tous les enfants exposés étaient serviles. C'est encore le principe du *pater familias* que Trajan applique. Les enfants étant la propriété du père de famille, on pouvait s'attendre que des enfants abandonnés, en tant qu'objets « perdus » ou « non réclamés » devinssent la propriété de qui les avait trouvés, mais à partir de Trajan, tout au moins, la loi limita ce principe en rappelant avec force que la condition d'homme libre était irrévocable.

Il était présumé qu'un père puisse, en toute impunité, revendiquer la paternité d'un enfant qu'il avait exposé du moment qu'il remboursait les frais d'éducation du rejeton. Quintilien lui-même en fait un point de droit : « Quiconque peut identifier un enfant abandonné peut le récupérer du moment qu'il acquitte les frais de son éducation. » On peut voir dans l'opération une sorte d'emprunt gagé. Tout se passe comme si le père emprunte le supplément de revenu dont il dispose du fait de l'abandon, en mettant en gage son enfant.

Cette propriété du père sur le corps de ses enfants n'était pas propre au droit romain, contrairement aux apparences. Dans la Bible, si le décalogue fait obligation aux enfants de respecter père et mère, rares sont les indications sur les devoirs des parents envers leurs enfants. On le sait, Dieu commande à Abraham de lui sacrifier son fils aîné, et si celui qui deviendra le père de nombreuses nations est prêt à s'exécuter, c'est qu'un tel sacrifice est concevable. Dans le Lévitique (XXVI, 29), Dieu dit aux Juifs : « Vous mangerez la chair de vos fils, et vous mangerez la chair de vos filles. » Une pratique qui ne devait pas être si rare, puisque encore le Code théodosien est obligé d'en tenir compte : « Que personne, parmi le peuple ou les propriétaires du bourg, ne remette aux bergers ses enfants à nourrir. Mais à d'autres ruraux, comme on le fait d'habitude, nous ne défendons pas qu'on les donne à nourrir. Que si, après publication de cette

loi, quelqu'un donne aux bergers des nourrissons, il s'avouera complice des larrons » (9.31).

Il n'était pas extraordinaire qu'on se livrât à une telle pratique en cas de famine, notamment au cours d'un siècle. Le Massacre des Innocents que racontent les Évangiles obéissait quant à lui apparemment à un objectif beaucoup plus politique, mais il n'était pas aussi extravagant aux yeux des contemporains qu'il ne l'est pour nous.

Quant à la vente d'enfants, elle est tout à fait admise dans la Bible. Joseph est vendu par ses frères (Genèse, XXX-VIII,7). L'épisode est intéressant, car il fait apparaître un raisonnement où la morale se mêle à l'économique.

Joseph, rappelons-le, a été jeté dans une vieille citerne sans eau par ses frères qui veulent se débarrasser de lui. « S'étant ensuite assis pour manger, ils virent des Ismaélites qui passaient, et qui, venant de Galaad, portaient sur leurs chameaux des parfums, de la résine et de la myrrhe, et s'en allaient en Égypte. Alors Juda [l'un des frères] dit : "Que nous servira d'avoir tué notre frère, et d'avoir caché sa mort ? Il vaut mieux le vendre à ces Ismaélites, et ne point souiller nos mains de son sang ; car il est notre frère et notre chair." Ses frères consentirent à ce qu'il disait. L'ayant donc tiré de la citerne, et voyant ces marchands madianites qui passaient, ils le vendirent vingt pièces d'argent aux Ismaélites qui le vendirent en Égypte. »

De même, la Mishna, cette partie du Talmud compilée vers la fin du II^e siècle de l'ère chrétienne, formule le principe selon lequel un père n'est pas tenu d'entretenir sa fille, et prend pour allant de soi la présence d'un nombre considérable d'enfants abandonnés au sein de la communauté juive.

Les premières obligations des parents envers leurs enfants apparaissent dans le Nouveau Testament. Mais cela n'empêcha pas l'Église d'avoir une attitude compréhensive envers l'abandon d'enfants, alors même qu'elle condamnait tout infanticide *extra* ou *intra utero*. Le principal inconvénient qu'elle trouvait à l'abandon d'enfant était le risque d'inceste.

Et elle en profitait pour mettre en garde celui qui, s'aventurant hors du lit conjugal, risquait de commettre l'abomination suprême de coucher avec sa propre fille ou son propre fils. Œdipe, qui lui aussi, on vient de le rappeler, avait été un enfant abandonné, était en quelque sorte voué à coucher avec sa mère.

L'Église était d'autant plus compréhensive qu'elle institua une forme d'abandon tout à fait particulière : l'oblation, c'est-à-dire l'offrande d'un enfant à un monastère à titre définitif. Il y avait là apparemment une sorte de progrès moral par rapport à l'abandon pur et simple. Les parents des oblates étaient assurés du destin de leurs enfants. Quant à l'Église, elle recueillait par l'oblation à la fois de la main-d'œuvre et des capitaux, l'oblation s'accompagnant généralement d'une donation matérielle. Pour une famille riche, l'opération était tout à fait intéressante parce que en contrepartie de ce legs elle libérait une part entière du patrimoine, évitant son émiettement.

Que l'oblation fût définitive, cela a été rappelé plusieurs fois tant cette institution était utile à l'économie du système. Au VIII^e siècle, la papauté prend soin de rappeler qu'il était « scandaleux qu'un don des parents à Dieu fût ruiné par les caprices d'enfants ». Au IX^e siècle, elle l'était encore. Au XI^e siècle et au XII^e siècle, l'oblation est à son zénith. « Au cours de la période de transition d'un régime de partage de l'héritage à des systèmes permettant la concentration des biens, observe l'historien anglais John Boswell¹², ce sont les classes supérieures qui eurent le plus grand besoin de moyens convenables de limiter la taille de la famille. » Boswell rapporte de nombreux cas précis dans lesquels l'oblation permettait d'écartier quelqu'un de la succession.

L'oblation était-elle encore définitive à cette époque ? Gratien cite cinq canons qui, assure-t-il, indiquent que la

12. John Boswell, *Au bon cœur des inconnus. Les enfants abandonnés de l'Antiquité à la Renaissance*, Gallimard.

« décision parentale s'impose aux enfants », puis, il adjoint deux récentes ordonnances papales qui laissent penser le contraire. Lui-même oblat à six ans, Thomas d'Aquin était d'avis que nul ne pouvait être tenu par un vœu prononcé avant l'âge de raison (14 ans pour les garçons, 12 ans pour les filles). Peut-être faut-il dater de là la première manifestation d'un droit de l'homme. En tout cas, il s'agit d'une première atteinte à la *patria potestas* et à son droit de propriété sur les enfants – quelque dix-huit siècles après son invention juridique. On ne peut s'étonner du déclin, à partir de là, de l'oblation. Cette atteinte à la puissance compromettait l'économie de l'oblation. Comment en effet, un monastère pouvait-il consacrer des ressources à nourrir, entretenir et éduquer des enfants s'il n'était assuré de tirer dans l'avenir des revenus du capital humain qu'il avait contribué à former ? Nous verrons, pareillement, lorsque nous étudierons le contrat de travail, que le statut du salarié est un obstacle à l'investissement patronal en formation professionnelle (chapitre 7).

Toutefois, la *patria potestas* était encore assez vigoureuse dans la tradition juridique médiévale pour autoriser non seulement le droit de vendre des enfants, mais aussi celui de « les sacrifier pour honorer des obligations féodales ». Il se pourrait bien que la fameuse croisade des enfants – cet événement mystérieux qui se produisit vers 1212 – fut constituée en grande partie d'enfants abandonnés. Les mises en nourrice fonctionnaient souvent comme une forme d'abandon *de facto*. En tout cas, l'abandon d'enfants continuait à alimenter le marché d'esclaves, qui était encore florissant au XIII^e siècle, ou celui de la prostitution.

Au cours du XIV^e survint une innovation décisive : l'hospice pour enfants abandonnés, l'oblation étant en déclin pour les causes que nous venons de dire. « En l'espace d'un siècle, indique Boswell, déjà cité, la quasi-totalité des grandes villes européennes devait se doter d'une institution publique réservée aux enfants exposés. » En fait, comme on pouvait s'y attendre, la nouvelle institution a encouragé l'abandon, et se

solda par un taux effroyable de mortalité – bel exemple d'effet pervers d'une intervention publique. Même si l'on pouvait se poser des questions sur la qualité des soins apportés par une nourrice, il n'en reste pas moins que cette dernière avait tout de même intérêt à garder l'enfant aussi bien portant que possible – pour la simple raison que son revenu en dépendait. Pour ne rien dire de sa réputation. Quand un enfant mourait, elle était la première soupçonnée. Les hospices pour enfants étaient, quant à eux, de véritables mouvoirs où la moindre maladie risquait de devenir mortelle, étant donné l'état de la médecine infantile, la promiscuité, le manque de soins et d'hygiène. S'ils en réchappaient, les enfants trouvés se retrouvaient sans famille, sans attache, et ne pouvaient prétendre au soutien d'aucun groupe.

Corrélativement, l'adoption, qui aurait pu être une solution pour au moins quelques enfants, comme cela avait été le cas dans l'Antiquité romaine, était considérée péjorativement, l'accent étant mis de préférence sur les liens du sang. En sortant l'adoption du champ des possibilités, l'Église, en fait, poursuivait ses propres intérêts économiques, alors même que le naturalisme païen des liens du sang aurait dû lui répugner. En effet, moins l'adoption était possible, plus grand le nombre de couples sans enfants, et par conséquent plus fréquents les héritages sans héritiers qui avaient une chance de finir, par donation ou legs, dans le giron du patrimoine ecclésiastique.

Comme on le sait, grâce aux travaux de l'historien Philippe Ariès, la conception que nous nous faisons de l'enfance en Occident a complètement changé à partir du XVII^e siècle. Dans ses *Essais*, Montaigne pouvait écrire : « J'ai perdu deux ou trois enfants en nourrice, non sans regrets, mais sans fascherie » (II, 8). La fameuse réplique du *Malade imaginaire* en dit long sur l'inertie des mentalités. Argan a deux filles, l'une en âge de se marier, l'autre, Louison, qui commence juste à parler et à marcher. Il menace d'envoyer l'aînée au couvent pour décourager ses amours. Son frère lui dit : « D'où vient, mon frère, qu'ayant le bien que vous avez et n'ayant d'enfant

qu'une fille, car je ne compte pas la petite, d'où vient, dis-je, que vous parlez de la mettre dans un couvent ? » (III, III). Louison « ne comptait pas » parce que, étant donné la mortalité infantile de cette époque, elle pouvait ne jamais atteindre l'âge adulte. La prolifération démographique, on vient de le dire, rendait les parents insensibles au sort de leurs enfants tant qu'ils n'avaient pas apporté les preuves physiques et mentales qu'ils appartenaient à la société des adultes. Il était rationnel pour eux de ne pas trop investir économiquement et même sentimentalement sur des êtres dont la chance de survie était si faible. C'était pour eux une façon de se préserver de la douleur d'un deuil particulièrement cruel. Mais justement, Molière nous montre, par une scène d'une très grande tendresse du père, mêlée de la délicieuse rouerie de sa petite dernière, que les mentalités sont en train d'évoluer.

Une autre innovation apparaît, qui est liée à cette évolution, c'est l'éducation des enfants. Ce n'est pas dire que l'abandon d'enfants cessa. Mais ses conditions juridiques devaient changer. L'aboutissement est, dans le Code civil, l'article 350, modifié par une loi toute récente (5 juillet 1996) : « L'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance sauf le cas de grande détresse des parents et sans préjudice du quatrième alinéa. » On passera sur ces deux derniers détails pour noter l'essentiel, à savoir que, comme pour les objets perdus, les parents perdent leur « droit de propriété » sur les enfants trouvés s'ils ne les ont pas réclamés pendant un an.

Le texte a été durci par rapport à sa version précédente (loi du 22 décembre 1976), ainsi rédigée : « L'enfant recueilli par un particulier, une œuvre privée ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la

demande en déclaration d'abandon, peut être déclaré abandonné par le tribunal de grande instance. » (Nous soulignons.)

Cet ébrèchement supplémentaire, parmi beaucoup d'autres, du statut du *pater familias* s'explique par un raisonnement fort simple : comment des personnes ou des institutions pourraient investir et s'investir dans l'entretien et l'éducation d'enfants qui pourraient être réclamés à tout moment par leurs parents originels ? Pourtant le droit romain avait résolu ce problème, nous l'avons vu, en prévoyant un remboursement des frais encourus par la famille d'accueil.

Maintenant, reprenant le tout, nous ne pouvons pas manquer de nous poser la question : si l'institution du *pater familias* est en congruence avec le modèle altruiste, si donc il peut s'expliquer par la logique économique, pourquoi a-t-il changé ?

Il se trouve qu'un grand auteur, un grand classique de l'histoire du droit, s'est posé la question exactement dans les mêmes termes. Il s'agit de Fustel de Coulanges et de son chef-d'œuvre *La Cité antique*¹³. Toutefois, la logique qu'il mettait au fondement de l'institution n'était pas économique, mais religieuse. Si on remplace le mot religion par le mot économie, on obtient le même propos (évidemment, toute la question est de la légitimité d'une telle substitution). C'est dire que l'on a chez Fustel de Coulanges un discours rationnel sur le droit romain, étendu d'ailleurs au droit grec, avec comme base quelque chose dont la raison ne peut rendre compte : la religion, les croyances. Examinons sa démonstration.

D'abord Fustel de Coulanges veut réagir contre ce que nous pourrions appeler le modernisme de son époque, qui consiste à appliquer à l'histoire de l'Antiquité nos propres catégories. « Ce que nous tenons d'eux et ce qu'ils nous ont légué, écrit-il dès la première page de son "Introduction", nous fait croire qu'ils nous ressemblaient ; nous avons quelque peine à les considérer comme des peuples étran-

13. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, coll. « Champs », Flammarion.

gers. » Ce fut, notamment, l'erreur tragique de la Révolution française, que de plaquer sur la France du XVIII^e siècle des notions juridiques d'une autre époque. Fustel veut d'abord établir la radicale étrangeté de ces peuples anciens, leur « caractère absolument inimitable ». Et cette différence provient essentiellement des croyances. En elles réside la clef que nous cherchons : « En regard de ces institutions et de ces lois, placez les croyances ; les faits deviendront aussitôt plus clairs, et leur explication se présentera d'elle-même. » Exactement ce que nous disons de l'économie !

Quelles sont donc ces croyances ?

C'est tout simple : les plus anciennes générations de la « race indo-européenne » ont envisagé la mort « non comme une dissolution de l'être, mais comme un simple changement de vie ». Il y avait donc une deuxième vie après la mort, dont le lieu se trouvait sous la terre. D'où l'importance de l'inhumation (la « loi non écrite » d'Antigone), de la sépulture. Ces rites qui nous paraissent si étranges consistaient à apporter des aliments aux morts. La privation de sépulture était un châtement terrible puisqu'elle condamnait l'âme du défunt à errer indéfiniment. Pour bien mourir – un détail que ne rapporte pas Fustel de Coulanges – il fallait être au contact de la terre au moment de l'ultime expiration. D'où l'horreur qu'inspirait la pendaison – un châtement beaucoup pratiqué sur les femmes. D'où aussi, nous l'avons dit, les sabots de bois que l'on enfilait aux pieds du parricide.

Mais qui pouvait garantir à quiconque d'être enterré convenablement ? Quel contrat peut apporter une garantie *post mortem* ? On sait toutes les difficultés que pose l'exécution des contrats entre vifs. *A fortiori*, si l'une des parties n'est plus de ce monde, la garantie d'exécution devient vraiment tout à fait problématique. Mais si l'âme du mort non enterré ou non honoré est une menace sur les vivants, le problème est résolu. Ce ne sont pas les termes de Fustel. Mais c'est leur logique. « Si l'on cessait d'offrir aux morts le repas funèbre, aussitôt les morts sortaient de leurs tombeaux ; ombres

errantes, on les entendait gémir dans la nuit silencieuse. Ils reprochaient aux vivants leur négligence impie ; ils cherchaient à les punir, ils leur envoyaient des maladies ou frappaient le sol de stérilité. Ils ne laissaient enfin aux vivants aucun repos jusqu'au jour où les repas funèbres étaient rétablis. » Par contre, le mort qu'on honorait devenait un « dieu tutélaire », qui continuait à prendre part aux affaires humaines de manière bienfaisante, que l'on pouvait invoquer pour attirer ses bienfaits.

Ainsi la croyance dans une vie après la mort assure-t-elle le lien entre les générations par le truchement de la tombe ! C'est le schéma inverse du modèle économique de la famille. Tout à l'heure nous disions que l'individu se préoccupe du sort de sa descendance. Maintenant nous sommes amenés à observer que l'individu se soucie du sort de ses ascendants de crainte que les morts ne le punissent de son impiété à leur égard. D'un modèle à l'autre, l'intérêt s'est substitué à l'altruisme, le solde du passé à l'anticipation du futur. Mais l'essentiel n'est-il pas que le lien inter-générationnel soit constitué ? C'est bien ce que dit Fustel de Coulanges : « Le vivant ne pouvait se passer du mort, ni le mort du vivant. Par là un lien puissant s'établissait entre toutes les générations d'une même famille et en faisait un corps éternellement inséparable. » De fait, s'il est de mon intérêt d'honorer mes ancêtres, il est aussi de mon intérêt d'avoir une descendance qui devra elle aussi honorer ma mémoire.

Voyons maintenant comment concrètement le culte des morts s'est instauré.

Chaque maison renfermait un autel où le feu devait être entretenu jour et nuit. Et si le mot « foyer » ou « feu » est encore utilisé aujourd'hui pour désigner un ménage, c'est à cette coutume ancienne qu'on le doit.

Ce feu doit être pur : il ne peut être produit et entretenu qu'à l'aide de certains rites. C'est un feu chaste : l'union sexuelle ne peut se faire en sa présence. C'est le lieu des pénates, des lares, des génies.

À chaque famille, son foyer, et donc son dieu. « La religion était purement domestique. » Il s'ensuit que le culte ne peut être rendu que par les membres de la famille. « Manquer à ce devoir était l'impiété la plus grave qu'on pût commettre, puisque l'interruption de ce culte faisait déchoir une série de morts et anéantissait leur bonheur. Une telle négligence n'était pas moins qu'un véritable parricide multiplié autant de fois qu'il y avait d'ancêtres dans la famille. » Or, nous venons de dire l'horreur qu'inspirait le meurtre du père.

À chaque famille, aussi, son tombeau, tout près de la maison.

Pour cette religion, il n'y avait pas d'autre prêtre que le père ; comme prêtre, il ne connaissait aucune hiérarchie. « Les rites, les termes de la prière, les chants, qui faisaient partie essentielle de cette religion domestique, étaient un *patri-moine*, une *propriété sacrée*, que la famille ne partageait avec personne et qu'il était même interdit de révéler aux étrangers. »

Cette religion ne pouvait se propager que par la filiation, et elle ne se propageait que de mâle en mâle, étant donné les idées que l'on se faisait à l'époque de la génération : le pouvoir reproducteur résidait exclusivement dans le père, la mère n'étant qu'un réceptacle.

Les historiens du droit romain avaient déjà remarqué que la famille antique n'était fondée ni sur la génération (puisque la fille n'a pas le même statut que le fils) ni sur l'affection (puisque le père peut chérir la fille et non lui léguer son bien), mais sur la puissance paternelle ou maritale, constituée en « institution primordiale ». Mais ils n'expliquaient pas comment cette institution s'est formée, nous dit Fustel de Coulanges, « à moins que ce ne soit par la supériorité de force du mari sur la femme, du père sur les enfants ». Or, « c'est se tromper gravement que de placer la force à l'origine du droit ». Fustel de Coulanges a donc trouvé, lui, la cause de la puissance paternelle ou maternelle : la religion. Tout le droit civil en découle.

Le mariage d'abord. Pour la jeune fille, il s'agit d'abandonner le foyer paternel pour aller invoquer désormais le foyer de l'époux, nous l'avons dit. Mais nous voyons maintenant qu'il s'agit aussi pour elle de changer de religion. Car on ne peut invoquer deux foyers, deux divinités à la fois. D'où l'importance pour les anciens des rites de l'union conjugale. La jeune fille est initiée au culte domestique au cours d'une cérémonie sacrée. Elle est dégagée de tout lien et de toute attache avec sa religion première. Le mariage lui fait une seconde naissance. D'où l'expression, rencontrée plus haut, de *filiae loco* utilisée par les juristes. Une telle religion, conclut Fustel de Coulanges, un peu vite sans doute, ne pouvait admettre la polygamie.

L'indispensable continuité familiale, ensuite. Car les morts avaient besoin que leur descendance ne s'éteignît jamais, qu'il y eût toujours un homme de leur sang pour apporter les offrandes au tombeau. Fustel de Coulanges cite un orateur athénien : « Il n'est pas un homme qui, sachant qu'il doit mourir, ait assez peu de souci de soi-même pour vouloir laisser sa famille sans descendants ; car il n'y aurait alors personne pour lui rendre le culte qui est dû aux morts. » Et notre historien de commenter : « Chacun avait donc un *intérêt puissant* à laisser un fils après soi, convaincu qu'il y allait de son immortalité heureuse. C'était même un devoir envers les ancêtres, puisque leur bonheur ne devait durer qu'autant que durait la famille. » (De nouveau le langage de l'intérêt affleure.) Par conséquent, le célibat était considéré à la fois comme une impiété grave et comme un malheur.

Encore fallait-il engendrer dans les règles. Le bâtard ne pouvait pas remplir le rôle que la religion assignait au fils, le lien du sang ne constituant pas à lui seul la famille.

Toujours pour la même raison, un mariage stérile pouvait être rompu. Et de même une union qui n'avait pas produit de fils, car la fille ne pouvait assurer la continuité du culte familial. Un palliatif à cette situation : l'adoption. Car, selon la belle formule de Cicéron, « adopter, c'est demander à la reli-

gion et à la loi ce qu'on n'a pas pu obtenir de la nature » (et nous verrons que l'adoption se doit d'imiter la nature). Comme corrélatif, l'« émancipation », par laquelle le fils n'était plus membre de sa famille d'origine ni pour la religion ni pour le droit. Alors seulement il pouvait être adopté et sacrifier aux dieux de sa nouvelle famille.

« L'idée de propriété privée était dans la religion même », continue Fustel de Coulanges. On sait, nous rappelle-t-il, que maints peuples ne sont jamais parvenus à établir chez eux la propriété privée. Grâce à la religion, Grecs et Romains y seraient parvenus. Voici comment.

Entre les dieux de la famille et le sol, il s'établit un lien « mystérieux ». C'est que « le foyer prend possession du sol ; cette part de terre, il la fait sienne ; elle est sa propriété ». Il s'agit de la propriété, « non d'un homme seulement, mais d'une famille dont les différents membres doivent venir l'un après l'autre naître et mourir là ». Cet enclos où la famille a sa maison, son tombeau, ses troupeaux, le petit champ qu'elle cultive, est sacré. La mitoyenneté est une chose impossible qui obligerait à mélanger deux divinités de familles différentes. D'où la loi qui fixe à deux pieds et demi la largeur de l'espace libre qui doit toujours séparer deux maisons, un espace neutre si l'on veut, consacré à un dieu tiers, dit « dieu de l'enceinte ». Cicéron encore : « Qu'y a-t-il de plus sacré que la demeure de chaque homme ? Là est l'autel ; là brille le feu sacré ; là sont les choses saintes et la religion. »

D'autant plus sacré que les morts qui gisent là sont les dieux de la famille. Il en résulte que le sol où reposent les morts est inaliénable et imprescriptible. Il en résulte encore que la loi romaine exige que si une famille vend un champ où se trouve son tombeau, elle reste au moins propriétaire de ce tombeau et conserve éternellement le droit de traverser le champ pour aller accomplir les cérémonies de son culte.

À ce point de sa démonstration, Fustel de Coulanges résume son propos par un morceau de bravoure : « Ainsi l'homme des anciens âges fut dispensé de résoudre de trop

difficiles problèmes. Sans discussion, sans travail, sans l'ombre d'une hésitation, il arriva d'un seul coup et par la vertu de ses seules croyances à la conception du droit de propriété, de ce droit d'où sort toute civilisation, puisque par lui l'homme améliore la terre et devient lui-même meilleur. »

Ainsi conçu, ce droit de propriété serait beaucoup plus complet et plus absolu dans ses effets qu'il ne peut l'être dans nos sociétés modernes « où il est fondé sur d'autres principes », que l'auteur examinera plus loin. Selon lui, tout porte à croire que dans les anciens temps la propriété était inaliénable, et pas seulement le morceau de terre qui supporte le tombeau familial. Et de citer à l'appui un certain nombre de législations : Sparte, Locres, Leucade. « De telles lois ne doivent pas nous surprendre. Fondez la propriété sur le droit du travail, l'homme pourra s'en dessaisir. Fondez-la sur la religion, il ne le pourra plus. » Encore une fois, il ne s'agit pas de la propriété d'un homme, mais d'une famille. Du même coup, l'expropriation pour cause d'utilité publique était inconnue des Anciens. La confiscation n'était pratiquée que comme conséquence de l'arrêt d'exil. Même dans la Loi des Douze Tables, qui autorise la vente des propriétés, à l'exception des tombeaux, la propriété du débiteur ne peut être saisie par le créancier en cas de défaut de paiement. « Le corps de l'homme répond de sa dette, non sa terre, car la terre est inséparable de la famille. » Ici, nous avons un éclairage intéressant. Si en effet on ne peut mettre sa terre sous hypothèque, quelle autre garantie donner à un emprunt que son propre corps ? Logique impeccable : « Il est plus facile de mettre l'homme en servitude que de lui enlever un droit de propriété qui appartient à sa famille plus qu'à lui-même. » Dès lors, on peut s'attendre que l'esclavage pour dettes ne prenne fin qu'à partir du moment où il est possible d'aliéner la terre. Nous retrouverons ce thème essentiel au chapitre suivant.

On ne résiste pas ici au plaisir de rappeler que Portalis, l'un des pères du Code civil, tout éclairé qu'il fût des Lumières, était lui-même partisan du rétablissement de la

contrainte par corps. Il considérait que la nature des opérations commerciales et leur importance même la justifiaient, car l'emprunteur, qui n'engage généralement pas de bien immeuble, se doit d'engager son propre corps, sa fortune étant par essence incertaine et fluctuante. Argument supplémentaire : comment un emprunteur dépourvu de fortune pourrait-il inspirer confiance si la loi lui défend de donner le seul gage dont il dispose, son corps ? « Il faudrait, pour ainsi dire, enchaîner la probité à l'homme afin qu'ils fussent inséparables », recommande Portalis. Belle phrase d'un juriste provençal encore imprégné de l'esprit du droit romain. Encore faut-il préciser tout de suite qu'il s'agit du droit romain dans sa forme primitive. Car la contrainte par corps (le *nexum*) a été abolie dès l'an 326 avant notre ère par la *lex Poetelia-Papinia*, et depuis cette date aucun citoyen romain ne pouvait se voir réduire en esclavage pour dettes. Cicéron a comparé cette loi à celle de Solon, et Tite-Live y a vu un « nouveau commencement de la liberté » (VII, 28).

Après Portalis, un autre juriste répondant au nom de Proudhon (rien à voir avec le célèbre anarchiste) fera remarquer que l'existence même de la plèbe provient de l'adoption du principe chrétien de l'insaisissabilité des corps. « Pourvu que l'anarchiste prolétaire puisse sauver sa personne, c'est tout ce qu'il lui faut ; et c'est ainsi que la pauvreté vient favoriser le crime », écrira-t-il. Les classes laborieuses étaient réputées dangereuses précisément parce qu'elles n'avaient pas de biens à perdre... Toute une époque ! Nous y reviendrons.

De Fustel nous apprenons donc une sorte d'incompatibilité entre deux types d'aliénation : soit celle du corps soit celle de la terre. Mais il faut bien que les emprunts soient gagés. Donc, si on interdit l'une, il faut autoriser l'autre. Si le corps devient sacré, alors la terre ne l'est plus. Mais si la terre est sacrée, alors le corps est aliénable. Autrement dit, on ne pourrait respecter à la fois les morts et les vivants. « Laissez les morts enterrer les morts », cette célèbre parole du Christ, littéralement, libère la terre.

Le droit de succession découle tout naturellement, chez Fustel, de la même logique. Exactement comme la religion, la propriété se transmet de père en fils. « Par là, la règle d'hérédité est trouvée ; elle n'est pas le résultat d'une simple convention faite entre les hommes ; elle dérive de leurs croyances, de leur religion, de ce qu'il y a de plus puissant sur leurs âmes. » Ainsi le fils « hérite-t-il de son plein droit », *ipso jure heres existit*, il est « héritier nécessaire », *heres necessarius*. Il n'a ni à accepter ni à refuser l'héritage. « Le bénéficiaire d'inventaire et le bénéficiaire d'abstention ne sont pas admis pour le fils dans le droit grec et ne sont introduits que fort tard dans le droit romain », assure notre auteur. Dans la langue juridique de Rome, le fils est aussi appelé *heres suus*, comme s'il héritait de lui-même. Il y a simple continuation. Déjà du vivant du père, le fils était copropriétaire du champ et de la maison. « La fortune est immobile comme le foyer et le tombeau auxquels elle est attachée. C'est l'homme qui passe. » Du même coup, la fille ne peut hériter. Preuve supplémentaire pour Fustel de Coulanges que « toutes ces lois découlent, non pas de la logique et de la raison, non pas du sentiment de l'équité, mais des croyances et de la religion qui régnaient sur les âmes ».

Voilà qui nous importe au plus haut point : le droit n'a ici rien à voir ni avec l'équité, ni même avec la logique ou la raison. Le point de départ, c'est une certaine croyance dans une vie après la mort, dont la raison ne peut rendre compte. Fustel de Coulanges étend son raisonnement aux trois rameaux de la race indo-européenne, indous, Grecs et Romains. « Les trois peuples ont les mêmes lois, non qu'ils se soient fait des emprunts, mais parce qu'ils ont tiré leurs lois des mêmes croyances. » Et d'insister un peu plus loin : « Nous voyons ici combien le droit antique, pour s'être conformé à la religion, a méconnu la nature. » Ainsi cette religion va-t-elle jusqu'à désobéir à la nature ! Et de répéter : « Droit inique si l'on veut, car il ne tenait pas compte de la nature, mais droit singulièrement logique, car, partant du principe que l'héritage

était lié au culte, il écartait de l'héritage ceux que la religion n'autorisait pas à continuer le culte. » Plus loin, encore : « Si l'on met ces lois en présence de l'équité naturelle, on les trouve souvent en contradiction avec elle, et il paraît assez évident que ce n'est pas dans la notion du droit absolu et dans le sentiment du juste qu'on est allé les chercher. Mais que l'on mette ces lois en regard du culte des morts et du foyer, qu'on les compare aux diverses prescriptions de cette religion primitive, et l'on reconnaîtra qu'elles sont avec tout cela dans un accord parfait. » Ce droit est donc à la fois logique et illogique, logique parce qu'il découle d'un principe, illogique parce que ce principe est une simple croyance.

Il en découle encore que le droit de tester n'existait pas à l'origine. « Dans les croyances de ces âges anciens, l'homme vivant n'était que le représentant pour quelques années d'un être constant et immortel, qui était la famille. Il n'avait qu'en dépôt le culte et la propriété ; son droit sur eux cessait avec la vie. »

Est-ce que la famille est antérieure à l'État ou l'État, antérieur à la famille ? Fustel de Coulanges répond sans ambages : « La famille n'a pas reçu ses lois de la cité. » Et d'ajouter que le droit de propriété eût été tout autre s'il avait été écrit par un législateur. « Car il n'était pas de [l']intérêt [de la cité] que la terre fût inaliénable et le patrimoine indivisible. La loi qui permet au père de vendre et même de tuer son fils, loi que nous trouvons en Grèce comme à Rome, n'a pas été imaginée par la cité. La cité aurait plutôt dit au père : "La vie de ta femme et de ton enfant ne t'appartient pas plus que leur liberté, je les protégerai, même contre toi ; ce n'est pas toi qui les jugeras, qui les tueras, s'ils ont failli : je serai leur seul juge." Si la cité ne parle pas ainsi, continue Fustel, c'est apparemment qu'elle ne le peut pas. Le droit privé existait avant elle. [...] L'ancien droit n'est pas l'œuvre d'un législateur ; il s'est, au contraire, imposé au législateur. C'est dans la famille qu'il a pris naissance. Il est sorti spontanément et tout formé des antiques principes qui la constituaient. Il a découlé des

croyances religieuses qui étaient universellement admises dans l'âge primitif de ces peuples et qui exerçaient l'empire sur les intelligences et sur les volontés. » On aurait aimé que Fustel nous dise ce qu'était pour lui l'intérêt de la cité. À défaut de le savoir, on se contentera de noter que notre auteur parle à nouveau le langage de l'intérêt.

De même le statut de la femme s'explique par les croyances, chez les Romains comme chez les Grecs ou les indous.

En ce qui concerne l'enfant, « la nature parle d'elle-même assez haut ». Il faut que l'enfant soit protégé. Mais, encore une fois, la religion exige davantage que la nature. « Quand la nature fait au fils une majorité, la religion ne lui en accorde pas. D'après les antiques principes, le foyer est indivisible et la propriété l'est comme lui. »

De toutes ces considérations découle le dispositif juridique suivant, ainsi résumé par Fustel de Coulanges : le père est le chef suprême de la religion domestique, à ce titre il est responsable de la perpétuité du culte. Il a le droit de reconnaître l'enfant à sa naissance ou de le repousser. Il a le droit de répudier sa femme en cas de stérilité, d'adultère. Il a le droit de marier ses enfants. Il a le droit d'émanciper, c'est-à-dire d'exclure un fils de la famille et du culte. Il a le droit d'adopter.

La propriété est indivisible et inaliénable. Le propriétaire, c'est la famille. Le père n'en est que l'usufruitier. Tout contrat de vente entre père et fils est impossible. Mais le père peut vendre le fils, puisqu'il dispose de toute la propriété de la famille et que le fils lui-même peut être envisagé comme une propriété, ses bras et son travail étant sources de revenu.

La justice que le père exerce au sein de la famille est complète et sans appel. Il peut condamner à mort et exécuter le condamné. Il ne s'agirait pas là d'une puissance arbitraire, « comme celle qui découlerait du droit du plus fort », mais d'une puissance gouvernée par les croyances.

Le dieu de la famille est si sévère qu'il n'admet aucune excuse. Il ne distingue pas entre meurtres volontaires et invo-

lontaines. La main tachée de sang ne peut plus toucher les objets sacrés.

Le tableau est complet et cohérent dans sa bizarrerie, irrationnel dans son principe (la croyance, la religion) et rigoureux dans la déclinaison de ce même principe.

Fort bien ! Mais alors, pourquoi le système a-t-il évolué ? « Dès le VII^e siècle avant notre ère, nous indique Fustel de Coulanges, cette organisation sociale était discutée et attaquée presque partout. » Et pourquoi donc ? La réponse est toute prête : le droit a évolué parce que les croyances ont évolué. Soit ! Mais pourquoi les croyances ont-elles évolué ? Est-ce que nous pourrions modifier nos croyances ? Que nenni ! « Il n'est rien de plus puissant sur l'âme. Une croyance est l'œuvre de notre esprit, mais nous ne sommes pas libres de la modifier à notre gré. Elle est notre création, mais nous ne le savons pas. Elle est humaine, et nous la croyons dieu. » Alors, que s'est-il passé ?

Deux causes ont agi. « L'une est le changement qui s'est opéré à la longue dans les idées par suite du développement naturel de l'esprit humain et qui, en effaçant les antiques croyances, a fait crouler en même temps l'édifice social que ces croyances avaient élevé et pouvaient seulement soutenir. L'autre est l'existence d'une classe d'hommes qui se trouvait placée en dehors de cette organisation de la cité, qui en souffrait, qui avait intérêt à la détruire et qui lui fit la guerre sans relâche. » Donc, d'un côté une sorte de progrès de l'intelligence humaine, de l'autre la lutte des intérêts. Pouvons-nous nous satisfaire d'une telle explication ?

Peut-être pourrait-on juger l'arbre à ses fruits. Examinons donc le résultat juridique de ce changement.

De toute façon rappelle Fustel de Coulanges : « Il n'est pas dans la nature du droit d'être absolu et immuable ; il se modifie et se transforme, comme toute œuvre humaine. Chaque société a son droit, qui se forme et se développe avec elle, qui change comme elle, et qui enfin suit toujours le mouvement de ses institutions, de ses mœurs et de ses croyances. »

On voit déjà que les croyances ne sont plus la seule source du droit.

Du reste, la « nature de la loi » elle-même a changé. Elle était un « arrêt de la religion, une révélation faite par les dieux aux ancêtres. Maintenant elle représente la volonté populaire. Et elle a dorénavant pour principe l'intérêt des hommes, et pour fondement l'assentiment du plus grand nombre ». S'agit-il d'une nouvelle croyance ? Ou cette nouvelle nature de la loi est-elle issue d'un changement de croyance ? Fustel de Coulanges ne répond pas à cette double question. Il se contente de noter qu'« en devenant œuvre humaine, la loi se reconnaît comme sujette au changement ». Elle n'est plus une tradition sainte, *mos*, elle est un simple texte, *lex*. La volonté des hommes l'a faite ; cette même volonté peut la défaire. Du même coup, la loi est la propriété commune de tous les citoyens, et non plus seulement le patrimoine des familles sacrées.

La nouvelle loi conserve certains traits du droit ancien : puissance du père, règles de succession, d'émancipation. Mais elle s'en écarte sur les points suivants.

Elle admet formellement que le patrimoine peut être partagé entre les frères, puisqu'elle accorde l'*actio familiae erciscundae*.

Elle prononce que le père ne pourra pas disposer plus de trois fois de la personne de son fils, et qu'après trois ventes le fils sera libre (Loi des Douze Tables). « C'est ici la première atteinte que le droit romain ait porté à l'autorité paternelle », note Fustel de Coulanges.

Autre changement, plus grave : le droit de tester. Le fils n'est plus l'héritier sien et nécessaire. Les mêmes Douze Tables en admettant le droit de tester considèrent que la propriété appartient non plus à la famille, mais à l'individu.

Ainsi ce droit absolument nouveau que la religion n'aura pas dicté « se rapprochera de plus en plus du droit de la nature ». D'un positivisme que l'on pourrait dire religieux, on passerait progressivement à un jusnaturalisme pur sucre. Voilà

qui est bien surprenant. L'état originel n'est pas l'état de nature que l'on imaginait.

Même chose en droit athénien. « Les deux législations, œuvres de la même époque, conséquences de la même révolution sociale, n'ont pas pu ne pas se ressembler. » On observe donc les mêmes inflexions : partage successoral entre les fils, droit de tester faisant de chaque domaine le bien propre d'un individu, affranchissement du fils parvenu à la majorité.

« Au fond, tout était changé. » C'est donc, si l'on suit la logique de notre auteur, que la religion a changé. Eh bien, non ! Explication : « La religion avait été pendant de longs siècles l'unique principe de gouvernement. Il fallait trouver un autre principe qui fût capable de la remplacer et qui pût comme elle régir les sociétés en les mettant autant que possible à l'abri des fluctuations et des conflits. Le principe sur lequel le gouvernement des cités se fonda désormais fut l'intérêt public. »

Il s'agit pour Fustel d'un « dogme nouveau » : Auparavant, la règle supérieure était non pas l'intérêt, mais la religion. « Le devoir d'accomplir les rites du culte avait été le lien social » – une formule qui sera beaucoup reprise par son élève Durkheim. On ne se demandait pas si les institutions seraient utiles : « L'intérêt ni la convenance n'avaient contribué à les établir. » Maintenant la religion ne gouverne plus, « on ne se demande plus ce que la religion prescrit, mais ce que réclame l'intérêt général ». Solon, à qui l'on demandait s'il croyait avoir donné à sa patrie la constitution la meilleure, aurait répondu : « Non pas, mais celle qui lui convient le mieux¹⁴. » Commentaire de Fustel : « Les règles du gouvernement devaient être désormais flexibles et variables. »

À moins de considérer comme une religion le culte de l'intérêt général, on est forcé de constater que les croyances

¹⁴ 14. Plutarque, « Solon », in *Les Vies des hommes illustres*, traduites en français par Ricard, à Paris, chez Lefèvre, éditeur.

n'ont pas évolué, contrairement à ce que nous laissait prévoir Fustel de Coulanges, mais qu'elles se sont évanouies. Les vieux dieux sont morts et ils n'ont pas été remplacés.

Mais qui ne voit que Fustel nous a menés dans une impasse et que c'est une autre explication que la religion qu'il nous faut du droit en général et du droit par excellence qu'est le droit romain ?

L'Économie du droit romain

La souveraineté de la propriété

La question que n'a pas su résoudre Fustel de Coulanges par la religion, comment lui trouver une réponse ?

En hommage à Rudolf von Jhering, intitulez ce chapitre « l'Économie du droit romain ». D'abord pour dire notre dette à l'œuvre majeure de l'historien allemand : *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*¹. Et ensuite parce qu'il nous semble qu'il aurait pu lui-même remplacer esprit par économie. Autrement dit, l'esprit du droit romain, c'est l'économie. Et cette économie, nous allons le voir, aboutit à la souveraineté non pas tant du propriétaire que de la propriété.

Dans le langage de nos contemporains, on dirait que le droit romain est hyperpropriétaire. Nous n'ignorons pas que nous nous inscrivons ici en faux contre la thèse soutenue par le vénéré Michel Villey : « Les romanistes bâtirent leur "science" à partir de l'individu, des "droits subjectifs" et des libertés dont par

1. Rudolf von Jhering *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit par O. de Meulenaere, Forni Editore, Bologna.

hypothèse l'homme eût joui dans l'état de nature, alors que les Romains saisissaient d'emblée dans le réel les rapports sociaux [...] C'est ainsi que se sont répandues dans le public contemporain ces figures fantasmagoriques : le prétendu "concept romain de propriété" absolue (en fait celui de l'individualisme moderne), etc.² » La souveraineté de la propriété, *quand elle s'impose*, n'a rien d'individualiste dans la mesure où elle oblige le propriétaire lui-même au devoir élémentaire de transmettre la propriété telle qu'il l'a reçue, pour ne rien dire des autres êtres vivant sur le domaine : femmes, enfants, adultes non émancipés, esclaves – ce qui peut fort bien s'expliquer par les contraintes de l'économie familiale traditionnelle. Ce résultat auquel était parvenu Fustel de Coulanges par la religion, nous venons de le voir, Jhering y parvient par une raison qui n'est pas autre pour nous que la rationalité économique. Autrement dit, le droit romain se situe dans le *etiamsi* de Platon et de Grotius (*supra*, ch. 2).

À lire Jhering on se demande en effet pourquoi les économistes contemporains se sont si peu intéressés à la Rome antique. Car ce que Jhering met à la base du droit romain, ce n'est pas la volonté comme on le fait classiquement dans la littérature juridique, mais, *horresco referens*, le profit, l'intérêt, l'utilité ! « Quant à nous, écrit en toutes lettres le grand juriste allemand, nous disons que le véritable ayant-droit est celui qui peut prétendre, non à vouloir, mais à profiter [...]. Le sujet de droit, c'est celui auquel la loi destine l'utilité du droit (le destinataire) ; la mission du droit n'est autre que celui de lui garantir cette utilité³. »

Du reste, comme il le montre, un système juridique qui serait uniquement fondé sur la volonté conduirait à la servitude. Il en résulterait qu'une convention qui imposerait à l'une des parties une restriction, sans procurer aucune utilité à l'autre, par exemple de ne pas exercer telle profession, serait parfaitement valable. Le but du droit consisterait alors dans le

2. Michel Villey, *Le Droit romain*, coll. « Que sais-je ? », p. 118.

3. Jhering, *op. cit.*, livre II, 2^e partie, p. 325.

pouvoir de la volonté, dans la domination. « Or, je domine une volonté étrangère quand j'ai le pouvoir de la contraindre soit à faire telle action, soit à s'abstenir de telle autre. » Dans un système fondé sur la volonté, il serait indifférent que j'y aie ou non un intérêt personnel. « Les joies de la puissance pure sont atteintes, ma volonté se complaît dans l'orgueil de se voir obéie⁴. » Or, il n'est pas difficile de prévoir les conséquences d'un pareil système, nous dit Jhering. « Les restrictions croissent plus nombreuses, plus tyranniques, de moins en moins nécessaires pour les relations de la vie, sans utilité pour celui en faveur duquel elles sont créées. De la véritable liberté, le fantôme seul reste debout, et la volonté fournit elle-même l'instrument de son suicide. » Le droit romain, quant à lui, sut toujours « prévenir ce suicide de la liberté » grâce à sa conception même du principe du droit.

Il faut donc pour qu'une convention soit valable qu'au moins une partie trouve son intérêt. Pareto n'aurait pas dit mieux. Ce disant, Jhering tourne le dos à Fustel et à tous les autres auteurs qui ont pris la religion comme explication du droit romain. Il voit à l'origine de Rome une « ligue contractée dans un but de brigandage, maintenue par la force ou par la discipline militaire ». Il ne peut admettre que la royauté romaine ait dû son existence à la religion comme dans les théocraties d'Orient. Pour lui, la religion apparaît dans la cosmogonie romaine au second rang : « Numa ne vient qu'après Romulus⁵. » Et de citer Hegel, comme on pouvait s'y attendre, puisqu'il s'en inspire ici directement.

Retournons un instant à cette source toujours jaillissante d'inspiration. « De naissance, Rome fut quelque chose d'artificiel, de contraint, sans rien d'originel⁶. » « Tous les historiens sont d'accord sur ce point, prétend le philosophe d'Iéna,

4. *Id.*, p. 325.

5. *Id.*, t. I, p. 98.

6. G.W.F. Hegel, *Leçons de la philosophie de l'histoire*, traduction par Jean Gibelin, Vrin, 1998.

que de bonne heure des bergers erraient sous des chefs çà et là sur les collines de Rome, que le premier groupe qui se constitua à Rome fut un État de brigands et que non sans peine les habitants dispersés des environs furent réunis pour une vie commune. » Hegel, théoricien du « bandit stationnaire » ? On serait tenté de le penser quand on lit la suite : « Ces bergers brigands accueillaient tout ce qui voulait se joindre à eux. La racaille, venant des trois régions au milieu desquelles se trouvait Rome, se rassemblait dans la ville nouvelle. Les historiens disent que ce point, sur une colline au bord du fleuve, était fort bien choisi et très propre à servir d'asile à tous les criminels. Il est également historique qu'il n'y avait pas de femmes dans l'État nouvellement formé et que les États voisins ne désiraient pas avec lui de *connubia* ; ces deux circonstances le caractérisent comme une association de brigands avec laquelle les autres États ne tenaient à avoir rien de commun. »

Nous voilà donc dans la phase pré-étatique que nous avons identifiée – phase prolongée au-delà de la chute de la royauté jusqu'aux premiers temps de la République. Les « brigands », les « criminels », occupant « une colline au bord du fleuve », un lieu évidemment stratégique, forment entre eux une sorte de monopole. Et comme on le sait depuis Platon, les brigands sont tout à fait capables d'être justes entre eux.

Quel va donc être le principe du droit romain ? Non pas réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite, répond Jhering ; mais au contraire, « garantir les intérêts de la vie, aider ses besoins, réaliser ses buts ». Toutes les conventions qui ne présentent aucun intérêt, dans cet ordre d'idées, sont nulles ; elles ne donnent naissance ni à une servitude ni à une obligation. Les droits ne produisent rien d'inutile. *L'utilité*, non la *volonté*, est la substance du droit⁷.

Deux éléments constituent le principe du droit (romain), selon notre auteur. Dans le premier, l'élément *substantiel*,

7. *Ibid.*, p. 326-327.

réside le but pratique du droit, à savoir « l'utilité, l'avantage, le gain assuré ». Le deuxième est formel, il se rapporte au premier uniquement comme moyen, savoir : la protection du droit, l'action en justice. Le premier est le fruit dont le second est l'enveloppe protectrice.

Par lui-même, le premier élément ne crée qu'un état de fait d'utilité ou de jouissance (intérêt de fait). N'importe qui, s'il en a le moyen, peut impunément, à chaque instant, l'ébranler ou le renverser. Cette situation devient moins précaire, moins instable lorsque la loi vient la protéger. La jouissance ou la perspective de jouissance devient alors assurée ; elle devient un *droit*. La sûreté juridique de la jouissance est la base du principe du droit. Conclusion : « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés. »

Jhering insiste :

« Utilité, bien, valeur, jouissance, intérêt, telle est la succession des idées qu'éveille le premier élément soumis à notre étude. » Certes, concède-t-il, le droit n'applique point à ces notions une mesure exclusivement économique, telle que l'argent ou la valeur pécuniaire. Il existe des intérêts autres que la fortune qui doivent être garantis à l'homme. Au-dessus de l'argent se placent des biens de nature morale, dont la valeur est autrement grande : la personnalité, la liberté, l'honneur, les liens de famille. « Sans ces biens-là, les richesses extérieures et visibles n'auraient aucun prix. »

Aussi bien le but est-il le même pour tous les droits, soit qu'ils concernent les choses, soit qu'ils se rapportent aux personnes. « Tous doivent nous procurer un service, une utilité, un avantage ; la liberté aussi bien que la propriété, le mariage aussi bien que l'obligation. » Et de citer Ahrens : « Point de droit sans but et sans utilité ; le bien et le droit ne se combattent point, ils sont entre eux dans un rapport nécessaire. »

Donc, c'est un intérêt au sens large dont il faut tenir compte. Qui ne voit que le sens large donne du prix au sens restreint ? On joue ici sur les mots. Mais ce sens large n'est pas tout à fait celui des Romains. Jhering écrit : « Nous nom-

mons *bien* toute chose qui peut nous servir. On sait que les Romains restreignent cette expression aux biens dans le sens économique (*bona*). Le contenu de tout droit consiste donc dans un bien. À mon avis, toute définition du droit qui ne partirait pas du bien, dans ce sens large, pécherait par la base. »

Comment passe-t-on du bien à la valeur ? Jhering répond (on dirait un cours d'économie) : « L'idée de valeur contient la mesure de l'utilité du bien ; l'idée d'intérêt exprime la valeur dans son rapport particulier avec le sujet et ses buts. »

Il peut y avoir des droits sans valeur. Par exemple une servitude de vue n'a aucune valeur pour un aveugle, l'entrée d'un concert n'a aucune valeur pour un sourd. En conséquence, « pas plus que l'idée du bien, ces deux notions ne sont exclusivement limitées à l'ordre économique ; *seulement, ce n'est que dans cette sphère, que l'idée de valeur puise son intérêt* » (nous soulignons).

Il s'agit d'un « intérêt pratique » et cet intérêt-là « n'existe qu'à la condition de pouvoir se représenter en argent ». La valeur mesure seulement les objets que l'on peut se procurer à prix d'argent. Certes, la liberté, la vie, l'honneur sont inestimables. « Souvent, cependant, le droit romain a puni la violation de ces biens du paiement d'une somme d'argent imposé comme peine. » Certes encore, toute chose dans un patrimoine n'a pas une valeur équivalente en argent. Tels objets, que nous avons acquis pour de l'argent, nous ne nous en dessaisirions à aucun prix⁸ ; l'habitude, la piété ont resserré entre eux et nous un lien personnel qui nous tient au cœur. « Nous ne voyons plus en eux un simple objet ayant telle ou telle valeur pécuniaire ; ce qui nous touche, c'est l'objet lui-même, avec tous les souvenirs qui s'y rattachent. » Il n'empêche. La conclusion de l'économiste Jhering s'impose : « L'argent est donc la mesure économique de la valeur et de l'intérêt. » Ou encore : « Ce qui peut s'acheter, peut être estimé, c'est-à-dire

“réduit en argent” (*aestimare*). » Le juge de son côté peut également se livrer à l'estimation, c'est-à-dire « taxer ce à quoi le commerce juridique attache une valeur pécuniaire ».

La pensée de Jhering oscille ainsi entre l'intérêt au sens large et l'intérêt au sens restreint, c'est-à-dire au sens économique. C'est un cas très courant, que l'on retrouvera même chez Mises. Et qui est déjà chez le jurisconsulte allemand Karl Salomon Zachariae (1769-1843) : « Un bien, a-t-on dit, est tout ce qui peut procurer à l'homme une utilité quelconque, non pas seulement une utilité matérielle, appréciable en argent et vénale, mais aussi une utilité morale, susceptible d'augmenter, sous quelque rapport que ce soit, son bien-être⁹. » On se rend compte que l'intérêt strictement économique ne suffit pas à expliquer les actions humaines. Mais si l'on veut à tout prix sortir de la tautologie du « toute action est rationnelle », on est bien obligé de se rabattre sur l'intérêt économique. C'est du moins ce que les Romains faisaient. Pourquoi n'imiterions-nous pas leur exemple ?

Suffit-il maintenant qu'un intérêt existe pour qu'il soit juridiquement protégé ? Que nenni ! Il en est que la loi ne peut atteindre. Bien plus : « Toute loi qui protège notre intérêt ne nous confère pas un droit. » Prenons cet exemple : quelqu'un lègue une dot à sa nièce en vue de son futur mariage ; il y a communauté d'intérêts entre la légataire et son mari, mais celui-ci n'acquiert aucun droit au paiement du legs. « Les fabricants non plus n'ont pas un droit à l'exécution de la loi douanière ; l'application de celle-ci ne dépend en aucune manière de leur volonté¹⁰. »

Encore faut-il considérer que c'est à l'ayant-droit lui-même que revient mission de protéger son intérêt. Pour obtenir cette protection, il n'a nul besoin de l'intervention de tiers ; lui-même prend l'initiative. Cette initiative en droit

9. Cité par Mikhaïl Xifaras, *La Propriété, étude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

10. Jhering, *id.*, p. 339-340.

8. Les économistes contemporains auront reconnu ce qu'ils appellent l'*endowment effect*.

romain se déploie sous la forme de l'*action en justice*. L'action, c'est le recours au juge civil, obligé par la loi d'octroyer la protection juridique. « Le droit n'est donc autre chose que l'intérêt qui se protège lui-même. »

Conclusion : « L'action est donc la véritable pierre de touche des droits privés. Là où il n'y a plus de place pour l'action, le droit civil cesse de protéger les intérêts, et l'administration prend sa place. » Un droit qui n'est pas actionné, dira-t-on, n'est pas un droit. Mais pour l'actionner, il faut y avoir intérêt¹¹.

On pourrait évidemment prétendre que Jhering, soumis consciemment ou non à l'utilitarisme de son époque, a projeté la domination de l'économie sur le droit romain – si tant est que l'on puisse parler de domination à ce sujet. Il nous faut donc juger sur pièce, dans la présentation même que nous fait Jhering du droit romain.

En fait notre hypothèse est plus vaste : appuyé sur la logique économique, le droit romain est dans son essence un droit sans État où se déploie une logique propriétaire impeccable. Jhering nous y encourage lui-même : « Le droit privé, écrit-il, domine l'État, c'est-à-dire que le droit privé n'est pas édifié d'après les principes de droit public, mais que l'État est constitué d'après les principes de droit privé. Il serait contraire à toute l'histoire d'admettre que l'État ait engendré de lui-même le droit privé. Le sentiment de l'indépendance individuelle est la notion première absolue et ce n'est qu'après une lutte pénible et longue que le principe de l'État triomphe. En tant que son but le demande, l'État peut imposer au particulier une restriction dans sa sphère d'action privée, mais l'idée qu'il puisse établir à sa volonté les principes d'après lesquels le commerce juridique privé doit se mou-

11. On voudra bien admettre que je n'avais pas lu Jhering quand j'écrivais : « Un droit doit être à la fois utile à celui qui prétend à ce droit et à ceux à qui il est demandé de respecter ce droit. » *39 leçons d'économie contemporaine*, coll. « Folio », p. 92.

voir, ou qu'il puisse disposer des droits acquis comme il l'entend, est absolument étrangère à l'Antiquité romaine¹². »

Essayons de tester notre hypothèse.

Deux notions clefs sont en cause ici : la liberté et la propriété.

Nous allons le constater, on ne peut étudier ici l'une sans l'autre. C'est bien d'ailleurs ce que dira Hegel lui-même à propos du droit romain : « La personnalité constitue la détermination fondamentale du droit : elle se manifeste surtout dans la propriété. »

« L'idée qui circule dans le droit privé romain tout entier est celle de l'autonomie de l'individu », indique Jhering¹³. « C'est l'idée, poursuit-il, que le droit individuel ne doit point son existence à l'État, mais qu'il est par sa propre toute puissance, et qu'il porte en lui-même sa justification. » Ou encore : « L'individu est lui-même le fondement et la source de son droit : il est son "propre législateur", αὐτὸς νόμος¹⁴. »

Tout de suite une question se pose : l'individu ne va-t-il pas abuser de cette puissance ? La réponse sera que le système est fondé sur la supposition que tout détenteur d'un pouvoir privé ou public en usera dignement. « Les couteaux les plus tranchants sont les meilleurs » et on peut les confier sans crainte aux hommes qui savent s'en servir. On retrouve un exemple proche de celui qu'utilise Platon dans *La République* (Cf. *supra*, chapitre 1). Il n'est donc pas nécessaire de les émousser dans la crainte de la possibilité d'un abus. En fait, c'était le rôle de la censure d'empêcher les abus, en d'autres termes la pression de l'opinion publique, le contrôle social. « Le censeur ne représentait pas seulement les intérêts de la morale, mais aussi ceux de l'économie politique publique ou privée : il était la règle personnifiée de la morale rustique¹⁵ », expose notre auteur.

12. Jhering, *op. cit.*, t. I, p. 221.

13. *Idem*, p. 83.

14. *Id.*, p. 142.

15. *Id.*, p. 51.

« Celui qui, dans sa vie privée ou dans sa conduite publique, s'était placé au-dessus de l'opinion publique, était perdu », explique Jhering. Plus loin : « On peut admettre que le censeur intervenait partout où quelqu'un avait violé la condition, tacitement imposée à chacun, de faire un usage digne et intelligent de la liberté illimitée que le droit accordait à tous¹⁶. »

Par exemple, on pouvait inviter le dissipateur qui, d'après la logique du principe de propriété, pourrait dissiper le patrimoine de ses pères, à se souvenir de ses devoirs envers les siens. S'il négligeait l'avertissement, on lui enlevait l'administration de ses biens au moyen de la *cura prodigi*. « L'instinct pratique des Romains avait reconnu dès le principe que la liberté, pour être une puissance, doit s'imposer à elle-même des bornes [...] ces restrictions étaient le prix, payé bien volontiers, pour avoir ce que le principe de liberté ne pouvait donner : la protection, le secours et l'assistance des associés », conclut Jhering.

Il s'agit bien d'un contrôle social, ou plus précisément d'un contrôle que l'on dirait sociétal, analogue à celui qu'une association exerce sur ses membres. Jhering le dit lui-même. Ces restrictions à la liberté « n'ont pas un caractère autre que les restrictions auxquelles se soumet toute personne qui veut entrer dans une association de droit privé, ou qui conclut simplement une convention ». Il ajoute que le groupe « acquérait ainsi le moyen d'exercer un pouvoir censorial sur chacun de ses membres, et de restreindre indirectement, de la manière la plus efficace, la liberté en quelque sorte illimitée – en théorie – de l'individu. »

Attention ! Cette liberté illimitée ne signifie pas que l'homme *en tant que tel* est libre. « C'est une idée jusqu'à laquelle le droit romain ne s'est jamais élevé en pratique », prévient notre auteur à juste titre¹⁷. Ou encore, dans la même

16. *Id.*, p. 138 et 195.

17. *Id.*, p. 105.

page : « Le droit romain ne s'est jamais élevé jusqu'à la reconnaissance pratique de la subjectivité juridique de l'homme comme tel. Il restreint la capacité juridique au citoyen romain et aux membres des États avec lesquels Rome a conclu des traités. » Ce serait une très grave erreur, un anachronisme flagrant que de projeter sur le droit romain l'idéologie des droits de l'homme.

Pour reprendre les termes d'un auteur récent, Michèle Ducos, la *libertas* est la situation de l'homme libre, et donc du citoyen. « Le citoyen est un homme libre et tout homme libre est nécessairement un citoyen¹⁸. » *L'homme en tant que tel n'a ni droit ni statut.*

Le grand juriste français Domat en était tout à fait conscient. Dans le *Traité des lois civiles dans leur ordre naturel*, il remarquait déjà que le droit romain ne pouvait rien dire de l'homme en tant que tel puisqu'il ignorait que l'homme était à la ressemblance de Dieu, à l'unicité duquel correspondrait l'unicité de l'homme. Cela dit, il a fallu attendre les Lumières pour que l'homme en tant que tel advienne à l'existence juridique... un cadeau empoisonné !

Sur quelle base se fondait la liberté-citoyenneté romaine ?

Réponse de Jhering : « La force individuelle est l'origine du droit – ces mots sont presque inintelligibles pour nous¹⁹. »

Et d'expliquer : « Le premier germe du sentiment juridique est le sentiment de la raison propre fondée sur la conservation des forces propres, et tendant au maintien de celles-ci. Ce que l'homme a conquis à la sueur de son front, ou au prix de son sang, il veut le conserver. Le monde appartient à la force individuelle. C'est en lui-même que chacun porte le fondement de son droit, il doit le défendre par lui-même. »

18. Michèle Ducos, *Les Romains et la Loi, Recherche sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Belles Lettres, 1984.

19. Jhering, *op. cit.*, p. 108.

La lance est le plus antique symbole du droit romain, car Rome fut fondée sur la force. « Ce ne furent pas les dieux qui donnèrent aux Romains leur premier équipement, comme le Dieu d'Israël donna la terre promise aux Juifs ; ils n'eurent recours ni à la vente ni à la ruse, comme Didon lorsqu'elle fonda Carthage²⁰. » Aussi bien est-ce la lance qui est le symbole de la propriété du citoyen romain, d'où le nom de « propriété quiritaire » par opposition à la propriété de l'étranger qui est seulement « bonitaire ». Une lance plantée dans le sol annonçait à Rome tous les actes publics qui avaient rapport à la propriété. La lance, symbole de la propriété, exprimait quelque chose d'interne, d'intellectuel : le pouvoir juridique et la domination du propriétaire. Le bâton, au contraire, dont on se servait pour la remplacer, n'était pas un symbole, mais un succédané, un signe représentatif de la lance.

D'une certaine manière, la propriété quiritaire est une zone de non-droit comme l'explique Michel Villey : « On pose bien quelques règles de bon voisinage, pour empêcher chaque propriétaire de nuire à son voisin ; mais en principe le droit n'a pas à se mêler de la manière dont chacun gère sa propriété ; l'État n'ose pas même lever l'impôt sur les biens des particuliers, ni guère recourir à ce que nous appelons l'expropriation pour cause d'utilité publique²¹. »

La propriété était tellement intangible que l'on pratiquait, on l'a vu, la double clôture, pour éviter toute mitoyenneté et ménager une sorte de vide, de *no man's land* entre propriétés voisines. Mais ici ce ne sont pas des conditions religieuses qui jouent, mais seulement la raison juridique.

La propriété quiritaire, réservée au citoyen romain, refusée aux pérégrins ne pouvait au début s'exercer que sur des terres romaines. Hors d'elles, le droit de propriété est inconcevable. La conquête ne viole pas un droit de propriété pré-

20. *Id.*, p. 3.

21. Michel Villey, *op. cit.*, p. 81-82.

établi. Elle prend un objet non approprié²². Le droit du premier occupant peut s'appliquer. Mais limiter à Rome même l'extension d'un tel droit est devenu rapidement intenable. Aussi l'a-t-on étendu aux terres italiques, mais jamais aux provinces²³.

De fait, pour devenir propriétaire, il fallait « prendre », *capere*. La propriété est ce que l'on « prend avec la main » : *manucaptum*, d'où *mancipium*. Le propriétaire est le « preneur » ; le terme *herus* vient du sanscrit *hr*, d'où dérive en grec *χείρ*.

Le modèle de cette appropriation est bien le « butin de guerre ». Il était « considéré », ainsi que nous l'apprend Gaius, comme « le meilleur mode » d'acquérir la propriété, « *maxime*, dit-il, *sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent* ». La piraterie était mieux considérée que le commerce. Ce dernier était méprisé parce qu'il se concilie avec lâcheté et tromperie. Mercure n'est-il pas à la fois le dieu du commerce et du vol ? On ne concevait pas encore l'échange comme un jeu à somme positive. Cette méfiance, cette incompréhension de l'essence du commerce sont une constante multi séculaire. Elles sont intactes aujourd'hui.

La conception guerrière de la propriété se maintient dans le vocabulaire. Plus tard, certes, la propriété pourra être « transférée », faire l'objet d'une *transdatio*, d'où le terme de *traditio* (« action de transmettre, remise, livraison »). Mais au départ, on ne veut voir dans le transfert que l'abandon d'une propriété se concluant, dans la forme comme dans

22. C'est dire à quel point est étrangère au droit romain l'idée de possession commune originaires qui est pour Kant, la condition de possibilité d'une appropriation privée, le concept de *res nullius* étant écarté, Kant, *op. cit.*, § 13, p. 139. Il aurait pu tout aussi bien se servir du concept de *res nullius* qui désigne en droit romain les choses qui « ne sont encore tombées dans la propriété de personne, mais qui n'en ont pas moins une vocation patrimoniale qui se réalisera lorsqu'elles seront rencontrées par leur premier maître », indique Y. Thomas, spécialiste du droit romain.

23. *Id.*, p. 82.

le fond, au moyen d'une appropriation unilatérale de la part de l'acquéreur (*mancipatio, manucapere*). Le droit ancien réduisait la vente à la forme de deux stipulations unilatérales. L'élément décisif et qui sera toujours considéré comme tel, au point de vue économique, c'est l'appropriation : la bilatéralité, n'existait pas dans la forme juridique imprimée à la vente.

Ainsi la *mancipatio* repose-t-elle indubitablement sur l'idée que le transfert de la propriété résulte de l'acte d'appréhension de celui qui reçoit. Le transfert de la propriété par contrat n'avait point force et valeur par lui-même, mais uniquement parce qu'il se pliait à l'idée du droit de butin. Encore une fois, la propriété n'est autre chose, dans son origine, que le droit sur l'objet capturé : elle ne naît que de la capture du butin. Ainsi dans le droit le plus ancien, le transfert de la propriété par contrat n'avait point force et valeur par lui-même, mais uniquement parce qu'il se pliait à l'idée du droit de butin.

Soit dit en passant, il y a un risque évident à affirmer ainsi que toute propriété a pour origine la conquête, dont Jhering ne semble pas tout à fait conscient. C'est de légitimer un contrôle de l'État. Ainsi Herbert Spencer, qui passe pourtant pour un auteur presque libertaire, était partisan au moins dans ses œuvres de jeunesse d'une nationalisation des terres, justement à cause de l'origine guerrière du droit de propriété²⁴.

« La guerre fut à Rome pendant des siècles le seul moyen d'acquérir, à la portée des gens sans fortune », observe à son tour Jhering²⁵.

S'agit-il d'un butin individuel ou collectif ? Et dans le second cas, comment se fait la répartition ? Il y a des chances que la seconde branche de l'alternative soit la plus plausible.

Mommsen donne sa version des faits : « Les terres étant restées longtemps communes chez les Romains, et le partage

ne s'en étant effectué qu'à une date relativement récente, la propriété ne se développe point d'abord immobilièrement : elle s'attache d'abord à la possession des esclaves et du bétail (*familia pecuniaque*). Elle n'a point pour fondement le droit du plus fort. Mais on considère que le sol, que tout domaine en général a été concédé par la cité au citoyen, pour en avoir la possession et l'usage exclusifs : aussi le citoyen ou celui que la cité traite à son égal sont-ils seuls capables du droit de propriété²⁶. Toute propriété passe librement de la main à la main, etc. »

Sans doute est-ce à Mommsen que Jhering fait allusion lorsqu'il écrit : « L'importance politique de la fortune a amené plusieurs auteurs à nier absolument la propriété privée du sol dans l'État antique, et à y substituer l'*ager publicus*. La conclusion me paraît dangereuse et je crois qu'elle dépasse le but. » Plus loin : « Ce droit de propriété se montre, dès la Loi des Douze Tables, avec une forme déjà parfaite, on n'y trouve ni une trace ni un écho, même le plus faible, de cette prétendue situation antérieure²⁷. »

Comment concilier ces deux points de vue ?

Le droit du plus fort, qui paraît aujourd'hui tellement barbare, était considéré dans l'Antiquité gréco-romaine comme allant de soi. Nous l'avons bien vu au chapitre 2. Mais comment du droit du plus fort passe-t-on au commerce entre égaux ? La réponse paraît toute naturelle ! L'étranger, on vient de le dire, n'a pas de droit. Donc, le citoyen romain a un droit sur les choses de l'étranger (le droit du butin, qui est à la racine de la propriété romaine) : « La propriété romaine naît de l'exercice de la force romaine contre l'étranger privé de droit. » On vient de le dire, les biens de l'étranger n'appartiennent *de jure* à personne, et par conséquent le conquérant romain en est le premier occupant, et il tire son droit de propriété de cette situa-

26. Peut-être est-ce là l'origine de l'idée kantienne de possession commune originaire, cf. n. 22.

27. Jhering, *op. cit.*, p. 190-200.

24. Blot, thèse citée, p. 111-112.

25. Jhering, *id.*, t. II, p. 239.

tion (les Européens n'ont-ils pas fait de même lorsqu'ils ont débarqué en Amérique, les indigènes étant perçus à peine comme des hommes et, en tout cas, considérés comme incapables d'exercer des droits de propriété).

Jhering a d'ailleurs parfaitement exprimé la logique du premier occupant alors même que le terme même d'*occupatio* est relativement rare dans les textes²⁸ : « On a argué de ce que le possesseur et le *bona fideis possessor* doivent céder devant le propriétaire. Mais celui-ci ne doit-il pas s'incliner lui-même devant le créancier hypothécaire ? Et à son tour, celui-ci ne doit-il pas reculer devant le propriétaire qui veut payer sa dette ? Où donc est-il écrit que la notion de droit sur la chose consiste à ne pouvoir être primé par personne ? La possession dans son idée originaire n'est autre chose que la propriété sur la défensive. La propriété aurait bientôt fini d'exister si le propriétaire, pour se protéger dans la jouissance de son droit, devait chaque fois prouver sa propriété. Pour que protection complète soit assurée à la propriété, il faut de nécessité absolue que la seule extériorité de la propriété, c'est-à-dire la possession, soit respectée et protégée. Les actions possessoires représentent les moyens défensifs de la propriété ; la *rei vindicatio* en est le moyen offensif. Mais si cette protection défensive de la propriété, non moins absolue dans sa sphère que la protection offensive, en ce sens qu'elle est accordée contre quiconque trouble la propriété sous ce rapport, est indépendante de la preuve de la propriété, il en résulte nécessairement que le non-propriétaire qui possède jouit également du bénéfice de cette protection. Pour protéger le propriétaire comme possesseur, on devait protéger le pos-

28. Il se pourrait que ce soient les jurisconsultes des ^{xvi}e et ^{xvii}e siècles qui, en transformant les textes romains, aient fondé le droit subjectif de propriété sur l'occupation originaire. Ainsi, pour Grotius, l'occupation d'un bien est le seul mode d'acquisition originaire et conforme au droit naturel. Cf. A.-J. Arnaud, « Réflexions sur l'occupation, du droit romain au droit moderne », dans *Revue historique du droit français et étranger*, p. 1969, p. 183 sq.

sesseur lui-même d'une manière absolue. C'est ainsi que la possession est devenue un rapport juridique indépendant à côté et en dehors de la propriété, donc un droit sur la chose. On peut la caractériser en deux mots : c'est une situation de la propriété juridiquement protégée pour elle-même et érigée en un droit indépendant. Il faut en dire autant de la *bonae fidei possessio* : elle est une forme de protection offensive de la propriété, ayant conquis une indépendance juridique. On ne peut lui dénier d'être un droit sur la chose. » On pourrait résumer ce long développement, qu'il fallait citer, par cette formule : il y a « présomption de propriété » en faveur du possesseur ; ou encore dire que la charge de la preuve repose sur celui qui conteste le titre de propriété du possesseur. Et il ne peut en être autrement pour des raisons toutes simples d'économie que nous avons déjà exposées. Si chaque fois que j'enfile ma chemise je devais prouver qu'elle m'appartient... Kant a dit cela en termes plus savants : « Tant mieux pour celui qui possède (*beati possidentes*) ! est un principe de droit naturel suivant lequel personne n'est obligé de justifier sa possession et ce principe fait de la première prise de possession un fondement juridique de l'acquisition, sur laquelle peut s'appuyer le premier possesseur²⁹. »

Jhering se hâte toutefois d'adoucir son propos : « Mais si d'un côté [la propriété] se fonde sur la guerre, dont elle est l'occasion, d'un autre côté elle cache en elle-même le germe du commerce pacifique. » Le marchand s'avance dans les pas du soldat. À la guerre succède l'échange. « Ce fut un marchand qui fut le premier pionnier de la civilisation. » Refrain connu. On croirait lire Montesquieu dissertant sur le « doux commerce ». Cela n'enlève rien à la violence de l'appropriation originelle.

Un lien quasi charnel s'établit, dès lors, entre la propriété et le propriétaire. Notre société, « quelque cupide et avare qu'elle puisse paraître », ne peut comprendre un tel lien, car il s'est beaucoup relâché. Ce qu'un individu avait acquis au prix de son

29. Kant, *op. cit.*, Remarque, § 6, p. 126.

corps et de sa vie, ou à la sueur de son front, semblait être devenu une partie de lui-même. Dès lors, quiconque entama cette propriété devait payer ; et s'il ne pouvait restituer en argent, son propre corps répondait de ce qu'il avait enlevé. « À ce point de vue, remarque Jhering, il n'est pas plus étonnant de voir poursuivre contre la personne la satisfaction à raison d'une lésion pécuniaire, que de voir la fortune de l'adversaire payer la peine d'une lésion personnelle. À la place de l'argent, les membres du corps (*in partes secare*), à la place des membres du corps, l'argent³⁰ ! » En d'autres termes, la fusion entre le corps du propriétaire et sa propriété est telle que l'un et l'autre sont comme blessés ensemble par les atteintes qui sont portées à l'un ou à l'autre ; et par conséquent les réparations doivent être obtenues indifféremment sur le corps ou sur la propriété du fauteur de trouble. Ainsi la Loi des Douze Tables autorise-t-elle la peine du talion pour les lésions corporelles ; quant au débiteur qui ne paie pas ses dettes au terme échu, il est mis sur le même plan que le voleur, et l'un et l'autre sont privés de la liberté. S'il y a plusieurs créanciers, le débiteur peut même être coupé en morceaux. Mommsen l'a lui-même remarqué : « En l'absence de satisfaction donnée par le débiteur [...] il était exposé sur le marché où l'on demandait à voix haute s'il n'était pas quelqu'un qui le prêt en pitié. Ce délai passé, les créanciers avaient le droit de le tuer et de partager son corps ; ou de le vendre en esclavage à l'étranger, lui ses enfants et ses biens ; ou de le garder définitivement en condition servile... Telles étaient dans la Rome primitive les mesures légales qui protégeaient la fortune de chacun ; on est frappé de leur impitoyable rigueur contre le vol, le dommage à la propriété, contre la possession indue et surtout contre l'insolvabilité du débiteur³¹. » Il ne faudrait d'ailleurs pas exagérer l'originalité du droit romain en cette matière. Dans l'Évangile selon saint Matthieu, un débiteur insolvable est condamné par son créancier à être vendu, lui, sa

30. Jhering, *id.*, t. II, p. 136.

31. Mommsen, *op. cit.*, t. I, p. 123.

femme, ses enfants et tout ce qu'il avait, pour acquitter sa dette (Matt., 18, 25).

Avec le droit romain antique, nous disposons d'une sorte de point d'origine, remontant dans la nuit des temps, à partir duquel s'opéreront les différenciations entre le corps et la propriété, l'inaliénabilité de l'un étant compensée par l'aliénabilité de l'autre. Ce qui est fascinant, c'est que Jhering par le raisonnement juridique arrive au même point auquel avait abouti Fustel de Coulanges en invoquant la religion.

Maintenant, ce point d'origine pourrait permettre de fonder le paradoxe d'une liberté qui n'est pas aliénable.

Jhering pense que, « l'anéantissement de la liberté par elle-même, que l'idée de la liberté semble rendre possible, est la pierre de touche la plus sûre pour contrôler la conception de cette idée ».

Si je suis libre, ne suis-je pas libre aussi de renoncer à ma liberté ? Jhering pose cette question en des termes un peu différents : « Le droit d'être libre, a-t-on répété souvent, implique nécessairement la possibilité d'y renoncer en tout ou en partie. Si c'est un droit, pour quoi ne pourrais-je y renoncer ? Si la volonté est libre, pourquoi son exercice ne pourrait-il consister aussi à se restreindre elle-même, à se lier, à s'enchaîner ? » Conclusion : « La liberté porte donc en elle le germe de sa négation. »

L'illustre juriste allemand résout ce paradoxe de la manière suivante : « Cette possibilité de l'anéantissement de la liberté par elle-même paraît fondée sur l'essence de la liberté ; il semble en résulter que celle-ci poussée jusque dans ses dernières conséquences logiques constitue une impossibilité pratique. Mais cela n'est vrai qu'en apparence : la fausse liberté creuse sa propre tombe. Le droit de l'individu à la liberté juridique se fonde sur une base morale — la mission créatrice de la personnalité³². » C'est que le droit à la liberté constituerait en même temps un devoir.

32. Jhering, *id.*, t. II, p. 215.

Il en résulterait pour l'État « qu'il ne doit reconnaître et réaliser que la liberté vraie, celle qui est fondée en morale ». Cette dérivation, pour ne pas dire ce déviationnisme étatiste et moraliste, nous paraît tellement flagrante et en même temps tellement représentative de l'incohérence d'une certaine pensée juridique que nous ne résistons pas à l'envie de montrer comment elle se déploie.

« En présence de la liberté de l'individu, continue Jhering, défaisant tout ce qu'il a construit jusque-là, la mission de l'État n'est donc pas purement négative ; ce n'est pas un laissez-faire, une non-intervention. Sa position n'est pas celle d'un spectateur indifférent. Sa mission est essentiellement de nature positive : réalisation de la liberté juridique, assurance de la liberté contre le danger d'une oppression ou d'une suppression, que ce danger vienne des autres ou de l'individu lui-même. On ne saurait dans cette mission de l'État voir une tutelle, en contradiction avec l'idée de liberté, que si l'on dénie toute mission morale à la liberté et à l'État³³. » Nous étions partis d'un droit sans État et à l'arrivée nous arrivons à une liberté qui ne peut se concevoir que par l'État, à un libéralisme étatique. Ne sourions pas ou ne nous étonnons pas trop vite de cet oxymoron, car c'est bien l'essence d'un certain libéralisme d'être un étatisme plus ou moins conscient et cohérent. Surtout en France³⁴.

Jhering, quant à lui, enfonce le clou : « Le droit romain nous donne sur cette question un exemple hautement instructif [...]. Il n'a jamais existé un droit qui ait conçu l'idée de liberté d'une manière aussi digne et aussi juste. Ce danger de l'anéantissement de la liberté par elle-même, écueil de la fausse conception de la liberté, a été magistralement reconnu et écarté par le droit romain. Le moyen auquel il eut recours ne consiste pas dans une défense légale extérieure d'abuser de

33. *Ibid.*, p. 216.

34. Lucien Jaume, *L'Individu effacé ou le Paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997.

la liberté, mais dans une restriction par voie scientifique, empruntée par la jurisprudence à l'essence même de la liberté.[...] La manière de voir romaine (et en même temps la quintessence de l'explication qui suit) peut être exactement exprimée en disant qu'elle considère la liberté non point comme une chose subjective, un bien, une qualité de la personne, mais comme une propriété objective indestructible, indépendante de la volonté de la personne, appartenant aux institutions juridiques. »

On voudrait bien que la liberté soit une qualité indestructible, mais pourquoi diable cette « propriété objective » appartiendrait-elle aux institutions juridiques ? De fait, si la liberté est indépendante de la personne, alors l'esclave est lui-même libre s'il est un homme. Or il est un homme, le droit romain n'a jamais cessé de le nier. Mais il n'est pas un citoyen, répondrait le juriste romain, donc il n'est pas libre. Et l'on revient à la formule : l'homme en tant que tel n'est pas considéré comme libre. Donc, en effet, la liberté objective « appartient » aux institutions juridiques. Le terme d'« institutions juridiques » est un peu gênant. Il suffirait de le remplacer par « règles concernant l'individu » pour parvenir à un résultat qui convienne, c'est-à-dire : les libertés (le pluriel s'impose) de quelqu'un sont les actes qu'il peut accomplir sans violer un système de règles particulier le concernant. Les libertés ne sont pas des droits. Il serait absurde de parler ici d'un droit à la liberté. Cela n'a pas de sens de dire que les gens ont droit de faire ce qu'ils sont libres de faire, et peut-être grotesque de dire qu'ils ont un droit à ce que rien d'illégal ne leur soit fait. Parler d'un droit à la liberté, c'est insidieusement persuader l'auditeur inattentif, irréfléchi, que la liberté est quelque chose à laquelle il a besoin d'avoir droit³⁵.

Cependant, Jhering montre le bout de son oreille dans cette précision, qui a une certaine actualité en ce début du

35. Disons notre dette ici à Anthony de Jasay, *op. cit.*

XXI^e siècle : « Tout peuple n'est pas mûr pour la liberté. Les peuples orientaux en sont là : la notion de la liberté personnelle prenant sa racine dans le sujet lui-même ne s'est jamais révélée à eux ; elle leur paraîtrait même une abomination dans plusieurs de ses applications, par exemple en matière religieuse³⁶. » En matière religieuse ! Comme il y va ! Dans la vieille Europe chrétienne, tout à fait occidentale, un pape n'a-t-il pas fustigé « cette thèse erronée ou plutôt délirante selon laquelle la liberté de conscience doit être accordée à qui la demande » ? Grégoire XVI et son encyclique *Mirari vos* (1832), ce n'est pas si vieux pour Jhering qui commence à enseigner le droit romain à Berlin en 1845. Un autre pape, Léon XIII, son contemporain, dénoncera en 1888, dans *Libertas praesitissimum*, le « vice capital du libéralisme » et enseignera que la liberté accordée à tous n'est pas désirable par elle-même « puisqu'il répugne à la raison que le faux et le vrai aient les mêmes droits ».

Donc, on trace à la « liberté abstraite », grâce au droit romain, « une voie dans laquelle elle devait se maintenir sous peine de se contredire elle-même ». Et d'asséner : « La théorie de la liberté dans les diverses institutions est la discipline réalisée du sentiment abstrait de la liberté. Tout acte qui contrarie le but de l'institution est donc nul et inopérant³⁷. »

Or, voilà qui va devenir extrêmement gênant.

Supposons par exemple un contrat entre vous et moi dans lequel je m'engage à toujours dormir sur le côté droit si vous m'allouez une rente de 250 euros par mois. Suivant Jhering, dira-t-on dans un premier temps que n'ayant aucun intérêt à une telle convention, celle-ci est nulle ? Il serait facile de répondre que nul ne peut juger de l'extérieur si l'intérêt que vous portez dans ce contrat n'a aucun intérêt et que si vous l'avez signé, c'est que, *de facto*, vous y trouviez votre avantage. Dira-t-on alors que je ne suis pas libre d'aliéner ma

liberté et que, par conséquent, notre contrat est entaché de nullité *de jure* ?

C'est bien à de telles situations que conduit la conception que vient de développer notre auteur. D'ailleurs il dit lui-même « la nullité des contrats et des dispositions dans lesquels on renoncerait à l'élément de liberté de l'institution, dans lesquels la liberté personnelle du disposant se mettrait donc en contradiction avec la liberté objective de l'institution ». Dans un tel contexte, des vœux religieux sont-ils seulement concevables ?

Rappelons-le, la liberté pouvait être perdue à titre de peine, par exemple par le voleur, ou par le débiteur insolvable. Le raisonnement était le suivant : à partir du moment où vous violez la propriété d'autrui, c'est qu'en même temps vous violez sa liberté (cf. plus haut le lien liberté-propriété), et que vous acceptez par avance implicitement qu'on vous applique le même traitement, c'est-à-dire que l'on viole votre liberté-propriété. Kant l'a fort bien exprimé : « Je ne suis ainsi pas obligé de respecter le sien extérieur de chacun, si chacun en retour ne m'assure pas que relativement au mien il se conduira suivant le même principe³⁸. » La description de la loi du talion par Mommsen mérite d'être rappelée ici : « Le vol était-il irréparable ? Le voleur était-il hors d'état de payer l'indemnité réclamée, ou celle allouée par le juge ? Il était alors aussitôt adjugé lui-même au demandeur, et lui demeurait asservi. » De même : « Pour tout dommage (*injuria*) corporel ou réel, la partie lésée doit, dans les cas peu graves, accepter l'indemnité réglée ; que si la voie de fait a entraîné la perte d'un membre, celle-ci réclame œil pour œil, dent pour dent³⁹. »

Mais confirme Jhering : « Une renonciation à la liberté, une convention par laquelle on entendait devenir l'esclave d'un autre était nulle. » On en revient au droit du butin. La propriété des choses (inanimées ou animées, et ces dernières

36. Jhering, *id.*, t. II, p. 126.

37. Jhering, *id.*, t. II, p. 217.

38. Kant, *op. cit.*, § p. 130.

39. *Ibid.*, t. I, p. 121.

qu'elles soient parlantes, comme les esclaves, ou non parlantes, comme le bétail) ne s'acquiert que par la guerre.

Mais alors aucune obligation est-elle jamais concevable dans un tel système ? La difficulté est considérable et elle va perdurer jusqu'à nous. Voyons cela de plus près.

Pour Jhering : « Si les Romains, comme on l'a parfois soutenu, avaient réellement connu l'idée d'une force obligatoire absolue de la volonté, l'obligation aurait présenté un moyen d'annihiler complètement, en fait, la liberté ; par exemple en s'engageant à une servitude perpétuelle, en promettant de ne jamais s'éloigner d'un endroit, de ne pas se marier sans la volonté d'un autre, de ne rien aliéner, etc. Mais pareille conception était totalement étrangère aux Romains. »

On trouve le même genre de réflexion chez Villey : « Chaque père de famille doit être en principe libre vis-à-vis des autres, sur lui ne doit porter aucune servitude, aucune obligation, à moins d'une cause certaine et manifeste, et qui dépendra clairement de son fait ou de sa volonté. Le prêteur n'admet devant lui d'actions *in personam*, d'actions contre la personne, que dans les hypothèses précises bien délimitées par le droit. » Par exemple, le *nexum* : le père de famille s'engage personnellement contre remise d'un prêt d'argent. Mais ce n'est pas une véritable action personnelle, car l'emprunteur est devenue en quelque sorte la chose du prêteur⁴⁰. Cela change-t-il quoi que ce soit ? Une personne a choisi de devenir la chose d'une autre personne ; c'est une expression de sa liberté.

Des obligations ont tout de même existé. Comment l'expliquer ? C'est qu'elles avaient des choses pour objet exclusif, et non des personnes, explique-t-on. Mais est-on pour autant tiré d'affaire si les choses appropriées ont le lien charnel avec les personnes que nous avons dit plus haut ?

C'est pourtant cette solution que nous propose Jhering : aux yeux des Romains, nous dit-il, l'obligation ne pouvait

avoir que le patrimoine pour objet. « L'obligation à des prestations de services était inconnue au droit ancien : le lien juridique ne s'étendait qu'aux choses. » Ainsi l'on pouvait s'engager à donner une chose, mais non à fournir des prestations personnelles de services. « Ce qui est, en effet, promis dans le premier cas, c'est un fragment de patrimoine, ou pour parler plus correctement en droit, une prestation ; mais une prestation consistant dans l'exécution d'un acte juridique appartenant au droit des choses. » Par contre, toute promesse qui « jette les liens juridiques sur la personne elle-même », « aliène jusqu'à un certain point la force personnelle de celle-ci ». Bref elle tend à « créer un rapport de servitude partielle qui répugne au sentiment de liberté des Romains ».

Il fallut bien tout de même se résoudre à conclure des conventions entre personnes, ce qui obligea à imposer la possibilité juridique des conventions. Mais, on résista à établir une contrainte directe pour l'exécution de l'action. « Le principe de la procédure romaine que toute condamnation doit se résoudre en argent, continua à maintenir debout la conception primitive que le Romain libre ne peut donner une assignation sur lui-même, mais seulement sur son patrimoine. »

« Il semble au premier abord, continue Jhering, qu'il devait être facile d'éluder ce principe et d'anéantir complètement la liberté personnelle au moyen de la peine conventionnelle. » Rien n'empêchait en effet, de se faire promettre par l'autre partie une peine pécuniaire d'un montant quelconque pour le cas de défaut de paiement. Mais, les Romains accordant la prééminence à l'idée objective de la liberté individuelle, toutes les conventions qui portaient atteinte à la liberté personnelle étaient, en effet, nulles⁴¹.

L'ennui pour le lecteur de Jhering, sinon pour l'auteur lui-même, c'est que tout ce développement est en contradiction flagrante avec ce qu'il nous disait à peine soixante-dix pages plus haut.

40. Villey, *op. cit.*, p. 100-101.

41. Jhering, *op. cit.*, t. II, p. 217-219.

« Par une suite logique de la nature personnelle de l'obligation, le pouvoir du créancier atteignait uniquement la personne du débiteur. Son patrimoine restait sauf, mais sa personne était tout entière exposée. L'exécution de la dette, c'était l'anéantissement de la personnalité du débiteur : de sa personnalité juridique, lorsqu'il n'y avait qu'un seul créancier (vente à l'étranger comme esclave), de sa personnalité physique, lorsqu'il y en avait plusieurs (*in partes secare*, d'après la Loi des Douze Tables) [...]. Le but immédiat, nous explique-t-on, est d'amener le débiteur et les membres de sa famille à acquitter la dette. Si, grâce à son patrimoine, le débiteur jouissait d'une certaine indépendance vis-à-vis de son créancier, celui-ci n'avait guère de moyens directs pour empêcher les aliénations douloureuses : il était donc nécessaire qu'il fût indirectement garanti contre de pareilles fraudes⁴². »

D'un côté, donc, on ne peut atteindre que la personne, de l'autre seulement le patrimoine.

Comment résoudre cette contradiction ? Essayons en faisant intervenir le temps de l'Histoire.

Dans un premier temps, butin de guerre, la propriété est chose sacrée, inaliénable, et l'on ne peut atteindre que la personne. Mais cette position n'est pas tenable. Les nécessités du commerce juridique, du commerce tout court font que la propriété devient aliénable, mais alors c'est la personne du propriétaire qui ne l'est plus. Mais rien n'empêche d'osciller en fait de la personne à la chose dans une tension contradictoire. Chaque élément a tendance à l'inaliénabilité absolue.

On s'en aperçoit quand il s'agit de distinguer les deux espèces de dispositions du droit de propriété.

Les premières affectent le droit du propriétaire. Quand il vend son bien, quand il le loue, il modifie sa relation juridique avec la chose.

Les secondes affectent le droit de la chose elle-même : par exemple, la constitution d'hypothèque, l'établissement de servitudes.

42. *Ibid.*, t. II, p. 148.

Les éventuelles suites préjudiciables des dispositions de la première espèce frappent exclusivement le propriétaire et ses héritiers. « Elles n'entraînent aucun danger pour le commerce », nous dit Jhering. La chose ne fait que passer d'une main dans une autre, mais elle se trouve tout aussi « libre » dans la seconde que dans la première.

Les dispositions de la seconde espèce affectent le droit de la chose. En langage romain, elles donnent une *actio in re* à l'ayant-droit. Par exemple une servitude de passage donne à celui qui en bénéficie le droit d'utiliser une partie de la chose ou en partie la chose. De telles dispositions renferment « les plus grands dangers pour la propriété », nous dit Jhering. C'est la « ruine de sa vraie liberté », le « sacrifice de la véritable idée de propriété ». Une étourderie du propriétaire peut ainsi se perpétuer pendant des siècles. On assisterait à une diminution non de la valeur « pécuniaire », mais de la valeur « morale » de la chose. Il faudrait à l'homme libre un bien libre. « L'asservissement de la terre est une source permanente de mécontentement pour le possesseur, c'est une entrave pour l'agriculture »; estime notre auteur. Il vaudrait mieux que le propriétaire vende le bien, qui ne ferait alors que changer de maître. « Mais accorder au propriétaire la faculté d'éluider la nécessité d'une vente en aliénant des éléments de valeur intellectuelle de son bien, en se procurant de l'argent par l'imposition de dîmes, de rentes perpétuelles, de charges, etc., sur sa chose, c'est lui donner le pouvoir d'enlever à la propriété ses effets bienfaisants pour la société, de l'énerver, de la tuer moralement. Il y a là quelque chose de la propriété qui se perd et dont aucune des deux parties ne profite. C'est enlever et vendre un fragment d'une œuvre d'art pour ne pas devoir l'aliéner tout entière. Ce que l'un accepte sous forme d'un *jus in re* n'est pas ce que l'autre sacrifie⁴³. »

Jhering nous décrit ici la propriété entravée par toutes sortes de liens féodaux, que la Révolution française a libérée

43. Jhering, *op. cit.*, t. II, p. 225.

en revenant... au droit romain ! D'après Taine, avant 1789, un quart du sol en France n'était plus cultivé parce que les terres étaient grevées de toutes sortes de charges, servitudes et corvées⁴⁴. Mais, Jhering renvoie aussi implicitement à la grande opposition entre droit romain et droit germanique que l'historien italien Gianluigi Barni a si bien exposée. En droit germanique, le rapport entre l'homme et la terre, c'est le *gewere*. « En droit romain, écrit Barni, le *dominium* était unique et indivisible. Cela revient à dire que concevoir deux *dominia* sur la même chose était absurde comme de penser à deux personnes assises sur la même chaise. Pour la conscience juridique des Germains, au contraire, il pouvait exister plus d'un rapport de fait sur la même chose entre individus différents. En ce qui concerne la propriété de la terre, qui pendant des siècles a été le bien économique fondamental et, par conséquent, la base du pouvoir politique, l'on pouvait avoir un *gewere* pour la superficie, un autre pour la jouissance des sources, un autre pour prélever sa part des productions et ainsi de suite. C'est ce qui explique certains contrats postérieurs où la propriété des arbres est distinguée de la propriété de la terre, où sont vendus les droits d'usage, d'usufruit, de dîme, contrats qui pour le monde romain auraient été une absurdité⁴⁵. »

Villey le reconnaît volontiers : « Le système romain a mieux convenu à une époque d'individualisme et de libéralisme : car la propriété individuelle est, dans l'état moderne comme dans la cité antique, la base de la liberté individuelle⁴⁶. » (Mais il ajoute aussitôt, bien sûr, que le droit moderne a « largement et dangereusement systématisé » le droit romain : le droit de propriété inviolable, sacré, exclusif,

44. Taine, « L'Ancien Régime », in *Les Origines de la France contemporaine*, Robert Laffont, coll. « Bouquins ».

45. Gianluigi Barni, *La Conquête de l'Italie par les Lombards*, Albin Michel, 1975, p. 42.

46. Villey, *op. cit.*, p. 84.

absolu, sans limitation quelconque... ce ne sont pas des formules romaines ; elles trouvent leur source dans la philosophie moderne libérale, individualiste, etc.)

Aussi bien, pendant des siècles, assure Jhering, la servitude fut la seule institution qui permit à un propriétaire romain de restreindre la liberté de sa propriété. Il était sans pouvoir sur la liberté même de la propriété ; il pouvait se lier et se ruiner lui-même, il ne pouvait ruiner la propriété, ni le propriétaire futur⁴⁷.

Il est curieux de voir comment l'auteur résume lui-même son propos :

« La liberté, comme condition de développement moral, est, pour l'homme, une loi suprême ; c'est un bien qu'il ne peut juridiquement amoindrir ni pour lui-même ni pour ses successeurs. »

Le propos serait vraiment cohérent avec ce qu'il vient de nous dire si liberté était remplacée par propriété. On lirait alors :

« La propriété, comme condition de développement moral, est, pour l'homme, une loi suprême ; c'est un bien qu'il ne peut juridiquement amoindrir ni pour lui-même ni pour ses successeurs. »

Résumons les propos antérieurs. Conquête, appropriée par le premier occupant, et donc lui appartenant non seulement de fait, mais *de jure*, la propriété idéale du droit romain se transmet libre de génération en génération ou, si l'on ne peut faire autrement, d'acquéreur en acquéreur. Libre, elle est la condition de la liberté du propriétaire lui-même, qui ne peut être que citoyen (tout autre être humain, étranger, femme, enfant, fils non émancipé, esclave étant dans l'incapacité juridique de posséder quoi que ce soit). On sent bien que cet homme libre risque la déchéance s'il vend sans pouvoir acquérir, mais il vaut mieux qu'il vende plutôt qu'il porte atteinte à la « liberté » de son bien.

47. Jhering, *ibid.*, t. II, p. 230.

Quelque extravagante que puisse apparaître cette propriété idéale, nous montrerons dans le prochain chapitre qu'elle correspond à une stricte logique économique : éviter le « coin fiscal » ou tout ce qui s'y apparente en matière de prélèvement. Mais sur le seul plan juridique, nous pouvons tout de suite établir que ces concepts nous sont familiers.

De fait, la question de l'inaliénabilité de la liberté s'est posée aux rédacteurs du Code civil alors même que l'esclavage n'était pas encore aboli. Un Victor Cousin a pu écrire : « La propriété est sacrée parce qu'elle représente le droit de la personne elle-même⁴⁸. »

Cette fois, il s'agit clairement de l'inaliénabilité de la liberté de l'homme en tant que tel, dénommé « personne », ce qui ne va pas sans paradoxe quand l'on sait les origines étymologiques du terme. La personne, ne pouvant être considérée comme une chose, est donc inaliénable. Dans le binôme propriété/propriétaire, le choix s'est porté sur l'inaliénabilité de la propriété (encore que la contrainte par corps ne fût abolie en droit positif que le 22 juillet 1867).

Mais alors comment va-t-on traiter le problème du travail, censé avoir été magnifié par le fils du Charpentier, alors même que l'on s'interdit légalement et moralement de recourir à l'esclavage ?

Charles Demelombe, auteur d'un *Cours de Code Napoléon*, a bien posé le problème : « Puisque la personne ne peut être considérée comme un bien, il faut en conclure que ses aptitudes, innées ou acquises par le travail, son talent, son industrie, ne sont pas non plus des biens : car ses aptitudes sont des qualités essentiellement inséparables de la personne, et qu'il est impossible de concevoir distinctes et en dehors d'elle ; ou plutôt c'est la personne elle-même, c'est son intelligence, c'est son imagination, etc. » Mais, ayant posé le problème il ne peut le résoudre sans se contredire puisqu'en même temps il admet le caractère éminemment personnel du travail.

48. Cité par Xifaras, *op. cit.*, p. 7.

On est donc placé devant l'alternative suivante, bien formulée par Mikhaïl Xifaras dans sa thèse sur le droit de propriété⁴⁹. Soit le principe de l'inaliénabilité de la personne humaine conduit à la condamnation de la condition des salariés et des domestiques, et il n'y aurait pas de solution de continuité entre l'esclavage et le salariat, ce qui nous obligerait à reconsidérer complètement la question de l'esclavage, en nous souvenant de la répugnance du droit romain à admettre pour les citoyens des obligations personnelles. Soit on considère que les éléments constitutifs de la personne humaine sont des biens, objets de propriété et de contrats, quitte à reconsidérer la portée du principe de l'inaliénabilité de la personne et son caractère absolu. De Charybde on tomberait dans Scylla...

Kant lui-même s'est intéressé à la première branche de l'alternative lorsqu'il cherche à distinguer le contrat de travail de l'esclavage. Sur quels critères ?

Le travail forcé ? Mais l'on peut très bien imaginer (et l'on sait que Grotius ne s'en est pas privé et que cette possibilité a tellement troublé les Romains) qu'on puisse volontairement renoncer à sa liberté.

La faculté d'ester en justice contre l'employeur que l'esclave n'aurait pas ? En fait (art. 1781 du Code civil) la parole du maître prime sur celle du salarié. Une dimension essentielle de la personnalité juridique, la capacité d'exercer ses droits, serait ainsi placée hors du champ contractuel. Mais Kant, on l'a vu à propos du mariage, exige lui-même que l'inaliénabilité de la personne soit entière ou ne soit pas⁵⁰.

La limitation dans le temps du contrat de travail (qui n'est pas toujours effective, comme le montrent les CDI, mais justement ces derniers peuvent être rompus unilatéralement) ? Or, pour Kant, la durée du contrat ne transforme pas la nature de la relation qu'il institue. Et cette relation est une soumission « permanente » (pendant la durée du contrat, le domes-

49. *Ibid.*

50. Kant, *Doctrines du droit*, *op. cit.*, § 25, p. 157.

tique s'engage à travailler pour le maître quand celui-ci le désire) et « générale » (en ce que le domestique ne s'engage pas pour un ouvrage déterminé et que sa rémunération n'est pas proportionnée à la tâche) – ces deux éléments qui paraissent propres à la domesticité pourraient être aisément transposés à la relation hiérarchique instaurée par le salariat.

Le Code civil garde trace de ce faux critère fondé sur la limitation dans le temps. L'article 1780 alinéa 1 dispose en effet qu'« on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». L'exposé des motifs présenté au corps législatif par M. Galli en dit la raison : « À la vérité, il serait étrange qu'un domestique, un ouvrier, pussent engager leurs services pour toute leur vie. La condition d'homme libre abhorre toute espèce d'esclavage⁵¹. » Cet alinéa ne révèle-t-il pas la conscience qu'avaient les codificateurs du risque d'aliénation de la personne dans la commercialisation du travail par voie de louage de services ? Mais un tel risque n'est évidemment pas conjuré si l'on suit Kant ; il est plutôt révélé. Nous entrons ici dans l'une des zones d'ombre toujours actuelles du Code civil sur lesquelles nous reviendrons au chapitre 7.

Il y a un critère auquel curieusement Kant ne fait pas allusion dans ce texte, qui est pourtant essentiel, c'est la « puissance de vie et de mort » (*potestas vitae necisque*) qu'avait le maître sur l'esclave (*comme sur ses enfants*) et que n'a pas, heureusement, l'employeur. Mais si l'on considère que le maître, en tant que propriétaire, n'avait pas plus intérêt à mettre à mort son esclave que son enfant – est-ce pour cette raison que Kant n'en dit mot ? – cette puissance est toute théorique (sauf en cas de comportement délictuel de la part de l'esclave, mais alors on entre dans une autre logique qui est celle de l'économie du crime – cf. *infra*, chapitre 9). En réalité, une telle puissance n'est que l'autre face du fait que l'esclave doit la vie à son maître comme l'enfant à son père.

51. Fenet, t. XIV, p. 318, cité par Thierry Revet, *La Force du travail (Étude juridique)*, préface de Frédéric Zenati, LITEC, 1992, p. 32.

Donc, jusqu'à maintenant, Code civil inclus, nous ne disposons pas des éléments qui puissent nous permettre de distinguer l'esclavage du salariat si l'on met à part, pour les raisons que l'on vient de dire, la *potestas vitae necisque*.

L'on est toujours dans le cadre du binôme instauré par le droit romain : puisque la propriété est aliénable, alors la liberté du citoyen ne l'est pas. Et l'on se demandera si le salariat n'a pas été institué et généralisé pour occulter l'aliénation qui était évidente dans le cas de l'esclavage.

Retenons que pour les philosophes des Lumières, le problème de la propriété de soi était resté entier. Kant, on le sait, distingue droit inné et droit acquis. Le droit inné est « le droit qui, indépendamment de tout acte juridique, revient à chacun de par la nature ». Il en résulte que la liberté, « dans la mesure où elle peut subsister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle, est cet unique droit originaire revenant à l'homme de par son humanité. Il en résulte aussi l'égalité innée, c'est-à-dire l'indépendance, consistant à ne pas être obligé par plusieurs à autre chose que ce à quoi on les peut réciproquement obliger et il s'agit par conséquent de la qualité d'homme d'être son propre maître (*sui juris*)⁵². » On a dit plus haut le danger qu'il y avait à faire de la liberté un droit et l'absurdité d'une expression comme « droit à la liberté » – formule que l'on trouve pourtant quatre fois dans le projet de constitution européenne. Peut-être est-ce pour prévenir une telle critique que Philonenko dans son introduction à Kant s'insurge : « Qu'on ne dise point que l'affirmation de la liberté est au sein de la *Doctrine du droit* une assertion analytique – c'est une proposition thétique⁵³. » Ouf !

Mais est-ce qu'être maître de soi veut dire être propriétaire de soi ? Que nenni ! « L'objet extérieur, explique Kant, qui selon la substance est le sien de quelqu'un, est la propriété (*dominium*) de celui auquel tous les droits sur cette chose sont

52. Kant, *op. cit.*, p. 111-112.

53. A. Philonenko, in Kant, *op. cit.*, p. 41.

inhérents (comme les accidents à la substance) et dont par conséquent le propriétaire (*dominus*) peut disposer à son gré (*ius disponendi de re sua*). Mais en conséquence il va de soi qu'un tel objet ne saurait être qu'une chose corporelle (envers laquelle on n'a point d'obligation) et qu'ainsi un homme peut bien être son propre maître (*sui juris*), mais non propriétaire de soi-même (*sui dominus*, « pouvoir de disposer de soi selon son gré »), et encore moins des autres hommes, parce qu'il est responsable de l'humanité en sa propre personne. Quoi qu'il en soit, ce point, qui appartient au droit de l'humanité, et non à celui de l'homme, ne trouve pas ici sa place spécifique, et ne peut être avancé qu'en passant pour faciliter une meilleure compréhension de ce qui a été dit à peine plus haut. » Oserons-nous dire que ce texte montre un certain embarras chez le maître de Koenigsberg ? En tout cas, il ne peut toucher que ceux qui se sentent responsables en eux-mêmes du « droit de l'humanité », à supposer que cette expression ait un sens.

Locke était moins obscur qui « écrivait que l'homme est la propriété de Dieu puisqu'il est sa créature. Or, personne ne peut transférer à un autre ou à soi-même plus de pouvoir qu'il n'en a lui-même. Par conséquent, l'homme a une propriété restreinte, une "quasi-propriété" de lui-même puisqu'il appartient à Dieu ; il ne peut en disposer ni absolument ni librement : il ne peut ni détruire sa propre vie ni ravir la vie ou la propriété d'un autre⁵⁴. »

En résumé, la transposition du droit de propriété romain à l'homme en tant que tel, ou, si l'on veut, la constitution de l'homme en catégorie juridique, pose des problèmes que nous ne savons pas résoudre, sauf à se référer à la propriété de Dieu sur l'homme !

Voyons si, poussant jusqu'au bout l'esprit du droit romain en ébauchant une théorie économique de la propriété, nous pourrions nous sortir de l'impasse.

54. Locke, *op. cit.*, t. II, § 23, 135 et 149. Laurent Pfister a attiré mon attention sur ces passages.

Théorie économique de la propriété

La chose pluridimensionnelle

Supposons maintenant qu'il existe une théorie économique de la propriété.

Une telle théorie devrait répondre à la question : qui possède quoi comment et pourquoi ? Elle devra aussi être prédictive – dans le sens où elle nous permettrait non pas de prévoir l'avenir, mais de prédire quelle législation sera mise en œuvre¹.

Première question : que sont ces choses que nous sommes censés posséder ?

On se souvient peut-être que dans les années 1960 un philosophe à la mode s'était illustré en publiant un livre intitulé *L'Homme unidimensionnel*. Ne serait-il pas temps de remettre en cause l'objet unidimensionnel ?

Toutes les choses que nous possédons, meubles, immeubles ont plusieurs dimensions, plusieurs attributs. Et c'est justement à cause de cette pluridimension que la propriété fait problème.

1. Ce chapitre résume, en libre traduction, le magnifique livre de Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, 2^e éd., Cambridge University Press. Nous espérons ce résumé le moins infidèle possible.

Par exemple cette maison que je possède ou que je convoite n'est pas seulement un toit. Sa qualité n'est pas seulement d'être un abri. Elle a des attributs de confort, d'équipement, d'exposition, d'isolation, de protection contre les catastrophes naturelles, elle a une qualité environnementale qui dépend du lieu dans lequel elle est située, mais aussi de ses voisins, de la proximité des avions qui la survolent, de la qualité de l'air et de l'eau qui l'approvisionnent, etc.

Si les choses n'avaient qu'une seule qualité, il serait facile de déterminer si elles sont ou non possédées et par qui. Or, il n'en est pas ainsi et cela apparaît mieux si l'on distingue droit de propriété économique et droit de propriété légal.

Le droit de propriété économique qui s'exerce sur un actif est la capacité pour le détenteur de ce droit de consommer directement les services, c'est-à-dire les revenus issus de cet actif ou de les consommer indirectement par l'échange. L'actif ayant plusieurs attributs, le droit de propriété s'exerce sur tous ces attributs, mais à condition que l'on puisse les définir et les délimiter. Or cette délimitation entraîne des coûts de description, de mesure et de surveillance. Des « coûts de clôture », pourrait-on dire, par référence au paysan qui clôture son champ. Ces coûts sont à mettre en balance avec les avantages tirés de l'opération de définition du droit de propriété. La définition parfaite ayant un coût prohibitif, il en résulte que les droits de propriété ne sont jamais parfaitement délimités. À la question « jusqu'où s'étend la faculté de possession d'un sol ? » Kant répond très justement : « Aussi loin que la faculté de l'avoir en sa puissance, c'est-à-dire aussi loin que celui qui veut se l'approprier le peut défendre. C'est comme si le sol disait : si vous ne pouvez me protéger, vous ne pouvez pas non plus me défendre². »

Il en va de même dans les transactions. Parce que tous les attributs d'une chose ne sont pas économiquement mesurables, il en résulte qu'une transaction ne porte pas sur tous les

attributs, mais seulement sur certains d'entre eux, notamment ceux qui sont aisément mesurables.

Exemple : je suis en train d'acheter une maison, mais je ne sais pas – et le vendeur sait – que mon futur voisin a vendu la sienne à une famille extrêmement bruyante. Donc la qualité du silence de cette maison ne peut être mesurée de manière certaine. Je suis en train d'acheter un silence qui n'existe plus. Il y a captation de richesse par mon vendeur. Quel tribunal me rendra cet argent ?

Les droits de propriété légaux, quant à eux, sont plus faciles à définir. Ce sont des droits de propriété reconnus et mis en vigueur par la loi. Une des fonctions importantes des droits de propriété légaux est de permettre le jugement et la mise en vigueur par un tiers. En règle générale les droits de propriété légaux renforcent les droits de propriété économiques, mais les premiers ne sont ni nécessaires ni suffisants pour l'existence des seconds. En l'absence de droits de propriété légaux, les droits de propriété peuvent encore avoir de la valeur, mais les actifs et les échanges de ces actifs sur lesquels portent ces droits doivent être *self-enforced* (trouver en eux-mêmes leur propre mise en vigueur). Par exemple les droits des squatters sur les locaux qu'ils occupent sont moins sûrs que ceux de propriétaires authentiques, non pas parce que les occupants ne peuvent pas fournir des actes de propriété, mais parce qu'on s'attend moins à ce que la police vienne les protéger en cas de cambriolage. Il est vrai que par les temps qui courent, la différence n'est pas très grande de ce point de vue entre un squatter et un détenteur de titre de propriété en bonne et due forme.

Le propriétaire légal est libre d'exercer ses droits de propriété comme il l'entend dans les limites imposées par la loi. Le propriétaire peut donc choisir de ne pas exercer tous ses droits sur tous les attributs de son bien. Or, les droits qui ne sont pas exercés sont en quelque sorte placés dans le domaine public. Cela veut dire que des gens placent délibérément quelques-unes de leurs propriétés dans le domaine public.

² Kant, *op. cit.*, Remarque, § 15, p. 141.

Dans cette perspective, l'État n'apparaît plus comme la seule source de domaine public.

Exemple déjà donné dans le premier tome, mais qui prend ici une signification nouvelle : je plante des roses dans mon jardin. Ce jardin est à moi, ce sont mes roses. Suis-je pourtant propriétaire de leur parfum, de leur beauté ? Si par propriété, j'entends la capacité d'exclure autrui de la consommation de mon bien, alors je ne pourrais être propriétaire de cette qualité de mes roses qu'en érigeant un mur tel qu'il empêche les passants d'en profiter. Le coût d'une telle construction – et pas seulement le coût d'érection du mur – est évidemment prohibitif. Donc je livre et ne puis faire autrement que de livrer au domaine public cette qualité-là de mes roses. Sans doute en suis-je le propriétaire légal ? Mais je n'en suis pas le propriétaire économique, le possesseur. Ne retrouvons-nous pas là le langage des juristes ? Pour eux, en effet, la possession est autre chose que la propriété : « Ils prétendent que ce terme signifie une maîtrise de fait sur une chose, plutôt qu'un droit proprement dit³. »

Autre exemple : le propriétaire d'une salle de cinéma qui demande le même prix pour tous les sièges de sa salle, les meilleurs comme les pires, les mieux comme les moins bien placés, leur différence de qualité n'étant pas tarifée, abandonne dans le domaine public des éléments de propriété qui ont de la valeur. Or à chaque fois que le domaine public n'est pas assez abondant pour satisfaire la demande, le rationnement se fait par des files d'attente. Et c'est bien ce qui se passe ici. Les spectateurs s'approprient le droit au meilleur siège en arrivant à l'entrée du cinéma suffisamment tôt pour pouvoir s'asseoir aux places de leur choix. Les économistes diront que la valeur du temps passé à faire la queue doit être égale au différentiel de valeur entre les bonnes et les mauvaises places. Il en va de même dans les restaurants aux heures de pointe. Si les prix du menu ne sont pas relevés, la

qualité du bien « une place de restaurant à une heure de pointe » est livrée au domaine public.

Pour éclairer ce phénomène un peu obscur, évoquons cette conversation entendue dans un salon de thé de l'île Saint-Louis comparant les mérites respectifs des glaces Häagen-dazs et Bertillon. L'un prétendait que le glacier de l'île Saint-Louis était beaucoup trop cher. L'autre affirmait que les glaces étaient à peu près au même prix. Alors un troisième : « Mais chez Bertillon on fait la queue. » Si cette interprétation est exacte, cela veut dire que Bertillon livre dans le domaine public une partie des glaces qu'ils fabriquent.

Il est vrai qu'il arrive que de tels abandons soient imposés par l'État. Le contrôle des prix peut paraître sans rapport avec le droit de propriété. Et donc d'apparence anodine. Rappelons que le contrôle des prix n'a été officiellement supprimé en France qu'en 1986. En fait il est une atteinte tout à fait directe au droit de propriété puisqu'il impose aux fabricants d'abandonner dans le domaine public une partie de ce qui leur appartient en propre.

Si la valeur du bien en question augmente, alors on aura intérêt à mieux délimiter les droits de propriété, ou cela vaudra la peine de supporter le coût de leur délimitation. Par exemple, au Théâtre-Français ou à l'Opéra, on distinguera poulailler, deuxième balcon, premier balcon, corbeilles, fauteuils d'orchestre, premier, deuxième rang, strapontin, etc. Ce qui implique de payer plusieurs ouvreuses et des surveillants. Mais ces frais sont compensés par les avantages que l'on tire du dispositif.

Autrement dit, cela ne vaut pas la peine de définir des droits de propriété sur des biens qui n'ont que peu de valeur. Exemple le sel et le poivre sur une table de restaurant. Le sel ou le poivre ou encore la moutarde ont certes une valeur dans l'absolu – ce sont eux aussi des biens rares. Leur mise à libre disposition signifie que leur valeur ne justifie pas le contrôle de leur emploi par les clients.

3. Villey, *op. cit.*, p. 87.

Les choses se compliquent quand la propriété est partagée, car alors les droits de propriété sont encore plus difficiles à définir.

La propriété est partagée pour des raisons que les économistes appellent des économies d'échelle. Le partage permet de rassembler et de bâtir des entreprises qu'un seul homme ne pourrait financer à lui tout seul.

Partons d'un exemple simple : un taxi est possédé par deux conducteurs. Même à ce stade que l'on pourrait dire élémentaire, les problèmes sont ardues.

Supposons donc que deux chauffeurs de taxi aient décidé de posséder en commun un véhicule, chacun ayant payé la moitié de son prix d'achat.

On va distinguer plusieurs attributs de cette chose. Certains de ces attributs pourront être possédés par chacun des propriétaires, mais non pas tous. L'attribut « créneaux horaires d'utilisation du véhicule » peut être facilement défini. Il suffit d'une montre pour cela. Il sera donc attribué aisément à chaque conducteur. Par exemple, le premier conduira le jour, le second la nuit. On peut imaginer toutes sortes de répartitions autres des créneaux horaires.

De même l'attribut « quantité d'essence utilisée » peut être contrôlé facilement. Encore faut-il que les jauges soient exactes ou que l'on ne puisse les fausser facilement – ce qui est généralement le cas comme on peut le constater sur les voitures de location.

L'attribut « usure des pneus » est déjà beaucoup plus difficile à mesurer. Elle dépend non seulement du nombre de km parcourus – qui est aisément contrôlable grâce au compteur, mais aussi du type de route utilisée (une surveillance est techniquement possible par GPS), et du type de conduite, laquelle est impossible à contrôler, sauf à installer un système de vidéosurveillance extrêmement compliqué et coûteux. Il est donc probable que l'attribut « usure des pneus » sera versé dans les catégories de la propriété commune. Même chose pour l'usure du capitonnage des banquettes.

En ce qui concerne l'attribut « qualité d'essence », s'il y a le choix entre plusieurs qualités, chaque chauffeur aura intérêt à choisir la moins chère, donc la moins bonne puisqu'il ne supporte que la moitié de l'usure du moteur. Comme l'autre en fera autant, anticipant la même pratique chez son partenaire, on peut prévoir que l'arrangement suivant sera organisé : les voitures taxis en copropriété seront conçues de telle façon qu'elles ne puissent utiliser qu'une seule qualité d'essence, sauf s'il est prévu qu'un organisme central se charge entièrement de l'approvisionnement en essence.

Ainsi, même pour un exemple élémentaire de copropriété, nous avons un système difficile à gérer. La solution la plus facile est que l'un des chauffeurs devienne propriétaire et emploie l'autre comme salarié. Ou une tierce personne s'approprie le taxi, les deux chauffeurs devenant ses employés, ce qui pose d'autres problèmes comme nous le verrons bientôt.

Passons à un stade supérieur de complexité avec une machine-outil servie par une équipe d'ouvriers, qui en sont les propriétaires. Se pose immédiatement le problème de l'entretien de cette machine. Plusieurs des attributs de la machine vont devenir des propriétés communes. Se pose notamment le problème de l'entretien de la machine pour des questions beaucoup plus ardues que pour un taxi. On peut s'attendre que le problème soit résolu en faisant de la machine la propriété de quelqu'un qui, justement parce qu'il est propriétaire, a intérêt au maintien de la valeur de la machine. Ceux qui utilisent la machine deviendront ses employés. Ils seront payés par lui. On aura reconnu la relation classique entre patron et ouvriers.

Le propriétaire de la machine, dans la littérature anglo-saxonne, est appelé le *residual claimant* (assez difficile à traduire par « créancier résiduel »). On lui reconnaît le droit de s'approprier le « revenu résiduel », c'est-à-dire ce qui reste une fois qu'ont été payées toutes les charges de l'entreprise. Évidemment ce revenu peut être négatif en cas de perte nette.

La valeur elle-même de la machine peut baisser si les produits qu'elle sert à fabriquer ne plaisent plus aux consommateurs. La même qualification de *residual claimant* peut être appliquée à n'importe quel propriétaire d'actif. Par exemple, le propriétaire d'un immeuble est intéressé au maintien de sa valeur, et donc à l'entretenir. Mais si le marché immobilier chute, c'est lui, et lui seul, et non ses éventuels locataires, qui verra diminuer la valeur de son bien.

Revenons à notre embryon d'entreprise. Sous quelle forme seront payés les employés ? Là encore, des problèmes de droit de propriété se posent. Si les travailleurs sont payés aux pièces, ils auront tendance à surexploiter ces machines qui ne leur appartiennent pas. Par contre, s'ils sont payés au temps, il est possible d'empêcher un usage excessif de la machine. On peut donc prévoir que le salaire au temps va s'imposer. Mais du même coup, il va falloir prévoir des procédures de surveillance du travail, qu'un salaire aux pièces n'exigerait pas. Nous y reviendrons (chapitre 7).

Autre exemple de propriété partagée : la vente de pommes à l'étalage. Le client dépense des ressources pour déterminer à quel marchand il va s'adresser et dans son étalage quelles pommes il va choisir. Certains marchands de fruits permettent à leurs clients de tâter les pommes. Des fruits vont être abîmés. Le fait qu'une pomme peut être touchée par plusieurs clients indique que certaines des qualités des pommes de cet étalage sont placées dans le domaine public. Si l'information était parfaite, si les coûts de transaction étaient nuls (ce serait le cas, si le marchand mangeait ses propres pommes), alors il n'y aurait pas de risque de fruits abîmés. Le vendeur peut aussi interdire à ses clients de toucher aux fruits. Alors il capture de la valeur sur les fruits gâtés qu'il réussit à vendre. Mais s'il veut garder sa réputation, il n'y a pas intérêt.

Il en va de même pour ces photocopieuses dans les bureaux qui sont souvent en panne — et pour cause ! — alors que dans un magasin spécialisé dans la photocopie, la panne

est moins fréquente. Dans une entreprise, des employés se servent de la machine pour leur propre usage sans payer de charge. Ils sont en partie détenteurs de droits de propriété économiques alors qu'ils n'y ont aucun droit de propriété légal. D'où l'instauration de compteurs individuels, de contrôle magnétique, etc.

En règle générale, la valeur d'un capital est diminuée quand des non-propriétaires sont inclinés à réduire le flux de revenu que cet actif produit sans supporter totalement les coûts de leurs actions. La maximisation de la valeur nette d'un actif implique donc que l'on choisisse le système de propriété qui puisse le plus effectivement limiter ce type d'exploitation sans compensation. Alors, le type de propriétaire qui va émerger va dépendre de la variabilité en valeur de ces actifs.

Si les flux de revenu sont variables mais parfaitement prévisibles (par exemple, le rendement électrique de panneaux solaires), les droits de propriété sont faciles à garantir, car si le flux n'est pas certain, il est inaltérable. On peut tabler sur une moyenne.

Si le flux de revenu peut être affecté par les parties à un contrat, il devient problématique de garantir la valeur de la propriété. Quand le flux de revenu est variable et non prévisible, il est coûteux de déterminer si le flux est ce qu'il aurait dû être pour chaque cas d'espèce. En conséquence, il est aussi coûteux de déterminer quelle part du revenu a été captée par les parties au contrat. Quand le flux de revenu de l'actif concerné est sujet à des fluctuations aléatoires, et quand chacune des parties peut gagner en influençant le flux de revenu, alors la définition des droits de propriété devient imparfaite.

Un cas particulier est très important : une seule des parties peut affecter le flux de revenu attendu. Faire en sorte que la personne qui est capable d'affecter le flux porte la pleine responsabilité de ses actions garantit que la propriété devienne sûre. Lorsqu'une telle personne est le *residual claimant* dans une activité que seule elle peut influencer, alors on dira

qu'elle est le propriétaire *full-fledged* de l'actif. Elle est en possession de tous ses moyens (littéralement : « elle a toutes ses plumes »).

C'est une situation tout à fait exceptionnelle. Dans la plupart des cas l'aléa est présent et les deux parties à l'échange peuvent affecter le flux généré par les actifs échangés. Il en résulte que la propriété n'est jamais sûre. (Même s'il n'y avait ni voleurs ni assassins ! On traitera des crimes et délits au chapitre 10.)

L'exemple des véhicules de location est particulièrement intéressant. Le revenu généré par la location de voitures dépend de la régularité du service qu'elles peuvent rendre. Aucune voiture, vieille ou même neuve, ne ressemble à une autre. Première variabilité.

Ensuite, la conduite régulière est une qualité que le loueur comme le propriétaire peut affecter.

Le loueur peut trouver trop difficile et coûteux de calculer dans quelle mesure la qualité de conduite du véhicule dépend des caractères de la voiture et dans quelle mesure elle dépend des soins d'entretien.

Le propriétaire peut trouver trop difficile de calculer si la qualité de conduite du véhicule dépend de ses propres caractéristiques et dans quelle mesure elle dépend de la manière dont il a été conduit par les clients.

Il en résulte que le propriétaire dépensera moins en entretien que ne le ferait un propriétaire conducteur, et les loueurs prendront moins soin du véhicule loué que s'il leur appartenait. Chaque partie s'attend à une telle attitude de la part de l'autre. Par conséquent la demande pour des locations de véhicules va s'ajuster aux effets d'un entretien inadéquat et l'offre de véhicules loués va s'ajuster à des conduites de clients sans précaution. Le gain net à utiliser le marché des voitures louées est moindre que si les deux parties accordaient plus de soins aux véhicules. Si la qualité de conduite était mesurable sans coût, les effets de chacune des parties sur cette qualité pourraient être calculés et dûment tarifés. En réalité,

l'évaluation exacte de ces charges coûterait trop cher et les propriétaires cherchant à maximiser leur profit, choisiront de ne pas exercer leurs droits de propriété pleinement. Une partie du revenu est laissé dans le domaine public. Il est en partie recapturé par les parties à l'échange, qui agissent différemment que ne le feraient des propriétaires conducteurs.

À partir de là on pourrait établir un principe général d'allocation de la propriété pour une maximisation de la richesse : plus grande l'inclination d'une partie à affecter le revenu moyen d'un actif, plus grande la part de l'ayant-droit résiduel que cette partie devrait assumer.

La théorie économique de la propriété peut également servir à expliquer le recours aux compagnies d'assurance pour couvrir les risques.

L'explication habituelle passe par l'aversion au risque des gens ordinaires. On suppose donc que, dans une population donnée, un certain nombre d'individus ne partagent pas cette aversion pour le risque, mais qu'au contraire ils ont un goût prononcé à prendre des paris et qu'ils se réunissent entre eux pour former des compagnies d'assurance.

Supposition tout à fait gratuite ! Il est plus raisonnable d'imaginer que les goûts et les aversions pour le risque sont également répartis dans la population, que les gens soient assureurs ou assurés, et partir donc d'une hypothèse générale moyenne de neutralité au risque (un billet de 100 euros a la *même valeur* qu'un billet de loterie qui donne une chance sur dix millions de gagner un milliard d'euros).

La neutralité au risque étant posée à titre d'hypothèse, il nous faut alors trouver une autre explication à l'existence des compagnies d'assurance, que chacun peut constater !

Ici intervient la théorie économique de la propriété.

Dans presque toute propriété, il y a un attribut que l'on pourrait nommer ainsi : « exposition au feu » ou « inflammabilité ». Nous disons presque toute par scrupule. Assurément le propriétaire d'un bassin, d'une rivière, d'un marais ou encore d'un blockhaus de béton tel qu'en ont laissé

les Allemands sur les côtes normandes jouit d'un bien non inflammable. Mais ce sont des exceptions à la règle, dirons-nous, de l'inflammabilité générale !

Le seul objectif du propriétaire d'un tel bien est de minimiser la perte nette attendue d'un incendie. Il ne peut pas supprimer tout risque de sinistre, mais il doit prendre suffisamment de précautions pour que les avantages tirés de la réduction du risque soient supérieurs au coût de ces précautions – un calcul assez subtile d'estimation et de probabilité. C'est bien pourquoi son objectif est de minimiser la perte nette éventuelle.

N'étant pas lui-même expert en la matière, le propriétaire, suivant le principe de la division du travail, va engager quelqu'un capable de minimiser la perte anticipée due à un incendie. Le spécialiste en question pourrait être engagé pour un salaire fixe. Cependant, le propriétaire manque de connaissances pour diriger efficacement cet employé et l'inciter à faire son métier. Avec un salaire fixe, le préposé au feu trouverait facilement des possibilités de jouer le tire-au-flanc. En tout cas, il ne serait pas incité à garantir un programme efficace de protection contre le feu puisqu'il reçoit son salaire quoi qu'il arrive.

Néanmoins, il est possible de surmonter ces difficultés en rendant l'employé en question responsable de ses actes. Il va facturer des honoraires fixes pour ses services, tout en assumant la responsabilité résiduelle de ses actions. Ce qui revient à dire qu'il offre une assurance, qu'il est devenu un assureur. En tant qu'assureur, le spécialiste perdra en cas d'incendie et gagnera si l'incendie est évité. Il est donc motivé pour prendre des mesures de prévention afin de minimiser les risques d'incendie, pour faire faire des exercices de sauvetage aux utilisateurs de l'immeuble, pour aménager des bouches d'incendie, pour renforcer la vitesse de lutte contre le feu quand il s'est déclaré, afin de réduire le niveau ou plus exactement le coût net attendu des pertes dues à un incendie. L'assureur est ainsi l'un des propriétaires économiques de l'immeuble. Il possède la qualité risque d'incendie de cet immeuble. En tant que tel, il est

plus efficient pour posséder cette qualité particulière que le propriétaire en titre de l'immeuble.

Il y a donc division de la propriété des actifs assurés entre le propriétaire nominal et l'assureur. Où l'on voit que l'assurance compromet mécaniquement cette relation biunivoque entre un propriétaire et sa propriété que voulait instaurer le droit romain et que la Révolution française a voulu restaurer.

Le problème est plus complexe encore dans la mesure où une assurance n'est jamais totale. Car l'assuré a lui aussi une influence sur la qualité risque d'incendie de l'immeuble. Où et comment loger les matières inflammables ? Où fumer une cigarette ? Comment faire pour ne pas encombrer les issues de secours ? Les deux parties, l'assuré et l'assureur, contribuent donc à la qualité « risque feu ». Elles sont donc toutes deux propriétaires de l'attribut risque d'incendie. C'est ce qui fait toute la difficulté du métier d'assurance.

Autre exemple, qui appartient encore au domaine de l'assurance : les biens sous garantie.

Prenons le cas des réfrigérateurs. La vente de l'un des ces appareils au consommateur ne constitue pas un transfert complet de droit de propriété – une authentique *traditio* comme nous l'apprend le droit romain, puisque les fabricants restent les propriétaires des attributs qui font l'objet de garantie et pour lesquels ils sont en effet responsables.

Le dispositif de la garantie lui-même est imposé par la logique économique. En effet, les fabricants sont, par rapport aux utilisateurs, des propriétaires mieux placés pour posséder l'un des attributs du réfrigérateur, à savoir la « fuite potentiellement mortelle du gaz réfrigérant », puisque c'est leur action tout au long du processus de fabrication qui déterminera si le gaz en question peut s'échapper de l'appareil. Ils seront donc propriétaires de cet attribut. De même seront-ils des propriétaires plus efficaces de la qualité des moteurs qui fabriquent du froid. Là encore, l'unicité de la propriété est mise à mal. Car, l'acheteur de réfrigérateur devient seulement le propriétaire d'un sous-ensemble des attributs du bien qu'on

lui a vendu. Si le moteur est garanti, l'utilisateur du réfrigérateur ne supportera pas le coût d'une panne. C'est comme s'il n'était pas propriétaire du moteur de son appareil. De même n'est-il pas propriétaire du gaz réfrigérant.

L'avantage de ce dispositif de propriété fragmentée apparaît mieux encore dans le commerce usuel de ce genre d'équipement ménager. Avant de parvenir dans la maison ou l'appartement du client, le réfrigérateur va cheminer du fabricant au grossiste, du grossiste au détaillant, du détaillant au client par le truchement d'un transporteur, et enfin de client à client en cas de revente. Dans tous ces cas, seuls certains attributs sont transférés, d'autres restent la propriété du fabricant. Si l'un quelconque des maillons intermédiaires de cette chaîne était propriétaire de l'attribut « moteur » ou de l'attribut « gaz réfrigérant », il rencontrerait des difficultés quasi insurmontables pour faire passer l'objet au stade suivant de la chaîne de commercialisation puisqu'il serait obligé de fournir des informations satisfaisantes sur ces éléments à un coût très élevé pour lui-même. Le fabricant restant le propriétaire de ces attributs particuliers, le vendeur ou le revendeur n'est pas intéressé à la transaction concernant ces attributs et peut donc d'autant plus aisément se livrer à la vente des autres qualités du réfrigérateur.

Assurément, on retrouve ici un problème de hasard moral, c'est-à-dire de risque comportemental : les utilisateurs d'un produit sous garantie ont tendance à être moins soigneux qu'ils ne le seraient s'il n'était pas garanti. Le service fourni par la garantie devient un attribut libre de toute charge que l'utilisateur va essayer de capturer surtout s'il considère qu'il l'a payé dans le prix d'achat. Par exemple, cette tondeuse à gazon que j'ai achetée avec une garantie d'un an, je vais la faire fonctionner au maximum pendant les douze premiers mois avec l'espoir qu'elle tombe en panne avant la fin de la garantie en sorte de bénéficier d'une mise à neuf gratuite.

Et de même que les compagnies d'assurance pour contrer le hasard moral sont obligées d'installer des dispositifs qui

responsabilisent leur client (franchise, bonus, malus), de même ici va-t-on aménager des restrictions au jeu de la garantie : le fabricant de réfrigérateurs ne garantira le moteur ou le compartiment gaz que si le client respecte certaines conditions d'utilisation ; par exemple il devra en faire un usage particulier, non commercial (on suppose que l'usage commercial, pour un restaurant, ou une cantine, est plus intensif, et donc fait courir plus de risques d'accident). De telles restrictions aident à isoler comme dans des compartiments (imaginaires) tels attributs du réfrigérateur restés sous le contrôle du fabricant. En cas d'absence de respect de ces restrictions, la garantie ne jouera pas. Encore faut-il prouver que les restrictions d'utilisation n'ont pas été respectées, et ces preuves sont coûteuses à apporter. S'il est relativement aisé de contrôler le mode d'usage commercial ou particulier d'un réfrigérateur, la manière dont il est utilisé est beaucoup plus difficile à contrôler. Il faut donc s'attendre que les restrictions soient elles-mêmes aisément contrôlables.

La nécessité des restrictions d'utilisation augmente avec la valeur de la chose (on retrouve la règle énoncée plus haut sur la relation entre définition du droit de propriété et valeur de l'objet). Il suffit pour s'en rendre compte de comparer les règles d'utilisation d'un avion et d'une voiture. Les premières sont beaucoup plus strictes. Les fabricants vont jusqu'à garder la trace de leurs avions tout au long de leur utilisation, surtout s'ils changent de compagnies aériennes, dans la mesure où ils peuvent être tenus responsables en cas d'accident. Ce qui signifie que des éléments de ces avions restent indéfiniment la propriété du fabricant.

La théorie économique de la propriété doit aussi nous dire des choses sur les contrats.

On peut commencer ici aussi par le plus simple, ou ce qui apparemment est le plus simple : la relation entre le propriétaire d'une terre et la personne qui travaille pour lui (ce qui revient à supposer que le propriétaire ne veut pas ou ne peut pas le faire lui-même).

Dans la théorie économique classique, la production est issue de la coopération de trois facteurs : le capital, la terre, et le travail. Si l'on connaît le prix et la productivité de chacun de ces facteurs, et si on confronte ces données au prix du marché, il est aisé de déterminer un niveau optimum de production et la contribution non moins optimale de chacun de ces facteurs. Évidemment, ces calculs ne sont possibles que si toute l'information est connue de tout le monde et si chacun des facteurs est homogène.

Dans la réalité il n'en va pas ainsi, on le sait. L'information, loin d'être librement disponible, est coûteuse à obtenir et toujours imparfaite, et d'autre part les caprices de la météo ont une particulière incidence sur l'agriculture, c'est une banalité, mais il convient tout de même de la rappeler ; en outre, aucune pièce de terre ne ressemble à une autre ; enfin propriétaires et travailleurs sont des êtres humains uniques.

Aussi bien la tâche de déterminer quelle est la part de chacun des facteurs dans le produit final est extrêmement difficile et coûteuse à calculer. Une mauvaise récolte pourra être imputée par le fermier à la mauvaise qualité des engrais qui lui ont été fournis par le propriétaire au cas où cette fourniture serait à la charge de ce dernier. Ou bien, il pourra évoquer une pluie diluvienne qui s'est abattue sur son champ le jour de la récolte. De son côté, le propriétaire ne manque certes pas d'arguments pour accuser son fermier de n'avoir pas pris toutes les dispositions nécessaires, mais il ne fait ainsi que masquer son impuissance à contrôler son travail au jour le jour. Donc, quelle que soit la forme du contrat qui lie le propriétaire et son fermier (salarial, fermage, métayage), chacun va essayer de capter le maximum de revenu de sa situation. Annonçons tout de suite que même si le contrat en question prend la forme de l'esclavage, et même d'ailleurs si l'on conteste que l'on puisse parler de contrat en une telle occurrence, le problème subsisterait (cf. chapitre 6). On peut aussi raisonner par l'absurde : si l'esclavage avait permis de résoudre un tel problème, il serait encore pratiqué.

Pour analyser les différents types de contrat (hors de toute considération morale, est-il besoin de le rappeler), on peut supposer dans un premier temps l'homogénéité de l'un des facteurs travail ou terre.

Dans le premier cas, la terre est homogène.

Si la relation entre le propriétaire et son fermier est le salariat (au temps, comme nous l'avons vu plus haut, et non aux pièces), le travailleur peut capter de la richesse soit en resquillant soit en s'appliquant moins au travail que s'il s'employait lui-même. En effet, comme le facteur terre est homogène, la production peut varier seulement pour deux raisons : la météo et le travail du salarié. Comme il est impossible de départager ces deux causes de variation, le salarié va en profiter pour tirer au flanc. La surveillance étant coûteuse, elle ne pourra être qu'imparfaite. On peut donc s'attendre que le travailleur prenne avantage des occasions de carotter sur son temps réel ou/et sur l'intensité de son travail. Le résultat final se retourne contre le travailleur puisque à la longue le salaire sera ajusté au travail réel. Assurément, certains travailleurs voudraient travailler plus pour gagner plus, mais fixer le salaire en fonction des efforts individuels a un coût trop élevé pour que cela puisse être praticable. Il en résulte que le salariat dans ces conditions aboutit à une utilisation sous-optimale des ressources.

Si la relation entre le propriétaire et son fermier est un contrat de métayage, le fermier s'appropriera une partie de la production, et l'incitation au carottage sera moins forte, mais elle existera toujours.

Supposons maintenant que cette relation soit une rente fixe versée au propriétaire par le fermier. La terre étant homogène, la production continue à varier en fonction du travail du fermier et des hasards de la météo. Mais cette fois, le fermier est encouragé à travailler de son mieux puisque, une fois la rente payée, tout le produit de la ferme lui revient. On peut en conclure que dans ce cas le fermier est le *residual claimant*. Ce qui reviendrait à dire que c'est lui qui est devenu le propriétaire véritable.

On peut donc en conclure que dans l'hypothèse d'un facteur terre homogène, le système optimal est la rente.

Dans le second cas le travail est homogène, non la terre.

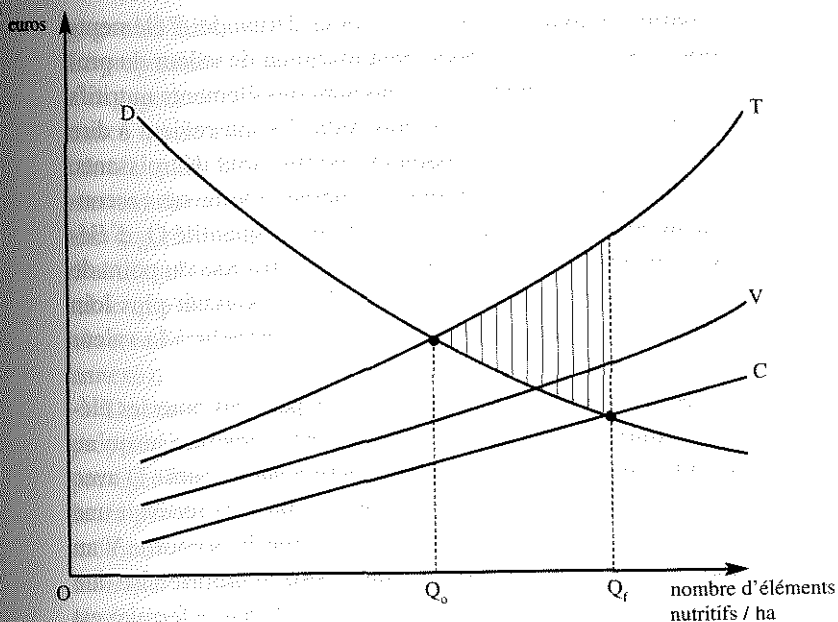
Le second cas est évidemment l'image inverse du premier cas. Si le facteur travail est toujours le même quel que soit l'ouvrier, la production varie en fonction des variations climatiques et de la qualité de la terre.

Le salariat est la solution optimale, car c'est seulement dans ce cas que le propriétaire aura intérêt à améliorer la qualité de sa terre (entretien, engrais, protection, etc.). C'est lui, le propriétaire, qui est le *residual claimant*. Par contre, si l'on adopte le système de la rente, le propriétaire recevant un revenu fixe n'a pas d'intérêt à une amélioration des qualités de sa terre. Et la situation est sous-optimale. Que cette sous-optimalité n'ait pas été soulignée dans la littérature montre bien à quel point la terre a été considérée comme un facteur homogène. Le résultat du métayage, comme dans le premier cas, se situe à mi-chemin de la rente et du salariat.

Les variations de qualité de la terre ont été tellement ignorées dans l'analyse économique traditionnelle qu'il vaut la peine de s'y attarder encore un peu.

L'utilisation de tel lopin de terre serait tout à fait efficiente si les propriétaires de ce lopin étaient exactement récompensés pour la perte de valeur résultant de son utilisation. Le fait est que cette perte de valeur ne peut jamais être mesurée avec exactitude sans que cela occasionne des coûts prohibitifs. En fait certains éléments peuvent être contrôlés, mais d'autres sont tout à fait impossibles à mesurer.

Pour y voir plus clair, supposons qu'un fermier utilise un lopin de terre sous le régime de la rente fixe, que les caractères nutritifs du sol soient mis à la disposition du fermier de telle sorte qu'il puisse extraire n'importe quelle quantité de ces éléments sans payer de charge additionnelle, que le maintien de la qualité de la terre soit à la charge du propriétaire, et qu'elle ne soit pas non plus tarifiée.



Sur l'axe des abscisses, on porte le nombre d'éléments nutritifs par hectare enlevés du sol par la culture, et sur l'axe des ordonnées, les bénéfices ou les coûts de cette culture en euros. La courbe C retrace le coût marginal d'extraction de ces éléments nutritifs. Sans doute, comme nous l'avons supposé, l'utilisation de ces éléments est gratuite pour le fermier, mais il engage tout de même des frais à extraire ou à transformer ces éléments en nourriture pour ses cultures. Par exemple, il doit utiliser de l'eau pour transformer ces éléments dans des matières que les plantes peuvent utiliser. On peut s'attendre à ce qu'un tel coût soit croissant.

La courbe V reflète la perte de valeur marginale de la terre due à l'extraction de ses éléments nutritifs. Elle est aussi croissante.

La courbe T retrace la somme de ces deux coûts. En chaque point de cette courbe, $T = C + V$.

Enfin, la courbe D est celle de la demande d'éléments nutritifs reflétant l'accroissement marginal de valeur du produit à mesure qu'augmente le montant des éléments nutritifs extraits. Cette courbe est décroissante. Ce qui revient à dire que les gains par unité d'éléments extraits sont décroissants.

Si le propriétaire exploitait lui-même la terre sans recourir à un fermier, il se contera d'extraire la quantité Q_0 d'éléments nutritifs de son champ, Q_0 étant l'abscisse du point de croisement des deux courbes D et T. S'il poussait plus loin l'extraction, le coût d'extraction serait supérieur à la valeur qu'il en tirerait.

Le fermier, quant à lui, puisqu'il ne paie pas pour les éléments nutritifs qu'il extrait, va pousser l'extraction jusqu'au point Q_f , abscisse du point d'intersection de la courbe D avec la courbe C. Tout se passe comme si le fermier recevait une subvention de S par acre, égale à la hauteur de la courbe V au point Q_f . La perte par acre de valeur pour le propriétaire due à l'extraction excessive d'éléments nutritifs par le fermier est mesurée par le triangle hachuré sur le graphique.

Faudrait-il en conclure que la meilleure exploitation sera toujours celle du propriétaire, que les fermages et métayages ont été des erreurs commises au long des siècles ?

Il se trouve que l'exploitation par le propriétaire n'est pas sans inconvénient. D'abord, pour exploiter seul sa terre et en tirer le maximum de bénéfices, il peut être obligé de substituer des facteurs non humains aux facteurs humains qu'il payerait s'il recourait à l'un des trois systèmes envisagés plus haut sans être assuré d'obtenir un résultat équivalent. De son côté un travailleur qui voudrait posséder sa terre serait obligé d'emprunter pour la racheter : une transaction entre prêteur et emprunteur vient prendre la place de la transaction entre propriétaire et fermier, et l'on ne peut pas décider *a priori* si ce type de transaction sera plus efficiente que celle qu'elle a remplacée.

Ensuite, à exploiter tout seul sa terre le propriétaire ne va pas profiter des effets de la division du travail, même s'il

gagne du fait qu'il n'a pas affaire à des ouvriers qui carotent. Le propriétaire, pour maximiser le revenu qu'il tire de sa terre, s'engagera dans des activités comme des travaux de maintenance ou de protection contre l'érosion ; le propriétaire de travail, quant à lui, va investir dans des activités qui lui permettent de maintenir, voire d'accroître ses qualifications en tant que cultivateur. Une personne qui possède ces deux types d'actifs ne peut pas se spécialiser d'une manière aussi profitable que deux propriétaires possédant chacun un actif (on observe le même phénomène en économie de la famille – cf. annexe).

Du reste, à mesure qu'une collaboration prendra place, les propriétaires des facteurs mis en jeu vont apprendre à mieux protéger leurs propres actifs contre les tentatives de capture de leurs partenaires. Par exemple, le propriétaire trouvera une méthode pour réduire la surutilisation de ses terres par le fermier (en lui facturant l'usage de l'eau de manière plus précise).

Dire que seuls le travail et la terre contribuent au produit agricole est une simplification outrancière. Les fermiers sont rarement les seuls propriétaires de tous les *inputs*. Aujourd'hui, un propriétaire exploitant dans certains pays ou certaines régions de culture extensive devra parmi d'autres choses posséder et conduire un avion pour répandre ses engrais. Et nous avons vu plus haut que la propriété d'un avion était elle-même fragmentée. À mesure que le marché grandit, les avantages tirés de la division du travail grandissent eux aussi selon un mécanisme connu depuis... Platon. Et n'importe qui peut tirer bénéfice d'abandonner la propriété d'actifs variés ou des attributs d'un actif et s'engager à négocier des contrats avec leurs propriétaires pour acquérir les services correspondants. Pour que le bilan soit complet les gains de la propriété-exploitation doivent être comparés aux pertes dues à un plus bas niveau de spécialisation.

La théorie économique de la propriété laisse donc prévoir l'institution de coopération entre les hommes sous différentes

formes; la première d'entre elle étant l'esclavage. Mais cette version du salariat est tellement méconnue que nous allons lui consacrer un chapitre entier.

De l'esclavage au salariat

La chose personnifiée

Ludwig von Mises est le dernier grand théoricien de l'économie à s'être intéressé à l'esclavage. Les quelques paragraphes fort intéressants et surtout symptomatiques que le grand maître de la praxéologie consacre à ce sujet dans *L'Action humaine*¹ méritent de retenir notre attention. Nous allons nous en servir pour introduire ce délicat sujet.

On se souvient que dans l'Antiquité gréco-romaine, les esclaves étaient rangés dans la catégorie des animaux, constituant un sous-ensemble nommé « bétail parlant ». Varron, dans son traité d'agriculture, poussait encore plus loin le raffinement dans le classement, distinguant trois catégories d'outils « selon que le matériel est vocal (doué de la voix), semi-vocal (à moitié doué de la voix) et muet² ». Dans le vocal, on classait les esclaves, dans le semi-vocal, les bœufs, et dans le muet, les chariots.

Ce que l'on achetait sur le marché des esclaves, c'étaient donc des animaux particuliers, et leur particularité était qu'ils

1. Mises, *op. cit.*, p. 660 sq.

2. Varron, *Restriktiones rusticae*, 1, 17.

parlaient d'une manière compréhensible pour les humains. Pour mesurer l'intérêt d'un tel attribut, imaginons que sur le marché des robots apparaisse une catégorie vraiment douée de parole, c'est-à-dire capable de parler comme vous et moi. Évidemment, on serait prêt à payer pour une telle merveille. Eh bien ! sur le marché des animaux, on était prêt à payer une prime pour ceux qui parlaient, même si ces animaux-là avaient moins de force physique qu'un bœuf, moins de rapidité qu'un cheval.

Significativement, Mises, qui en principe ne cesse de parler en praxéologue dans son traité, range lui aussi le problème de l'esclavage, à la manière antique, dans une section intitulée « Travail des animaux et travail des esclaves ». Cette section commence ainsi : « Pour l'homme, les animaux sont un facteur matériel de production. Il se peut qu'un jour un changement dans les sentiments moraux amènera les gens à traiter les animaux de façon plus douce. Néanmoins, dans la mesure où les hommes ne laissent pas les animaux vivre à leur propre guise, ils les considéreront toujours comme de simples instruments de leur action d'hommes. » À partir de là on s'attend à une explication de l'abolition de l'esclavage par un changement dans les sentiments moraux. Et il est vrai que certaines lois édictées au cours des deux premiers siècles de notre ère pour empêcher les maîtres de recourir à des châtiements arbitraires et cruels à l'encontre de leurs esclaves ont été cataloguées comme « analogues aux lois modernes envers les animaux », comme le remarque le grand historien anglais de l'Antiquité, Peter Garnsey³.

Ce n'est pas du tout ce que va faire Mises.

Restons encore un peu dans le domaine animal. Ce qui distingue les bêtes des hommes, nous dit Mises, c'est qu'elles sont « ce que les tenants de la loi d'airain des salaires pen-

saient qu'étaient les salariés ». Cette loi économique que l'on doit à Lassalle, suppose que les êtres considérés cherchent seulement à satisfaire leurs appétits de nourriture et de sexe ; par conséquent leur salaire est forcément ramené au niveau de subsistance. La civilisation humaine n'aurait jamais surgi, observe Mises, si les hommes étaient uniquement voués à se nourrir et à s'accoupler. L'esclavage entre alors en scène de la manière suivante : « Il y eut des gens pour essayer de considérer leurs congénères comme ils considéraient les animaux et pour les traiter en conséquence. Ils ont utilisé du fouet pour contraindre les esclaves des galères et les haleurs des bateaux à travailler comme chevaux de cabestan. Mais l'expérience a montré que ces méthodes de brutalité sans frein ne produisaient que des résultats médiocres. Même les gens les plus frustrés et les plus obtus travaillent mieux quand ils le font de leur plein gré que sous la contrainte du fouet. » Le ton est donné. Le moteur de l'histoire de l'esclavage est à chercher non dans un changement des sentiments humains, mais dans des considérations de rentabilité du travail.

La faille du raisonnement de Mises saute aux yeux. Il considère qu'au départ l'esclavage suppose le fouet. Et il se rend compte lui-même de cette faiblesse, car il note qu'une évolution a pu se faire à l'intérieur même de l'institution esclavagiste. Au stade de l'« homme primitif », le maître ne fait pas de distinction entre les deux types de bétail, parlant et non parlant. Mais, dès que le maître commence à attendre de ses esclaves des services autres que ceux que peuvent également lui rendre les animaux de trait et de bât, il est « obligé de desserrer leurs chaînes ».

Tout de même, voilà qui surprend. D'abord on ne s'explique pas la persistance du fouet dans de nombreuses situations à travers les âges — jusque dans les camps de concentration du xx^e siècle. Ensuite, même au stade primitif, on arrive difficilement à admettre que l'acheteur ne serait pas capable de distinguer un homme d'un animal sur le marché où sont exposés les deux types de bétail. Si marché il y a, et tout

3. Peter Garnsey, *Conceptions de l'esclavage d'Aristote à saint Augustin*, traduit de l'anglais par Alexandre Hasnaoui, Les Belles Lettres, 2004, p. 135.

porte à croire que de tels marchés existaient dans la plus haute antiquité, les prix devaient refléter les qualités intrinsèques qui étaient demandées pour telle ou telle marchandise. On peut en déduire que le stade primitif dont nous parle Mises est purement mythique. La réalité de l'esclavage de toutes époques, c'est que le maître « doit essayer de remplacer par le stimulant de l'intérêt propre le stimulant de la seule crainte ; il doit essayer de s'attacher l'esclave par des sentiments humains ».

Il est assez drôle de voir de tels sentiments réintroduits dans le raisonnement, non plus chez le maître, mais chez l'esclave cette fois ! Le maître fait appel à ce qu'il y a d'homme dans l'esclave, pour des raisons non pas humanitaires, mais économiques tout simplement. « Quand l'esclave, continue Mises, cesse d'être empêché de s'enfuir par des chaînes et des surveillants, lorsqu'il n'est plus forcé de travailler uniquement sous la menace du fouet, la relation entre maître et esclave est remplacée par un lien social⁴. » Notre auteur évite ici le mot contrat, mais l'expression « lien social » est un *flatus vocis* s'il n'est pas sous-tendu par la notion de contrat. Ce lien est si fort que « l'esclave va chercher à satisfaire son maître en s'appliquant à exécuter les tâches qui lui sont confiées ». De son côté, « le maître prend soin d'éveiller le zèle et la fidélité du serviteur en le traitant raisonnablement. Il se développe entre le seigneur et le corvéable des relations familières que l'on peut proprement qualifier d'amitié ». Cette fois, l'ensemble de la relation esclavagiste baigne dans de bons sentiments, qui n'en sont pas moins mis au service de l'efficacité. Le patron du XXI^e siècle peut tout aussi bien tenir ce discours de l'amitié devant ses employés, et l'on sait qu'il ne s'en prive pas.

Ici, le maître de la praxéologie lève un coin du voile en reprenant à son compte le discours d'Aristote ou certains passages de la Bible sur les esclaves par nature, dont nous parle-

4. Mises, *op. cit.*, p. 661.

rons tout à l'heure. « Peut-être, explique-t-il, les avocats de l'esclavage n'avaient-ils pas entièrement tort lorsqu'ils affirmaient que beaucoup d'esclaves étaient satisfaits de leur situation et ne cherchaient pas à en changer. Il y a peut-être des individus, des groupes et même des peuples entiers ou des races qui apprécient la protection et la sécurité fournies par le servage ; qui, insensibles à l'humiliation et à la mortification, sont contents de fournir une quantité modérée de travail en échange des avantages d'une maison aisée ; et aux yeux desquels être soumis aux caprices et être soumis aux mauvaises humeurs d'un maître ne sont que des maux mineurs, ou même n'en sont pas du tout⁵. » Mais, ce qu'il nous dit là peut être appliqué au salariat, du moins au salariat tel qu'il a évolué dans certains secteurs de l'économie contemporaine où l'employé a tellement d'avantages en nature qu'il est lié à l'entreprise comme le serf d'autrefois à la glèbe.

Après ces considérations que l'on dira morales, Mises revient bien vite à sa thèse centrale : « L'abolition de l'esclavage et du servage n'est à attribuer ni aux enseignements des théologiens et des moralistes, ni à la faiblesse ou à la générosité des maîtres [...] Le travail servile disparut parce qu'il ne pouvait soutenir la concurrence du travail libre ; son mauvais rendement scella sa disparition dans une économie de marché. » Ainsi les bons sentiments de l'esclave et du maître, le « lien social » qu'ils formaient, n'auront pas servi à sauver l'institution de la concurrence victorieuse du « travail libre ».

Ce que l'on pourrait peut-être appeler la légende dorée du salariat est fondé sur le raisonnement économique suivant. Première remarque : le prix d'un esclave sur le marché aux esclaves est déterminé comme le prix de tout bien de production, de tout capital (capital et cheptel ont la même origine étymologique) par le rendement espéré de son emploi « à la fois comme travailleur et comme géniteur d'autres esclaves ». Par conséquent, le propriétaire de l'esclave n'empêche aucun

5. *Ibid.*

revenu spécifique. Ce n'est pas parce qu'il ne lui paye aucun salaire qu'il dégagerait une sorte de profit d'exploitation du travail de son esclave. Le bilan prévisible actualisé des avantages qu'il tire de son esclave et des coûts qu'il supporte à l'entretenir est tout entier inclus dans le prix qu'il paye lors de l'achat. « Que le propriétaire emploie l'esclave dans son ménage, insiste Mises, ou dans son exploitation, ou qu'il loue ses services à d'autres gens, il ne tire aucun avantage spécifique de l'existence de l'institution de l'esclavage⁶. » De même, dira-t-on, l'acheteur d'un capital ne tire aucun profit particulier du fait qu'il est un capitaliste. Dans la valeur du capital qu'il a acheté sont inclus, actualisés, tous les bénéfices à venir qu'il pourra tirer de ce capital.

Tout de même, l'esclavage génère un « profit spécifique », lequel « va totalement au chasseur d'esclaves, c'est-à-dire à l'individu qui prive des hommes de leur liberté et les transforme en esclaves ». Si l'on transpose le raisonnement de Mises à tous les biens capitaux, on trouve que le « profit » ne peut apparaître que dans les comptes du « chasseur de terre » et autres découvreurs et inventeurs, c'est-à-dire, finalement, du premier occupant. Le chasseur d'esclaves est le premier occupant, donc le propriétaire d'un être qui n'appartenait à personne, pas même à lui-même (*res nullius*), dépourvu qu'il était de tout droit, de même que le chasseur tout court est le premier occupant, donc propriétaire du gibier qu'il a capturé, de même que le découvreur de terre est le premier occupant, donc le propriétaire d'une terre qui n'appartenait à personne – de même, essayera-t-on bientôt de dire que l'inventeur est le premier occupant, donc le propriétaire de l'invention qu'il a découverte. L'application de ce raisonnement au cheptel humain suppose que l'homme en tant que tel n'a pas davantage d'existence juridique que la terre vierge, qu'il n'est pas propriétaire de lui-même. Et c'est bien ainsi que le comprend le droit romain.

6. *Id.*, p. 662.

En tout cas, Aristote voyait dans l'acquisition d'esclaves (il s'agit d'esclaves « par nature », comme nous le verrons plus loin) une espèce de chasse ou de guerre. « L'art de la guerre est, en un sens, un mode naturel d'acquisition (l'art de la chasse en est une partie) et doit se pratiquer à la fois contre les bêtes sauvages et contre les hommes qui, nés pour obéir, s'y refusent, car cette guerre-là est par nature conforme au droit⁷. » À noter que lorsqu'au xx^e siècle de notre ère, il s'agira de justifier les brevets sur les inventions, on emploiera la même métaphore de la chasse aux bêtes sauvages. À chaque fois il s'agit de s'approprier quelque chose qui n'appartient à personne et qui n'advient à l'existence d'une chose appropriable que grâce à l'intervention du chasseur, du guerrier, de l'inventeur, etc.

Dès lors, il n'est apparemment pas difficile à Mises d'expliquer la fin de l'esclavage. Toute la rentabilité de l'affaire repose sur la rentabilité de la chasse aux esclaves. Si cette chasse n'est plus profitable, alors toute l'institution s'écroule. Et pourquoi la chasse ne serait-elle plus profitable ? « Évidemment, la rentabilité de l'activité de chasseur d'esclaves dépend du niveau des prix que les acheteurs sont disposés à payer pour acquérir des esclaves. Si ces prix baissent au niveau des coûts de capture et de transport inhérents au commerce des esclaves, l'affaire ne paie plus et doit être abandonnée⁸. » Pourquoi les prix d'achat des esclaves baisseraient-ils de cette manière. Parce que, répond Mises, « à aucun moment et en aucun endroit il n'a été possible, pour les entreprises employant de la main d'œuvre servile, de soutenir sur le marché de la concurrence des entreprises employant de la main-d'œuvre libre ». Et d'énoncer cette règle générale : « Le travail servile n'a toujours pu être utilisé que là où il n'avait pas à soutenir la concurrence du travail libre. » Même si l'employeur abandonne le fouet, même

7. Aristote, *Politiques*, 1256 b 20-25.

8. Mises, *op. cit.*, p. 662.

s'il se résigne à « récompenser la diligence, le talent et le zèle » de son esclave, « quoi qu'il puisse tenter à cet égard, il n'obtiendra jamais d'un travailleur asservi, qui ne recueille pas la pleine valeur de sa contribution au prix du marché, une prestation comparable à celle du travailleur libre, embauché sur le marché du travail fonctionnant sans entrave ».

Il semble qu'il y ait là une nouvelle faille dans le raisonnement du célèbre économiste. Une fois que l'on a admis que le fouet et tout ce qu'il symbolise est inopérant, et que la diligence, le talent et le zèle d'un esclave puissent être récompensés, on ne voit pas ce qui empêche ce même esclave de recueillir la pleine valeur de sa contribution au prix du marché, à supposer que ce marché – ici le marché des esclaves – fonctionne « sans entrave ». On peut même considérer que le « marché du travail », pour reprendre l'expression de Mises, fonctionnerait mieux s'il n'était pas entravé par l'interdiction d'acheter de la main d'œuvre.

Pour faire comprendre cette assertion qui paraîtra à bon droit scandaleuse, supposons les propriétaires d'immeuble placés dans la même situation. Ils pourraient seulement louer, la vente étant interdite. Il n'est pas sûr que les locataires s'en trouveraient mieux. Certes, les propriétaires auraient toujours intérêt à investir pour améliorer la qualité de leur bien en sorte de pouvoir imposer des loyers plus élevés. Mais les biens eux-mêmes étant inaliénables – assimilables à des biens de main-morte – ne pourraient circuler : ils n'iraient donc pas dans les mains de ceux capables de les valoriser au mieux. On peut donc s'attendre à un sous-investissement, voire un sous-amortissement, et donc à une baisse de qualité du fonds immobilier. L'inaliénabilité de la force de travail pourrait se traduire de la même façon par un sous-investissement en capital humain – une notion qui lorsqu'elle fut mise en circulation par l'économiste américain Gary Becker dans les années 1960 fut perçue comme ayant des connotations esclavagistes – et peut-être à juste titre, ce qui voudrait dire que l'esclavage permettait un investissement plus élevé en capital humain (pour

corriger ce handicap du salariat et inciter les employeurs à investir dans la formation de leurs salariés, on a dû, rappelons-le, instituer toute une série d'encouragements fiscaux et la clause de non-concurrence).

« Un esclave né au sein de la maisonnée, note Peter Garnsey déjà cité, pouvait être formé et les compétences qu'il avait acquises pouvaient être exploitées sur une période de temps étendue⁹. » De fait, certains esclaves étaient très qualifiés comme le montrent des exemples aussi célèbres que Tércence, Phèdre, Ésope et Épicète. L'investissement en capital humain pouvait être du même ordre que celui que l'on fait sur les membres de sa propre famille. Platon fait dire à l'Athénien dans les *Lois* : « Nous le savons : tous, je pense, nous dirions qu'il faut avoir des esclaves les mieux disposés et les plus excellents possible ; en fait, beaucoup, dans le passé, ont été pour leurs maîtres, meilleurs à tous égards que des frères ou des fils, quand ils sauvaient leur personne, leurs biens, leur maisonnée tout entière ». De même Philon écrit que certains esclaves « administrent des maisons des biens et de vastes domaines ; parfois même ils gouvernent leurs compagnons d'esclavage. Nombreux sont ceux à qui on a confié les épouses et les enfants orphelins de leurs maîtres, ayant été préférés pour leur loyauté à des amis ou à des parents. Et dans le même temps qu'ils sont esclaves, ils consentent des prêts, achètent, perçoivent des revenus, sont courtisés¹⁰ ». Pensons aussi que la transmission de la culture au Moyen Âge s'est faite en partie par une catégorie spéciale d'« esclaves », « eunuques du seigneur », « esclaves de Dieu », les prêtres et les moines, dont certains, nous l'avons vu, étaient voués à l'Église dès l'enfance – sans pouvoir se libérer des chaînes dont les avait entravés leurs parents.

9. Peter Garnsey, *Conceptions de l'esclavage d'Aristote à saint Augustin*, traduit de l'anglais par Alexandre Hasnaoui, Les Belles Lettres, 2004, p. 27.

10. Philon, THV 35, cité par Garnsey, *op. cit.*, p. 129.

Plus généralement, dira-t-on, aucun économiste ne prétendra jamais qu'un marché où les biens ne peuvent être que loués est plus efficient qu'un marché où ils sont complètement aliénables. On se plaint de la stérilisation des biens de mainmorte justement pour cette raison.

Quant au prix de capture de l'esclave, s'il est un *by-product*, un sous-produit ou un produit collatéral d'une guerre qui permet d'amasser en même temps des butins de toutes sortes et d'imposer des tributs, on comprend qu'il puisse baisser suffisamment à certaines occasions (guerres de conquête, actes de piraterie réussis) pour que l'ensemble de la chaîne d'exploitation reste rentable même avec une productivité de l'esclave aussi faible que le dit Mises.

Du coup, les suites du développement de Mises apparaissent comme des pétitions de principe. « La limite supérieure à laquelle il est possible d'élever la qualité et la quantité de produits et services rendus par la main-d'œuvre apparemment bon marché, composée de travailleurs non libres, ne peut jamais soutenir la concurrence des entreprises employant des travailleurs libres. C'est ce système-là qui a fait disparaître tous les systèmes de travail contraint¹¹. »

Pour résumer la théorie de Mises, disons que dès que l'esclavage et le salariat se trouvent en concurrence, le second mode d'exploitation de la force de travail ne peut que l'emporter pour des raisons d'efficience économique. Autrement dit, la cohabitation des deux modes est instable et ne peut se pérenniser.

L'Histoire indique tout le contraire. Comme le remarque Peter Garnsey : « Il y eut des esclaves dans nombre de sociétés, mais il y eut très peu de sociétés esclavagistes [c'est-à-dire de sociétés n'employant que des esclaves].¹² » Ce qui revient à dire que, habituellement, les deux modes coexistaient. Garnsey précise même : « On peut affirmer avec assu-

11. Mises, *op. cit.*, p. 662.

12. Peter Garnsey, *op. cit.*, p. 20.

rance que, dans la majeure partie du monde classique [antique], la plupart du temps, les esclaves ne constituaient qu'un faible pourcentage de la main-d'œuvre¹³. » La présence simultanée des deux systèmes peut même s'expliquer par le raisonnement économique dans certaines situations. En région méditerranéenne peut-être plus qu'ailleurs, beaucoup d'activités agricoles (vigne, oliveiraie) ont des variations très marquées par le rythme des saisons. Le travail des esclaves permanents est alors complété par l'embauche d'une main-d'œuvre salariée saisonnière. « À cet égard, le système esclavagiste et le système paysan coexistaient et se soutenaient mutuellement¹⁴. » Ce qui conduit l'historien anglais à formuler le paradoxe suivant : sans doute l'esclavage est-il l'institution « la plus dégradante et exploitante inventée par l'homme » ; pourtant de nombreux esclaves dans les sociétés antiques « avaient une existence plus protégée et étaient économiquement plus aisés que la masse des pauvres libres, dont l'emploi était irrégulier, de bas niveau et mal payé¹⁵ ». Et encore ceci, tiré de saint Augustin : « Les esclaves font réellement partie de la maison, en fait ils sont plus proches du centre d'une grande maison que ne le sont les journaliers ; c'est des esclaves que l'on fait les fils, lorsqu'ils commencent à servir par amour » (*Nouveau sermon (Mayence 62)*, chap. 12, II, 264-281).

On verra dans un instant qu'un semblable paradoxe peut être soutenu pour l'esclavage américain des Noirs. Mais comment ne pas remarquer dès maintenant l'analogie qui peut être faite non seulement avec les travailleurs saisonniers de notre temps beaucoup moins bien traités que les salariés permanents, mais aussi avec des situations d'extrême précarité dans certains secteurs, notamment en France. Par exemple, les journaux emploient deux types de rédacteurs, ceux qui sont

13. *Id.*, p. 21.

14. *Id.*, p. 23.

15. *Ibid.*

dans le système, protégés syndicalement et plutôt bien payés, et les pigistes, dont beaucoup vivent misérablement. Sans doute leur plume est-elle plus libre que celle des rédacteurs *inside*, mais à quel prix pour leur niveau de vie ! La coexistence pérenne des deux types d'emploi montre bien, en tout cas, qu'ils répondent à deux types de demande de la part des employeurs, mais aussi à deux types d'offre de la part des offreurs d'emploi. Rétrospectivement, on conçoit mieux comment l'esclavage a pu cohabiter si longtemps avec le travail libre.

Il semble que Mises ait été ici influencé par une certaine historiographie de l'esclavage. Généralement, l'institution était présentée dans les livres d'histoire ou d'économie, comme archaïque et improductive. Adam Smith, par exemple, dans son maître ouvrage, *la Richesse des nations*, affirme que le travail fait par des esclaves est « le plus cher de tous », parce qu'un homme, réduit à cette condition, « ne peut avoir d'autre intérêt que de manger autant que possible et de travailler aussi peu que possible ». Si un patron utilise ce type de main-d'œuvre de préférence à des serviteurs libres, estime le célèbre économiste écossais, c'est par goût pour la domination. « L'orgueil de l'homme, observe-t-il, fait qu'il aime dominer, et rien ne le mortifie autant que d'être obligé à condescendre à persuader ses inférieurs. Aussi, partout où la loi le permet et où la nature de l'ouvrage en donne les moyens, préférera-t-il généralement le service des esclaves à celui des hommes libres¹⁶. » Donc, il est prêt à gagner moins d'argent en employant des esclaves pour satisfaire sa soif de pouvoir, si du moins la nature de l'ouvrage le permet, traduisons, si le coût de surveillance de la propriété de l'esclave n'est pas dirimant¹⁷.

16. Smith, *op. cit.*, t. III, chapitre I, p. 444.

17. On remarquera d'ailleurs que pour Smith, s'il y a concurrence entre esclaves et travailleurs libres, elle joue en faveur des premiers : « Même dans les États où n'existait point d'interdiction [d'exercer des métiers indignes], comme à Rome et à Athènes, la grande

Une telle manière de présenter l'esclavage, reprise de la littérature antique, avait encore cours lorsque Mises, appliquant son système d'explication à l'esclavage des Noirs aux États-Unis, écrit : « Dans les colonies de plantations le coût élevé de l'immigration et le manque de protection légale et judiciaire de l'individu contre l'arbitraire des pouvoirs publics et de l'aristocratie des planteurs empêchèrent l'apparition d'un contingent suffisant de travailleurs libres et le développement d'une classe d'agriculteurs indépendants¹⁸. »

Or, ce qu'a montré Robert William Fogel¹⁹ dans les années 1970 va exactement à l'encontre de ce que prétendait Mises.

majorité du peuple était en fait exclue de tous les métiers qui sont maintenant communément exercés par la plus basse sorte des habitants des villes. Ces métiers étaient tous à Athènes et à Rome occupés par les esclaves des riches, qui les exerçaient à l'avantage de leur maître, dont la richesse, le pouvoir et la protection rendaient presque impossible à un homme libre pauvre de trouver un marché pour son ouvrage quand il entrait en concurrence avec celui des esclaves des riches. »

18. Mises, *op. cit.*, p. 664-665.

19. Rien ne prédisposait le jeune Fogel à bouleverser l'écriture de l'histoire de son pays. Né en 1926 à New York, il avait d'abord choisi de faire des études en gestion d'entreprise. Toutefois, marxiste convaincu avant de devenir comme il le dit lui-même, en se moquant, un « bourgeois libéral », il éprouve le besoin de relier l'histoire à l'économie. Ayant opté pour l'histoire économique, il se fait remarquer par sa thèse de doctorat sur les chemins de fer, présentée à l'Université de Chicago en 1960, en remettant en cause les idées reçues à ce sujet.

Le succès de la cliométrie viendra bien vite outre-Atlantique, attirant de nombreux étudiants et chercheurs et un large public. Fogel est le seul historien à avoir jamais été élu membre de l'Académie des Sciences aux États-Unis, ce qui est une reconnaissance non seulement pour l'Économie mais aussi pour l'Histoire, placées l'une et l'autre par cette nomination dans la catégorie des sciences exactes.

Professeur d'histoire économique à l'Université de Chicago, de 1965 à 1975, puis à celle de Harvard de 1975 à 1981, Fogel revient à Chicago où il retrouve sa chaire et où il dirige le *Center of Population Economics*. À soixante-seize ans, il est toujours là, bonhomme énorme, bon œil, sinon bon pied, truculent, toujours curieux, accueillant et ardent dans la discussion avec le visiteur de passage. Son œuvre a été couronnée par le prix Nobel d'économie en 1993, la même année que celle de North, pour un « travail de pionnier dans l'analyse de l'histoire économique ».

Selon l'historien économiste américain, l'esclavage, aux États-Unis, était un système rentable et il existerait peut-être encore si on ne l'avait pas aboli de force.

Son argumentation peut se résumer ainsi. D'abord, le système était non pas irrationnel, mais hautement rentable pour les propriétaires d'esclaves. Ensuite, loin d'être moribond à la veille de la guerre de Sécession (1861-1865) qui y a mis fin, il n'avait jamais été aussi prospère, et les esclavagistes, à cette époque, n'étaient pas du tout pessimistes quant à leur avenir. L'agriculture esclavagiste du Sud était de 35 % plus rentable que l'agriculture familiale du Nord, grâce à des économies d'échelle, une direction efficace et une utilisation intensive du travail et du capital : travail en équipe ou à la chaîne, spécialisation minutieuse des tâches, une discipline que l'on retrouvera plus tard dans la grande industrie moderne. La main-d'œuvre esclave n'était ni paresseuse, ni stupide, ni improductive ; au contraire elle était plus travailleuse et plus efficace que les ouvriers libres. Le système pouvait très bien s'adapter à des activités industrielles.

D'autre part, la croyance que l'esclavage conduisait à l'exploitation sexuelle des Noirs par les Blancs et à la destruction de la famille noire est, pour Fogel, un mythe ; au contraire, la famille était l'unité de base de l'organisation sociale du système, car il était de l'intérêt économique des propriétaires d'encourager la stabilité des couples²⁰. La violence sexuelle

Son dernier livre témoigne de sa passion pour la justice. L'inéquité qu'il faut combattre aujourd'hui, remarque-t-il, est beaucoup plus « spirituelle » ou « immatérielle » que dans les conditions de vie. Vaste programme !

La thèse de Fogel a rendu célèbre la méthode qui lui a permis, avec d'autres, de réviser complètement les données statistiques relatives à l'esclavage. Cette méthode est à l'origine d'une nouvelle discipline en histoire économique, la cliométrie, c'est-à-dire, littéralement, la mesure de l'Histoire, Clio, on le sait, étant la muse des historiens.

20. Ayant lu cela, on est surpris de lire sous la plume de Garnsey : « On refusait aux esclaves américains le fait d'avoir leur propre famille » (*op. cit.*, p. 126).

était rarissime. Cette morale du maître d'esclaves est à rapprocher du souci des industriels et de nombreux penseurs européens du XIX^e de discipliner les mœurs prétendues débriées des prolétaires.

Nous constatons que le niveau de vie des esclaves était plutôt meilleur que celui des travailleurs de l'industrie à cette époque. Les conditions du travail, même si le fouet n'était jamais absent, étaient, elles aussi, meilleures : pauses plus longues, davantage de loisirs. Le taux d'exploitation de l'esclave était très inférieur à ce qu'on a dit, la main-d'œuvre touchant 90 % de la valeur qu'elle produisait.

Enfin, loin d'être stagnante, l'économie du Sud était florissante et, entre 1840 et 1860, elle avait connu un taux de croissance supérieur à celle du Nord. En 1860, elle avait atteint un niveau de revenu par tête que l'Italie n'atteindrait qu'à la veille de la Seconde Guerre mondiale (1940).

Cependant, pour Fogel, ce n'est pas parce qu'un système est rentable qu'il est moral. Foncièrement anti esclavagiste, Fogel prétend qu'il faut condamner l'esclavage non pour des raisons économiques ou sociales, comme trop d'abolitionnistes ont été amenés à le faire au XIX^e siècle par tactique politique, mais strictement pour des raisons morales.

Sur l'esclavage antique, Mises mérite tout autant d'être lu : « Ce ne furent pas des sentiments humanitaires et de clémence qui amenèrent les propriétaires d'esclaves de l'ancienne Rome, durs et insensibles, à relâcher les entraves de leurs esclaves, mais l'intention intéressée de tirer le meilleur gain possible de leur propriété. Ils abandonnèrent le système d'exploitation, centralisée et à grande échelle, de leurs immenses terres, les latifundia, et transformèrent les esclaves en des sortes de locataires cultivant leurs propres pièces de terre et ne devant au propriétaire du fonds qu'un fermage ou une part de la récolte [nous avons analysé ces deux modes d'exploitation dans les termes de la théorie économique de la propriété, chapitre 5]. Dans les activités de transformation et le commerce, les esclaves devinrent des entrepreneurs, et

“leurs encaisses”, le *peculium*, furent légalement leur quasi-propriété [un terme que nous retrouverons dans le chapitre suivant à propos de la force de travail]. Les esclaves furent affranchis en grand nombre parce que ces hommes rendus à la liberté fournissaient à leur ancien propriétaire, le « patron », des services meilleurs que ceux à attendre d'un esclave. Car l'affranchissement n'était pas un acte de grâce et un don généreux de la part du propriétaire. C'était une opération de crédit, un rachat de la liberté payable par annuités, pour ainsi dire. L'affranchi était obligé de rendre à l'ancien maître, pendant des années et même à vie, des services en nature ou en espèces. De plus, le *patronus* avait des droits spéciaux d'héritage sur les biens de l'affranchi qui venait à mourir²¹.

Une mise au point doit être apportée d'emblée. Ces célèbres latifundia se sont constituées, précisément, à cause de l'esclavage. En effet, tout citoyen romain devait le service des armes à la patrie. Mais cette égalité devant le service militaire se traduisait par une inégalité croissante sur le plan économique. En effet, celui qui pouvait acheter un esclave pour travailler la terre à sa place durant son absence, laquelle pouvait être longue, était évidemment dans une meilleure situation que celui qui était obligé de laisser sa terre en jachère pendant le même temps. On trouve cette explication chez tous les bons auteurs, et elle est plausible. À partir de là on peut imaginer très facilement un processus cumulatif où la terre mal cultivée doit être vendue à celui qui a les moyens de la cultiver avec des esclaves. Petit à petit sont apparues ces immenses propriétés foncières aux mains d'une aristocratie richissime et puissante (elle dominait le Sénat). Que la gestion de ces immenses domaines ait dû être décentralisée, et que les esclaves en aient profité pour acquérir un statut de métayer ou de fermier, quoi de plus naturel. On voit bien en tout cas comment l'esclavage peut dégénérer en d'autres modes d'ex-

21. Mises, *op. cit.*, p. 664.

ploitation. Max Weber a bâti à partir de là tout un système d'explication de la chute de l'Empire romain, qui est un modèle du genre.

Pour les autres secteurs de l'économie antique (les « activités de transformation et le commerce »), Mises admet l'existence d'esclaves, mais étant donné la nature de leur activité, il ne peut être question de fouet et de fers (sont passées sous silence les mines où l'on peut dire, en effet, que les travaux étaient vraiment forcés, car ils étaient tellement pénibles qu'aucun homme, même esclave, n'aurait accepté d'y travailler – prouesse que le salariat des temps modernes a tout de même réussi à accomplir !). L'auteur de l'*Action humaine* va même jusqu'à nous dire que des esclaves devinrent des entrepreneurs, ce qui exclut la contrainte physique – sinon morale. Il nous parle de leurs encaisses, le *peculium*, qui étaient légalement leur quasi-propriété – et là, évidemment nous dressons l'oreille. L'esclave étant propriété de son maître, ces sommes ne pouvaient lui appartenir en propre. Mais que peut bien signifier ce terme de quasi-propriété ?

C'est ici, encore une fois, que l'on peut faire intervenir la théorie économique de la propriété²².

Pour y voir plus clair, il faut toutefois distinguer entre esclavage forcé et esclavage volontaire. Le premier, nous l'avons dit, est le fruit de la guerre ou de la rapine. Le second est issu d'un contrat qui comme tous les contrats conclus volontairement est à l'avantage des deux parties. Une telle situation peut résulter d'un emprunt où l'emprunteur s'est offert lui-même comme garantie en cas de non-paiement. Une variante de ces contrats a été pratiquée par les émigrés d'Europe à destination de l'Amérique. Pour financer leur voyage à travers l'Atlantique, ces « serviteurs contractuels » s'engageaient à travailler un certain nombre d'années quasiment comme des esclaves pour celui qui détenait leur créance.

22. Nous suivrons ici l'analyse de Yoram Barzel, *op. cit.*, et notamment le chapitre qu'il consacre à l'esclavage.

L'esclavage volontaire au sens propre était inconnu dans la Rome antique. Il était, par contre, fréquent chez les peuples germaniques pour résoudre les problèmes d'insolvabilité des débiteurs. Dans l'esclavage forcé, on ne peut évidemment pas parler de contrat au moment de la capture. Mais une fois la personne « réduite » en esclavage, selon l'expression consacrée, qui est juste, il y avait, comme l'a reconnu Mises, entre le maître et l'esclave un « lien social » qui s'apparentait à un contrat. On peut même parler de quasi-contrat quand le maître s'engageait à affranchir son esclave s'il se comportait en serviteur fidèle et honnête. Certes, il n'était pas tenu légalement de respecter sa promesse, mais le problème des promesses non tenues, c'est bien connu, y compris des juristes, se pose tout autant entre hommes libres...

Le problème n'est pas là. Il est que l'esclave, qu'il soit volontaire ou forcé, est par définition la propriété de son maître. Et l'on ne voit pas comment il pourrait économiser quelque pécule que ce soit puisque la moindre somme mise de côté est la propriété de son maître.

Que l'esclavage soit forcé ou volontaire, toutefois un même problème se pose : celui de la surveillance de l'esclave, et par conséquent celui du coût de cette surveillance. Et l'on retrouve le problème général de la propriété qui est celui du coût de l'*enforcement* des droits de propriété.

Pour illustrer cette problématique, supposons un instant que les capacités de l'esclave, les coûts de son entretien et le produit de ses activités puissent être mesurés sans que cela coûte rien, alors le maître pourrait tirer de son esclave tout le profit net qu'il est capable de produire jusque dans le moindre détail. Dans de telles conditions, qui eussent permis au propriétaire de l'esclave d'assumer la pleine et entière propriété de son esclave, le statut de l'esclave n'aurait lui-même aucun sens. Si de telles mesures étaient parfaites et gratuites, il pourrait traiter son esclave comme une personne libre. Il pourrait seulement lui demander de lui remettre périodiquement le revenu net ainsi calculé sans frais. Dans de telles condi-

tions, le travailleur libre aurait à travailler exactement comme l'esclave. L'esclavage n'aurait plus aucune signification. Même l'esclavage forcé ne pourrait survenir puisque les droits de propriété étant parfaitement définis, personne ne pourrait capturer personne. Où l'on voit que les coûts de surveillance protègent même le salarié d'une exploitation totale.

Barzel²³ voit dans cette logique, à juste titre, une application du théorème de Coase* (une fois que les droits de propriété sont clairement définis, leur attribution finale va à celui qui les valorise le plus quel que soit le propriétaire, si du moins les coûts de transaction, qui comprennent les coûts de surveillance, sont nuls). Une telle application sous-entend que le patron en l'occurrence est la personne qui valorise le mieux le droit de propriété que l'employé aurait de lui-même. Barzel ne va pas jusqu'à expliciter ce mécanisme. Nous verrons pourtant que d'éminents auteurs y ont vu une justification de l'esclavage.

De toutes façons, les coûts de surveillance ne sont pas nuls. Et comme cette surveillance est imparfaite, elle donne la possibilité à l'esclave d'accumuler une épargne, comme nous le verrons.

Comparons d'abord du point de vue de la surveillance les situations respectives de l'esclave et du travailleur libre.

Prenons d'abord le système du travail aux pièces. Quand le produit net d'un travailleur libre peut être calculé à bas prix, il est avantageux pour lui de travailler de manière indépendante, puisque alors il n'a pas de patron sur le dos. Tel n'est pas le cas avec des esclaves : le produit de leur travail appartient à leur propriétaire. Même quand leur production est facile à mesurer, ils gagneraient à produire moins (c'est-à-dire à gagner du temps pour eux-mêmes, soit à ne rien faire, soit à cultiver quelque chose en cachette) et par conséquent ils doivent être incités à produire plus.

23. Barzel, *op. cit.*, p. 108.

* p. 285 sq.

La différence entre esclaves et travailleurs libres du point de vue des incitations au travail est encore plus aiguë pour des tâches que des travailleurs libres peuvent effectuer à l'heure (et nous savons que la théorie économique de la propriété laisse prévoir que le salaire au temps sera préféré au salaire aux pièces). Les travailleurs libres seraient dans une meilleure situation s'ils pouvaient convaincre leurs futurs employeurs que s'ils étaient employés ils seraient plus productifs qu'ils ne le sont réellement (une tactique pratiquée ordinairement par les candidats à l'embauche) ; puisqu'il est difficile de vérifier leur véritable productivité, leur salaire serait plus élevé qu'il ne devait l'être. De leur côté, les esclaves feraient mieux de convaincre leur maître qu'ils ne savent pas faire grand-chose de sorte qu'on s'attende à leur faible productivité. Ainsi diminuent-ils le risque de décevoir leur maître, car si ce dernier considère qu'ils ne valent pas le prix auquel il les a achetés, il peut chercher à s'en débarrasser. Les propriétaires d'esclaves ont alors à dépenser des ressources pour calculer leur productivité réelle et surveiller s'ils travaillent en accord avec cette productivité.

Si l'on suppose que cette surveillance est soumise, comme toute activité humaine, à des rendements décroissants, le propriétaire d'esclaves va arrêter son effort de surveillance au moment où un effort supplémentaire lui coûterait plus cher qu'il ne lui rapporterait. Le produit maximum dont est capable un esclave est supérieur au produit réel dans la mesure même où cette surveillance est imparfaite, et cette différence devient en pratique la propriété de l'esclave. En règle générale, ce surplus ne vient pas sous la même forme que le travail que les esclaves produisent pour leur maître, mais sous la forme d'un effort inférieur à l'effort dont ils sont capables. Néanmoins, les esclaves étaient sans doute capables de transformer une partie au moins de ce potentiel en biens matériels²⁴.

24. Barzel, *op. cit.*, p. 109.

Le maître a le choix entre deux solutions : soit surveiller le produit du travail de ses esclaves (ce qui est comparable au salaire aux pièces du travailleur libre) ; soit surveiller leur effort au travail (ce qui est comparable au contrôle du travailleur libre qui est payé à l'heure, à la journée ou au mois). Le second mode implique un contrôle permanent, car dès que l'esclave échappe à la surveillance, il n'a aucune raison de travailler.

Le premier mode (travail aux pièces) implique un contrôle de la quantité et de la qualité du travail accompli ainsi qu'un contrôle de ses effets indirects sur les autres éléments du processus de production, notamment sur les équipements, machines, etc. Ce contrôle est nécessaire pour les travailleurs libres (cf. chapitre 5). Il l'est aussi pour les esclaves. Laissés à eux-mêmes, ils ne satisferaient évidemment pas aux quotas de production, mais au contraire travailleraient aussi peu que possible. Encore faut-il pouvoir définir adéquatement les quotas. Le maître ne peut se fonder sur une mise à l'essai, car alors l'esclave fournira une production aussi faible que possible. Mais le patron ne doit pas davantage fixer les quotas à un niveau trop élevé, à moins de détruire son esclave par épuisement. Le maître va choisir le quota qui maximise sa richesse (étant donné les coûts de surveillance) et surveiller que ce quota est bien rempli, pas plus. Cela signifie qu'il va rester entre les mains de l'esclave une différence entre le quota et le maximum qu'il pourrait produire, et en règle générale, cette différence est positive et peut être mise à profit par l'esclave²⁵.

Étant donné les avantages et les inconvénients des deux modes d'extraction, les propriétaires pourraient offrir à leurs esclaves l'option du travail aux pièces, estimant que le quota qu'ils parviennent à instaurer sera supérieur au travail qu'ils obtiendraient avec l'autre méthode qui implique une surveillance continuelle (dans les camps de concentration, de la

25. *Id.*

même façon, le travail aux pièces était imposé). S'ils en avaient le choix, les esclaves préféraient le travail aux pièces puisque les quotas étaient fixés à un niveau qui leur permettait de travailler pour eux sous une forme ou sous une autre. Sans doute les maîtres savaient qu'ils auraient pu augmenter les quotas dès le départ. « Puisque la confiscation par les propriétaires de l'accumulation des esclaves aurait été équivalente à une rupture de contrat, cette confiscation aurait anéanti le but pour lesquels ces quotas avaient été institués au départ. Dans leur propre intérêt, les propriétaires permettaient aux esclaves de posséder et d'accumuler²⁶. » C'est ainsi que Barzel explique l'apparition du *peculium*.

L'origine étymologique du terme est intéressante : littéralement, le *peculium* signifie « petit bétail », ou « corps de bétail détaché du troupeau principal ». Déjà, à ce niveau, on retrouve l'idée d'un moindre contrôle par rapport au capital proprement dit.

Jhering confirme l'analyse économique que nous venons de faire : « L'esprit d'économie et l'amour du gain chez les Romains, explique-t-il, devaient chercher à faire naître les mêmes qualités chez les esclaves. Mais il fallait pour atteindre ce but que l'esclave eût l'espoir de conserver ce qu'il avait gagné. Il est certain qu'enlever son pécule à un esclave, sans les motifs les plus urgents, était considéré à Rome comme une action infamante. Les premiers éléments du pécule étaient fournis, soit par le maître, au moyen de cadeaux ou d'avances, soit par les épargnes que l'esclave lui-même pouvait faire dans la maison, sur sa nourriture ou sa boisson, soit par la *dos* de la femme (qui même chez les esclaves existait de fait), libre ensuite pour l'esclave d'augmenter ce pécule par son activité et son économie²⁷. »

Le *peculium* n'était pas propre aux esclaves. Le fils de famille non émancipé y avait droit lui aussi. Il n'y avait

26. Barzel, *op. cit.*, p. 109.

27. Jhering, *op. cit.*, t. II, p. 178.

aucune raison, ni économique ni juridique, de lui accorder une fortune distincte de celle du *pater familias*, mais lorsque ce fait se produisit, on fut amené tout naturellement à lui appliquer l'expression déjà connue de *peculium*²⁸. De ce point de vue, le fils et l'esclave étaient logés à la même enseigne : « La personne sous puissance, explique Jhering, acquiert tout pour le chef de famille ; elle ne possède rien en propre. Elle n'est en quelque sorte, en droit, qu'une machine au service du maître [...]. L'abandon d'un bien quelconque (*peculium*) à la personne sous puissance était donc, quel que fût du reste le degré auquel le maître croyait y être personnellement obligé, quelque chose d'inefficace en droit, un simple fait qu'il pouvait à tout instant effacer²⁹. » On doit donc conclure à la non-existence juridique du *peculium*. « Mais, en fait, l'on accordait à l'esclave une espèce « d'indépendance sous le rapport du patrimoine » ; en fait l'on respectait son pécule comme son patrimoine [...] « au moins chez tous les hommes d'honneur. Sinon on ne comprendrait pas qu'un maître ait pu en arriver à emprunter à son esclave au lieu de lui enlever purement et simplement l'argent dont il avait besoin. »

Le parallèle entre fils et esclaves doit être poussé encore plus loin. Comme le remarque justement saint Augustin dans la *Cité de Dieu* (19.15) : « Les esclaves étaient des prisonniers de guerre à qui les vainqueurs conservaient la vie, alors qu'ils pouvaient les tuer par le droit de la guerre. » De même, nous l'avons vu, le *pater familias* avait droit de vie et de mort sur son fils. Le fils et l'esclave sont en vie par la grâce du père, le premier dès sa naissance, le second à partir de sa capture ou son achat. Il y a avait tout de même quelque différence, notamment en ce qui concerne l'héritage...

Lactance en tirera un enseignement qui paraît « curieux et inattendu » à Peter Garnsey. Jugeons sur pièces : « Qui pourra éduquer des fils s'il n'a sur eux l'autorité d'un maître ? C'est

28. Jhering, *op. cit.*, t. I, p. 244.

29. *Id.*, p. 160.

à raison que le père est appelé *pater familias* ; même s'il n'a que des enfants : il est aisé de voir que le nom de *pater* embrasse aussi les esclaves en raison du *familias* qui le suit, et que le nom *familia* embrasse aussi les fils, en raison du *pater* qui le précède. Il est donc clair que le même homme est à la fois le père des esclaves et le maître des enfants. D'autre part, le fils est émancipé comme s'il était esclave, et l'esclave qui est affranchi reçoit le nom de son patron comme un fils. Mais, s'il est appelé *pater familias* pour indiquer qu'il est investi d'une double autorité, car il doit faire montre de miséricorde parce qu'il est père, et contraindre parce qu'il est maître, il s'ensuit que l'esclave est aussi fils et que, de la même façon, le maître et le père ne sont qu'un³⁰. »

Reprenons le fil du raisonnement de Jhering. « La position des esclaves, poursuit l'historien allemand, n'était autre en général que celle de nos domestiques actuels. Ce qui est caractéristique sous ce rapport, c'est la grande confiance qu'on leur témoignait en les envoyant au-delà des mers jusqu'à des distances éloignées, avec mission de remettre de l'argent ou d'autres valeurs. Si le sort des esclaves avait été tellement pénible, le risque eût certes été trop grand. »

Il s'avère donc que même dans un contexte de « souveraineté de la propriété » la plus absolue (chapitre 4), le propriétaire *de jure* ne peut pas contrôler tous les « attributs » de son bien, et que dans ce vide juridique s'établit une possession de fait, le *peculium*, qui, tel un petit bétail, échappe à la surveillance du maître. Comme le dit si bien Garnsey : Les *peculia* désignent des fonds quasi privés, sous le contrôle des esclaves ou d'affranchis, mais qui appartiennent techniquement [c'est-à-dire juridiquement] au maître³¹. » Ces fonds pouvaient servir à des activités bancaires. Des historiens modernes ont pu parler à ce propos de société à responsabi-

30. Lactance, *Institutiones divinae*, 4.3. 16-17, cité par Garnsey, *op. cit.*, p. 296.

31. Garnsey, *op. cit.*, p. 57, *supra*, chap. 1.

lité limitée, puisque le maître n'est ici responsable que dans la limite des sommes allouées. Ainsi l'économie antique, si elle était handicapée par le contrat habituel de société, dont les possibilités étaient en effet limitées, disposait dans ce type d'association entre maître et esclaves de structures ayant tous les avantages économiques des entreprises des temps modernes³².

Arrivé à ce point de la démonstration, une question se pose : comment les contemporains de ces pratiques comprenaient-ils la chose ?

Nombreuses, de fait, sont les explications et les philosophiques, morales et religieuses qui ont cherché à rendre compte du phénomène, mais elles ont toutes un point commun qui est leur point aveugle, à savoir la théorie économique de la propriété. C'est ce que nous allons essayer de montrer en prenant pour guide l'indispensable ouvrage déjà cité de Peter Garnsey qui lui-même a fait le point sur cette question.

Évidemment, le premier auteur qui s'impose en la matière est Aristote et sa théorie de l'esclavage par nature. Elle peut se résumer ainsi : il existe des gens qui ont une raison défectueuse et ont besoin d'être esclaves de ceux qui leur sont intellectuellement supérieurs. On ne peut pas dire que le Stagyrte soit l'inventeur de cette idée. On la trouve déjà chez Platon pour qui certains individus étaient par nature pauvres en raison. Mais c'est tout de même Aristote qui l'a élaborée de la manière la plus complète.

Le plus étrange est que cette théorie a dans la Bible une version religieuse que l'on dira parallèle (à moins de supposer des relations entre mondes hellénistique et hébreu) : c'est l'histoire d'Ésaü, esclave par nature – on dira pourquoi – de son frère Jacob. Pour le christianisme issu de ces deux mondes, il ne serait pas facile de démêler les fils embrouillés de cette conception.

32. Cf. Jean Andreau, *Banking and Business in the roman world*, Cambridge University Press, 1999.

Pour revenir à Aristote, le point de départ est que dans tout ensemble composé de plusieurs parties, il y a des gouvernants et des gouvernés (*Politiques*, I, 1254 a 30-32). Par conséquent, « autorité et subordination font partie des choses non seulement inévitables, mais encore utiles » (*Id.*, 1254 a 22-23). Le raisonnement économique sous-jacent est le suivant : la constitution d'un ensemble permet de dégager des économies d'échelle qui viennent compenser les inconvénients dus au fait que les intérêts ne peuvent pas ne pas diverger entre les parties et qu'il faut donc que s'instaurent des relations d'autorité forcément imparfaites et coûteuses.

Tout ce développement peut parfaitement s'appliquer à n'importe quelle entreprise. Reste maintenant à justifier le mode particulier d'exploitation que constitue l'esclavage. Aristote ne va pas démontrer que ce mode est plus productif que le travail libre. Ce n'est pas sa préoccupation. Il dit seulement de l'esclave par nature qu'il souffre d'une déficience de la partie rationnelle de l'âme, qu'il est donc incapable de vivre une vie autonome, et que le mieux qu'il puisse faire est de s'en remettre à un maître qui lui assure la sécurité tout en lui permettant d'exploiter ses capacités. L'esclavage sert donc les intérêts non seulement du maître, mais aussi de l'esclave.

Nous ne sommes pas en terrain tout à fait inconnu. Déjà dans *La République* de Platon³³, nous avons noté que l'exercice des droits de propriété impliquait une certaine capacité de l'âme (on ne rend pas à un fou l'arme qu'il vous a prêtée quand il était encore sain d'esprit). Ici, il est question plus directement de la propriété de soi. Le faible d'esprit est censé ne pas être capable d'assumer la propriété qu'il a de lui-même. En ce sens, les enfants, les femmes, les malades et les débiles ne peuvent être des propriétaires à part entière.

Donc la question va être : existent-ils des êtres qui par nature sont déficients d'esprit, si l'on met à part les enfants, les femmes, les malades et les débiles ?

33. *Supra*, chap. 1.

Aristote, comme le montre Garnsey, ne parvient pas à répondre à cette question de manière convaincante ; il échoue à mettre la main sur « cette proie insaisissable qu'est l'esclave par nature » ; sa théorie est « vermoulue³⁴ ». Il fait de l'esclave un « sous-homme », plutôt qu'un être humain traité comme un sous-homme, mais il ne réussit pas à établir des critères qui permettrait de déterminer qui seraient ces sous-hommes. Autrement dit, il ne parvient pas à rompre l'unité du genre humain. Aussi est-il obligé de se rabattre sur les Barbares. Dans les faits, la plupart des esclaves qu'il avait sous les yeux étaient des étrangers. Et il était d'usage que l'on n'asservisse point les Grecs. La législation de Solon allait dans le même sens. Mais même si l'on pouvait s'interroger sur les capacités intellectuelles des Barbares (barbare et borborygme ont la même origine étymologique), il était impossible de douter que c'étaient des hommes.

D'autre part, le fait que les esclaves étaient recrutés, si l'on peut dire, parmi de nombreux peuples, empêchait la manifestation de tout racisme. Celui-ci, dans la relation maître-esclave, viendra beaucoup plus tard quand les esclaves seront recrutés parmi les peuples africains, pour une raison que la théorie économique de la propriété explique fort bien : la couleur de la peau en permettant l'identification immédiate de l'esclave réduit considérablement les coûts de surveillance. Encore faut-il que la réduction des coûts de transport permette l'acheminement des Africains sur les lieux d'exploitation. Mais une fois que celle-là est acquise, la traite des Noirs devient une affaire tentante. Si dans une population blanche, la plupart des Noirs sont esclaves, alors il est beaucoup plus difficile à un Noir de s'échapper. Rien de tel dans l'Antiquité gréco-romaine. On en déduira que les coûts de surveillance étaient beaucoup plus élevés, et que l'intéressement des esclaves au produit de leur travail, sous la forme du *peculium*, était d'autant plus nécessaire.

34. Garnsey, *op. cit.*, p. 151.

Il est évident que la théorie de l'esclave par nature avait un immense avantage : celui de justifier la position du maître. Car s'il existe des esclaves par nature, c'est qu'il existe aussi des maîtres par nature. Nous qui sommes nés au xx^e siècle, nous savons à quelles horreurs de telles conceptions peuvent conduire.

En un mot, la théorie d'Aristote, telle qu'il la présente lui-même, est un désastre complet. Le Stagyrite, du reste, est plutôt sur la défensive, et il est bien obligé de concéder que des esclaves qui seraient le butin d'une guerre injuste ne pourraient être considérés vraiment comme des « esclaves par nature ».

Il n'empêche que l'on peut voir dans la théorie d'Aristote une application du théorème de Coase. Rappelons-en l'essentiel : quelle que soit la définition initiale des droits de propriété, ces droits finiront dans la main de celui qui est capable de les valoriser le plus, si les coûts de transaction sont nuls. Transposons ici. Il suffit d'admettre que l'être humain est appropriable (sans même décider de savoir à qui au départ il appartient) pour que la mécanique coasienne s'enchaîne : le droit de propriété sur l'être humain va se retrouver entre les mains du maître, parce que le maître est capable de le valoriser au mieux, dans l'intérêt des deux parties, du maître et de l'esclave. Pour sortir de cette logique, il faudra donc poser que l'être humain n'est pas appropriable. Mais nous verrons au chapitre suivant à quelle gymnastique juridique ce pré-supposé conduira.

Autrement dit, pour justifier l'esclavage, Aristote n'aurait pas eu besoin d'évoquer la nature s'il avait connu le théorème de Coase. Mais il en était tout proche. Lisons ce qu'il nous dit : « Un être humain qui par nature ne s'appartient pas, mais est l'homme d'un autre, cet être-là est par nature esclave : est l'homme d'un autre quiconque, étant homme, est objet de propriété » (*Politiques*, 1254 a 4-18).

Traduisons : je prends comme hypothèse que certains hommes, par nature, ne s'appartiennent pas. Alors d'autres

se les approprient comme esclaves. Mais si j'avais pris l'hypothèse inverse : tout homme est propriétaire de lui-même, j'aurais abouti au même résultat (théorème de Coase), à savoir que le droit de propriété échoit dans les mains de celui qui le valorise le plus et qui est donc capable de l'acheter. Et tout le monde est satisfait, maître comme esclave.

La grande leçon d'Aristote, qui garde encore toute son actualité en ce début du XXI^e siècle, est dans cette phrase : « Ce qu'esclaves et animaux peuvent attendre de mieux, c'est la sécurité » (1252 a 30-31). Vous avez bien lu : non pas la liberté, mais la sécurité ! Sous-entendu : ceux qui préfèrent la sécurité à la liberté remettent forcément la propriété d'eux-mêmes à autrui, ce sont des esclaves.

Venons en maintenant aux stoïciens. La *polis* est en recul, on le sait*, et ce qui compte maintenant sous le Portique, c'est la situation de chaque individu, quel qu'il soit. Aucun homme, dans ces conditions, ne saurait être esclave par nature. Comment dès lors justifier l'esclavage ou comment ne pas le condamner ?

Réponse : changer le sens de l'esclavage, passer du plan du droit à celui de la morale. Le sage seul est libre, les méchants sont esclaves. « La liberté est en effet le pouvoir de décider de sa propre action, l'esclavage, la privation de ce pouvoir de décision », écrit Diogène Laërce (*Vies des philosophes* 7.121-122). Un autre Diogène, dit le Cynique, raconte cette histoire : après avoir été capturé par les pirates et mis en vente, il répondit au commissaire-priseur de la foire aux esclaves qui lui demandait ce qu'il savait faire : « Diriger les hommes. Adjudge-moi à quelqu'un qui veut s'acheter un maître. » Se présente un riche Corinthien, dominé par ses passions et ses émotions. « Vends-moi à lui, dit Diogène, il a besoin d'un maître³⁵. » Donc même un esclave peut se sentir libre s'il domine ses passions, tandis qu'un maître soumis à

* p. 29.

35. Garnsey, *op. cit.*, p. 184.

ses passions est (moralement) un esclave. Ce qui revenait à mettre en cause le système de valeurs alors dominant qui voulait que le fait de travailler pour un autre était considéré en soi comme servile. En même temps se mettait en place l'idée d'une parenté commune de tous les hommes en tant qu'être rationnels et citoyens du monde*. Sénèque écrit dans une de ses lettres : « Veux-tu bien te dire que cet être que tu appelles ton esclave est né de la même semence que toi ; qu'il jouit du même ciel, qu'il respire le même air, qu'il vit et meurt comme toi » (*Lettres*, 47-10). Cicéron évoque « un sentiment naturel commun à tous les hommes, qui les recommande les uns aux autres et qui fait qu'un homme, par cela seul qu'il est homme, ne peut absolument pas être un étranger aux yeux d'un autre homme » (*De finibus*, 3, 62-63).

Tout se passe comme si ces grands penseurs s'étaient placés derrière un « voile d'ignorance » à la Rawls³⁶, et ne sachant rien de leur condition particulière devait décider du meilleur contrat social possible. Puisque n'importe qui avait un risque, dans sa vie, de se trouver attaqué, fait prisonnier et exposé dans un marché aux esclaves, mieux valait enseigner qu'un homme, par cela qu'il est un homme, ne peut absolument pas être un étranger aux yeux d'un autre homme.

Cependant, comme l'observe Garnsey, « tout cet édifice théorique impressionnant ne fut pas mis au service d'une cause plus importante que celle de dissuader les maîtres cruels de maltraiter leurs esclaves ». Et de conclure : « Le fait que le potentiel critique du stoïcisme ne s'est pas réalisé montre à quel point l'esclavage en tant qu'institution était implanté dans la société gréco-romaine³⁷. » Mais peut-être l'historien anglais a-t-il manqué un apport important du stoïcisme dans la théorie de l'esclavage, que Sénèque a bien mis en évidence lorsqu'il écrivit : « C'est une erreur de croire

que la condition servile pénètre tout entier l'être humain. La partie la meilleure reste en dehors : si le corps est à la merci du maître et est inscrit à son lot, l'âme, elle, est autonome » (*De beneficiis*, 3.20.1). Nous connaissons ce langage, c'est celui de la théorie économique de la propriété. Jamais le maître esclavagiste ne sera propriétaire d'un être humain tout entier. Et même la partie la meilleure pourrait lui échapper. D'une certaine façon le stoïcisme en vient à justifier l'esclavage dans la mesure où cet esclavage ne peut être jamais total. Il n'est pas étonnant dans ces conditions qu'il n'ait pas cherché à l'abolir, mais seulement à le faire fonctionner le moins mal possible, en enseignant aux maîtres à se comporter rationnellement dans leurs propres intérêts. À tous les âges, à toutes les époques de l'Histoire, de bonnes âmes se sont vouées à enseigner aux patrons de bons sentiments. Peut-être Garnsey est-il un peu trop sévère à l'encontre du stoïcisme. Inspirés par cette doctrine, les jurisconsultes romains en viendront à considérer que l'esclavage n'était pas conforme au droit naturel.

Le christianisme pouvait-il ajouter quelque chose à la morale stoïcienne ? Jugeons l'arbre à ses fruits. Après Constantin, on observe très peu de signes de changement dans la condition esclavagiste. L'hostilité des dirigeants séculiers et ecclésiastiques envers les mariages mixtes entre hommes libres et esclaves et envers l'ordination des esclaves est symptomatique. D'autre part, on ne doit pas s'étonner qu'un pape comme Gélase (492-496) ait pu réaffirmer « les droits des maîtres et propriétaires » à l'encontre des esclaves « fugitifs » qui s'étaient découvert une vocation religieuse³⁸.

C'est que l'Église a dû assimiler, digérer non seulement l'héritage stoïcien, mais aussi celui de la Bible, c'est-à-dire une conception de l'esclavage par nature fort semblable à celle qu'avait développée Aristote. Comme si le dépassement d'Aristote par les stoïciens avait été oblitéré, pour ne pas dire

*p. 31.

36. J. Rawls, *Une théorie de la justice*, op. cit.

37. Garnsey, op. cit., p. 205.

38. *Id.*, p. 143.

annulé. Des générations de prédicateurs et de théologiens ont dû se colleter avec ce double héritage où ils pouvaient trouver toute justification à l'esclavage.

Pour expliquer que l'autorité et la subordination font partie des choses non seulement inévitables, mais encore utiles, le Stagyrite avait émis l'idée que « certains êtres, immédiatement dès leur naissance, se trouvent destinés les uns à obéir, les autres à commander » (*Politiques*, 1254 a 22-33). La Bible va beaucoup plus loin : la servilité de l'homme se joue dès la conception dans le ventre de la mère. En témoigne l'histoire de Jacob et Ésaü, qui dépasse de beaucoup l'affaire bien connue du plat de lentilles échangé contre un droit d'aînesse. À travers les deux frères jumeaux, comme il est dit explicitement, ce sont deux peuples dont le destin est fixé par un Dieu prédisant : « Un peuple l'emportera sur l'autre » (Genèse, 25, 23). Aristote avait échoué, on l'a vu, à justifier par la nature l'esclavage d'êtres pris individuellement. Cette fois, une nation entière est condamnée à la servilité tandis que l'autre est vouée à la domination – et cela par la voix de Dieu lui-même. C'est dire qu'il n'y a pas besoin d'autre justification.

La mère des jumeaux, Rébecca, était-elle d'extraction douteuse ? C'est tout le contraire. La Genèse nous raconte avec un grand luxe de détails comment Abraham, sentant venir sa fin prochaine, choisit une femme pour son fils Isaac. Pour éviter de la prendre parmi les filles des Chananéens au milieu desquels il vit (qui sont eux-mêmes des descendants de Cham, qui avait ri de la nudité de son père Noé, comme nous le rappellerons un peu plus loin), il envoie un serviteur la chercher dans son pays, dans sa parenté (Genèse, 24, 3-4). Et un chapitre entier est consacré à raconter cette mission. Ensuite, pour bien montrer que Dieu est présent dans toute l'affaire, Rébecca après avoir épousé Isaac se révèle stérile, et son mari doit implorer le Seigneur. Il est exaucé. Et la voici enceinte de jumeaux. « Comme les enfants se heurtaient en son sein, elle dit : « S'il en est ainsi, que m'arrive-t-il ? » Elle alla consulter le Seigneur, qui lui répondit : « Deux nations sont dans ton sein ; deux

peuples se sépareront au sortir de tes entrailles. Un peuple l'emportera sur l'autre, l'aîné servira le cadet. »

À l'accouchement, la prédestination est déjà en marche : « Le premier sortit tout roux et tout velu comme un manteau de poils, et on l'appela Ésaü [qui signifie velu]. Ensuite sortit son frère, tenant dans sa main le talon d'Ésaü, et on le nomma Jacob » (Genèse, 25, 25).

Tel qu'il est décrit, le Velu roux (une couleur de cheveux qui fait elle-même signe) est certes un homme, puisque conçu dans le ventre d'une femme, mais tout de même assez proche de l'animal. On sous-entend qu'il est dominé par les passions. La couleur de sa chevelure en est un signe caractéristique, que l'on retrouvera dans l'iconographie occidentale (cf. par exemple le petit personnage roux peint par Michel-Ange à la chapelle Sixtine à côté de la sibylle de Delphes). Et quelle manifestation plus évidente de la différence entre des individus à la naissance que la couleur du poil, surtout en cas de gemellité. C'est pourquoi Édom (proche de l'hébreu *admoni*, qui signifie « roux ») est le second nom d'Ésaü dans la Genèse (25, 30). Les bébés n'auraient-ils pas dû être tous deux rouquins ?

Puis vient l'épisode du plat de lentilles, qui est bien connu. Ésaü est tellement dominé par ses passions, qui, ici, sont pourtant légitimes, (au retour du travail aux champs, il est fatigué et affamé) qu'il est prêt à échanger son droit d'aînesse contre le célèbre brouet. Ensuite ce transfert de droit sera confirmé par Isaac, devenu aveugle et à l'article de la mort, grâce à tout un stratagème monté par la rusée Rébecca (Jacob est revêtu d'une peau de mouton pour se faire passer pour le Velu).

L'apôtre Paul, qui ne craint pas la difficulté, ne manque de s'affronter à ce texte. Dans le Nouveau Testament, il est le premier à le faire. Par l'Épître aux Romains, il rappelle l'épisode en des termes non équivoques, comme pour mettre le doigt là où ça fait mal : « Avant même que [les deux frères] fussent nés, avant qu'ils eussent fait ni bien ni mal (pour que

fût confirmée la liberté du choix divin, qui dépend, non des œuvres, mais de celui qui appelle); il fut dit à Rébecca : "L'aîné sera assujéti au cadet", selon qu'il est écrit : "J'ai aimé Jacob et j'ai haï Israël." »

On voit même que Paul en rajoute. Non content de citer la Genèse, il se réfère à la prophétie de Malachie. Il n'est pas inutile de rappeler le texte complet d'où est tiré le verset qu'il cite. « Ésaü n'était-il pas le frère de Jacob ? — oracle du Seigneur. Or, j'ai aimé Jacob et j'ai haï Ésaü ; j'ai transformé ses montagnes en solitude, j'ai livré son bien aux chacals du désert. Quand bien même les Édomites [les descendants d'Ésaü, alias Édom] diraient : "Nous avons été détruits, mais nous nous relèverons de nos ruines", voici ce que dit le Seigneur des armées : "Qu'ils bâtissent, je démolirai ; leur pays s'appellera pays-de-la-méchanceté, peuple-de-la-coïlere-incassante-du-Seigneur. Vous verrez cela de vos yeux et vous direz : "Le Seigneur est grand même en dehors du territoire d'Israël !" » (Mt., 1, 3-5)³⁹.

Paul, dans la suite de l'Épître aux Romains, instrumentalise l'histoire de l'asservissement d'Ésaü pour en faire une allégorie du remplacement des juifs par les chrétiens comme peuple élu de Dieu. Mais ce qui nous importe ici, ce n'est pas la querelle entre chrétiens et juifs, mais la remontée, à travers Paul lecteur de la Bible, de la théorie de l'esclavage par nature dans une forme si l'on peut dire aggravée.

Il est flagrant qu'un contemporain de Paul, Philon, juif hellénisé d'Alexandrie, va se servir du même texte pour conforter la théorie de l'esclavage par nature, alors même qu'il a par ailleurs une vision stoïcienne de l'esclavage. Ainsi évoque-t-il « la Loi des juifs, qui parle de deux frères, l'un sage et tempé- rant, l'autre incontinent, et raconte comment leur père, pris de

39. Les Édomites étant par ailleurs identifiés aux Égyptiens (un peu plus loin, dans l'Épître aux Romains, Paul fait clairement allusion au pharaon que Dieu lui-même aurait suscité, pour manifester en lui sa puissance » (Rm 9, 17). On frémit de l'utilisation que pourraient faire aujourd'hui de ce texte des lecteurs zélés de la Bible.

pitii, souhaita que celui qui n'avait pas atteint la vertu devienne l'esclave de son frère, dans la pensée que l'esclavage, que les hommes considèrent comme le pire de maux, constitue un bien suprême de l'insensé ; d'un côté la perte d'indépendance lui interdit de mal faire sans craindre le châtimeut, et de l'autre son caractère se trouve amélioré sous le contrôle de l'autorité placée au-dessus de lui⁴⁰ ». On n'est plus très loin d'Aristote qui considérait, on l'a vu, l'esclavage comme bon pour l'esclave aussi bien que pour le maître.

Que cette prédestination commence dès la conception est bien soulignée par Philon : « À nouveau, [Dieu] dit de Jacob et d'Ésaü, qui sont encore dans le ventre, que le premier commande, dirige et qu'il est maître, tandis qu'Ésaü est subordonné et esclave ; car Dieu qui façonne les êtres vivants connaît bien ses créations; même avant qu'il ne les ait ciselés jusqu'au bout, il sait les facultés dont ils useront par après, et, en un mot, leurs faits et leurs expériences. Ainsi lorsque, l'âme patiente, Rébecca alla s'enquérir au près de Dieu, Il lui répondit : "Deux nations sont dans ton ventre, et deux peuples sortiront de ton sein pour se déchirer, et un peuple dominera un peuple, et le plus grand asservira le plus petit." Car, selon le jugement de Dieu, est par nature esclave celui qui est méchant et irrationnel, et hégémonique et libre, en revanche, celui qui est civil, raisonnable et meilleur, et cela non pas lorsque chacun est déjà, dans l'âme, arrivé à son achèvement, mais même s'il est encore incertain⁴¹. » Plus loin il précise dans la même veine : « Dieu a créé certaines natures répréhensibles en elles-mêmes et coupables dans l'âme, et d'autres vertueuses en toutes choses et dignes d'éloge, et c'est la même chose avec les plantes et les animaux. »

Comme Paul, et plus explicitement, Philon associe Ésaü à l'Égypte présentée comme le symbole du corps par opposition à l'âme, les passions par opposition à la raison, et comme le foyer du mal. Il s'agit bien d'un esclavage moral à la

40. Philon, THV, 57, cité par Garnsey, *op. cit.*, p. 222.

41. *Legum allegoria*, 3.75-104, cité par Garnsey, *op. cit.*, p. 223-224.

manière des stoïciens, mais décrété par Dieu, qui avait créé deux natures, l'une servile et l'autre bénie. De là à assimiler l'assujettissement des esclaves moraux à l'esclavage institutionnel, parce qu'ils ont besoin d'être contrôlés dans leur propre intérêt, il y a un pas que Philon franchit sans difficulté. Les insensés sont soumis, par la loi de la nature, au sage, comparés qu'ils sont à un troupeau de bétail [métaphore que nous connaissons bien] qui a besoin d'un gardien. » Mais, alors que les stoïciens faisaient intervenir l'idée que la propriété d'un homme par un autre ne pouvait être absolue (comme l'énonce la théorie économique de la propriété), Philon ne retient, dans ces textes-là, que la réification de l'homme insensé ou bestial, qui n'étant pas propriétaire de lui-même ne peut l'être que d'un autre homme.

L'Apôtre des gentils et le juif hellénisé ont presque la même position à l'égard de l'institution de l'esclavage. Il leur aurait paru aussi absurde de la remettre en cause qu'à un juif ou à un chrétien de nos jours de mettre en cause le salariat, parce que hier dans l'esclavage et aujourd'hui dans le salariat (nous y reviendrons au chapitre suivant) ils ne veulent ou ne peuvent pas voir la part d'aliénation.

Paul aggrave son cas, si l'on peut dire, en reprenant l'idée d'origine juive qu'à côté des mauvais esclaves, qui le sont par nature, il y a de bons esclaves, qui sont les esclaves de Dieu. Lui-même se définit comme « Paul, esclave de Jésus Christ ». C'est ainsi que significativement il commence son Épître aux Romains. Le modèle de ce bon esclavage, pour un chrétien, ne peut être autre que le Christ, supplicié sur la croix tel un esclave (d'où l'importance de faire mourir Jésus de cette manière plutôt que par lapidation, le supplice habituel des blasphémateurs, comme ce fut le cas d'Étienne et de Jacques, et comme cela faillit être le cas du Christ lui-même s'il ne s'était échappé⁴²). L'esclavage est de cette façon plu-

42. « À ces mots, les juifs ramassèrent des pierres pour les lui jeter ; mais Jésus s'esquiva et sortit du Temple » (Jn, 8, 59).

tôt magnifié. Parler de « salarié de Dieu » n'aurait pas eu le même effet.

Cet ancrage de l'esclavage dans la société chrétienne peut encore être analysé à travers les écrits de deux grands personnages du IV^e siècle, Ambroise et Augustin.

L'évêque de Milan est certes imprégné de stoïcisme lorsqu'il écrit dans l'une de ses lettres à propos de Joseph vendu par ses frères à des marchands d'esclaves : « Une vente ne fit pas de lui un esclave, bien qu'il ait été vendu à des marchands [...] Il existe bien des marchands de lions, et pourtant ils ne les commandent pas, mais lorsqu'ils les voient remuer avec colère leur crinière, ils fuient et cherchent un refuge [...] Un contrat [de vente] ne change pas le statut d'un individu et n'enlève pas la liberté qui va de pair avec la sagesse⁴³. » Mais l'histoire d'Ésaü le fait dévier de cette ligne : « Parce qu'il [Ésaü] ne pouvait pas s'élever jusqu'à la vertu par ses propres moyens, et était incapable de faire un quelconque progrès de sa propre initiative, il [Isaac] lui accorda la faveur de servir son frère, d'être un esclave, montrant ainsi que la folie est pire que l'esclavage, qui serait un remède pour lui, parce qu'un insensé ne peut pas se diriger lui-même, et s'il n'a personne pour le contrôler, il sera détruit par ses désirs⁴⁴. » Comme le remarque justement Garnsey, pour un stoïcien, « un insensé est quelqu'un qui a perdu le contrôle dans un domaine qu'il lui appartenait de maîtriser ». Chez Ambroise, « l'insensé est quelqu'un qui a des déficiences mentales et morales permanentes, qui a besoin d'être asservi et à qui cela serait bénéfique ». Ailleurs : « Isaac avait raison de refuser à Ésaü la liberté de faire ses propres choix : autrement il pourrait dériver comme un navire pris dans les houles sans timonier⁴⁵. » La réification est accomplie. Le Velu, le Roux n'est

43. Ambroise, *Lettres*, 7.9-13, cité par Garnsey, *op. cit.*, p. 262.

44. *Id.*, *Lettres*, 7.6-8.

45. Ambroise, *De Iacob et vita beata*, 2. 3. 11, cité par Garnsey, *op. cit.*, p. 265.

même plus un animal, c'est une chose, et à l'échelle d'un océan pris par la tempête, un fétu de paille. La folie d'Ésaü, comme celle de Cham (d'où sont issus les Chananéens) se moquant de la nudité de son père, était congénitale. Elle méritait et nécessitait l'esclavage, conçu à la fois comme un remède et un bénéfice. « Car les esclaves sont emplis de péché, comme dans le cas de Cham, le fils de Noé, qui fut le premier à recevoir, avec raison, le nom d'esclave » (*Commentaria in Epistulam ad Philippenses*, 2.255 a). À noter toutefois que le cas de Cham est moins emblématique. Il a commis un double péché, voir la nudité de son père et s'en moquer, alors qu'Ésaü est condamné avant même de naître.

Puis Ambroise suit Paul sur la voie périlleuse de l'analogie : « Le don des moutons que fait Jacob annonce [la vie et] la mort du Christ, et l'échange de vêtement entre l'aîné et le puîné symbolise le remplacement de la synagogue par l'Église. »

Augustin nous intéresse davantage en ce que lorsqu'il aborde la question de l'esclavage, il raisonne en droit, et notamment en droit de propriété, plus imprégné qu'il est de culture romaine que de culture grecque.

En effet, il pose d'abord la question : « Ce que chacun possède, de quel droit le possède-t-il ? » En d'autres termes, il se demande quelles sont les conditions de possibilité d'un droit de propriété sans lequel l'esclavage ne peut être institué.

De droit divin, l'homme ne possède rien, puisque « la terre et tout ce qu'elle renferme est au Seigneur ». Si l'homme possède quelque chose, ce ne peut être que de droit humain. C'est donc de droit humain que l'on dit que « ce domaine est à moi, cette maison m'appartient, cet esclave est ma propriété⁴⁶ ». Mais d'où vient le droit humain ? La réponse « du droit des empereurs » est très positiviste : « Parce que Dieu s'est servi des empereurs et des princes du siècle pour faire entre les

hommes le partage de leurs droits. » Dans le raisonnement *a contrario* qui veut que l'on fasse disparaître le droit des empereurs « qui osera dire : "Ce domaine est à moi", ou bien "Cette maison et cet esclave m'appartiennent ?" ».

À partir de là, Augustin va reprendre le cas d'Ésaü à travers le commentaire de Paul dans l'Épître aux Romains, et reposer la question : le destin du Rouquin est-il juste ou injuste ? Réplique : Ésaü en tant que descendant d'Adam est un pécheur et il mérite donc son destin. Admettons. Mais *quid* de Jacob ? Réponse : « Bien que les deux enfants aient eu un même père, une même mère, une même conception, Dieu aime l'un et hait l'autre avant qu'ils n'aient pu rien faire de bien ou de mal afin que Jacob comprenne que c'est par pure grâce qu'il a été tiré de la masse d'iniquité originelle où son frère, dont l'état était auparavant le sien, a mérité d'être condamné par la justice » (*Lettres*, 194.34, 38). La réponse est donc qu'il n'y a pas d'explication humaine, c'est un « mystère », *mysterium*, « un saint mystère », *sacramentum*. Comme Paul, Augustin se sert de ce mystère pour faire de ce remplacement de l'aîné par le puîné une allégorie du remplacement des juifs par les chrétiens. Aujourd'hui encore les juifs devraient se méfier quand un pape, Jean-Paul II en l'occurrence, leur dit qu'ils sont les frères aînés des chrétiens...

Encore une fois, ce qui nous intéresse ici le plus chez Augustin, c'est qu'il raisonne en termes de droit de propriété : « Voilà ce que demande l'ordre naturel et voilà aussi la condition où Dieu a créé l'homme : "Qu'il domine, dit-il, sur les poissons de la mer, sur les oiseaux du ciel et sur tous les animaux de la terre". Car il ne voulait pas qu'une créature rationnelle, façonnée à sa propre image, dominât autre chose que les créatures irrationnelles : non pas l'homme sur l'homme, mais l'homme sur les bêtes. » La domination (*dominium*) est l'autre nom de la propriété. Le résultat est clair : l'homme ne peut pas être la propriété de l'homme.

46. Augustin, *In Ioannis Evangelicum tractatus*, 6.25, cité par Garnsey, *op. cit.*, p. 277.

Mais l'instant d'après, Augustin nous dit que « c'est avec justice que le joug de la servitude a été imposé au pécheur. Aussi ne voyons-nous point que l'Écriture sainte parle d'esclave avant que la patrie Noé n'eût flétri le péché de son fils de ce titre honteux. » Petit détail que paraît étrangement ignorer Augustin. Détail il est vrai mystérieux, car ce n'est pas Cham qui a été flétri, mais le fils de Cham, Chanaan. « Maudit soit Chanaan, dit Noé en effet ; qu'il soit le dernier des esclaves de ses frères » (Genèse, 9, 25). « Or, continue Augustin, cela même fait voir dans l'esclavage une juste punition du péché. »

La théorie augustinienne de l'esclavage peut alors se résumer ainsi. Au moment de la Création, la seule propriété possible est la propriété de ce qui n'est pas humain. Après le péché originel, l'esclavage apparaît. La cause de l'esclavage n'est donc pas la nature, mais le péché. Comme le remarque justement Garnsey, l'explication couvre à la fois l'esclavage moral et l'esclavage physique. Et elle remonte jusqu'à l'origine du mal, la Faute d'Adam. Augustin cite l'Évangile selon saint Jean (8, 34) : « Notre Seigneur dit : "Quiconque pèche est esclave du péché." » Et Augustin d'ajouter : « Et certes il vaut mieux être l'esclave d'un homme que d'une passion ou d'un désir. » Car, en dépit de la Chute, l'homme ne pourra jamais être la propriété de l'homme, mais du péché, oui ! Évidemment, c'est encore beaucoup mieux d'être l'esclave du Seigneur.

L'humanité entière est alors composée de deux types d'esclaves, les mauvais esclaves que sont les juifs, les païens, les hérétiques et les chrétiens asservis au péché, et les bons esclaves, qui sont de fidèles serviteurs du Dieu chrétien. Parmi ce dernier groupe, esclave et fils deviennent substituables comme tout à l'heure chez Lactance.

Comme le remarque Garnsey, Augustin réalise la quadrature du cercle en décidant que l'esclavage faisait partie du dessein de Dieu pour l'humanité, et que c'était l'humanité et non pas Dieu qui était responsable de son introduction du fait

de la culpabilité d'Adam, à laquelle tous les hommes ont part⁴⁷ ». Et de conclure : « La définition du véritable esclave comme esclave moral/spirituel plutôt que comme esclave corporel est une dérobade face au dilemme posé par l'esclavage plutôt qu'une solution. Mais certains ne s'en contentèrent pas et allèrent jusqu'à soutenir que l'esclavage faisait partie de l'ordre naturel ou, dans la terminologie chrétienne, qu'il était un aspect du jugement divin et qu'il n'était par conséquent ni injuste ni illégitime. Cette idéologie était en harmonie complète avec les attitudes sociales des figures de proue intellectuelles, religieuses et politiques des sociétés antiques, qui étaient entièrement attachées à l'institution de l'esclavage, considérant que, lorsqu'elle était correctement réglementée, elle garantissait la sécurité aux esclaves, la vie bonne pour les citoyens et la stabilité de la société dans son ensemble. » Si dans ce paragraphe on remplace esclavage par salariat, on aura une description exacte des figures de proue de la société contemporaine, pour lesquelles le salariat va de soi, comme autrefois l'esclavage. Et c'est ce qui va nous occuper dans le prochain chapitre.

47. Garnsey, *op. cit.*, p. 319.

Du salariat à l'esclavage

La personne chosifiée

Le chapitre précédent nous a montré que la propriété d'un esclave est incomplète comme toute propriété, et qu'elle est même la plus incomplète de toutes les propriétés possibles puisque son objet est un être humain. Il y a donc des germes de salariat dans l'esclavage.

Nous allons maintenant suivre le cheminement inverse pour retrouver des traces d'esclavage dans le salariat. Notre guide sera la thèse de Thierry Revet¹, *La Force du travail*, qui fait autorité en la matière depuis sa publication en 1992. Nous verrons à travers elle que les plus grands auteurs ont été concernés et se sont livrés à d'intéressantes contorsions pour résoudre la quadrature du cercle : concilier l'existence même du salariat avec la liberté de l'homme en tant que tel.

Le problème classique de l'aliénation du travail trouve chez certains auteurs une solution dans la « force de travail », qu'ils distinguent de la personne.

1. Thierry Revet, *La Force du travail, Étude juridique*, préface de Frédéric Zenati, LITEC, 1992.

Ainsi Jean Rivéro écrit que « par le contrat de travail, le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne² ». De même, J. Savatier³. Ces deux auteurs n'en affirment pas moins que le contrat de travail « touche au droit des personnes, car il ne porte pas simplement sur une marchandise, une chose, mais comporte un engagement sur la personne du travailleur⁴ ». C'est reconnaître que la distinction force de travail/personne n'est guère opératoire.

Toutefois, Thierry Revet prétend que la contradiction n'est pas « nécessairement » totale : « En effet, explique-t-il, dès lors que, par force de travail, on entend travail, l'opposition – relative – entre la personne et la force de travail peut se comprendre : le contrat de travail a pour objet le travail – la force de travail en action, manifestation extérieure des aptitudes personnelles ; il n'a pas pour objet la personne, quand même le travail est une réalité d'origine personnelle dont l'existence implique fortement la personne. » Comprenne qui pourra ! La force de travail, c'est le travail, et le travail c'est la force de travail en action ! Le contrat de travail n'a pas pour objet la personne quand bien même la personne est concernée. Cela commence mal !

Cependant, Revet nous éclaire quand il nous dit : « Le contrat de travail n'est donc pas relatif à la force de travail "au repos" : la force de travail est une réalité exclusivement dynamique, comme le travail. Mais pourquoi utiliser la notion de force de travail de préférence à celle de travail ? Parce que la force de travail établit que le contrat de travail a pour objet le travail-action par opposition au travail-résultat. » Ainsi Rivéro et Savatier distinguent-ils le contrat d'entreprise du contrat de travail en expliquant que le premier « porte plutôt sur le

produit du travail que sur la fourniture de la force de travail⁵ ». Sommes-nous pour autant sortis de l'auberge ?

Pour d'autres auteurs, la force de travail ne peut être distinguée de la personne. Du coup « le respect dû au corps humain s'oppose à ce que la force de travail soit l'objet d'un contrat⁶ ». Même son de cloche chez G. Ripert : « Le travail, c'est l'homme même, dans son corps et dans son esprit [et] il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé⁷. » Un commentaire de G. Scelle éclaire cette doctrine : « Le contrat de travail est traditionnellement la mise de la capacité du travail d'un ouvrier au service d'un employeur *avec ou sans limitation de durée*, en échange d'un salaire. C'est pour le code une variété de louage » (nous soulignons). Or, une telle qualification serait imaginaire « car elle suppose, poursuit Scelle, que la faculté de travail est détachée du travailleur qui en serait le bailleur, et mise, en soi, isolée, à la disposition de l'employeur, lequel en tant que preneur ou locataire, aurait droit d'en jouir contre le loyer. Il suffit d'énoncer ces données pour en saisir toute l'irréalité. On loue une chose ou un animal, on pourrait louer un travailleur si la notion de dignité humaine et la suppression de l'esclavage ne s'y opposaient ; mais on ne peut louer une faculté humaine séparément de la personne qui lui sert de soutien physique. C'est pourquoi les commentateurs affirment qu'il y a là contrat *sui generis*, et lui donnent un nom spécial : "contrat de travail"⁸ ». Mais n'est-ce pas expliquer les choses « à la façon du médecin de Molière ? » (c'est-à-dire en inventant un mot *ad hoc*), se demande Scelle à juste titre.

Non seulement la force de travail est hors commerce, mais encore est-elle pour de nombreux auteurs, hors patrimoine.

5. Rivéro et Savatier, *op. cit.*, p. 79.

6. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 1991, n° 696, p. 478 ; Revet, *op. cit.*, p. 10.

7. G. Ripert, « Les Forces créatrices du droit », LGDJ 1955, n° 109, p. 275.

8. G. Scelle, *Le Droit ouvrier, Tableau de la législation française actuelle*, Colin, 1922, p. 110-111 ; Revet, *op. cit.*, p. 11.

2. J. Rivéro, « Les Libertés publiques dans l'entreprise », *Droit social*, 1982, p. 243. Cité par Thierry Revet, *op. cit.*, p. 9.

3. J. Savatier, « La Liberté dans le travail », *Droit social* 1990, p. 51 ; Revet, *op. cit.*, p. 9.

4. Rivéro et Savatier, *Droit du travail*, 12^e éd., 1991, Thémis, PUF, p. 78.

On pourrait citer ici H. Capitant, G. Cornu, J. Carbonnier, A. Decocq, A. Supiot⁹. Pour ces auteurs éminents, si la force de travail est hors du patrimoine, elle est par le fait même hors du commerce, car inhérente à la personnalité, elle ne peut en être détachée.

Ce caractère personnel du travail n'empêche pas, pour d'autres auteurs, sa commercialisation. R. Savatier écrit que « dans l'expression louage de services [...], il reste quelque chose de l'"aliénation" de la personne du prestataire de services qui, sans doute, a cessé d'être esclave, mais qui continue à se louer lui-même dans ses services¹⁰ ». De même G. Poulain : « Maître de la force de travail qu'il loue, et celle-ci étant inhérente et indissociable de l'individu, l'employeur par voie de conséquence dispose pour une large part de la personne même du salarié¹¹. » Ou encore J.J. Dupeyroux : « Par le contrat de travail est-ce son travail ou sa personne que le travailleur met à la disposition de son partenaire ? C'est, sous certaines réserves, sa personne : il ne sert à rien de nier la réalité au prétexte qu'elle est choquante¹². » Ripert, encore : « C'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat en même temps qu'elle en est le sujet¹³. » Question : comment peut-on être à la fois objet et sujet ? Carbonnier, quant à lui, analyse le contrat de travail en « une aliénation de

9. H. Capitant (*Droit* 1922, I, 5), G. Cornu (*Droit civil, Introduction, Les Personnes, Les Biens*, 4^e éd. Montchrestien, 1990, n° 877, p. 285-286), J. Carbonnier (*Droit civil, III, Les biens*, 13^e éd. 1990, p. 21), A. Decocq (*Essai d'une théorie générale des droits de la personne*, LGDJ 1960, n° 171, p. 357), A. Supiot (*Le juge et le droit du travail*, thèse, Bordeaux, 1979, p. 73).

10. R. Savatier, « La Vente de services », *Droit*, 1971, chap. XXXII, n° 6, p. 225.

11. G. Poulain, « Les Conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur », in *Droit social*, 1981, n° 3, p. 754.

12. J.-J. Dupeyroux, « Quelques questions », in *Liberté, égalité, fraternité et droit du travail*, *Droit social*, 1990.

13. Ripert, « Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol », LGDJ 1947, n° 2948.

l'énergie musculaire » et le classe dans la catégorie des conventions relatives à la personne physique, admises par exception. Si l'on considère le cerveau comme un muscle, l'exception porte loin !

Ici la distinction entre la force de travail et la personne est reconnue comme nulle. Certes, on trouve une position de retranchement dans le fait de dire qu'il ne s'agit que de la personne physique. Ainsi pour Supiot, déjà cité, seule la personne physique est l'objet de la prestation. Mais qui ne voit la fragilité de ce repli tactique ?

D'autres auteurs, P. Catala et Yves Saint-Jours¹⁴ tirent de la commercialité de la force de travail sa possible insertion dans le patrimoine de la personne concernée. Non sans logique. Si la force de travail est susceptible d'être un objet d'échange, c'est qu'elle a une valeur, et peut par conséquent s'inscrire dans un patrimoine. Nous retrouverons plus loin ce problème.

Certains ont bien noté le travail d'occultation qui est en œuvre dans cette affaire. Dupeyroux déjà cité, mais aussi A. J. Jeammaud : « Les juristes s'indignent avec vertueuse vigueur si l'on avance que [le contrat de travail] est en réalité achat de force de travail : cette conception du travail humain restait intolérable [...] il faut que n'apparaisse point la nature profonde du salaire¹⁵. » Encore que cette mise en évidence n'aille pas sans problème, car ce qui est acheté par l'employeur dans un contrat de travail, ce n'est pas la livraison du produit du travail, mais la mise à disposition de la force de travail¹⁶. D'où

14. P. Catala (*La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, Yves Saint-Jours (J.C.P. 1989, G, II, 21360, II, B - Revet *op. cit.* p. 16).

15. A. J. Jeammaud, « Les Fonctions du droit du travail », in *Le Droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, 1980, p. 173.

16. Cf. O. Garnier, « La Théorie néo-classique face au contrat de travail : de la "main invisible" à la "poignée de main invisible" », in *Le Travail, Marché, Règles, Conventions*, ouvrage collectif, Economica, 1986, p. 315 ; Revet, *op. cit.*, p. 21.

des considérations sur l'incomplétude du contrat de travail, qui ne sont pas faites pour étonner l'économiste et que nous retrouverons plus loin.

Toutefois Thierry Revet, dans sa thèse, croit avoir trouvé la solution en faisant de la force de travail une *catégorie juridique à part entière*. Cette solution nous importe au plus haut point, et c'est pourquoi nous allons soigneusement l'analyser.

Le Code civil apprend à distinguer deux sortes de contrats de louage : celui des choses et celui d'ouvrage (Art 1708). Ce qui lui permet de rattacher le louage de services à la deuxième catégorie. Pas n'importe quels services, mais seulement les travaux manuels, les travaux intellectuels étant sortis du champ. Du même coup, les travaux manuels relèveraient de l'échange marchand, les travaux intellectuels (*operae liberales*) étant rétribués par des « honneurs », *honores*, qui ne sont pas encore devenus des honoraires ; et même lorsque des honoraires seront dûment payés, on pourra prétendre qu'il ne s'agit pas d'un salaire au sens strict du terme.

La cohérence de l'ensemble peut être trouvée dans le fait que les travaux manuels n'engageraient pas la personne au contraire des travaux intellectuels. D'autant que l'on considérerait au XIX^e siècle qu'il existait des activités purement manuelles et des activités purement intellectuelles. Un grand auteur de cette époque, Troplong, observe que « l'homme qui exécute, qui travaille matériellement, est considéré comme inférieur à celui qui ne travaille que mentalement. Il en a toujours été ainsi. Dès la plus haute antiquité, il y avait des esclaves chargés de l'exécution des travaux. L'homme esclave était assimilé à la chose, à la machine ; comme elle, on pouvait le louer. Il est resté des traces de ces façons de voir dans le Code civil, qui traite successivement, et sur le même plan, des louages de choses, d'animaux et de travail humain¹⁷. »

17. M. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code. De l'échange et du louage*. Commentaire des Titres VII et VIII du Livre III du Code civil, 1840, n°841, p. 74, Revet, *op. cit.* p. 77.

Paradoxe intéressant : le travailleur manuel, qui, prétend-on, n'engage pas sa personne, devrait être félicité de ne point marchandiser sa personnalité, au contraire du travailleur intellectuel qui, lui, irait jusqu'à vendre son âme s'il acceptait d'être payé (mais justement, il n'est pas payé : il est seulement « honoré » – la forme est sauve, même si l'honneur en question se traduit en espèces sonnantes et trébuchantes).

D'autres textes, toutefois, rattachent le louage de services au louage de choses dans le fil de la *locatio operarum* du droit romain. Cette location était elle-même une fille de la *locatio servis*, qui n'était autre qu'un contrat de louage d'un esclave aux fins de la mise à disposition de son activité. « Lorsqu'il s'est agi de réglementer la négociation du travail de l'homme libre, indique Revet, le mécanisme fut adapté : il n'était pas question de nier la qualité de sujet de droit du débiteur. La location n'en fut pas moins maintenue, parce qu'elle est l'instrument réalisant la mise à disposition des *opera*. » Certes, la personne de l'esclave était placée à la disposition du preneur. Mais dans le fait, comme le preneur n'a droit qu'à la jouissance, ce qu'en définitive il se procure dans l'esclave, ce sont ses « services » -*operae*¹⁸. De même le Code civil parle du « louage des gens de travail » (art 1779). La filiation de l'esclavage au salariat est ici patente.

Ces différents textes vont nourrir la critique du Code civil : le « petit livre rouge » des citoyens français aurait été rédigé par et pour les propriétaires, dans l'ignorance, voire le mépris du travail et des travailleurs. Un Pothier ne va-t-il pas jusqu'à traiter d'« ignobles » les services objets de louage, car appréciables à prix d'argent¹⁹. Mais comment les codificateurs auraient-ils pu faire autrement, prisonniers qu'ils étaient des catégories du droit romain pour lesquelles le droit et la liberté de l'homme en tant que tel ne pouvaient exister.

18. Revet, *op. cit.*, p. 37.

19. Pothier, *Du louage*, § 66 ; Œuvres, T. IV, n° 9 et 10, Revet, *op. cit.*, p. 40.

On a donc inventé le « contrat de travail » pour suppléer aux lacunes du Code civil, mais c'était tomber de Charybde en Scylla. « Système fondé sur les libertés formelles, le Code civil organise les rapports de travail à partir d'un principe d'égalité ne résistant pas à l'analyse concrète de la situation des locateurs de services », écrit Revet d'une plume trempée dans une encre quelque peu bien pensante²⁰.

Certes le contrat de travail marque une rupture par rapport au Code civil, se construisant sur le « rejet de l'assimilation de l'activité humaine à une marchandise ». Mais en même temps, la rupture est loin d'être totale, puisque la subordination persiste dans le contrat de travail.

Examinons donc dans le détail ce nouvel ovni.

Le contrat de travail a pour objet la force de travail, nous dit-on. Soit ! Mais pour qu'un tel contrat puisse être concevable, il a fallu d'abord faire de la force de travail un objet à la fois commercial et patrimonial sans pour autant remettre en cause l'inaliénabilité de la personne humaine. On revient au problème précédent.

Voyons tout de même comment un tel tour de force a pu être accompli. On va d'abord comparer la force de travail aux organes et aux produits de la personne qui, eux, doivent, en principe, rester tout à la fois extra-commerciaux et extra-patrimoniaux.

Ces organes (reins, cœurs, yeux, etc.) et ces produits (sang, sperme, lait maternel, etc.) ne peuvent être commercialisés (et par conséquent entrer dans un patrimoine) qu'à des conditions très rigoureuses : intérêt légitime, généralement thérapeutique, consentement exprès et éclairé de la personne, gratuité, voire absence de dommage grave pour la personne. Si la force de travail est incluse dans ce régime, avec ces mêmes conditions très rigoureuses, alors il faudrait considérer que l'atteinte portée à l'intégrité du sujet par le contrat de travail est justifiée par la nécessité pour la personne de pourvoir, par l'engagement de

20. Revet, *op. cit.*, p. 40.

sa force de travail, à ses besoins essentiels et vitaux. La validité « au moins à titre exceptionnel [du] droit de la personne à disposer de son propre corps » ne s'impose-t-elle pas lorsqu'« il s'agit, précisément, de rétablir son intégrité physique, de sauvegarder sa santé et de lui permettre de remplir pleinement son rôle dans la société ? » se demande, par exemple, R. Saint-Alary²¹. Voilà-t-il pas une étonnante manière de poser le problème : le droit au travail serait-il réservé à ceux qui en ont vraiment besoin ?

Mais *quid* de la gratuité qui s'impose dans les transactions sur les organes et les produits du corps humain ? Comment justifier la non-gratuité de la force de travail si elle leur est assimilée ? Réponse : « Le salaire aurait pour seul objet de permettre à la personne de re-constituer ses forces. » Résultat encore étonnant ! On aurait une justification juridique de la loi d'airain : le salaire ne pourrait décoller du niveau de subsistance sans mettre en cause la dignité de la personne humaine ! On se retient de sourire.

En vérité ce raisonnement est absurde, comme le reconnaît Revet : « Pour les organes et les produits humains, la commercialité constitue une solution profondément dérogatoire, appelant un contrôle strict et ne pouvant inverser la règle de la gratuité. Rien de tel ne se produit pour la force de travail. Elle est donc soustraite, par principe, au régime des éléments de la personne²². »

Mais comment justifier une telle soustraction ? Comment concilier l'extra-commercialité de la personne et la commercialité de la force de travail ?

On peut prendre la question sous l'angle de la liberté et reposer la vieille question qui a taraudé les juristes romains : si je suis libre, suis-je libre d'aliéner ma liberté ?

Comme on le sait, la liberté du travail est un principe fondamental promu au rang de norme constitutionnelle en vertu

21. « Les Droits de l'homme sur son propre corps », in *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, t. VI, Fasc. 1, 1958, p. 69.

22. Revet, *op. cit.*, p. 64.

du Préambule de la Constitution de 1958. Cette liberté fonde la négociabilité de la force de travail de deux manières, indique justement Revet : non seulement elle érige cette négociabilité en une liberté se rattachant directement à la liberté de contracter, mais encore et surtout, elle « autorise les indispensables restrictions aux libertés du sujet que toute négociation sur la force de travail suppose²³ ». La répugnance du droit romain à l'encontre des limites à la liberté même consenties par le citoyen est bien oblitérée. Ainsi, par exemple, sont présumées licites par la Cour de cassation les clauses de non-concurrence qui empêchent un salarié de travailler pour un concurrent de son employeur.

Par contre, la liberté du travail est invoquée pour justifier l'annulation des louages de services perpétuels et la faculté unilatérale conférée au salarié de résilier un contrat de travail à durée indéterminée. L'article 1780 du Code civil réaliserait ainsi le tour de force de prohiber l'esclavage tout en autorisant la négociabilité de la force de travail.

Pourtant on nous dit par ailleurs que la liberté du travail est une « liberté au sens ordinaire et classable, intangible, irréductible, non négociable ». La liberté du travail est donc « ambivalente », exprimant « la division de la personne entre sujet et objet, la possible existence de la force de travail comme objet de contrat, intellectuellement dissocié du sujet de droit », explique Revet, qui conclut : « La liberté du travail rend bien licite l'objectivation de la force de travail²⁴. » La contorsion du juriste prend ici des allures d'équilibriste !

La suite relève de l'agilité du prestidigitateur. On nous fait remarquer, en effet, que cette objectivation de la force de travail s'opère par la « subordination juridique » – c'est-à-dire par la « renonciation, au moins partielle, au libre arbitre qui est spécifique à la liberté » pour reprendre l'expression du tribunal civil de la Seine dans un jugement rendu le 25 février

23. *Ibid.*, p. 83.

24. *Ibid.*, p. 86.

1959. Ou encore ceci, qui est plus explicite : « Ce qui caractérise l'autorité dont doit être investi tout patron, ce n'est pas la possibilité de donner des ordres, mais le droit de le faire, et de substituer sa volonté à celle du travailleur, quand il le juge bon, quel que puisse être le résultat de son intervention, dont il subira d'ailleurs les conséquences²⁵. » Ce texte nous intéresse d'autant plus qu'il rejoint les termes mêmes de la théorie économique de la propriété (chapitre 5) : le patron devient le *residual claimant*, c'est-à-dire le propriétaire, au sens économique du mot, de la force de travail.

Cette impression est confirmée par les formulations d'auteurs déjà cités tels que Decoq : « Le contrat de travail est pour l'employé la source d'une atteinte irréparable à sa liberté²⁶. » ; Supiot : « L'objet de l'engagement du salarié, c'est de renoncer à sa volonté autonome, de la soumettre à celle de l'autre partie²⁷ » ; Rivéro : « Le contrat de travail, par nature, suppose de la part du salarié renonciation partielle à sa liberté : il ne dispose plus de sa force de travail, il la met à la disposition d'une volonté étrangère à la sienne, celle de l'employeur, qui lui assigne son activité et la soumet à son autorité²⁸. »

On assisterait donc à une « désobjectivation » partielle du travailleur puisque « sa force de travail devient une réalité objective ». Et cette désobjectivation serait « validée par la liberté du travail ». D'où ce paradoxe : « Pour que le travail soit négocié, la liberté doit être restreinte²⁹. » Toutefois, ces restrictions sont limitées : la subordination, impliquée par le contrat de travail, « affecte seulement les prérogatives dont la paralysie est nécessaire à l'objectivation de la force de travail ». Là encore, comment ne pas penser au découpage opéré par la théorie économique de la propriété. Traduisons notre auteur

25. *Ibid.*, p. 88.

26. Decoq, *op. cit.*, n° 127, p. 88.

27. Supiot, *op. cit.*, p. 115.

28. Rivéro, *op. cit.*, p. 422.

29. Revet, *op. cit.*, p. 88-89.

dans les termes de cette théorie. Un élément appropriable du sujet de droit est isolé, scotomisé qui est la force de travail. Ce découpage est indispensable (mais qu'en aurait pensé Kant ?) : « La force de travail n'est objet de convention que si tout, dans la personne, n'est pas force de travail : dans l'hypothèse inverse, il n'y a plus de personne, donc plus de force de travail³⁰. » Si on transposait cette formule à l'esclavage, on aurait : il n'y a plus d'esclave, donc plus de force de travail !

Il faut donc des limites à ces restrictions de liberté qu'impose le contrat de travail, mais celles qu'apporte le Code civil seraient plutôt symboliques à en croire Thierry Revet.

Ainsi est-on invité à relire Montlosier qui dans les « Observations sur le projet de Code civil », écrivait ces phrases remarquables où s'avoue crûment la filiation avec le droit romain de l'esclavage : « Les serviteurs [...] n'ont point de propriété, car ils sont une propriété eux-mêmes [...] ; simples instruments, leur temps, leur peine, leur industrie, tout appartient au maître. » Aux côtés des serviteurs, le même Montlosier faisait figurer aussi les femmes et les enfants mineurs, « la femme, parce qu'elle fait partie de l'homme, les enfants parce qu'ils en sont une émanation³¹ ». Logiquement, la Constituante de 1791 déclara inéligible « tout homme aux gages et aux ordres habituels d'un autre ». La figure du Français électeur de cette époque n'est pas très éloignée de celle du citoyen romain.

On se souvient que l'un des critères qui permettrait de distinguer le salarié de l'esclavage était la capacité laissée au premier et déniée au second d'ester en justice, éventuellement contre son patron. Dans le Code civil, ce distinguo serait difficile à appliquer puisque l'article 1781 dispose que « le maître est cru sur son affirmation sur la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, et pour les acomptes donnés pour l'année courante » – ce qui revient à dire que la parole des travailleurs n'a guère de valeur.

30. *Ibid.*, p. 89.

31. Revet, *op. cit.*, p. 91.

Troplong, déjà cité, justifiait cette inégalité par l'efficacité procédurale. « Dès lors, résume Xifaras³², que l'usage veut que les contrats de louage de services soient pour l'essentiel passés par conventions orales et souvent sans témoin, l'établissement des preuves des allégations des parties se heurte à des difficultés matérielles insurmontables [...] Dès lors que la preuve écrite est souvent incertaine et qu'il faut se contenter de la preuve orale, celle-ci doit s'appuyer sur le serment. » Mais pourquoi de deux paroles jurées celle du maître l'emporte-t-elle ? Réponse de Troplong : l'éducation, les habitudes, la position sociale – ou encore les éléments constitutifs de la seconde nature du maître – confèrent à sa maîtrise toute sa légitimité. « Il faut donc comprendre que tout le monde a la faculté d'agir en justice, mais que la parole jurée de ceux dont la position sociale est basse, et les mœurs conséquemment douteuses, ne vaut pas celle des propriétaires qui, par leur éducation, leur position sociale et leurs mœurs ont la capacité de gouverner leurs biens et les travaux qui s'y rapportent. Aussi cette capacité de gouverner ses biens n'est-elle pas seulement juridique mais encore morale. C'est pourquoi le fait d'être un maître permet de présumer la foi de la parole donnée : la personne juridique ne s'accomplit que dans l'*ethos* du propriétaire³³. »

Sur ce thème, on pourra lire aussi d'autres auteurs, à commencer par M. A. Hermitte : « Les idéologues de la Révolution firent de l'homme un propriétaire [...] Seul le sentiment de propriété paraissait donner à l'individu la lourdeur de l'homme responsable, la lucidité prophétique de celui qui se perpétue dans ses biens³⁴. » Ne serait-il pas plus simple de considérer qu'on applique à la parole du propriétaire la même logique qu'à la propriété elle-même, ce que nous avons appelé

32. Xifaras, *op. cit.*, p. 83.

33. *Ibid.*

34. Hermitte, « Le Rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, l'exemple des droits intellectuels », in *Archives de la philosophie du droit*, t. XXX, Sirey 1985, p. 333, Revet *op. cit.*, p. 389.

la présomption de propriété qui fait reposer la charge de la preuve sur la personne qui conteste le droit de propriété en question. C'est bien ce que nous dit E. Lévy³⁵ : le droit le plus absolu, le droit de propriété ne repose aussi que sur une croyance. Comment en effet prouve-t-on son droit de propriété ? On prouve simplement qu'on a acquis d'une personne qu'on croyait être propriétaire, et le titre ainsi évoqué se fortifie par la prescription, laquelle démontre que les autres croient aussi à l'existence du droit et le respectent. Mais il est impossible de prouver qu'on a acquis du véritable propriétaire, car il faudrait alors remonter dans la chaîne des transmissions à l'infini pour établir un droit parfaitement sûr. Le même phénomène est encore plus apparent dans la propriété mobilière, où la possession de bonne foi vaut titre (Code civil, article 2279).

Transposée à la relation entre le maître et le domestique, cette présomption accorde forcément plus de valeur à la parole du premier. Sous-jacente à la propriété du maître sur ses choses est la propriété non dite exercée *de facto* sur le domestique. La parole de l'esclave n'était pas plus crédible que celle d'un animal. Il n'y a pas deux paroles en concurrence. Une seule règne, celle du propriétaire. Ici encore affleure dans le Code civil la filiation avec l'esclavage antique. De fait, comme l'observe l'historien anglais Garnsey, déjà cité au chapitre précédent, les magistrats locaux et les gouverneurs provinciaux, qui étaient eux-mêmes des maîtres, « n'auraient pas été enclins à accepter la parole d'un esclave contre son maître, ou à faire quoi que ce soit susceptible d'ébranler l'autorité des maîtres en général³⁶ ».

Toutefois, l'assimilation implicite qui est faite entre la force de travail et une chose ordinaire va se heurter à une différence capitale entre louage de services et louage de choses.

35. E. Lévy, *La Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse, Paris, 1896.

36. Garnsey, *op. cit.*, p. 136.

En effet, en cas d'inexécution du loueur à fournir la chose, la location d'une chose est susceptible d'une exécution forcée physiquement, alors que la location de services ne peut se transformer qu'en dommages-intérêts. Cette analyse sera solennellement affirmée par l'article 427 du traité de Versailles de 1919 – la contrainte par corps ayant déjà été abolie – on reconnaît là les bonnes intentions, l'humanisme des vainqueurs de la Première Guerre mondiale.

Pour autant, comme le remarque Revet, le processus d'objectivation de la force de travail demeure. Ce qui est en débat, c'est son domaine d'extension (l'extension du domaine des luttes, comme dirait un auteur à la mode), étant bien entendu une fois pour toutes qu'il doit rester en deçà de la personne, sous peine de se détruire comme on l'a observé plus haut.

Autrement dit, que faut-il entendre par force de travail, si ce n'est la personne tout entière ? Est-ce seulement la force musculaire ? Faut-il y joindre l'intelligence avec laquelle elle est utilisée ? Faut-il y ajouter une partie de la volonté du travailleur, mais laquelle ? Dans la personne scotomisée que nous invite à imaginer le Code civil, quels sont les attributs que le patron s'approprient au sens de la théorie économique de la propriété ? D'après la jurisprudence, l'employeur est censé être dans l'obligation d'ignorer la vie privée du salarié et ne pas prendre en considération ses opinions philosophiques, politiques ou syndicales, ses croyances religieuses, son origine, son sexe, son apparence à une ethnie, à une nation ou à une race, sa situation de famille, son état de santé ou son handicap, ou encore ses mœurs³⁷. Il y a évidemment une très grande hypocrisie dans ces considérations, car aucun de ces « attributs » (au sens de la théorie économique de la propriété) du travailleur ne peut *a priori* être déclaré n'avoir jamais aucune influence sur sa force de travail. De même, l'employeur n'est pas en droit de rechercher ou faire rechercher

37. Revet, *op. cit.*, p. 98.

des informations sur l'état de grossesse d'une employée³⁸. Il serait évidemment odieux de reconnaître dans notre civilisation imprégnée d'humanisme que cet état serait *de jure* dans le domaine d'appropriation de l'employeur. Mais qui peut nier que dans les faits il ne le soit et que cette dénégation sur le plan du droit entraîne des effets pervers sur l'embauche de femmes susceptibles d'être enceintes ?

Du reste dans certains cas, on admet l'extension de la limite. Il est reconnu que les Églises, les partis politiques, les syndicats ne peuvent pas ne pas tenir compte des convictions de ceux qu'ils emploient.

En résumé, pour reprendre les formulations de J. M. Verdier, « il y a en quelque sorte deux "parts" – presque deux hommes – dans chaque travailleur salarié : l'une faite de libertés, libertés générales du citoyen d'abord, que, en venant au travail, il ne saurait, comme on dit, "laisser au vestiaire", libertés spécifiques ensuite, liées à la condition du salarié [...] ; l'autre, constituée de droits (et obligations) découlant du contrat de travail qui le lie à l'employeur... Deux êtres juridiques, l'homme libre et le travailleur subordonné³⁹ ».

On veut bien admettre que le droit est capable, sur le papier, de découper l'homme en rondelles. Mais, si l'on replace ces considérations dans la théorie économique de la propriété, on ne trouve toujours pas de solution de continuité entre esclavage et salariat, puisque comme nous l'avons vu au chapitre précédent, le maître ne possédait pas non plus toute la personnalité de l'esclave. Et l'on pourrait ajouter que toutes ces libertés reconnues au travailleur en tant que citoyen n'empêchent guère une possible quasi-aliénation du travailleur à son patron, et que même elles servent à la masquer.

Il suffit pour s'en convaincre de se reporter à nouveau au « petit livre rouge » des citoyens français.

38. Code du travail, art. L. 122-25, alinéa 1.

39. J. M. Verdier, *Libertés et travail. Problématiques des droits de l'homme et rôle du juge*, Revet, *op. cit.*, p. 125.

Pour le Code civil, qui trace, on l'a dit, un parallèle entre louage de services et louage de choses, l'archétype du travailleur, ce sont ces « gens qui se louent pour les services réputés humbles [rendus] à une personne dont on reçoit un salaire et dont on occupe la maison » et qui s'engagent à fournir un service continu. Ils sont visés par l'article 109 toujours en vigueur : « Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison. »

L'essentiel, c'est la subordination, et on la retrouvera dans le contrat de travail. Non sans difficulté.

En effet, la notion de contrat de travail, venue des économistes à partir de la fin du XIX^e siècle, nous dit Revet, « est dépourvue originellement de toute signification juridique », et elle « pose force problèmes aux juristes⁴⁰ ». Un auteur, Cuche, résume bien le sentiment dominant lorsqu'il écrit en 1913 : « Les économistes ont joué un bien vilain tour aux jurisconsultes quand ils ont réussi à mettre en usage dans la langue juridique l'expression "contrat de travail", complètement ignorée des rédacteurs du Code civil et même de tous les législateurs du XIX^e siècle⁴¹. » Ce changement de terme n'est évidemment pas innocent. Il implique une remise en cause de l'état de subordination juridique.

Le même Cuche mit alors en circulation la notion de « dépendance économique ». D'abord un premier « indice » à dimension sociale implique « que celui qui fournit le travail en tire son unique et principal moyen d'existence [...], qu'il vive de son travail et que la rémunération qu'il reçoit ne dépasse pas notablement ses besoins et ceux de sa famille » (on retrouve la loi d'airain). Auquel s'ajoute un « indice » économique qui suppose « que celui qui paie le travail

40. Revet, *op. cit.*, p. 135.

41. Cuche, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Rev. Crit.*, 1913, p. 412 ; Revet, *op. cit.* p. 135.

absorbe [...] intégralement et régulièrement l'activité de celui qui le fournit [...] qu'il lui demande tout son temps, qu'il lui assure un débouché permanent pour les produits de son travail, si bien que, pour le moment, le prestataire de services n'a ni le besoin, ni la possibilité d'offrir ses services à d'autres employeurs⁴² ».

Pourtant, dès 1931, la Cour de cassation affirme que « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique de ce travailleur, et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties » et que « la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie⁴³ ». Mais, quand, cinq ans plus tard, il s'agira de définir le périmètre des bénéficiaires de l'assurance sociale, la même Cour de cassation s'inclinera le 25 novembre 1936 (comme par hasard après la victoire électorale du Front populaire) : « La qualité de salarié, en tant qu'elle implique un lien de subordination entre le travailleur et l'employeur, n'est pas une condition indispensable pour l'assujettissement aux assurances sociales⁴⁴. »

À partir de là, l'œuvre d'adaptation du lien de subordination juridique devenait « irrésistible » si l'on en croit Revet⁴⁵.

En tout cas, l'édifice conceptuel mis en place par les juristes du Code civil se mettait à branler.

Mais pourquoi donc avoir introduit ce concept si peu économique, je veux dire si peu rigoureux de « dépendance économique » ? Ce concept, explique Revet, fut « essentiellement » élaboré à partir des situations les plus étrangères au louage de services : les travailleurs à domicile, par exemple, qu'il s'agissait d'inscrire dans la liste des bénéficiaires de l'État providence qui se met en place.

42. Cuhe, art. précité, p. 423, Revet, *op. cit.*, p. 140.

43. Cour de cassation, chambre civile, 6 juillet 1931, Revet *op. cit.*, p. 143.

44. Revet, *op. cit.*, p. 144.

45. *Ibid.*, p. 147.

Il faut bien voir en effet que la notion de dépendance économique implique l'abandon du mécanisme contractuel entre employeur et employé. Comme le dit justement Revet, « la qualification ne découlait pas de l'examen des droits et des devoirs des partenaires, mais du fait de travailler dans des conditions révélant un besoin de la rémunération et un état d'employeur et de salarié. La dépendance économique souffrait d'être juridiquement insaisissable⁴⁶ ». Qu'il se rassure : issue d'une phraséologie marxisante, cette notion est tout aussi insaisissable économiquement. Elle n'en a pas moins inspiré, on le sait, l'un des grands maîtres du droit du travail en France : G. Lyon-Caen, et elle est encore dans la tête de tous les étudiants en droit, l'auteur de ces lignes peut en témoigner.

Le législateur est alors intervenu, toujours dans l'objectif d'élargir le périmètre de l'État providence, pour inclure dans le salariat, en présumant leur subordination juridique à partir de leur supposée dépendance économique, toute une série de catégories professionnelles : les journalistes professionnels (loi du 29 mars 1935), les artistes et mannequins (loi du 26 décembre 1969 ; loi du 10 juillet 1982), les conjoints de chefs d'entreprise, les VRP (loi du 18 juillet 1937), les travailleurs à domicile, pour lesquels la notion de dépendance économique avait été élaborée (lois de 1928-1930 et du 1^{er} août 1941), certaine catégorie de gérants (loi du 21 mars 1941 – le régime de Vichy, on le constate, n'ayant aucune difficulté à s'inscrire dans cette continuité).

Revet note « l'imprégnation de l'analyse juridique par les données économiques⁴⁷ ». Mais de quelles « données » s'agit-il ? L'auteur raisonne comme s'il s'agissait de faits avérés alors qu'il ignore manifestement tout de la théorie économique du travail en tant que désutilité⁴⁸. Mieux vaudrait dire que l'analyse juridique a été imprégnée d'une his-

46. Revet, p. 148.

47. *Id.*, p. 199.

48. Cf. par exemple Mises, *op. cit.*, p. 616 sq.

toriographie du capitalisme, facilement reconnaissable, et pourtant niée; ou plus précisément non avouée et donc déniée. Puis il se rattrape aux yeux des juristes en essayant de montrer « l'intégration des données économiques par l'analyse juridique ». Un nouveau terme vient alors à la ressource : celui d'organisation.

Ce terme est censé permettre de prendre en compte l'entreprise (enfin !) « Le service organisé, expose Revet, est l'entreprise vue par la jurisprudence en matière d'identification du contrat de travail⁴⁹. » « D'autant, ajoute-t-il en note, qu'en droit strict, l'entreprise n'est pas autre chose que la somme des contrats de travail passés par le même employeur. » Mais pourquoi se limiter aux contrats de travail. Nous savons que pour toute une théorie économique, l'entreprise s'analyse comme un « nœud de contrats⁵⁰ ».

L'organisation est « singulièrement saisissable » par notre juriste, puisqu'elle comprend un « groupement d'éléments réels corporels – matériel, locaux – et incorporels – clientèle – et d'éléments humains – personnel, direction, inscrit dans un système économique – risque et profit –, et juridiquement structuré – discipline, horaires, programmes, sujétions de type administratif⁵⁰ ». L'organisation est donc à la fois source et objet de la subordination.

Ce qui permet à Revet d'établir une continuité dans la subordination juridique, d'autant qu'il n'existe pas de différence majeure, note-t-il avec raison, entre la direction et l'organisation du travail. N'est-ce pas là enfoncer une porte ouverte ? À bon droit, Rivéro et Savatier peuvent définir le salarié d'une entreprise comme « celui qui renonce à sa liberté dans l'organisation de son activité professionnelle⁵¹ ».

Et de conclure : « Le lien de subordination a, simplement, été adapté. Cette évolution a pour cause l'abandon de l'assi-

49. *Id.*, p. 220.

* p. 267 sq.

50. *Id.*, p. 220.

51. Droit du travail, *op. cit.*, p. 75, Revet, p. 233.

milation de la force de travail à une chose ordinaire au profit de son appréhension comme une chose non ordinaire. Là est la seule véritable rupture⁵². »

On dira que cela fait une belle jambe aux salariés. Eh bien oui, justement. Car cette rupture a pour résultat, nous dit-on, la limitation de la subordination. La soumission « générale et permanente » qui caractérisait le louage de services n'a plus cours. Elle connaît des limites dont le nombre va croissant. Elle perd en intensité. « L'accroissement de la sphère personnelle soustraite à la subordination a pour corollaire l'assouplissement de la subordination. » Dans les termes de la théorie économique de la propriété, on dira que le travailleur est moins dépossédé de la propriété de lui-même.

Du même coup, le salariat peut s'étendre sans danger pour la liberté de l'homme en tant que tel – ce qui « rejoint les exigences économiques d'extension continue du salariat » (*sic*). Dès lors, « le contrat de travail peut appréhender tous les types de prestations : sont, désormais, rarissimes les activités déclarées par nature insusceptibles de faire l'objet d'un contrat de travail ». Mais l'essentiel est maintenu. « Expression contemporaine du louage de services, le contrat de travail est reproduit en substance : il réalise la mise à disposition de la force de travail par un mécanisme ressortissant indéniablement à la location, quand même il se distingue du louage de choses sur un certain nombre d'aspects. »

Traduisons : l'esclavage a trouvé dans le salariat un habillage juridique qui le rend compatible avec les droits de l'homme, avec la liberté de l'homme en tant que tel. Et cet habillage est une condition, voire la condition de son extension à des prestations qui jusque-là ne relevaient pas du salariat, et à sa perpétuation.

Revet va maintenant s'attacher à démontrer qu'il n'y avait pas d'autre solution : la subordination juridique étant étroitement liée au mécanisme de la location, la force de travail est

52. Revet, p. 233.

l'objet d'un louage qu'on le veuille ou non, qu'on l'avoue ou non.

La preuve en est que « l'immense majorité de ceux pour qui le contrat de travail n'est pas un louage ne proposent aucun schéma de remplacement ». Silence révélateur !

Notre docteur joue gros. Une sommité déjà nommée est explicitement visée : « Ainsi, remarque-t-il, lorsque le professeur G. Lyon-Caen écrit que le "rapport employeur-salarié n'est pas un rapport d'échange, donc n'est pas un louage" et que "le travail n'est pas un bien, car il n'y a pas louage d'un corps avec jouissance reconnue au locataire"⁵³, il démontre surtout que la location paraît indépassable : son rejet n'oblige-t-il pas l'auteur à exclure le contrat de travail des conventions à titre onéreux – voire de la sphère contractuelle ? Or, l'argument énoncé au soutien de sa mise à l'écart se révélant inopérant, la proposition constitue, au final, la preuve de la validité de l'insertion du contrat de travail dans la location. »

La démonstration se fait en deux temps.

D'une part, le contrat de travail n'a pas pour objet le seul corps comme l'est par exemple une location d'utérus, mais une partie de la personne dans sa dimension corporelle et supra-corporelle, cette dernière étant prévalante : la volonté du travailleur est subordonnée.

D'autre part, cette situation, si elle déroge au principe de l'extra-commercialité de la personne humaine, n'est pas moins justifiée par un autre principe, celui de la liberté du travail qui légitime, comme on l'a vu, la location de la force de travail. « L'extra-commercialité de la personne intervient, seulement, au niveau des modalités de la commercialisation : elle prohibe toute cession, car celle-ci nierait totalement la personne. Cette donnée renforce, alors, le bien-fondé de la location⁵⁴. »

Une seule autre théorie a été proposée, et cela au début du xx^e siècle par un certain Émile Chatelain dans son ouvrage sur la *Nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur*⁵⁵. Fondée sur la prémisse que « selon les principes du droit naturel moderne, il n'y a plus d'esclave ni travail servile, ni l'homme ni le travail [n'étant] des marchandises [...] on achète et on vend des choses, non des personnes », cette thèse prétend expliquer « comment l'entrepreneur est seul propriétaire du produit industriel ». Mais Revet démontre de manière qu'il juge définitive qu'aboutissant à des impasses la théorie de Chatelain conforte finalement la location comme mode de commercialisation de la force de travail.

Donc la location serait le concept adéquat. Il s'agit cette fois de le démontrer non plus par l'absurde ou le silence des théories adverses, mais de manière positive.

Le raisonnement est le suivant : le contrat de travail a pour objet la force de travail, laquelle n'est qu'une partie de la personne. Ce n'est pas de l'esclavage à cause de la limitation temporelle et matérielle de l'objectivation (cet argument, répétons-le, ne nous suffit pas, d'abord par ce que la limitation temporelle n'est pas un critère qui permette de dire qu'il n'y a pas esclavage, ensuite parce que l'esclave lui-même n'appartient pas complètement à son maître, comme nous l'enseigne la théorie économique de la propriété).

La limitation temporelle s'incarne dans la location. En effet, « le contrat de travail est une location parce que l'obligation du salarié a pour objet la force de travail : celle-ci ne peut, en raison de sa nature personnelle et frugifère [porteuse de fruits], faire l'objet que d'une obligation de jouissance⁵⁶ ». Argument supplémentaire : le rapport de consubstantialité unissant la force de travail à la personne fonde la prohibition

53. G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », in *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Sirey, 1968, p. 64.

54. Revet, *op. cit.*, p. 241-242.

55. Émile Chatelain, *Nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur (Étude critique de droit économique)*, Paris, Alcan, 1902.

56. Revet, *op. cit.*, p. 254.

de toute exécution forcée et de tout engagement à vie et exclut radicalement son aliénation : celle-ci, on l'a déjà remarqué, éteindrait la personne même de son titulaire. « *A contrario*, lorsque tel n'est pas le cas, la commercialisation de la force de travail est licite. » En d'autres termes, puisque la cession est impossible, la location est valide. « Contrairement à la vente, le louage permet d'éviter que la commercialisation n'aboutisse à l'objectivation définitive de la personne⁵⁷. » Bref, la force de travail ne peut en aucun cas être vendue, elle peut seulement être louée. Et cette location, par définition, n'est pas une aliénation. *Ite missa est ?*

À l'appui de sa présentation, Revet se réfère à certaines études économiques récentes, déjà évoquées, qui mettent précisément en évidence l'insuffisance de l'appréhension économique du contrat de travail comme une vente. « Le contrat de travail, explique O. Garnier déjà cité, ne porte pas sur la livraison du produit du travail [nous avons expliqué pourquoi au chapitre 5] mais sur la mise à disposition de la force de travail. Au moment de l'échange, les deux parties ignorent le résultat final de l'échange. En effet, le produit du travail dépend des aléas économiques de la production et des comportements stratégiques adoptés lors de la mise en œuvre de la force de travail. La spécificité de la relation de travail est [alors] qu'elle comporte deux opérations distinctes : la signature du contrat – l'échange –, et la mise en œuvre de la force de travail, postérieure à l'échange. » Le contrat de travail est donc forcément « incomplet en ce qu'il ne spécifie pas explicitement les prestations à échanger⁵⁸ ». La théorie économique de la propriété enseignerait plutôt que le contrat de travail est, dans son essence, incomplet. Quant à la théorie économique des contrats, qui sort du champ de ce volume, elle établit que tout contrat est incomplet.

Revet en conclut à la congruence entre la qualification juridique de location « imposée par la nature de la force de

57. *Idem.*

58. O. Garnier, *op. cit.*, p. 316.

travail » et la singularité économique réalisée par la relation salariale⁵⁹. Nous dirions que cette singularité n'est pas propre au salariat, qu'elle est décelable, comme nous l'avons montré, dans l'esclavage même.

D'autre part, le contrat de travail a pour « effet et intérêt essentiels » (*sic*) d'attribuer à l'employeur la propriété originare et automatique du travail de l'employé. Cette fonction se trouve pleinement justifiée par la location. En effet, le locataire acquiert un droit de jouissance sur les fruits de la chose louée. Le patron, en tant que locataire de la force de travail, a donc un droit de jouissance sur les produits de cette force de travail. « L'exercice du droit de jouissance fait alors de l'employeur l'exploitant de la force de travail, donc l'auteur du résultat qu'il fait produire à la "chose" exploitée⁶⁰. » Ceci vaut en principe aussi bien pour les fruits corporels que pour les fruits incorporels : « Les inventions faites par le salarié dans l'exécution, soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive, soit d'études ou de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur » (loi du 2 janvier 1968, art. 1 *ter*). Il est vrai que l'œuvre littéraire et artistique connaît un sort différent – ce qui souligne l'aspect exceptionnel du droit d'auteur (impossible à traiter dans les limites du présent ouvrage).

Il est assez amusant de voir ici le patron récupérer ici, grâce au concept de location de la force de travail, ses prérogatives de propriétaire d'esclaves. En d'autres termes, qu'il soit propriétaire de la force de travail (esclavage) ou simplement son locataire (salarial), l'aboutissement est bien le même : l'employeur est, sans discussion, le propriétaire du produit du travail (ce qui, soit dit en passant, est fort gênant dans une optique lockéenne où le travail est le fondement de la propriété !). En d'autres termes encore, quant à la propriété des fruits de leur travail, le salarié et l'esclave sont logés à la

59. Revet, *op. cit.*, p. 256.

60. Revet, *op. cit.*, p. 258.

même enseigne : ils en sont dépossédés. Beau résultat des droits de l'homme en tant que tel !

Quid du statut juridique du salaire. La force de travail étant objet d'une location, le salarié a l'obligation de mettre sa force de travail à la disposition de l'employeur. Le salaire en est la contrepartie. En l'absence de travail, il n'y a point, *a priori*, de mise à disposition.

Ici le louage de la force de travail se distingue du louage de choses ordinaires. Dans le louage ordinaire, le locataire est tenu d'acquitter le loyer du seul fait qu'il dispose du bien loué, donc indépendamment de son utilisation effective. Locataire d'un appartement, je dois payer mon loyer à son propriétaire, que j'occupe ou non cet appartement. Il n'en va pas de même dans le contrat de travail. « La force de travail étant indissociable de la personne, explique Revet, sa mise à disposition s'opère sans dépossession matérielle – proprement inconcevable – : elle se réalise, en principe, seulement avec la mise en œuvre de la force de travail. Le louage de la force de travail est donc une location sans dépossession. Mais il s'agit bien d'une location car « s'il n'y a pas dépossession matérielle, il y a, en revanche, dépossession juridique⁶¹ ». Du coup le salaire est la « contrepartie tant d'une utilisation que d'une disponibilité effective de la force de travail⁶² ». Comparons avec l'esclavage où le maître est obligé, *de facto*, s'il veut maintenir la valeur de son capital, de nourrir, de soigner, de vêtir et de loger ses esclaves. On pourrait aller jusqu'à parler ici d'une obligation sinon juridique, du moins morale dans la mesure où la censure fustige les mauvais maîtres comme les mauvais pères (*supra* chapitre 4).

Par contre, le salaire est indépendant de l'utilité effective de la force de travail. Ce n'est pas parce que le patron perd de l'argent qu'il ne doit pas payer ses employés. Cela est vrai aussi pour le propriétaire d'esclaves.

61. Revet, *op. cit.*, p. 262.

62. *Id.*, p. 263.

Thierry Revet conclut la première partie de sa thèse en ces termes : « Sur l'essentiel, le contrat de travail prolonge donc le louage de services. Le changement est, avant tout, terminologique [...] Il en est de même de la persistance de la subordination comme critère et clé de voûte du contrat de travail : elle n'a pas d'autre signification. La qualification de louage est, ainsi, d'une certaine façon, implicitement admise par tous ceux plaçant la subordination au cœur du contrat de travail.

« Il y eu, certes, des évolutions : l'assimilation de la force de travail à une chose ordinaire a cédé la place à l'appréhension de la force de travail comme une chose non ordinaire. La mutation est réelle. Mais elle n'est pas fondamentale. Elle ne transforme donc pas le contrat de travail en convention *sui generis*, n'ayant rien à voir avec le louage de services. Leur filiation est, au contraire, très directe. »

N'en savons-nous pas assez pour établir de manière crédible la filiation de l'esclavage au salariat, pour voir dans la salariat une forme, dirons-nous, dégénérée de l'esclavage ?

Nous pouvons compléter notre argumentation par ce qui pour un économiste est une évidence, mais qui pose, apparemment, quelque problème au juriste : le fait qu'une chose est négociable fait aussi, comme cela est déjà noté plus haut, qu'elle est « patrimonialisable », si l'on ose employer ce barbarisme. L'économie élémentaire nous enseigne en effet que l'échange est source de valeur, et que la valeur ainsi créée est capitalisable. Si la force de travail est négociable, c'est que la négociation qui la prend pour objet est elle-même source de valeur et que cette valeur à son tour peut entrer dans un patrimoine.

N'est-ce pas ce raisonnement que conduit Revet dans son langage : « Indissociable de la personne, la force de travail n'en est pas moins une source de valeurs. Sa nature d'élément de la personne ne peut contrarier sa qualité de bien productif. Mais celle-ci est reconnue sans méconnaissance de la nature personnelle de la force de travail. C'est pourquoi l'on assiste au phénomène de la "patrimonialisation" de la per-

sonne : d'une certaine manière, la force de travail est patrimonialisée dans la personne ; celle-ci devient une espèce de "patrimoine-bis"⁶³. »

Pour faire simple, on établira que le travailleur est propriétaire de sa force de travail. Marx ne dit pas autre chose quand il écrit ce passage célèbre du *Capital* :

« Sous ce nom [de force de travail] il faut comprendre l'ensemble des facultés physiques et intellectuelles qui existent dans le corps d'un homme, dans sa personnalité vivante, et qu'il doit mettre en mouvement pour produire des choses.

« Pour que le possesseur d'argent trouve sur le marché la force de travail à titre de marchandise, il faut cependant que diverses conditions soient préalablement remplies. L'échange des marchandises par lui-même n'entraîne pas d'autres rapports de dépendance que ceux qui découlent de sa nature. Dans ces données, la force de travail ne peut se présenter sur le marché comme marchandise que si elle est offerte ou vendue par son propre possesseur. Celui-ci doit par conséquent pouvoir en disposer, c'est-à-dire être libre propriétaire de sa puissance de travail, de sa propre personne. Le possesseur d'argent et lui se rencontrent sur le marché et entrent en rapport l'un avec l'autre comme échangistes au même titre. Ils n'en diffèrent qu'en ceci : l'un achète et l'autre vend, et par cela même tous deux sont des personnes juridiquement égales.

« Pour que ce rapport existe, il faut que le propriétaire de la force de travail ne la vende jamais que pour un temps déterminé, car s'il la vend en bloc, une fois pour toutes, il se vend lui-même, et de libre qu'il était il devient esclave, de marchand, marchandise. S'il veut maintenir sa personnalité, il ne doit mettre sa force de travail que temporairement à la disposition de l'acheteur, de telle sorte qu'en l'aliénant il ne renonce pas pour cela à sa propriété sur elle.

« La seconde condition essentielle pour que l'homme aux écus trouve à acheter la force de travail, c'est que le posses-

63. Revet, *op. cit.*, p. 378.

seur de cette dernière, au lieu de pouvoir vendre des marchandises dans lesquelles son travail s'est réalisé, soit forcé d'offrir et de mettre en vente, comme une marchandise, sa force de travail elle-même, laquelle ne réside que dans son organisme⁶⁴. »

Il est savoureux de voir Marx ici enfourcher le même cheval de bataille que nos humanistes en reprenant une distinction entre esclavage et salariat fondée uniquement sur la durée du contrat, lequel par ailleurs est conclu dans un contexte d'égalité juridique. Du reste pour bien fonder cette distinction, Marx ne manque pas de se référer au § 67 de la *Philosophie du droit* de l'idéaliste Hegel⁶⁵. Pour se distinguer des chantres du capitalisme, Marx est obligé de dire ici que le possesseur de la force de travail ne peut faire autrement que de la louer (mais pourquoi ne pourrait-il la vendre si on lui en offre un bon prix ?), justement parce qu'il ne dispose d'aucun autre capital, et il soutiendra ailleurs que l'égalité juridique ne peut qu'être formelle.

D'autre part, comme on peut s'y attendre, Marx se situe dans le droit fil de l'héritage de Smith. « Comme la propriété que tout homme a de son propre travail est le fondement primitif de toute autre propriété, lit-on dans la *Richesse des nations*, elle est la plus sacrée et la plus inviolable de toutes. C'est dans la force de ses bras et l'habileté de ses mains que réside le patrimoine d'un homme pauvre ; et l'empêcher d'employer sa force et son habileté de la manière qu'il juge à

64. Karl Marx, *Capital*, Livre I, chapitre 6, in *Œuvres*, t. I, Pléiade, p. 715-716. Ital. dans le texte.

65. « Je puis aliéner à un autre, pour un temps déterminé, l'usage de mes aptitudes corporelles et intellectuelles et de mon activité possible, parce que dans cette limite elles ne conservent qu'un rapport extérieur avec la totalité et la généralité de mon être ; mais l'aliénation de tout mon temps réalisée dans le travail et de la totalité de ma production ferait de ce qu'il y a dedans de substantiel, cas de mon activité générale de ma personnalité, la propriété d'autrui. », in Marx, *op. cit.*, p. 716.

propos sans qu'il porte préjudice à son voisin, est une violation évidente de cette propriété la plus sacrée⁶⁶. »⁶⁷

Il est tout de même étonnant de voir Marx souscrire aussi nettement à la thèse de la propriété de soi. Mais, de toutes façons, la boîte de Pandore est de nouveau ouverte, comme nous venons de le sous-entendre. Si je suis propriétaire de ma force de travail, quoi au monde peut m'empêcher de la vendre si j'en obtiens un prix qui me satisfasse ? Le spectre de l'esclavage hante encore les esprits. En témoigne, entre beaucoup d'autres auteurs, A. Jack : « Le corps humain et ses produits ne sont pas des choses, des biens appropriables, ou du moins aliénables, sans quoi tous les actes de disposition seraient possibles en ce qui les concerne, et même le plus concret d'entre eux, la vente de soi-même comme esclave⁶⁸. » Or le premier des actes de disposition est la disposition au sens strict, c'est-à-dire que « la pleine aliénabilité, cessibilité, transmissibilité du bien est un attribut de la propriété⁶⁹ ».

« Or, nous dit Revet, la force de travail est totalement inaliénable, incessible et intransmissible : la liberté du travail, qui prohibe l'engagement à vie, exclut radicalement sa disponibilité au sens étroit. Admettre, néanmoins, qu'elle est objet de propriété, reviendrait à nier cette donnée pourtant essentielle[...] Cette donnée n'empêche point, toutefois, la réservation de la force de travail à titre patrimonial, par exemple « l'habileté technique acquise par le technicien ou l'ouvrier dans la mise en œuvre d'un procédé lui est personnelle : sauf accord de celui-ci, elle n'est pas appropriable ou négociable par l'entreprise⁷⁰ ». Le seul véritable obstacle à son appréhension comme objet de propriété réside dans son

66. Adam Smith, Livre I, chap. x, *op. cit.*, p. 143.

67. Nous reprenons le texte original de la *Richesse*, car Revet cite ici Smith de seconde main et de manière tronquée (*op. cit.*, p. 389).

68. A. Jack, Les Conventions relatives à la personne physique, *op. cit.*, n° 5, p. 370, Revet, *op. cit.*, p. 393.

69. Carbonnier, Les Biens, *op. cit.*, p. 107, Revet, *op. cit.*, p. 393.

70. Revet, *op. cit.*, p. 393.

impossible aliénation, il faut admettre qu'elle est objet d'une « quasi-propriété⁷¹ ». Cette notion pourrait intéresser l'économiste dans la mesure où la théorie économique de la propriété a bien montré qu'il n'y a pas de propriété absolue.

Toutefois la quasi-propriété dont il est question ici est une propriété qui ne dispose que de l'*usus* et du *fructus*. L'*abusus* lui manque⁷². Ce dispositif est cohérent avec le fait que l'on retient comme unique procédé de commercialisation de la force de travail, la location. Mais la question demeure : peut-on encore parler de propriété quand l'*abusus* fait défaut ? Le juriste ne ressemble-t-il pas ici de nouveau au médecin de Molière ?

Continuons notre lecture, qui nous réserve encore quelques surprises.

« En tant que biens meubles corporels, les instruments matériels de travail intègrent pleinement l'actif patrimonial. Ils sont cependant marqués d'une dimension personnelle les soustrayant à un certain nombre de règles de droit commun : ils échappent à la saisissabilité. »

En effet, aux termes de l'article 14, 4^e de la loi du 9 juillet 1991, « ne peuvent être saisis [...] les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille si ce n'est pour le paiement de leur prix, dans les limites fixées par un décret en Conseil d'État » (texte qui reprend quasiment mot pour mot l'article 2092-2, 4^e du Code civil). Il s'agit de sauvegarder seulement un minimum nécessaire à la vie matérielle du saisi. Si l'on ne peut saisir les instruments de travail, c'est qu'on ne peut non plus saisir par anticipation les revenus à venir du travail. L'« attachement » des instruments de travail à la force de travail justifie qu'on ne puisse les saisir. De même que les denrées alimentaires, la literie, les vêtements sont insaisissables parce qu'ils peuvent être considérés comme « faisant juridiquement corps avec la personne du

71. *Id.*, p. 393.

72. *Id.*, p. 394.

débiteur dans sa vie privée matérielle », de même les instruments de travail font « juridiquement corps avec la personne dans son activité – avec la force de travail⁷³ ».

À comparer avec la contrainte par corps (souvenons-nous qu'elle n'a été abolie en droit positif que le 22 juillet 1867) quand le créancier pouvait se saisir du corps du débiteur, mais pour en faire quoi ? Le découpage en morceaux prévu par la Loi des Douze Tables ne s'opérait que s'il y avait plusieurs créanciers. Le système était alors poussé à sa limite – par l'absurde. Mais en deçà de cette limite, ce corps, il faut bien qu'il soit nourri, vêtu, logé, qu'il se reproduise. Tout possédé qu'il soit par le créancier, il faut bien lui conserver la force de travail correspondant au minimum vital. Sinon, il se trouve à la charge du créancier – de même que le condamné à des peines de prison par la justice publique se trouve à la charge de la collectivité (et nous montrerons en économie du crime que la prison ne se justifie que parce que le condamné ne peut pas payer le remboursement des dommages qu'il a causés).

Les textes parlent d'ailleurs tout seul. Ainsi M. Donnier justifie-t-il l'insaisissabilité des biens nécessaires à la vie et au travail par le fait que « l'intérêt bien compris du créancier [est] de laisser au débiteur quelques chances de pouvoir payer un jour sa dette⁷⁴ ». Il ne s'agit donc pas de l'humanité de l'homme en tant que tel. Et finalement, on ne voit pas où serait le progrès par rapport au droit de l'esclavage, si l'on considère l'« intérêt bien compris » du maître. On pourrait même prétendre que cet intérêt à la conservation de la force de travail est encore plus fort chez le maître d'esclaves dans la mesure où il est leur propriétaire.

Venons-en maintenant à la propriété du *produit* du travail.

On l'a déjà dit, la force de travail étant et ne pouvant qu'être louée, le produit du travail appartient *de jure* au loca-

73. *Id.*, p. 400.

74. M. Donnier, « Voies d'exécution et procédures de distribution », *Litec*, 1987, n° 147, p. 70, Revet, *op. cit.*, p. 400.

taire de la force de travail, c'est-à-dire au patron. Dans ces conditions, dans le langage de Revet, la force de travail ne peut être source de valeur. Pour qu'elle le devienne, il a fallu déroger à la règle qui vient d'être énoncée.

Explicitons d'abord cette règle.

Elle est énoncée à l'article 546 du Code civil, construit, dit-on, sur le théorème de Lavoisier qui veut que « rien ne se crée, rien ne se perd ; tout se transforme ». Disposant « que la propriété d'une chose, soit mobilière soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur qui s'y unit accessoirement, soit naturellement soit artificiellement », l'article appréhende les valeurs nouvelles comme le produit du bien dont elles procèdent. Ainsi que le dit justement Revet : « Leur nature juridique est déterminée en considération exclusive de leur source préexistante : elles sont l'objet d'une propriété parce que leur source est appropriée⁷⁵. » C'est, selon l'expression même du Code civil, la propriété qui *donne droit* (on retrouve ici les caractères de la propriété souveraine du droit romain, qui surplombe le propriétaire – cf. chapitre 4). Pour reprendre l'expression de J. P. Mousseron : « Les articles 547 et suivants du Code civil sur l'accession apparaissent, alors, comme des pièces majeures de notre génétique juridique⁷⁶. »

Et certes l'on voit bien l'origine, dira-t-on, animale d'une telle génétique. Le propriétaire d'un troupeau est propriétaire du croît de ce troupeau, comme il l'est de ses enfants ou des enfants de ses esclaves. Mais on ne s'attendait peut-être pas à l'extension de cet engendrement aux fruits d'un bien capital pour l'exploitation duquel intervient le travail d'autrui.

Assurément, lorsque le propriétaire travaille lui-même son bien, les valeurs qui naissent de cette conjonction du capital et du travail paraissent avoir la double qualité de produit du

75. Revet, *op. cit.*, p. 424.

76. J.P. Mousseron, *Valeurs, biens, droits, op. cit.*, n°12, p. 283, Revet, *op. cit.*, p. 424.

capital et de produit du travail. Il s'agit d'ailleurs d'une sorte d'idéal, « la propriété [n'étant] véritablement elle-même que dans la mesure où son titulaire la féconde par son propre travail⁷⁷ ». Et nous savons, par la théorie économique de la propriété, les avantages (pas de coin fiscal) et les inconvénients (pas d'économie d'échelle) d'une telle situation.

Il n'en reste pas moins que la qualité de produit du capital a la suprématie sur celle de produit du travail. « La seconde n'a en effet aucune autonomie par rapport à la première⁷⁸. » La preuve, notre docteur la trouve dans l'article 583, alinéa 2, du Code civil. Définissant les fruits industriels comme « ceux d'un fonds [...] qu'on obtient par la culture », il les assimile pleinement aux fruits naturels : ils ne sont pas des produits du travail, mais du capital. « L'exploitant non possesseur n'a aucun droit à leur égard : il ne peut aspirer qu'à une indemnité, au titre de ses frais de labours, travaux et semences. »

Conclusion d'étape de notre auteur : « L'influence de la force de travail sur les valeurs nées du travail des biens est donc en principe nulle. Toute formule différente est nécessairement exceptionnelle⁷⁹. »

Ne cachons pas notre surprise. Tout à l'heure, on nous disait que le patron s'appropriait les produits du travail en totalité, parce que locataire de la force de travail, il exerçait sur eux un droit de jouissance. Maintenant, on nous assure qu'en tant que propriétaire du capital le patron est forcément propriétaire des produits du travail. Ces deux versions aboutissent certes au même résultat : le travailleur n'a aucun droit sur le produit de la conjonction du capital et de son propre travail. Mais il n'est pas sûr qu'elles soient juridiquement compatibles. Peu nous importe en vérité ! Le tâtonnement des juristes, ici, ne fait que nous encourager à trouver sous ces

deux versions le même phénomène de base : l'employeur ne peut être que le propriétaire *de jure* des produits de l'exploitation de son bien puisque cette capacité est déniée aux autres acteurs de l'exploitation, qu'ils soient femmes, enfants, adultes, salariés ou esclaves. Le modèle antique persiste.

C'est du reste ce que reconnaît R. Savatier, déjà cité, quand il écrit : « Dans l'optique que le Code civil avait empruntée [au droit romain], la richesse ne naissait pas essentiellement de l'homme, mais des biens, dont le principal était la terre productrice⁸⁰. »

Pour faire de la force de travail une source de valeurs, il va donc falloir déroger au principe général. C'est ce que l'on fera lorsque le rôle rempli par la force de travail sera « jugé trop décisif pour pouvoir être ignoré⁸¹ ». Revet va consacrer le reste de sa thèse à décrire ces dérogations, qui n'ont pu être instituées que sur intervention du législateur : œuvre littéraire et artistique (du décret des 13-19 janvier 1791 à la loi du 11 mars 1957), logiciel (loi du 3 juillet 1985), invention brevetée (lois du 2 janvier 1968, du 13 juillet 1978, du 26 novembre 1990), dessins et modèles (loi du 14 juillet 1909), marques et signes distinctifs (loi du 26 novembre 1990) – autant de champs d'« honneur », faut-il le remarquer, qui ne relevaient autrefois que des honoraires. Notre auteur relève le « caractère impératif » d'une intervention législative pour que les valeurs nées seulement de la force de travail puissent faire l'objet de droits privatifs. « Cette exigence serait la conséquence directe et inévitable de l'absence de principe général de réservation des valeurs nées du seul travail⁸². » Le paradoxe, en effet, est que les valeurs nées du « pur travail », dues à la seule force de travail, sans mélange avec du capital, sont forcément immatérielles, contrairement à l'idée simpliste que l'on peut se faire du travail. Elles sont immatérielles parce

80. Savatier, *op. cit.* p. n° 53, p. 76, Revet, *op. cit.* p. 430.

81. Revet, *op. cit.* p. 430.

82. Id. p. 496

77. J. Barrère, « Le Propriétaire et le travail dans l'entreprise agricole », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, t. XIII, fasc. 2, 1965, p. 212, Revet, *op. cit.*, p. 425.

78. Revet, *op. cit.*, p. 425.

79. *Ibid.*

qu'elles sont détachées de tout support matériel, et donc non soumises à la rareté des choses qui sont objet de droit.

Du reste pourquoi ne pas appliquer à la force de travail le principe de la propriété lui-même ? Puisque le travailleur est le propriétaire de sa force de travail pourquoi ne serait-il pas le propriétaire des produits de son seul travail ? C'est bien ce raisonnement que tente Revet à la page 503 de sa thèse (mieux vaut tard que jamais !) : « Puisque tout produit d'une chose appropriée fait l'objet d'un droit de propriété, dont le titulaire est le propriétaire de la chose, pourquoi ne pas admettre, *mutatis mutandis*, que tout produit de la force de travail fait l'objet – à défaut de règle particulière – de prérogatives identiques ou dérivées de celle gouvernant la force de travail elle-même ? Les produits de la force de travail auraient pour titulaire son "maître" lors de la production : ils seraient, au minimum, réservés comme la force de travail elle-même. »

Néanmoins, on ne parvient pas jusqu'au régime de la propriété proprement dite. « La non-qualification de propriété, explique l'auteur, peut se justifier par le caractère minimum de la réservation : elle vise, seulement, à assurer la protection des valeurs considérées, contre leur soustraction, et à permettre leur commercialisation. Elle est loin d'être aussi élaborée, et, partant, aussi efficace qu'un véritable monopole – supposant une intervention législative [d'où la nécessité de cette dernière, cf. *supra*]. Pour n'être pas une propriété, la réservation "de droit commun" des produits du travail en est très proche. Elle les soustrait à la sphère des *res communis* et des biens sans maître : ils ont un titulaire. Celui-ci dispose des moyens de s'opposer à leur "appropriation" : la maîtrise est dotée d'une certaine opposabilité ; un rapport d'exclusivité est consacré. Leur transfert est possible⁸³. »

L'existence d'une telle réservation (qu'il nous faudrait exprimer en termes de théorie économique de la propriété) pourrait donc, selon l'auteur, être admise. Chétive, embryon-

83. Revet, *op. cit.*, p. 604-605.

naire, elle n'en constituerait pas moins une « donnée majeure » : Représentant des valeurs économiques parfois considérables, les produits du travail non protégés par des lois spéciales « ne sauraient être livrés au domaine public, sous peine de couvrir des enrichissements injustes et de décourager leurs créateurs ». Le refrain est connu. L'objection ne l'est pas moins. Ni Sophocle ni Shakespeare n'eurent besoin de droits d'auteur pour créer leurs chefs-d'œuvre.

Revet termine par un appel à une clarification : « La jurisprudence relative au parasitisme n'apporte pas assez de réponses, parce qu'elle demeure dans une logique de responsabilité délictuelle. La sécurité juridique impose, alors, de la dépasser. L'efficacité juridique également. »

Et de se demander si l'augmentation continue des produits du travail dans l'ensemble des richesses ne suggère pas l'érection de la force de travail en source première et primordiale ?

Il semble qu'il y ait là une sorte d'illusion d'optique causée par la dématérialisation de la production dans l'économie contemporaine.

Résumons : la location de la force de travail reste la règle dès qu'il y a conjonction du travail avec du capital – ce qui est la très grande généralité des cas. Dans ce cas, la propriété des produits du travail est aspirée par le capital. Du même coup, le salariat retrouve les traits fondamentaux de l'esclavage : il y a bien aliénation d'une partie de la personne humaine. Revet peut toujours dire en conclusion que non seulement le droit valide la négociation de la force de travail, mais encore qu'il réalise « la seule dissociation possible entre elle et la personne : une séparation intellectuelle », nous ne tomberons pas dans le panneau de cette fiction. Le salariat est bien une autre forme de l'esclavage. C'est peut-être choquant, mais cela est.

On multipliera les exceptions à la règle, on ne la changera pas. On la changera d'autant moins que ces exceptions, droits d'auteur, brevets, etc., du fait même qu'elles manquent d'assises, engendrent un contentieux de plus en plus touffu, qui

sera bientôt si étouffant qu'il faudrait bien vite revenir à la bonne vieille règle de la propriété antique.

Dans le contexte humaniste des droits de l'homme, il est certes impossible d'admettre qu'il n'y a pas de solution de continuité entre l'esclavage et le salariat moderne. Une telle obscénité est si insupportable qu'elle doit rester cachée. Du coup, le droit du travail est bancal, relevant à la fois du contrat de travail issu du droit romain et d'un droit statutaire fondé sur l'intervention de l'État, le second cherchant obscurément à corriger ce que l'on n'ose pas reconnaître de l'héritage incontournable du droit romain.

Comme le remarque excellemment le juriste Vincent Valentin, en effet : « Le statut est supérieur au contrat, l'État est supérieur aux individus : ce ne sont pas les salariés et les employeurs par la voie contractuelle, mais l'État, par la voie réglementaire, qui détermine le droit du travail⁸⁴. » De fait, il est facile de faire la liste des innombrables atteintes portées par l'actuel droit du travail à la liberté contractuelle : « La liberté du travail est supprimée avant seize ans et après un âge variable selon les catégories mais autoritairement fixé ; les clauses du contrat de travail sont définies à l'avance ; le travailleur est obligé subséquemment de cotiser à un régime d'assurance vieillesse dont les termes lui sont imposés et de participer à un système de protection contre le chômage ; les heures de travail sont définies par le législateur [...] ; le contrat individuel n'a pas force obligatoire si ses clauses diffèrent de celles du contrat type des conventions collectives, qui, de plus, peuvent être étendues par décision administrative à des entreprises qui ne sont initialement pourtant pas parties – l'existence même de ces conventions constituant en soi une atteinte à la liberté du travail puisqu'elles imposent des ententes horizontales obligatoires entre travailleurs et firmes⁸⁵. »

84. Vincent Valentin, *Les Conceptions néo-libérales du droit*, préface de Jacques Chevallier, Economica, 2002, p. 229.

85. *Ibid.*, p. 230.

Dans ces conditions il n'est guère étonnant que des voix se soient élevées pour fustiger dans le droit du travail actuel « un retour vers une conception prérévolutionnaire où l'individu n'est pas reconnu propriétaire de lui-même » ou encore déplorer que l'on soit « revenu aux plus beaux jours des traditions corporatives de l'époque prémoderne⁸⁶ ». Néanmoins, il serait peut-être plus clair d'en revenir en ce domaine à la simplicité du droit romain, mais cela n'obligerait-il pas à reconnaître dans le salariat une forme politiquement et moralement correcte d'esclavage ?

Appeler sinon à un retour au droit romain, du moins à cette reconnaissance pleine et entière du refoulé qu'il constituerait dans notre appareil juridique signifierait-il que l'on doive rayer d'un trait de plume l'apport de vingt siècles de christianisme ? Dans l'humanisme des droits de l'homme, quelle est la part de l'Évangile ? Que peut dire l'économiste à ce propos ? C'est à cette question que nous devons maintenant tenter de répondre.

86. H. Lepage, J. Garello, B. Lemenicier, *Cinq questions sur les syndicats*, PUF, 1990, p. 89 et p. 105.

L'Évangile au risque de l'analyse économique

Capitalisme pur

Pour les Hébreux comme pour beaucoup d'autres peuples, l'esclavage ne posait aucun problème moral ; il était dans la nature des choses. La langue le dit elle-même fort bien par l'équivoque inhérente à la racine « *bd* » (que l'on retrouve aussi dans la langue arabe).

Cette racine est représentée dans la Bible par le substantif '*ébed*' (serviteur, esclave) 813 fois, par le substantif '*abodah*' (service, esclavage, travail) 145 fois et par le verbe '*abad*' 317 fois.

La majorité des emplois est certes affectée d'une connotation religieuse, mais elle n'en conserve pas moins une ambiguïté fondamentale. Elle évoque « aussi bien le travail libre et gratifiant que le travail forcé et pénible, le service que la servitude, le travail rémunéré ou l'esclavage pur et simple, les travaux domestiques et les services du palais aussi bien que les services liturgiques¹ ».

1. *Nouveau vocabulaire biblique*, sous la direction de Jean-Pierre Prévost, Bayard, p. 38.

Nous en citerons quelques exemples.

« Le Seigneur Dieu prit l'homme et le plaça dans le jardin d'Eden pour le cultiver (*'abad*) et le garder » (Genèse, 2, 15).

« Souviens-toi de sanctifier le jour du Seigneur. Pendant six jours tu travailleras (*ta'abad*) et tu feras tout ton ouvrage. Mais le septième [...] » (Exode, 20, 8-10).

« Quand Rachel eut donné le jour à Joseph, Jacob dit à Laban [son beau-père] : "Laisse-moi partir, que je retourne chez moi dans mon pays. Donne-moi mes femmes et mes enfants, pour lesquels je t'ai servi (*'abadti*), que je m'en aille car tu sais combien de temps j'ai servi (*'abadti*) chez toi" » (Genèse, 30, 26).

« Vous servirez (*ta'abdun*) Dieu sur cette montagne » (Exode, 3, 12).

L'ambiguïté se transfère au substantif *'ebed* qui signifie « domestique, esclave ou tout individu se désignant ainsi dans une formule de politesse, pour la sphère privée, fonctionnaire royal et vassal pour la sphère politique, et enfin disciple-croyant et "serviteur de Yawh" pour la sphère proprement religieuse ». Le même mot désigne donc le serviteur, le croyant et l'esclave au sens classique du terme : propriété d'un maître et objet de commerce.

Nous avons vu au chapitre 6 quelle théorie de l'esclavage les auteurs juifs et chrétiens avaient tirée de l'histoire de Jacob et Ésaü. Voyons maintenant quelle pratique on trouve dans le Nouveau Testament (Épîtres de Paul, Pierre et Jacques, Évangiles, Actes des Apôtres).

On remarque d'abord, en général, un grand respect pour les pouvoirs établis, y compris celui du maître sur l'esclave.

Chez Paul :

« Que chacun demeure dans la condition où il se trouvait quand il a été appelé. Étais-tu esclave quand tu as été appelé ? Ne t'en soucie pas ; au contraire, alors même que tu pourrais te libérer, mets plutôt à profit ta condition d'esclave. Car l'esclave qui a été appelé par le Seigneur est un affranchi du Seigneur » (1 Co 7, 21-22).

Ou encore :

« Que tout homme soit soumis aux autorités qui exercent le pouvoir, car il n'y a d'autorité que par Dieu et celles qui existent sont établies par lui. Ainsi, celui qui s'oppose à l'autorité se rebelle contre l'ordre voulu par Dieu, et les rebelles attireront la condamnation sur eux-mêmes. En effet, les magistrats ne sont pas à craindre quand on fait le bien, mais quand on fait le mal. Veux-tu ne pas avoir à craindre l'autorité ? Fais le bien et tu recevras ses éloges, car elle est au service de Dieu pour t'inciter au bien. Mais si tu fais le mal, alors crains. Car ce n'est pas en vain qu'elle porte le glaive : en punissant, elle est au service de Dieu pour manifester sa colère envers le malfaiteur. C'est pourquoi il est nécessaire de se soumettre, non seulement par crainte de la colère, mais encore par motif de conscience. C'est encore la raison pour laquelle vous payez vos impôts : ceux qui les perçoivent sont chargés par Dieu de s'appliquer à cet office. Rendez à chacun ce qui lui est dû : l'impôt, les taxes, la crainte, le respect, à chacun ce que vous lui devez » (Rm 13, 1-7).

Ou bien :

« Esclaves, obéissez en tout à vos maîtres d'ici-bas. Servez-les, non parce qu'on vous surveille, comme si vous cherchiez à plaire aux hommes, mais avec la simplicité de cœur de ceux qui craignent le Seigneur. Quel que soit votre travail, faites-le de bon cœur, comme pour le Seigneur, et non pour les hommes, sachant que vous recevrez du Seigneur l'héritage en récompense. Le Maître, c'est le Christ ; vous êtes à son service. Qui se montre injuste sera payé de son injustice, et il n'y a d'exception pour personne.

« Maîtres, traitez vos esclaves avec justice et équité, sachant que vous aussi vous avez un Maître dans le ciel » (Col 3, 22-25).

Et encore ceci :

« Esclaves, obéissez à vos maîtres d'ici-bas avec crainte et tremblement, d'un cœur simple, comme au Christ ; non parce que l'on vous surveille, comme si vous cherchiez à plaire aux

hommes, mais comme des esclaves du Christ qui s'empres- sent de faire la volonté de Dieu. Servez de bon gré comme si vous serviez le Seigneur, et non des hommes. Vous le savez, ce qu'il aura fait de bien, chacun le retrouvera auprès du Seigneur, qu'il soit esclave ou qu'il soit libre. Et vous, Maîtres, faites de même à leur égard. Laissez de côté la menace : vous savez que pour eux, comme pour vous, le Maître est dans les cieux et qu'il ne fait aucune différence entre les hommes » (Ep 6, 5-9).

« Tous ceux qui sont sous le joug de l'esclavage doivent considérer leurs maîtres comme dignes d'un entier respect, afin que le nom de Dieu et la doctrine ne soient pas blasphémés. Ceux qui ont des maîtres croyants, qu'ils ne leur manquent pas de considération sous prétexte qu'ils sont frères. Au contraire qu'ils les servent encore mieux, puisque ce sont des croyants et frères bien-aimés qui bénéficient de leurs bons offices » (1 Tm 6, 1-2).

Confirmé par ce passage :

« Que les esclaves soient soumis à leurs maîtres en toutes choses ; qu'ils se rendent agréables en évitant de les contredire, et en ne commettant aucun détournement. Qu'ils fassent continuellement preuve d'une parfaite fidélité ; ainsi feront-ils honneur en tout à la doctrine de Dieu notre Sauveur » (Tt 2, 9-10).

Reconfirmé par ceci :

« Rappelle à tous qu'ils doivent être soumis aux magistrats, aux autorités, qu'ils doivent obéir, être prêts à toute œuvre bonne, n'injurier personne, éviter les querelles, se montrer bienveillants, faire preuve d'une continuelle douceur envers les hommes » (Tt 3, 1-2).

Pierre par pierre, Paul fonde une sorte de théologie de l'État promise à un très grand avenir. Dans cette théorie, tout État, même dirigé par un tyran comme c'était le cas du temps de Paul (le règne de Néron a duré de 54 à 68) a le droit d'exister antérieurement à toute autre institution, ecclésiastique ou laïque. Car ce droit est fondé sur la « nature de l'homme ». L'homme, tel qu'il a été créé par Dieu ne peut en effet déve-

lopper ses aptitudes que par la vie en société. Si Dieu a voulu que l'homme soit un être social, il a aussi voulu les conditions indispensables à la vie sociale : la soumission à une autorité constituée. Paul la formule ainsi : « Que tout homme soit soumis aux autorités qui exercent le pouvoir, car il n'y a d'autorité que par Dieu et celles qui existent sont établies par lui. Ainsi, celui qui s'oppose à l'autorité se rebelle contre l'ordre voulu par Dieu » (Rm 13, 1). Rien de moins inquiétant pour les autorités impériales !

Du même coup, les maîtres d'esclaves peuvent aussi se rassurer, même ceux qui se sont convertis à la nouvelle religion. Leur autorité elle aussi vient de Dieu, et si on leur recommande de bien traiter leurs esclaves, ils doivent s'attendre que ceux-ci les servent le mieux possible. L'affranchissement n'est suggéré qu'en termes voilés.

Chez Pierre, on trouve le même discours :

« Soyez soumis à toute institution humaine, à cause du Seigneur ; soit au roi, en sa qualité de souverain, soit aux gouverneurs, délégués par lui pour punir les malfaiteurs et louer les gens de bien. Car c'est la volonté de Dieu qu'en faisant le bien vous réduisiez au silence l'ignorance des insensés » (1 P 2, 13-15).

Le message à l'intention des serviteurs est identique :

« Esclaves, soyez soumis avec une profonde crainte à vos maîtres, non seulement aux bons et aux doux, mais aussi aux acariâtres. Car c'est une grâce de supporter, par respect de Dieu, des peines que l'on souffre injustement. Quelle gloire y a-t-il, en effet, à supporter les coups si vous avez commis une faute ? Mais si, après avoir fait le bien vous souffrez avec patience, c'est là une grâce aux yeux de Dieu. Or, c'est à cela que vous avez été appelés, car le Christ aussi a souffert pour vous, vous laissant un exemple afin que vous suiviez ses traces » (1 P 2, 18-21).

Dans les Évangiles, écrits comme chacun sait après les Épîtres de Paul, on trouve la même théologie du pouvoir. Encore que...

Prenons par exemple le fameux « rendez à César ce qui est à César ». Il peut être interprété – et il l’a été en effet au cours des siècles – comme un acte de soumission aux autorités établies, fussent-elles autorités d’occupation comme c’est le cas de la Palestine du temps de Jésus. Mais replaçons cette célèbre parole dans son contexte :

« Ils envoient auprès de Jésus quelques Pharisiens et quelques Hérodiens pour le prendre au piège en le faisant parler. Ils viennent lui dire : “Maître, nous savons que tu es franc et que tu ne te laisses pas influencer par qui que ce soit : tu ne tiens pas compte de la condition des gens, mais tu enseignes les chemins de Dieu selon la vérité. Est-il permis, oui ou non, de payer le tribut à César ? Devons-nous payer ou ne pas payer ?” Mais lui, connaissant leur hypocrisie, leur dit : “Pourquoi me tendez-vous un piège ? Apportez-moi une pièce d’argent, que je voie !” Ils en apportèrent une. Jésus leur dit : “Cette effigie et cette inscription, de qui sont-elles ?” Ils lui répondirent : “De César.” Jésus leur dit : “Rendez à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu.” Et ils restaient à son propos dans un grand étonnement» (Mc 12, 13-17).

Remarquons d’abord que la monnaie dont il est ici question est une pièce d’argent et non l’*aureus* qu’Auguste a mis en circulation. Ce qui n’est guère étonnant, car l’or étant réservé aux grosses transactions, l’argent était la monnaie du commerce bourgeois et de l’impôt courant. Mais ce n’est pas une piécette de cuivre du commerce quotidien, ce qui, on va le voir dans un instant, a une importance cruciale.

Demandons-nous ensuite où est le « piège » dont on nous parle. Si Jésus répond qu’il faut payer l’impôt, il semble vouloir collaborer avec la puissance occupante qui réclame son tribut. Et dans le cas contraire, il passe pour un dangereux agitateur. C’est ce que le lecteur non connaisseur du judaïsme peut lire. Et la réponse déjoue aisément le piège. Elle annonce que le Royaume n’est pas de ce monde. En même temps elle est conforme à la théorie paulinienne de l’État qui commande le respect aux autorités établies. Et elle sera reprise à travers

les siècles comme preuve de la légitimation par le Christ de l’empire romain sous toutes ses formes.

Une autre lecture est possible si l’on considère qu’un juif de stricte observance, surtout par respect pour le deuxième Commandement, ne regarde ni les statues élevées sur les places publiques, ni les effigies des monnaies, ni aucune espèce d’image humaine. « Pourquoi dit-on de Rabbi Nahum qu’il fut un homme d’une sainteté supérieure ? Pour n’avoir de sa vie regardé une image de monnaie². » À l’époque du Christ, par égard pour les conceptions religieuses des juifs, les troupes romaines n’arboient pas leurs enseignes dans Jérusalem, et les ateliers monétaires de la province frappent des monnaies de cuivre portant des motifs anodins (d’où le rôle des changeurs du Temple, qui est, littéralement, de changer la monnaie à l’effigie de César en jetons qui n’offensent pas le deuxième Commandement). À partir de là, on peut supposer que les pharisiens en montrant à Jésus une pièce d’argent, probablement à l’effigie d’Auguste, cherchaient à vérifier, derrière la question du paiement du tribut à l’occupant romain, à quel degré d’observance se situait Jésus. Et la réponse peut être lue comme une réponse à cette question-là. Ne vous servez d’aucune monnaie romaine, car ces monnaies sont frappées à l’effigie d’un homme et enfreignent donc le deuxième Commandement.

Le texte de la passion, chez Jean, est plus clair, et dans la droite ligne de la théologie politique de Paul :

« Les Juifs lui répliquèrent : “Nous savons une loi, et selon cette loi il doit mourir parce qu’il s’est fait fils de Dieu !” Lorsque Pilate entendit ce propos, il fut de plus en plus effrayé. Il regagna la résidence et dit à Jésus : “D’où es-tu, toi ?” Mais Jésus ne lui fit aucune réponse. Pilate lui dit alors : “C’est à moi que tu refuses de parler ! ne sais-tu pas que j’ai le pouvoir de te relâcher comme j’ai le pouvoir de te faire crucifier ?” Mais Jésus lui répondit : “Tu n’aurais sur moi aucun pouvoir s’il ne t’avait été donné d’en haut ; et c’est

bien pourquoi celui qui m'a livré à toi porte un plus grand péché" » (Jn 19, 6-10).

Ainsi même le pouvoir odieux de ce fonctionnaire romain, représentant d'un lointain César, occupant illégitime de la Palestine, même ce pouvoir vient de Dieu. Et justement, Pilate prend peur parce que la foule vient de dire que Jésus s'est fait « fils de Dieu ». Ce qui veut dire que Pilate croit lui aussi que le pouvoir vient de Dieu et qu'il a devant lui quelqu'un qui pourrait avoir du pouvoir.

Jean est le seul des quatre évangélistes à faire mention de la frayeur de Pilate³. Il en dit peu. En particulier, il ne nous indique pas que Pilate était déjà effrayé. Nous pouvons seulement le déduire. Mais ce qu'il dit suffit à nous intriguer. Pourtant l'accusation des juifs devrait le laisser indifférent. Mais non ! Et l'Évangile selon saint Jean est le seul à nous faire comprendre que l'expression « fils de Dieu » a un sens à la fois pour les juifs et pour les Romains. Il nous faut nous attarder un instant sur ce point crucial, car il nous permet de préciser le cadre institutionnel dans lequel se déploie l'économie évangélique.

Voyons d'abord ce qu'il en est du côté juif. La mort par lapidation était prévue pour deux crimes : le blasphème consistant à prononcer le nom de Dieu, et le dévoiement du peuple. Pour le comprendre il faut revenir en arrière. Au chapitre 8 de Jean, Jésus déclare : « En vérité, en vérité, je vous le dis, avant qu'Abraham fût, Je Suis. » Alors, les Juifs ramassent des pierres pour les lancer contre lui (Jn 18, 58-59). Ici, on peut considérer que Jésus aux yeux des Juifs a blasphémé et que par conséquent il mérite la mort. Plus loin apparaît l'autre motif de lapidation : « Que faire ? » se demandent les grands prêtres devant les succès populaires de Jésus. « Si nous le laissons continuer ainsi, tous croiront en lui, les Romains interviendront et ils détruiront

3. Ce qui suit est inspiré d'Étienne Nodet, *Histoire de Jésus ? Nécessité et limites d'une enquête*, Cerf, 2003, et de l'interview qu'il a accordée à l'auteur pour le *Figaro littéraire*.

notre saint Lieu et notre nation. » Alors, Caïphe déclare « C'est votre avantage qu'un seul homme meure pour le peuple et que la nation ne périsse pas tout entière. » Et Jean d'indiquer : « C'est de ce jour-là donc qu'ils décidèrent de le faire périr » (Jn, 11, 47-54). Les trois autres évangélistes mettent beaucoup plus l'accent sur la jalousie des grands prêtres. Jean, quant à lui, insiste sur le risque politique que faisait courir le *Jesus movement*. Se proclamer fils de Dieu n'était pas en soi un blasphème. C'est une expression banale. Jésus le dit lui-même aux juifs : « Dans votre loi il est écrit que vous êtes des dieux. » Autrement dit, il n'y a pas de quoi en faire un scandale ! Il faut rappeler à ce propos que le judaïsme rabbinique reste très ferme sur la séparation de la Terre et du Ciel. Mais il n'en allait pas ainsi pour les Pharisiens qui, eux, croyaient à la résurrection. Et Paul le savait si bien que lorsqu'à son tour il est arrêté et traduit devant le Sanhédrin, il s'empresse de déclarer : « Frères, je suis Pharisien, fils de Pharisiens ; c'est pour notre espérance, la résurrection des morts, que je suis mis en jugement. » Il était sûr de son coup, car à peine avait-il prononcé cette phrase qu'un conflit s'éleva entre Pharisiens et Sadducéens, les seconds soutenant en effet qu'il n'y a ni résurrection ni ange ni esprit, alors que les premiers en professent la réalité. Et « ce fut un beau tapage » (Ac 23, 6, 9). Les Pharisiens croyaient à la résurrection de manière empirique. Ils concevaient qu'une entité, ange ou esprit, puisse se manifester après la mort.

Voyons maintenant ce qu'il en était du côté romain. Quel sens pouvait avoir l'expression « fils de Dieu » pour un haut fonctionnaire romain comme Pilate ? Pour le comprendre il faut remonter à 40 avant J. C. À cette date, Virgile compose un poème à l'occasion de la réconciliation d'Antoine et d'Octave, scellée par le mariage d'Antoine avec la sœur d'Octave. Du fils qui est attendu de cette union, le poète annonce la fin des guerres civiles qui ont ensanglanté Rome depuis des décennies et une nouvelle ère. La tonalité est messianique. L'enfant recevra en don la vie divine et il régnera sur un monde pacifié. L'espérance ne dura pas, car l'enfant attendu fut une fille !

À cette époque, le problème des Romains, c'est de maintenir leur contrôle sur l'ensemble de la Méditerranée. Or, les Parthes avaient réussi à installer un juif à leur dévotion, Antigone, pour gouverner la Judée depuis Jérusalem. Ils avaient ainsi un accès à la *mare nostrum*. Hérode s'est alors rendu à Rome, et il a convaincu le Sénat qu'un homme comme lui, dévoué aux Romains, pouvait rétablir l'ordre sur cette portion de la Méditerranée. Il réussit à se faire nommer roi. En 39, il débarque à Ptolémaïs (aujourd'hui Saint-Jean-d'Acire). Il est convaincu que s'il parvient à se faire reconnaître par les Galiléens, des paysans juifs revenus de Babylonié, la route de Jérusalem lui sera ouverte. Et de fait en 37, il s'installe à Jérusalem. Tout un débat est alors ouvert entre les juifs : Hérode ne serait-il pas le Messie ? Hérode croit lui-même être le Messie, il inscrit une étoile sur la monnaie qui porte son effigie. Et il aura des partisans, ces Hérodéens dont nous parlent les Évangiles. Flavius Josèphe, l'historien juif qui s'est mis au service des Romains, raconte que des savants persans, suivant une étoile, étaient arrivés jusqu'à Jérusalem. Cette étoile doit désigner le nouveau maître du monde. Or, après quelques éclipses, elle se dirige vers Auguste, peut-être par allusion à la comète qui avait consacré la divinité de César. Auguste lui-même se prétendra « fils de Dieu ».

Pilate est un fonctionnaire soumis à César. Aussi, quand il entend que Jésus est accusé de se prétendre fils de Dieu, il ne peut que prendre peur : a-t-il devant lui un concurrent de César ? Quelqu'un qui pourrait se prétendre le maître du monde ? En outre, il est superstitieux comme tous les Romains de cette époque. Et il n'est pas impossible que sa propre femme ait été guérie par Jésus. Il est donc très embarrassé, comme Jean le montre bien. De plus, c'était un fonctionnaire corrompu. Si l'on suit Flavius Josèphe (dans la version du manuscrit slavon) on apprend ceci : « Les docteurs de la loi furent blessés d'envie [par les succès de Jésus], et ils donnèrent trente talents à Pilate pour qu'il le tuât. Celui-

ci les prit et leur donna licence d'exécuter eux-mêmes leur désir. Ils le saisirent et le crucifièrent, en dépit de la loi des ancêtres. »

Trente talents, c'est une somme énorme, l'équivalent de 180 000 salaires journaliers. Rappelons que Pilate est en fonction sous le règne de Tibère, un empereur assez mou qui a tendance à repousser les décisions difficiles au lendemain et à laisser les gouverneurs s'engraisser sur les peuples qu'ils gouvernent. Flavius Josèphe utilise cette comparaison : il ne faut pas chasser les mouches qui s'acharnent sur une charogné. Car, une fois gorgées de sang, elles s'arrêtent de manger. Si vous les chassez, d'autres mouches viendront avec un appétit tout neuf. Mieux vaut donc ne pas changer trop souvent les gouverneurs. Le récit de Flavius Josèphe tient la route. C'est un récit historique. Il n'a pas d'implications théologiques.

Nous pouvons maintenant aborder directement à l'économie telle qu'elle est traitée dans le Nouveau Testament.

D'abord la parabole des ouvriers de la onzième heure, qui intéresse d'autant plus notre propos qu'elle traite du salariat.

« Le Royaume des Cieux est comparable, en effet, à un maître de maison qui sortit de grand matin, afin d'embaucher des ouvriers pour sa vigne. Il convint avec les ouvriers d'une pièce d'argent pour la journée et les envoya à sa vigne. Sorti vers la troisième heure, il en vit d'autres qui se tenaient sur la place, sans travail, et il leur dit : "Allez, vous aussi, à ma vigne, et je vous donnerai ce qui est juste." Ils y allèrent. Sorti de nouveau vers la sixième heure, puis vers la neuvième, il fit de même. Vers la onzième heure, il sortit encore, en trouva d'autres qui se tenaient là et leur dit : "Pourquoi êtes-vous restés là tout le jour, sans travail ?" — "C'est que, lui disent-ils, personne ne nous a embauchés." Il leur dit : "Allez, vous aussi, à ma vigne." Le soir venu, le maître de la vigne dit à son intendant : "Appelle les ouvriers, et remets à chacun son salaire, en commençant par les derniers pour finir par les premiers." Ceux de la onzième heure vinrent donc et reçurent

chacun une pièce d'argent. Les premiers, venant à leur tour, pensèrent qu'ils allaient recevoir davantage ; mais ils reçurent eux aussi chacun une pièce d'argent. En la recevant, ils murmuraient contre le maître de maison : « Ces derniers venus, disaient-ils n'ont travaillé qu'une heure, et tu les traites comme nous, qui avons supporté le poids du jour et la grosse chaleur. » Mais il répliqua à l'un d'entre eux : « Mon ami, je ne te fais pas de tort ; n'es-tu pas convenu avec moi d'une pièce d'argent ? Emporte ce qui est à toi et va-t-en. Je veux donner à ce dernier autant qu'à toi. Ne m'est-il pas permis de faire ce que je veux de mon bien ? Ou alors ton œil est-il mauvais parce que je suis bon ? » Ainsi les derniers seront les premiers et les premiers seront les derniers » (Mt 20, 1-15).

Ce texte a évidemment un sens religieux, mais ce qui nous intéresse ici c'est sa signification économique.

Apparemment, il s'agit d'un contrat salarial. Nous savons en effet (chapitre 4) que ce genre de contrat était courant pour les activités saisonnières, et nous sommes bien dans ce cas. Si le propriétaire de la vigne cherche de la main-d'œuvre en plus de ses serviteurs habituels, c'est que le moment est venu de vendanger. On voit mal en effet un tel maître sortir de « grand matin » tous les jours pour trouver de la main-d'œuvre.

Ce contrat salarial est dans la nature des choses. Pour manger, il faut travailler. C'est ce qu'enseignent les Écritures depuis la Chute (« Tu gagneras ton pain à la sueur de ton front »). Et pour quelqu'un qui n'a pas de capital – ce qui est apparemment le cas des ouvriers embauchés par le maître de la vigne – comment faire autrement que de travailler pour un autre, soit en tant qu'esclave soit en tant que salarié. Marx ne dira pas autre chose, on l'a vu. En tout cas, ce n'est pas à ces gens-là que l'on va dire qu'il est contraire à la dignité et à la liberté humaines d'aliéner sa force de travail.

Dans le contrat salarial, il est dit clairement que le salaire est convenu entre le maître et l'ouvrier : une pièce d'argent pour douze heures de travail. C'est un salaire au temps, pour les raisons que nous avons dites à partir de la théorie écono-

mique de la propriété. Tout à l'heure, le maître brandira ce contrat implicite devant l'ouvrier mécontent de ce que celui qui n'a travaillé qu'une heure soit payé autant que lui pour douze heures de travail – injustice apparemment d'autant plus grande que l'ouvrier à plein temps a supporté le poids de la grosse chaleur. Mais il n'a rien à reprocher à son maître : un contrat est un contrat et il a reçu son dû.

Le contrat de travail est supposé ici avoir été conclu entre partenaires agissant en connaissance de cause. Il est possible que cette connaissance ne soit pas parfaite. Une asymétrie d'information n'est pas exclue, soit que le maître en sache plus que l'ouvrier sur la pénibilité du travail qu'il va lui faire faire, soit que l'ouvrier en sache plus que son patron à ce même sujet, ou sur ses propres capacités à vendanger. Implicitement, il est admis que cette asymétrie peut être symétriquement distribuée, si l'on ose dire, qu'il y a autant de chances qu'elle profite au maître qu'à l'ouvrier. Il n'y a pas *d'a priori* en faveur de l'un ou de l'autre.

Avec les ouvriers de la troisième, sixième, neuvième et douzième heures, la relation avec le maître est d'un tout autre ordre. D'abord, leur situation est beaucoup moins avantageuse. Ils sont sans travail. Personne ne les a embauchés. Ils sont donc prêts à accepter n'importe quel emploi, sinon leur journée est perdue, et une telle perte est définitive (on n'est pas maître du temps, le temps passé ne se rattrape pas). Il n'est d'ailleurs pas question pour ces ouvriers-là de contrat de travail. Le maître dit seulement : « Je vous donnerai ce qui est juste. » Il ne prend pas d'autre engagement. Et bien malin qui pourrait dire à ce moment-là ce qui est juste dans l'esprit du maître. Ils acceptent cependant, trop contents d'échapper à une journée supplémentaire d'oisiveté. La situation des ouvriers de la onzième heure était la plus désespérée. Ils n'avaient quasiment aucune chance de trouver du travail une heure avant la fin de la journée. Ainsi est-on sorti de l'économie salariale pour entrer dans celle du don et du contre-don. Les ouvriers donnent leur travail sans engagement précis de

la part du maître. Celui-ci surenchérit par un don supérieur selon un mécanisme bien connu de l'économie du don où les comptes ne sont jamais exacts.

L'ordre dans lequel la paye est versée est évidemment choisi avec malice. On commence par les derniers pour finir par les premiers. Ainsi est annoncée la morale de ce conte immoral. Du même coup l'effet de surprise est maximum pour les ouvriers de la première heure. Au vu du gain qu'ont reçu les autres ouvriers, et particulièrement ceux de la onzième heure, ils s'attendent à recevoir un salaire magnifique. Si pour une heure de travail les derniers embauchés ont reçu une pièce d'argent, ceux qui en ont travaillé douze ne devraient-ils pas recevoir douze pièces d'argent ? Leur dépit est à la mesure de leur attente.

Ainsi, le dispositif scénique, pourrait-on dire, est aménagé pour exciter le plus possible chez les ouvriers qui ont travaillé tout le jour sous la grosse chaleur la plus antisociale des passions, à savoir l'envie. Et même dans ce cas, il est recommandé de ne pas y céder. « Emporte ce qui est à toi et va-t-en », dit le maître à celui qui en est possédé. Il le traite encore en ami, mais il refuse la moindre compassion pour son vice. Il lui pose cette question redoutable : « Ton œil est-il mauvais parce que je suis bon ? » qui résume admirablement la problématique de l'envie. Le seul antidote qui est opposé à l'envie, c'est le droit de propriété et son corollaire : le respect des contrats conclus. Car le droit de propriété est réaffirmé : « Ne m'est-il pas permis de faire ce que je veux de mon bien ? » fait semblant de se demander le maître. Notons bien qu'il s'agit de bien et non pas seulement d'argent. Le droit de propriété est ici affirmé sous la forme que lui a donnée le droit romain, c'est-à-dire sous sa forme absolue : *Usus, fructus, abusus*.

La leçon est claire. Quelles que soient les inégalités qui surviennent au bout de l'exercice – ici une journée de travail, mais cela pourrait être n'importe quelle période de temps – elles ne doivent pas empêcher que l'on respecte les contrats conclus et que l'on empêche le droit de propriété de s'exercer librement.

Le schéma de la parabole a quelque chose de rawlésien. Les ouvriers sont placés dans une position originelle où un voile d'ignorance leur cache les intentions finales du maître. Si les ouvriers de la première heure avaient pu savoir à l'avance comment seraient traités les ouvriers des heures suivantes, peut-être n'auraient-ils pas accepté le contrat tel qu'il leur a été proposé. On peut en dire autant des ouvriers des troisième, sixième et neuvième heures. S'ils avaient su, ils auraient peut-être exigé des engagements plus précis à leur embauche. Le voile d'ignorance est si épais qu'ils n'ont même pas l'intuition que la pièce d'argent dont il est question n'est pas divisible, et que donc le maître s'il paye ne peut payer moins qu'une pièce d'argent, qu'elle constitue une sorte de salaire minimum, le maître n'utilisant pas de pièces divisionnaires, du moins n'est-ce pas indiqué dans la parabole. Derrière le voile d'ignorance, les ouvriers acceptent à l'avance, les premiers les conditions de leur contrat de travail, les seconds de s'en remettre au sens de la justice du maître. Une fois le voile levé à la fin de la journée de travail, il est évidemment trop tard pour mettre en cause les conventions originelles.

On peut encore tirer une autre leçon de ce texte décidément fort riche, une leçon qui traite d'un fléau qui nous est contemporain : le chômage. « Pourquoi, demande le maître, êtes-vous restés là tout le jour, sans travail ? » – « C'est que, lui répondent les ouvriers, personne ne nous a embauchés. » S'agit-il donc de chômeurs involontaires ou volontaires ? Apparemment, ils sont prêts à travailler, et personne ne veut de leur travail. Mais il faut se méfier des apparences, surtout en matière d'emploi. Pour aller au-delà, il faut se remémorer quelques rudiments de la théorie, d'autant plus pertinents que le marché du travail au I^{er} siècle de notre ère est sans doute assez proche du modèle concurrentiel dont elle s'inspire.

Les journées n'ont que vingt-quatre heures. Elles sont divisées en deux. Le travail et le loisir. À partir de cette constata-

tion, l'économiste suppose que l'individu procède à un arbitrage entre travail et loisir. Il arrive un moment dans la journée où une heure supplémentaire de travail ne vaut pas l'heure de loisir que l'on sacrifie. À ce moment-là, qui peut varier d'un individu à l'autre, d'une circonstance à l'autre, l'individu en question s'arrête. On ne va pas reprendre ici la discussion sur la rationalité d'un tel comportement. Il suffit de dire qu'à un moment on s'arrête de travailler pour toutes sortes de raisons qui peuvent être physiologiques (la fatigue), psychologiques (goût pour la paresse), sociales (les nécessités de la vie en société), etc., qui, elles-mêmes, ne sont pas forcément rationnelles. On peut renverser l'ordre de l'arbitrage et dire que l'individu se met au travail – et quitte donc l'état de loisir – pour toutes sortes de raisons qui elles aussi ne sont pas toujours rationnelles. Un écrivain passionné par le roman qu'il est en train d'écrire passe des nuits blanches la plume à la main, un homme politique, mû par la *libido dominandi*, chère à saint Augustin, peut travailler en effet quinze heures par jour, sept jours par semaine, et trois cent soixante-cinq jours par an. Donc à ce moment où l'on passe du travail au loisir ou du loisir au travail, il y a équivalence de valeur entre le temps de travail et le temps de loisir. Comme il est difficile de donner une valeur marchande au temps passé à être oisif, on va se servir de la valeur du travail pour évaluer le loisir.

Le travail obéit et ne peut qu'obéir, dans une économie de marché comme celle qui est le décor implicite de la parabole, aux lois de l'offre et de la demande. Sur le marché du travail se rencontrent l'offre et la demande de travail. L'offre, c'est l'offre de travail des travailleurs. La demande, c'est la demande de travail des employeurs. On ne se pose pas la question si l'homme peut aliéner sa force de travail sans aliéner sa liberté, ou encore si la force de travail est une chose que l'on peut séparer de la personne.

Dès lors le marché du travail peut fonctionner comme le marché de n'importe quelle marchandise, ou plutôt comme n'importe quel bien durable ou capital que l'on peut acheter

(esclavage) ou que l'on peut louer (salarial). Et il fonctionne au mieux s'il peut prendre l'une ou l'autre forme.

L'offre de travail (des travailleurs) est le résultat d'un arbitrage entre travail et loisir. Dans une population donnée, nous aurons donc une partie de la population au travail et une partie de la population « au loisir », si l'on peut dire. C'est dire que nous avons d'un côté des travailleurs et de l'autre des chômeurs volontaires. Cette répartition varie en fonction des salaires. À chaque niveau de salaire correspondent un niveau d'emploi et un niveau de loisir. Il n'y a de chômeurs que volontaires.

Passons à la demande de travail. Cette demande est le fait des employeurs. Elle aussi est le résultat d'un arbitrage, mais cette fois entre embaucher et... ne pas embaucher. Beaucoup de paramètres entrent ici en cause : les prévisions sur les ventes futures de l'entreprise, toujours entachées d'incertitude, la productivité du travailleur que l'on s'apprête à embaucher⁴ comparée à son salaire, la possibilité de le remplacer par une machine moins coûteuse, etc. Il est évident que les patrons ne sont pas des philanthropes et que toute embauche correspond à leur intérêt.

La rencontre entre l'offre et la demande de travail permet de déterminer un prix de marché comme sur n'importe quel marché. Et, s'il s'agit de location, comme dans la parabole, ce prix n'est autre que le salaire. Il y a évidemment autant de salaires qu'il y a de marchés particuliers : les OS, les ouvriers qualifiés, les agents de maîtrise, les cadres, les cadres supérieurs, etc. Il y a même un marché pour les PDG. Sur chacun de ces marchés, le salaire établi par le jeu de la concurrence permet d'équilibrer l'offre et la demande de travail. Pour chaque marché, le salaire d'équilibre départage la population concernée en population au travail et population au loisir. Tout à l'heure, nous disions que, quel que soit le niveau de salaire,

4. Les économistes auront reconnu la notion de productivité marginale du travail.

il ne pouvait y avoir que du chômage volontaire. Cela reste vrai quand le niveau de salaire atteint le prix d'équilibre entre l'offre et la demande de travail. À ce niveau, comme à tous les autres, il ne peut y avoir que du chômage volontaire. Mais comme on ne peut pas considérer que quelqu'un qui n'a pas envie de travailler ou qui estime que travailler n'en vaut pas la peine est vraiment un chômeur, on en déduit qu'en économie de marché il ne peut y avoir de chômage du tout⁵.

Le chômage dans un tel système est tout aussi impossible que la mévente de n'importe quel produit. Tout achat est une vente, et toute vente un achat, mais l'échange ne peut se faire que si le prix est le résultat de la libre confrontation de l'offre et de la demande. Ainsi, l'égalité entre l'offre et la demande suppose une flexibilité parfaite de tous les prix y compris du prix du travail, c'est-à-dire le salaire.

Évidemment, dans le monde réel il n'en va pas ainsi. Il y a de la mévente. Et il y a du chômage. Le chômage provient tout simplement du fait que l'on ne laisse pas jouer librement l'offre et la demande de travail. C'est un chômage involontaire, comparable à une mévente sur le marché des carottes. S'il y a mévente, c'est qu'on empêché d'une manière ou d'une autre le prix d'atteindre le niveau qui égalise l'offre et la demande de carottes. De la même façon, s'il y a du chômage involontaire sur tel ou tel marché du travail, c'est que le salaire qui est pratiqué sur ce marché ne permet pas d'égaliser l'offre et la demande de travail.

La parabole de l'ouvrier de la onzième heure nous décrit le monde réel, et non le monde idéal de la théorie. Elle met en scène des chômeurs involontaires.

Nous sommes d'autant plus poussés à conclure dans ce sens qu'il apparaît maintenant que le maître a fixé le salaire d'abord, et qu'il fait le tour du marché du travail ensuite. Et il y a de fortes chances que ce salaire ne corresponde pas au prix d'équilibre de ce marché. Pour deux raisons. L'une bien

5. Les économistes reconnaîtront ici une application de la loi de Say.

apparente, il y a des chômeurs qui ne trouvent pas à s'embaucher alors qu'ils veulent travailler. L'autre implicite : si le maître revient sur le marché, c'est qu'au niveau du salaire qu'il a fixé (l'hypothèse d'un salaire minimum d'une pièce d'argent évoquée plus haut prend ici un peu plus de force), il n'a pas eu les moyens d'embaucher suffisamment et qu'il manque de bras pour accomplir le travail de la vigne. Il s'en est aperçu à la « troisième heure », et il n'est pas trop tard pour corriger le tir. Tout le long de la journée, en fait, il ne va cesser d'ajuster sa politique d'emploi. Mais cette fois, comme nous l'avons vu, il ne propose aucun contrat de travail.

Évidemment une telle stratégie ne peut se jouer qu'une fois. Si le lendemain le maître pratiquait la même politique d'embauche, il est probable que les premiers embauchés n'accepteraient pas le salaire qui leur est proposé. Ils arbitreraient en faveur du loisir au moins jusqu'à la onzième heure. Bref, ils voudraient tous être des ouvriers de la onzième heure, ce qui par définition est impossible.

On pourrait voir dans cette parabole une apologie du capitalisme. Rien ne peut être reproché au patron : il a exécuté le contrat de travail qu'il avait conclu avec les ouvriers, et il n'y a rien d'autre à dire.

Une autre parabole va dans le même sens, celle dite des talents, tout aussi célèbre :

« En effet, il en va comme d'un homme qui, partant en voyage, appela ses serviteurs et leur confia ses biens. À l'un il remit cinq talents, à un autre deux, à un autre un seul, à chacun selon ses capacités ; puis il partit. Aussitôt celui qui avait reçu les cinq talents s'en alla les faire valoir et en gagna cinq autres. De même celui des deux talents en gagna deux autres. Mais celui qui n'en avait reçu qu'un s'en alla creuser un trou dans la terre et y cacha l'argent de son maître. Longtemps après, arrive le maître de ces serviteurs, et il règle ses comptes avec eux. Celui qui avait reçu les cinq talents s'avança et en présenta cinq autres, en disant : « Maître, tu m'avais confié cinq talents ; voici cinq autres talents que j'ai

gagnés." Son maître lui dit : "C'est bien, bon et fidèle serviteur, tu as été fidèle en peu de choses, sur beaucoup je t'établirai ; viens te réjouir avec ton maître." Celui des deux talents s'avança à son tour et dit : "Maître, tu m'avais confié deux talents ; voici deux autres talents que j'ai gagnés." Son maître lui dit : "C'est bien, bon et fidèle serviteur, tu as été fidèle en peu de choses, sur beaucoup je t'établirai ; viens te réjouir avec ton maître." S'avancant à son tour, celui qui avait reçu un seul talent dit : "Maître, je savais que tu es un homme dur : tu moissonnes où tu n'as pas semé, tu ramasses où tu n'as pas répandu ; par peur je suis allé cacher mon talent dans la terre : le voici, tu as ton bien." Mais son maître lui dit : "Mauvais serviteur, timoré ! Tu savais que je moissonne où je n'ai pas semé et que je ramasse où je n'ai rien répandu. Il te fallait donc placer ton argent chez les banquiers ; à mon retour, j'aurais recouvert mon bien avec un intérêt. Retirez-lui donc son talent et donnez-le à celui qui a les dix talents. Car à tout homme qui a, l'on donnera, et il sera dans la surabondance ; mais à celui qui n'a pas, même ce qu'il a lui sera retiré. Quant à ce serviteur bon à rien, jetez-le dans les ténèbres du dehors : là seront les pleurs et les grincements de dents" » (Mt 25, 14-30).

Si Max Weber avait lu ce texte attentivement, il n'aurait jamais écrit *L'Éthique protestante et l'Esprit du capitalisme*. Car, ici nous avons une sorte de coïncidence fort troublante entre l'origine du christianisme et le régime dont le grand sociologue allemand cherchait à percer le secret.

Au départ, des dotations en capital très inégales que rien ne justifie sinon le bon plaisir du maître. Sauf qu'elles obéissent à une loi que les lecteurs d'Aristote connaissent déjà : « à chacun selon ses capacités » : Il s'agit d'une justice distributive, tout à fait congruente à la fonction de *pater familias* qu'exerce ici le maître. Les serviteurs dont il est question peuvent très bien être des esclaves. D'où se confirme la possibilité déjà entrevue que certains esclaves, justement parce qu'ils étaient esclaves, pouvaient servir de prête-nom au maître pour

ses opérations financières (une société à responsabilité limitée avant la lettre). Au temps de Jésus, le régime de l'esclavage était arrivé à un point de maturation telle qu'en effet certains esclaves occupaient des fonctions importantes. « Les esclaves qui ne sont pas domestiques sont artisans ou commerçants, travaillant pour le compte de leur maître, ou hommes d'affaires, peut-on lire dans un livre récent traitant de cette époque ; dans ce cas, ils sont parfois eux-mêmes tellement riches qu'ils ont aussi de nombreux esclaves à leur service⁶ ».

À l'arrivée, les dotations sont encore plus inégales qu'au départ. Comment l'expliquer ?

Une leçon paradoxale a le don de surprendre. Le résultat n'est jamais celui qu'on attendrait. Il n'est conforme ni au bon sens ni même au sens de la justice. Mais il est le reflet de la réalité. En économie classique, marxiste ou néo-classique, normalement, les résultats sont, toutes choses égales par ailleurs, proportionnels aux dotations initiales, les taux d'intérêt ou les taux de profits de différents secteurs étant égaux par la concurrence. Ici le taux est de 100 %. Appliqué à cinq talents, cela donne dix talents. À deux talents, quatre talents. Il n'y a ni rendements décroissants ni économies d'échelle⁷. La croissance économique, car il s'agit bien de cela, ne modifie pas la répartition du capital. C'est ce jeu auquel n'a pas voulu jouer celui qui avait reçu un talent.

Les dotations initiales sont allouées aux serviteurs par le maître, qui tient le rôle d'une sorte de *holding*. Les serviteurs ne sont donc pas propriétaires de leur capital. Ce qui s'explique aisément s'ils sont des esclaves comme nous l'avons dit. Ce sont des entrepreneurs non capitalistes dans un système capitaliste. L'actionnaire attend d'eux qu'ils fassent

6. Hugues Cousin, Jean-Pierre Lémonon, Jean Massonnet, *Le Monde où vivait Jésus*, Cerf, 2004.

7. Les mathématiciens de l'économie reconnaîtront une équation du premier degré. « linéaire ».

fructifier son argent, sinon il le mettrait ailleurs. Le taux en vigueur étant de 100 % (la période de fructification n'est précisée que par un « longtemps après », mais peu importe pour le raisonnement puisqu'elle est la même pour tous⁸), c'est au minimum ce taux qu'ils doivent atteindre. C'est bien ce qu'ils font. Et le maître actionnaire est satisfait.

Celui qui n'avait qu'un talent, qu'a-t-il fait de mal ? Il rend son bien au maître tel qu'il l'a reçu. « Voici ton bien. » Il a peur de son actionnaire, un « homme dur », un rapace qui moissonne où il n'a pas semé, qui ramasse où il n'a pas répandu. Ce serviteur est-il timoré ? Dans le langage économique contemporain, on dirait qu'il a une aversion pour le risque. Et d'ailleurs pourquoi se donner du mal pour un seul talent, avec l'espoir de ne gagner qu'un seul autre talent, quand les autres dans la même période de temps en gagneront le double et le quintuple ? Mieux vaut l'enfouir dans la terre avec un risque nul.

Mais l'actionnaire est furieux. Avec ce talent il a perdu une occasion de profit. Une perte modeste, mais qui suffit à déclencher son ire. Et à qui va-t-il donner ce talent en déshérence ? À la plus grosse des fortunes, l'argent attire l'argent. Quant au serviteur timoré, il est chassé dans les ténèbres extérieures. Normal. Puisqu'il n'a pas voulu jouer le jeu, il est exclu.

Belle leçon de *realeconomie* (comme on dirait *realpolitik*) sans la moindre trace de sensiblerie. De quoi illustrer l'une des phrases les plus mystérieuses, les plus immorales du Christ : « Car à celui qui a, il sera donné ; et à celui qui n'a pas, même ce qu'il a lui sera retiré » (Mc 4, 25).

Si on lit de plus près encore la parabole, on y trouve abordé le problème de la thésaurisation qui est contrairement aux apparences l'un des plus mal compris de l'économie et qui est ici posé et résolu d'une manière tout à fait correcte.

8. Cela s'appelle immobiliser une variable.

L'expression « creuser un trou dans la terre » pour y cacher une pièce d'argent doit d'abord nous mettre la puce à l'oreille. Il ne s'agit pas seulement de l'avare allant cacher sa cassette au fond de son jardin. Ordinairement, lorsque l'on creuse un trou dans la terre, c'est pour y placer une semence. Or l'argent ne pousse pas. Il est en lui-même stérile et ne peut faire de petits comme l'enseignait Aristote – et de cette observation le philosophe grec, on le sait, a tiré le caractère contre-nature du taux d'intérêt, ce qui a pesé d'un poids fort lourd sur la pensée économique occidentale. Encore au XVII^e siècle, les maîtres hollandais présentent le changeur en compagnie d'une femme sans enfants, comme si la stérilité de l'argent avait contaminé le couple par irradiation.

En allant enfouir son talent, le serviteur timoré fait retourner à la terre ce qui en était sorti : l'argent dont est fait sa pièce de monnaie. Opération d'une évidente absurdité économique. Et même, apparemment, d'une absurdité redoublée. En effet, pour certains économistes aux yeux desquels la monnaie n'est qu'un signe conventionnel, il est absurde d'extraire à grands frais des entrailles de la terre du métal argent pour n'en faire que de la monnaie, alors qu'à les entendre, n'importe quel objet moins coûteux pourrait en faire office. Or ici cette absurdité est redoublée par un geste inverse équivalent : creuser de nouveau un trou dans la terre pour y recacher ce qui y était caché !

En faisant ce geste doublement absurde, le serviteur a mis son « talent » hors circuit. Pour employer l'expression consacrée, il l'a thésaurisé. Or la parabole nous dit à demi-mot les effets économiques de la thésaurisation.

Rappelons d'abord la logique même de l'échange monétarisé.

Supposons que l'économie soit réduite à deux personnes : vous et moi. Votre voiture vaut un talent, vous cherchez à la vendre et je vous l'achète donc pour cette somme. Mais ce talent, vous allez l'enterrer au fond de votre jardin. Dans le cadre de relations uniquement bilatérales, ce talent que je

vous ai versé est une monnaie qui est une créance sur moi-même. Si vous n'en faites rien, si vous la gardez dans votre portefeuille, c'est comme si vous m'aviez prêté la valeur de votre voiture à un taux d'intérêt nul.

Dans la parabole des talents – et c'est ce qui accroît encore son intérêt pour l'économiste – jusqu'au retour du maître, le talent est définitivement retiré de la circulation, et même au retour il reste hors circuit puisque le serviteur remet son talent au maître – comme si dans l'exemple de tout à l'heure vous me remettiez la monnaie que je vous ai versée pour l'achat de votre voiture.

Or par le fait même de ce retrait, les autres talents qui eux circulent si bien qu'ils rapportent des fruits, sont eux-mêmes revalorisés. La valeur qui est maintenant sur le papier de quinze talents (10 + 4 + 1), est en fait de quatorze talents pour les richesses qui sont produites. Le pouvoir d'achat de chaque talent, du fait même du retrait d'un talent, est augmenté d'un facteur 15/14, soit 1,07. Le pouvoir d'achat des deux serviteurs qui sont restés dans le circuit sont donc respectivement de dix talents soixante et onze et de quatre talents vingt-neuf (ce qui fait bien un total de quinze talents). Or le talent que récupère le maître n'est pas divisible. En l'attribuant au premier serviteur, il perturbe moins la distribution telle qu'elle résulte du jeu économique que s'il l'attribuait au second. Et c'est bien ce qu'il fait : « Retirez-lui donc son talent et donnez-le à celui qui a les dix talents », au risque de choquer le bon sens ou le sens de la justice.

La parabole est donc d'une très grande rigueur sur le plan économique. Elle nous dit en peu de mots ce qui occupe des manuels entiers et arrive à un résultat auquel peu d'entre eux parviennent, à savoir que la thésaurisation est tout simplement un leurre qui profite à ceux qui ne thésaurisent pas.

Chez Luc, deux autres paraboles nous intéressent. La première est celle du grenier :

« Et il leur dit une parabole : "Il y avait un homme riche dont la terre avait bien rapporté. Il se demandait : "Que vais-

je faire ? car je n'ai pas où rassembler ma récolte." Puis il se dit : "Voici ce que je vais faire : je vais démolir mes greniers, j'en bâtirai de plus grands et j'y rassemblerai tout mon blé et mes biens." Et je me dirai à moi-même : "Te voilà avec quantité de biens en réserve pour de longues années ; repose-toi, mange, bois, fais bombance." Mais Dieu lui dit : "Insensé, cette nuit même on te redemande ta vie, et ce que tu as préparé, qui donc l'aura ?" Voilà ce qui arrive à celui qui amasse un trésor pour lui-même au lieu de s'enrichir auprès de Dieu."

« Jésus dit à ses disciples : "Voilà pourquoi je vous dis : ne vous inquiétez pas pour votre vie de ce que vous mangerez, ni pour votre corps de quoi vous le vêtirez. Car la vie est plus que la nourriture, et le corps plus que le vêtement" » (Lc 12, 16-23).

Un peu plus loin dans le même registre :

« Vendez ce que vous possédez et donnez-le en aumône. Faites-vous des bourses inusables, un trésor inaltérable dans les cieux ; là ni voleur n'approche, ni mite ne détruit. Car, où est le trésor, là aussi sera votre cœur » (Lc 12, 33-34).

La deuxième est celle du mauvais gérant :

« Puis Jésus dit à ses disciples : "Un homme riche avait un gérant qui fut accusé devant lui de dilapider ses biens. Il le fit appeler et lui dit : "Qu'est-ce que j'entends dire de toi ? Rends les comptes de ta gestion, car désormais tu ne pourras plus gérer mes affaires". Le gérant se dit alors en lui-même : "Que vais-je faire, puisque mon maître me retire la gérance ? Bêcher ? Je n'en ai pas la force. Mendier ? J'en ai honte. Je sais ce que je vais faire pour qu'une fois écarté de la gérance, il y ait des gens qui m'accueillent chez eux." Il fit venir alors un par un les débiteurs de son maître et il dit au premier : "Combien dois-tu à mon maître ?" Celui-ci répondit : "Cent jarres d'huile." Le gérant lui dit : "Voici ton reçu, vite, assieds-toi et écris cinquante." Il dit ensuite à un autre : "Et toi, combien dois-tu ?" Celui-ci répondit : "Cent sacs de blé." Le gérant lui dit : "Voici ton reçu et écris quatre-vingts." Et le maître fit l'éloge du gérant trompeur, parce qu'il avait agi avec habileté.

En effet, ceux qui appartiennent à ce monde sont plus habiles vis-à-vis de leurs semblables que ceux qui appartiennent à la lumière.

« Eh bien ! moi, je vous dis : faites-vous des amis avec l'Argent trompeur pour qu'une fois celui-ci disparu, ces amis vous accueillent dans les demeures éternelles.

« Celui qui est digne de confiance pour une toute petite affaire est digne de confiance aussi pour une grande ; et celui qui est trompeur pour une toute petite affaire est trompeur pour une grande. Si donc vous n'avez pas été dignes de confiance pour l'Argent trompeur, qui vous confiera le bien véritable ? Et si vous n'avez pas été dignes de confiance pour ce qui vous est étranger, qui vous donnera ce qui est à vous ?

« Aucun domestique ne peut servir deux maîtres : ou bien il haïra l'un et aimera l'autre, ou bien il s'attachera à l'un et méprisera l'autre. Vous ne pouvez servir Dieu et l'argent. »

« Les Pharisiens, qui aimaient l'argent, écoutaient tout cela, et ils ricanaient à son sujet » (Lc, 16 1-14).

Dans la première parabole, il s'agit de répondre à la question : comment gérer économiquement sa propre mort ? Une question que nous avons déjà rencontrée chez Platon — à quoi on reconnaît les grands textes. La question ne se pose pas aujourd'hui exactement dans les mêmes termes qu'au 1^{er} siècle de notre ère, car l'espérance de vie s'est considérablement allongée alors même que le spectacle de la mort est escamoté de la vie quotidienne. L'objectif de nos contemporains est de vivre convenablement jusqu'à la fin grâce à une retraite confortable. Il est même possible de mettre sa mort en jeu, au sens propre du terme, en plaçant ses biens en viager. Celui qui achète mon bien de cette manière parie que ma mort va survenir le plus rapidement possible, alors que je fais évidemment l'estimation inverse⁹. Pourtant ces deux paris contradictoires sont des contrats en bonne et due forme.

9. En ces temps d'allongement de la durée de la vie, on a vu des vendeurs de biens en viager survivre à leurs acheteurs.

L'assurance-vie, comme son nom l'indique est une autre façon de conjurer la mort, mais la logique est l'inverse de la rente viagère. Cette fois, l'assureur a intérêt à ce que l'assuré vive le plus longtemps possible, alors que les bénéficiaires de l'assuré ont intérêt à ce que sa vie soit abrégée le plus tôt possible. Le point de vue de l'assuré est neutre, à ceci près qu'il peut mourir tranquille puisqu'il ne laisse pas ses descendants démunis.

Dans la rente viagère comme dans l'assurance-vie se posent des problèmes d'asymétrie d'information, déjà rencontrés, qui jouent ici en principe en faveur du quidam. Je suis en effet ordinairement mieux informé sur ma propre santé que n'importe qui d'autre, si du moins le secret médical n'est pas violé. Mais avec les progrès de l'information génétique et de la médecine prédictive, il peut en aller autrement.

Il est une autre façon de combattre la mort, c'est d'écrire un testament. Une telle opération permet en effet au testateur d'imposer sa volonté au-delà de son propre décès.

Au droit romain, l'on doit l'invention du testament. Elle survient très tôt dès le 5^e siècle avant J.-C., on l'a vu. C'est une disposition exceptionnelle dans l'histoire de l'humanité. Il est en effet très rare que les hommes soient libres de régler à leur guise, selon leurs passions ou leurs fantaisies, les problèmes de leur succession. La puissance du testateur romain est telle qu'il peut instituer n'importe qui comme héritier. Cette disposition que complétait l'adoption, elle aussi une spécificité romaine, assurait plus facilement la transmission des patrimoines, puisqu'elle permettait d'éviter leur fractionnement entre les enfants du défunt.

La parabole de l'homme au grenier ne fait nulle allusion à la possibilité de tester. L'évangéliste, ici, fait comme si l'institution du testament n'existait pas. La raison de cette omission peut être de faire ressortir la totale vanité des biens de ce monde, que même un testament ne saurait réduire. Mais elle peut être aussi que le testament est tout bonnement impensable dans la culture juive de cette époque. Après son décès,

les biens du défunt doivent être partagés à égalité entre ses successeurs ou revenir à la collectivité. La question de la propriété après la mort reste donc entière : à tout moment, les biens qui constituent la propriété personnelle peuvent être arrachés à leur propriétaire passé de l'autre côté de l'Hadès. À quoi bon accumuler ? La nullité de la valeur du bien au moment du décès contamine l'ensemble de la chaîne de transmission des valeurs jusqu'au moment présent. Comme si, au terme du processus, la réalisation du bien en question était impossible : dans ces conditions, toute accumulation devient absurde. Mieux vaut faire bombance *hic et nunc*. Et c'est bien pourquoi la possibilité de tester est un complément indispensable au droit de propriété, comme les Romains l'avaient bien compris. Les possibilités théorique et pratique de mettre sa mort en jeu viendront ensuite se surajouter au testament pour répondre mieux encore au questionnement radical de la parabole de l'homme aux greniers – encore que ces procédés pourront être considérés comme misérables et inadéquats par un Blaise Pascal quand il formulera son célèbre pari.

La parabole du gérant trompeur est tout à fait surprenante. Voilà un serviteur qui est licencié parce qu'il est accusé d'indélicatesse. Accusation sans preuve, on l'aura noté. Mais le gérant fait en quelque sorte de lui-même l'aveu de sa corruption par des faux en écriture destinés à corrompre les débiteurs de son maître. Pourtant il reçoit l'éloge de ce dernier pour son habileté ! Telle est la première phase de cet étrange récit. Arrêtons-nous y un instant, car elle présente quelques difficultés de compréhension.

Quelle confiance peut-on avoir dans un gérant ? C'est la première question que pose la parabole du gérant trompeur. Cette confiance s'exerce dans le cadre d'un contrat implicite ou explicite de gérance. Dans la théorie économique, le mot le plus couramment utilisé est celui d'agence, mais il désigne la même chose que la gérance : la « relation d'agence » comporte un engagement contractuel implicite ou explicite assorti d'une délégation du pouvoir de décision de la part du « prin-

cipal » (l'homme riche de la parabole) au profit de l'« agent » (le gérant), délégation limitée à l'objet de cet engagement. Que nous dit la dite théorie de l'agence qui puisse éclairer la très paradoxale parabole du gérant trompeur ?

Aussi bizarre que cela puisse paraître aujourd'hui, la théorie de l'agence a été considérée au moment de sa formulation dans les années 1970, comme une découverte très utile pour combler une lacune de la théorie classique de l'entreprise. En effet, on croyait alors avoir tout dit quand l'on établissait que le but d'une entreprise était la recherche du profit maximum. Pour l'économiste classique, l'entreprise n'avait pas plus d'épaisseur qu'un point géométrique. La lacune – grossière, en vérité – est qu'une entreprise, quelle qu'elle soit, est faite de plusieurs types d'hommes ou de femmes, liés par différents types de contrats, et qu'ils peuvent avoir des intérêts divergents. Pour ne rien dire du fait que le point sans épaisseur de la théorie classique évolue dans un monde sans incertitude et sans risque, un point irréal dans un espace irréal ! La parabole du gérant trompeur nous montre bien l'épaisseur d'une entreprise avec la mise en scène de l'homme riche, du gérant, et de ses multiples débiteurs.

Le mérite de la théorie de l'agence est justement d'avoir mis l'accent sur de possibles divergences entre les actionnaires et les dirigeants de la firme, les seconds étant les agents des premiers. Ces divergences elles-mêmes étaient déjà connues¹⁰. Mais la théorie a systématisé la « relation d'agence » : en agissant pour le compte de son principal, un agent dispose forcément d'une marge de liberté, il agit à sa discrétion, et il ne peut pas ne pas voir les choses différemment de ce que son maître les verrait s'il se trouvait à sa place. Plus grand est le rayon d'action de l'agent, plus large doit

* p. 225 sq.

10. La possible divergence d'intérêt entre actionnaires et dirigeants d'entreprise avait déjà été observé par Means, un économiste américain célèbre de l'entre-deux-guerres.

être sa discrétion. Enfin, tant pour les relations entre actionnaires et dirigeants, que pour celles entre dirigeants et employés, la théorie en question a cherché à définir les types de rémunération qui permettent d'obtenir de l'agent qu'il agisse au mieux dans l'intérêt de son principal. Ce qui revient à abandonner l'hypothèse implicite de beaucoup de théories sociales, à savoir que les individus respectent spontanément les promesses qu'ils ont faites et obéissent d'eux-mêmes aux normes des organisations dont ils font partie.

La théorie de l'agence implique que les normes sont respectées seulement si les individus observent qu'un tel comportement peut constituer un moyen efficace d'aboutir à la réalisation de leurs objectifs propres. Il faut bien voir les conséquences : aucun droit n'est respecté si ceux dont on attend qu'ils le respectent n'ont pas intérêt à le respecter. On n'est pas loin de l'« état de nature » de Hobbes. Mais c'est précisément dans un tel univers que se situe la parabole du gérant indélicat. En réalité, aucun système ne permet de faire converger parfaitement les intérêts du principal et ceux de l'agent. Et c'est peut-être pour cette raison que ce genre de contrat ne pouvait donner lieu à rémunération en droit romain. Le mandat était réputé se faire entre amis et ne pouvait donc donner lieu à un revenu monétaire. Plus tard, quand il a fallu se résoudre à payer le mandataire, on a employé le terme d'honoraires, ce qui était une manière, on l'a dit, de masquer le problème.

Supposons maintenant que l'homme riche de la parabole cherche à minimiser la corruption dans ses entreprises (que l'on devine nombreuses et diversifiées, négoce d'huile, de blé...) et que cet objectif prime tous les autres. Comment va-t-il sélectionner ses gérants ? Il ne lui suffira pas de choisir ceux dans lesquels sa confiance est la plus grande.

Si vraiment son objectif premier est de tout faire pour réduire la corruption avant d'en arriver au résultat fâcheux de la dilapidation de ses biens, il va sélectionner les gérants non seulement à partir de la confiance que l'on peut leur faire,

mais aussi de leurs scrupules à respecter les lois, toutes leurs autres qualités étant considérées comme secondaires, voire nulles comparées à celles-là. Les gérants devraient en faire autant pour leurs propres agents. De proche en proche toute l'administration de l'homme riche sera épurée.

À supposer qu'une telle épuration soit possible, c'est-à-dire que l'homme riche soit capable de distinguer les canailles des honnêtes gens, cela ne suffirait pas, car le plus honnête homme, une fois en place, peut se laisser corrompre. Il faudra donc aussi prévoir toute une série de récompenses à un niveau suffisamment élevé pour inciter les agents une fois nommés à rester dans le droit chemin, et toute une série de punitions suffisamment lourdes pour qu'ils ne s'en écartent pas. C'est dire que le système de primes et de pénalités devra être construit d'abord sur des critères moraux.

Et la tâche de l'homme riche ne sera pas finie pour autant. Car, il faudra encore – et c'est le plus difficile – que les buts que vise l'homme riche soient pleinement expliqués à ses agents, que les agents ne disposent pas de plus de discrétion qu'il n'est nécessaire pour accomplir leurs tâches, que les règles établies par leur patron soient parfaitement définies, qu'elles ne souffrent d'aucune ambiguïté ni dans leur contenu ni dans leur application. Si le devoir d'un des agents requiert de lui qu'il poursuive des objectifs qui s'excluent mutuellement, si dans l'action, il se trouve placé devant des dilemmes, il devra à chaque fois s'en remettre au maître pour les résoudre. Les agents devront être surveillés et contrôlés par d'autres agents qui seront recrutés selon les critères définis plus haut et qui devront eux-mêmes être surveillés et contrôlés. Et ainsi de suite.

En résumé, une politique anticorruption ne peut avoir qu'un seul objectif : sinon éradiquer la corruption du moins la réduire le plus possible. Le problème ne vient pas de la nature de l'objectif, mais du fait qu'il n'y en a qu'un seul. En effet, le monde réel, on l'a déjà dit, est un monde où il y a toujours plusieurs objectifs, lesquels peuvent entrer en conflit

les uns avec les autres. Tout patron est obligé, chaque jour que Dieu fait, d'arbitrer entre les éléments de plusieurs objectifs. On sait bien que gouverner, c'est entre deux maux choisir le moindre ! Même si l'homme riche de la parabole était Pierre en personne, placé comme on le sait à la tête de l'Église par le Christ lui-même, la lutte contre la corruption ne pourrait être l'objectif unique de sa politique. Car chacune des mesures qu'il prendrait pour minimiser la corruption aurait un coût, comme la théorie économique du crime va nous le montrer (chapitre 9). Il est coûteux de s'informer du degré de confiance que l'on peut faire à un agent, coûteux de connaître son ardeur à respecter les lois, coûteux de s'assurer les services des seules honnêtes gens – coûteux non seulement à cause de l'argent qu'il faut payer pour les trouver, les payer, les garder, mais aussi et surtout à cause des occasions d'affaires perdues du fait qu'on les a choisis, car ce serait un hasard tout à fait extraordinaire que les gens les plus dignes de confiance soient aussi les plus intelligents, les plus énergiques, les plus aptes à prendre des risques – autant de qualités que vous aurez aussi à rechercher pour vos agents.

Une telle épuration aura un coût d'opportunité, dans le sens que lui donnent les économistes*. Et ce coût peut être très lourd, car il comprend encore d'autres éléments. L'argent et le temps que le maître va dépenser pour inciter ses agents à rester dans le droit chemin, pour les surveiller, l'argent et le temps que le maître dépense déjà du fait que leur marge de liberté est étroite et qu'ils font appel à lui devant le moindre dilemme¹¹ ; ce sont des ressources que le maître aurait pu consacrer à des tâches peut-être plus utiles, et surtout, la surveillance constante et le manque de discrétion peuvent peser sur le moral des gérants. À

* p. 223.

11. Sur ce point se reporter à Gary S. Becker & George J. Stigler, « Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers », in *Capitalism and Freedom, Problems and Prospects*, 242, Richard T. Selden (sous la dir. de), 1975. Becker et Stigler ont obtenu le Nobel d'économie, le premier en 1992, le second en 1982.

supposer qu'ils aient, comme c'est probable, horreur d'être espionnés toute la journée, cette vigilance permanente nuira à leur productivité, surtout si une partie du plaisir ou de la joie qu'ils trouvent à leurs tâches vient des initiatives qu'ils pourraient prendre librement. Admettons que pour minimiser la corruption le maître réduise la marge de manœuvre de ses agents au-dessous du seuil optimal qu'elle devrait avoir s'il n'y avait pas de corruption, pas même de possibilité de corruption, l'organisation de ses entreprises perdrait en efficacité. Et cette perte d'efficacité est comparable à un coût. L'atelier, la ferme, même à une époque où l'esclavage était pratiqué à grande échelle, ne pouvaient être tout à fait des casernes, encore moins des prisons, comme les historiens de l'esclavage l'ont montré et comme la théorie économique l'explique¹².

Bref, la lutte contre la corruption a donc un coût que l'homme riche de la parabole ne peut pas ne pas comparer à celui de la corruption elle-même. Comment peut-il faire autrement que de mener la lutte contre la corruption tant que les coûts de cette lutte resteront inférieurs à ses gains ?

Il est vrai que le moment fatidique où les coûts dépassent les gains est difficile à déterminer. D'autant plus difficile que l'on ne sait pas ce que, dans le camp d'en face, les corrupteurs sont prêts à mettre dans la balance pour acheter les gérants. Donc le maître de la parabole ne peut savoir combien il doit surpayer ses agents pour contrebalancer la tentation, et même si l'on nous dit qu'il est un homme riche, cette richesse n'est pas illimitée. En outre, il y a des postes ou des situations où il est impossible de substituer la surveillance à la confiance. Un agent secret, par exemple, on ne peut pas ne pas lui laisser

12. Cf. notamment Milton Meltzer, *Slavery, A World History*, Da Capo Press, New York ; Max Weber, *Économie et société dans l'Antiquité* précédé de *Les Causes sociales du déclin de la civilisation antique*, introduction de Hinnerk Bruhns, traduit de l'allemand par Catherine Colliot-Thélène et Françoise Laroche, La Découverte ; *De l'esclavage au salariat. Économie historique du salariat bridé*, de Yann Moulier Boutang, PUF.

une grande marge de discrétion, c'est bien le cas de le dire. Mais le raisonnement vaut autant pour toute une série de fonctions (représentant de commerce, négociateur, financier). De toute façon, même si le maître décide de recourir à des agents de contrôle, il faudra bien les surveiller eux aussi. En un mot comme en cent, le maître ne peut s'en sortir sans accorder un minimum de confiance à ses agents, et donc sans courir le risque que l'un ou l'autre cèdent à la corruption.

Relisons maintenant la parabole. L'accusation de corruption, nous l'avons déjà noté, est sans preuve. Elle est peut-être formulée par un rival de l'accusé. Mais cette accusation suffit à ruiner la confiance que l'homme riche pouvait avoir en son agent. Plus exactement, il en coûterait trop cher à l'homme riche de faire une enquête pour vérifier l'accusation. Le gérant lui-même ne reconnaît pas qu'il est coupable. Mais il ne se défend pas non plus contre l'accusation. Tout se passe comme s'il était évident, inévitable qu'un gérant trompe son maître. Et c'est bien ce que nous montre la théorie de l'agence : les intérêts du principal et de son agent ne peuvent être les mêmes puisque ce sont des individus différents. On s'aperçoit bien vite, du reste, à lire la parabole, que la corruption est générale. Aucun des débiteurs ne refuse de participer lui-même à la falsification d'écritures que lui propose le gérant indélicat.

En faisant l'éloge du gérant trompeur, l'homme riche reconnaît implicitement cet état de fait. Dans un tel univers, la seule qualité qui compte c'est « l'habileté ». Le maître fait l'éloge du gérant, « parce qu'il avait agi avec habileté ». L'histoire ne nous dit pas s'il le réembaucha. Mais il y a comme un regret dans le verset suivant : « En effet, ceux qui appartiennent à ce monde sont plus habiles vis-à-vis de leurs semblables que ceux qui appartiennent à la lumière. » Faut-il en conclure que les « fils de la lumière » (les croyants) devraient prendre des leçons auprès des habiles ?

La suite de la parabole est tout aussi paradoxale, voire subversive. Tout se passe comme si l'« Argent trompeur »

pouvait servir de médium entre le monde d'ici-bas et les demeures éternelles. Pourtant ce n'est plus le gérant qui trompe, mais l'Argent lui-même avec un A majuscule. Jusque-là on était dans une économie non monétaire (jarres d'huile, sacs de blé). D'un seul coup la monnaie est introduite. Et elle redouble la corruption sous-jacente. Pourtant, il est recommandé d'être digne de confiance pour l'« Argent trompeur » si l'on veut se voir confier le bien véritable. Mais en même temps est affirmée l'impossibilité de servir deux maîtres à la fois, Dieu et l'Argent. Il y aurait de quoi y perdre son latin si les Évangiles avaient été écrits dans cette langue !

En réalité, aucun système ne permet de faire converger parfaitement les intérêts du principal et ceux de l'agent. Et c'est peut-être pour cette raison que ce genre de contrat ne pouvait donner lieu à rémunération en droit romain, comme on l'a vu. La gratuité resterait la meilleure parade contre l'« Argent trompeur ».

Si l'on rappelle le verset déjà cité de saint Matthieu qui admet qu'un débiteur insolvable soit condamné par son créancier à être vendu, lui, sa femme, ses enfants et tout ce qu'il a, pour qu'il puisse acquitter sa dette (Mt. 18, 25), on a un tableau complet du capitalisme décrit par le Nouveau Testament où se mélangent droit romain et droit hébreu. C'est, dirons-nous, un capitalisme pur où le droit de propriété est absolu ; où le marché du travail est complet : on peut y louer ou acheter/vendre de la force de travail avec une totale liberté contractuelle ; où l'habileté prime l'honnêteté ; où la thésaurisation est forcément perdante ; où l'autorité est à la fois indiscutée et corrompible... bref où tout est monnayable et capitalisable, et où l'on sait bien que l'on ne peut rien emporter avec soi dans l'autre monde.

Certes, il est dit et répété que l'on ne peut servir Dieu et Mammon, mais si l'on sert Mammon, alors il faut en respecter les règles pour que ce service soit efficient...

Crime et châtime

Contraintes par corps d'aujourd'hui et d'hier

On pourrait se demander ce que vient faire l'économie du crime dans un ouvrage consacré à la relation entre les personnes et les choses. Apparemment, le pénal relèverait de l'État selon l'idée générale. Ce présupposé est contaminé par l'idéologie étatiste : à travers le droit pénal, ce serait la société qui se défendrait contre les criminels, et cette « défense intérieure » serait un apanage régalien au même titre que la défense dite « nationale ». Mais pour qui accepte de raisonner en économiste du droit, ces évidences sont à réviser de fond en comble.

Nous avons vu dès le premier tome que la responsabilité pénale était en relation biunivoque avec le droit de propriété et que cela impliquait un certain nombre de conséquences économiques*. Cette logique a été confirmée par l'analyse du droit romain dans sa forme originelle, le propriétaire faisant corps avec sa propriété de telle manière que l'on ne pouvait atteindre l'un sans l'autre et que le corps du propriétaire pouvait se substituer à la propriété, et réciproquement, pour l'ap-

* p. 304.

plication d'une peine. L'emprisonnement apparaît alors comme un cas particulier de contrainte par corps.

En réalité, juridiquement parlant, le droit pénal, littéralement le droit d'infliger des peines, est une autre forme du droit de propriété. En effet, si vous portez atteinte à l'un de mes biens d'une manière ou d'une autre, alors c'est que vous renoncez vous-même à l'idée même du droit de propriété, et par conséquent vous acceptez par avance que l'on porte atteinte à vos propres droits de propriété – une logique que nous avons retrouvée chez Kant lui-même. Ce raisonnement s'applique de la même façon au crime contre les personnes. Si vous blessez quelqu'un, alors c'est que vous admettez par avance que l'on vous blesse. Si vous tuez, alors, c'est que vous admettez par avance que l'on vous tue. La peine de mort n'a pas besoin d'autre justification : le criminel a consenti de lui-même à la loi du talion (dont nous avons analysé l'efficacité en économie primitive*) qui peut aller jusqu'à la peine capitale. Évidemment, si le droit de propriété n'est pas admis, alors le droit pénal manque de fondement. Or, le droit de propriété, nous le savons maintenant, ne va pas de soi, notamment le droit de propriété sur son propre corps.

Si nous prenions comme point d'origine l'œuvre de saint Augustin, par exemple, il n'est pas sûr que nous pourrions fonder un droit pénal. Pour l'évêque d'Hippone, en effet, l'âme est soumise à deux passions fondamentales contraires : le désir et la crainte. Il arrive que la crainte soit subordonnée au désir : si, par exemple, l'esclave tue son maître, c'est parce qu'il désire pouvoir satisfaire ses passions (*libidines*) en étant exempt de toute crainte (*Du libre arbitre*, I, 4, 10). Toutefois, dans la passion, le désir est nécessairement accompagné de la crainte en raison du genre de choses vers lesquelles il porte. Ces choses sont celles que l'on ne peut posséder sans danger de les perdre. « Opérant la conjonction de deux mouvements contraires, résume Emmanuel Bermon, la passion se définit

* p.354 sq.

comme le désir de posséder sans crainte de les perdre les choses que l'on ne peut posséder sans crainte de les perdre. Autrement dit, elle pousse l'homme à désirer jouir, sans crainte de les perdre, de choses que la crainte elle-même doit protéger¹. » Ici-bas, l'économiste le sait bien, aucun droit de propriété ne peut s'exercer sans supporter des coûts, et notamment sans coûts de surveillance et de protection. Ces choses que l'on ne peut posséder sans crainte de les perdre, précise Augustin, sont muables et assujetties au temps. Tout passe, tout casse, tout lasse, comme on dit. L'évêque d'Hippone ne fait que suivre ici l'enseignement du Christ : « Ne vous amassez pas de trésors sur la terre, où les mites et les vers font tout disparaître, où les voleurs percent les murs et dérobent. Mais amassez-vous des trésors dans le ciel, où ni les mites ni les vers ne font des ravages, où les voleurs ne percent ni ne dérobent. Car où est ton trésor, là aussi est ton cœur » (Mt 6, 19-21). Mais il n'est pas impossible, non plus, que l'évêque d'Hippone ait voulu répondre à Plutarque, qui, dans la vie de Solon, remarque : « Cependant c'est manquer de sens et de courage que de renoncer à acquérir des choses nécessaires, par la crainte de les perdre. À ce compte, il ne faudrait aimer ni la richesse, ni la gloire, ni la sagesse, quand on les possède, de peur d'en être privé. La vertu même, le plus grand et le plus agréable des biens, se perd souvent par l'effet de quelques maladies ou de certains breuvages². »

Or, parmi les choses vers lesquelles se porte le désir figure tout d'abord la vie humaine elle-même, qu'il est impossible de posséder sans risque de la perdre. Après l'exemple de l'esclave qui tue son maître par crainte des sévices, Augustin examine le cas des personnes qui tuent un assassin ou un ennemi pour sauver leur vie, leur liberté ou leur pudeur, et il les

1. Emmanuel Bermon, « La théorie de la passion chez saint Augustin », in *Les Passions antiques et médiévales*, sous la direction de Bernard Besnier, Pierre-François Moreau, Laurence Renault, PUF, 2003, p. 176.

2. Plutarque, *Solon*, VIII.

condamne en vertu du même raisonnement. « La défense prétendument légitime ne peut obéir qu'à un motif passionnel, puisqu'on tue dans ce cas pour quelque chose qu'on ne saurait conserver sans crainte de le perdre ou que l'on peut perdre contre son gré³. » La règle « Tu ne tueras point » s'applique même si votre vie est en danger, en temps de paix comme en temps de guerre. Le pacifisme intégral, l'objection de conscience ont leur propre cohérence, qui suppose l'absence de droit de propriété.

Aussi bien le droit pénal vient-il conforter le droit de propriété ! L'argument implicite est le suivant : aucune société ne peut vivre sans droit pénal ; or le droit pénal est fondé sur le droit de propriété ; donc le droit de propriété est indispensable. Ce qui fait problème, c'est que le droit pénal tel qu'il est conçu est un droit public qui n'est pas toujours respectueux des droits de propriété, c'est le moins que l'on puisse dire. Aussi bien, l'abolition de la peine de mort serait-elle congruente avec un État pour qui le droit de propriété ne fait pas partie des droits fondamentaux !

Il s'agit maintenant de voir ce que l'analyse économique du crime peut apporter. Cette analyse est fondée sur deux idées maîtresses.

Ni moins ni plus rationnellement que vous et moi, les criminels calculent les coûts et les bénéfices attendus de leur action, même dans le cas des crimes passionnels (où l'on retrouve en termes économiques les deux passions contraires de saint Augustin) : Eux aussi sont confrontés au phénomène de la rareté, et notamment à la rareté du temps. « Le crime est un emploi à plein temps ou à temps partiel exactement comme la charpenterie, l'ingénierie ou l'enseignement », observe l'Américain Gary Becker, déjà cité, pionnier de l'économie du crime. Le criminel compare le revenu qu'il peut tirer d'activités illégales à celui qu'il pourrait obtenir d'activités permises par la loi. Et cela explique, par exemple, pour-

3. Bermon, *op. cit.*, p. 177.

quoi les voleurs et cambrioleurs se recrutent plutôt dans les classes pauvres que chez les riches.

Les criminels sont sensibles aux prix de la même façon que les consommateurs et les travailleurs. Or le prix du crime, c'est la peine. Autrement dit, la peine fonctionne. Elle exerce un rôle de dissuasion sur les criminels.

Nous ne sommes pas en train de dire que cela correspond à la réalité, mais seulement que le droit pénal est fondé sur cette hypothèse. Pas seulement, du reste le droit pénal, mais aussi toute loi. Comme l'a bien exprimé Herbert Spencer : « Croire à l'efficacité de la législation, c'est croire que la perspective de certaines peines ou de certaines récompenses agira pour détourner ou pour déterminer, qu'elle modifiera la conduite des individus et par là l'action sociale [...] Si l'on accorde que le désir d'éviter le châtement agira sur la moyenne des hommes de façon à produire un résultat moyen prévu, il faut aussi accorder que, chez la moyenne des hommes, le désir d'obtenir la meilleure rémunération possible de leur travail, le désir de parvenir à un rang plus élevé, celui d'obtenir des louanges, et ainsi de suite, produiront chez chacun un certain résultat moyen⁴. »

Il se trouve que la peine a deux dimensions : la plus ou moins grande sévérité de la punition et la probabilité d'être arrêté. La première dépend du budget consacré à la justice, la seconde des dépenses de police. Comment un gouvernement doit-il arbitrer entre ces deux types de dépense ? Question

4. Herbert Spencer, *Introduction à la Science sociale*, p. 40, cité par Yvan Blot dans sa thèse, *La pensée économique et politique de Herbert Spencer*, IEP, Paris, 2004, ronéo, p. 555. Spencer ajoute : « Et accorder cela, c'est accorder qu'on peut dans une certaine mesure prévoir les phénomènes sociaux, et par conséquent qu'il existe une science sociale » Ce qui est fort contestable. On notera que comme Mises (T. I p. 108 sq.) plus tard, Spencer, pour sortir de la tautologie de la rationalité, est obligé de se rabattre sur une rationalité économique assez fruste (l'homme préfère la vie à la mort et un revenu plus élevé à un revenu moins élevé).

toujours actuelle, comme on peut s'en apercevoir presque tous les jours dans la presse. Pour l'économiste, il s'agit tout simplement d'un calcul d'optimisation.

La punition elle-même peut prendre la forme soit d'une amende, c'est-à-dire d'un prélèvement sur la propriété du condamné, soit d'un emprisonnement, une sorte, nous l'avons dit, de contrainte par corps. Gary Becker marque une nette préférence pour la première branche de l'alternative, ce qui n'est guère surprenant, car les amendes rapportent tandis que les prisons coûtent de l'argent à la collectivité. Dans cette alternative, la peine de mort ne peut trouver de justification que dans la dissuasion puisqu'elle implique que l'on renonce à tirer quelque revenu que ce soit du condamné. Et encore souvenons-nous de ce que Machiavel disait à ce sujet⁵. La peine de mort pourrait être commuée en argent si la victime ou les parents de la victime y consentaient, mais ceci est exclu du droit pénal public.

Voyons cela dans le détail.

L'explication traditionnelle de l'existence même du droit pénal tient à cinq arguments.

D'abord, il y a la constatation que le criminel a eu l'intention délibérée d'enfreindre la loi. Il ne s'agit pas d'un accident « civil », qui, comme son nom l'indique, relève de la responsabilité civile. Il faut donc lui appliquer un autre type de loi, c'est-à-dire la loi pénale. Comme on l'a dit plus haut, le criminel a accepté par avance qu'on lui inflige une peine qui porte atteinte à ses droits de propriété, y compris les droits qu'il aurait sur son propre corps.

Ensuite, on considère que le mal accompli est autant public que privé. Et même s'il n'y a pas de victimes privées (les crimes dits sans victime, c'est-à-dire sans victime autre que celui qui les commet, par exemple la consommation d'une substance interdite, que nous analyserons tout à l'heure), il peut y avoir offense à l'ordre public, qui donne lieu

* p. 41.

à l'application de la loi pénale. « Supposons même qu'il n'y ait ni tort ni injure à l'individu, observe un auteur du XVIII^e siècle, si l'on a commis quelque chose que la loi ait défendue, c'est un délit qui demande réparation, parce que le droit du supérieur [c'est-à-dire du souverain] est violé et que c'est faire injure à la dignité de son caractère⁵. » Par conséquent, les victimes sont toujours l'État en tant que représentant de la société, et éventuellement des victimes privées. Cette introduction de la société dans le champ de la justice ne va pas sans créer quelque problème, nous le verrons.

Le troisième argument est une conséquence du deuxième : le plaignant est l'État, et non une personne privée. Il s'agit d'une justice publique ; elle ne peut donc relever, par définition, du droit privé.

Quatrièmement, un niveau plus élevé de la preuve est exigé pour des raisons déjà exposées qui tiennent à la nature de la peine (stigmatisation sociale, privation éventuelle de liberté, et même de la vie si la peine de mort est en vigueur)*.

Enfin si la culpabilité est prouvée, alors la peine, définie selon un barème fixé à l'avance, est inévitable. Ce qui signifie qu'elle n'est pas négociable, même si la victime le voulait.

Par rapport à cette présentation traditionnelle, deux arguments supplémentaires sont utilisés par les économistes pour fonder le droit pénal.

En premier lieu, on constate l'inadéquation de la responsabilité civile à traiter des affaires criminelles pour trois types de raisons. D'abord, une compensation parfaite du dommage est parfois impossible, impraticable (la mort d'un être cher ne peut être réparée, par exemple). Ensuite, il s'agirait ici de protéger non des intérêts, mais des droits et des libertés. Sans

5. P. Risi, *Observations sur les matières de jurisprudence criminelle*, 1768, p. 9, cité par Michel Foucault, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 51.

* p. 304.

doute, quand seulement des intérêts sont en cause, peut-on parvenir à des transactions à l'amiable. L'échange volontaire augmente le bien-être des deux parties, mais cette règle est censée ne pouvoir s'appliquer ici, comme si droits et libertés n'étaient pas négociables. Enfin, la probabilité du criminel d'être pris est toujours inférieure à 1. Le crime est donc inévitable, il ne peut rester impuni, il faut donc qu'il soit puni. La responsabilité civile n'assure pas cette punition, la clause pénale étant en principe interdite. Il faut donc qu'il y ait un droit pénal.

Aucune de ces raisons ne peut l'emporter. C'est à la victime ou aux parents de la victime, non à l'État, d'estimer quelle compensation peut être satisfaisante – étant bien entendu qu'aucune compensation ne sera jamais parfaite et qu'une victime reste une victime. D'autre part, on ne voit pas pourquoi les droits et les libertés ne seraient pas négociables. Quant à la clause pénale dans les contrats privés, enfin, elle n'est interdite que parce que certains États s'en attribuent le monopole.

Le deuxième argument invoque la théorie économique du crime : le criminel est rationnel, et il faut donc proportionner la sévérité de la punition à la gravité de l'infraction. C'est l'objectif du droit pénal. La proportionnalité est inévitable. Si je suis puni d'adultère dès que je regarde la femme de mon voisin, alors autant le consommer tout de suite, et, pendant que j'y suis, éliminer un mari gênant⁶. Tel est bien le reproche que l'on faisait aux lois de Dracon (d'où l'expression de lois draconiennes) : « Excessivement sévères dans les punitions, elles ne prononçaient qu'une même peine pour toutes les fautes : c'était la peine de mort. Ceux qui étaient convaincus

6. Ce qui ne signifie pas que la parole du Christ est insensée, mais seulement qu'elle se situe au plan moral, et non au plan juridique. Elle s'inscrit même en faux contre le légalisme supposé des pharisiens. Le texte dit bien que « qui regarde la femme de son voisin pour la désirer commet l'adultère ». Cela dit, il est souvent difficile de regarder quelqu'un sans le désirer...

d'oisiveté, ceux qui n'avaient volé que des légumes ou des fruits, étaient punis avec la même rigueur que les sacrilèges et les homicides. Ainsi, dans la suite, Demade disait avec raison que Dracon avait écrit ses lois non avec de l'encre, mais avec du sang. Quand on demandait à ce législateur pourquoi il avait ordonné la peine de mort pour toutes ces fautes, il répondait : « J'ai cru que les moindres fautes méritaient cette peine, et je n'en ai pas trouvé d'autres pour les plus grandes⁷. »

Rien n'empêcherait une justice privée d'appliquer la proportionnalité des peines, on l'a bien vu avec la loi du talion qui est strictement proportionnelle*. À noter toutefois que cette proportionnalité varie énormément selon les époques et les sociétés. En droit lombard, par exemple, celui qui avait coupé le crin de la queue d'un cheval devait payer six *solidi*, alors que celui qui avait battu une servante enceinte jusqu'à la faire avorter était soumis à une amende de seulement trois *solidi*⁸.

Il est vrai que la distinction civil/pénal remonte loin dans le temps. On en trouve des traces dans la société romaine ancienne. On y distinguait en effet droits publics et droits privés. Le sujet de ces droits était une personne physique incarnée par le citoyen romain. Les droits privés avaient un rapport exclusif avec le particulier, tandis que chacun participait aux droits publics : par exemple chemins publics, parcs, auxquels tous avaient un droit égal. Chaque citoyen avait la mission et le droit de défendre ses intérêts, qu'ils soient publics ou privés, d'en empêcher la violation, ou, si celle-ci avait déjà été commise, d'en demander satisfaction de la même manière dans les deux cas. Ainsi, le faux témoin était-il précipité de la roche tarpéienne par le peuple, et chacun avait le droit de tuer le « condamné à mort », l'*homo sacer*. De

7. Plutarque, « Solon », XXII.

* p. 354 sq.

8. Barni, *op. cit.*, p. 109.

la vengeance privée dérive l'action pénale privée, et de la *vindicta publica* naquit l'action pénale publique⁹.

La grande différence entre le droit romain ancien et le nôtre, c'est précisément cette action pénale privée qui existait alors et qui a été supprimée. Jhering, l'historien allemand du droit déjà cité, fait ce commentaire intéressant : « Peut-être la vengeance publique était-elle, si je puis m'exprimer ainsi, beaucoup plus gauche, plus pesante et par cela moins vive que la vengeance privée. Cette dernière, ne mettant que deux personnes en présence, le but final de la vengeance, la satisfaction, pouvait par conséquent être facilement atteint par une convention entre ces personnes. Au contraire, l'offenseur se trouvait dans la vengeance publique en présence d'autant d'adversaires qu'il y avait d'offensés – et tout citoyen était offensé ; il ne lui servait donc de rien de se mettre d'accord avec un ou plusieurs de ces derniers, car il restait toujours des personnes non satisfaites. Le seul moyen de résoudre la difficulté était de conclure la convention du rachat avec le peuple tout entier, rassemblé dans ses comices, ou avec une personne autorisée à le représenter dans ce but. » Et de conclure : « L'organisation de la justice criminelle fut donc en réalité un progrès obtenu *dans l'intérêt du coupable*. Tandis qu'auparavant la vengeance le menaçait partout où il se trouvait ou allait, tandis qu'auparavant elle était illimitée et indéterminée, et qu'aucune convention, pas même la satisfaction déjà payée, ne pouvait le mettre à l'abri d'une nouvelle réclamation, ce changement lui procurait l'avantage d'une solution définitive de la question par sa condamnation à une peine au profit de la communauté¹⁰. »

On peut tenir le même raisonnement que Jhering en termes de coûts de transaction à la manière de Coase. Si les coûts de transaction sont faibles ou nuls (nombre limité de parties prenantes), quelle que soit la définition des droits de

9. Jhering, *op. cit.*, p. 213.

10. *Id.*, p. 214. Ital. dans le texte.

propriété concernés, ils échoiront entre les mains de ceux qui le valorisent le plus. À mesure que se multiplient les parties concernées (multiplication impliquée par la notion d'offense publique), les coûts de transaction augmentent énormément, et l'on peut même se retrouver dans des situations de *hold out* qui bloquent toute négociation. Alors, il faut se résoudre à une cote mal taillée qui est le droit pénal (public). Celui qui a commis une infraction sait à quoi s'en tenir. Il n'a pas à négocier avec chaque citoyen le montant de sa peine, une négociation qui serait de toute façon interminable. Bref, la loi pénale, comme toute loi, s'expliquerait par l'existence même de coûts de transaction.

Ajoutons que pour Jhering, il n'y avait pas supériorité d'un droit pénal sur l'autre : « Les peines que l'on prononçait, même la peine de mort, l'exil, la confiscation des biens, etc., n'indiquent nullement un rapport de supériorité et de subordination, un pouvoir de vie et de mort ; car, presque à chacune de ces peines [publiques] correspond une peine semblable, appliquée en cas de vengeance privée, laquelle, sans aucun doute, supposait un rapport de coordination entre le coupable et le lésé¹¹. »

Reste à savoir en quoi consiste exactement une offense publique. Toute atteinte contre des personnes ou des biens est une atteinte à des droits de propriété, qui sont par essence des droits privés. La seule offense véritablement publique, l'offense publique à l'état pur ne peut donc concerner que les crimes sans victime, lesdites atteintes à l'ordre public : le blasphème en d'autres temps, la prostitution, la pornographie, l'homosexualité entre adultes consentants à certaines époques, la consommation de narcotiques interdits par la loi, etc.

L'intervention de l'État, on l'a laissé entendre, fausse considérablement l'exercice pénal – non seulement parce qu'il ajoute à la liste des crimes les crimes sans victime, mais

11. *Id.* p. 215

aussi parce que dans les crimes avec victimes, *les victimes passent au second plan*.

De ce point de vue, il est intéressant de comparer les dispositifs de l'Ancien Régime et de l'État moderne à celui du droit romain ancien.

Dans l'Ancien Régime, le crime avec ou sans victime est considéré comme portant atteinte au souverain. « Il l'attaque personnellement puisque la loi vaut comme volonté du souverain ; il l'attaque physiquement puisque la force de la loi, c'est la force du prince », comme le dit Michel Foucault, dans *Surveiller et punir*¹². Et d'en déduire justement : « L'intervention du souverain n'est donc pas un arbitrage entre deux adversaires ; c'est même beaucoup plus qu'une action pour faire respecter les droits de chacun ; c'est une réplique directe à celui qui l'a offensé [...] Le châtement ne peut donc pas s'identifier ni même se mesurer à la réparation du dommage ; il doit y avoir dans la punition au moins une part, qui est celle du prince : et même lorsqu'elle se combine avec la réparation prévue, elle constitue l'élément le plus important de la liquidation pénale du crime¹³. » Il se confirme que la victime est ainsi oubliée.

Il en résulte toute une mise en scène du supplice.

Ainsi la mise à mort avait-elle plusieurs variantes : décapitation, pendaison, écartèlement, crucifixion, noyade, feu. Cette exécution était accompagnée de supplices divers et variés. « La peine de mort naturelle comprend toutes sortes de mort, lit-on encore en 1762 dans un *Traité des crimes* : les uns peuvent être condamnés à être pendus, d'autres à avoir le poing coupé ou la langue coupée ou percée et ensuite être pendus ; d'autres pour des crimes plus graves à être rompus vifs et à expirer sur la roue, après avoir eu les membres rompus ; d'autres à être rompus jusqu'à mort naturelle, d'autres à être étranglés et ensuite rompus, d'autres à être brûlés vifs,

12. Foucault, *op. cit.*, p. 51.

13. *Id.*, p. 51.

d'autres à être brûlés vifs après avoir été préalablement étranglés ; d'autres à avoir la langue coupée et percée, et ensuite être brûlés vifs ; d'autres à être tirés à quatre chevaux, d'autres à avoir la tête tranchée, d'autres enfin à avoir la tête cassée¹⁴. » On a vu précédemment à quels supplices terrifiants était condamné le parricide (*supra*, chapitre 3).

La mort elle-même ne mettait pas fin à la punition. En fonction de la gravité du crime qu'avait commis le supplicé, le cadavre pouvait soit être enterré dignement en terre chrétienne, soit jeté aux vautours ou aux chiens, soit encore livré à la foule qui s'emparait des restes et les brandissait comme des trophées. La guillotine ou le poteau d'exécution sont venus « humaniser » ces exécutions. Le cadavre est désormais respecté.

La lenteur calculée des supplices qui conduisaient à la mort anticipait sur les peines de la justice de Dieu. Cette mise en scène donnait à voir ce que sont les peines de l'enfer. Les hurlements du condamné, sa révolte, ses blasphèmes signifiaient son destin irrémédiable. Même la cruauté de la peine d'ici-bas pouvait s'inscrire en déduction de la peine future. Encore qu'une autre interprétation fût possible : de telles souffrances étaient le signe que Dieu avait abandonné le coupable aux mains des hommes. Sur la croix, le Christ lui-même ne s'est-il pas écrié juste avant de mourir : « *Eli, Eli, lema sabaqthani ?* Mon Dieu, mon Dieu, pourquoi m'as-tu abandonné ? » (Mt 27, 46) : « De là, observe Foucault qui ne va pas jusqu'à se référer au Calvaire, cette formidable curiosité qui presse les spectateurs autour de l'échafaud et des souffrances qu'il donne en spectacle ; on y déchiffre le crime et l'innocence, le passé et le futur, l'ici-bas et l'éternel. » Dans le cas du Golgotha, notons-le, ce n'est ni le comportement ni les paroles du condamné qui permettent au spectateur de déceler son innocence, mais le voile du Temple qui se déchire du haut

14. J. A. Soulages, *Traité des crimes*, 1762, I, p. 169-171, cité par Foucault, *op. cit.*, p. 36.

en bas, la terre qui tremble, les rochers qui se fendent, les tombeaux qui s'ouvrent. Alors seulement « le centurion et ceux qui avec lui gardaient Jésus furent saisis d'une grande crainte et dirent : "Vraiment, celui-ci était Fils de Dieu." »

Il y avait aussi une raison institutionnelle à cette mise en scène. On l'a dit plus haut, le souverain était mis en cause par le crime, et il lui fallait une vengeance à son niveau. Le cérémonial du supplice restaurait la souveraineté blessée en la manifestant dans tout son éclat. « Son but, écrit Foucault, est moins de rétablir un équilibre que de faire jouer, jusqu'à son point extrême, la dissymétrie entre le sujet qui a osé violer la loi, et le souverain tout-puissant qui fait valoir sa force [...] l'exécution de la peine est faite pour donner non pas le spectacle de la mesure, mais celui du déséquilibre et de l'excès ; il doit y avoir, dans cette liturgie de la peine, une affirmation emphatique du pouvoir et de la supériorité intrinsèque. Et cette supériorité, ce n'est pas simplement celle du droit, mais celle de la force physique du souverain s'abattant sur le corps de son adversaire et le maîtrisant : en brisant la loi, l'infraction a atteint la personne même du prince ; et c'est elle – ou du moins ceux à qui il a commis sa force – qui s'empare du corps du condamné pour le montrer marqué, vaincu, brisé. La cérémonie punitive est donc au total "terrorisante"¹⁵. »

Il suffit de comparer cette liturgie avec la manière dont la justice était rendue en droit romain ancien pour se rendre compte du chemin parcouru par l'État depuis la Loi des Douze Tables jusqu'aux monarchies d'Ancien Régime.

« Celui qui pour une injustice soufferte était obligé de recourir à la justice privée, expose Jhering, n'en était pas réduit à ses propres forces, débiles souvent, mais l'injustice provoquait dans le sein de la communauté la même réaction du sentiment juridique qu'en lui-même. La prépondérance de la force physique se jetait régulièrement du côté de celui qui avait le droit pour lui. Le sentiment du droit a pour lui le sentiment de

15. Foucault, *op. cit.*, p. 53.

se réaliser. Une violation de ce sentiment, n'atteignît-elle même qu'un individu isolé, réveille cet instinct non seulement chez cet individu, mais chez tous les autres. Si ce sentiment ne trouve point, pour se réaliser, un organe constitué à cet effet, il cherchera à se satisfaire directement. Qu'il n'y ait point de juge pour appeler le délinquant à rendre compte de son méfait, et pour lui appliquer la peine, celle-ci n'en ira pas moins frapper le coupable, peut-être même d'une manière plus sûre et plus rapide que dans l'organisation la plus perfectionnée de la justice. C'est la justice populaire qui fait respecter la morale populaire¹⁶. » Il n'y avait de procès proprement dit que là où la prétention de la victime était contestable. Lorsqu'elle était évidente, l'exécution suit immédiatement ; c'est l'intéressé qui la poursuit, les autorités n'avaient pas à intervenir. « Celui qui a un droit évident n'a pas besoin de recourir à l'autorité, ni pour la faire reconnaître, ni pour la faire réaliser. La réalisation ne concerne que l'intéressé. » On supposait tacitement que la résistance contre une défense privée juste n'était même pas à prévoir, et que la force de l'intéressé seul était suffisante. C'est ainsi que l'ancien droit autorisait le propriétaire à tuer, sans autre forme de procès, le voleur nocturne, même lorsqu'il n'était pas armé¹⁷. (Nous avons déjà analysé ce cas en droit primitif dans le premier tome.)

En droit romain ancien, la peine remplissait en même temps l'office de dommages-intérêts. L'injustice n'était ressentie que dans ses effets, au lieu d'être appréciée dans sa cause. « Que le coup ait été porté avec intention ou par mégarde, ou sans faute aucune, qu'importe à celui qui l'a reçu ? Il sent la douleur, et la douleur le pousse à la vengeance¹⁸. » Et nous savons toute la rationalité économique de la responsabilité sans faute en droit primitif*. Et sans doute le

16. Jhering, *op. cit.*, I, p. 123.

17. *Id.*, p. 124.

18. *Id.*, p. 129.

*p. 263 sq.

lésé pouvait-il exagérer ses prétentions comme le pouvait, dans la procédure romaine, celui qui devait déterminer la *litis aestimatio* au moyen d'un *juramentum in litem*. « Mais son propre intérêt lui commandait de ne pas rendre le rachat impossible à son adversaire. Nous devons ici nous représenter à l'esprit une espèce de marché, où les deux parties débattaient leurs prétentions respectives jusqu'à ce qu'elles fussent tombées d'accord. L'expression usitée pour cette négociation était *pacere, pacisci, depicisci* ; l'accord lui-même s'appelait *pactum*. La signification originelle de *pactum* n'est donc point d'une « convention », mais celle de *pax* (« paix »), c'est-à-dire l'apaisement des hostilités : l'accord met fin à la discorde. Il était donc de l'intérêt des deux parties que l'exercice de la vengeance privée pût, en règle générale, se terminer par le rachat, et les précédents pouvant les guider dans la fixation du montant de la composition, dans chaque cas particulier, devaient assurément être nombreux¹⁹. »

Les contestations juridiques donnaient lieu à des décisions contractuelles. L'intéressé dont le droit était contesté par son adversaire lui proposait l'alternative suivante. Soit recourir à l'arbitrage d'un tiers authentique, et donc impartial par nature (le tiers, par définition, ne peut être qu'impartial comme l'a si bien noté Alexandre Kojève dans son *Esquisse d'une phénoménologie du droit*). Soit lui déférer le serment sur la non-existence de son droit à lui, demandeur – une façon pour le demandeur d'établir son adversaire en juge en lui déférant le serment (et de prendre le risque d'un parjure s'il ment). Quelle que soit la voie choisie, la décision était satisfaisante pour les deux parties. Car, dans les deux cas, elle reposait sur le consentement *ex ante* des parties. Mais, demandera-t-on, qu'arrivait-il si l'adversaire déclinait ces propositions ? Par ce refus, il se condamnait lui-même, car pourquoi refuser, s'il était convaincu de son droit ? Ce refus prouvait qu'il n'avait pas confiance en la justice de sa cause.

19. Jhering, *op. cit.*, I, p. 137-138.

Bref, au contraire du juge que nous connaissons, le juge en droit romain ancien tenait son pouvoir non de l'État, mais de la soumission volontaire des parties. La mission du juge d'Ancien Régime ou moderne ne consiste pas seulement à constater, à dire le droit, mais à le réaliser. Les fonctions du juge romain sont seulement celles d'un arbitre, tel que nous le connaissons encore aujourd'hui – fonctions qui ont traversé les siècles parce qu'elles reposent sur la nature même de l'arbitrage. Preuve en est que déjà Solon avait défini ainsi les règles de l'arbitrage : « Si les citoyens veulent choisir un arbitre pour terminer les différends qui se seront élevés entre eux pour leurs intérêts particuliers, qu'ils prennent celui qu'ils voudront d'un commun accord ; qu'après l'avoir pris, ils s'en tiennent à ce qu'il aura décidé ; qu'ils n'aillent point à une autre tribunal ; que la sentence de l'arbitre soit un arrêt irrévocable. » Tout est dit dans ces quelques lignes écrites il y a vingt-six siècles. C'est qu'il y a dans le processus de l'arbitrage une logique impeccable qui ne peut conduire qu'à des espèces d'invariants qui traversent les civilisations. Comme le dit le juriste Thomas Clay : « Force est de constater l'incroyable identité des solutions données à l'arbitrage à travers les siècles²⁰. » Et d'abord ce trait permanent : l'arbitre a la *juris dictio*, « le pouvoir de dire le droit ».

L'arbitre, qui puise son pouvoir dans le choix des parties, est donc leur simple mandataire, ses fonctions se bornent à dire le droit ; la réalisation du droit est abandonnée aux parties elles-mêmes. De même le juge du droit romain ne tient son pouvoir que du mandat des parties. « Cela résulte de la manière la plus évidente, explique Jhering, de ce qu'un procès ne peut être entamé, lorsque la partie adverse refuse son consentement. Une décision du magistrat ou du juge qu'il a nommé n'a pour la partie adverse aucune force obligatoire, si elle ne s'y est pas soumise d'avance. La contestation qu'elle

20. Thomas Clay, *L'Arbitre*, préface de Philippe Fouchard, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001.

a avec son adversaire est chose d'intérêt purement privé ; comment le magistrat pourrait-il s'immiscer sans une invitation des deux parties ? C'est ainsi que lorsque le défendeur s'y oppose, aucun procès ne peut être introduit contre lui ; le demandeur doit alors se tirer d'affaire tout seul, et il le fait en procédant à la *manus injectio*. Tout le procès repose sur la convention des parties. Elles se mettent d'accord sur la personne du juge que le magistrat leur constituera, et elles se promettent mutuellement de se conformer à sa décision. La force décisive, qui appartient à la sentence du juge, ne repose donc point sur ce qu'elle émane d'un juge public, mais sur ce qu'elle lui a été d'avance attribuée par les parties. La convention des parties a le caractère d'une promesse conditionnelle : elles se promettent que le vainqueur aura ce que le juge lui adjugera. Voilà pourquoi le juge ne pouvait dans le cours du procès faire aucune injonction aux parties, ni les citer ni les menacer de peines si elles ne comparaissaient point dans les délais, etc. Voilà encore pourquoi les tribuns, qui pouvaient opposer leur veto au magistrat auquel était confiée l'administration de la justice, ne pouvaient en user contre le juge. C'est que le juge n'était pas un officier public, mais bien un arbitre des parties à la nomination duquel un officier avait concouru. Voilà, enfin, pourquoi la sentence du juge n'était pas un ordre ou une défense à la partie succombante, mais une simple opinion (*sententia*), une explication (*pronuntiatio*) donnée par le juge sur la question controversée. Tout cela se manifeste de la manière la plus évidente dans la forme de procédure la plus antique, dans la *legis actio sacramento*. Le procès y est revêtu de la forme d'un pari et chaque partie dépose une somme déterminée (*sacramento*), qu'elle perdra si elle succombe. Ce pari est soumis à la décision du juge, et il prononce, en déclarant que le *sacramentum* de la partie qui à ses yeux a raison, est *justum*, ce qui implique la perte du *sacramentum*. De condamnation, il n'en est pas question²¹. »

21. Jhering, *op. cit.*, I, p. 176.

Le juge du droit ancien n'impose rien au défendeur; il ne lui donne aucun ordre au nom de l'État ; il ne fait que donner aux parties le secours de ses connaissances juridiques. La langue a exactement exprimé le rapport qui existe entre l'action du juge et celle du demandeur. Le juge doit uniquement « dire le droit », de là son nom *judex*, et il le fait en donnant son avis (*sententia*). Le demandeur au contraire, est « celui qui agit » (*actor*) ; il agit en réalité, car il met la « main » (*manum injicere, conserere ; vindicare*), selon la diversité des procès, sur des personnes ou sur des choses²².

On a insisté sur le juge en droit romain ancien, car il est le modèle de l'arbitre moderne qui prend une place croissante dans l'économie contemporaine. On dirait même que l'arbitre est fait pour elle qui aujourd'hui tend à ne connaître ni État ni frontières. Les sentences qu'il rend sont « anationales », la procédure qu'il utilise est localisable à la fois nulle part et partout. La justice qu'il délivre est rendue en privé dans le plus grand secret ; elle fait la démonstration que l'État n'a pas le monopole du pouvoir de juger. L'arbitre ne doit allégeance à aucun ordre juridique étatique particulier, puisqu'il n'a pas de « for » — entendez pas de tribunal. Ou plutôt son for s'est dématérialisé, puisqu'il s'est déplacé de l'espace réel constitué par un territoire, vers un espace symbolique, celui du consentement des parties. Aucune autre institution juridique ne paraît mieux en phase avec ce qu'il est convenu d'appeler la mondialisation. L'arbitre apparaît ainsi comme le juge naturel du commerce international. Cette réalité, déjà envisagée par Jean Domat, le grand jurisconsulte français du XVII^e siècle, n'est plus contestée par personne: Robert Badinter, quand il était garde des Sceaux, l'a reconnue. L'arbitre pourrait même devenir le juge naturel du commerce interne, puisqu'un premier président de la Cour de cassation en fonction est allé jusqu'à se demander « si le juge est véritablement apte à dire utilement le droit en matière économique et financière ».

22. *Ibid.*

Maintenant il nous faut expliquer pourquoi on est passé des peines d'Ancien Régime au code pénal moderne sans revenir pour autant au modèle du droit romain, si présent dans les esprits au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles.

Examinons d'abord les manifestations pénales de cette mutation.

Les supplices sont abolis, les travaux publics forcés supprimés. Le cadavre n'est plus livré ni aux chiens ni à la foule. « Ne plus toucher au corps, ou le moins possible en tout cas, et pour atteindre en lui quelque chose qui n'est pas le corps lui-même », tel paraît être le nouveau mot d'ordre, la nouvelle formule de l'ordre pénal²³. Certes, les peines ont toujours un aspect physique – comment pourrait-il en être autrement ? Mais le corps dans le nouveau régime est pris dans un système de contrainte et de privation, d'obligations et d'interdits. « La souffrance physique, la douleur du corps lui-même ne sont plus les éléments constitutifs de la peine. » (On a observé une évolution semblable dans le traitement des esclaves.) Du coup, toute une armée de techniciens (surveillants, médecins, aumôniers, psychiatres, psychologues, éducateurs) est venue prendre le relais du bourreau « anatomiste immédiat de la souffrance²⁴ ».

Dans le même mouvement, aux « mille morts » des peines capitales d'Ancien Régime est venue succéder l'unique décapitation. Comme l'indique l'article 3 du Code français de 1791 : « Tout condamné à mort aura la tête tranchée ». L'invention de Guillotin, mise en pratique à partir de mars 1792 est congruente à cette éthique nouvelle. Comme le dit un commentaire de l'époque : « L'expérience et la raison démontrent que le mode en usage par le passé pour trancher la tête à un criminel expose à un supplice plus affreux que la simple privation de la vie, qui est le vœu formel de la loi, pour que l'exécution soit faite en un seul instant et d'un seul coup ; les

23. Foucault, *op. cit.*, p. 13-14.

24. *Idem*, p. 16-17.

exemples prouvent comme il est difficile d'y parvenir. Il faut nécessairement, pour la certitude du procédé, qu'il dépende de moyens mécaniques invariables, dont on puisse également déterminer la force et l'effet... Il est aisé de faire construire une pareille machine [la guillotine] dont l'effet est immanquable ; la décapitation sera faite en un instant selon le vœu de la nouvelle loi. Cet appareil, s'il paraît nécessaire, ne ferait aucune sensation et serait à peine perçu²⁵. » Donner la mort sans faire souffrir – une pratique en vigueur dans les pénitenciers de certains États américains – c'est « appliquer la loi moins à un corps réel susceptible de douleur, qu'à un sujet juridique, détenteur, parmi d'autres droits, de celui d'exister²⁶ ».

Ce respect du corps du condamné, vif ou mort, vient sans doute de ce que l'on ne croit plus dans l'au-delà. Mais ce ne peut être la seule explication.

Les réformateurs du système pénal au XVIII^e étaient à la recherche d'une formule qui eût permis d'économiser la coercition : « Quand vous aurez ainsi formé la chaîne des idées dans la tête de vos citoyens, écrit l'un d'entre eux, vous pourrez alors vous vanter de les conduire et d'être leurs maîtres. Un despote imbécile peut contraindre des esclaves avec des chaînes de fer ; mais un vrai politique les lie bien plus fortement par la chaîne de leurs propres idées [...] le désespoir et le temps rongent les liens de fer et d'acier, mais il ne peut rien contre l'union habituelle des idées, il ne fait que la resserrer davantage ; et sur les molles fibres du cerveau est fondée la base inébranlable des plus fermes Empires²⁷. »

Dans cette optique, le système pénal devait, dans l'esprit des réformateurs, obéir à plusieurs conditions.

25. A. Louis, « Rapport sur la guillotine », cité par Saint-Edme, *Dictionnaire de pénalité*, 1825, t. IV, p. 161, et Foucault, *op. cit.*, p. 19.

26. Foucault, *op. cit.*, p. 19.

27. J.M. Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1767, p. 35, cité par Foucault, *op. cit.*, p. 105.

Premièrement, être aussi peu arbitraire que possible. Il faut que la peine ressemble au crime qu'elle sanctionne. « Tirer le délit du châtement, écrit un certain Jean-Paul Marat, c'est le meilleur moyen de proportionner la punition au crime. Si c'est là le triomphe de la justice, c'est aussi le triomphe de la liberté, puisque alors les peines ne venant plus de la volonté du législateur, mais de la nature des choses, on ne voit plus l'homme faire violence à l'homme²⁸. » On a retrouvé quelque chose qui ressemble à la loi du talion. La vengeance du souverain s'est effacé. Commentaire de Foucault : « Dans la punition analogique, le pouvoir qui punit se cache. »

Deuxièmement, renforcer la dissuasion, c'est-à-dire diminuer le désir qui rend le crime attrayant, accroître l'intérêt qui fait que la peine est redoutable. Saint Augustin est de retour.

Troisièmement, la peine ne peut être que temporaire. « Une peine qui n'aurait pas de terme serait contradictoire : toutes les contraintes qu'elle impose au condamné et dont, redevenu vertueux il ne pourrait jamais profiter, ne seraient plus que des supplices ; et l'effort fait pour le réformer serait peine et coûts perdus du côté de la société²⁹. » C'est donc qu'il s'agit aussi de réhabiliter le condamné. Toutefois, s'il y a des incorrigibles, il faut se résoudre à les éliminer. Mais le spectre de l'esclavage est présent là aussi. De même que l'on ne peut pas louer sa force de travail pour le restant de sa vie, de même la peine doit être une sorte de CDD, un contrat à durée déterminée !

Quatrième condition : il faut que chacun y trouve son intérêt, « que les châtements puissent être regardés comme une rétribution que le coupable fait à chacun de ses concitoyens, pour le crime qui les a tous lésés ». Tout à l'heure, le souverain était blessé. Maintenant, c'est le cas de tout citoyen, et, notons-le, pas seulement de la victime. On retrouve la soli-

darité de groupe qu'invoquait Jhering, ou encore la pression de la justice populaire. L'idéal serait que « le condamné apparaisse comme une sorte de propriété rentable : un esclave mis au service de tous ». Pourquoi la société supprimerait-elle une vie et un corps qu'elle pourrait s'approprier ? Il serait plus utile de le faire « servir l'État dans un esclavage qui serait plus ou moins étendu selon la nature de son crime ». Dans l'Ancien Régime, le corps des condamnés devenait la chose du roi. Il est maintenant collectivisé et rendu utile. On retrouve cette idée en 1789 dans les *Cahiers de doléances*. Que le coupable paie deux fois : par le labeur qu'il fournit et par les signes qu'il produit en travaillant enchaîné à réparer les routes – une image que l'on voit couramment aujourd'hui encore dans certains États américains.

Cinquièmement, ce n'est plus de la terreur que l'on cherche à produire, mais une leçon où s'enseigne la loi elle-même.

Sixièmement, que l'on se préoccupe d'éteindre la gloire douteuse des criminels.

Dans ce nouveau dispositif, la prison apparaît comme le châtement spécifique de certains délits, ceux qui attentent à la liberté des individus, comme le rapt, ou ceux qui résultent de l'abus de la liberté, du désordre, de la violence – encore la logique du talion. L'emprisonnement est prévu aussi comme condition pour que certaines peines puissent être exécutées, les travaux forcés, par exemple. « Mais, indique Foucault, il ne recouvre pas tout le champ de la pénalité avec sa durée comme seul principe de variation. Mieux, l'idée d'un enfermement pénal est explicitement critiquée par beaucoup de réformateurs. Parce qu'il est incapable de répondre à la spécificité des crimes. Parce qu'il est dépourvu d'effets sur le public. Parce qu'il est inutile à la société, nuisible même : il est coûteux, il entretient les condamnés dans l'oisiveté, il multiplie leurs vices. Parce que l'accomplissement d'une peine est difficile à contrôler et qu'on risque d'exposer les détenus à l'arbitraire de leurs gardiens. Parce que le métier de priver

28. J.-P. Marat, *Plan de législation criminelle*, 1780, p. 33, cité par Foucault, *op. cit.*, p. 107.

29. Foucault, *op. cit.*, p. 109.

un homme de sa liberté et de le surveiller en prison est un exercice de tyrannie. [...] Que l'emprisonnement puisse comme aujourd'hui, entre la mort et les peines légères, recouvrir tout l'espace médian de la punition, c'est une idée que les réformateurs ne pouvaient pas avoir immédiatement³⁰. » Le problème, c'est que très vite la détention est devenue la forme essentielle de la punition.

Comment expliquer un tel paradoxe, que les considérations suivantes redoublent ? La prison dans l'Ancien Régime n'occupait qu'une « position restreinte et marginale dans le système des peines ». Elle n'était même pas regardée comme une peine, mais comme « une prise de gage sur la personne et sur son corps » : « *ad continendos homines, non ad puniendos* », dit l'adage. Le principe général était que par la prison, on s'assurait de quelqu'un, on ne le punissait pas. De plus la prison était liée à l'arbitraire royal et à ses excès. Enfin, on vient de le voir, les réformateurs n'en voulaient pas.

De plus, dès que l'institution a commencé à fonctionner (40 000 à 43 000 détenus en moyenne à partir de la Restauration), elle a été l'objet de critiques qui n'ont plus cessé, et dénoncée comme le grand échec de la justice pénale. On a constaté que les prisons ne diminuaient pas le taux de criminalité, que la détention provoquait la récidive, qu'elle fabriquait des délinquants et même favorisait leur organisation en bandes, réseaux et mafias, enfin qu'elle fabriquait indirectement des délinquants en faisant tomber dans la misère la famille du détenu. « Le même arrêt qui envoie le chef de famille en prison, écrit un Charles Lucas dans un traité sur la réforme des prisons en 1838, réduit chaque jour la mère au dénuement, les enfants à la mendicité, les enfants à l'abandon, la famille entière au vagabondage et à la mendicité. C'est sous ce rapport que le crime menacerait de faire souche³¹. »

30. Foucault, *op. cit.*, p. 116-117.

31. Cité par Foucault, *op. cit.*, p. 273.

Non voulue, immédiatement critiquée pour ses effets nocifs, la prison perdure néanmoins et même elle s'étend. Pourquoi ?

La réponse à cette question, Michel Foucault, on le sait, a cru la trouver dans les nécessités du capitalisme. Au décollage économique de l'Occident, permis par l'accumulation du capital, aurait correspondu, pour gérer l'accumulation des hommes, un décollage politique par rapport à « des formes de pouvoir traditionnelles, rituelles, coûteuses, violentes, et qui, bientôt tombées en désuétude, ont été relayées par toute une technologie fine et calculée de l'assujettissement³² ». On était donc à la recherche d'une « technologie des pouvoirs subtils, efficaces, et économiques, en opposition aux dépenses somptuaires du pouvoir des souverains³³ ». Dès lors il ne faut guère s'étonner « si la prison ressemble aux usines, aux écoles, aux casernes, aux hôpitaux, qui tous ressemblent aux prisons³⁴ ».

La prison ne serait en fait qu'un élément de l'« archipel carcéral » : elle « continue, sur ceux qu'on lui confie, un travail commencé ailleurs et que toute la société poursuit sur chacun par d'innombrables mécanismes de discipline ». Il y aurait ainsi un « continuum carcéral », et le pouvoir de punir ne serait pas essentiellement différent de celui de guérir ou d'éduquer. En résumé, « le carcéral permet d'effectuer cette grande "économie" du pouvoir dont le XVIII^e siècle avait cherché la formule, quand montait le problème de l'accumulation et de la gestion utile des hommes³⁵ ».

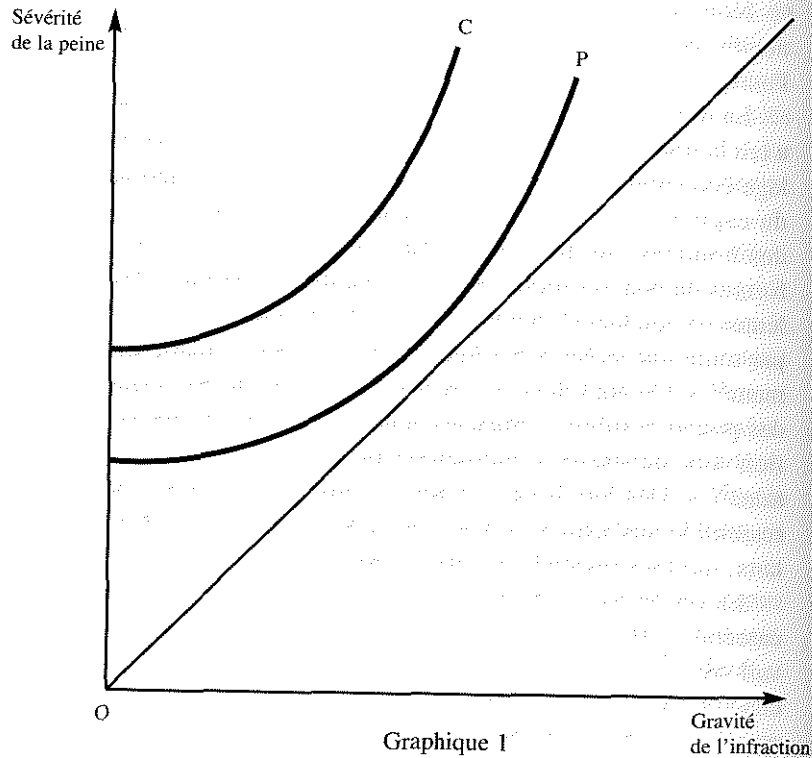
L'économiste peut trouver une explication moins compliquée, dirons-nous moins fantasmagorique à cette question que Michel Foucault a eu, du moins, l'immense mérite de poser. Il l'a même posée en termes économiques ! Mais pour

32. *Id.*, p. 222.

33. *Id.*, p. 105.

34. *Id.*, p. 229.

35. *Id.*, p. 310.



Graphique 1

comprendre cette explication, il faut avoir en tête quelques éléments de l'analyse économique du crime.

Sur un axe de coordonnées (graphique 1), on porte en abscisse la gravité de l'infraction et en ordonnée la sévérité de la peine, qu'elle soit sous forme d'amendes ou d'emprisonnement. La première bissectrice est appelée la droite de remboursement parfait (*perfect disgorgement*). En tout point de cette droite la gravité de l'infraction est exactement compensée par la sévérité de la punition. Au-dessus de cette droite, on peut dire que le crime ne paie pas, au-dessous qu'il paye. Ce paiement peut se faire en espèces sonnantes et trébuchantes si le profit tiré du crime est proportionnel à sa gravité.

Aussi bien la peine n'est-elle pas le seul paramètre pris en considération par le criminel. Il tient aussi compte des avantages de tous ordres (monétaires, psychiques, symboliques, sociaux) qu'il compte tirer de son crime, mais aussi des coûts de son activité criminelle.

La punition n'est donc que l'un de ces coûts. On peut en distinguer trois autres.

D'abord, les coûts matériels. Par exemple, fabriquer de la fausse monnaie est coûteux. Et l'émetteur officiel, qui s'est vu accorder par l'État le privilège, et donc le monopole de battre monnaie, peut s'efforcer d'augmenter ce coût en rendant plus difficile la copie de sa monnaie. De même, le législateur ou l'assureur peuvent imposer aux citoyens des types de protection (blindage des portes, par exemple) qui rendent plus coûteuse l'effraction du domicile.

Ensuite le coût du temps. Commettre un crime prend du temps et le temps, on vient de le dire, est soumis à la rareté. Mais il n'a pas la même valeur pour tout le monde. On peut tout de même chercher à augmenter cette valeur en espérant ainsi augmenter le coût du crime et donc dissuader les candidats au crime. Il y a deux manières d'accroître le coût du temps. D'abord on peut allonger le temps nécessaire à l'exécution du crime. Rentrant dans cette catégorie les mesures de sécurité. Ensuite, on peut augmenter la valeur elle-même du temps. Il est évident que le temps n'a pas le même prix pour un chômeur que pour quelqu'un qui a un emploi. D'où l'idée que le chômage est criminogène et que le rétablissement du plein emploi diminuerait la criminalité³⁶. Dans la même catégorie figurent toutes les actions visant à augmenter la valeur du capital humain (subventions à la formation professionnelle, à la formation permanente), et donc par conséquent celle du temps de l'individu concerné. Enfin on peut accroître

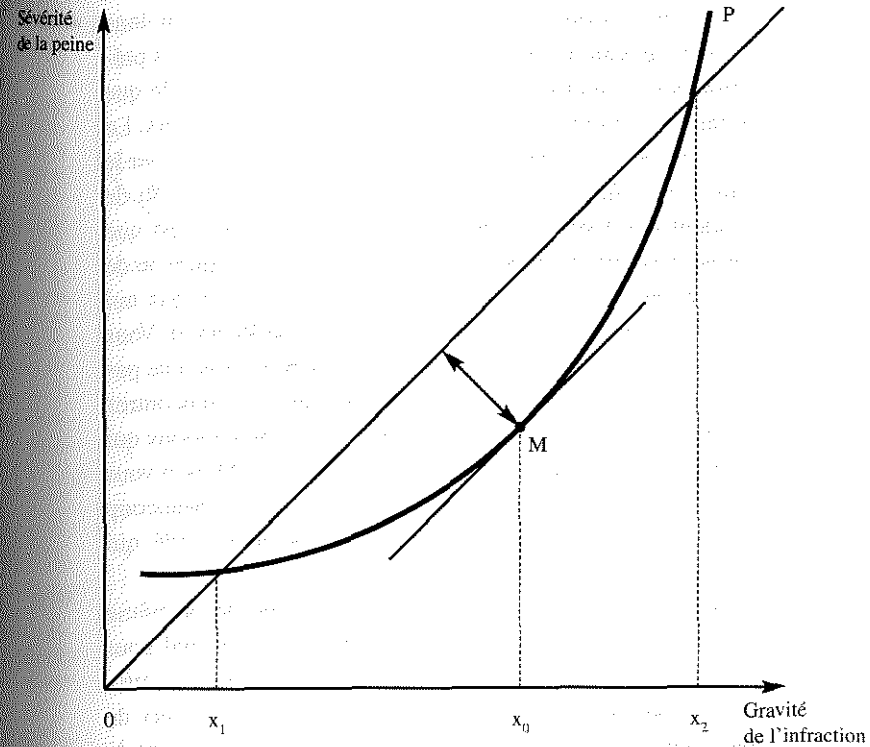
36. On se souvient que Lionel Jospin lors de la campagne présidentielle de 2002 avait avoué qu'il avait péché par optimisme et même par « naïveté » à ce sujet précis.

les coûts psychologiques du crime par l'éducation, la morale. Augmenter l'allégeance à l'ordre social est supposé réduire le taux de criminalité. Ce pourrait être une justification des investissements faits dans l'Éducation nationale, ou des subventions dont dispose le ministère du Culte, même si l'on peut douter des résultats.

Pour supprimer la criminalité dans un pays donné, il suffirait que le candidat au crime soit obligé de suivre un chemin tout entier situé dans la zone située au-dessus de la bissectrice. Il ne s'agit pas seulement de la courbe que l'on peut tirer des pénalités prévues par le Code pénal (C sur le graphique 1), mais de cette même échelle de peines affectée d'un coefficient correspondant à la probabilité pour le criminel d'être pris et condamné (P sur le graphique). Le fait que cette probabilité est toujours inférieure à 1 explique que la courbe P soit décalée vers la droite par rapport à la courbe C (pour une gravité donnée de l'infraction, la peine probable est inférieure en valeur à la peine officielle, par exemple si la probabilité d'être puni est seulement de 0,8 et si la peine officielle est de 100, la peine prise en compte par le criminel dans ses calculs sera de 80).

Le graphique 1 est le graphique d'un pays où le crime a disparu. En effet, même avec une probabilité d'être puni inférieure à 1, la courbe P se trouve dans la zone au-dessus de la courbe du remboursement parfait. Malheureusement, ce pays n'existe pas. Et nous nous trouvons ordinairement dans la situation décrite par le deuxième graphique. Le citoyen d'un tel pays a intérêt à commettre des infractions dont la gravité se situe entre les valeurs x_1 et x_2 . On peut même déterminer, grâce à ce graphique, la gravité optimale du crime pour le criminel. C'est x_0 qui est l'abscisse du point de tangence M de la courbe de punition avec la droite parallèle à la droite de remboursement intégral (on démontre algébriquement et constate sur le graphique qu'en ce point M la distance avec la droite de remboursement intégral est maximum).

On arrive donc à ce résultat – pour tout dire trivial – que pour remettre le criminel dans le droit chemin il faut faire en



Graphique 2

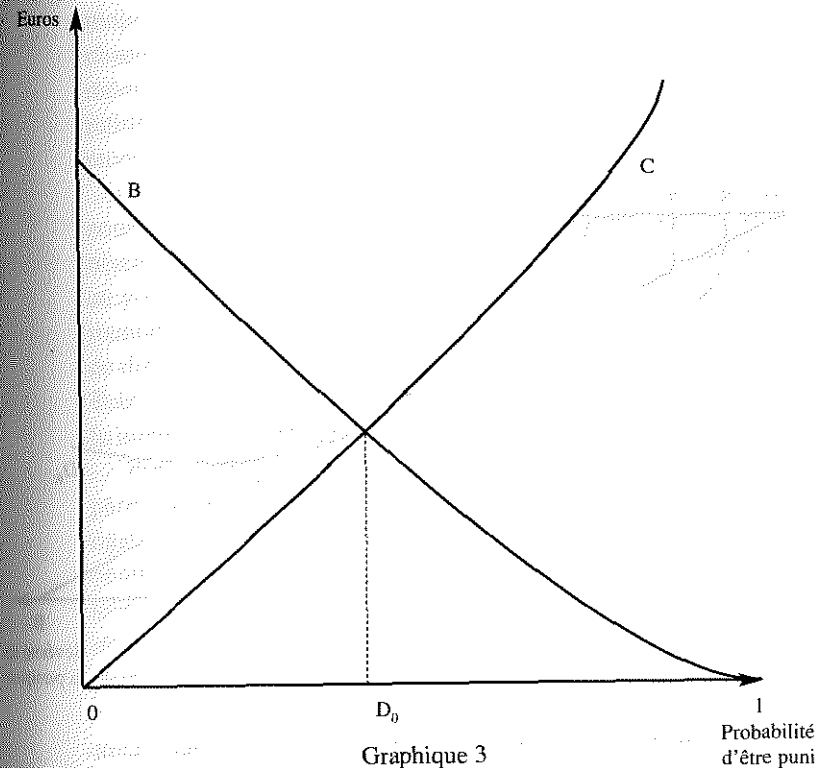
sorte que la courbe P soit tout entière située dans la zone où le crime ne paie pas (au-dessus de la première bissectrice), ce qui dépend à la fois de la lourdeur de la peine et de la probabilité qu'elle soit appliquée.

La théorie économique du crime devient plus intéressante quand elle s'attache à analyser la relation entre ces deux paramètres qui, comme on l'a dit, relèvent de deux budgets distincts; ceux de la justice et de la police.

On cherche à identifier le but économique que poursuit le droit pénal, ou que devrait poursuivre le droit pénal en dehors de toute considération morale. C'est une analyse à la fois positive et prescriptive.

Il y a deux sortes de coûts à prendre en considération dans un crime : le coût du crime proprement dit et le coût de la prévention contre le crime. Cette analyse est analogue à elle que l'on fait en matière d'accident dans la vie de tous les jours. Le risque zéro n'existe pas. Prendre des mesures pour diminuer le risque a un coût, qui doit être mis en balance avec le coût de l'accident éventuel. Si vous osez sortir dans la rue, c'est que vous estimez que le risque d'être renversé par une voiture ou de recevoir une tuile sur la tête est minime, mais non pas nul comme le montre bien l'épilogue du *Cyrano* de Rostand. Vous faites simplement attention à marcher sur le trottoir et à ne pas vous approcher trop près des échafaudages que vous rencontrez sur votre chemin. Vous vous contentez de ces précautions qui ont un faible coût, parce que le risque est minime. Mais si vous êtes soldat dans une ville occupée, alors le risque est beaucoup plus important, et vous préférez sortir dans un char blindé, qui est un investissement considérable.

La théorie économique du crime raisonne de la même façon. Elle distingue d'une part le coût social marginal pour parvenir à un niveau donné de dissuasion du crime, d'autre part le bénéfice social marginal obtenu à divers niveaux de dissuasion du crime. Soit une échelle de dissuasion allant de 0 à 1. En 1, la dissuasion est totale, et le crime est réduit à néant. Le coût social marginal de la dissuasion, qui est nul, évidemment, quand la dissuasion est nulle, augmente à mesure que s'accroît l'effort de la dissuasion (courbe C sur le graphique 3). Le bénéfice social marginal, qui est le fruit de cet effort, (courbe B sur le graphique) diminue quant à lui à mesure qu'augmente l'effort de dissuasion, pour des raisons bien compréhensibles : de moins en moins de personnes sont concernées à mesure que la sécurité augmente. Si, par exemple vous habitez dans un quartier relativement tranquille, et si vous n'avez pas de raison d'en sortir pour aller vous promener dans des zones dites « à risque », vous n'allez pas faire pression sur les autorités de votre ville pour qu'elles dépensent plus d'argent pour sécuriser ces zones-là, dépenses

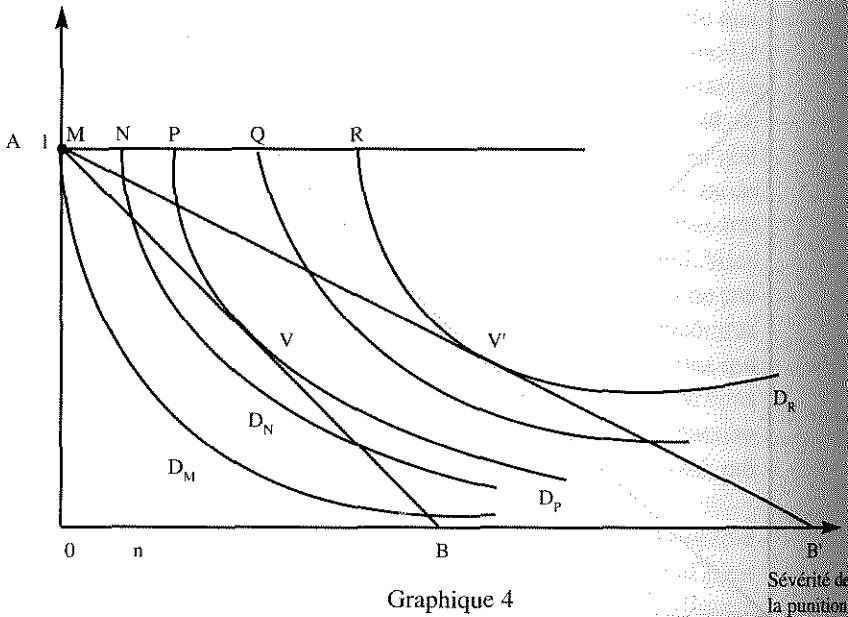


Graphique 3

supplémentaires qui se traduiront forcément par plus d'impôts. Nous reviendrons sur cet aspect spatial de la sécurité, qui est une dimension non négligeable du problème.

Par conséquent, ces deux courbes se croisent forcément en un point dont l'abscisse définit le niveau optimum de dissuasion D_0 . Les deux courbes peuvent être plus ou moins inclinées, la première en fonction des coûts de la dissuasion, la seconde en fonction des attentes de la population. Mais rien ne peut faire qu'elles ne se croisent. Aussi longtemps que la dissuasion est coûteuse, le crime ne peut être réduit à zéro. Nous devons vivre avec cette réalité : il y aura toujours des crimes et des gens pour les commettre.

Certitude
de la punition



Voyons maintenant comment s'articulent les deux paramètres de la dissuasion du crime, d'une part la sévérité de la punition, d'autre part la certitude de la punition.

Sur le graphique 4, portons en abscisse le premier paramètre qui relève de la justice, et en ordonnée le second, qui relève de la police. La certitude d'être puni est étalonnée de 0 à 1. En 0, vous avez toutes les chances d'échapper à la punition. En 1, vous serez pris à tous les coups. À mi-chemin, vous avez 50 % de chances d'échapper à la police, et 50 % d'être pris.

Considérons le point M sur l'axe des ordonnées, correspondant à une certitude absolue pour le criminel d'être pris, mais avec une peine dont la sévérité est nulle. Ce point serait très difficile, voire impossible à atteindre pour des raisons de coût dans l'état actuel des techniques de surveillance : il faudrait mettre au

moins un policier derrière chaque citoyen, et un policier derrière chaque policier, et encore un autre derrière ce dernier. Toutefois, même si ce point était assignable, il serait fort peu dissuasif puisque la peine encourue serait nulle. La dissuasion doit donc recourir aussi à des peines pour être effective.

À partir du point M je peux commencer à dessiner une courbe correspondant à une dissuasion constante. Soit d_M le niveau de dissuasion correspondant à la dissuasion atteinte au point M. Si je réduis le niveau de certitude tout en augmentant la sévérité de la peine, je peux rester au même niveau de dissuasion. La courbe D_M est le résultat de cette opération. Tout au long de cette courbe, la dissuasion obtenue est la même et elle est égale à d_M .

Pour obtenir un niveau de dissuasion supérieur, je peux partir du point N, dont l'abscisse est égale à n et l'ordonnée égale à 1. En ce point, la dissuasion est bien supérieure à celle obtenue au point M, puisque maintenant le criminel non seulement a la certitude d'être pris, mais encore sera-t-il puni au niveau n . Soit d_N le niveau de cette dissuasion, d_N est supérieur à d_M .

À partir de N je peux tracer une courbe correspondant au niveau de dissuasion d_N exactement selon la même méthode qui m'a permis de tracer la courbe D_M . Soit D_N cette courbe.

Je peux répéter l'opération à partir des points P, Q, etc., tracer les courbes D_P , D_Q , et obtenir ainsi une véritable cartographie de la criminalité en fonction de deux paramètres de la dissuasion. En effet, ces courbes sont tout à fait analogues à des lignes de niveau sur une carte d'état-major. Plus je me dirige par la droite, plus la dissuasion s'élève. Cette « montagne » qui est ainsi projetée sur un plan à deux dimensions, c'est, pourrait-on dire, le calvaire du criminel.

Pour lutter contre la criminalité, l'État dispose d'un certain budget qui n'est pas extensible (dans un monde soumis à la rareté il ne peut l'être, et même si l'État consacrait la totalité de son budget à lutter contre le crime, ce budget serait encore limité).

Nous présumons que ce budget est une donnée, impliquée par des considérations politiques ou autres. Et nous allons seulement nous demander comment il doit se répartir entre la police et la justice.

Supposons dans un premier temps que l'unité de justice en termes de dissuasion ait le même coût monétaire qu'une unité de police. Nous mettrons en cause cette hypothèse dans un instant. La droite représentant le budget de la dissuasion va passer par les points A et B (graphique 4). Au point A, le budget est entièrement consacré à la police, au point B à la justice. À mesure que je descends le long de cette droite de A vers B, je donne un peu moins à la police et un peu plus à la justice (dans le jargon des économistes, on appelle cette droite la « droite de budget »). La question posée est de savoir à quel point de la droite je m'arrête, c'est-à-dire quelle est la bonne répartition du budget entre la police et la justice.

La réponse est donnée dans le graphique 4 où la droite de budget a été reportée sur la cartographie du crime.

Admettons que le point A se confonde avec le point M. Il saute aux yeux que la bonne répartition se situe au point de tangence V de la droite de budget avec la courbe de dissuasion D_p . En effet, pour tout autre point de la droite de budget, je me trouve à des niveaux inférieurs de dissuasion. Y compris au point B où je consacre l'ensemble de mon budget à la justice.

Le même graphique rend évident aussi que toute dissuasion du crime doit s'appuyer sur les deux moyens de la crainte d'être puni et la crainte d'être pris. S'appuyer seulement sur l'un des deux moyens, soit la police, soit la justice, c'est risquer de se trouver à des niveaux inférieurs de dissuasion par rapport au niveau que l'on pourrait atteindre avec le même budget global.

Nous pouvons maintenant reconsidérer l'hypothèse d'égalité des coûts de l'unité de justice et de l'unité de police. Si le système des amendes est bien conçu, on peut considérer en effet que la justice est une source de revenus pour l'État. Ces bénéfices tirés de la justice doivent venir en réduction des

coûts qu'elle fait supporter à l'État (frais de justice, coûts des prisons). S'il en est ainsi, alors le coût unitaire de la justice va diminuer par rapport au coût unitaire de la police. Avec le même budget que tout à l'heure, si je le consacre entièrement à la justice, je peux atteindre le point B' sur l'axe des abscisses. Par conséquent, la droite de budget va être A B', et le point optimum va se trouver en V' sur la courbe de dissuasion D_R correspondant à un niveau de dissuasion (d_R), supérieur à celui obtenu auparavant. Si je veux rester au même niveau de dissuasion d_N que tout à l'heure, alors je peux réduire le budget consacré à la lutte contre la criminalité. En d'autres termes, une grande sévérité pénale peut m'éviter des frais de police. À une grande sévérité dans la punition peut correspondre une petite police.

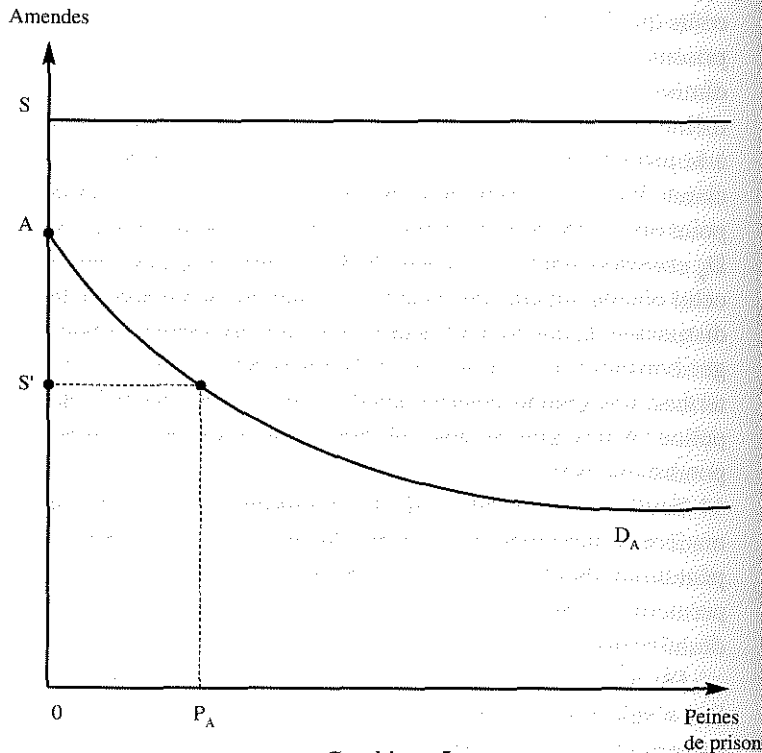
Toutefois, l'évolution de la technique, notamment en matière de surveillance (par exemple, les radars autoroutiers), peut aussi aboutir à des réductions des coûts de la police, et permettre là aussi pour un même budget global, d'atteindre des niveaux plus élevés de dissuasion.

Du reste, la sévérité pénale n'est pas toujours économe. S'il s'agit d'augmenter le nombre de prisons, comme on le fait actuellement en France, cela peut se traduire par une augmentation du coût unitaire de la justice.

Pour être plus précis, on peut descendre encore d'un cran dans le processus d'arbitrage budgétaire, et considérer ce qui se passe au sein du budget de la seule justice. Comment choisir le bon niveau d'amendes et de peines de prison, étant donné que l'amende rapporte un revenu net, compte tenu des frais de recouvrement, et que la prison occasionne des dépenses nettes, compte tenu des revenus que l'on peut tirer du travail des prisonniers.

Sur le graphique 5, on porte en abscisse la sévérité sous la forme de peines de prison, et en ordonnée la sévérité sous la forme d'amendes.

Supposons dans un premier temps qu'il n'existe pas de prison, laquelle est, on vient de le rappeler, une invention



Graphique 5

récente. La seule manière de punir le criminel est de lui infliger une amende – ce qui nous ramène au droit romain ancien (chapitre 4). Soit A le niveau de ces amendes correspondant au niveau de dissuasion d_A .

L'invention de la prison peut permettre, pour un même niveau de dissuasion, de réduire les amendes. Elle peut aussi permettre d'accéder à un niveau supérieur de dissuasion si j'ajoute aux amendes des peines d'incarcération.

Présumons cependant que le niveau de dissuasion d_A obtenu précédemment nous satisfasse. Si la solvabilité du criminel est telle qu'il peut payer l'amende prévue, alors la solution la meilleure est encore de recourir seulement à l'amende,

puisque le recours à la prison entraîne forcément des coûts nets supplémentaires.

Sur le graphique 5 nous avons supposé que tel était bien le cas. La solvabilité du criminel est supposée égale à S ; et par conséquent il peut payer l'amende prévue au Code pénal. Et l'on peut se passer de prison si l'on veut atteindre le niveau de dissuasion d_A . Non seulement on peut mais on doit se passer de prison si l'on veut améliorer la dépense publique. Tout autre point que A sur la courbe D_A obère les finances publiques.

Cette manière de voir les choses a été critiquée du point de vue moral. Ne suffirait-il pas d'avoir de l'argent pour pouvoir se permettre de commettre des crimes ? Ce genre de critique oublie deux éléments. Le premier est que si l'on est prêt à supporter des peines de prison, on peut tout aussi bien s'acheter un crime. L'achat n'est pas plus immoral dans un cas que dans l'autre. Le second est que l'affichage du prix du crime est propre au droit pénal. Il est vrai que le prix qui sera effectivement payé par le criminel est entaché d'une certaine incertitude – la « glorieuse incertitude » des cours de justice qui dépend de beaucoup de paramètres : le talent d'un avocat, la pugnacité d'un procureur, la composition d'un jury, des circonstances atténuantes, le climat ambiant, la presse, etc. Tout de même, pour chaque crime, un prix maximum est fixé qui peut servir de référence certaine à un candidat au crime. Il n'en serait pas de même en cas de justice pénale privée. Un membre de votre famille a été assassiné. Selon les principes exposés ci-dessus, le criminel a admis par avance d'être tué en punition. Maintenant c'est votre affaire de recourir à la peine capitale ou de négocier avec le condamné une transformation de cette peine en argent. Cela ne regarde que vous. Si vous optez pour la deuxième branche de l'alternative, vous réclamerez au criminel ou à sa famille une sorte de rançon. Plus le criminel sera riche, plus cette rançon pourra être élevée (une loi que l'on peut vérifier à chaque kidnapping : ce ne sont pas les enfants de pauvres qui sont

victimes de ce type de rapt). Autrement dit, plus un candidat au crime sera riche, plus il risque d'être rançonné à un niveau élevé s'il est condamné. Cela ne l'empêchera certes pas de commettre son crime s'il est décidé, mais il ne peut pas s'appuyer sur un « tarif public du crime », un *wergeld*³⁷, et cela est pour lui ou pour les proches, qui peuvent faire pression sur lui, un élément supplémentaire d'incertitude et donc de dissuasion.

S'il n'y avait que des criminels fortunés, les problèmes de justice pénale seraient relativement simples, le *pretium doloris* pouvant le plus souvent s'exprimer en espèces sonnantes et trébuchantes (encore une fois, puisque la compensation d'un crime n'est jamais parfaite, autant que la victime ou les parents de la victime touchent le maximum d'argent). Malheureusement, la plupart des criminels sont insolvables. Ou du moins leur solvabilité n'est pas telle qu'ils puissent payer l'amende prévue. Soit S' le niveau de cette solvabilité. S' mesure la somme maximum que le criminel est capable de payer. Dans ces conditions, pour atteindre le même niveau de dissuasion que précédemment (d_A), il faut compléter l'amende correspondant à sa capacité de payer (S') par une peine de prison. Pour ce niveau de dissuasion, la solution optimale va consister à tirer du criminel le maximum qu'il peut payer, le niveau de la peine de prison (P_A sur le graphique 5) s'en déduisant. Autrement dit, l'efficacité économique implique que l'on épuise les capacités de paiement du criminel avant de recourir à la prison. Plus faibles les capacités de paiement du criminel, plus élevées doivent être les peines d'emprisonnement. Il en résulte que l'État doit dépenser beaucoup plus d'argent pour dissuader les gens qui ne peuvent pas payer que pour dissuader les gens qui peuvent payer.

Ici apparaît mieux la fonction de la contrainte (privée) par corps, qui a été abolie seulement au XIX^e siècle en France. Si le débiteur est insolvable, ce qui en fait un criminel dans le

droit romain ancien, et s'il n'y a pas de prison (publique), alors la seule solution est d'en faire le prisonnier de son créancier, de mettre son corps à la disposition de la victime de son crime. L'invention de la prison viendra substituer la contrainte par corps publique à la contrainte par corps privée. Abolir la possibilité de la contrainte par corps (privée), c'est obliger l'État à ouvrir des prisons aux frais du contribuable. Autrement dit, la contrainte par corps n'est pas vraiment abolie. Elle est tout simplement prise en charge par l'État. Et rien *a priori* ne permet de dire qu'elle le soit plus humainement. D'ailleurs, contraintes publique et privée reposent sur le même principe. Qui a porté atteinte au bien ou au corps d'autrui a accepté par avance qu'on porte atteinte à son bien ou à son corps. Pourtant si la prison (publique) est elle-même criminogène, alors on entre dans un cercle vicieux où les prisons ne peuvent que se multiplier, et la population carcérale augmenter. C'est bien ce que l'on a observé aux États-Unis, et la France suit la même voie.

Un juriste français du XIX^e siècle a fort bien compris les enjeux de l'arbitrage qui nous occupe entre amendes pécuniaires et peines de prison. Il s'agit de J.-B. Proudhon pour qui la propriété est une condition matérielle de la moralité³⁷. « Qu'est-ce qui craint de porter du dommage à autrui ? » demande-t-il. Et de répondre : « C'est le propriétaire, parce qu'il sent très bien que la réparation du mal viendra s'appesantir sur son patrimoine. Mais pourvu que l'anarchiste prolétaire puisse sauver sa personne, c'est tout ce qu'il lui faut ; et c'est ainsi que la pauvreté vient favoriser le crime³⁸. » Proudhon, soit dit en passant, nous invite à penser ici que si la justice pénale était privée, la « réparation » pèserait d'autant plus lourd sur le patrimoine du condamné.

37. J.-B. Proudhon, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens, considérés principalement par rapport au domaine privé*, Dijon, Lagier, 1839, t. I.

38. Proudhon, *op. cit.*, n° 58, p. 58, cité par Xifaras, *op. cit.*, p. 85.

* p. 371.

De là est venue l'idée que les classes prolétaires sont, par nature, dangereuses. Tout à l'heure, nous remarquons que le coût du crime augmentait pour le criminel à mesure que le revenu qu'il pouvait tirer d'activités légales augmentait. Nous raisonnions en termes de coût d'opportunité*. Proudhon nous invite à considérer cette question, comme le remarque Xifaras dans sa thèse déjà citée, « du point de vue de la science juridique comme une conséquence de l'adoption du principe humaniste d'origine chrétienne de l'insaisissabilité de la personne ». Résultat : « L'anarchisme prolétarien est bien un effet, sinon pervers, du moins non désiré, de la civilisation du droit, et son remède est précisément dans la propriété³⁹. »

Une solution serait d'augmenter la solvabilité des criminels à chaque fois que cela est possible, et d'abord en leur permettant de travailler. Avec les progrès des techniques de surveillance (bracelet électronique), les possibilités de ce type augmentent.

La fonction de dissuasion n'est du reste pas la seule à justifier la prison. Traditionnellement on lui accorde trois autres fonctions (la punition, la réhabilitation, la mise de l'individu hors d'état de nuire) que nous allons analyser maintenant du point de vue économique.

On a dit plus haut que la nécessité de la punition était un des fondements de l'existence même du droit pénal. Elle relève d'un principe de justice – encore qu'il s'agisse ici de la justice des hommes, éminemment faillible, et surtout d'un principe de logique. Tout irait pour le mieux si l'on pouvait identifier les coupables à coup sûr. Mais, parce que l'information a un coût, et que, par conséquent, la transparence n'est pas de ce monde, la justice navigue entre deux écueils : punir un innocent et ne pas punir un coupable. L'économiste nous apprend que si l'on cherche à améliorer cette navigation, on arrive à un point où un type d'erreur ne peut pas être réduit

* p. 223.

39. Xifaras, *op. cit.*, p. 85-86.

sans que l'on augmente l'erreur de l'autre type. On a déjà dit que le droit pénal exigeait une augmentation du niveau exigé de la preuve. L'efficience implique de trouver le point où le coût social probable de punir un innocent est égal au coût social d'acquitter un coupable. Au moment où nous écrivons ces lignes (mai 2004), la presse est remplie du scandale des fausses accusations de pédophilie. Dans ce genre d'affaires remarque Marie-Amélie Lombard-Latune, chroniqueur judiciaire du *Figaro* : « Les institutions craignent tant d'être accusées de "couvrir" des faits odieux, ou du moins de ne pas enquêter avec ardeur que personne n'ose prendre de risques. On ouvre souvent le parapluie largement et on laisse à la cour d'assises le soin de faire le tri entre coupables et innocents. Quitte, comme à Outreau, à maintenir des gens en détention et à ruiner des réputations » (20 mai 2004). Treize des dix-huit personnes mises en cause ont été innocentées, mais « leurs vies ont été jetées en pâture à l'opinion pendant trois ans, broyées par l'opprobre, les mois passés en prison, et l'interdiction de voir leurs propres enfants ». Cette affaire comme tant d'autres est une illustration de la difficulté de la justice à trouver le point d'équilibre entre le Charybde de punir un innocent et le Scylla d'innocenter un coupable.

Quant à la réhabilitation des criminels, si chère aux inventeurs du système pénitentiaire et autres humanistes des Lumières, on fera court. Plus personne n'y croit aujourd'hui, même si l'on peut citer quelques exemples édifiants, qui ne font en fait que confirmer la règle : la prison est bel et bien criminogène. Elle peut même être l'occasion d'une stigmatisation rentable. À la sortie de prison, le délinquant aura gagné en grade et pourra devenir un caïd. Même à l'époque de l'invention de la prison, comme on l'a vu plus haut, on n'y croyait pas.

Si les fonctions de dissuasion, de punition et de réhabilitation sont mal assurées, reste la dernière : la mise hors d'état de nuire des criminels. Les partisans du système pénitentiaire utilisent ce dernier argument : au moins, ça, ça marche. Pas si

sûr ! D'abord, c'est ignorer le problème des récidivistes. Ensuite, on, remarquera que l'incapacité n'est effective que si le criminel n'est pas immédiatement remplacé (par exemple, le chef d'un réseau de trafic de drogue ou de prostitution est arrêté et la mafia lui trouve un successeur) ou si le *timing* de ses crimes n'est pas modifié : une prostituée qui passe la nuit au poste de police retournera dès le lendemain sur le trottoir – son « crime » aura été déplacé d'une nuit. D'où l'importance de l'âge dans ces affaires. Si vous arrêtez un jeune homme entre 20 et 30 ans et qu'il en prenne pour dix ans, vous risquez de décaler de dix ans sa carrière criminelle. Vous ne courez pas le même risque en incarcérant un individu âgé de cinquante à soixante ans. Logiquement, la sévérité de la peine devrait donc varier en fonction inverse de l'âge du criminel, si du moins la mise hors d'état de nuire est la fonction qu'il faut sauvegarder. À noter que la peine peut aller jusqu'à la castration chimique en cas de crimes sexuels, les délinquants dans ce domaine étant souvent des candidats à la récidive.

Dans toute cette discussion, il ne faut jamais oublier que la prison a un coût pour la collectivité, sinon pour le criminel dont le niveau de vie en prison peut parfois être supérieur à celui qu'il connaissait dans sa vie de tous les jours, la prison devenant alors une sorte d'annexe de l'État providence – on y reviendra à propos de l'immigration. Cette critique n'est pas nouvelle. Elle date de l'invention de la prison elle-même : la prison n'est pas assez punitive, les détenus y ayant moins faim, moins froid, étant moins privés au total que beaucoup de pauvres ou même d'ouvriers, reprochait-on déjà au début du XIX^e siècle⁴⁰. Le système d'incarcération ayant tendance à se développer par auto-engendrement comme on l'a dit, on s'efforce aujourd'hui de réduire le coût des prisons, d'abord en privatisant leur construction, puis leur fonctionnement, et enfin en faisant travailler les prisonniers. C'est une manière de

travail forcé, ou d'esclavage qui ne dit pas son nom. Dans l'Antiquité, un propriétaire d'esclaves pouvait louer son cheptel humain à des entrepreneurs. De la même façon, l'État loue la force de travail de ses prisonniers pour en tirer des revenus.

C'est dans cette perspective que l'économiste situe la question de l'abolition de la peine de mort.

Il faut d'abord noter que la peine capitale telle qu'elle est encore appliquée est une simplification par rapport à ce qui était pratiqué il n'y a pas si longtemps dans les pays dits civilisés.

De bonnes âmes ont mis en doute l'effet dissuasif de la peine capitale, maintenant réduite à sa plus simple expression. Elles oublient de dire que si la peine de mort n'est pas dissuasive, alors aucune peine ne l'est, et c'est tout le système pénitentiaire qu'il faut mettre en cause. Pour l'économiste, la peine de mort est toujours un gâchis dans la mesure où elle anéantit un capital humain dans lequel d'autres avaient investi : des parents, des amis, l'école, l'État, c'est-à-dire le contribuable... Cette idée a une longue tradition derrière elle, et même ses lettres de noblesse, si l'on peut dire : dans *Utopie*, Thomas More estime que, du point de vue pénal l'esclavage est supérieur à la peine de mort. Aussi bien les lois de l'État idéal qu'il décrit dans son maître ouvrage permettent l'achat de condamnés à mort dans des pays voisins pour compléter l'offre de main-d'œuvre.

Aujourd'hui, dans les États américains où la peine de mort est encore en vigueur, on s'interroge sur ses coûts. En effet, quand il s'agit de peine capitale, la sélection des jurés est plus longue, la procédure plus complexe, y compris après la condamnation, le « couloir de la mort » entraîne des frais considérables. Pour ne rien dire du battage médiatique qui s'y greffe. La barbarie de la peine de mort est encore aggravée par le suspens torturant infligé au condamné.

Le pire est peut-être que dans toutes ces affaires on ne demande pas leur avis aux victimes ou à leur famille. S'ils étaient consultés, peut-être opteraient-ils pour le pardon, ou

40. Michel Foucault, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 21.

encore pour une rançon. Dans ce dernier cas, la famille ou les proches du condamné pourraient se cotiser pour aider à payer la somme réclamée. On pourrait même imaginer de lancer des campagnes de souscription sur le thème : sauvez la tête de Bill l'Étrangleur ou de Jack le Voleur... Ce ne serait pas plus immoral que les actuelles campagnes qui sont faites pour sauver tel ou tel condamné par les partisans de l'abolition de la peine de mort.

Dans toute cette histoire, pour nous résumer, peut-être pourrions-nous distinguer, de manière fort cavalière, trois grandes étapes.

En droit romain ancien, la justice pénale est d'abord une affaire privée. Tout peut se négocier. Et l'on peut s'attendre que tout se négocie. À quoi sert de faire souffrir le condamné et de le mettre à mort, si l'on peut se saisir de son corps pour en tirer un revenu.

Dans l'Ancien Régime, l'intervention de l'État justifie le supplice du condamné, car c'est le corps du souverain qui a été atteint. Mais les victimes ne sont pas satisfaites. D'où l'invention de la prison.

Dans l'État moderne, le droit romain réapparaît. Le corps disparaît de nouveau derrière le masque de la personne (expression pléonastique comme on le verra). Mais l'État ne lâche pas son emprise sur le pénal. Et comme il renonce à faire souffrir les corps, il les enferme. Il pousse le vice jusqu'à les enfermer même s'ils sont solvables (la libération sous caution venant parfois assouplir cette règle). Les victimes ne sont toujours pas satisfaites. D'où la crise du système.

Venons-en maintenant à ce qui relève de la justice publique pure, à savoir les crimes sans victime, des crimes qui resteraient impunis si l'on en était resté au stade de la justice privée, comme fumer du cannabis, racoler sur le trottoir, pratiquer l'homosexualité entre adultes consentants quand cette pratique était prohibée, conduire en état d'ivresse alors même que l'on n'a causé aucun accident, etc., autrement dit se livrer à des activités interdites par la loi.

Du point de vue économique, ces activités peuvent engendrer des externalités négatives*, pour sacrifier au jargon des experts en la matière. Par exemple, des prostituées qui font le trottoir devant votre domicile ou des drogués qui se piquent sous votre porche, la pornographie affichée dans les kiosques à journaux, une publicité par trop érotique offrent un spectacle qui n'est pas forcé de vous plaire. De telles gênes sont difficiles à évaluer. La plupart du temps, elles sont liées à l'existence d'un espace public, et nous reviendrons sur cet aspect spatial des choses. Ces externalités négatives sont encore plus difficiles à mesurer quand elles sont purement morales : le seul fait de savoir que des gens de la même société se livrent à l'homosexualité peut être une source de souffrance pour certaines sensibilités.

Les mêmes activités interdites par la loi peuvent avoir indirectement des externalités négatives sur les finances publiques : par exemple, recourir à des prostituées peut entraîner une propagation plus rapide des maladies vénériennes et de l'épidémie du SIDA, qui se traduisent par des soins et des frais hospitaliers à la charge de la collectivité (là encore, il est question d'« espace » public). De même, la consommation de drogues peut se traduire *in fine* par un alourdissement du déficit de la Sécurité sociale... (ce qui pose le problème non pas tant de la consommation de drogues que du fonctionnement de la Sécurité sociale !).

On pourrait prétendre que des ressources économiques sont détournées, voire gaspillées à cause de ces activités illégales, lesquelles ressources pourraient être utilisées à produire des biens et services utiles à la société. Il serait délicat de s'embarquer dans cette voie, sinon pour décider sur le papier de ce qui est utile et de ce qui ne l'est pas. L'économiste, on le sait, ne dispose d'aucun critère qui lui permette de faire de telles distinctions. Si de la drogue est offerte sur le marché, c'est qu'elle est demandée par des utilisateurs qui

* p. 285 sq.

jugent qu'elle est utile pour eux. Si des femmes se livrant à la prostitution trouvent des clients, c'est qu'elles rendent un service que des hommes sont prêts à payer. On ne peut pas à la fois admettre que la location de la force de travail n'implique pas l'aliénation de l'individu et dénier cette possibilité à la personne qui loue son corps, homme ou femme.

Revenons à ces externalités négatives qui sont les seules à faire problème, finalement, dans les crimes sans victime. Beaucoup d'entre elles pourraient être supprimées si les problèmes de santé étaient gérés de manière à rendre l'individu responsable de ses actes. Si j'anticipe que les frais d'une maladie comme le SIDA sont couverts à 100% par un organisme collectif comme la Sécurité sociale, alors je ferai peut-être moins attention à mes pratiques sexuelles que si je devais m'engager à prendre certaines précautions auprès d'une assurance privée. Si en outre la personne que je contamine peut se retourner contre moi pour atteinte à son droit de propriété sur son corps, alors sans doute redoublerais-je de précaution.

D'autre part, le racolage sur la voie publique – qui n'existe que parce qu'il y a des voies publiques (cf. *infra*) – est une conséquence de l'interdiction de la publicité sexuelle. Si les personnes qui font commerce de leur charme pouvaient avoir leur place dans les pages jaunes des annuaires téléphoniques ou mettre des petites annonces dans la presse, certains trottoirs seraient sans doute moins encombrés. On pourrait même considérer que l'interdiction de ce genre de publicité oblige les prostitués à faire le trottoir – l'humanisme a bon dos !

Tenir compte des externalités négatives visuelles (le spectacle que donnent les personnes qui se prostituent ou se droguent, pour reprendre le même exemple) oblige à ouvrir un chantier interminable et indéfini. Si la cravate que je porte indispose mon entourage, doit-on la compter parmi les externalités négatives ? Puis-je encore marcher sur un chemin de randonnée si ma seule présence est une externalité négative pour le promeneur solitaire qui ne supporte pas la moindre présence humaine sur son parcours ?

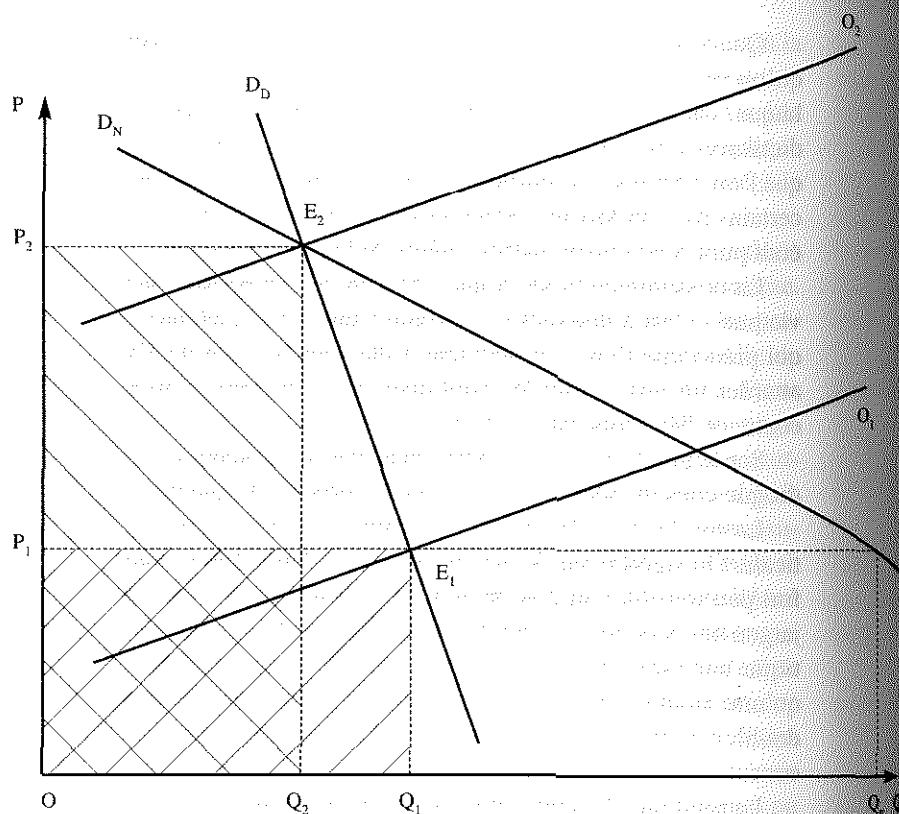
Quant aux externalités négatives morales, il est étonnant qu'on puisse les invoquer dans une société qui se prétend laïque, car elles relèvent d'un ordre moral plus proche des dictatures fasciste ou communiste ou encore des théocraties que l'on a connues en Europe et que l'on connaît encore dans certains pays du Moyen-Orient. Dans ces cas-là, le blasphème était puni sévèrement, parfois même de la peine capitale.

La consommation de drogue est l'un de ces crimes sans victime – c'est-à-dire sans victime autre que celle s'y adonne – qui préoccupe l'opinion publique. Cela vaut la peine de s'y attarder un instant tant les politiques qui cherchent à lutter contre ce fléau sont caricaturales.

Sur le graphique 6, on a porté en abscisse les quantités de drogue consommées et en ordonnée les prix de chaque dose.

La courbe de la demande des drogués D_D est presque verticale. On signifie par là que les personnes dépendantes sont fort peu sensibles au prix de la dose de leur drogue. Dans le jargon des économistes, il est dit que la demande est peu élastique par rapport au prix. Sur le graphique, on voit bien qu'une augmentation du prix de P_1 en P_2 , qui fait plus que doubler, n'aboutit qu'à une faible réduction des quantités consommées, de Q_1 en Q_2 .

La politique de lutte contre la drogue va avoir pour résultat d'augmenter le prix de l'offre, tout simplement parce que les coûts de transaction* en seront accrus : comme ce commerce est illégal et condamné par conséquent à la clandestinité, grossistes et détaillants vont se muer respectivement en trafiquants et passeurs de tout acabit. Le premier résultat est donc de fabriquer des criminels, depuis le producteur jusqu'au simple utilisateur. Pour les nécessités d'un reportage, il nous est arrivé d'accompagner une « bac » (brigade anti-criminalité) toute une nuit dans sa chasse aux consommateurs de cannabis : quelques consommateurs ont pu être surpris en flagrant délit (ce qui impose des courses-poursuites en voiture, puis des



Graphique 6

fouilles du véhicule, puis des fouilles au corps pour retrouver l'objet du délit, etc., une véritable école du crime...).

Sur le graphique, cette augmentation du prix de l'offre se traduit par un glissement de la courbe de l'offre vers le haut, de O_1 en O_2 . Pour chaque dose, une sorte de prime de risque est demandée par l'offreur de drogue tout au long de la chaîne qui va de la production au consommateur final. Même le paysan en profite. Lors d'une tournée dans le Rif marocain en 1998, nous avons pu constater *de visu* la prospérité d'une contrée entièrement vouée à la production de chanvre. On se

serait cru dans un paysage asiatique, chaque colline étant sculptée en terrasses irriguées par d'innombrables canalisations soigneusement entretenues (soit dit en passant, il se confirme ici que les dites pesanteurs « socioculturelles », qui font les délices des colloques des experts en (sous)-développement, jouent un rôle tout à fait secondaire si le paysan est correctement payé pour le travail qu'il accomplit).

Étant donné l'inélasticité de la courbe de demande, le prix bondit de P_1 à P_2 . Alors que la consommation, elle, est fort peu réduite de Q_1 à Q_2 , il en résulte une augmentation considérable de la valeur de ce commerce, qui se mesure tout simplement en multipliant les quantités par les prix. Cette augmentation se constate sur le graphique en comparant le rectangle $O Q_1 E_1 P_1$ (la valeur du commerce s'il était libre) au rectangle $O Q_2 E_2 P_2$. Si la criminalité liée à la drogue est proportionnelle à la valeur de son trafic, alors on a une deuxième raison de penser que la lutte contre la consommation de stupéfiants est criminogène.

Aussi bien a-t-on cherché dans certains pays, notamment en Grande-Bretagne, à pratiquer une politique inverse de réduction du prix de la drogue. L'argument est qu'une réduction du prix de la drogue (par exemple de P_2 à P_1 sur le graphique 8) n'aboutirait qu'à une faible augmentation des quantités consommées (de Q_2 à Q_1) par les drogués et à une forte réduction de la valeur du trafic (de $O Q_2 E_2 P_2$ à $O Q_1 E_1 P_1$). Il s'agirait en quelque sorte d'annuler l'effet sur les prix des politiques de lutte contre la drogue.

On peut douter de la possibilité d'appliquer longtemps une telle politique. Mais supposons que cette possibilité soit réelle. Pour les utilisateurs de drogue non dépendants, la baisse du prix de la dose risque d'entraîner une hausse de leur consommation puisque leur demande est élastique par rapport au prix (le contraire de la demande inélastique des dépendants). Sur le graphique 6, la droite représentant la demande des non-dépendants est figurée par D_N . Pour simplifier le graphique, on a fait passer cette droite par le point E_2 . Une baisse des prix de la dose de P_2

à P_1 va provoquer une augmentation de la demande des non-dépendants de Q_2 à Q_n . Comme la consommation de la drogue entraîne une accoutumance, le risque, en augmentant la consommation des non-dépendants, est d'en convertir un grand nombre en consommateurs dépendants. Pour pallier ce risque il faudrait faire en sorte que la réduction du prix de la dose soit réservée uniquement aux personnes dépendantes, et donc instaurer un marché avec un double prix, faible pour les dépendants, élevés pour les non dépendants. Ce qui rend encore plus problématique l'application d'un tel programme.

Les autres politiques sont mieux connues. Elles consistent à éradiquer la production, à bloquer les flux d'importation. Il n'est pas utile d'insister sur les limites, voire l'impuissance de telles politiques. Sans aller jusqu'en Amérique latine ou au Moyen-Orient, il n'est que de voir l'impuissance de l'Europe à obtenir du Maroc qu'il réduise sa production (il n'est même pas question qu'il la supprime) pour mesurer l'ampleur du problème.

C'est que l'espace est ici en cause – un espace mondial dans lequel le gisement de production peut se mouvoir comme le voleur devant le gendarme. S'il s'agissait de mines, le contrôle de la production serait plus facile, mais la culture du cannabis, pour ne parler que d'elle, peut même se pratiquer sur le balcon de votre appartement ou dans votre arrière-cuisine. Tout à l'heure nous disions l'importance du déplacement des crimes dans le temps. Nous allons essayer d'analyser leur déplacement dans l'espace.

On peut commencer par l'exemple anecdotique des accidents de montagne. Pour éviter les problèmes de responsabilité, toujours épineux en la matière, et les coûts considérables, notamment en sauvetage, que ces accidents entraînent pour la collectivité, sur certains sites américains, les autorités ont décidé d'interdire purement et simplement l'accès à certains parcours jugés trop dangereux, forces de police à l'appui. Résultat : les candidats au casse-cou sont allés skier en Europe. Il y a eu déplacement de l'activité dangereuse.

Il en va de même, évidemment, pour l'éradication des cultures du pavot ou du cannabis. Celles-ci, on l'a déjà dit, peuvent se déplacer de région à région, de pays à pays. La lutte contre le terrorisme rencontre le même genre de difficultés.

Moins connus sont les problèmes que pose la spatialisation du crime à l'intérieur d'un pays donné.

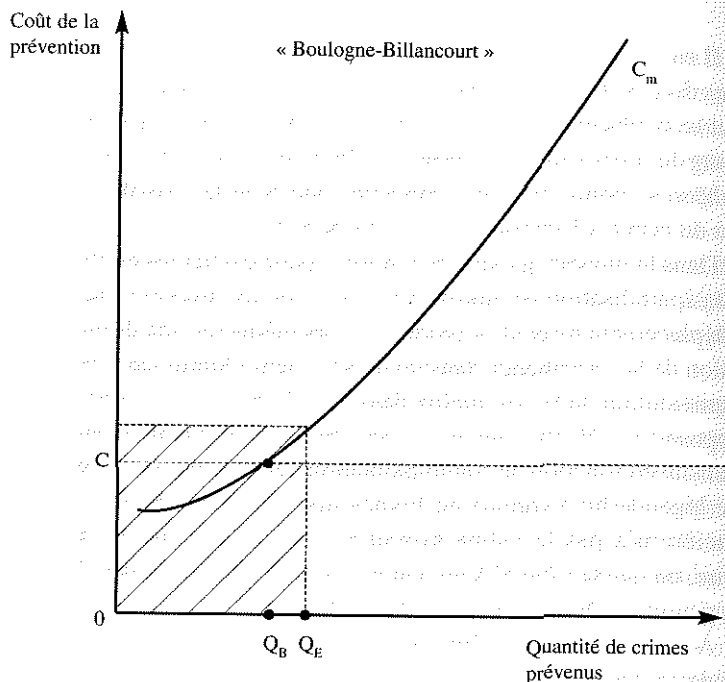
Dans le modèle qui va être exposé⁴¹, pour étudier les effets de la spatialisation en eux-mêmes, nous allons supposer que le déplacement ne peut se produire, alors même qu'une diminution de la surveillance dans tel quartier se traduirait par une augmentation de la criminalité dans ce même quartier. Donc, suppose-t-on, le crime ne se déplace pas. Il varie seulement en intensité en fonction de son implantation géographique. C'est une légende bien connue en France que le respect de la loi foncière n'a pas le même niveau au sud qu'au nord de la Loire, ou que la Côte d'Azur a une expérience de la mafia qui est peu répandue sur les côtes de la Manche.

À l'intérieur d'une même ville, les brigades de police et de gendarmerie ne peuvent pas être partout. Des efforts accrus de surveillance dans certains quartiers peuvent aboutir à la diminution de la surveillance et donc à l'augmentation de la criminalité dans d'autres quartiers. Cela ne signifie pas que les criminels se déplacent, mais seulement que le crime augmente dès que la surveillance se relâche. Cette hypothèse évidemment simplificatrice est destinée à faire apparaître la dimension spatiale du crime.

Les autorités municipales sont confrontées à une question difficile. Il pourrait s'avérer que pour des raisons d'équité leur objectif devrait être de faire en sorte qu'il y ait le même taux de criminalité dans chaque quartier, chaque contribuable ayant droit à la même protection contre le crime.

Supposons que l'agglomération considérée soit composée seulement de deux quartiers, d'un côté « Passy-Auteuil-

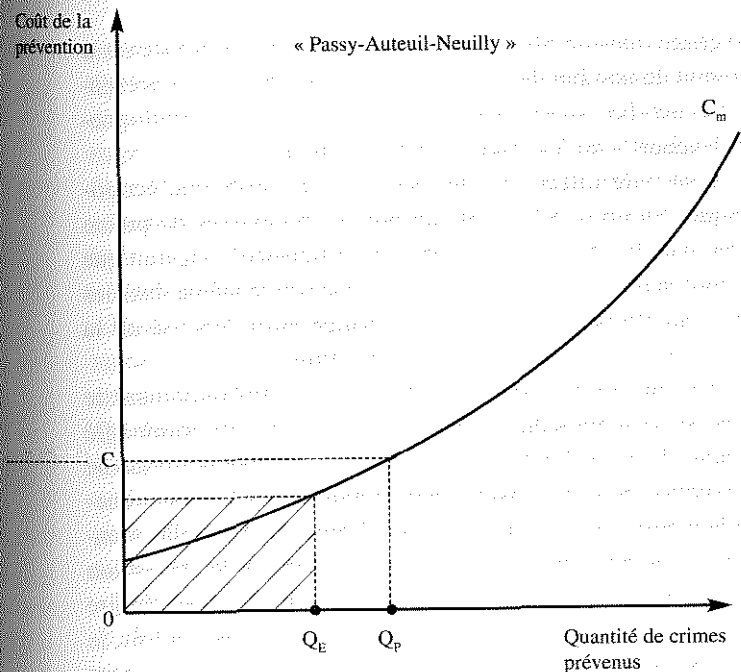
41. Inspiré de Daryl A. Hellman & Neil O. Alper, *Economics of crime*, Simon & Schuster Custom Publishing, 1993, 1996, 1997.



Graphique 7

Neuilly », de l'autre « Boulogne-Billancourt ». Ou, ce qui revient au même, que ces deux communes soient réunies sous la même autorité et qu'elles soient isolées du reste du monde. Leur population est équivalente en nombre. L'objectif que l'on vient d'évoquer signifie que le taux de criminalité subi par chaque citoyen est le même, qu'il se trouve à « Passy-Auteuil-Neuilly » ou à « Boulogne-Billancourt ». Il se traduit par une quantité identique de crimes prévenus dans les deux communes. Soit Q_E cette quantité.

Le problème vient de ce que les coûts de la prévention du crime ne sont pas les mêmes d'un quartier à l'autre. Pour des raisons diverses et variées, il est plus élevé à « Boulogne-Billancourt » qu'à « Passy-Auteuil-Neuilly » (nous n'avons pas à en détailler ici ces raisons, c'est seulement l'hypothèse inverse, le même coût de criminalité dans tous les quartiers, qu'il faudrait justifier, car elle est invraisemblable ; cela dit



Graphique 7

« Boulogne-Billancourt » et « Passy-Auteuil-Neuilly » doivent être considérés ici comme des fictions emblématiques de quartier à risque et de quartier bourgeois – c'est pourquoi nous mettons des guillemets).

Sur le graphique 7, où la quantité de crimes prévenus est portée en abscisse et le coût de la prévention en ordonnée on a reporté cette différence : le coût marginal de prévention du crime (courbe C_m) est plus élevé à « Boulogne-Billancourt » qu'à « Passy-Auteuil-Neuilly ». Il en résulte que si, pour des raisons d'équité, l'on veut prévenir la même quantité de crimes Q_E dans les deux quartiers, il faudra consacrer plus d'argent à la prévention à « Boulogne-Billancourt » qu'à « Passy-Auteuil-Neuilly ». En effet, le graphique 7 fait apparaître que le coût marginal de prévention du crime est beaucoup plus élevé à « Boulogne-Billancourt » qu'à « Passy-Auteuil-Neuilly ». Le même graphique fait apparaître que le coût total de prévention

du crime (mesuré par les zones hachurées dont la surface est le produit du nombre de crimes évités par le coût de leur prévention) est lui aussi beaucoup plus élevé à « Boulogne-Billancourt » qu'à « Passy-Auteuil-Neuilly ».

Une telle différence de coût pose un problème économique. En effet, elle implique que les ressources de police sont mal allouées. La recherche de l'efficience* exigerait que le coût marginal de prévention du crime soit le même dans les deux quartiers, c'est-à-dire que chaque euro dépensé ait la même rentabilité en termes de prévention.

Les choses s'aggravaient encore si non seulement le coût de prévention du crime, mais aussi le taux de criminalité « naturel » (qui s'établirait en l'absence de toute politique de prévention et de dissuasion) étaient plus élevés à « Boulogne-Billancourt » qu'à « Passy-Auteuil-Neuilly ». Une telle situation obligerait à augmenter encore les dépenses de prévention à « Boulogne-Billancourt » et, par conséquent, à les réduire un peu plus à « Passy-Auteuil-Neuilly ». Si, tout à la fois, le taux naturel de criminalité et les coûts de prévention sont beaucoup plus élevés à « Boulogne-Billancourt » qu'à « Passy-Auteuil-Neuilly », on s'éloignerait encore un peu plus de l'efficience.

Or l'efficience pourrait être, elle aussi, un objectif poursuivi par les autorités municipales. Sous la pression de l'opinion publique, des médias, elles pourraient considérer qu'étant donné le budget de prévention dont elles disposent, les électeurs leur demandent d'obtenir le maximum de résultats, c'est-à-dire la baisse la plus grande possible du nombre de crimes commis. Pour atteindre cet objectif, elles vont retirer des forces de police de « Boulogne-Billancourt » pour les placer à « Passy-Auteuil-Neuilly » où la prévention est plus rentable en termes de coûts. Ce mouvement de bascule s'arrêtera au moment où le coût marginal de prévention du crime (C) sera le même dans les deux communes (graphique 7). Sans doute le nombre de crimes

prévenus va-t-il baisser à « Boulogne-Billancourt », de Q_E en Q_B , ce qui se traduit par une augmentation des crimes commis dans cette commune, mais le nombre de crimes prévenus va augmenter considérablement à « Passy-Auteuil-Neuilly »; de Q_E en Q_P , où par conséquent le nombre de crimes commis va se réduire en proportion. Résultat de cette plus grande rentabilité de la prévention à « Passy-Auteuil-Neuilly » qu'à « Boulogne-Billancourt » : la réduction de la criminalité à « Passy-Auteuil-Neuilly » fait plus que compenser l'augmentation de la criminalité à « Boulogne-Billancourt ». La différence entre Q_P et Q_E est supérieure à la différence entre Q_E et Q_B . Jusqu'à ce que le coût marginal de prévention du crime soit le même dans les deux communes, la quantité des crimes commis va se réduire pour l'ensemble de l'agglomération. On peut même arriver à une situation où le coût total de la prévention est plus élevé à « Passy-Auteuil-Neuilly » qu'à « Boulogne-Billancourt » (graphique 7) – ce qui est paradoxal.

Souvenons-nous que nous avons supposé que le crime ne pouvait pas se déplacer – une hypothèse qui n'est pas aussi irréaliste qu'elle en a l'air : les bandes des banlieues, ordinairement, ne s'aventurent pas dans les quartiers chics, et ce n'est que dans une conjoncture révolutionnaire que les boulangères débarquent dans la cour du château de Versailles un petit matin d'octobre. Un processus cumulatif peut du reste s'enclencher. Si la pègre ne s'aventure pas dans les quartiers chics, c'est justement que le coût marginal de prévention du crime y est moins élevé, et que par conséquent les malfrats s'y feraient plus facilement alpaguer.

Dans ces conditions, une politique efficiente va conduire à prévenir davantage le crime à « Passy-Auteuil-Neuilly » qu'à « Boulogne-Billancourt », dans les quartiers bourgeois plutôt que dans les banlieues populaires, dans les villes moyennes et les villages plutôt que dans la jungle des grandes villes. Elle explique cette répartition géographique des forces de police qui paraît si étrange et fait l'objet régulièrement d'enquêtes journalistiques et de discours politiques.

L'exemple de Paray-le-Monial, est souvent cité : ce haut lieu de piété et de dévotions à la Vierge Marie est l'une des communes les plus tranquilles de France. Elle cumule sur son territoire la présence d'un commissariat de police et d'une gendarmerie. Ce n'est pas à cause de cette double protection que la criminalité y est peu élevée. Il faut inverser l'ordre de la causalité : cette double présence s'explique par le fait même que la criminalité est faible. Il n'est pas interdit de penser aussi au souci qu'ont de leur propre confort et de leur tranquillité policiers et gendarmes.

L'efficacité conduit ainsi à laisser les banlieues dangereuses quasiment à elles-mêmes – à instaurer *de facto* ce que l'on appelle pudiquement des zones de non-droit, et même à encourager l'installation de « bandits stationnaires* » (des caïds, déguisés parfois en travailleurs sociaux) capables de faire respecter un ordre que les pouvoirs publics ne sont plus capables de faire régner par eux-mêmes. De temps en temps, des efforts sont vantés, avec le renfort des cymbales médiatiques, pour sortir de cette logique et s'attaquer aux zones de non-droit. On rappelle l'égalité des citoyens devant la loi. Mais, bien vite, l'efficacité est de retour. On ne voit d'ailleurs pas pour quelles raisons les contribuables des quartiers tranquilles paieraient davantage pour assurer la sécurité dans les banlieues.

On dira que les classes bourgeoises se sont ainsi approprié les forces de prévention, tout en acceptant de temps à autre de régler des dépenses supplémentaires pour des descentes de police dans les quartiers à risque – à la manière des soldats de Massu dans la casbah d'Alger.

Cette appropriation de la police par les classes les plus aisées est d'autant plus anormale que, comme on l'a déjà dit, les riches propriétaires n'ont pas besoin de l'État pour protéger leurs biens. Les gens modestes, eux, ont besoin de la puissance publique non seulement pour assurer leurs droits de

propriété, mais aussi pour puiser dans la poche des riches par le biais du fisc au nom de la solidarité*. L'appropriation de la police par les riches est une perversité induite par l'existence même d'un espace juridique public. Si tout cet espace était propriété privée, on n'aurait pas ce genre de problème. La question de l'immigration, dont on n'ose même pas avouer publiquement le caractère criminogène, serait réglée du même coup.

Supposons une situation imaginaire où l'espace d'un pays donné serait totalement privé. Dans un tel contexte, aucune parcelle du territoire n'échapperait à l'appropriation privée par des personnes physiques ou morales, et le problème de l'immigration qui agite tant l'opinion aujourd'hui n'existerait pas. En effet, le principe qui gouvernerait la circulation des personnes dans une telle société consisterait à reconnaître la liberté fondamentale d'émigrer et d'immigrer. Chaque propriétaire n'admettrait, en revanche, chez lui que les personnes qu'il aurait librement invitées, qu'il s'agisse de compatriotes ou d'étrangers. Le droit de tout propriétaire n'est-il pas d'accepter ou de refuser librement la visite d'autrui chez lui ?

Pour illustrer ce point, on peut faire référence à la décision du Conseil constitutionnel français en date du 20 novembre 2003 à propos de la loi relative à « la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité ». Entre autres censures, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article 7 de la loi qui lui était soumis. Cet article, relatif aux visas délivrés au titre de visites de caractère familial et privé de courte durée, obligeait la personne hébergeant un visiteur à s'engager à prendre en charge les frais de rapatriement de l'intéressé si ce dernier ne disposait pas, à l'issue de sa visite, des moyens lui permettant de quitter le territoire français. Le Conseil constitutionnel aurait pu estimer qu'une telle obligation portait atteinte à la liberté de l'hébergeant. Mais ce n'est pas l'argument qu'il a utilisé. Il a statué

qu'en imposant un tel engagement à l'hébergeant, la loi a rompu de façon caractéristique la règle de l'égalité devant les charges publiques proclamée par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également être répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés ». En clair, le bannissement – car il s'agit bien de cela – d'un individu indésirable est une « charge publique » à laquelle tous les citoyens doivent contribuer (en raison de leurs facultés). Imposer cette « charge publique » au seul hébergeant serait donc contraire à l'une des « égalités » inscrites dans les « Droits de l'homme et du citoyen ». Tout à l'heure, nous remarquons que les riches s'approprièrent la police. Cette fois, ceux qui hébergent des immigrés font reposer sur la collectivité le soin de les rapatrier en cas de besoin.

Pour justifier sa censure, le Conseil constitutionnel a pointé le fait que le projet du gouvernement ne tenait compte « ni des ressources financières de l'hébergeant, ni du prix du voyage de retour, ni de sa bonne foi, ni du comportement de son visiteur, ni du temps écoulé depuis la fin de sa visite ». Dans la société dépourvue d'espace public que nous avons imaginée plus haut, on ne voit pas pourquoi le législateur aurait à tenir compte d'un seul des paramètres ici invoqués par le Conseil constitutionnel. En effet, si l'ami africain ou le lointain cousin d'Amérique que j'ai invité à passer Noël en France n'avait pas de quoi payer son billet de retour, serais-je en droit, dans une telle société de demander à l'État (et donc aux contribuables) de le lui offrir, en sorte de ne pas attenter au principe de l'égalité devant les charges publiques ? À ce compte, je pourrais faire venir n'importe qui de n'importe quelle partie du monde en lui laissant entendre qu'il n'aura à payer que la moitié de ses frais de transport, le reste étant gracieusement offert par l'État français⁴².

Cet apologue est destiné à illustrer combien en réalité l'immigration, dont on ne dira jamais assez que dans ces conditions elle est criminogène, n'est cause de difficultés que parce qu'il existe un espace public, lequel a de multiples formes : chemin, routes, voies ferrées, gares, parcs, jardins, plages, quais, écoles, piscines, stades, hôpitaux, hospices, églises, etc. Comme l'accès à ces espaces publics est sinon toujours gratuit, du moins tarifé au-dessous de son prix coûtant, le gouvernement est bien obligé de procéder à des rationnements quantitatifs et donc de contrôler les frontières, d'instaurer des visas, des quotas d'immigration et d'imaginer tant d'autres mesures du même ordre, qui ont toutes un coût pour le budget de l'État et par conséquent pour le contribuable. Il faut aussi, bien sûr, inclure dans ce système d'attraction des étrangers du monde entier les prisons elles-mêmes, où souvent le niveau et la qualité de vie sont pour l'immigré supérieurs à ce qu'ils sont dans son pays d'origine.

Ainsi le droit d'expulsion, qui devrait appartenir aux propriétaires, le voici en quelque sorte étatisé. Il en résulte une complexité croissante des normes en matière d'immigration, un recours de plus en plus fréquent à des solutions brutales et inhumaines en la matière tout simplement parce qu'elles sont fondées sur des critères collectifs et nationalistes, voire racistes, et enfin le développement d'une immigration clandestine. Encore une fois, l'immigré n'a aucune raison d'être par nature, comme dirait Aristote, porté au crime. Des conditions étatiques de l'immigration il résulte qu'elle fait problème et qu'elle est criminogène (une grande partie de la population carcérale est composée de personnes issues de l'immigration, soit directement, soit de seconde génération).

On dira que l'absence d'espace public est une utopie qui n'a aucune chance de se réaliser. On dispose toutefois comme référence à cette utopie du modèle du droit romain ancien.

42. Mathieu Laine et Philippe Simonnot, « Qui doit payer le billet de retour ? » *Le Figaro*, 7 janvier 2004.

À Rome, on l'a vu, il n'y avait de droit proprement dit que pour les Romains. En d'autres termes, il n'existait pas, en principe, de degrés dans la capacité civile. Celui-là seul était *ingenuus* (de *geno, gigno*) qui faisait partie de la *gens* ; celui qui n'en faisait pas partie était « sans droit », *extrarius*. Son exclusion est totale ; la religion même ne lui donne pas accès, car, elle aussi est une institution de l'État⁴³. Le terme même d'*hostis*, qui signifie à la fois l'« étranger » et l'« ennemi » exprime parfaitement l'incertitude du sort de l'étranger, qui pouvait s'attendre aussi bien à être traité en hôte qu'en ennemi.

À cette privation originelle de tout droit pour l'étranger se rattachait l'horreur qu'inspirait l'exil à l'Antiquité. Rien à voir avec le bannissement quand il était encore en vigueur dans notre système pénal. L'étranger n'a point de droit ; donc celui qui est expulsé de la communauté des associés, ou qui fuit à cause d'un crime, est voué quasiment au sort de la bête féroce qui erre sans trêve ni repos et que l'on traque partout où on l'aperçoit. Une mort civile dans un état de honte et de mort juridique.

Dans un tel système, la condition des immigrés était, en principe, identique à celle de l'*hostis* : de même que celui-ci ne pouvait, à l'origine, obtenir la protection des lois que d'une manière indirecte, par le moyen de l'*hospitium* (« action de recevoir comme hôte »), de même ceux-ci ne pouvaient l'obtenir qu'en se plaçant à titre de clients sous le patronage d'un citoyen romain (*applicatio*). Mais tandis que le rapport de l'*hostis* à l'*hospes* était un rapport de coordination (on retrouve du reste dans *hospes* la même ambiguïté que dans *hostis*, puisque ce terme signifie tout à la fois : « celui qui donne l'hospitalité », mais aussi « celui qui la reçoit »), celui du client au patron était un rapport de subordination. Dans l'*hospitium* la contre-prestation consistait dans la réciprocité de la protection et de l'accueil hospitalier ; la clientèle au

contraire créait une obligation de servir. La dépendance que créait ce rapport est clairement exprimée par les expressions *patronus* et *cliens* où l'on dénote un décalque de la *patria potestas*. Les mœurs et la religion seules les défendent contre l'abus de cette puissance comme il en eût été pour la puissance paternelle. De fait, la coutume imposait maintes restrictions au patron ; elle l'obligeait à conserver intact au client le degré d'indépendance de fait que celui-ci pouvait exiger d'après la tradition ou en vertu d'une convention passée avec les États d'où il était issu.

La mort du client faisait passer le rapport de subordination sur la tête de ses enfants. Jhering écrit qu'« il est facile de comprendre que ce rapport, dans lequel le patron trouvait de si importants avantages, en retour d'un léger service, devait de son côté être maintenu, avec empressement, aussi bien vis-à-vis du client que vis-à-vis de ses descendants ; que son propre intérêt devait l'engager à bien traiter son client, à le favoriser autant que possible, tant pour ne lui donner aucun motif de renoncer à sa clientèle, ce qui ne pouvait lui être refusé que difficilement, que pour acquérir de nouveaux clients. Pour celui qui avait beaucoup de terres et peu de bras, ce pouvait être une affaire avantageuse que de s'attirer des clients, par l'abandon gratuit de petites parcelles de terrain, afin d'augmenter ainsi ses moyens de production⁴⁴. »

On appelait *precarium* tout ce que le patron concédait à son client, pour son usage et à sa prière (*preces*) : très souvent c'était un fonds de terre, mais les concessions d'habitation devaient aussi être fréquentes. Que l'on puisse révoquer ces concessions à tout moment était sous-entendu par le rapport même dans lequel se trouvaient le patron et son client. Le « précaire » aura une grande importance, plus tard, dans l'histoire des dons à l'Église.

Le client pouvait se défendre contre des tiers ; toute défense vis-à-vis du patron lui était interdite. Conclure un

43. Jhering, *op. cit.*, p. 227.

44. Jhering, *op. cit.*, p. 240.

precarium entre Romains, n'était autre chose que se mettre dans la position d'un patron et d'un client

La fortune que le client avait acquise lui-même, son matériel agricole et son bétail recevaient le nom de *peculium*, soumis aux mêmes principes que celui du fils de famille et de l'esclave.

Évidemment on ne peut pas ne pas rapprocher ce dispositif du droit romain ancien en ce qui concerne l'hospitalité avec beaucoup d'autres coutumes. Innombrables sont les cultures où l'hôte est considéré comme un intouchable. Chez les Grecs, Zeus lui-même protège les hôtes comme en témoigne son épithète de *Ζεὺς ξένιος*. « Zeus prend soin de tous les étrangers » (*Odyssée*, I 6, 607 sq). Dans les conditions juridiques établies par Rome, ce tabou peut se comprendre aisément.

Il en est de même pour le fameux péché de Sodome. Depuis 1955, note l'historien John Boswell, l'exégèse a marqué une préférence croissante pour voir dans la faute des habitants de cette ville un manquement aux règles de l'hospitalité à l'égard des étrangers comme nous y invite Jésus lui-même (Mt X, 14-15, et Lc X, 10-12), rejetant l'interprétation homosexuelle traditionnelle qui a donné naissance au vocable de sodomites. On a accusé Boswell, qualifié de « théologien homosexuel », de plaider pour sa paroisse. Afin d'y voir plus clair, revenons au texte, en le prenant, ce que font rarement les commentateurs, depuis le début du chapitre XIX de la Genèse, car c'est là que se trouvent des détails qui nous importent :

« 1. Sur le soir deux anges vinrent à Sodome lorsque Lot était assis à la porte de la ville. Les ayant vus, il se leva, alla au-devant d'eux, et s'abaissa jusqu'en terre. 2. Puis il leur dit : "Venez, je vous prie, mes seigneurs, dans la maison de votre serviteur, et demeurez-y. Vous y laverez vos pieds, et demain vous continuerez votre chemin." Ils lui répondirent : "Nous n'irons point chez vous, mais nous demeurerons dans la rue." 3. Il les pressa de nouveau avec grande instance, et les força de venir chez lui. Après qu'ils furent entrés en sa mai-

son, il leur fit un festin ; il fit cuire des pains sans levain, et ils mangèrent. 4. Mais avant qu'ils se fussent retirés pour se coucher, la maison fut assiégée par les habitants de la ville ; depuis les enfants jusqu'aux vieillards, tout le peuple s'y trouva.

« 5. Alors ayant appelé Lot, ils lui dirent : "Où sont ces hommes qui sont entrés ce soir chez vous ? Faites-les sortir, afin que nous les connaissions." 6. Lot sortit de sa maison ; et ayant fermé la porte derrière lui, il leur dit : "7. Ne songez point, je vous prie, mes frères, ne songez point à commettre un si grand mal. 8. J'ai deux filles qui sont encore vierges, je vous les amènerai ; usez-en comme il vous plaira, pourvu que vous ne fassiez point de mal à ces hommes-là, parce qu'ils sont rentrés dans ma maison comme dans un lieu de sûreté." 9. Mais ils lui répondirent : "Retirez-vous." Et ils ajoutèrent : "Vous êtes venu ici comme un étranger parmi nous, est-ce afin d'être notre juge ? Nous vous traiterons donc vous-même encore plus mal qu'eux" ; et ils se jetèrent sur Lot avec grande violence. 10. Lorsqu'ils étaient déjà près de rompre les portes, ces deux hommes qui étaient au-dedans prirent Lot par la main, et l'ayant fait rentrer dans la maison, ils en fermèrent la porte, 11. et frappèrent d'aveuglement tous ceux qui étaient au dehors, depuis le plus petit jusqu'au plus grand, de sorte qu'ils ne purent plus trouver la porte de la maison. » (Genèse, XIX, 1-11).

L'interprétation homosexuelle de la faute des Sodomites est fondée sur deux éléments de preuve : d'une part la traduction du verbe connaître, qui signifierait connaître par la chair, pénétrer charnellement. Certains, pour lever toute ambiguïté traduise carrément le verset 5 de la façon suivante : « Où sont les hommes qui sont venus chez toi cette nuit. Fais-les sortir vers nous : pénétrons-les⁴⁵. » Et comme cette demande est faite par tout un peuple mâle, enfants et vieillards compris,

45. Cf. Marie-Jo Bonnet, *Qu'est-ce qu'une femme désire quand elle désire une femme ?*, Odile Jacob, 2004, p. 56.

il faut bien que tout Sodome soit atteinte de ce vice réputé infâme. Deuxième élément qui confirme le premier : puisque Lot offre ses filles à la place de ses hôtes, c'est bien que ceux qui l'assiègent ont manifesté une soif sexuelle qu'il s'agit d'assouvir. Dès lors il apparaît ceci que la « pénétration » de filles vierges est considérée comme un moindre mal par rapport à la pénétration des deux hôtes de Lot – ce qui prouve bien qu'il s'agit d'un vice majeur.

Or, ces deux preuves sont fragiles.

Comme l'a souligné Derrick Sherwin Bailey⁴⁶, le verbe hébreu signifiant connaître a très rarement dans la Bible une acception sexuelle, en dépit de l'opinion courante : le sens de connaissance sexuelle revient dans l'Ancien Testament dix fois sur un total de 243 emplois.

Ensuite, la substitution de deux filles aux deux messagers, pour choquante qu'elle soit, et même inconcevable à une conscience contemporaine, est congruente avec le statut de la femme dans la société juive ancienne, statut tout à fait comparable avec celui de la Romaine. Encore au temps de Jésus, les filles mineures dépendaient totalement de la *patria potestas* : jusqu'à l'âge de 12 ans et demi, une fille n'a pas le droit de refuser le mariage décidé par son père ; celui-ci peut même la marier à quelqu'un de difforme ou encore la vendre comme esclave. Les fiançailles de la fille majeure (au-delà de 12 ans et demi) ne peuvent être décidées sans son consentement, mais la somme que doit payer le fiancé appartient au père. « Cette puissance très étendue du père pouvait naturellement conduire à considérer les filles, principalement les filles mineures, surtout comme une capacité de travail et une source de profit⁴⁷. » Oui, la livraison des deux jeunes filles, assimilables à des esclaves, valait mieux aux yeux de Lot et de ses contemporains que le viol des lois sacrées de l'hospitalité.

Toutefois, une lecture plus attentive du texte de la Genèse nous apporte des informations supplémentaires non sur les penchants sexuels de ces malheureux sodomites, mais sur les problèmes d'hospitalité tels qu'ils étaient vécus à cette époque. Et qui illustrent notre propos sur l'immigration. C'est pourquoi la mésaventure de Lot nous importe tant.

D'abord, Lot est lui-même un étranger, arrivé depuis peu à Sodome. Ensuite, dans Sodome, comme dans toute ville, il existe un espace public, ici la rue où les deux hommes/anges veulent demeurer (verset 2). Et ils y renoncent seulement sur l'insistance renouvelée de Lot (3). Nous sommes confrontés ici à deux types d'hospitalité. La première est collectivisée. C'est celle que pratiquent les habitants de Sodome. Comme un hébergeant risque de rejeter dans l'espace public, ici la rue, son hôte et de le mettre à la charge de « tout le peuple », « tout le peuple » veut contrôler l'arrivée des étrangers (4). Et c'est très logiquement que l'on cherche à « connaître » (5) l'identité de ces étrangers qui viennent d'arriver et d'obtenir l'hospitalité de Lot. Il faut vraiment avoir l'esprit tordu pour voir dans l'émeute qu'a provoquée le geste hospitalier de Lot une manifestation de désir sexuel envers deux êtres que la foule, composée certes d'adultes, mais aussi de vieillards et d'enfants, n'a même pas encore vus.

De plus, si Lot a appliqué les règles de l'hospitalité à son niveau individuel de la manière la plus stricte, il n'a en rien consulté les habitants de Sodome sur leurs us et coutumes, supposant seulement que ces règles étaient universelles. D'une certaine manière, le premier à enfreindre les lois, sinon de l'hospitalité, du moins d'une élémentaire civilité, c'est Lot lui-même, et c'est bien ce que lui laissent entendre les Sodomites : « Vous êtes venus comme un étranger, est-ce afin d'être notre juge ? » (9). Mais si Lot se risque à le faire et s'il est finalement récompensé pour cela, puisqu'il est miraculeusement sauvé du lynchage (11), c'est précisément que ces règles l'emportent sur toute autre – ce que ne veulent pas comprendre les habitants de Sodome, et c'est pourquoi leur

46. Derrick Sherwin Bailey, *Homosexuality in the Western Christian Tradition*, Londres, 1955, cité par Boswell, *op. cit.*, p. 131.

47. Jérémias, *Jérusalem au temps de Jésus*, Cerf, 1967, p. 477.

ville sera rasée par une « pluie de soufre et de feu » (Genèse, XIX, 24), faisant disparaître même ses rues, et donc tout espace public.

Nous disposons, entre autres, de deux « témoins » très éloignés l'un de l'autre culturellement et géographique, le droit romain ancien et le récit de la Genèse, mais tous deux nous disent la même chose : c'est bien l'existence d'un espace public, géographique ou juridique, qui fait que l'immigration est un problème.

Ce n'est pas seulement au problème de l'immigration que le modèle du droit romain pourrait être appliqué avec avantage. C'est à l'ensemble du problème de la criminalité. En témoignent les solutions proposées par la littérature libertarienne dans ce domaine (Gustave de Molinari, Murray Rothbard, David Friedman, M. et L. Tannehill, Hans-Hermann Hoppe, pour ne citer que les noms les plus connus)⁴⁸. Le dispositif que ces divers auteurs suggèrent rappelle étrangement la justice privée telle qu'elle était pratiquée, on vient de le voir, dans la Rome antique, sans jamais qu'il y soit fait référence. En voici quelques éléments.

Je rentre chez moi et je m'aperçois que le Rembrandt que j'avais accroché à mon mur a disparu. J'appelle l'agence à laquelle j'ai confié la protection de mes biens. Dans ce contrat de protection, j'ai accepté de ne pas porter atteinte au droit de propriété d'autrui. Il ne serait pas, en effet, dans l'intérêt d'une telle agence de protéger le crime. Car elle serait dans la situation d'une compagnie d'assurance qui accepterait de couvrir les risques d'incendie même dans le cas où je mettrais le feu à ma maison. On suppose que toutes les agences de protection suivent le même raisonnement qui leur est imposé par la loi du marché (celles qui s'en écarteraient étant éliminées par la concurrence) et, de fait, fonctionnent comme des compagnies d'assurance, avec la même logique économique.

⁴⁸. On en trouve un bon résumé chez Valentin, *op. cit.*, p. 343.

Mon agence, grâce au système de vidéosurveillance qu'elle a installée, découvre l'identité du voleur, M. Dupont. L'agence contacte ce monsieur et se présente chez lui pour récupérer mon tableau. M. Dupont appelle sa propre agence qui vient immédiatement lui porter secours. Les deux agences se font face, aucune autorité supérieure ne pouvant imposer une solution. Comme un conflit qui perdure fait perdre de l'argent, les agences ont intérêt à négocier et à trouver une solution. Dès lors, de deux choses l'une : ou bien M. Dupont est innocent, mon agence devra lui payer une indemnité pour la gêne qui lui a été causée, et chercher un autre coupable ; ou bien il est coupable, son agence accepte le verdict et ne sera pas obligée de le protéger lorsque les gens de mon agence viendront récupérer le tableau.

Comme le remarque Bertrand Lemennicier, la principale innovation d'un tel système par rapport aux systèmes juridiques actuels, ce serait la suppression de la distinction entre droits civil et pénal : « On réparera les dommages sans faire la distinction entre l'acte volontaire et involontaire. Car désormais c'est la victime qui demande réparation, ce n'est plus l'État ou la société, des entités fictives⁴⁹. » Innovation, vraiment ? Notre lecteur aura aisément reconnu ici l'architecture du droit romain ancien.

⁴⁹. Bertrand Lemennicier, « L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée », *Justice*, n°1, 1995, p. 145, cité par Valentin, *op. cit.*, p. 344.

Propos d'étape

Homo naturae, persona juris civilis vocabulum,

Hugues Doneau, *Commentaria juris civilis,*

Naples, 1763, vol. I, p. 65.

Prenons le risque de tout remettre sur le métier encore une fois en nous posant la question : ces personnes, ces choses, dont il a été question tout au long de ce livre, ont-elles un sexe ?

À en croire Jean-Pierre Beaud, auteur d'un livre remarquable pour notre propos¹, l'invention romaine de la personne juridique a eu pour effet de « censurer le corps humain », et elle aurait parfaitement fonctionné jusqu'au milieu du xx^e siècle. À cette date, le corps aurait derechef fait son apparition dans le domaine du droit parce que certaines de ses parties, devenues détachables (sang, sperme, organes divers), auraient pris le statut de choses, et par conséquent seraient devenues appropriables. Mais le système doctrinal français resterait inefficace, parce qu'incohérent. En témoignerait ce passage d'un rapport du Conseil d'État : « Le corps, c'est la personne, cela signifie qu'il ne peut être ravalé au rang de bien, de chose : de ce fait il est indisponible et, n'étant pas un

1. Jean-Pierre Beaud, *L'Affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, Seuil.

bien, il ne peut faire l'objet d'une appropriation et ne peut donc entrer dans la circulation des biens. Mais ce principe n'existe pas en tant que règle juridique explicite ; il n'est reconnu que de manière implicite, déduit de l'article 1128 du Code civil aux termes duquel : "Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions²." » Comme Beaud l'a justement remarqué³, il est impossible de tirer argument de l'article 1128 pour prouver que le corps n'est pas une chose, puisque cet article traite des choses. Tout ce que l'on pourrait en déduire est que le corps est une chose qui, pour n'être pas commercialisable, n'en est pas moins une chose. En fait, l'article 1128 est une réminiscence de la *summa divisio* du droit romain entre choses qui sont dans le commerce et choses qui ne sont pas dans le commerce⁴. Mais on reste bien dans le domaine des choses. Au demeurant, le droit romain nous parle de *choses* sacrées, mais non de *personnes* sacrées.

Cette évacuation du corps par le droit romain viendrait de la philosophie grecque et de « son profond mépris pour le corps », « prison », « tombeau » ou « ennemi » de l'âme⁵. La personne juridique serait apparue dans le système romain pour remplacer à la fois l'âme et le corps. C'est une abstraction, une fiction, un masque qui permet à l'individu de faire porter sa voix (*per sonare*) sur le théâtre juridique. À contre-pied, Michel Villey aurait contribué à faire comprendre aux juristes français qu'un certain nombre de notions essentielles, que l'on attribuait traditionnellement au droit romain antique, avaient été en fait été conçues chez les romanistes, les canonistes et les théologiens du Moyen Âge. Nous en avons déjà noté des exemples en ce qui concerne le droit de propriété. Pour Jean-Pierre Beaud, et nous le suivrions bien volontiers

2. Conseil d'État, *Sciences de la vie – De l'éthique au droit*, Paris, La Documentation française, 1988.

3. Beaud, *op. cit.*, p. 26.

4. Yan Thomas, Séminaire de droit romain, EHESS.

5. Beaud, *op. cit.*, p. 57.

sur ce point : « Le défaut majeur de la théorie de Michel Villey est d'assimiler la notion de personne à celle d'individu et de ne pas voir qu'il s'agit d'une construction abstraite en marge d'un ordre naturel des choses qui voudrait, entre autres, que l'individu ne s'appréhende pas autrement que comme un corps hébergeant une âme.[...]. La théorie de Michel Villey est viciée à la base par la méconnaissance de ce fait essentiel que l'apparition de la personne fut une œuvre de désincarnation du droit⁶. » Nous verrons que le grand doctinaire français n'est pas le seul, loin de là, à faire cette erreur. En réalité, il porte toute la contradiction de l'humanisme chrétien ou du christianisme humanisé, comme on voudra.

L'évacuation du corps pouvait prendre un sens littéral, par exemple dans l'infanticide, que nous avons analysé au chapitre 3. Mais l'art juridique, tout artifice qu'il fût, se devait d'imiter la nature. Ainsi, un enfant monstrueux ne pouvait accéder à la catégorie de personne, même s'il était issu d'une union légitime. Car la nature fait qu'il nous inspire des sentiments de répulsion. D'où l'expression de « petit monstre » dans le langage parental, qui peut exprimer soit effroi, soit tendresse. Encore au début du XIX^e siècle, Virey, docteur en médecine et professeur d'histoire naturelle, écrit dans le *Nouveau Dictionnaire d'histoire naturelle appliquée aux arts* (Paris, 1818), à l'article « Monstre » : « Il n'est pas inutile d'observer que la nature a donné aux mères une grande horreur pour les monstres ; comme si elle n'avait pas voulu laisser vivre les productions dans la formation desquelles les causes étrangères l'ont contrariée. On a vu des poules tuer à grands coups de bec des poussins monstrueux d'un œuf à deux jaunes. Voilà un instinct bien singulier. Lorsque la nature veut nous porter à suivre ses lois, elle nous les rend agréables par quelque volupté, comme la nutrition, la génération, etc. Lorsqu'elle veut nous écarter de ce qui la blesse, elle nous fait horreur. Toute mère a une horreur secrète de ce qui est mons-

6. *Id.*, p. 62-63.

trueux⁷. » Il n'est pas sûr que cette rationalisation vaille mieux que celle qui a été récemment présentée par un partisan des droits des animaux : « Si un droit de vivre, écrit Peter Singer, théoricien de la Libération animale, doit reposer sur la capacité de se considérer soi-même comme un sujet mental qui perdure dans le temps, un nouveau-né ne peut avoir de droit à la vie.[...] un nouveau-né n'est pas un être autonome capable de faire des choix ; tuer un nouveau-né ne viole donc pas le principe du respect de l'autonomie. » Résultat : « Concevoir un enfant misérable n'est pas directement mauvais, mais une fois qu'un tel enfant existe, comme sa vie sera forcément misérable, nous devrions réduire la quantité de douleur dans le monde par l'euthanasie⁸. »

De même fallait-il imiter la nature pour les règles de l'adoption. Le droit romain permettait à un impuissant d'adopter, mais non à un castrat. On pouvait adopter sans être marié, adopter un petit-fils sans avoir d'enfant, mais non adopter plus ancien que soi, car « ce serait une monstruosité que l'enfant soit plus âgé que son père⁹ ». L'adage médiéval : « L'autorité des lois ne peut abolir la vérité de la nature » a conduit quasiment aux mêmes règles en ce qui concerne cette matière¹⁰.

Dès lors l'esclavage peut se concevoir en droit romain, selon Beaud, par le fait que si tout homme est une personne juridique (même l'esclave), tout corps est une chose. Par conséquent, « si tout homme est une personne et si tout corps humain est une chose, ce qui distingue l'homme libre de l'es-

7. Cité par Beaud, p. 71.

8. Peter Singer, *Questions d'éthique pratique*, Bayard, 1997, p. 168 et p. 108, cité par Laurent Larcher, *La Face cachée de l'écologie*, Cerf, 2004, p. 59.

9. *Compilations de Justinien, Institutes*, I, 11 §4, cité par Beaud, *op. cit.*, p. 72 ; Yan Thomas, dans Olivier Cayla, Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître* ; À propos de l'affaire Perruche, Gallimard, p. 118.

10. Yan Thomas, dans Olivier Cayla, Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître* ; À propos de l'affaire Perruche, Gallimard, p. 118.

clave n'est pas le partage entre les personnes et les choses ; il s'agit, au contraire, d'une distinction interne à la catégorie des choses corporelles. Au stade final de l'évolution du droit romain, il apparaît en effet que seul le corps de l'esclave est une marchandise¹¹. » Nous ne pourrions nous satisfaire de cette formule qu'à la condition d'admettre, comme nous l'avons vu chez Jhering (chapitre 4), qu'à partir du moment où un homme libre mettait en gage son propre corps il devenait de ce fait esclave. Dès lors, dire que seul le corps de l'esclave est une marchandise est une tautologie. Mais on ne voit pas ce qui reste de la personne juridique en lui. Nous préférons cette formulation : « Les esclaves [...] étaient bien des personnes du point de vue de leur existence humaine, mais assurément pas du point de vue de leur statut juridique¹². »

En fait, il faut creuser plus profond dans la dialectique entre les personnes et les choses pour percevoir toute l'actualité du droit romain.

Qu'est-ce qui se cache derrière le masque de la personne ? Le grand juriste Maurice Hauriou répondait : « La personnalité juridique individuelle nous apparaît continue et identique à elle-même ; elle naît avec l'individu, elle est du premier coup constituée ; elle demeure toujours la même pendant l'existence ; elle soutient sans défaillance pendant des années des situations juridiques immuables ; elle veille pendant que l'homme sommeille ; elle reste saine pendant qu'il déraisonne. Sur cette physionomie agitée, tumultueuse, bouleversée par tous les caprices et toutes les passions qu'est la face volontaire de l'homme, le Droit a appliqué un masque immobile. » Cette opération d'abstraction au sens propre du terme, nous la devons au droit romain.

S'agit-il de l'homme physiologique ? Il change beaucoup au cours du temps, de l'enfance à la vieillesse, mais nous avons la conviction profonde qu'il s'agit du même individu. Le droit per-

11. Beaud, *op. cit.*, p. 86.

12. Yan Thomas, *op. cit.*, p. 144.

met d'exprimer cette conviction en termes juridiques. Comme le dit si bien Aurel David, philosophe et juriste, dans un des livres les plus importants qui aient été écrits à ce sujet, encore que méconnu : « L'individu juridique apparaît en un instant lors de la naissance. Il reçoit un nom qui le désigne et le suit sans variation au cours de la vie, nom dont le support disparaît en un seul instant au moment de la mort physiologique. [...] Entre ces deux instants, nous croyons que l'individu reste le même, et nous sommes à tel point organisés autour de cette conviction, que notre monde s'écroulerait tout entier par sa disparition¹³. » Le droit, comme étai de *notre* monde. Un étai encore plus puissant et actuel que ne l'imaginait Aurel David, car le droit a aussi permis de concevoir la personne juridique avant la naissance et après la mort, comme nous le verrons bientôt.

Il résulte de cette invention juridique deux conséquences importantes : 1) Les propriétés caractéristiques de la personne se manifestent toutes ou ne se manifestent pas du tout (on ne peut pas être une personne à moitié ou au tiers ou au quart) et définissent un être continu et égal à lui-même. *Personam habere, personam non habere* est encore une formule que l'on trouve dans les Novelles de Théodose, et le Code de Justinien. 2) Les personnes sont identiques, égales au-delà de l'infinie diversité et de l'inégalité des individus. Dès lors, à partir du moment où tout homme aura droit à la personnalité juridique, on pourra en déduire l'unité du genre humain. Nous savons que le droit romain s'est gardé d'aller jusque-là formellement.

Or, c'est la personne qui donne de la valeur aux choses. Spinoza l'a admirablement énoncé : « Nous ne désirons aucune chose parce que nous la trouvons bonne [...], mais, au contraire, nous jugeons qu'une chose est bonne parce que nous la désirons » (Éthique, III).

Mais la personne n'est pas une chose. Elle n'aurait donc pas de valeur. Pourtant n'est-elle pas désirable ? On y viendra

13. Aurel David, *La Structure de la personne humaine*, PUF, 1955, p. 23-24.

plus tard. Contentons nous pour le moment de joindre cette leçon juridique à celle de l'économie. Pour les économistes aussi, la valeur provient du désir ; ils ajoutent : dans un monde de rareté. Mais cela revient au même : pas de désir dans l'abondance illimitée. Les économistes peuvent donc souscrire à cette formule d'Aurel David : « L'expérience prouve en effet que l'apparition d'une personne, dans un milieu matériel, produit dans la matière une révolution très surprenante qui se solde par l'apparition des biens¹⁴. » Du reste on voit mal comment une économie pourrait fonctionner d'une part sans cette distinction entre personnes et choses, nécessaire, on vient de le dire, à la formation de la valeur des choses, et d'autre part sans la définition de la personne comme identique à elle-même à travers le temps. Imaginons un instant les ravages que causerait à une économie la seule possibilité qu'un seul de ses agents ait la possibilité de changer à loisir d'identité.

Mais il y aurait le piège classique : celui du corps humain. « Il existe en effet, écrit Aurel, une région en apparence aberrante : celle des exercices musculaires et intellectuels, fournis par l'homme, services que l'homme peut vendre sous forme de travail, d'enseignement, de conseils, etc. Voici donc des "services" ressemblant à une émanation personnelle, et qui pourtant possèdent un prix et projettent une sorte de valeur sur l'homme tout entier. L'individu humain est inévaluable ; mais son énergie ou ses conseils, ses travaux, ses calculs, peuvent être évalués. Ils rendent l'homme utile et semblent le tirer vers le Droit des choses (un ouvrier vaut tant, il remplace une machine qui vaut tant)¹⁵. »

Pour Aurel David, le droit ne fait ici aucune équivoque. En effet, il existerait une partie de l'homme physiologique qui est vendable sous forme de travail, de conseils, etc. « Cette partie, insiste-t-il, ne forme pas quelque classe vague et inter-

14. Aurel David, *op. cit.*, p. 39.

15. *Ibid.*, p. 30. Majuscule dans le texte, comme dans toutes les autres citations que nous ferons de cet auteur.

médiaire entre les personnes et les choses : elle est franchement dans le Droit des choses. » Nous savons que cela est tout sauf évident (chapitre 7).

Certes, il y a eu dans l'Antiquité « quelques flottements sur ce point », reconnaît le philosophe. Certains, du côté de Socrate, voulaient que les enseignements et les conseils soient donnés, et non vendus. Mais affirme-t-il : « Tous les systèmes juridiques modernes ont éclairci ce point depuis longtemps. (*sic*) : si l'on admet la propriété et la vente, les services peuvent être vendus comme tous les autres biens, et à certaines précautions près, précautions qui se rencontrent d'ailleurs aussi bien dans la vente des objets indispensables que dans celles des services. En Droit français, ils sont franchement dans le Droit des choses. Il existe même dans le corps physiologique des parties qui aujourd'hui peuvent être vendues et dont la valeur s'établit selon la loi de l'offre et de la demande (ainsi le sang). Il y a donc une partie de l'homme physiologique qui appartient au Droit des choses, et qui peut être donnée, vendue, léguée. Mais le Droit ne dit nulle part que l'homme tout entier soit la personne. Il se borne à indiquer dans l'homme la présence d'un élément stable, discret, quantifié et invendable, sans préjuger de l'existence d'autres parties de l'homme qui ne possèdent pas ces propriétés, et qui seraient des "biens vivants"¹⁶. » Grâce soient donc rendues au droit romain qui nous permet depuis quelque deux mille cinq cents ans de distinguer la personne de la chose et qui nous est bien utile aujourd'hui où le corps peut être découpé en pièces détachées. La Loi des Douze Tables ne l'avait-elle pas anticipé lorsqu'elle disposait, on l'a vu, qu'en cas de multiplicité de créanciers, le corps du débiteur pouvait être débité en morceaux (*in partes secare*) ? Aujourd'hui, la science permettrait d'allouer à l'un un rein, à l'autre un poumon, à un troisième un œil, et à Shylock la livre de chair qu'il réclame, même tout près du cœur.

16. *Ibid.*, p. 30.

Résultat : « Une grande partie du corps humain est une machine vendable et achetable, au gré de la personne qui l'achète et la vend¹⁷. »

Mais si la personne n'est pas dans le corps, où réside-t-elle ? Suivons encore notre philosophe : « Dès qu'une personne apparaît dans la matière, celle-ci se met à fermenter, à s'étirer en rubans, à se resserrer en nœuds, et donne naissance à toutes sortes d'organisations matérielles : automobiles, usines, robots, calculateurs électroniques, tous objets de plus en plus différenciés, dissymétriques et chaotiques, de plus en plus refusés par la matière, et que l'homme a de plus en plus de peine à entretenir, à dépanner, et généralement à maintenir dans leur forme convenable [...] Or, le corps humain appartient visiblement à cette ronde, et non à la personne dont la présence produit cette ronde et cet affolement matériel. » Donc le corps est lui aussi constitué de machines « formées de matière monstrueusement ajourée et contournée », d'une « matière organique hautement diversifiée que nous ne savons pas encore fabriquer consciemment, mais qui sont des appareils aussi artificiels et torturés que les machines manufacturées ». Le cœur, le foie, le rein « et même cette machine calculante et observante qui constitue une partie de l'esprit humain » relèvent du même ordre. Ces machines « que l'homme a le plus grand mal à créer à partir des aliments ingérés, qu'il met vingt ans à achever, qu'il lutte ensuite pour entretenir avec l'aide de dépanneurs de toute sorte : cuisiniers, médecins, nourrices, donneurs de sang, et qu'un jour il remplacera franchement peut-être par un cœur en matériel plastique ou des os en alliages légers¹⁸ ». Ce texte a été publié en 1955, alors que les seuls éléments du corps que l'on pouvait alors détacher sans risque étaient le sang et le lait maternel, qu'on ne faisait des enfants que par les voies naturelles, etc. La science a, on le sait, beaucoup progressé depuis cette date.

17. *Ibid.*, p. 86.

18. *Ibid.*, p. 32.

À vrai dire, ce n'est pas du xx^e siècle que datent les besoins de la science ou la médecine en corps morts ou vifs. Les fondateurs de l'anatomie, Hérophile et Erasistrate, au III^e siècle avant notre ère, pratiquaient la vivisection sur les criminels. Le supplice du scapel faisait partie de leur punition. Une gravure de William Hogarth, intitulée *La Récompense de la cruauté*, témoigne que cette facilité s'est perpétuée jusqu'au Siècle des lumières. Voilà au moins une catégorie de personnes dont on pouvait dire que leur corps ne leur appartenait plus. Encore en 1866, Claude Bernard considérait comme « très utile à la science et comme parfaitement permis de faire des recherches sur les propriétés des tissus aussitôt après la décapitation chez les suppliciés¹⁹ ».

À défaut de prisonniers vivants, on se contentait de cadavres libres si l'on ose dire. Les nobles Entretiens de Bichat font oublier que le célèbre physiologiste français du XIX^e siècle s'approvisionnait en corps au cimetière de Saint-Roch. À la fin du xx^e, des médecins de l'hôpital Alder Rey (Grande-Bretagne) ont été mis en cause pour avoir conservé et utilisé, sans le consentement de leurs parents, des organes d'enfants décédés dans leur institution.

Précisément les enfants sont une autre partie de la population dont les prérogatives en la matière sont pour le moins incertaines, même sans qu'il soit besoin pour les leur dénier de recourir au Massacre des Innocents. Le droit de vie et de mort du *pater familias* antique, il a fallu attendre le xx^e siècle, on l'a vu, pour qu'il soit vraiment mis en cause. Il n'était pas possible de reconnaître d'emblée aux enfants un droit de disposer librement de leur corps, dans la mesure où, comme les fous ou les idiots, ils ne possèdent pas pleinement la faculté de raisonner. De fait, ce n'est que très récemment que l'État français a reconnu aux mineures le droit de réparer une étourderie de leur petit ami en autorisant la vente libre de la pilule

19. C. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, GF, 1966, p. 152.

du lendemain (disponible gratuitement dans les pharmacies depuis juin 1999) et en les dispensant de demander à leurs parents l'autorisation d'avorter (juillet 2001).

Les « bébés-médicaments » – *horresco referens* – ont un statut un peu spécial. Ce sont des enfants dont la naissance, grâce à la technique de fécondation *in vitro* permet de soigner d'autres individus, leur embryon étant préalablement sélectionné grâce à un diagnostic pré-implantatoire – excusez le jargon. Ainsi en Grande-Bretagne un couple a-t-il été autorisé en 2002 à concevoir un enfant par ce procédé, sa venue au monde permettant de procéder à une greffe de cellule sur l'un de leurs fils atteint d'une forme grave de thalassémie.

Quant à l'embryon, le législateur français l'a défini « comme un être humain investi d'un droit au respect, mais ne bénéficiant pas du droit à la vie ». Qu'en termes choisis est décrite ce que d'aucuns appellent une « solution créative » du droit français !

Encore y a-t-il embryons et embryons. Ainsi, aujourd'hui en Finlande, la recherche sur l'embryon humain est autorisée jusqu'au 14^e jour de son développement. Avant cette date, il ne s'agirait que d'un « pré-embryon » : l'œuf n'est pas encore fixé, se trouve sexuellement indifférencié, dépourvu de système nerveux et peut être « naturellement » éliminé. « Nous savons aujourd'hui, assurent Claire Crignon-De Oliveira et Marie Gaille-Nikodimov²⁰, qu'entre le 5^e et le 7^e jour après la fécondation, les cellules de l'embryon peuvent former tous les types des cellules de l'organisme. » Ils sont devenus, de ce fait, une des matières premières les plus précieuses pour le chercheur et le médecin. Autre *distinguo*, proposé en 2000 par un Comité intitulé « Comité consultatif national d'éthique », les seuls « embryons humains qui ne font plus l'objet d'un projet parental » seraient livrés à la recherche.

20. Claire Crignon-De Oliveira & Marie Gaille-Nikodimov, *À qui appartient le corps humain ? Médecine, politique et droit*, Belles Lettres, 2004.

Toutes ces subtilités seront bientôt balayées. Il faut savoir, en effet, que par transfert nucléaire, n'importe quelle cellule pouvant devenir un embryon, a une « potentialité embryonnaire », nous apprennent les mêmes auteurs. Dès lors toute cellule doit avoir le même statut juridique que l'embryon. De deux choses l'une : ou l'embryon a un statut spécifique, et la recherche médicale se heurtera à un obstacle majeur ; ou bien nous n'attachons pas plus d'importance à l'embryon que par exemple au moindre de nos cheveux, et alors il est possible de rendre l'embryon « tout à fait disponible pour la recherche. » En vérité, c'est bien à ce résultat que l'on veut aboutir. Pour le dire trivialement, on n'arrête pas le progrès, et toutes ces arguties éthiques et juridiques ne sont que des combats d'arrière-garde contre la Science toute-puissante.

L'appropriation du corps humain par les blouses blanches est pourtant contemporaine de revendications de propriété privée d'un corps qui, il n'y a pas si longtemps, n'appartenait qu'à Dieu. « C'est mon corps », entend-on dire partout, et j'ai le droit de le tatouer, de le percer, de le transformer, de changer son sexe, de le livrer à tous les plaisirs, de le prostituer, d'en vendre ou d'en louer une partie, de le soumettre volontairement à des expérimentations biomédicales ou d'interdire de le toucher sans mon consentement. Pour finir, je réclame le droit à l'euthanasie.

Toutefois, si l'on en croit David Aurel, ce n'est pas seulement le corps qui est chosifiable, mais aussi, on l'a vu, une partie de l'esprit humain. Dans quelle autre partie résiderait alors la personne ? La réponse est reportée à plus tard. Résumons ce qui est acquis par notre philosophe : « Juridiquement, une grande partie de l'homme est un "bien" c'est-à-dire une "chose". Si ces biens sont "vivants" il faudra admettre que la vie elle-même n'est pas une personne, mais une machine très perfectionnée, créée dans la haute chimie du carbone, et mise à la disposition de la personne. [...] Dans l'homme bien portant et vivant, certaines parties sont et se comportent comme des biens vendables et anonymes. Elles

sont des biens, sans doute très précieux, mais dont la venue et le départ n'affectent pas l'intégrité de l'individu humain, et qui donc se comportent comme des biens incorporés dans un patrimoine physiologique, dont la personne est propriétaire. Le sens profond de l'expérience juridique est celui d'une division alternative : un objet doit être ou bien une personne ou bien une chose. Si des organes périphériques présentent toutes les propriétés des choses, ils ne peuvent être des personnes²¹. »

Il se confirme aussi que la personne ne se forme pas graduellement. Dès l'instant de sa conception, elle est parfaite, affirme notre philosophe. *L'infans conceptus* serait déjà une personne à part entière. « Les organes corporels viennent à la personne après sa conception, quelques-uns après la naissance. L'individu met vingt ans à organiser ses mains, puis dépense encore un certain temps pour se former, à l'aide de ces mains, des pinces et des marteaux, puis des maisons et des automobiles. [...] Mais avec ou sans voiture, avec ou sans mains, la personne est la même. Elle est seulement entourée par un patrimoine plus ou moins important²². » Exemple : Je dois 1000 euros à Jean. Jean donne l'une de ses jambes à Paul. Aucun homme de bon sens, observe Aurel David, n'admettra que je doive 999 euros à Jean et au moins 1 euro à la jambe qui vit actuellement auprès de Paul. « Cette jambe est extérieure à la personne de Jean et n'en transporte aucune partie lorsqu'elle est transportée²³. » Soit ! Mais prenons le même exemple avec juste une modification : je prête 1000 euros à Jean, qui gage son emprunt sur son propre corps, n'ayant pas d'autres biens à offrir comme garantie. Jean est-il en droit de donner ou de vendre une de ses jambes à quelqu'un d'autre ? La question n'est pas posée par notre philosophe... mais on peut deviner sa réponse : le corps est un objet, donc il peut être gagé.

21. *Ibid.*, p. 38.

22. *Ibid.*, p. 39.

23. *Ibid.*, p. 40.

Il ne faut pas craindre les progrès de la science, nous dit Aurel David : « Elle enlève de la personne les impuretés que notre paresse y incluait de force, et qui en rendait l'étude méthodique impossible²⁴. » Plus loin : « L'étude de la personne est liée à la possibilité de purifier l'élément personnel et de le débarrasser du robot protoplasmique dans lequel il se trouve enserré²⁵. »

Encore une fois, tout être distinct est ou bien une personne ou bien une chose. « La dualité du monde juridique est très remarquable. Il s'agit tout d'abord d'une séparation telle que le monde n'en offre aucun exemple, une sorte d'immense faille naturelle entre la personne et la chose, chacune ramassée sur elle-même. »

Dès lors, comment expliquer l'esclavage ? Réponse : il s'agit d'une « aberration » de l'Antiquité, et même « la plus importante » de celles qu'elle a commises. Du reste, « il est permis de se demander s'il a jamais existé un système juridique évolué, confondant l'esclave avec une chose. Il s'agissait toujours d'une personne, dont on voulait accaparer les biens et les services, et ceci par l'artifice d'une assimilation avec la chose. Mais pour un résultat aussi simple, un artifice aussi immense n'est certainement pas nécessaire²⁶. »

Pourtant le droit romain était un système « très évolué », le plus évolué que l'on pouvait connaître à cette époque et, nous allons le vérifier, d'une étonnante actualité en ce début du XXI^e siècle. Alors, comment expliquer une telle aberration ? La réponse, nous la connaissons, elle est toute simple : l'esclave n'est *pas* (ou n'est *plus*) une personne, au sens juridique du terme qui seul ici nous importe, pas plus que ne le sont l'enfant, la femme, l'adulte non émancipé, pour ne rien dire du fœtus. Du reste, si le corps peut être gagé, comme on

24. *Ibid.*, p. 40.

25. *Ibid.*, p. 48.

26. *Ibid.*, p. 44.

l'a vu plus haut, c'est qu'une personne peut devenir esclave. Alors elle n'est plus qu'une chose.

Quant à l'autre forme d'exploitation de la force de travail, le salariat, le problème qu'elle pose n'est en rien réglé, comme on l'a vu, en droit français. Mais nous suivrions bien volontiers notre philosophe sur ce point : si la force de travail est une marchandise comme une autre, relevant du droit des choses, alors il se confirme qu'il n'y a pas de solution de continuité entre esclavage et salariat, pas plus qu'il n'y en a de la vente à la location d'une chose.

Retrouvons maintenant la question : où réside la personne ? Comment localiser son siège ? Si la personne n'est pas dans le corps, serait-elle dans son esprit ? La *divisio* personnes/choses ne serait-elle pas la transposition sur le plan juridique de la distinction entre l'esprit et le corps ? « Tu trembles, carcasse » est une expression qui dit bien cette dualité.

Réponse de notre philosophe : « Si l'esprit n'est pas tout entier personnel, il n'est pas non plus tout entier une chose. » Du reste, comme le droit est à la recherche d'un élément stable – et pour cette raison, on l'a vu, a inventé cette fiction de la personne – il serait hasardeux de localiser la personne dans l'esprit qui est justement « la chose la plus irrégulièrement possédée par les hommes²⁷. »

Ainsi est réintroduit le problème des incapacités, auquel nous nous sommes heurtés dès nos premiers pas dans *La République* de Platon (chapitre I). Tout à l'heure nous disions que la personne est ou n'est pas, qu'elle est donc discrète, au sens mathématique du terme, qu'il ne peut y avoir de demi-personne. Soit ! mais que dire alors des incapables ?

Réponse de notre philosophe : « *Il n'existe pas en réalité deux personnes possédant le même régime juridique.* Il n'y a pas d'un côté des personnes adultes, et, à côté d'elles, l'exception incompréhensible des incapables. [Exemples de cette multiplicité des (in)capacités :] Les civils ne peuvent pas por-

27. *Ibid.*, p. 61.

ter l'uniforme, les personnes non diplômées ne peuvent exercer la médecine, les parents ne peuvent témoigner en justice²⁸. » Certes toute personne a licence d'agir sur le monde matériel, mais cette licence ne peut s'exercer que si la personne est entourée de « biens » matériels. « *L'exercice des droits et de leur manifestation visible est une question de machines, et en premier lieu de machines pensantes*²⁹. »

Exemple : un homme adulte et raisonnable voyage, il se trouve, de ce fait, absent du lieu qui est le centre de ses intérêts. Pendant son absence, il est un incapable *de facto*. Ignorant et impuissant, il laisse les voleurs pénétrer dans sa maison, les malfaiteurs y mettent le feu. « Un voisin bienveillant, le *negotiorum gestor*, selon le droit romain, fera vivre les droits que l'absent ne peut exercer, faute d'yeux assez perçants et de bras assez longs. » Aujourd'hui des machines peuvent remplacer le voisin (qui forcément pose un problème d'agence) : vidéosurveillance, dispositif anti-incendie, etc.

Maintenant le fou. Définition : « Tous les devoirs que les autres personnes ont envers lui restent inchangés. Mais dans l'exercice de ses droits, une impossibilité matérielle (peut-être matériellement curable par un médicament) le paralyse. Les appareils les plus centraux, ceux qui apportent les impulsions de la personne existent sans doute. Mais l'action centrale ne se développe pas. Les glaces des appareils sont couvertes de buée, les signaux arrivent mal, la réponse est faussée. Alors le Droit intervient et constate cette absence de machines. Plutôt que de laisser fonctionner des appareils détraqués, le Droit les paralyse volontairement, et par là cessent de se manifester les droits de la personne. Mais l'aptitude à exercer ces droits ne disparaît pas, *puisque la loi organise la tutelle des fous*³⁰. » C'est bien la preuve, selon notre auteur, que la personne du fou n'est pas diminuée. Si tel était le cas,

28. *Ibid.*, p. 66 (italique dans le texte).

29. *Ibid.*, p. 67 (italique dans le texte).

30. *Ibid.*, p. 68 (italique dans le texte).

il n'y aurait pas de tuteur « chargé de maintenir le rayonnement des droits de l'incapable ».

Après le fou, le mineur. Problème non pas moins, mais plus délicat. Car, explique David Aurel : « Le mineur n'a encore jamais eu d'appareils bien développés, et l'action du tuteur sera bien plus difficile. » Mais elle sera possible, car « la personne est indépendante de la grandeur de ses machines, aussi bien que de la capacité de ses machines ».

Après le mineur, le nouveau-né. Un enfant nouveau-né (et plus encore l'enfant conçu) ne possède pas les kilogrammes de matière du corps adulte. Et pourtant, juridiquement, on l'a déjà dit, il est définitivement identifié, et rien ne pourra changer cette identification. La personne est au droit ce que l'ADN est à la criminalité contemporaine !

Et la femme, incapable en droit romain ? Le problème n'est abordé qu'en note par notre auteur : « Même cette immense spécialisation qui sépare les hommes des femmes semble commencer à perdre de sa naturalité [...] l'accroissement des machines manufacturées et le remplacement des appareils physiologiques par des machines fabriquées en usine commencent déjà à effacer l'incapacité de la femme dans sa partie basée sur la faiblesse musculaire³¹. » Comme si c'était seulement une question de machines ! On y reviendra tout à l'heure. Retenons que le sexe commencerait à perdre de sa naturalité. Et c'est bien ce que laisse entendre toute une littérature contemporaine sur le « genre » (*gender studies*), tellement à la mode, qui voudrait que le sexe soit un attribut accidentel de la personne, une réalité biologique secondaire et même superficielle, homme et femme n'étant plus que des produits de la culture.

Le corps sera de plus en plus transformé par la technique, annonce notre auteur. Par ces transformations, la personne ne subit aucune variation. « Seule se trouve modifiée la capacité d'exercice qui se révèle ainsi être fonction du parc des

31. *Ibid.*, p. 73.

machines possédées par la personne. » Un aveugle retrouvera la capacité de voir s'il est armé d'un radar ultra-puissant. « Si l'on pouvait greffer à un enfant une partie de cerveau toute faite (naturelle ou artificielle), peut-être acquerrait-il une grande partie de la capacité³². » Règle générale : « Il n'existe pas de sous-homme, pas de paria à qui le Droit puisse interdire une activité ou une obligation quelconque. La capacité est une question de machines. Et il n'existe pas de personne sans capacité de jouissance complète, à laquelle le Droit puisse *interdire de se procurer la machine nécessaire, et de s'élever dans l'échelle de la capacité d'exercice*³³. »

Si la personne n'est ni dans le corps ni dans la partie machinique; reproductible de l'esprit, où se trouve-t-elle donc ? Notre philosophe nous emmène jusqu'à la fin de son livre sans répondre à cette question autrement que par des définitions négatives. Le psychisme n'est pas la personne ; la vie même n'est pas la personne. Nous voilà bien avancés. Et l'on n'a toujours pas répondu à la question : cette personne a-t-elle un sexe ?

L'actualité de la *persona* n'en est pas moins toujours présente. En témoigne Yan Thomas, l'un des meilleurs spécialistes français aujourd'hui du droit romain, qui trouve une illustration de cette actualité dans le fameux arrêt Perruche, qui a défrayé la chronique parce qu'il semblait reconnaître un nouveau préjudice, celui d'être né, et un nouveau droit, celui de ne pas naître.

« Nous sommes encore tributaires, reconnaît Thomas, d'un dispositif formel qui isole en chacun de nous, abstraction faite de ce que nous avons d'irréductiblement singulier, une personnalité juridique, où presque rien de notre réalité physique, psychique et sociale ne se dévoile puisqu'elle se réduit à une fonction : à notre capacité à détenir et à exercer des droits. » Toutefois, ce qui complique singulièrement les

32. *Ibid.*, p. 70 (italique dans le texte).

33. *Ibid.*, p. 71 (italique dans le texte).

choses, c'est qu'« un outil au départ strictement juridique s'est au cours du temps, à travers la théologie chrétienne et l'humanisme, chargé de valeurs incompatibles avec l'étroitesse de sa fonction d'origine³⁴. » L'auteur ne craint pas de dire que le concept romain a fait l'objet au Moyen Âge d'une dénaturation. Pour tel théologien du milieu du XII^e siècle, rappelle-t-il, « en chacun de nous le corps et l'âme, quoiqu'ils diffèrent par leur nature, sont une seule et même personne (*una eademque persona*). » D'unité de fonction, la personne devenait une unité de substance. Par la suite, on aurait « restauré, sous le nom de personne, avec d'autres moyens et selon des exigences culturelles nouvelles, mais sous une contrainte fonctionnelle inchangée, un sujet double, à la manière du droit romain ».

C'est que la *persona* avait bien des avantages. Elle permettait notamment de « disjoindre le temps dans lequel se vivent les événements », l'un des procédés les plus éprouvés du droit. « Il est même certain, ajoute Yan Thomas, que le droit ne s'est singularisé comme technique, dans l'histoire, qu'à partir du moment où cette disjonction pensée d'une manière ou d'une autre dans la plupart des sociétés humaines, reçut les moyens conceptuels et pratiques d'une extension illimitée à tous les domaines de la vie sociale. » Comment l'économiste ne pourrait pas comparer cet instrument avec celui qui permet la disjonction du temps particulière que constitue ce qu'il appelle l'« actualisation », laquelle consiste à rabattre le futur dans le présent ou à projeter le présent dans le futur, et qui n'est possible qu'avec l'outil du taux d'intérêt*. Mais il doit reconnaître que le juriste est allé beaucoup plus loin dans la maîtrise et la manipulation du temps, voire son annulation. Grâce à l'invention de ce masque qu'est la personne, un vivant est considéré comme déjà mort (mort civile ou *capitis diminutio*), un mort comme encore vivant (*successio*

34. Yan Thomas, *op. cit.*, p. 125.

* p. 205 sq.

sions *jacentes*), un être à naître comme déjà né (droit des posthumes), et même un être non encore conçu comme déjà né et déjà mort (fondations perpétuelles et substitutions d'héritiers sur plusieurs générations). Pour ne rien dire de la physique surnaturelle de la « personne morale ».

Cependant le christianisme est passé par là. De sa vision d'un droit « nécessairement incorporé », il resta, jusque dans notre droit moderne, qu'une double jonction devait être assurée entre le sujet concret et la personne : celle de la naissance et celle de la mort. « C'est pourquoi, explique Yan Thomas, il était jusqu'à aujourd'hui difficilement pensable, pour instituer un sujet autonome, un sujet de droit, en bref une personne juridique, de feindre de le séparer de son corps, de sa naissance et de sa génération, et de disjoindre radicalement ainsi sa temporalité naturelle et sa temporalité juridique³⁵. » Du même coup, il nous serait devenu difficile d'imaginer que la personne juridique puisse précéder dans le temps l'individu humain qu'elle double, de postuler un sujet de droit en faisant abstraction de la réalité même de sa « personne physique » – expression elle-même significative, qui ne remonte pas au-delà du XVII^e siècle³⁶.

Ajoutez au christianisme l'humanisme des Lumières, et vous obtenez les principes de 1789 qui renforçaient tout à la fois le principe d'égalité et le principe d'incarnation. « La Déclaration des droits imposait une qualification juridique que l'on pouvait caractériser comme liée à la nature même du sujet qualifié : il n'était plus d'homme qui ne fût naturellement doublé d'une personne. La qualification juridique rabattue ainsi sur la naissance et sur l'existence même perdait de sa précision et même de son utilité, puisqu'elle semblait se réduire désormais à la description d'un état naturel, sans cesser d'être une qualification juridique. » Naturaliser la personne, la confondre avec l'individu tout en la distinguant, telle serait la difficulté du droit moderne, source d'« infinies

35. Y. Thomas, *op. cit.*, p. 139.

36. *Ibid.*, p. 139.

discussions doctrinales, qui ne sont comparables en complexité qu'aux premiers débats christologiques sur l'union des deux natures [dans la personne de Jésus]³⁷ ».

Or, avec l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000, dit arrêt Perruche, tout serait de nouveau remis en question. Cet arrêt, rappelons-le, a reconnu à un enfant le droit de réclamer auprès d'un médecin, sur le terrain de la responsabilité civile, réparation du préjudice causé par son handicap de naissance, si la faute de ce médecin a empêché sa mère d'exercer le choix qu'elle avait manifesté d'avorter au cas où une maladie contractée au début de sa grossesse entraînerait un risque trop élevé de handicap pour l'enfant à naître. L'arrêt, on s'en souvient, a soulevé une tempête médiatique dont notre époque est coutumière. Les deux principaux reproches faits à la Cour de cassation étaient les suivants : d'abord la Cour se serait affranchie des règles les plus élémentaires du droit de la responsabilité civile en imputant à la faute d'un médecin un dommage qui trouverait sa seule cause dans la nature (en l'espèce dans la rubéole non détectée de la mère) ; ensuite, la Cour aurait implicitement reconnu un « droit de ne pas naître » dont les implications eugénistes porteraient ouvertement atteinte au principe de la « dignité de la personne humaine ». L'affaire s'est terminée, comme souvent en France, par une nouvelle loi, dite loi Mattéi, du nom de son initiateur (qui n'était pas encore le ministre de la Santé dont on a gardé la mémoire), disposant que « nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance ».

Pour Yan Thomas, le débat sur la place publique a été complètement hors sujet. Ce que l'arrêt Perruche fait apparaître, c'est une fiction de la *persona* « poussée jusqu'à instituer, parallèlement à la naissance d'un enfant, une personne sur laquelle il prend appui pour affirmer, contre les tiers responsables de ses souffrances d'origine, son droit à un autre corps que le sien ».

37. *Ibid.*, p. 145.

En effet le préjudice en question a deux causes : une cause naturelle, certes, pour laquelle seul l'être déjà né peut se plaindre, et une cause morale, pour laquelle il peut se plaindre « comme si lui-même avait été une personne juridique avant d'en subir les effets sur son corps – comme si sa personne avait précédé son existence concrète ». Ainsi l'arrêt Perruche ne jonglerait pas, comme on l'a tant dit, avec l'aporie qu'il y aurait à instituer un droit au non-être lorsqu'il faut exister pour s'en prévaloir. La difficulté véritable est dans la saisie du dédoublement du sujet en ses deux natures physique et juridique au moment même de la naissance. « De sorte que, dès la naissance du nouveau-né, la personne acquiert sur soi-même un droit qui suffit à la constituer – un droit à soi qui la fait naître, en tant que personne, d'un rapport à elle-même institué par le droit. La personne ici s'antécède³⁸. »

Or, remarque notre auteur, cette constitution du sujet, si étrange et absurde qu'elle puisse nous sembler, n'est pas totalement étrangère « aux strates les plus anciennes et les plus profondes de notre culture ». Certes, remarque-t-il, encore une fois, l'interprétation chrétienne du droit romain a exigé un ancrage biologique de la personne. Mais l'écart qui distinguait au départ l'*homo* de la *persona* n'a jamais été entièrement comblé. « Il n'a jamais été réduit au point que ne subsistent irréductiblement, dans certains cas limites, quelques zones marginales où la personne continuait d'apparaître pour ainsi dire à l'état pur, privée de substrat. » Ainsi, par exemple, les droits de l'enfant à naître sont établis sur la fiction selon laquelle pour ce qui concerne ses intérêts, il est regardé comme déjà né. « En aucun cas il ne suffisait, pour faire entrer l'enfant à naître dans le monde du droit, de constater ou de présumer qu'il avait été conçu : il fallait aussi le tenir pour déjà né. On comprend ainsi pourquoi l'enfant à naître, titulaire depuis toujours de droits patrimoniaux, n'a jamais eu les droits de la personnalité, et notamment pas de

38. *Ibid.*, p. 148.

droit à la vie, alors même que l'avortement était considéré comme un crime³⁹. »

Mieux encore : des êtres non encore conçus pouvaient accéder à l'existence juridique, comme le cas déjà évoqué des fondations funéraires comportant des clauses pour assurer que le tombeau et les biens affectés au culte familial ne sortiraient jamais de la famille du fondateur, jusqu'au dernier survivant du nom.

À première vue, la construction sous-jacente à l'arrêt Perruche n'a donc rien d'original : une personne antécède un être, c'est du déjà vu pour le droit issu du droit romain. Mais, selon Yan Thomas, il opérerait un renversement qui en bouleverse le sens. « Car il ne revient plus ici à une volonté ascendante [du fondateur] d'instituer un sujet à naître. Il revient au sujet lui-même, à sa propre naissance, d'instituer rétroactivement sa propre personne antécédente [...] Ce nouveau sujet de droit correspond à une représentation à la fois ancienne et nouvelle. Ancienne, en ce que son institution est indépendante de toute existence concrète (sur ce point, les critiques de l'arrêt Perruche passent à côté de l'essentiel). Nouvelle, en ce qu'elle n'est plus descendante mais, si l'on peut dire, auto-ascendante. »

Ainsi l'arrêt Perruche témoignerait de la présence du droit romain dans la jurisprudence de la Cour de cassation, et de son utilité dans les aspects les plus nouveaux de la reproduction de l'espèce humaine. Sans doute, tout cela a été effacé par une loi. Mais gageons que ce n'est que partie remise. Car nous avons constaté d'autres remontées de la sève du droit romain dans les domaines de la famille, du travail, du droit pénal et de l'immigration.

Mais revenons à notre question de départ : ces personnes, ces choses ont-elles un sexe ? Toute l'affaire a été examinée comme si elles n'en avaient pas. L'abstraction juridique a été aussi une a-sexuation, si l'on nous passe ce barbarisme, une

39. *Ibid.*, p. 151-153.

abrasion de la différence sexuelle. Généralement, une telle dénégation du sexe n'est pas considérée comme un signe de santé mentale. En tout cas, c'est un signe que nous ne pouvons pas ne pas tenter de déchiffrer.

On se souvient que dès nos premiers pas dans *La République* de Platon (chapitre 1), nous avons rencontré le problème de la propriété sous sa forme sexuelle. Le vieux Céphale, qui n'est plus préoccupé que de ce qui l'attend dans l'au-delà, se souvient de cette réponse de Sophocle à qui l'on demandait s'il était encore capable de posséder une femme : « Silence ! ami ».

Il se trouve que le droit de propriété s'exprime chez les Anciens dans un contexte sexuel qui est assez différent du nôtre. Comme l'analysait Michel Foucault, l'éthique gréco-romaine « dont il faut toujours se rappeler que c'est une morale d'homme, faite par et pour les hommes⁴⁰ » trace une ligne de partage des plaisirs non pas tant entre homme et femme qu'entre « actifs » et « passifs ». « D'un côté, ceux qui sont sujets de l'activité sexuelle (et qui ont à faire en sorte de l'exercer de façon mesurée et opportune) ; et de l'autre ceux qui sont les partenaires-objets, les figurants sur lesquels et avec lesquels elle s'exerce⁴¹. » Les premiers, cela va de soi, sont les hommes, mais plus précisément, ce sont les hommes adultes et libres. Les femmes figurent parmi les seconds, mais seulement comme l'un des éléments d'un ensemble plus vaste qui comprend aussi les garçons et les esclaves. Le comble de l'immoralité pour un homme est, dès lors, l'excès de passivité.

Il serait aisé d'établir ici une correspondance avec la *summa divisio* du droit romain qui nous occupe : personne/chose. Et de fait, la personne par excellence, c'est le citoyen libre et propriétaire, et les objets sur lesquels ce sujet exerce

son droit de propriété, ce sont, entre autres biens, les femmes, les enfants et les esclaves pour rester dans le domaine de l'« animal parlant ». Dans ce contexte, il est aisé de comprendre pourquoi le comble de l'immoralité pour un homme est la passivité : le sujet, abandonnant son statut de sujet, choisit de se faire objet sur le plan sexuel ou sur le plan économique, en mettant son propre corps en gage. La correspondance est biunivoque. Tout à l'heure on disait que l'on ne pouvait être à la fois une personne et une chose. Maintenant apparaît l'impossibilité d'être à la fois actif et passif, sujet et objet, de pénétrer et d'être pénétré.

On le vérifie encore à propos de la question de la tempérance. Il s'agit d'une vertu célébrée comme essentiellement virile. Son contraire, l'intempérance, relève d'une passivité qui l'apparente à la féminité. « Être intempérant, en effet, c'est être, à l'égard de la force des plaisirs, dans un état de non-résistance, et en position de faiblesse et de soumission. » On voit bien alors pourquoi un homme peut préférer l'amour des garçons sans que nul ne songe à le soupçonner de féminité du moment qu'il est actif dans le rapport sexuel⁴². Mais on devine aussi le problème que pose la passivité, non pas chez les femmes qui étaient supposées passives, et donc intempérantes par essence, mais chez les garçons partenaires-objets de l'homme viril. « Rien n'empêche ni n'interdit qu'un adolescent soit aux yeux de tous le partenaire sexuel d'un homme. Et pourtant, dans ce rôle, reconnaît Foucault, il y a comme une difficulté intrinsèque : quelque chose qui tout à la fois empêche de définir clairement et de bien préciser en quoi consiste ce rôle dans la relation sexuelle, et qui attire sur ce point l'attention et fait accorder une grande importance et beaucoup de valeur à ce qui doit ou ne doit pas se passer⁴³. » C'est ce que l'on pourrait appeler l'« antinomie du garçon » : d'un côté, le jeune homme est reconnu comme objet de plai-

40. Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, T. 2, *L'usage des plaisirs*, p. 56.

41. *Ibid.*, p. 57.

42. *Ibid.*, p. 98.

43. *Ibid.*, p. 239.

sir, mais d'un autre côté « le garçon, puisque sa jeunesse doit l'amener à être un homme, ne peut accepter de se reconnaître comme objet dans cette relation ». La difficulté est telle que l'on hésite à convenir que le garçon puisse éprouver du plaisir. « Cette "dénégation" est à prendre à la fois comme l'affirmation qu'un tel plaisir ne saurait exister et la prescription qu'il ne doit pas être éprouvé⁴⁴. » Bref, la passivité sexuelle des garçons, s'ils n'étaient pas esclaves, ne pouvait être qu'une situation provisoire, une initiation au savoir, une étape sur le chemin de l'amitié ou du véritable amour.

Foucault met en évidence lui-même l'isomorphisme entre relation sexuelle et rapport social. « Par là, écrit-il, il faut entendre que le rapport sexuel – toujours pensé à partir de l'acte modèle de la pénétration et d'une polarité qui oppose activité et passivité – est perçu comme de même type que le rapport entre le supérieur et l'inférieur, celui qui domine et celui qui est dominé, celui qui soumet et celui qui est soumis, celui qui l'emporte et celui qui est vaincu. Les pratiques du plaisir sont réfléchies à travers les mêmes catégories que le champ des rivalités et des hiérarchies sociales [...]. Et à partir de là on, peut comprendre qu'il y a dans le comportement sexuel un rôle qui est intrinsèquement honorable, et qui est réalisé de plein fouet : c'est celui qui consiste à être actif, à dominer, à pénétrer et à exercer ainsi sa supériorité⁴⁵ » – nous pourrions ajouter : à posséder, à s'approprier, à être propriétaire.

Nous pourrions le faire d'autant plus facilement que la langue grecque elle-même nous y encourage : *σῶμα* (*soma*) se réfère au « corps », mais aussi à la « personne » et aux « richesses », *οὐσία* (*ousia*) désigne tout à la fois « la semence, le sperme, la substance, et la fortune ». Et pour dire tort, « dommage, revers de fortune, pertes d'argent », mais aussi que l'on est « victime d'une violence et qu'on est objet passif dans un acte sexuel », on utilise *βλάβη* (*blabè*).

La Clef des songes d'Artémidore, un onirocritique du II^e siècle après J.-C., est une illustration parfaite de l'isomorphisme du sexe et de l'économie. Les rêves érotiques qu'il analyse tournent principalement autour de la pénétration. C'est elle qui semble constituer l'essence de la pratique sexuelle, la seule en tout cas qui mérite d'être retenue et qui fasse sens dans l'analyse du songe. « [D'ailleurs], la seule question qu'Artémidore pose sans cesse aux songes qu'il étudie est bien de savoir qui pénètre qui. [...] Comment s'est faite la pénétration ? Ou plus précisément ; quelle était la position du sujet dans cette pénétration⁴⁶ ? » Or, notre Freud du II^e siècle voit l'acte sexuel d'abord comme un jeu de supériorité et d'infériorité : « La pénétration place les deux partenaires dans un rapport de domination et de soumission ; elle est victoire d'un côté, défaite de l'autre ; elle est droit qui s'exerce pour l'un des partenaires, nécessité qui est imposée à l'autre ; elle est statut qu'on fait valoir ou condition qu'on subit ; elle est avantage dont on profite, ou acceptation d'une situation dont on laisse le bénéfice aux autres. »

Ce qui conduit à l'autre aspect de l'acte sexuel ; Artémidore le voit aussi comme un jeu « économique de dépense et de profit : profit, le plaisir qu'on prend, les sensations agréables qu'on éprouve ; dépense, l'énergie nécessaire à l'acte, la déperdition de semence, cette précieuse substance vitale, et la fatigue qui s'ensuit⁴⁷ ». Pour que l'analogie avec la possession du propriétaire fût plus lisible, peut-être eût-il été préférable de parler ici d'investissement (la semence, la fatigue) et de bénéfice (le plaisir). Ainsi le propriétaire peut-il jouir des fruits de sa terre.

Il se trouve que cette *summa divisio* personne/chose avec sa traduction en actif/passif est aussi, comme on le sait, la *summa divisio* qui a cours au sujet des homosexuels, la forme passive

44. *Ibid.*, p. 245.

45. *Ibid.*, p. 237.

46. Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, T. 3, *Le souci de soi*, p. 43.

47. *Ibid.*

étant la plus décriée. Elle a cours à l'extérieur, mais aussi à l'intérieur du milieu « gay ». Aussi bien derrière la dénégation sexuelle de la personne juridique pouvons-nous lire aussi le déni de la différence sexuelle propre à cette pratique. Et peut-être faut-il voir plus qu'une coïncidence entre ces remontées de droit romain, dont l'arrêt Perruche est une manifestation, et l'accroissement de la visibilité et de la surface sociales et politiques de l'homosexualité masculine chez nos contemporains, surtout si on les compare au mépris dans lequel on tient encore les lesbiennes⁴⁸. Justement dans cette constellation gréco-romaine qui pourrait être de retour dans notre planisphère « céleste », ce n'est pas tant l'antinomie du garçon que la position de la femme qui fait problème. Car, cette même dénégation conduit à mettre sur le même plan, du point de vue de la pénétration du mâle, les orifices masculin et féminin. Et il est évident qu'une telle position n'est pas tenable.

À lire le récit de la Création, dans la Genèse, il apparaît que la différence sexuelle est énoncée *juste après* que l'humanité a été façonnée à l'image de Dieu. Les organes de la sexualité sont donc à prendre du côté de la ressemblance de Dieu et non pas du côté de l'animal. Autrement dit, la différence sexuelle est somatique, mais aussi psychologique, affective, spirituelle. Constitutive de la personne, elle la définit de manière essentielle.

« Or, tous deux étaient nus, l'homme et sa femme, et ils n'avaient pas de honte l'un devant l'autre » (Genèse, 2, 25). Les signes corporels de la sexualité sont vus et même contemplés dans la finalité qui est la leur, à savoir de permettre l'expression de la communion des êtres. L'exclamation jubilatoire d'Adam devant Ève (« Os de mes os, chair de ma chair ») est le prototype du *Cantique des cantiques*, chant d'amour sacré et sexuel – sacré, car ce n'est pas un poème laïque, sexuel, sinon il tombe dans l'allégorie.

48. Marie-Jo Bonnet, *Qu'est-ce qu'une femme désire quand elle désire une femme ?*, Odile Jacob, 2004.

Tout irait pour le mieux dans le meilleur des Paradis si Adam et Eve n'avaient commis le péché originel. « Alors leurs yeux à tous deux s'ouvrirent et ils virent qu'ils étaient nus. Ils cousirent des feuilles de figuier et s'en firent des pagnes » (Genèse, 3, 6-7). Une fois encore, le célèbre texte doit être relu au plus près. Le tout premier effet du péché, c'est que nos premiers parents cherchent à cacher leur nudité, avant même qu'ils ne cherchent à se cacher devant Dieu. Cette gêne subite confirme qu'est rompue la capacité originelle qu'ils avaient de communiquer avant la Chute. Comme si la sexualité était devenue un obstacle dans les relations entre homme et femme. Pécheurs, ils ne voient plus leur sexe qu'en référence à la sexualité animale qui, elle, est seulement destinée à la reproduction, qui est seulement économique. D'où la gêne qui les conduit à en camoufler les signes. D'où aussi le surgissement immédiat dans leur conscience qu'ils sont susceptibles de devenir pour l'autre un simple objet de plaisir, de procréation, d'appropriation ; d'être réduits à la condition de moyens, de devenir la proie d'un « regard pour le désir » (Mt 5, 27-28) ; bref d'être chosifiés. Saint Augustin, rappelons-le, estimait que seuls les justes sont *dignes* de posséder les choses.

Nous autres pécheurs, serions-nous donc voués à la *possession*, c'est-à-dire que lorsque nous possédons, nous possédons autant que nous sommes possédés, les choses en notre possession devenant comme des personnes, et les personnes comme des choses ? Comment le droit pourrait-il dire autre chose ? Mais qu'au moins il reconnaisse la différence des sexes !

Il s'agit là de propos d'étape, en attendant les nouvelles aventures que nous promet l'économie du droit.

Altruisme et envie

Comme on le sait, pour le vulgaire, l'analyse économique est fondée sur l'intérêt au sens égoïste du terme. Même Mises ne peut sortir de la tautologie de sa conception de la rationalité sans se rabattre sur la rationalité économique. On peut certes faire du désintéressement une forme déguisée de l'intérêt à la manière de La Rochefoucauld. Mais, alors on retombe dans la tautologie que l'on cherchait à éviter. Si l'on s'en tient au paradigme classique de l'*homo economicus*, c'est tout un pan de la vie humaine qui risque d'échapper au regard de l'économiste. Comment sortir de cette impasse apparente ? Pour le dire en un seul mot, l'économiste est-il capable de rendre compte de l'altruisme sous toutes ses formes (charité, amour, amitié, dévouement) ?

Tout utilitariste qu'il fût, Bentham a été l'un des premiers à penser en termes scientifiques le plaisir qu'une personne pouvait trouver au spectacle de la jouissance ou de la souffrance d'autrui. On se souvient que, dix-sept ans avant d'écrire la *Richesse des nations* et d'inventer, sinon le mécanisme, du moins la formule de la « main invisible », Adam Smith avait écrit la *Théorie des sentiments moraux*, qu'il considérait comme son meilleur livre, et qui l'est en effet.

Toutefois, il faudra attendre un article de Gary Becker, publié dans le *Journal of Political Economy*, en 1974, article malheureusement fort peu connu en France, pour que l'altruisme soit rigoureusement pris en considération dans l'analyse économique. À partir de cet article, nous allons développer le modèle du *pater familias*, qui est à la racine d'un substitut possible (ou imaginaire ? nous ne le savons pas encore) au modèle contractuel du mariage, dont les critiques de Kant, et notamment Hegel, nous ont fait voir les apories. Nous tiendrons compte aussi de son *Traité de la famille*¹.

Aujourd'hui, le grand accroissement de la participation des femmes à la force de travail, y compris des mères avec de jeunes enfants, a réduit les contacts avec les enfants et contribué au conflit entre les sexes pour l'emploi aussi bien que pour le mariage. Le rapide déclin des taux de natalité a réduit la taille des familles et aidé à la croissance des taux de divorce et de la participation des femmes à la force de travail. Réciproquement, un nombre plus élevé de divorces et une participation accrue des femmes à la force de travail ont réduit le désir d'avoir des familles nombreuses. Les conflits entre générations sont devenus plus ouverts, et les parents d'aujourd'hui ont moins confiance que ceux d'autrefois.

Il n'en reste pas moins, pour Becker, que la famille repose d'abord sur la division du travail.

Même si mari et femme étaient intrinsèquement identiques, ils gagneraient à une division du travail entre activités de marché et activités de ménage, avec l'un se spécialisant davantage dans les activités de marché et l'autre davantage dans les activités de ménage. Le gain vient du fait que les rendements d'un investissement dans du capital humain sont croissants si ce capital humain est spécialisé. Donc, le couple a intérêt à la spécialisation de ses membres, chacun investissant dans son propre capital humain en fonction de sa spécialité, accroissant ainsi sa

productivité dans son domaine : activités de marché ou activités de ménage. Par conséquent, même de petites différences entre hommes et femmes – que l'on présume liées au moins partiellement aux avantages de la femme dans la gestation et l'éducation des enfants – pourraient causer une division du travail par sexe, avec des femmes plus spécialisées dans des activités de ménage et les hommes plus spécialisés dans les activités de marché.

Becker insiste pour dire que son modèle n'est pas biologique même si la biologie joue un rôle. Il se peut même que la biologie ait probablement affaibli le degré de spécialisation, comme on le verra ci-après.

La théorie des avantages comparatifs implique que les ressources des membres d'une famille (comme de n'importe quelle organisation) doivent être consacrées à diverses activités selon leur efficience relative. Becker part de l'hypothèse que les personnes sont identiques : les différences en efficience sont pas déterminées par des différences biologiques ou intrinsèques. Les différences d'habileté proviennent d'expériences différentes et d'autres investissements en capital humain (apprentissage sur le tas, tours de main, habitudes, formation, etc.). Même avec cette hypothèse extrême d'identité de chaque membre, les familles devraient, pour être efficaces, pratiquer une division du travail prononcée, à la fois dans l'allocation du temps et dans l'accumulation d'un capital humain spécialisé. Becker n'y fait pas allusion, mais une des conséquences de son analyse est que l'on devrait retrouver cette division du travail chez les couples homosexuels, où, par définition, il n'y a pas de différence sexuelle entre les deux membres du couple.

Une autre hypothèse que pose Becker est que les personnes n'ont pas besoin d'être surveillées parce que d'elles-mêmes, elles allouent leur temps et leurs autres ressources de manière à accroître la production des biens de la famille. Chaque personne étant identique, elle reçoit la même part du produit de la famille.

1. Gary S. Becker, *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, Londres, Royaume-Uni.

À partir de là, Becker formule trois théorèmes.

Théorème 1 : Si tous les membres de la famille efficiente ont différents avantages comparatifs, pas plus d'une personne ne consacrera du temps à la fois aux activités de marché et aux activités de ménage. Toute personne avec un avantage comparatif plus grand dans les activités de marché se spécialiserait complètement dans ces activités, et toute personne ayant un avantage comparatif plus grand dans les activités de ménage se spécialiserait complètement dans ces dernières.

Théorème 2 : Si tous les membres de la famille ont des avantages comparatifs différents, pas plus d'un membre de la famille n'investirait à la fois dans les activités de ménage et les activités de marché. Des membres de la famille se spécialisant dans les activités de marché investiraient seulement dans le capital humain correspondant ; de même les membres de la famille spécialisés dans les activités de ménage investiraient seulement dans le capital humain correspondant.

Théorème 3 : Si les fonctions de production de la famille ont des rendements d'échelle constants ou croissants, alors tous les membres de la famille efficiente se spécialiseraient complètement soit dans les activités de marché soit dans les activités de ménage et investiraient seulement soit dans le marché soit dans le ménage. *En corollaire :* une petite famille sera moins efficiente qu'une famille plus large si certains de ses membres ne se spécialisent pas complètement.

Maintenant, qu'en est-il de la division sexuelle du travail ?

Les femmes ont un lourd déterminisme biologique dans la gestation et l'alimentation des enfants, mais elles sont composites au soin des enfants pour des raisons plus subtiles. Les femmes veulent dépenser plus de temps et d'énergie au soin de leurs enfants parce qu'elles veulent que leur lourd investissement biologique dans cette production soit rentabilisé. En outre, une femme peut plus facilement nourrir et surveiller ses enfants plus âgés quand elle produit des enfants additionnels que lorsqu'elle s'engage dans la plupart des autres acti-

tivités. Cette complémentarité entre porter et élever des enfants a été importante puisque jusqu'au XIX^e siècle pratiquement toutes les femmes passaient la plus grande part de leur temps de jeunesse adulte à vivre avec des enfants.

Des différences biologiques émergent cette conclusion guère surprenante que le sexe des membres de la famille est une importante caractéristique discriminante dans la production et les soins des enfants, peut-être aussi dans les autres productions de la famille, et dans les activités de marché.

Puisque les femmes ont des avantages comparatifs sur les hommes dans les activités de ménage, une famille efficiente comprenant les deux sexes allouerait le temps des femmes principalement dans les activités de ménage et celui des hommes dans les activités de marché. Des ménages monoparentaux, ou avec seulement des hommes ou seulement des femmes, sont donc moins efficaces parce qu'ils sont incapables de profiter de la différence sexuelle dans les avantages comparatifs.

Par conséquent, des différences biologiques dans les avantages comparatifs entre les sexes expliquent non seulement pourquoi les familles-types comportent les deux sexes, mais aussi pourquoi les femmes vont généralement dépenser leurs temps à porter et à élever des enfants et à se consacrer aux autres activités de ménage, tandis que les hommes se consacrent aux activités de marché. Cette division sexuelle du travail s'est rencontrée dans quasiment toutes les sociétés humaines. On l'observe également dans les autres espèces qui fertilisent les ovules à l'intérieur du corps de la femelle.

Du coup les femmes investissent principalement dans le capital humain qui accroît leur efficacité dans la tenue de la maison, spécialement pour ce qui est de porter et d'élever des enfants, parce que les femmes dépensent la plus grande partie de leur temps dans ces activités.

Mais les temps dont disposent les hommes et les femmes ne sont pas de parfaits substituts. De fait, leurs temps sont complémentaires dans la jouissance sexuelle, la production

des enfants et aussi probablement, dans d'autres biens et services produits par la famille (par exemple les loisirs domestiques, l'éducation). Même si les couples hétérosexuels sont plus efficaces que des ménages homosexuels, comme on vient de le montrer, la complémentarité réduit la division sexuelle du travail dans l'allocation du temps et des investissements parce que les deux sexes sont requis pour produire ensemble certains biens et services. Et cette complémentarité empêche de profiter complètement des avantages comparatifs.

Apparemment, les différences dans les avantages comparatifs et les investissements ont été plus importants que la complémentarité parce que les femmes traditionnellement ont consacré beaucoup plus de temps au ménage que les hommes. Néanmoins la complémentarité ne peut être nulle et elle prend aujourd'hui de l'importance. Aussi bien les femmes deviennent-elles de moins en moins spécialisées dans les activités de ménage, auxquelles les hommes se consacrent davantage que par le passé.

Puisque les différences dans l'investissement renforcent les différences biologiques, les avantages comparatifs biologiques ne peuvent pas être facilement distingués des investissements spécialisés dans le capital humain masculin ou féminin. Il y a une raison supplémentaire à cette difficulté. Puisque les investissements spécialisés commencent quand les garçons et les filles sont très jeunes (le taux d'investissement en capital humain est fonction de la jeunesse), ces investissements sont faits avant de connaître pleinement l'orientation biologique des enfants, qui souvent n'est révélée qu'après dix ans et même plus tard. Si seulement une petite fraction des filles est biologiquement orientée vers les activités de marché et si seulement une petite fraction de garçons est biologiquement orientée vers des activités de ménage, alors étant donné le manque d'information initial sur ces exceptions, la stratégie optimale pour les parents serait d'investir principalement le capital ménage dans toutes les filles et le capital marchand dans tous les garçons,

jusqu'à ce qu'une déviation de cette norme soit clairement établie.

De cette manière les investissements dans les enfants avec une orientation « normale » renforcent leur biologie, et ils deviennent spécialisés pour l'habituelle division du travail sexuelle. Des investissements dans des enfants déviants, d'autre part, rentrent en conflit avec leur biologie, et le produit net pour eux est incertain. On peut présumer que le divorce entre investissement et orientation biologique est une source de conflit et même de souffrance pour le déviant biologique. Dans leur éducation différenciée selon le sexe, les parents ne sont pas irrationnels. Ils répondent rationnellement à un manque d'information.

Ainsi des investissements spécialisés et l'allocation du temps vont-ils ajouter leurs effets aux différences biologiques et faire en sorte que des hommes mariés se spécialisent dans des activités de marché et les femmes mariées dans les activités de ménage. Par conséquent les taux de salaires du marché des hommes mariés seront supérieurs à ceux des femmes mariées, en partie parce que les femmes passent plus de temps dans les activités de ménage et investissent plus dans le capital humain de ménage que dans le capital humain des activités de marché.

Puisque les célibataires anticipent le mariage et la division sexuelle du travail des personnes mariées, des hommes célibataires seront probablement plus spécialisés dans les activités de marché que les femmes célibataires qui n'ont pas de telles anticipations. Cependant, tant qu'ils restent célibataires ces individus ne peuvent pas aussi facilement tirer avantage de la division sexuelle du travail parce qu'ils n'ont pas de compagnon.

Les taux de salaires des femmes sont donc plus bas au moins en partie parce qu'elles investissent moins que les hommes dans le capital des activités de marché, mais il y a fort à parier que dans ces conditions leur productivité dans les activités de ménage est plus grande que celle des hommes

parce qu'elles investissent plus que les hommes dans le capital humain propre aux activités de ménage.

Les femmes ont moins d'incitation à investir dans le capital humain que les hommes ne le font quand le nombre des enfants est le principal résultat du mariage, et les incitations des hommes et des femmes sont moins inégales quand la qualité des enfants est importante. Les femmes reçoivent beaucoup moins d'éducation scolaire que les hommes dans les pays pauvres qui choisissent la quantité, et à peu près la même éducation dans les pays riches qui optent pour la qualité.

La spécialisation des tâches est telle que la division du travail sexuelle implique une dépendance à l'égard des autres pour certaines tâches. Les femmes ont traditionnellement fait reposer sur les hommes l'approvisionnement en nourriture, l'abri et la protection, et les hommes se sont traditionnellement reposés sur les femmes pour porter, élever les enfants et s'occuper du foyer. Par conséquent à la fois femmes et hommes sont mieux dans le mariage que hors du mariage; si l'on entend par mariage un contrat à long terme écrit, oral ou coutumier entre un homme et une femme pour produire des enfants, des aliments et d'autres biens d'un ménage.

La nature de la division du travail entre hommes mariés et femmes mariées a signifié que les hommes ont plus de capacité que les femmes à nouer des mariages avec plusieurs compagnons. Cette multiplicité des partenaires peut se faire de manière synchronique (c'est la polygamie) ou s'étaler dans le temps (divorce ou abandon du foyer). Par conséquent les lois et les contrats de mariage ont principalement pour objet de protéger les femmes spécialisées dans les activités de ménage contre le divorce, l'abandon et tout autre traitement déloyal de la part de leur conjoint.

Les différences biologiques entre hommes et femmes dans la production et le soin des enfants, et les avantages des spécialisations dans les activités et dans les investissements en capital humain qui renforcent les différences biologiques

expliquent pourquoi l'institution du mariage a été importante dans toutes les sociétés.

Presque tous les couples mariés ont et élèvent leurs propres enfants au lieu de louer des personnes pour les élever dans des maisons séparées (comme Platon le préconisait ou encore comme l'ont pratiqué certains kibboutzim en Israël) ou d'adopter des enfants produits par d'autres. Naturellement, la plupart des sociétés interdisent la vente et l'achat des enfants, assure Becker mais il est aisé, ajoute-t-il, d'interdire ce qui répugne. On pourrait postuler un « goût pour ses propres enfants » qui est non moins et non plus profond que de postuler un goût pour la bonne nourriture ou pour les autres biens entrant dans les fonctions d'utilité. La demande pour ses propres enfants, le caractère distinctif des familles, n'ont pas besoin d'être postulés.

Les femmes mettant au monde des enfants peuvent les nourrir avec leur propre lait et peuvent plus facilement prendre soin des jeunes enfants quand elles sont enceintes que travailler pour le marché.

Sans doute la similarité génétique entre parents et enfants accroît encore la demande pour ses propres enfants.

Les propres enfants sont préférés aussi à cause de la valeur de l'information dont on dispose sur les enfants quand on investit sur eux. L'information sur les caractères de nos propres enfants est plus facile à obtenir que sur les enfants adoptés, parce que les parents et leurs enfants ont la moitié de leurs gènes en commun et que la santé et d'autres caractéristiques de nos propres enfants, à la naissance et pendant l'enfance, sont directement observées. Cela peut aussi expliquer pourquoi les orphelins de parents ou de proches sont plus facilement adoptés que des orphelins d'étrangers, et même pourquoi les enfants adoptés ont moins de valeur en tant que partenaires de mariage.

Des fautes à l'intérieur d'une famille ont toujours été observées. C'est une évidence.

L'adultère de la femme est une offense grave dans les sociétés traditionnelles, principalement parce que les hommes

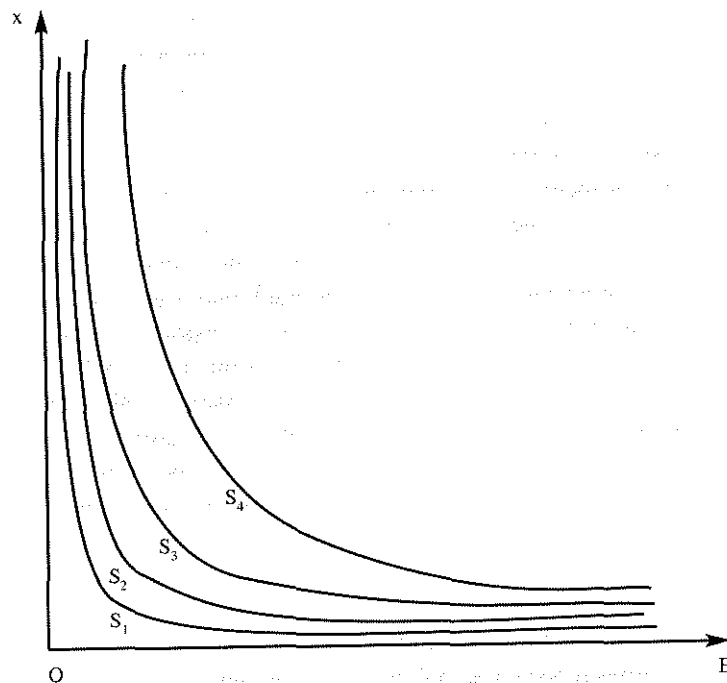
sont hésitants à élever les enfants d'autres pères. D'où les limites (réclusion, voile) imposées aux occasions dont pourraient profiter les femmes.

Les avantages de la spécialisation sont contrebalancés par les désavantages sur le plan de l'intimité. C'est pourquoi la famille atteint assez vite une taille critique. On en trouve une bonne illustration dans l'augmentation des logements séparés pour les personnes seules, spécialement pour les veufs et veuves aux États-Unis, alors qu'autrefois ils trouvaient à s'héberger chez leurs enfants. Dans les trente dernières années, en effet, les parents veufs ont perdu de leur valeur en tant que *baby-sitter*, cuisinier, aide-ménager, etc., dans les maisons de leurs enfants parce que la fécondité des couples a diminué brutalement et que la *nursery*, l'école et les centres de soins pour enfants, les crèches se sont énormément développés. De plus la Sécurité sociale a réduit les transferts des parents aux enfants. Par conséquent, le gain qu'il y avait à vivre avec ses enfants a été réduit et le rapport antagonique entre spécialisation et intimité a basculé en faveur de l'intimité et de logements séparés pour les troisième et quatrième âges.

Les effets des déséconomies et le manque d'intimité des familles plus grandes constituent les déséconomies d'échelle du ménage. Pratiquement dans toutes les sociétés, le ménage moyen a été de 6 ou 7 membres.

Venons-en maintenant à l'altruisme et à son rôle dans l'économie familiale².

Jusqu'à maintenant, l'économiste a eu tendance à considérer que le bien-être d'un individu est fonction du nombre de biens et de services qu'il parvient à se procurer. Nous allons ici ajouter à cet ensemble (x) de biens et services un facteur E constitué des effets de l'environnement relationnel sur le bien-être de l'individu considéré. S'il est altruiste, ces effets



Graphique 1

seront positifs. Le bonheur des autres augmente son bonheur. S'il est envieux, le bonheur d'autrui sera pour lui une cause de souffrance, et E sera donc négatif.

Commençons par l'altruisme. Le facteur E est positif. Et il est supposé dépendre des efforts de l'individu pour ceux qui l'entourent.

Notre individu, appelons-le Monsieur M ., étant altruiste, son bien-être dépend non seulement des objets et services (x) qu'il peut se procurer, mais aussi du niveau de son environnement relationnel. Si on appelle S_M le niveau de son bien-être, on suppose qu'il est le produit de x par E :

$$S_m = xE. \quad (1)$$

Nous pouvons représenter cette fonction sur un axe de coordonnée x/E (graphique 1). On peut déterminer ainsi plu-

2. Nous prenons la responsabilité de simplifier énormément et de développer le modèle de Becker pour en faire apparaître ce qui est essentiel à nos yeux.

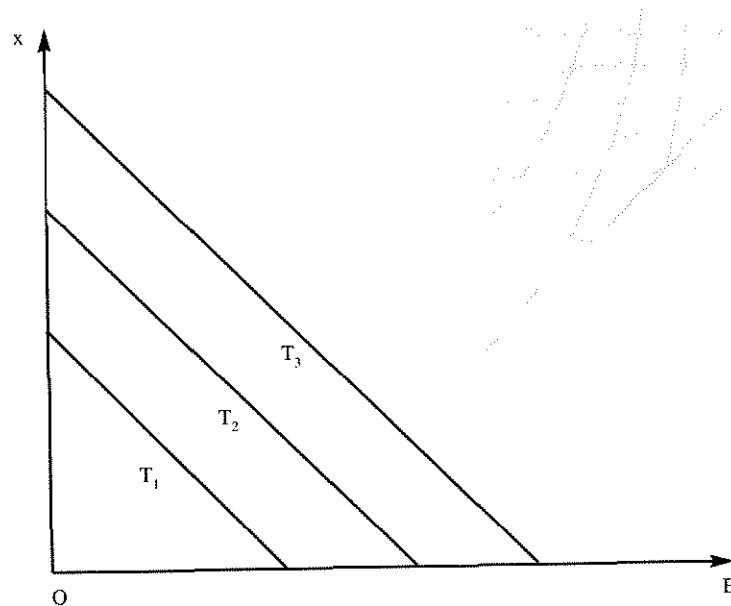
sieurs niveaux de bien-être : S_0, S_1, S_2, S_3 , etc. Sur chacune de ces courbes le bien-être est le même. C'est dire que les produits et services x et E sont dans une certaine mesure substituables entre eux (ils ne le sont pas complètement, sinon les courbes S seraient des droites). Dans le jargon des économistes, on appelle ces courbes des « courbes d'indifférence ». Pour en avoir une perception plus aisée, on peut utiliser, comme on l'a fait déjà en économie du crime, l'analogie des courbes de niveau sur une carte topographique. Ces courbes sont la projection dans un espace à deux dimensions du relief qu'elles cherchent à décrire. Chaque point d'une même courbe se trouve à la même altitude. Pour changer d'altitude il faut passer d'une courbe à l'autre. Entre deux courbes l'espace est plein, sinon on ne pourrait passer d'une courbe à l'autre. On pourrait multiplier les stades intermédiaires entre deux altitudes données. Pour la clarté, on retient une échelle en centaine ou en dizaine de mètres. De même, nos courbes S sont la projection dans l'espace x / E des différents niveaux de bien-être de M . Si notre individu se promène sur l'une de ces courbes il reste à un même niveau de bien-être. S'il veut accéder à un niveau supérieur de bien-être, il doit se déplacer vers le nord-ouest de notre carte (graphique 1).

Supposons maintenant que M dispose d'un budget T_m , tiré de ce qu'il gagne, avec lequel il va pouvoir se procurer des biens et services x et contribuer à améliorer son environnement relationnel par son propre effort E .

$$T_m = x + E \quad (2)$$

Sur un système de coordonnées x, E , nous pouvons représenter cette fonction par la courbe, qui est une droite, appelée communément droite de budget. T_m peut avoir plusieurs valeurs, en fonction des revenus dont dispose M . Soit T_1, T_2, T_3 , etc., les droites de budget correspondant à ces différents revenus (graphique 2).

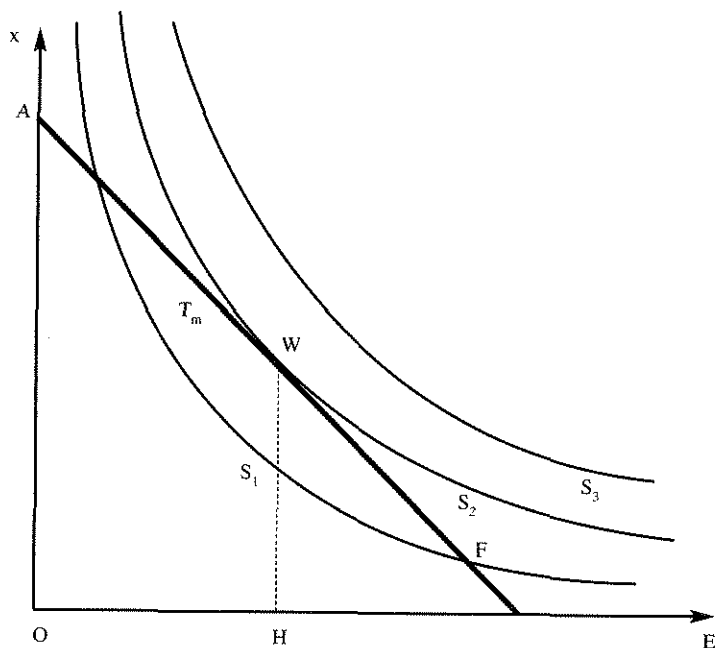
Si on reporte sur un même graphique les deux courbes de satisfaction (S) et de revenu total (T), on s'aperçoit que, pour un revenu donné (T_m), le point qui correspond au bien-être le



Graphique 2

plus élevé est celui correspondant au point de tangence de la droite de budget avec une courbe d'indifférence (graphique 3). En effet, pour tout autre point de cette droite les niveaux d'intersection de la droite de budget avec la courbe d'indifférence se situent à des niveaux inférieurs de bien-être. Donc, pour un revenu donné (soit T_m), le point W correspond au niveau le plus élevé de bien-être que peut atteindre notre individu altruiste.

Pour l'expliquer, supposons que pour ce même budget notre individu ne fasse aucun effort en direction de son environnement relationnel. Alors $E = 0$, et le point correspondant à cet effort nul est A sur le graphique 3 (l'abscisse de A est nulle et son ordonnée est égale à T_m). Pour accéder à des courbes de bien-être supérieures notre individu (altruiste) devra consacrer des efforts en direction de son environnement relationnel. C'est-à-dire qu'il va dépenser une partie de son revenu en E en sacrifiant de sa consommation en x . Le point représentatif de sa position va descendre le long de la droite



Graphique 3

de budget jusqu'à atteindre W, où son bien-être est le plus élevé possible, compte tenu de ses moyens budgétaires. L'abscisse de ce point est H, et il n'est pas difficile de constater que le segment OH correspond exactement à l'effort de notre individu en direction de son environnement relationnel. Étant donné ses moyens budgétaires, il n'est pas incité à en faire davantage, car alors cet effort supplémentaire le ferait descendre un peu plus sur la droite de budget, il parviendrait par exemple en F, où son niveau de bien-être serait inférieur (S_1) à celui qu'il obtenait au point W (S_2).

Notre individu altruiste n'est pas un pur esprit. Il a besoin de consommer un certain nombre de biens et services. Mais son bien-être est accru s'il contribue au bien-être de son environnement relationnel. À partir d'un budget et donc d'un revenu donné, il fait un arbitrage entre ce qu'il consomme lui-même et sa contribution au bien-être d'autrui.

Supposons maintenant que cet individu soit marié avec Mme F. et que son bien-être dépende non seulement des biens et services qu'il peut se procurer avec son revenu, mais du bien-être de son épouse (S_f). Cette dernière, par hypothèse, ne se préoccupe pas du bien-être de son mari – une hypothèse nécessaire à la simplification du modèle. La relation maritale est ici strictement unilatérale, au moins sur le plan économique...

Le bien être de l'épouse (S_f) se mesure par la somme de son propre revenu (R_f) et des contributions de son mari.

On suppose le mari éperdument amoureux de sa femme. Rien d'autre ne lui importe. Elle compose la totalité de son environnement relationnel. Aucun autre facteur environnant ne compte pour lui. Donc E représente la totalité de son environnement.

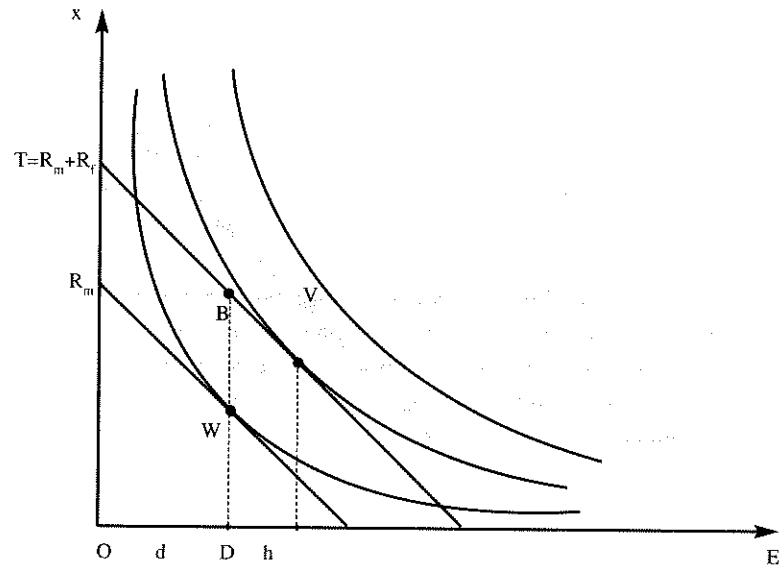
Le revenu total du couple est égal à la somme des revenus du mari et de la femme :

$$T = R_m + R_f$$

Voyons comment le mari va se comporter.

Reprenons le même système de coordonnées que précédemment (x/E). Et supposons, pour commencer, que l'épouse ne dispose d'aucun revenu propre. Il en résulte que le revenu total du mari est réduit à son propre revenu.

Un individu non altruiste consacrerait la totalité de son revenu à se procurer pour lui-même biens et services. Mais, pour M. M., le bien-être de son épouse est un élément de son propre bien-être. Il peut donc élever son propre niveau de bien-être en améliorant celui de son épouse. On retrouve exactement les conditions du graphique 3. Le graphique montre bien que son bien-être maximum est atteint en W où OH est égal à la moitié de son revenu. Autrement dit, pour le revenu R_m le bien-être du mari est maximum quand il le partage moitié-moitié avec sa femme. S'il allait au-delà de W, par exemple en F, il descendrait à des niveaux inférieurs de bien-être. Saint Martin n'a pas donné tout son manteau au pauvre hère qu'il trouvait sur sa route, mais seulement la moitié,



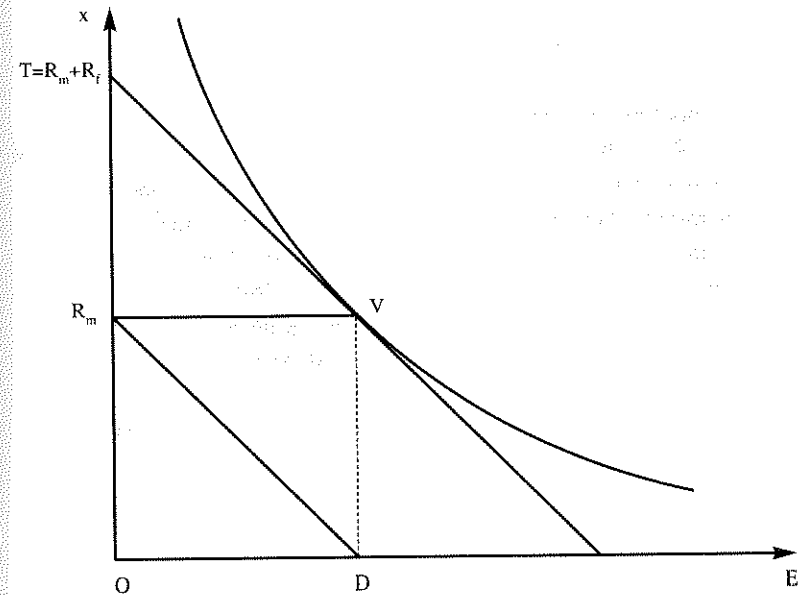
Graphique 4

appliquant à la lettre le précepte de l'Évangile : « Aime ton prochain comme toi-même ! »

Supposons maintenant que l'épouse dispose de son propre revenu, R_f . Sur le graphique 4, la droite de budget du couple se trouve à un niveau supérieur par rapport au cas précédent.

Admettons dans un premier temps que le mari ne fasse aucun effort en direction de son épouse. Mais comme il est altruiste, son bien-être s'est amélioré puisque le revenu de son épouse et le bien-être qu'elle en tire sont par eux-mêmes et en eux-mêmes des sources supplémentaires de bien-être pour lui. Le bonheur accru de sa femme accroît son propre bonheur. Le point représentatif de cette position est B, situé à un niveau de bien-être supérieur au niveau précédemment atteint (W). L'abscisse de B est exactement égale au revenu de l'épouse R_f : ($d = OD = R_f$).

Toutefois, le mari peut encore améliorer sa position et accéder à un niveau supérieur de bien-être en complétant le revenu de sa femme, R_f , par sa propre contribution. Pour une



Graphique 5

contribution de h (graphique 4), son bien-être est le plus élevé possible, puisque cette contribution lui permet d'atteindre V, le point de tangence de la droite de budget du couple avec la courbe de niveau de bien-être le plus élevé possible. De nouveau, on aura un partage moitié-moitié du revenu total (T_m), mais étant donné que la femme dispose cette fois d'un revenu, la contribution du mari pour atteindre ce résultat ne sera pas aussi importante que précédemment (en termes relatifs).

On pourrait montrer tout aussi facilement que si le revenu de la femme venait à baisser, la contribution du mari (h) devrait augmenter pour qu'il puisse obtenir lui-même le maximum de bien-être.

Si le revenu de la femme est égal à celui de son mari, alors celui-ci n'a aucun effort à faire pour un partage équitable du revenu total, et par conséquent $h = 0$ (graphique 5).

D'une certaine manière, on peut considérer que quel que soit le niveau de son revenu l'épouse est assurée d'un partage

égalitaire avec son mari. Mais elle a tout de même intérêt à augmenter son revenu, puisqu'en enrichissant le couple, elle augmente sa part en valeur absolue. Son revenu total T_f est en effet, rappelons-le, égal à :

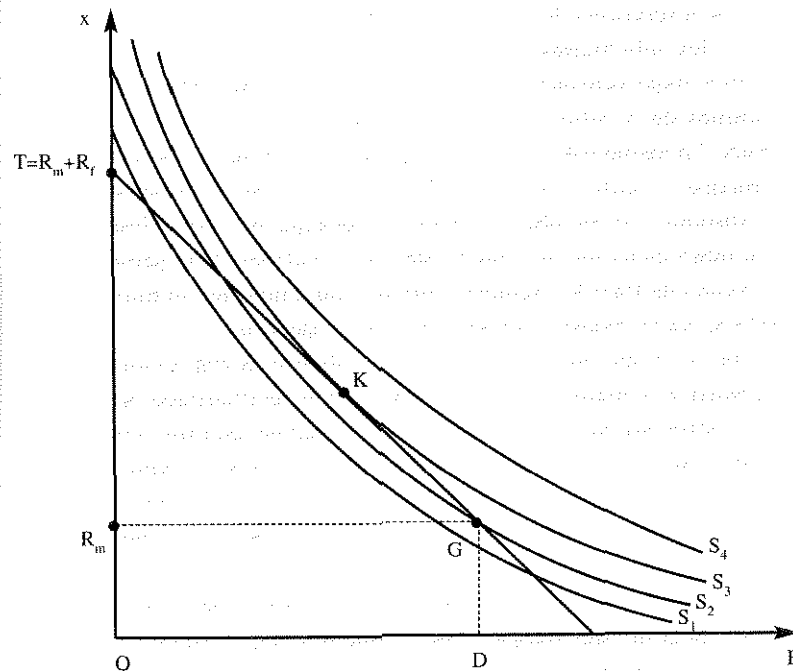
$$T_f = R_f + h$$

Son mari est pour elle comme une compagnie d'assurance qui lui garantit dans tous les cas de figure un revenu minimum égal à la moitié du revenu de son mari. Mais si elle veut accroître son bien-être, elle a tout de même intérêt à avoir ses propres revenus. Autrement dit, le système ne pousse pas l'épouse à la paresse. En termes d'économie assurantielle, on dira qu'il n'engendre pas de « risque moral ».

Si l'on veut que notre modèle soit applicable à toutes les situations, il faut maintenant supposer que le revenu de la femme est supérieur à celui de son mari (graphique 6). S'il n'y a pas de redistribution entre mari et femme, le point représentatif de leur position est G. En effet, le revenu de l'épouse apporte un supplément de satisfaction au mari (qui reste altruiste), l'abscisse du point G étant exactement égale au revenu de l'épouse.

Un coup d'œil sur le graphique montre que ce point ne correspond pas au maximum de bien-être (K) que peut espérer le mari de la nouvelle droite de budget. Mais pour atteindre K il est obligé de remonter sur la droite de budget. Ce qui signifie que cette fois au lieu de contribuer au revenu de sa femme, il est obligé de lui demander des sous ! Or, par hypothèse, il n'a aucun contrôle sur les gains de son épouse. Si l'épouse est animée, comme lui, de sentiments altruistes, elle sera heureuse de compléter le revenu de son mari en sorte qu'ils soient de nouveau à égalité (point K). Ce n'est pas impossible. Mais nous sortons là des limites que nous avons tracées à notre épure. Si nous restons dans ces limites (une épouse non altruiste), le couple restera au point G.

Aussi devons-nous définir le *pater familias* plus précisément que nous ne l'avons fait dans le chapitre 3. Le *pater familias* est la personne de la famille qui, quel que soit son



Graphique 6

sexe, a le revenu le plus important. Le *pater familias* peut donc être une mère de famille. À ce moment là le modèle est valable dans tous les cas de figure, puisque R_m étant toujours supérieur à tout autre revenu de la famille, le cas envisagé dans le graphique 5 ne peut se produire.

Cet altruisme peut avoir des incidences sur les migrations de main-d'œuvre. Le père de famille n'acceptera pas de se déplacer pour gagner plus d'argent si ce déplacement entraîne une diminution du revenu de son épouse supérieure à son supplément de gain. D'un autre côté, il acceptera de se déplacer si le supplément de gain de son épouse est supérieur à ce qu'il y perdrait en termes de revenu. Ces problèmes sont devenus plus fréquents à mesure de l'entrée accrue des femmes dans le marché du travail. Cela implique

que les migrations des ménages sont moins fréquentes que celles des célibataires.

Une étape suivante de l'analyse consiste à multiplier les membres de la cellule familiale : enfants, ascendants, collatéraux. Le même mécanisme s'applique. Du fait même de son altruisme, le *pater familias* redistribue le revenu total de la famille entre ses membres. Il paraît évident que plus grand est le nombre de membres, plus faible est l'incidence de la perte de revenu de l'un des membres sur le revenu familial, et plus aisée la compensation opérée par le *pater familias*.

On peut même y adjoindre les générations à venir. L'altruisme se manifeste alors par la pratique de l'héritage. Si l'on y réfléchit quelques secondes, l'héritage ne peut trouver d'autre rationalité économique que celle-là : le *pater familias* intègre dans sa fonction de bien-être celui de personnes dont il ne pourra même pas voir le bonheur. Et ainsi de suite, de génération en génération.

On retrouve ici sous une autre forme la rationalité économique de la famille élargie. Cette forme d'autoassurance est particulièrement utile pour les enfants, les débiles, les malades et les personnes âgées en l'absence d'État providence. Cette forme d'assurance peut aussi jouer contre les risques de désastre et d'autres catastrophes naturelles ou simplement contre les hasards de la vie. Chaque membre d'une famille dont le *pater familias* est altruiste, est partiellement assuré contre ces risques. Il peut en résulter une plus grande incitation pour les membres de ces familles à entreprendre des activités qui accroissent la variabilité de leurs propres revenus, alors même que le revenu familial est plus stable dans son ensemble.

Le résultat le plus surprenant du modèle est ce que Gary Becker appelle le « *rotten kid theorem* » — « le théorème de l'enfant gâté ». De quoi s'agit-il ?

Supposons que Pierre, l'un des enfants de la famille, soit égoïste. L'une de ses actions entraîne une baisse de son revenu tout en induisant une augmentation de revenu de l'un de ses

frères, Paul. Comme Pierre n'est pas altruiste, il ne se soucie pas du bien-être de Paul, et l'augmentation du revenu de ce dernier ne lui apporte aucune satisfaction. Il va donc s'abstenir de l'action en question. C'est alors qu'intervient le *pater familias*. Le bonheur de ses enfants contribue à son propre bonheur. Et il va faire en sorte que le supplément de revenu de Paul soit redistribué aux autres membres de la famille, et notamment à Pierre. Par conséquent, Pierre lui-même sera incité à entreprendre des actions qui ne lui rapportent rien tout en étant profitables aux autres membres de la famille. Autrement dit, il suffit que le *pater familias* soit altruiste pour que les autres membres de la famille, même égoïstes, adoptent des comportements altruistes. L'altruisme n'étant pas la chose du monde la plus répandue, on s'aperçoit alors que l'institution familiale permet d'utiliser au mieux cette denrée rare. Ainsi, pourrait-on dire, la famille trouve son fondement dans une économie d'amour. Le rôle de l'enfant gâté peut être étendu à tous les membres de la famille et donc à l'épouse...

Inversement, l'existence même d'un État providence va perturber le jeu altruiste du *pater familias*. Supposons par exemple que les dépenses de Sécurité sociale soient financées par des emprunts — ce qui, hélas ! arrive souvent. Le remboursement de ces emprunts obligera à lever de nouveaux impôts qui seront payés par les générations suivantes. Si l'altruisme fonctionne comme nous l'avons dit entre les membres de la famille, un accroissement des impôts sur les générations suivantes devra être compensé par une augmentation des legs. Pour le *pater familias*, le résultat est le même. Ce qu'il économise grâce à la Sécurité sociale, il le redistribue par son testament. De même, si l'État finance par des taxes sur la présente génération la construction d'écoles qui profiteront aux générations suivantes, la présente génération réduira ses dépenses d'éducation pour compenser le surcroît d'impôt. Le niveau d'éducation n'en sera pas plus élevé, l'investissement public dans ce domaine est compensé par un désinvestissement privé dans ce même domaine.

Encore une fois, le pivot de cette économie d'amour ou d'affection – comme on voudra l'appeler – est le *pater familias*.

Sans doute les intérêts du *pater familias* altruiste et de ses bénéficiaires égoïstes ne sont pas identiques. Ces derniers aimeraient disposer de contributions plus grandes que ce que le *pater familias* est disposé à leur accorder, lui qui n'ira pas au-delà du point W. Cependant, ce conflit d'intérêts n'implique pas un conflit entre les actions à choisir, ni ne devrait être confondu avec lui. Puisqu'un bénéficiaire égoïste veut accroître le revenu familial, il est conduit par une « main invisible » à agir comme s'il était lui-même altruiste. En d'autres termes, l'amour, qui est une ressource rare, est utilisé de manière économe, parce qu'une attention suffisante de la part du *pater familias* altruiste induit même le bénéficiaire égoïste à agir comme s'il prenait autant de soin du *pater familias* que de lui-même. Comme le dit si bien D. H. Robertson : « Nous [économistes] pouvons [...] contribuer puissamment à économiser, c'est-à-dire à la pleine mais économe utilisation de cette ressource rare, l'amour, dont nous savons, comme n'importe qui d'autre, qu'elle est la chose la plus précieuse du monde³. »

Du fait même de cette économie d'amour qu'il permet, on peut admettre que le modèle du *pater familias* se soit imposé dans l'état de nature. Non sans quelques ratés ! Même avec un *pater familias* parfaitement altruiste, la redistribution des ressources et des revenus à l'intérieur de la communauté familiale ne va pas de soi.

Tout irait bien s'il n'y avait pas l'envie qui est « la plus antisociale et la plus funeste de toutes les passions » (Stuart Mill) et « qu'il faut nourrir sans cesse et qui ne s'assouvit jamais » (François Mauriac).

Rawls l'explique très bien quand il définit l'envie comme « la tendance à éprouver de l'hostilité à la vue du plus grand

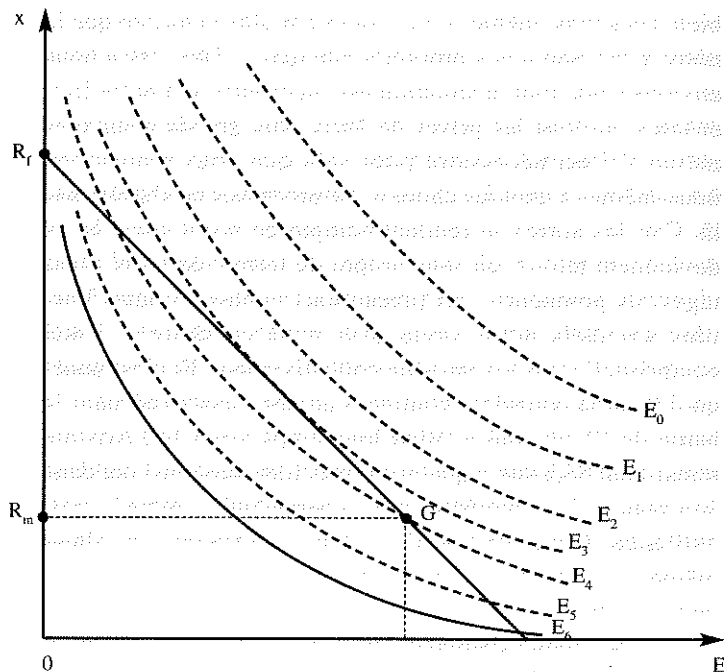
bien des autres, même si leur condition plus favorisée que la nôtre n'ôte rien à nos propres avantages ». Dès lors « nous envions ceux dont la situation est supérieure à la nôtre [...] et nous voulons les priver de leurs plus grands avantages même s'il est nécessaire pour cela que nous renoncions nous-mêmes à quelque chose ». Le processus ne s'arrête pas là. Car, les autres se rendent compte de notre envie et ils deviennent jaloux, au sens propre du terme, de leurs avantages, ils prennent « des précautions contre les actes hostiles auxquels notre envie peut nous conduire ». Ainsi comprise, l'envie est nuisible collectivement. Et c'est pourquoi Kant la considère comme « un des vices exprimant la haine de l'humanité ». Bien longtemps avant lui, Aristote remarquait déjà que « quelques-unes [des passions] ont dans leur nom un lien immédiat avec la perversité, comme la malveillance, l'impudence, l'envie [...] perverses en elles-mêmes [...] elles ne connaissent donc jamais la réussite, mais toujours l'échec⁴ ».

Un sociologue allemand, Helmut Schoeck, a consacré un livre entier au thème de l'envie. Il remarque : « Toute vie sociale serait impossible si les différentes formes de civilisation ne réussissaient pas à obtenir la coopération même de ceux qui ont des motifs d'envie et de jalousie. Tout compte fait, une société dans laquelle rien ne donnerait jamais lieu à de l'envie, une société où régnerait une égalité complète et permanente n'est même pas possible en rêve. [...] Toute société, toute forme de culture peut conférer à une situation, une performance, un état d'âme (l'extase par exemple) un caractère si éminent et un tel éclat qu'il y aura toujours des individus portés à croire qu'ils n'ont pas reçu leur dû. » On ne peut que recommander vivement la lecture de ce livre dont le sous-titre *Une histoire du mal*⁵ est significatif.

4. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, II, 1107a.

5. Helmut Schoeck, *L'Envie, une histoire du mal*, traduit de l'allemand par Georges Pauline, Paris, Les Belles Lettres, 1995.

3. Sir Dennis H. Robertson, 1956, *Economic Commentaries*, London : Staples Press. Cité par Becker, *A Treatise on the family*, op. cit., 284.



Graphique 7

Pour l'envieux, le bonheur d'autrui est une souffrance. Pour améliorer son propre bien-être il va donc essayer de réduire ce bonheur-là.

Le facteur E est donc négatif. Sur le graphique 7, on a repris les mêmes courbes de satisfaction, mais avec une échelle inverse. Plus on progresse vers le nord-ouest, plus on est malheureux. C'est comme si on s'enfonçait dans un gouffre dont on n'apercevrait pas le fond (niveau E_0) – le gouffre de l'envie. L'individu n'a donc qu'une seule envie, c'est bien le cas de le dire, c'est de gravir les parois de cet entonnoir infernal. Notre mari, que les gains de sa femme obligent à descendre jusqu'au niveau E_4 regrette, si absurde que cela puisse paraître, le temps où il était le seul à gagner de l'argent dans le ménage, car cette situation le plaçait à un

niveau supérieur de satisfaction. Avec une telle cartographie, évidemment, aucune distribution n'est envisageable. Et l'individu aura tût fait de choisir de consommer la totalité de son revenu.