HAL
open science

Science sociale, science morale ? Note sur la pénétration de l'économie dans la pensée juridique française au XIXe siècle

Mikhaïl Xifaras

▶ **To cite this version:**

Mikhaïl Xifaras. Science sociale, science morale ? Note sur la pénétration de l'économie dans la pensée juridique française au XIXe siècle. Mohnhaupt Heinz, Kervégan Jean-François. Wirtschaft und Wirtschaftstheorien in Rechtsgeschichte und Philosophie = Économie et théories économiques en histoire du droit et en philosophie, Klostermann, pp.185-225, 2004, 9783465033622. hal-01027836

HAL Id: hal-01027836

https://sciencespo.hal.science/hal-01027836

Submitted on 22 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Science sociale, science morale?

Note sur la pénétration de l'économie dans la pensée juridique française au XIXe siècle

Introduction

En 1982, Olivier Motte pouvait constater que «l'histoire de la science juridique française reste à écrire»,[1] parce que le pan qui mène de la Révolution à 1925 restait à écrire, et que le manque de travaux préparatoires interdisait qu'on entreprît un tel récit. Depuis, quelques études spéciales sont venues nuancer l'amertume du constat, et quelques synthèses[2] ont pu voir le jour, qui ne sont pourtant pas parvenues à renverser dans les esprits les préjugés hérités des travaux de Julien Bonnecase,[3] qui font encore toujours référence.[4]

Aussi conservons-nous encore aujourd'hui de cette période le souvenir-écran de jurisconsultes politiquement serviles et scientifiquement nuls, tout

1 Olivier Motte, Pour une histoire de la science juridique française, in: Revista de estudios histórico-jurídicos 7 (1982), pp. 369–386. Citation p. 369.

2 Alfons Bürge, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, Ius Commune, Sonderhefte 52 (1991); Jean-Louis Halpérin, Histoire du droit privé français depuis 1804, Paris (PUF), 1996; Christophe Jamin et Philippe Jestaz, La Doctrine, Paris (Dalloz) 2003. On notera aussi l'excellent ouvrage de Donald Kelley, Historians and the Law in the Post Revolutionnary France, Princeton (Princeton University Press), 1984, qui retrace l'histoire de la science juridique non pas en elle-même, mais dans son rapport à l'écriture de l'histoire.

3 Julien Bonnecase, La science du droit privé en France au début du XIXe siècle; La Thémis 1819–1831. Son fondateur Athanase Jourdan, Paris (Sirey), 2e édition, 1914, et: L'École de l'Exégèse en Droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants, Paris (De Boccard, 2de édition), 1924. Ces travaux sont repris dans son œuvre majeure, qui se veut une synthèse des travaux précédents, La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels, Bordeaux (Delmas), 1933.

4 Un exemple récent: Jean Gaudemet, Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIXe siècle, in: Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique 19 (1998), pp. 87 sq.

juste dignes d'être désignés par l'expression péjorative et impropre d'«École de l'Exégèse». Comme cette marque d'infamie l'indique, la méthode qui leur serait supposée commune réduirait le commentaire juridique à la stricte exégèse du Code, identifiant ainsi le droit à la loi et l'esprit de la loi à l'intention du législateur. Le *credo* des exégètes serait ainsi un mélange de positivisme légal étroit, d'étatisme et de conformisme politique. Cette école aurait été contestée marginalement, puis heureusement renversée, dans les dernières années du siècle, par une École novatrice et stimulante, celle de la libre recherche scientifique de François Gény.

Depuis de nombreuses années maintenant, des voix s'élèvent contre ce scénario ennuyeux à force d'être caricatural, et les arguments en faveur de son rejet, désormais, s'accumulent: pour certains, l'École de l'exégèse existerait bien, mais mériterait des éloges,[5] pour d'autres elle ne serait pas aussi exégétique que le prétend Bonnecase,[6] pour d'autres enfin, il n'y aurait tout simplement pas d'école.[7]

À l'appui de cette dernière position, on remarquera que Bonnecase affirme lui-même soutenir ses conclusions par l'étude des seules «professions de foi» des auteurs qu'il étudie, c'est-à-dire de leurs déclarations d'intention, en matière politique et méthodologique, se dispensant ainsi de lire le contenu des traités, pour se satisfaire des seules préfaces. On peut pourtant penser que les méthodes et les idées réellement mises en œuvre par les juristes se dévoilent dans l'élaboration des solutions aux questions de droit et dans la discussion des cas difficiles, là où s'engagent les disputes doctrinales. L'examen de disputes fait surgir des points de cristallisation, des lignes de faille qui ne s'inscrivent pas, ou mal, dans une querelle des méthodes qui opposerait les partisans de l'exégèse et les précurseurs de la libre recherche scientifique.

Cet article voudrait contribuer à l'étude d'une de ces lignes de faille – la résistance qu'oppose une partie de la doctrine à la pénétration des catégories de la science économique dans la pensée juridique – à travers l'examen de l'un de ces points de cristallisation – le statut juridique du travail.

5 PHILIPPE REMY, Éloge de l'exégèse, in: Droits 1 (1985), pp. 115–123.

6 HALPÉRIN, Histoire (n. 2) n° 44, p. 80, évoque la «prétendue École de l'Exégèse».

7 Selon CHRISTOPHE JAMIN, on commence à comprendre «à quel point ceux qui [...] ont après coup effectué la théorie [de la méthode de l'exégèse], l'ont déformée, créant ainsi une École imaginaire qu'ils pouvaient plus aisément critiquer afin de mieux asseoir, s'il le fallait encore, le renouveau doctrinal dont ils se voulaient les promoteurs» (p. 248). CHRISTOPHE JAMIN, Labbé et ses lecteurs, in: Archives de Philosophie du droit 37 (1992), pp. 247 à 267.

Les sciences juridique et économique se présentent parfois au XIXe siècle comme concurrentes, la dernière venue se donnant pour objet la critique d'une doctrine poussiéreuse, aveugle à l'empirie, esclave de préjugés hérités de stades antérieurs du développement humain, et d'une méthode qui accorde plus d'importance à l'autorité des livres qu'à l'observation des faits.

Cette critique épistémologique se prolonge bien entendu politiquement, dans un mouvement en faveur d'une réforme du droit, qui prend en France la forme d'un appel à corriger le Code Napoléon, particulièrement ce qui concerne le droit des biens, non sans avoir, comme il est de rigueur, rendu hommage au grand Monument National.[8]

Si certains auteurs envisagent effectivement de faire de l'économie politique la nouvelle science générale des rapports sociaux, en lieu et place de la pensée juridique, désormais considérée comme une idéologie et non comme une science, d'autres ont voulu promouvoir le renouveau scientifique de la pensée juridique par l'adoption des méthodes, des catégories et des résultats de l'analyse économique, et même, pour les plus décidés d'entre eux, de faire de cette dernière la discipline architectonique qui fonde et organise l'ensemble des savoirs juridiques, en délivrant les vérités anthropologiques ultimes sur lesquelles reposent ces derniers. C'est ainsi qu'un Charles Comte affirme en 1834 vouloir substituer, quant à la détermination des fondements du droit civil, la vérité des faits à celle des doctrines, l'autorité de l'observation empirique des faits économiques et sociaux aux théories des anciens, c'est-à-dire la vérité des principes de l'économie, et plus généralement de la science sociale, à celle de la romanistique.[9] Par delà la revendication, ou la posture

8 Pellegrino Rossi écrit ainsi en 1840: «Tout en reconnaissant dans notre système de droit privé une grande création nationale, il ne peut échapper à l'observateur attentif que la société nouvelle commence à éprouver quelque gêne, à ne plus se sentir complètement à l'aise dans les limites posées par nos Codes. Il est des points où, grâce à son rapide développement, la société se trouve, je ne veux pas dire arrêtée, mais comprimée; ailleurs, par une brusque transition, la loi civile ne lui offre aucun appui, aucun soutien. Ici, le lien est trop roide; là trop lâche. Le corps social et la loi civile ne paraissent plus faits exactement l'un pour l'autre, et rien n'annonce que ce désaccord soit chose accidentelle et passagère»; PELLEGRINO ROSSI, Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société, in: Revue de Législation et de Jurisprudence 11 (janvier–juin 1840), pp. 6 et 7.

9 Charles Comte, constatant en 1834, d'une part que «[n]ous formons [...] notre entendement sur celui des peuples qui sortaient à peine de la barbarie, et qui avaient tous les préjugés et toutes les passions qu'enfantent la servitude et l'état sauvage [...]», d'autre part qu'il «n'existe cependant presque aucune analogie entre l'état social au milieu duquel nous vivons et l'état social des peuples dont nous empruntons les idées pour former nos sciences», se propose «de substituer [...] l'observation des faits à l'étude des doctrines, ou des systèmes

scientifique adoptée dans les préfaces par ceux qui le désirent ou le redoutent, c'est la réalité de ce phénomène de *substitution* que cet article voudrait cerner, tel qu'il s'opère dans l'élément technique du droit. Je me concentrerai sur l'examen d'une importante dispute doctrinale, qui éclate au milieu du siècle à propos de la nature du mandat en tant que contrat distinct de la location d'ouvrage et d'industrie, dans laquelle se trouve posé le problème du statut juridique du travail.

La question de la nature juridique du mandat et du critère qui le distingue de la location d'ouvrage devient polémique avec la publication, en 1840, de l'ouvrage de Raymond-Théodore Troplong consacré au commentaire des titres VII et VIII du Livre III du Code civil,[10] dans lequel le déjà célèbre (et redouté) jurisconsulte, futur Président de la Cour de Cassation, s'en prend à la théorie défendue sur le sujet par J.-B. Duvergier,[11] non moins célèbre

imaginés pour les justifier» afin de «découvrir les lois suivant lesquelles les nations prospèrent ou dépérissent, et les droits et les devoirs qui sont inhérents à notre nature». CHARLES COMPTE, Traité de la propriété, Paris (Chamerot), 1834, préface, pp. 3 à 8.

10 RAYMOND-THÉODORE TROPLONG, De l'Échange et du louage, ou commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil. Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code (IX–X). Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier, Tome III, Paris (Hingray), 1840. La question est reprise dans RAYMOND-THÉODORE TROPLONG, Du mandat, ou commentaire du titre XIII du livre III du Code civil. Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code (XVI). Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier, Paris (Hingray), 1846.

Raymond-Théodore Troplong (1795–1869) entame une brillante carrière judiciaire comme simple employé de bureau à la Préfecture de l'Indre, devient Président de la Cour d'appel de Nancy (1835), Premier Président de la Cour d'appel de Paris (1843), puis Premier Président de la Cour de Cassation sous le Second Empire (1852) après avoir été nommé Pair de France en 1846. Membre de l'Académie des sciences morales et politiques (1840), ses commentaires systématiques du Code civil connaissent une grande notoriété. On pourra consulter son premier biographe E. DUFOUR, M. Troplong, son œuvre, sa méthode, Paris (Amyot), 1869, et une mise au point récente, ANDRÉ GIUDICCELLI, Biographie expliquée de Raymond-Théodore Troplong, in: Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique 20 (1999), pp. 93 sq.

11 JEAN-BAPTISTE DUVERGIER (1792–1877) est un des fondateurs du Producteur. Proche d'Olinde Rodrigues, il appartient au premier cercle des amis de Saint Simon, puis rompt avec le mouvement lorsque s'affirment ses tendance religieuses. Voir SÉBASTIEN CHARLÉTY, Histoire du Saint-Simonisme, Paris (Hartmann) 1931, p. 26. Rédacteur du recueil de Sirey, puis bâtonnier de l'Ordre des avocats en 1844 et membre du Conseil d'État (1855), dont il préside une section (1866), devient Ministre de la Justice et sénateur en 1869. Il reprend la rédaction du manuel de Droit civil français selon l'ordre du Code civil du Doyen Toullier, à partir de l'article 1582 (t. 16 à 21), pour la cinquième

rédacteur de la «Collection des lois», et futur bâtonnier de l'Ordre des Avocats. Une remarque de Troplong donne cependant à penser que derrière Duvergier, sont visées les opinions des célèbres professeurs de l'Université de Strasbourg, Charles Aubry et Charles Rau, ainsi que leur maître, Karl Salomon Zachariæ, dont ils se présentent encore comme les fidèles traducteurs.[12]

La dispute s'étend bientôt, et somme les plus grands noms de la science du droit de choisir leur camp: Duranton[13] et Demolombe[14] se rallient à Tro-

édition (1830–1843) et pour l'intégralité de la sixième édition (1845–1847). Sur la carrière de Duvergier, on peut consulter C. CHENU, Éloge de Duvergier, in: ÉMILE JAMAIS (ed.), L'esprit libéral au barreau sous la restauration, Paris (Alcan-Lévy), 1880, pp. 7–39. Sa théorie du mandat est exposée dans JEAN-BAPTISTE DUVERGIER, Droit civil français selon l'ordre du Code civil du Doyen Toullier, tome XIX (continuation, tome IV), Paris (Renouard), 1837, Titre VIII, chap. III, n° 267–274, pp. 287–319. Cette théorie est publiée sous la forme d'un article, J.-B. DUVERGIER, Des caractères distinctifs du louage d'ouvrage et du mandat salarié, in: Revue de Législation et de Jurisprudence VI (avril-septembre 1837), pp. 60 sq.

12 «M. Duvergier, seul à ma connaissance, entre tous ceux qui ont cherché à interpréter le Code dans un esprit désintéressé, s'est élevé contre cette théorie qu'il déclare convaincue de faiblesse et contraire à la raison. Mais je crains bien que M. Duvergier, quelle que soit l'habileté de ses déductions, n'ait fait que nous donner la qualification qui convient à sa critique. Je dois la réfuter avec quelque soin, parce qu'elle a trouvé des apologistes dans les judicieux annotateurs de M. Zachariæ». Troplong, Échange III (n. 10), n° 805, p. 26.

Le paragraphe du Cours de droit civil français qui attire l'attention de Troplong est le suivant: «Nous adoptons entièrement à cet égard la manière de voir de M. Duvergier (IV, 267 sq.), qui nous paraît avoir démontré jusqu'à l'évidence la fausseté des idées généralement reçues à ce sujet. Le caractère distinctif qui sépare le mandat du louage ne consiste ni dans l'absence d'un prix ou salaire (art. 1986 et 1992), ni dans la nature purement intellectuelle du service à rendre ou de l'affaire à accomplir, mais dans le pouvoir de représenter le mandat [sic. lire mandant] dans des actes juridiques, de l'obliger envers des tiers, et d'obliger les tiers envers lui. Or, dans les conventions dont il s'agit, on ne trouve aucune trace d'un pareil pouvoir. Voy. cep. Pothier, Du mandat, n 26; Merlin, Rep. v° Notaire, § 6n n° 4; Duranton, XVIIII, 196; Civ. cass 27 janvier 1812, Sir XII, 1, 198», CHARLES AUBRY et CHARLES RAU, Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. ZACHARIÆ, Strasbourg (F. Lagier), 1839, III, n° 371bis, p. 34.

13 ALEXANDRE DURANTON, Cours de droit français suivant le Code civil, Paris (Alex Gobelet), 1834, XVIII, n° 196, p. 181.

14 CHARLES DEMOLOMBE, Du mandat, du cautionnement et des transactions (commentaire des titres XIII, XIV et XV du livre III du Code civil par M. Troplong, in: Revue de Législation et de Jurisprudence 2, n. s. (mai-août 1846), pp. 441 sq.

plong, tandis que Duvergier, qui se réclame de Championnière et Rigaud,[15] peut compter, outre Aubry et Rau précités, avec le soutien de Taulier.[16] Un demi-siècle plus tard, le monde judiciaire frémit encore à l'invocation de l'épique querelle.[17]

Quant à son issue, il ne fait aucun doute que le temps long ait donné raison à Duvergier, dont la théorie est encore aujourd'hui celle de la doctrine unanime. C'est dire que cette dispute ne nous intéresse donc pas seulement en ce qu'elle est une page héroïque de l'histoire de la pensée juridique moderne, mais encore parce qu'elle préside à la genèse de conceptions qui sont toujours les nôtres.

Il est question dans cette dispute de la détermination de la liberté juridique dans la sphère du droit des biens, ou plus précisément de la nature de l'obligation que crée l'engagement à faire quelque chose pour autrui. On sait ce que doit l'essor de la «science sociale» à la subsomption de toutes les activités humaines sous la catégorie générique de travail, ou d'industrie.[18] La dispute relative à la nature du mandat et à sa distinction du contrat de louage naît de l'introduction de cette catégorie générique dans la pensée juridique, qui jusqu'à alors faisait droit à la distinction des arts libéraux et des arts mécaniques.

En effet, selon les partisans de la théorie classique, la liberté s'entend des activités humaines qui libèrent l'âme – les arts libéraux –, activités nobles par essence, qui peuvent à ce titre prétendre être régies par un régime spécial – celui du mandat –, qui les distinguent des arts mécaniques et plus généralement de tous les travaux manuels, dont le régime est gouverné par le contrat de louage d'ouvrage et d'industrie. Les auteurs imprégnés des enseignements de la science économique refusent de faire cette distinction de régime, au nom du principe de la liberté du travail en général, qui implique l'égale liberté juridique de tous les travailleurs, quels que soient leurs travaux.

15 PAUL CHAMPIONNIÈRE & ESPRIT RIGAUD, Traité du droit d'enregistrement, de timbre et d'hypothèque, Paris (Bureau du contrôleur de l'enregistrement), 1835, II, n° 1479–1489, pp. 443 sq.

16 FRÉDÉRIC TAULIER, Théorie raisonnée du Code civil, VI, Paris (Delhomme), 1847, pp. 284 sq.

17 Voir la description qu'en propose C. CHENU dans Éloge (n. 11), p. 22.

18 Sur le terme «science sociale» et son origine, on pourra consulter Keith Baker, The early history of the Term Social Sience, in: Annals of Science, 20, 1964, pp. 211–226. D'après cet auteur, il convient de compliquer le schéma classiquement admis d'après lequel le terme aurait été inventé en 1808 par Fourier et popularisé par Saint Simon, puis J. S. Mill. Il doit en fait, même en France, être associé à la réception des travaux de Bentham, via l'école utilitaire espagnole, et trouve sa véritable origine durant la Révolution Française, dans les travaux l'Académie des Sciences morales et politiques, dont Condorcet est le Secrétaire perpétuel.

Deux critères peuvent être mis en avant pour distinguer le mandat et le louage: la gratuité, qui a les faveurs de la théorie classique, et la représentation, que lui préfèrent les tenants de l'approche économique. Dans ce dernier système, les leçons du professeur, les services du médecin, les œuvres exécutées par un artiste peuvent être des activités libérales, elles n'en font pas moins l'objet de louage, parce qu'elles ne sont pas faites au nom de celui qui en bénéficie.

La discussion relative à la pertinence du critère de la gratuité pose le problème de savoir si les arts libéraux sont évaluables à prix d'argent, la discussion portant alors sur la possibilité de tracer une frontière entre services marchands et non marchands. Cette frontière est admise par la thèse classique, d'origine romaine, mais perd toute signification dans le cadre d'une conception économique du travail.

Quant au critère de la représentation, il invite à soulever le problème du pouvoir dans la relation entre les co-contractants: dans la langue du droit, le mandataire représente le mandant qui lui donne le pouvoir d'agir en son nom, tandis que le locateur ne donne aucun pouvoir au locataire qui *conduit* l'ouvrage ou l'industrie. Le terme revêt ici un sens technique: le locateur dispose de l'*actio ex locati* par laquelle il peut revendiquer le prix de la location, tandis que le locataire, ou conducteur, détient l'action *ex conducti* par laquelle il peut exiger les moyens de réaliser la chose qu'il s'est engagé à faire. Ici, le sens technique rejoint le sens commun: c'est le conducteur qui, parce qu'il a la responsabilité de l'affaire à faire, en contrôle le déroulement, dirige l'exécution du travail. On voit le problème: pour ce qui concerne les travaux manuels, tous les auteurs s'accordent à considérer que le travailleur qui loue son travail, ou sa force de travail, est conduit par le locataire. Quant aux activités libérales, le professeur, le médecin ou l'artiste qui rendent service à autrui recevront le pouvoir d'agir en son nom s'ils sont mandataires, mais si le contrat est un louage, l'affaire sera conduite par le locataire de leur travail, dont la conduite leur échappe. C'est la conséquence de l'adoption de la théorie nouvelle que ne sauraient accepter les partisans de la théorie classique.

Après avoir exposé les deux doctrines (I), j'aborderai le problème de la valeur du travail (II) et celui du pouvoir dans la relation de travail (III).

I. *Deux théories du mandat*

1) La théorie classique du mandat

a) La question de droit

La question de droit paraît assez simple; il s'agit de préciser le critère de distinction entre deux sortes de contrats que rien ne lie en apparence, le mandat et louage d'ouvrage. Cette distinction peut s'avérer pourtant plus

difficile que prévu, ces deux contrats ayant en commun de désigner l'opération par laquelle un homme rend un service à un autre, fait quelque chose pour lui.

Ainsi, l'article 1710 du Code civil définit le contrat de louage d'ouvrage comme «un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre», tandis que l'article 1984 propose du mandat la définition suivante: «un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom».

Concrètement, il s'agit de savoir si des contrats comme celui qui lie l'avocat, le médecin, le professeur, le notaire ou le maître de musique à ceux qui bénéficient de leurs services est un mandat ou une location d'ouvrage, ce qui implique de très nombreuses différences pratiques, tant du point de vue fiscal que sur le plan des actions qui sont réservées aux parties en cas d'inapplication des clauses contractuelles. Le critère proposé par la doctrine classique – l'expression désignant ici la position que les juristes du XIXe siècle qualifient de romaine – pour distinguer ces deux contrats est celui de la gratuité. Déjà le droit romain de Rome aurait soutenu que la mention d'un prix donne à un contrat d'engagement à faire quelque chose pour autrui la nature d'une location d'ouvrage, et que son absence ou la stipulation de la gratuité de l'engagement lui confère la nature d'un mandat.[19]

La difficulté vient de ce que la pratique nous place en face d'un nombre considérable de contrats qui se donnent comme des mandats, mais qui stipulent cependant la rémunération du mandataire. Aussi ne peut on pas dire que la stipulation d'une rémunération suffise à reconnaître le mandat du louage d'ouvrage. On trouverait chez Ulpien une solution à cette difficulté, qui consisterait dans la distinction de deux modes de rémunération, le salaire et l'honoraire: le salaire serait le prix d'un service et l'honoraire serait une récompense versée par le mandant au mandataire, bien que le service qu'il lui a rendu l'ait été à titre gratuit.[20] Cette doctrine est, d'après ceux qui s'en réclament (Troplong), comme d'après ceux qui la récusent (Duvergier), celle qui semble faire, de tous temps, l'unanimité chez les romanistes, particulièrement Cujas[21] et Pothier.[22] C'est encore cette doctrine que reprend la Cour de

19 Ainsi, selon le juriste Paul: «Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitiâ trahit. Contrarium porrò est officio merces. Interveniente enim pecuniâ, res ad locationem et conductionem potiùs respicit. L 1er, § 4, D. Mand. vel. cont.» De même Gaius, Inst. lib 3, c. 162.

20 «Si remunerandi gratiâ honor intervenit, erit mandati actio»; Ulpien, l . 6, D. Mand. Junge, l. 7, D. Mand. Papin.; lib. 3, respons.

21 «Locatio est si interveniat merces et pretium operæ. Locatio non, si interveniat modicum salarium, honoris gratiâ (L 1, D. Si mensor, fals. mod.). Sed, quod interveniat salarium, honorarium, non ideò minùus est mandatum... salarium

Cassation dans un arrêt célèbre estimant que le notaire est un mandataire et non un locataire,[23] faisant une application littérale des dispositions portées à l'art. 1986 du Code civil: «Le mandat est gratuit, sauf convention contraire» (art. 1986).

Autant dire que Duvergier, quant il va chercher à mettre en cause l'opinion dominante en cette matière, se heurte aux autorités, à la loi et à la pratique. Ajoutons qu'il se heurte encore aux juristes les plus reconnus de l'époque moderne, à commencer par Merlin de Douai, dont la doctrine est à l'origine de l'arrêt précité de la Cour de Cassation.

Selon Merlin de Douai, en effet, le critère de la gratuité doit être accordé comme distinguant le contrat de louage et le mandat même si le service du mandataire fait l'objet d'une rémunération sous la forme d'honoraire, mais il convient pour faire droit à cette difficulté de distinguer la gratuité par essence et la gratuité par nature: le mandat est gratuit par nature, mais il n'est pas

tenue esse solet atque modicum, honoris gratiâ cum detur. Exiguum est semper quod defertur tantùm honoris ergo.» Cité par R.-T. TROPLONG, Échange III (n. 10), n° 792, p. 11.

22 «Il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit, c'est-à-dire que le mandataire se charge, par pur office d'amitié, de l'affaire qui fait la matière du mandat, et que le mandant ne s'oblige point à lui payer une somme d'argent, ou quelque autre chose qui soit le prix de la gestion de cette affaire: autrement le contrat n'est pas un contrat de mandat, c'est une autre espèce de contrat, c'est un contrat de louage, c'est *locatio operarum*. C'est ce que nous apprend Paul. L1 § 4 ss mand. Néamoins, si pour vous témoigner ma reconnaissance du service que vous me rendez, en voulant bien vous charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat, je vous ai promis par le contrat de vous donner quelque chose, soit une somme d'argent ou quelque autre chose, le contrat ne laissera pas d'être un contrat de mandat, pourvu que ce qui est promis ne soit pas le prix du service que le mandataire se charge de rendre, ce service n'étant pas quelque chose d'appréciable, ce qui est promis de cette manière s'appelle honoraire, et en latin *honor, honorarium, salarium.*» Cité par DUVERGIER, Des caractères (n. 11), p. 64.

23 L'affaire est décrite dans Championnière et Rigaud: «Dans une espèce où trois notaires avaient été chargés par plusieurs héritiers, de procéder à la liquidation d'une succession, le caractère du contrat qui intervient entre le notaire et ceux qui ont besoin de ses fonctions fut examiné par M. Merlin. Un arrêt de la cour de Paris, du 18 juillet 1809 avait refusé la solidarité contre les héritiers. Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation; les défendeurs soutenaient qu'il y avait eu contrat de louage, puisque les notaires avaient été chargés de faire une chose pour un autre et moyennant un prix; ils refusaient à la convention le caractère du mandat, par le motif qu'elle n'était point gratuite. M. Merlin établit les principes qui précèdent; la Cour, par arrêt du 27 janvier 1812, jugea ‹qu'en chargeant Me Anjubault de faire le travail de cette liquidation, les héritiers Marguerite ont contracté envers lui les engagements du mandant envers le mandataire›, et par suite fit application de l'art. 2002, C.c.», CHAMPIONNIÈRE & RIGAUD, Traité de l'enregistrement (n. 15) n° 1482, p. 444.

gratuit par essence.[24] Qu'est-ce à dire? Qu'on peut fort bien imaginer, en pratique, des mandats rétribués, quoique la nature juridique de l'institution lui impose le caractère de gratuité, dans la mesure où la convention de rémunération est extérieure au mandat. Ainsi, le mandataire qui n'aurait pas perçu ses honoraires peut fort bien porter sa cause devant le juge, mais l'action dont il dispose n'est ni *actio mandati*, puisque la rémunération ne fait pas partie de la nature du mandat, ni bien évidemment une *actio locati*, puisque le mandat se distingue de la location par la gratuité, c'est une *actio extraordinaria* qui a précisément pour objet la réclamation de la récompense honoraire due à la prestation d'un service sans prix. On comprend la difficulté de cette doctrine: comment distinguer les honoraires des salaires qui sont les uns et les autres sonnants et trébuchants?

b) Salaires et honoraires, une archéologie des arts libéraux

Pour les partisans de cette distinction, c'est la distinction des arts libéraux et des arts mécaniques qui en est le fondement. Troplong fait remonter cette

24 «Le Mandat est gratuit ! dit Merlin au Répertoire, v° Notaire § 6; oui mais il ne l'est pas essentiellement; il est gratuit, dit l'article 1986, C.c. s'il n'y a pas eu de convention contraire; et s'il peut n'être pas gratuit par l'effet d'une convention contraire, il peut certainement aussi ne l'être pas, par l'effet d'une loi qui donne au mandataire une action pour se faire payer de son travail. Sans doute, il est des espèces de travaux qui, par cela seul qu'ils sont ou doivent être payés, soit d'après une convention expresse, soit d'après une convention tacite, font dégénérer le mandat en vertu duquel ils sont faits, en contrat de louage. Ainsi, ce n'est point comme mandataire, c'est comme *locator operarum*, qu'un maçon construit ou répare la maison que je l'ai chargé de construire ou de réparer; ce n'est pas comme mandataire, c'est comme *locator operarum* qu'un voiturier transporte les marchandises ou les effets que je lui ai confiés; et il n'importe que j'aie eu ou je n'aie pas, par une convention préalable, réglé avec l'un le prix de son travail, avec l'autre le prix de sa voiture; car, à défaut de convention, l'usage est là pour déterminer ce que je dois à l'un et à l'autre.

Mais il est aussi des travaux qui, bien que salariés, ne font pas perdre à celui qui les fait pour autrui, la qualité de mandataire. Ainsi, ce n'est point comme *locator operarum*, c'est comme mandataire qu'un maître de langue ou de musique donne des leçons à ses élèves, qu'un avocat fait un mémoire ou une consultation, qu'un géomètre arpente un champs, un pré, un bois.

Comment distinguer les travaux dont le prix est compatible avec l'essence du mandat, d'avec les travaux qui se font en vertu d'un contrat de louage? Par la nature même de ces travaux, ou plutôt de l'art dont ils dépendent.

Dépendent-ils d'un art mécanique, il y a contrat de louage entre celui qui les commande et celui qui les fait.

Dépendent-ils d'un art libéral, celui qui les commande et celui qui les fait ne sont liés l'un envers l'autre que par un contrat de mandat.» Cité in CHAMPIONNIÈRE & RIGAUD, Traité de l'enregistrement (n. 15), n° 1479, p. 443.

opinion à Ulpien,[25] et la trouve confirmée par Bartole[26] et Cujas.[27] Cette revue esquisse une manière de généalogie conceptuelle de la dite théorie, qui nous intéresse ici moins pour ce qu'elle nous apprendrait des auteurs passés,[28] que pour ce qu'elle nous livre de la conception de Troplong lui-même.

Le point de départ de cette histoire se situe, selon Troplong, chez le juriste romain Paul d'après qui le critère se trouve dans l'origine amicale du contrat.[29] La distinction est précisée par Ulpien selon qui l'artisan n'est pas le mandataire de ses apprentis,[30] de même que l'homme libre ne saurait l'être de son esclave, à qui il enseigne quelque chose.[31] Par contre, le professeur libre qui enseigne à l'homme libre est mandataire de ses élèves,[32] ce qui permet d'affirmer que la condition requise pour que s'établisse une relation amicale est l'égalité dans le statut d'homme libre.[33] Le premier moment logique de l'histoire du mandat est donc celui qui opère le passage de l'amitié à l'égale liberté juridique du mandant et du mandataire.

C'est cette idée de liberté, comprise par Troplong, en termes modernes, comme absence de toute obligation statutaire non consentie, qui permet de qualifier l'activité pour autrui de *libéralité*, dès lors qu'elle est gratuite et libre. Il devient donc possible d'opposer les activités pour autrui qui font l'objet

25 On trouve en effet chez Ulpien une liste des professions libérales, celles à qui est offerte l'*actio extraordinaria*: ainsi, l'enseignement du droit, de la philosophie, les activités des avocats, médecins, et notaires. SS loi 1, §§ 10, 11 et 12; les professions ordinaires restent dans le droit commun (L 1, § 7). Voir TROPLONG Echange III (n. 10) p. 20.

26 «Notà quod in istis qui exhibent operas suas quæ consistunt in artificio, vel aliquà arte liberali vel scientiâ, non dicitur locatio et conductio, sed magis dicitur præbieri opera beneficii causa. Undè inter advocatum et clientulum, medicum et infirmus, doctores et scholares non potest dici locatio». Sur la loi I, D. Si mensor.

27 Voir TROPLONG, Échange III (n. 10), n° 792, p. 10.

28 Sur la théorie du mandat dans le droit romain, et pour une lecture critique des textes cités par Troplong, on se référera à l'ouvrage de JACQUES MICHEL, La gratuité en droit romain, Bruxelles (Presses de l'Université Libre de Bruxelles), 1962, particulièrement les chapitres X et XI, pp. 168 à 232.

29 «Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit» L. I § 4, D. Mand. vel Cont.

30 L. 13, § 4, D. Loc.cond., et l.5, § 7, D. Ad leg.aquil. Cité par TROPLONG, Échange III (n. 10), n° 798, p. 18, note 1.

31 L 13, § 3: si quis servum docendum conduxerint. Cité par TROPLONG, Échange III (n. 10) n° 798, p. 18, note 2.

32 L. 1, §§ 4 et 5.

33 Ainsi, Ulpien qualifie un enseignement relevé, mais adressé à un esclave de louage (L. 13, § 3: Si quis servum docendum conduxerint, cité par TROPLONG, Échange III (n. 10), n° 797, p. 18.

d'un contrat de mandat parce qu'elles relèvent des arts libéraux et les activités pour autrui qu'on loue parce qu'elles sont mécaniques. Selon Troplong, la distinction des arts libéraux comme service gratuit parce qu'inestimable et des arts mécaniques dont on peut recevoir un prix est présente chez Bartole, reprise par Cujas chez qui elle est associée aux notions de noblesse et de vulgarité.[34]

Le second moment logique de l'histoire conceptuelle du mandat selon Troplong consiste dans l'identification des arts libéraux et des activités intellectuelles, des arts mécaniques et des travaux manuels. Les arts libéraux sont les arts de l'esprit, en un double sens: ce sont les arts dont la matière est spirituelle, qui mobilisent les facultés mentales du sujet actif, et ce sont les arts qui ont pour finalité la culture de l'esprit, la satisfaction des besoins moraux de l'homme, tandis que les arts mécaniques sont ceux qui ont pour fin la satisfaction des besoins corporels, et pour objet la matière. D'après Troplong, on trouve une expression claire et précise de cette identification dans la dissertation de deux avocats érudits, Paul Championnière et Esprit Rigaud.[35]

L'histoire (dite) romaine de la théorie classique du mandat nous mène ainsi de l'amitié à la libéralité, et de la libéralité à la spiritualité de l'activité. Ce qui permet à Troplong de conclure que pour le droit moderne, le fondement de la distinction entre mandat et louage d'ouvrage se trouve dans la distinction du travail manuel et du travail intellectuel, c'est-à-dire, *in fine*, dans le dualisme métaphysique du corps et de l'esprit. Aussi, nier que le mandat soit gratuit, c'est, d'après Troplong, affirmer que la rémunération du travail intellectuel ne se distingue pas de celle du travail manuel, et par conséquent le faire tomber dans la sphère des biens marchands. Cette opinion, nous dit Troplong, ne peut qu'être portée par les représentants de la «branche moderne de la philosophie matérialiste» qui, selon notre auteur, est:

> «l'exagération d'une chose excellente en soi, c'est-à-dire de l'élément industriel. Dans son fanatisme pour la production, il ne voit que les résultats appréciables en argent et ne considère l'homme que comme une machine organisée pour produire. Que l'ouvrage de l'homme soit une pensée, qu'il soit une œuvre mécanique, il n'importe; tout provient d'une même source, d'un organisme matériel dont les produits ne sauraient être que matériels. Dans ce système, Athalie est une sécrétion du cerveau. [...] Cette donnée philosophique m'a toujours inspiré un profond dégoût; car elle rattache tous les mobiles de

34 CUJAS, Sur le livre 32, pauli ad edict. l. 1, D. Mand., cité par TROPLONG, Échange III (n. 10), n° 792, p. 10.

35 «Les arts libéraux sont ceux où l'esprit a la principale part; les arts mécaniques sont ceux où l'on travaille plus de la main que de l'esprit.» CHAMPIONNIÈRE & RIGAUD, Traité de l'enregistrement (n. 15), n° 1481, p. 444.

l'homme à l'intérêt. Elle mutile l'humanité en lui enlevant ce qu'elle a de noble et de grand, à savoir le dévouement, la sympathie.»[36]

La querelle doctrinale du mandat se hisserait donc au rang des conflits de valeurs, puisqu'elle opposerait, selon Troplong, les «fanatiques de la production» aux défenseurs de la dignité spirituelle de l'humanité. Cette ligne de front opposerait deux camps, celui où se regroupent les auteurs qui accordent à l'économie politique sa pertinence en matière de production, mais jugent que son autorité cesse là où commence celle des sciences morales, qui seules ont à connaître des actions spirituelles et désintéressées de l'homme que gouvernent le mandat, et celui des auteurs qui font du travail la catégorie générique de toutes les actions humaines, et de l'économie la science architectonique de tout le droit civil des biens.

On notera cependant avec intérêt que cette caractérisation est refusée par Duvergier, selon qui la reconnaissance de la spiritualité de l'homme n'est pas en jeu dans la dispute, qui porte sur la portée du principe de la liberté du travail. En effet, selon lui, reprenant Champpionnière et Rigaud, la doctrine classique n'a pas tant pour effet d'anoblir les travaux intellectuels que de graver dans le marbre une inégalité statutaire des professions, incompatible avec l'esprit des temps modernes. De métaphysique, la dispute se fait directement politique.

2) Une nouvelle théorie du mandat

a) Le principe de l'égalité des travailleurs

Duvergier est, sauf erreur, le premier commentateur du Code à proposer une doctrine alternative à la théorie classique du mandat, quoiqu'il ait été précédé dans cette voie par les hésitations de Championnière et Rigaud.

Selon ces derniers, la théorie classique est reconnue par le droit positif, devant lequel il convient de s'incliner,[37] bien qu'elle soit irrationnelle, parce qu'elle fonde la distinction du louage et du mandat sur l'opposition, au demeurant valide, des arts libéraux et des arts mécaniques,[38] ce qui introduit

36 TROPLONG, Echange III, (n. 10), n° 806, p. 29.

37 «Nous sommes loin de prétendre que ces règles distinctives du louage et du mandat salarié, soient à l'abri de la critique; nous pensons au contraire qu'elles reposent sur des distinctions peu fondées. Cependant elles existent; elles sont constatées par la loi romaine, enseignées par Pothier, soutenues par Merlin, consacrées par un arrêt de la Cour de cassation, et plus que tout cela, rendues nécessaires par le Code civil». CHAMPIONNIÈRE & RIGAUD, Traité de l'enregistrement (n. 15), n° 1487, p. 447.

38 «Les arts libéraux sont ceux où l'esprit a la principale part; les arts mécaniques sont ceux où l'on travaille plus de la main que de l'esprit. La profession d'avocat est, dans ce sens, une profession libérale; la promesse d'une somme en

cette inégalité anthropologique réelle dans le champ du droit, sous la forme d'une inégalité statutaire des professions, qui contredit le principe de l'égalité des travailleurs:

> «L'inégalité dans les personnes et dans les biens, sur laquelle reposaient la constitution romaine et le régime féodal, avait fait admettre, par un penchant naturel à généraliser les idées, la supposition d'un rang entre les divers états. Cette opinion, que ne soutient plus l'habitude qui l'avait produite, doit tomber et s'éteindre. Déjà la précellence que l'on accordait à certaines professions, n'est plus reconnue que par ceux qui les exercent. Sans doute, l'industrie bientôt dominera nos mœurs; les idées qu'elle comporte se généraliseront à leur tour; les travaux comme les esprits seront tous empreints de calcul et d'égalité. L'artiste et l'écrivain, déchus de cette hauteur fictive qui élevait leur génie, ne seront, même à leur yeux, que des entrepreneurs; leurs œuvres deviendront des spéculations. Alors le fisc aura raison, lorsqu'il rangera les engagements du géomètre, du peintre, de l'homme de lettres, et du savant dans la classe des marchés; le contribuable devra combattre l'opinion publique, s'il veut soutenir que les productions de l'esprit sont autre chose que des *objets mobiliers susceptibles d'estimation*. Mais nous ne sommes pas encore arrivés à ce point; et nos mœurs n'ont point encore abrogé des règles que reconnaissent les rédacteurs du Code civil.»[39]

L'argument est d'autant plus fort qu'il vient d'auteurs qui n'utilisent pas le terme de féodalité à tort et à travers, comme un repoussoir idéologique, mais de spécialistes reconnus de l'ancien droit.[40] Selon eux, le principe moderne de

récompense des travaux, soit de plaidoirie, soit de jurisprudence, n'enlève pas aux conventions qui concernent l'emploi des connaissances du jurisconsulte le caractère de mandat.

Les notaires sont aussi des mandataires. [...] les avoués et les huissiers sont aussi des mandataires, c'est le *mandatum ad lites* qui intervient. Les salaires des procureurs, dit Pothier, *Du mandat*, n° 125, ne doivent pas être regardés comme un loyer de service appréciable à prix d'argent, mais comme une rémunération qui tient de la nature de celles qu'ont droit d'exiger ceux qui exercent des arts libéraux. [...] Les soins donnés par un médecin, les enseignements d'un professeur, les écrits sur l'histoire, la géographie, les mathématiques ne peuvent être l'objet d'un marché [...] la peinture, la gravure, la sculpture et les autres arts du dessin appartiennent incontestablement aux arts libéraux... M. Merlin range aussi parmi les mandataires les maîtres de musique.» CHAMPIONNIÈRE & RIGAUD, Traité de l'enregistrement (n. 15), n° 1482–86, pp. 444–446.

39 CHAMPIONNIÈRE & RIGAUD, Traité de l'enregistrement (n. 15), n° 1486, p. 447, note 1.

40 Dans le vocabulaire politique de la première partie du XIXe siècle, la féodalité désigne, dans son acception la plus large, l'ancien régime. Pourtant, la nuit du 4 Août n'a pas abolit tous les droits des seigneurs, mais seulement les droits de censive et de fief, ou pour le dire d'une formule qu'on doit à Firmin Lafférière, la «féodalité dominante» et non la «féodalité contractante» a seule été abolie (Essai sur l'histoire du droit français, Paris (Guillaumin), 1859, II, p. 112).

l'*industrie* égalise tous les travaux, manuels et intellectuels, sous la rubrique du calcul, c'est-à-dire de l'intérêt matériel. La théorie classique ne ferait ainsi que prolonger le préjugé selon lequel la hiérarchie des professions tiendrait à la nature mêmes des activités. Sur le plan juridique, il en résulterait une atteinte à la liberté du travail, dès lors que les avocats, les médecins, les artistes ne seraient pas libres de louer leurs œuvres ou leurs services.

Ainsi, là où Troplong voit la liberté dans la libéralité, et cette dernière dans la gratuité, l'amitié et le désintéressement, ses contradicteurs jugent pour leur part que le régime de la liberté réside tout au contraire, dans la possibilité de vendre les fruits de son travail, de louer son travail, de mettre sa force de travail à la disposition d'un tiers. Il y a là un renversement complet, l'adoption d'une perspective toute nouvelle, où les mêmes mots revêtent des significations toutes différentes: le travailleur manuel soumis au régime du louage d'ouvrage et de service se trouve être plus libre que le travailleur intellectuel, empêché de jouir de cette même liberté par la spiritualité et le désintéressement même de son génie. *Noblesse oblige*, et l'obligation qui naît de la noblesse des professions libérales blesse encore trop la liberté économique – en l'occurrence celle d'entreprendre; il convient donc de libérer les professions supérieures du préjugé de leur supériorité pour réaliser l'égalité juridique des travailleurs en donnant au travail un statut uniforme, celui du louage. Championnière ajoute que les progrès des mœurs ont rendu cette évolution inévitable, sans être toutefois parvenus encore à dissoudre ces préjugés, et qu'il faut voir dans ce retard la cause de celui du droit.

Duvergier reprend cet argumentaire, en se contentant d'en modifier légèrement la conclusion: selon lui en effet, l'heure est arrivée du triomphe de l'égalité des travailleurs et de la liberté du travail, parce que les saines idées de l'industrialisme ont déjà triomphé des préjugés anciens.[41] Il convient donc de réformer le droit en reconnaissant que le mandat n'est pas toujours gratuit, et

Il est donc devenu de la plus haute importance pratique de déterminer l'origine des droits seigneuriaux, et c'est là un puissant argument en faveur des partisans d'une «nouvelle alliance entre Clio et Thémis» (sur ce point, Voir DONALD KELLEY, Historians (n. 2) C'est dans ce mouvement de renouveau des études historiques que s'inscrit le traité de PAUL CHAMPIONNIERE & ESPRIT RIGAUD, De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales contenant l'exposé complet des institutions féodales, Paris (Hingray), 1846.

41 «je suis assuré que, quelles que que soient les préventions qui existent encore chez quelques personnes, ou dans certaines professions, les saines idées économiques ont fait assez de progrès pour que ma proposition rencontre en général plus de sympathie que d'éloignement.» DUVERGIER, Des caractères (n. 11), p. 70.

en donnant par conséquent à la distinction du mandat et du louage d'ouvrage un autre fondement que le critère de la gratuité.

À l'appui de cette thèse, Duvergier invoque le fait que les auteurs qu'on cite le plus souvent à l'appui de la doctrine classique parviennent à des résultats tout à fait contradictoires, bien qu'ils aient tous adoptés des prémisses identiques.[42] Ce constat le conduit à discuter les cas limites, celui des notaires, des professeurs de musique et des arpenteurs, pour faire ressortir les contradictions de l'opinion qu'il conteste.[43]

Surtout, Duvergier conteste le principe même de cette opinion, à savoir le caractère inestimable à prix d'argent des fruits de l'esprit. Tout comme Championnière et Rigaud, il estime au contraire que l'on peut fort bien donner un prix à l'activité intellectuelle, la preuve étant que se développent des formes inédites de propriétés intellectuelles qui rémunèrent à prix d'argent les œuvres du génie humain:

> «Il est universellement reconnu, en droit, que la propriété des œuvres de l'esprit se transmet à prix d'argent. Victor Hugo ou Lamartine, Ingres ou Delaroche ont terminé un poème ou un tableau, ils le vendent, c'est l'expression que tout le monde emploie, et que les jurisconsultes trouvent juste et légale. La somme qu'ils reçoivent est un véritable prix. Pourquoi donc les leçons de littérature ou de peinture que donnerait un grand poète ou un grand peintre, moyennant une rétribution convenable, ne seraient-elles pas un louage? Pourquoi cette rétribution ne serait-elle pas un prix? Chercherait-on une différence dans ce que le poème et le tableau, une fois achevés, ont une forme matérielle, dont ne sont pas revêtus les conseils donnés, les inspirations transmises dans un enseignement quotidien? À coup sûr ce serait un misérable subterfuge; car ce qui se vend et se vend à très haut prix, ce n'est pas le papier et l'écriture de Victor Hugo; ce n'est pas la toile et couleurs d'Ingres; c'est leur pensée, c'est leur génie.»[44]

Comme on le voit, Duvergier ne distingue pas les choses corporelles et incorporelles, et fait des œuvres de l'esprit, comme le disent Championnière et Rigaud, des «objets mobiliers susceptibles d'estimation», c'est-à-dire des marchandises, au même titre que les biens matériels ou le travail physique.

Sur le plan dogmatique, il faut en conclure que le mandat n'est pas gratuit, et qu'il se distingue de la location d'ouvrage non pas du fait de la nature de l'activité dont il fixe le régime, mais du fait que cette activité est exercée au nom d'un tiers et pour son compte, tandis que la location d'ouvrage ne

42 Il prend appui sur la diatribe que Cujas réserve à la rapacité des avocats, CUJAS Inst. III, 162, Justinien, Inst. Loc. Cond., § 13, cité et traduit dans Troplong, Échange III (n. 10), n° 796, pp. 13–14.

43 DUVERGIER, Des caractères (n. 11), p. 71.

44 DUVERGIER, Des caractères (n. 11), p. 71.

comprend aucun mécanisme de représentation, dont la présence ou l'absence serait le véritable critère de distinction du mandat de la location d'ouvrage.[45] Les deux contrats portent l'un et l'autre obligation de faire quelque chose pour autrui, mais le mandataire fait quelque chose pour autrui, et en son nom; tandis que le louage se fait pour le locateur, mais pas en son nom. Ce n'est pas la gratuité, mais la représentation, qui est de l'essence du mandat et le distingue du louage. Cette solution s'est rapidement imposée, elle est encore reçue par la doctrine dominante aujourd'hui.[46]

Outre son intérêt dogmatique, cette nouvelle théorie introduit une conception nouvelle de la valeur du travail dans le droit des biens. En effet, si les fruits de l'activité spirituelle sont évaluables en argent, c'est que les travaux, quelle que soit leur nature, sont commensurables, ou encore que leur prix n'est pas tant fonction de leur qualité morale intrinsèque. La dispute s'est déplacée sur le terrain de la théorie de la valeur.

45 «Le louage d'ouvrage consiste dans l'obligation de faire une chose moyennant un prix. Il y a cela aussi dans le mandat salarié. Mais celui qui loue son travail agit en son nom; les actes qu'il fait émanent de sa volonté et de sa capacité personnelle. Au contraire le mandataire agit au nom du mandant, c'est la capacité et la volonté du mandant qui donnent force et effet à ses actes.» DUVERGIER, Des caractères (n. 11), p. 73.

46 «Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, charge une autre personne, le mandataire, qui accepte, d'accomplir un acte juridique en l'y représentant. La représentation est de l'essence du mandat: le mandataire n'agit pas pour lui même, mais au nom et pour le compte du mandant»; HENRI, LÉON & JEAN MAZEAUD, Leçons de droit civil, III, Paris (Montchrétien), 1960, p. 1138. «[À Rome] n'étant pas lié à l'idée de représentation, le mandat pouvait avoir pour objet l'accomplissement d'actes matériels aussi bien que juridiques. Aussi les Prudents font-ils remarquer que souvent le mandat ne se distingue du louage d'ouvrage ou de services que par la gratuité. L'évolution commencée à Rome s'est achevée en droit français: dans le Code civil, la gratuité n'est plus l'essence du mandat, et il n'y a plus de mandat sans représentation [...] L'article 1984 C. civ. souligne que la représentation est de l'essence du mandat»; MICHEL DE JUGLART, Leçons de droit civil, Paris (Montchrétien), 1968, III, n° 1382 et 1384, pp. 583 et 584. «[le mandat] se définit comme celui par lequel une partie charge l'autre d'accomplir des actes juridiques pour son compte et en son nom»; ALAIN BENABENT, Droit civil, Contrat spéciaux, civils et commerciaux, 5e édition, Paris (Montchrétien), 2001, n° 620, p. 398. «Le mandataire agit pour le compte d'autrui et au nom d'autrui.»; FRANÇOIS COLLART DUTILLEUL & PHILIPPE DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 5e édition, Paris (Dalloz), 2001, n° 641, p. 516.

II. *Mesurer la valeur du travail*

1) La mesure morale de l'esprit de la profession

Selon Troplong, la question de la nature juridique du mandat renvoie à l'impossibilité ontologique et morale d'attribuer une valeur mercantile aux activités de l'esprit, comme s'il s'agissait d'un travail de force. C'est pourquoi la mesure de la valeur de ces travaux se confond avec l'évaluation morale de leur genre, manuel ou intellectuel, intéressé ou désintéressé, évaluation qui se confond avec celle de l'esprit des professions concernées et qui incombe par conséquent aux seules sciences morales.

a) La mesure morale de la valeur des actions

Le raisonnement est le suivant: la valeur des choses est dans celle des actes qui leur confèrent leur destination, c'est la raison pour laquelle la qualification du contrat est à chercher dans la nature des actes qu'il qualifie. Or il se trouve que, par nature, des travaux d'esprit n'ont pas de prix, leur valeur étant avant tout morale: «Le véritable obstacle à ce qu'un fait tombe en louage est dans la dignité, l'honneur, la gravité de ce fait».[47]

On se demandera alors ce qui confère gravité, honneur et dignité à une action. Troplong estime que c'est le caractère désintéressé de l'intention qui préside à sa finalité: le médecin cherche à soulager des souffrances, l'avocat à défendre la cause de son client, le professeur à civiliser ses élèves... Toutes ces finalités ont en commun d'être un bien pour le mandant et non pour le mandataire. De plus, un but moral est, selon Troplong non seulement désintéressé, mais encore spirituel, il convient que le but soit un bien moral et non pas matériel pour le mandant. C'est bien pourquoi la fonction sociale des activités libéraux est infiniement plus noble que celle des arts mécaniques:

> «[Celles] qui spéculent sur les besoins physiques de l'homme; elles ont le lucre pour but et c'est avec de l'argent qu'on les paie. Les autres plus relevées, s'adressent aux besoins moraux de l'homme; tantôt elles lui tendent la main dans ses revers, tantôt elles aspirent à le perfectionner et à le civiliser.»[48]

Et Troplong de conclure: «Certes, ce n'est pas celles-là qu'un ancien philosophe, Posidonius, appelait sordides».[49] C'est donc bien la hiérarchie des substances pensante et étendue qui commande ultimement celle des activités humaines: de ce que l'esprit informe la matière et la domine, les

47 TROPLONG, Du mandat (n. 10) n° 181, pp. 196 et 197.
48 TROPLONG, Échange III (n. 10) n° 807, p. 32.
49 TROPLONG, Échange III (n. 10) n° 807, p. 32.

travaux intellectuels sont supérieurs aux travaux manuels, et les arts libéraux plus nobles que les arts mécaniques.

On n'aura ici aucune peine à discerner le cadre métaphysique de l'opinion de Troplong, qui se veut conforme aux enseignements des Écritures. C'est en faisant usage de ses facultés spirituelles que la première des créatures tend vers la perfection de son Créateur, qu'elle se distingue le mieux des créatures inférieures. Le propre du travail humain est bien d'être spirituel, ou, plus exactement encore, c'est en tant qu'il est spirituel que le travail humain est proprement humain. *A contrario*, donc, les travaux manuels, lorsqu'ils sont totalement dépourvus de tout élément spirituel, lorsqu'ils sont tout à fait séparés du projet qui les motive, de l'intérêt spirituel qui les fait naître, peuvent être assimilés au travail animal,[50] dont le statut juridique est pareil à celui des choses.

Ajoutons que le christianisme de Troplong est empreint d'un néo-stoïcisme déclaré. Ainsi, dans une version ultérieure de sa dissertation, celle qu'il publie en 1846 dans son ouvrage sur le mandat, Troplong se réclame directement du *De Beneficiis* de Sénèque à qui il emprunte sa hiérarchie des bienfaits.[51]

Selon cette doctrine, la valeur de l'action est dans l'intention qui la cause,[52] il en résulte selon Troplong que:

50 Ce point est très important du point de vue de la théorie du droit réel, qui doit avoir pour objet une chose matérielle, mais qui, selon Troplong, peut s'appliquer aux travaux manuels des serviteurs et des journaliers. Sur ce point, voir MIKHAÏL XIFARAS, La propriété. Étude de philosophie du droit, Paris (PUF), 2004.

51 «C'est à Sénèque que nous avons emprunté ces dissertations pleines de justesse sur le mérite des services privés. En citant ce moraliste éminent, nous citons, pour ainsi dire, les jurisconsultes romains qui puisèrent aux mêmes sources que lui la philosophie des contrats. La raison intime de leur doctrine sur les différences du louage et du mandat est calquée, pour ainsi dire, sur la gradation échelonnée et développée par Sénèque avec une si grande connaissance du cœur humain. Jamais l'accord entre la jurisprudence et la philosophie n'a brillé d'une plus vive lumière que dans cette question. Sénèque est ici le meilleur interprète des Caius, des Paul, des Papinien, des Ulpien»; R.-T. TROPLONG, Du mandat (n. 10), n° 187. Selon cette hiérarchie, au premier rang viennent les bienfaits à défaut desquels nous ne pourrions vivre, puis ceux à défaut desquels nous ne le devrions pas, et enfin ceux à défaut desquels nous ne le voudrions pas, c'est-à-dire les bienfaits qui nous permettent de conserver la vie, puis ceux qui nous permettent de conserver la liberté, l'honneur, la sagesse, ou encore l'habitude de vivre en famille et enfin les bienfaits utiles qui nous procurent l'argent et l'avancement dans la cité. Enfin, et seulement alors, viennnent les bienfaits qui sont en surcroît, ceux qui procurent du plaisir. SÉNÈQUE, De Beneficiis / Des bienfaits, Trad. franç. de François Préchar, Paris (Éditions des Belles Lettres), 1972, I, 11, §§ 1 à 5, pp. 18 et 19.

52 «L'important n'est [...] pas l'action accomplie ou la chose donnée, mais l'intention, puisque le bienfait ne consiste pas dans ce qui est fait ou donné,

«l'important, dans l'application de cette belle théorie où le droit se montre si philosophique et si moral, n'est pas de chercher le rapport de valeur entre le service rendu et la somme promise. Ce rapport, calculé comme il devrait l'être sur le taux habituel des récompenses, sur le prix ou sur l'honoraire courant, ne donnerait que des résultats insignifiants, si on le séparait de la qualité des faits et du mobile dont ces faits dérivent. Le point capital en cette matière est donc, surtout, d'arriver à une appréciation rigoureuse de la qualité des faits, et de leur valeur morale.»[53]

Ce dernier point est assez obscur: l'évaluation morale de l'action doit pouvoir conduire à déterminer le juste montant des honoraires du mandataire, mais comment évaluer ce qui est inévaluable à prix d'argent? Comment considérer que telle ou telle rémunération est sans rapport avec la qualité morale des faits, dès lors que cette qualité morale même les rend inévaluable?

La réponse de Troplong est en deux temps: il convient d'abord de se référer aux usages de la profession, qui traduisent l'esprit de cette dernière. On voit ce que cette solution a d'insatisfaisant: elle évalue un service singulier en référence à la valeur moyenne des services analogues, et ne rend donc pas justice à l'intention de son auteur. Aussi ne faut-il voir dans cette évaluation qu'une approximation, et ajouter que le constat de ces usages ne saurait en aucun cas lier le juge, qui doit pouvoir se réserver la possibilité de déterminer, en considération de l'équité, la valeur morale propre du service rendu dans le cas examiné. *In fine*, la mesure de la valeur du service est dans le jugement moral du juge. Il en résulte, et c'est là que le mandat se distingue du contrat de location d'ouvrage, que le juge doit pouvoir trancher librement en s'appuyant sur les usages établis d'une profession, contre la volonté explicite des parties.

Ce point doit être souligné car il cristallise les enjeux pratiques de la querelle: selon Troplong, en matière de location d'ouvrage, le principe de la liberté des conventions s'applique sans restriction,[54] et la règle sur laquelle repose le jugement est celle que se donnent les parties; mais en matière de mandat, le dernier mot revient au juge, qui peut corriger l'accord des parties par l'appréciation morale de l'intention du mandataire:

«Quand l'honoraire a été fixé par la convention, il peut être réduit, s'il excède les bornes de l'usage et paraît exagéré. La jurisprudence maintient aux

mais dans les sentiments, sans plus, de celui qui donne ou agit»; SÉNÈQUE, Bienfaits (n. 51) VI, § 1 p. 13

53 TROPLONG, Du mandat (n. 10) n° 210, p. 219

54 En 1853, une formation de la Cour de Cassation présidée par Troplong casse les décisions de conseils prudhommaux ayant annulé des contrats de louage d'industrie au titre qu'ils sont lésionnaires, parce que les salaires étaient notoirement insuffisants en se fondant sur la «liberté des conventions» (Civ., 12 déc. 1853, S., 1854, 1, 33). Sur cet arrêt, Voir HALPÉRIN, Histoire (n. 2), n° 105, p. 162.

tribunaux ce droit supérieur de révision, droit qui découle de la nature même du mandat et des différences qui séparent la commission de la location d'ouvrage.»[55]

Il existe ainsi, selon Troplong, non pas une, mais deux manières de déterminer la valeur des activités humaines, selon la nature de ces activités. S'il est question des travaux matériels qu'encadre le régime du louage d'industrie, la valeur de ces travaux est dans leur utilité matérielle, et l'économie a raison d'affirmer que la mesure objective de cette utilité se trouve dans le prix dont conviennent ensemble les parties. C'est la raison pour laquelle le juge doit être lié par la règle que les co-contractants se sont librement donnée, le juste prix du salaire est *par définition* le prix stipulé. À l'inverse, en matière de mandat, la volonté des parties n'est pas la loi du juge, ou plus exactement, il arrive que cette loi ait à s'effacer devant l'équité qui commande la correction de la volonté des parties au nom d'une justice plus haute, celle qui est faite aux qualités morales intrinsèques des actes et des intentions qui les causent, dont les usages professionnels sont une première approximation.

Autrement dit, alors qu'en matière de location d'ouvrage, pour ce qui est de la détermination du juste prix du travail, la règle de droit que le juge se contente d'appliquer est la loi du marché que décrit la science économique; en matière de mandat, pour ce qui est de l'évaluation des honoraires, les règles du droit cèdent parfois devant des règles morales supérieures, soit que ces dernières soient objectivées dans des usages, soit qu'elles reposent sur l'autorité du juge. Cet ouverture du droit sur l'équité permet à Troplong de soutenir qu'en matière de théorie des contrats, il est un point où le droit civil des romains rejoint le droit naturel, et plus exactement les principes du stoïcisme.

Une telle pénétration de la morale stoïcienne dans le droit peut surprendre chez un auteur tenu pour une des figures principales de l'«École de l'Exégèse» dont la profession de foi méthodologique serait, comme l'affirme Bonnecase, le positivisme légal.[56] Un autre auteur, Demolombe, censé appartenir à la même École et professer les mêmes dogmes, juge la théorie de Troplong parfaitement convaincante pour l'essentiel, mais bien peu juridique lorsqu'elle

55 RAYMOND-THÉODORE TROPLONG, Du cautionnement et des transactions, commentaire des titres XIV et XV du livre III du Code civil, Droit civil expliqué selon l'ordre du Code, Paris (Hingray), 1946, n° 632, cité par DEMOLOMBE, Du mandat (n. 14), p. 446.

56 Ce serait le premier «trait distinctif» de l'École. Voir BONNECASE, L'École (n. 3), p. 128.

en vient à la détermination de la valeur des honoraires par le juge.[57] Il faut voir dans cette hésitation une illustration de la diversité des méthodes et des conceptions de l'interprétation en vigueur chez des auteurs pourtant réputés confondre le droit et le Code, l'interprétation et l'exégèse.

Plus stimulant du point de vue d'une histoire de la pensée juridique moderne, est le constat selon lequel Troplong prend ici parti dans une vaste querelle relative aux idées philosophiques des jurisconsultes romains,[58] en défendant l'idée que ceux-ci auraient été stoïciens, et qu'à travers le stoïcisme, ils se seraient imprégnés des principes du christianisme:[59]

> «Le jurisconsulte Ulpien qui [...] faisait crucifier [les chrétiens], parlait leur langue en parlant celle du stoïcisme dans plusieurs de ses maximes philosophiques».[60]

57 «Ainsi donc, il y aurait toujours entre le louage (locatio operarum) et le mandat, cette différence: que le prix du louage pourrait être souverainement déterminé par les parties elles-mêmes, tandis que le salaire du mandat demeurerait toujours, malgré la convention des parties, soumis à règlement et à réduction du juge. – Cette théorie est-elle bien juridique?», in: DEMOLOMBE, Du mandat (n. 14), pp. 446–447.

58 Troplong consacre d'ailleurs de très longs développements à la réfutation de la thèse de Saumaise selon qui les lois romaines sont sans rapport avec la théorie de Sénèque, thèse qui s'inscrit elle-même dans une discussion dirigée contre Grotius, etc.

59 Cette remarque est du reste à nuancer: dans l'ouvrage qu'il consacre à l'influence du christianisme sur le droit civil, il prend en effet soin de distinguer un «âge aristocratique», un «âge philosophique» et un «âge chrétien» du droit romain (p. 12). Dans le premier âge, pour ce qui est des contrats, «ce qui oblige l'homme, ce n'est pas la conscience, ce n'est pas la notion du juste et de l'injuste; c'est la parole, c'est la religion de la lettre» (p. 42). Heureusement, «les jurisconsultes comprirent cependant qu'il était impossible de rester plus longtemps captifs de ce cercle tout matériel, et leur génie philosophique s'éleva à l'idée d'une justice abstraite, supérieure aux mots [...] l'équité se posa aux côtés du droit civil» (p. 46). Ainsi, entrée dans l'âge philosophique du droit, la théorie des contrats s'ouvre très largement aux influences du stoïcisme (p. 55), et plus précisément à sa version la plus spiritualiste, celle de Sénèque, de Marc-Aurèle ou d'Épictète. Le stoïcisme tardif des jurisconsultes est ainsi devenu «une philosophie spiritualiste qui proclame le gouvernement de la Providence divine, la parenté de tous les hommes, la puissance de l'équité naturelle» (p. 56), qui prépare et annonce le troisième âge du droit romain, l'âge chrétien.

La leçon à tirer de cette histoire est la suivante: de toutes les philosophies païennes le stoïcisme est la meilleure, et de tous les stoïcismes celui de Sénèque est le meilleur parce qu'il est spiritualiste, et pour ainsi dire presque chrétien; RAYMOND-THÉODORE TROPLONG, De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains, Paris (Hingray), 1843.

60 TROPLONG, Influence (n. 59), p. 80.

C'est dire qu'à la fin de l'âge philosophique au moment où s'élabore la théorie classique des contrats, les jurisconsultes doivent déjà arbitrer le conflit du droit civil et des règles de l'équité, conflit dans lequel «le droit civil représente la sévérité légale, l'équité représente l'humanité naturelle, sans licteurs ni faisceaux».[61] La théorie romaine du mandat serait précisément le lieu où apparaît, au cœur du droit civil romain, la justice naturelle, l'élément spirituel des principes de la morale chrétienne, encore revêtus des habits du stoïcisme tardif. On aura compris que le romanisme de Troplong s'arrête là où le droit romain cesse de confirmer le dogme chrétien, à l'aune duquel sont jugées les législations, pour la plus grande gloire du droit moderne en général et du Code civil en particulier.[62]

Pour être limité dans sa portée, le recours au stoïcisme (ou du moins à ce que Troplong en retient) n'en est pas moins décisif dans la mesure où il éclaire la représentation que Troplong se fait lui-même de la querelle relative à la nature du mandat, qu'il inscrit, comme on l'a vu, dans la lutte séculaire de deux grands courants philosophiques, le matérialisme et le spiritualisme.[63]

Dans cette perspective, la dispute relative à la liberté du travail revêt une signification nouvelle. Selon Paul Championnière et Esprit Rigaud, il faudrait en effet comprendre que la théorie classique du mandat ne reflète pas les principes de la morale chrétienne, qui sont la liberté individuelle et l'égalité de

61 TROPLONG, Influence (n. 59), p. 97.

62 «Le droit romain a été meilleur sous l'époque chrétienne que dans les âges antérieurs les plus brillants; tout ce qu'on en a dit de contraire n'est qu'un paradoxe ou un malentendu. Mais il a été inférieur aux législations modernes, nées dans l'ombre du christianisme et mieux pénétrées de son esprit»; TROPLONG, Influence (n. 59) pp. 4–5. Sur ce point, voir MIKHAÏL XIFARAS, L'école de l'exégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795–1869), lecteur de Frédéric Charles de Savigny, in: J.-F. KERVÉGAN & H. MOHNHAUPT (dir.), Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich / Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne, Frankfurt/Main (V. Klostermann), 2001, pp. 177–209.

63 Dans cette lutte, Troplong a pour allié l'école des romanistes, emmenés en France par Athanase Jourdan, le fondateur de la Thémis, qui fustigeait déjà en 1820 l'industrialisme prôné par Charles Comte et Charles Dunoyer, confondu sous le label dégradant d'épicuréisme avec le sensualisme des philosophes du XVIIIe siècle et l'utilitarisme des disciples de Bentham (Voir sur ce point ATHANASE JOURDAN, Quelques réflexions sur l'histoire de la philosophie du droit en France in: Thémis 8 (1828), pp. 73–79). En faisant appel à Sénèque, Troplong reprend délibérément ce discours à son compte, faisant jouer le Portique contre le Jardin afin de refuser à l'économie le statut de science morale, réservant cette dernière expression à la connaissance des vérités éternelles du christianisme, que le Code civil manifeste avec éclat.

tous les hommes, mais serait au contraire l'expression des préjugés inégalitaires, voire esclavagistes, de la société romaine archaïque. Cette objection ne se contente donc pas de constater l'existence d'un hiatus entre le droit et les mœurs de la société contemporaine pour donner raison à ces dernières au motif que le droit se devrait de toujours les suivre, elle suggère que ce droit est d'inspiration païenne, qu'il puise son origine dans l'époque aristocratique du droit romain et son succès dans la persistance de ces préjugés sous l'ancien régime. La doctrine défendue par Troplong ne serait donc pas seulement désuète, elle serait encore immorale. À l'inverse, on aurait donc tort de croire avec Troplong que les juristes-économistes sont des disciples d'Épicure. Leur rejet de la théorie du mandat ne trouverait pas son origine idéologique dans le matérialisme, mais dans les principes chrétiens de l'égalité des personnes et de la liberté du travailleur.

On tirera de cette remarque le constat suivant: la ligne de faille doctrinale ne passe pas entre partisans et opposants d'une libre interprétation du Code civil, entre exégètes bornés et juristes scientifiques, mais bien plutôt entre deux conceptions, l'une et l'autre conformes aux principes chrétiens, de l'articulation de la morale et du droit.

b) La valeur de l'homme et celle du travailleur

Troplong connaît ces critiques, qui sont antérieures à la rédaction de ses dissertations, et qu'il a très certainement lues.[64] Au demeurant, si leur fondement était aussi matérialiste qu'il le prétend, il n'aurait sans doute pas cure d'y répondre, ce qu'il s'emploie à faire pourtant. L'essentiel de sa défense réside essentiellement dans la soigneuse distinction opérée entre les personnes, entre lesquelles règne la plus exacte des égalités, et leurs actes, qui sont le reflet de leurs très inégaux talents parce qu'ils sont le fruit de l'exercice de la liberté de chacun. Le droit doit donc être inégalitaire, parce qu'il doit refléter non pas une quelconque inégalité des personnes, mais l'inégal exercice de leurs mérites moraux et par voie de conséquence, l'inégal statut des professions:

> «si tous les hommes sont égaux, toutes leurs actions ne le sont pas; et comme on ne saurait mettre sur la même ligne tous les services qu'ils se rendent entre eux, on ne saurait non plus passer le niveau de l'égalité extérieure sur les états ou professions auxquels ces ministères se rattachent.»[65]

64 Il est en effet l'auteur d'un très élogieux compte rendu de l'ouvrage de Championnière et Rigaud: RAYMOND-THÉODORE TROPLONG, Opinion de M. Troplong, sur le traité des droits d'enregistrement, de timbre, et d'hypothèques de MM. Championnière et Rigaud, in: Revue de Législation et de Jurisprudence X (juin-juillet 1839), pp. 1 sq.

65 TROPLONG, Du mandat (n. 10), n° 183, p. 201.

Ainsi, contre l'objection de Championnière et Rigaud reprise par Duvergier, Troplong affirme que la théorie classique du mandat ne maltraite pas le principe moderne de l'égale liberté de tous les êtres humains. Nous sommes au demeurant dans la sphère du droit des biens et non dans celle du droit des personnes, et il est ici question des services qu'elles se rendent, des ministères qu'elles exercent et non de leur personnalité considérée en elle-même. Cette théorie n'est donc ni archaïque ni féodale, elle est compatible avec le principe de l'égalité naturelle des hommes devant la loi, puisque «ce n'est pas de l'homme qu'il s'agit ici; c'est de la profession considérée en elle-même, dans sa cause et ses moyens».[66]

Précisons l'argument. Le christianisme prône la liberté et l'égalité *naturelle* des hommes, que le Code civil réalise en interdisant l'esclavage et en accordant à chacun la libre propriété. Tous les hommes sont donc les libres propriétaires de leurs facultés laborieuses, quoiqu'ils ne les fassent pas fructifier de la même manière, eu égard à la nature même de ces facultés. Ce qui distingue selon Troplong le travailleur manuel du travailleur intellectuel ne réside donc pas dans l'égale liberté que leur accorde le Code de travailler pour un tiers, mais dans les modalités de calcul de leur rémunération et dans la nature de leur engagement.

Selon ce raisonnement, la liberté et l'égalité naturelles sont sauves, c'est l'esprit des professions et non la personnalité des travailleurs qui est en question:[67]

> «le sens moral indique qu'il y a entre les professions une inégalité de mérite et d'honneur. Le droit doit donc reconnaître et consacrer cette inégalité, et c'est ce qu'il fait en donnant aux uns le louage, aux autres le mandat. Le louage et le mandat sont le moyen dont il se sert pour maintenir dans les lois civiles les distinctions utiles que les mœurs, la politique et la philosophie ont mises dans les choses.»[68]

L'inégalité des arts libéraux et des arts mécaniques est donc une inégalité civile qui reconnaît parfaitement l'égalité des personnes et l'inégalité morale dans l'intention qui préside à l'usage des talents. C'est précisément ce dernier

66 Ibid.

67 «C'est ce qui fait qu'il y a entre les professions des inégalités nécessaires, comme dans les conditions [...] Il y a dans chaque profession un esprit qu'il faut considérer. Cet esprit est leur vie et la règle de leur rang et de leur influence. C'est par lui qu'il faut juger de l'estime et de la considération dont elles sont dignes. Il y a quelque fois des individus qui s'en écartent. Il n'importe; l'esprit d'une profession est quelque chose de trop puissant par sa généralité même, pour être affecté de quelques exceptions»; TROPLONG, Échange III (n. 10), n° 807, p. 32.

68 TROPLONG, Du mandat (n. 10), n° 183, p. 200.

aspect qui échappe à l'économie, et la disqualifie dans ses prétentions à exposer les fondations anthropologiques du droit des biens. Troplong refuse ici à l'économie le statut de *science morale*:

> «Cette hiérarchie [des professions] est attaquée par quelques écoles, je le sais, comme puérile et aristocratique. Leur erreur vient de ce que, dans leur sollicitude pour les intérêts matériels, elles rapportent exclusivement à la production économique des actes dont le côté moral est oublié ou supprimé par leurs systèmes. La vraie science de l'économie politique, qui est une grande branche de nos connaissances et dont le domaine est déjà si vaste, n'aspire qu'à étudier l'emploi des forces humaines appliquées aux productions matérielles; elle laisse aux sciences morales, telles que la philosophie et le droit, l'investigation des autres mobiles qui poussent l'intelligence au travail et à l'action. Or, les sciences morales, telles que la philosophie et le droit, reconnaissent en dehors de la production matérielle et de son exploitation des principes moraux d'honneur, de gloire, de dévouement et de générosité, principes distincts dont il faut faire compte dans l'appréciation des actions de l'homme.»[69]

Ainsi, après avoir accusé l'économie d'être une science immorale dans la mesure où elle n'a pour objet que la production matérielle, Troplong l'accuse de vouloir niveler l'ordre social en refusant d'accorder l'existence d'une hiérarchie morale des professions, qui destine les plus nobles d'entre elles aux honneurs et fonctions publiques.

Ce second argument n'est pas moins discutable que le premier: il est vrai que Championnière et Rigaud, et Duvergier avec eux, trouvent spécieux le raisonnement qui mène de l'égalité naturelle des personnes à l'inégalité naturelle des travaux et de cette inégalité naturelle à celle, civile et politique, des professions. Autrement dit, il est vrai qu'en accord avec les principes de l'économie politique, ces auteurs refusent de distinguer la personne et ses actes, l'humanité de l'homme et son travail. Tout au contraire, et c'est là sans doute que repose le nœud de la querelle, ils font résider la liberté de l'homme, son humanité réelle et positive dans son travail, tandis que Troplong la situe dans un principe spirituel qui transcende toutes les positivités.

2) «... en proportion de la difficulté et de l'utilité des travaux»

En ce sens, Troplong n'a pas tort de considérer que l'économie politique ramène la valeur morale des activités humaines à leur valeur positive, qui est leur valeur matérielle. Et c'est précisément parce que l'économie est une science morale qu'elle parvient, mieux que l'équité et les doctrines des Anciens, à rendre compte des inégalités morales entre les travailleurs.

69 TROPLONG, Du mandat (n. 10), n° 182 pp. 197 et 198.

Il faut en effet se garder ici de conclure que Duvergier est un défenseur de l'égalité civile et politique des travailleurs. Tout au contraire, il est le premier à penser que tous les travaux ne se valent pas, que ceux de l'esprit sont supérieurs à ceux du corps. C'est même, d'après lui, pour mieux faire ressortir cette inégalité qu'il convient d'abandonner la doctrine classique du mandat:

> «Eh bien, sans contester, en réclamant au contraire, de toutes mes forces pour les œuvres de l'esprit un rang plus élevé que pour les opérations mécaniques, j'affirme que le travail intellectuel est susceptible d'être apprécié comme le travail physique; que de tout temps, et dans nos mœurs actuelles surtout, on paye par un véritable prix les travaux les plus sublimes de l'intelligence.»[70]

Comme on le voit, Duvergier affirme à la fois, avec Troplong, la supériorité des travaux de l'esprit, et contre lui, leur commensurabilité avec les travaux manuels, qui conditionne selon lui l'affirmation de leur supériorité. Cette commensurabilité présuppose l'unification de toutes les activités humaines sous la catégorie d'industrie, qui emprunte sa généralité à celle d'utilité:

> «Aujourd'hui on reconnaît que le travail est une fonction sociale, que la richesse, les dignités, les honneurs doivent être distribués en proportion de la difficulté et de l'*utilité* des travaux [...] Et sous ce double rapport, les productions de l'esprit ont droit à une part plus considérable que les productions de la force musculaire. Cette théorie gouvernait à leur insu les sociétés humaines, avant qu'elle eût été aperçue et proclamée, l'ordre hiérarchique assigné depuis longtemps à certaines professions libérales, est un de ses effets incontestables.»[71]

Ainsi, selon Duvergier, c'est l'adoption d'une conception universelle de l'utilité, traductible en valeur vénale, qui permet de faire ressortir la supériorité des professions libérales, désormais fondées sur la richesse plutôt que sur l'honneur ou les préjugés que véhiculent les usages des professions. Duvergier ne conteste pas les conséquences politiques et sociales de la doctrine de Troplong, à savoir un ordre social hiérarchisé où dominent les professions libérales, il prétend même leur offrir un fondement plus solide, celui du libre jeu des volontés contractuelles qui gouverne déjà le louage d'industrie. Mais comment fixer ce rapport entre la difficulté et l'utilité du travail qui détermine sa valeur?

c) Mesurer le rapport de la difficulté et de l'utilité

Une chose est certaine, selon Duvergier, cette valeur ne saurait s'attacher *a priori* à la nature même du travail, comme le pense Troplong, dans la mesure

70 DUVERGIER Des caractères (n. 11), p. 70.
71 DUVERGIER Des caractères (n. 11), p. 76.

où la distinction des arts libéraux et mécaniques n'est pas affaire de nature mais de degré.[72] De là, il découle que si la valeur du travail n'est pas dans la nature des travaux, elle est dans le rapport de la difficulté et de l'utilité du service rendu. Encore faut-il préciser que l'utilité dont il est ici question n'est pas l'utilité réelle du service, mais celle qu'on est raisonnablement en droit d'attendre avant qu'il ait été rendu. Ainsi, pour ce qui est des services d'un médecin ou d'un avocat. Mais la valeur de cette action est dans le prix que son bénéficiaire consent à y mettre pour prétendre en recevoir les éventuels bénéfices.[73] La mesure de la valeur du service rendu n'est pas celle des utilités matérielle dont jouit réellement le locateur, qui peuvent être nulles, et même négatives, si par exemple le procès est perdu, mais dans le prix que consentent les parties. Là où Troplong voit la valeur du travail dans la nature des choses, Duvergier la place dans la nature des conventions.

La juste valeur du service sera donc, comme l'enseigne la science économique, celle que stipulent les deux parties, l'une parce que c'est la rémunération qu'elle attend de ses efforts, l'autre parce que c'est la somme qu'elle entend dépenser pour, éventuellement, profiter des résultats que ces soins sont susceptibles de donner.

Non pas que Duvergier n'accorde aucune valeur à la signification morale de l'action; celle-ci intervient au contraire directement dans cette stipulation et détermine le prix consenti. Aussi ce prix est-il la manifestation de la valeur non pas seulement matérielle mais encore morale de l'œuvre produite ou du service rendu. C'est dans le haut prix qu'on attache au tableau d'un maître ou à la plaidoirie d'un avocat que se manifeste *positivement* le génie du premier, l'amicale sollicitude du second.

La détermination du juste prix sera donc toujours laissée à la libre appréciation des parties. Il n'y a en effet pas d'autre manifestation de la valeur objective du service rendu que le prix convenu, c'est donc aux parties elles-mêmes, et non au juge, qu'il revient de mesurer librement cette valeur.

72 «La distinction entre les arts mécaniques et les arts libéraux n'est pas aussi nette qu'on le croirait au premier aperçu. Souvent l'intelligence joue un plus grand rôle dans la fabrication d'une machine que dans la confection d'un livre; et le travail de tel mécanicien l'emporte de beaucoup, comme œuvre de l'esprit, sur les productions de tel artiste. Cependant, si l'on s'attache aux mots employés pour qualifier leurs travaux, le contrat fait avec le mécanicien sera un humble contrat de louage d'ouvrage; la convention conclue avec l'artiste aura toute la noblesse du mandat»; DUVERGIER, Des caractères (n. 11), p. 71.

73 «L'expérience montre qu'on ne doit pas les apprécier par les résultats qu'ils produisent; car lorsque le malade succombe ou que le procès est perdu le médecin ou l'avocat n'en ont pas moins droit à des honoraires»; DUVERGIER, Des caractères (n. 11), p. 71.

Dès lors, et c'est la clef de voûte de l'argumentation de Duvergier, lorsque la loi laisse aux parties le soin de fixer le prix de la transaction, et c'est le cas puisque le Code civil fait droit au principe de la liberté des conventions, le juge ne saurait invoquer des principes, fussent-ils tirés des Saintes Écritures et de la sagesse des anciens, mais doit au contraire se contenter d'appliquer la règle de droit, qui est en l'occurrence celle que se sont fixées les parties, puisque cette règle est l'expression la plus objective possible de l'utilité réelle du travail sur lequel porte la transaction. La règle que le juge applique est ici celle des rapports réels de production et d'échange entre individus libres.

Contrairement à ce que pense Troplong, le droit selon les juristes-économistes n'est pas moins moral que le droit selon les juristes-moralistes, simplement, sa moralité ne réside plus dans la confirmation d'un ensemble de préceptes éternels qui feraient concurrence aux règles de droit positif sous le nom d'équité, mais dans le fait qu'il manifeste adéquatement les règles que se donnent librement les personnes qui produisent et échangent, règles qui trouvent leur expression objective dans la description qu'en propose la science économique.

Cette dernière se trouve ainsi fondée *moralement* dans sa prétention à occuper, en son lieu et à sa place, la fonction épistémique classiquement allouée à la philosophie du droit naturel, celle de fournir la fondation anthropologique de la théorie des contrats, et de devenir ainsi la discipline sur laquelle repose ultimement l'architectonique dogmatique du droit des biens, propriété intellectuelle et services libéraux inclus.

On ne saurait donc se méprendre sur les intentions des juristes-économistes. Contrairement à ce que certains peuvent laisser entendre (Voir *supra*, note 9: Charles Comte), ils ne prétendent certainement pas distinguer radicalement le droit et la morale, *a fortiori* libérer le droit de l'emprise de la morale en substituant à cette dernière l'observation des phénomènes sociaux. C'est tout au contraire en tant qu'évaluation positive de la valeur morale des activités humaines que le calcul économique se substitue à l'équité naturelle classique. L'économie se présente donc comme science de la morale socialisée, expression objective du progrès des mœurs.[74] Or il se trouve que les principes de

74 C'est pourquoi Duvergier peut écrire: «Ayant à traiter des actes relatifs à la transmission de la propriété, au louage des choses et du travail, à la circulation des capitaux, et au système de crédit fondé sur la propriété immobilière, j'ai dû quelques fois chercher des lumières dans les principes de l'économie sociale. [...] J'ai cru que le jurisconsulte devait, dans ses solutions, tout en respectant le texte de la loi écrite, rechercher dans le mouvement industriel, le progrès social et les suivre». DUVERGIER, Le droit civil français suivant l'ordre du Code, par C.-B.-M. Toullier, continuation (article 1582 et suivants), Paris (Renouard), 1835, XVI (I de la continuation), préface, p. xiv.

cette science ne sont pas moins moraux que les principes d'où procède le jugement en équité selon Troplong:

> «De notre temps, ce n'est que par le travail, par le travail utile qu'on peut obtenir la considération publique, s'élever à une position honorée, et s'assurer une influence sérieuse. Si la force des habitudes et les réminiscences d'un état de choses déjà bien loin de nous résistent encore, sur quelques points et dans quelques esprits, à l'empire de ces nouvelles idées, ces obstacles sont trop faibles pour arrêter le mouvement général; ils le précipiteraient au besoin.
> Depuis long-temps la morale nous avait offert un de ses plus sages préceptes sous une forme simple et touchante en nous enseignant que l'oisiveté est mère de tous les vices. La science sociale s'est emparée de l'axiome; elle en a fait un de ses principes: ce n'est ni le moins vrai, ni le moins fécond.»[75]

La science sociale s'est donc emparée de l'axiome moral pour en faire un de ses principes. L'essentiel est dit. L'économie, car c'est bien d'elle qu'il s'agit, apparaît dans la pensée juridique comme la science morale du travail, ou encore la science morale de l'homme considéré positivement, dans la réalité de ses actions.

Cette conception de la science sociale comme science morale porte deux conséquences sur le terrain de la méthode: le positivisme légal et le rejet de la rhétorique. Parce que le droit dit les mœurs que décrit la science, le droit peut se confondre avec la loi, dont la source matérielle et les principes régulateurs sont à chercher dans les théories scientifiques de la doctrine, qui garantissent son autorité.[76] Dans ce cadre, l'équité du juge réintroduit un élément subjectif, non scientifique, arbitraire.[77] C'est encore cette coïncidence qui lui fait préférer la sobriété du style scientifique aux figures de rhétorique qui sont chères à Troplong.[78]

75 DUVERGIER, Discours prononcé à l'ouverture de la Conférence, le 4 janvier 1845, in: L'observateur des tribunaux XVI (1845), p. 5.

76 DUVERGIER, Discours (n. 75), p. 7.

77 «À quoi bon élaborer des théories si, comme on l'assure, l'influence des faits est toute-puissance, et si l'application de ce qu'on appelle les règles de l'équité rend les principes inutiles? L'équité est un mot dont on abuse étrangement: si l'on savait ce qu'il recèle d'arbitraire et de despotisme, il aurait bientôt perdu tout son crédit [...] l'équité c'est la raison du juge; la loi c'est la raison du législateur; la doctrine est l'ensemble des déductions tirées de la loi. N'est-il donc pas évident que l'influence de l'équité ne doit pas l'emporter sur le texte de la loi, ni même balancer l'autorité de la doctrine?»; DUVERGIER, Discours (n. 75), p. 9.

78 Rétrospectivement, c'est l'aspect de la dispute qui a le plus marqué C. CHENU dans son éloge de Duvergier. Décrivant la querelle, il écrit: «Chacun d'eux y déployait ses qualités et ses armes favorites. M. Troplong, plus vif, plus irritable et peut-être plus irrité. Les ardeurs du combat occupent sa pensée et inquiètent son étude. Quelque question qu'il discute, de tous ses adversaires, il n'en veut qu'un seul. Il le cherche parmi les autres, il l'aperçoit, il l'étudie, mesure un instant ses forces, s'élance et prend le corps à corps. Peu ou point de

On notera au passage que Duvergier défend le positivisme légal non par conformisme politique ou refus d'une approche scientifique du droit, mais tout au contraire parce qu'il voit dans la loi et dans la soumission du juge à sa lettre le meilleur moyen de conformer, avec la prudence que requièrent toutes les réformes juridiques, le droit civil aux principes de la nouvelle science sociale dont les résultats, tirés de l'observation scientifique des faits, coïncident miraculeusement avec les prémisses morales et politiques de l'auteur.[79]

Duvergier n'est donc pas moins spiritualiste que Troplong, mais l'est autrement. Ajoutons qu'à l'inverse Troplong n'est peut pas moins économiste que Duvergier. Il accorde en effet que le travail puisse être une propriété, et plus précisément un capital à faire fructifier, et va jusqu'à admettre que les œuvres de l'esprit, tout comme les services libéraux, puissent être considérées du point de vue des utilités matérielles qu'elles sont susceptibles de procurer à leurs auteurs. Ainsi, Troplong ne nie pas la généralité de l'utilité matérielle, et accorde qu'il soit possible, sous un certain aspect, de parler d'industrie en matière de travaux intellectuels, de vente à propos de toiles de maîtres, et d'ouvrages littéraires. Mais il refuse, et c'est ce qui le distingue de Duvergier, de considérer que ce rapport soit le seul sous lequel il faille considérer l'échange de travail intellectuel. Ainsi, là où Duvergier voit dans la cession du manuscrit d'un auteur une vente, Troplong répond que si le terme de vente est ici adéquat faute qu'on puisse en utiliser un autre, il masque cependant la différence radicale entre la vente d'un bien meuble matériel et celle d'une œuvre de l'esprit, laquelle réside dans la propriété qui «aux yeux de l'art et de

ménagements. Les critiques et les rigueurs se succèdent. Les épithètes et les exclamations se multiplient avec une étonnante fécondité. Et c'est parfois Horace ou Virgile qui viennent, auxilliaires inattendus, porter dans une citation indignée, le dernier coup à la doctrine expirante, ou du moins déclarée telle, de l'adversaire.

Quant à Duvergier, il semble fermer l'oreille à ses continuelles attaques. Il ne cherche pas son guerroyant ennemi, mais se garde bien de l'éviter lorsqu'il se présente. Alors, c'est dans une ligne, dans un mot qu'il fait tenir sa réponse.» CHENU, Éloge (n. 11), p. 23. Chenu ajoute, à propos des plaidoiries de Duvergier: «Il n'aime pas les images et les accuse d'être trompeuses. Ses plaidoiries rappellent les temples antiques dont on dit que les figures étaient bannies. Il ne veut rien devoir qu'à la vigoureuse logique du raisonnement.»; CHENU, Éloge (n. 11), p. 23.

79 «Ce grand monument de législation mérite sans doute tout notre respect; il y a droit, ne fût-ce que par son origine; mais ce sentiment doit-il aller jusqu'à repousser toute pensée de perfectionnement?»; Discours prononcé par M. Duvergier, batonnier de l'ordre des avocats, à l'ouverture de la Conférence, le 4 janvier 1845; Extrait de l'Observateur des tribunaux (Archives judiciaires), XVI, n. s., Paris, Bureau de l'Observateur des tribunaux, 1845, p. 8.

la science» reste entre les mains de l'auteur. Cette «propriété» qui désigne ce qu'on appelera bien bientôt le droit moral de l'auteur, est, à la différence de la propriété matérielle, incessible:

> «C'est l'auteur, dit Troplong, qui demeure toujours propriétaire et qui a l'honneur ou le blâme de la production. Comme tel il peut donc porter la main sur la création de son esprit et la remanier comme le cultivateur qui retourne le sillon qui lui appartient. Ce n'est que comme affaire commerciale que son œuvre a cessé de lui appartenir. Mais il est clair que cette aliénation n'a pu lui enlever le droit de correction, qui est du domaine de l'art et de la science.»[80]

Autrement dit, toute personne est propriétaire de son travail et de ses facultés laborieuses, mais il y a des propriétés qui ne s'échangent pas. Alors qu'on doit pouvoir mettre son corps à la disposition d'un tiers, dans le louage de service par exemple, on ne saurait aliéner ses facultés intellectuelles sans manquer de respect à l'humanité même de l'homme, qui réside précisément dans cette puissance créatrice spirituelle:

> «Ne dites pas que l'auteur a vendu sa plume et son génie ! Ne confondez pas l'effet avec la cause, la chose crée avec la puissance créatrice. La cause reste dans la plénitude de sa liberté et de son indépendance, le contrat de vente de la chose créee n'a ni engagé ni atteint la puissance créatrice.»[81]

Est-ce à dire que le corps, parce qu'il est matériel, n'est pas un élément constitutif de la personnalité, alors que la faculté de penser, parce qu'elle est d'essence spirituelle, est inaliénable? Le penser serait un contresens, et Troplong a eu l'occasion à de très nombreuses reprises d'affirmer le caractère indissociable de l'âme et du corps dans la personne, et la nécessité de respecter l'intégrité de tous les éléments qui participent de cette dernière. Il n'est au demeurant pas licite de vendre son corps, et la mise à disposition que réalise le contrat de louage ne saurait être perpétuelle.[82] C'est bien plutôt dans le rapport de subordination qu'est susceptible d'instituer la location d'ouvrage et de service qu'il faut chercher son inadéquation à régler l'échange de travail intellectuel. S'il n'est en effet ni licite ni légitime de vendre son corps, le Code pas plus que la morale n'interdisent qu'on place ses facultés physiques, son

80 TROPLONG, Traité de la vente, ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon, Cinquième édition, Paris (Hingray), 1856, I, n° 206, p. 278, cité dans TROPLONG, Échange III (n. 10), n° 808, p. 37.

81 TROPLONG, Du mandat (n. 10), n° 225, pp. 242–243.

82 «La perpétuité répugne à nos idées, elle est incompatible avec les principes de liberté que les lois modernes ont établi pour les choses comme pour les personnes. Le droit romain n'était pas aussi susceptible. Il admettait des baux à perpétuité, et ne croyait pas que l'essence du louage répugnât à une durée perpétuelle»; TROPLONG, Échange I (n. 10), n° 4, p. 72.

aptitude au travail sous l'empire d'un tiers. On ne saurait par contre soumettre de la même manière ses facultés intellectuelles, sa puissance créatrice, sans abdiquer sa liberté même:

> «dans le louage de service, ne voyez vous pas la différence? N'est-ce pas la puissance créatrice de l'homme même s'engageant à créer? N'est-ce pas son activité personnelle, obligée à faire comme cause la chose stipulée, et se mettant au service d'un autre dans ce qu'elle a de plus libre, par une obligation qui restreint son indépendance?»[83]

Un nouvel enjeu de la querelle apparaît ici: puisque pour Troplong, la liberté de l'homme réside dans sa faculté de penser dont dépend sa puissance créatrice, et dès lors que le contrat de louage opère la mise à disposition d'un tiers de ses facultés de travail, il ne saurait s'appliquer aux facultés intellectuelles sans détruire la liberté même du contractant. Alors que la pensée économique défend la liberté de contracter à prix vénal pour tous les travailleurs, quelle que soit la nature de leur travail, Troplong rappelle à Duvergier que le contrat de location d'ouvrage et d'industrie ne porte pas seulement sur un échange d'utilités matérielles, ou même sur un échange d'utilités morales mesurables en utilités matérielles, où le produit est remis en échange d'un prix, mais comporte encore l'institution d'un rapport de subordination entre les parties, que cette subordination restreint considérablement l'indépendance, la liberté des travailleurs, et ne saurait par conséquent convenir à des activités libres par essence. Si l'avocat loue ses talents, qu'est ce qui interdira désormais qu'on le traite comme un homme de peine, voire comme un domestique? Et comment ce traitement serait-il compatible avec son ministère?

L'argument de Troplong est peut-être réversible, et l'on pourrait se demander si la question n'est pas plutôt celle de savoir comment éviter que les domestiques ne revendiquent pour leurs travaux la noblesse qui s'attache à ceux des avocats... En réduisant l'obligation de faire pour autrui moyennant un prix à un simple échange de valeurs vénales, en refusant de donner une portée juridique à la distinction des arts libéraux et des arts mécaniques, la pensée économique pourrait bien s'avérer incapable de justifier la subordination des travailleurs manuels qu'institue le louage d'industrie, et c'est peut-être ce que Troplong redoute le plus.

83 TROPLONG, Du mandat (n. 10), n° 225, p. 243.

III. *La liberté dans le travail: le problème de la «conductio»*

On fait classiquement résider la légitimité des contrats de louage d'ouvrage et d'industrie, dans leurs trois déterminations constitutives: le consentement, l'existence d'une affaire à faire, le prix. Il suffirait donc, pour que le contrat de louage d'industrie et de service soit juste, qu'il soit consenti par les deux parties, et qu'il existe un rapport d'égalité commutative entre l'affaire à faire et le prix.

Pour ce qui est du rapport entre l'affaire à faire et le prix, comme on vient de le voir, Troplong et Duvergier s'accordent, puisqu'il n'est ici question que de travaux mécaniques, à reconnaître que la justice est dans le prix convenu entre les parties, puisque cette juste valeur tient dans le rapport de la difficulté et de l'effort, dont les parties conviennent librement. Mais ces contrats ne portent pas seulement sur un échange marchand, ils instituent encore un rapport de subordination. Suffit-il de dire que cette subordination est volontaire pour qu'elle soit justifiée? C'est en tout cas ce dont Troplong doute, pour qui un artiste, un professeur, un médecin ou un avocat ne sauraient consentir à louer leurs activités sans violer l'essence decelles-ci, qui est d'être libres.

L'argument est classique; on sait en effet, depuis que Rousseau s'en est pris à Grotius, qu'en matière d'aliénation de la liberté le consentement ne justifie pas tout, et que la nature des conventions doit céder le pas devant la nature même des actes qui interdit qu'on puisse vouloir aliéner perpétuellement sa volonté, parce qu'une telle aliénation est tout simplement absurde. On objectera que le louage d'ouvrage n'est pas l'esclavage, que l'aliénation n'est pas perpétuelle, il n'en reste pas moins qu'il réalise dans tous les cas une aliénation de la liberté du travail, et dans certains cas, celui du louage de service, une véritable mise à disposition d'un tiers de sa personne. En cette matière, tout est donc affaire de degré, et ce constat oblige à distinguer les contrats de louage d'ouvrage selon leur objet et leur nature.

1) Le louage d'ouvrage, d'industrie et de service

La question de la nature de ce contrat est, d'après les spécialistes, l'une des plus difficile de celles qui nous ont été léguées par le droit romain.[84] D'après l'historien Barry Nicholas:

84 Sur cette théorie dans le droit romain, outre BARRY NICHOLAS, An introduction to Roman Law, Oxford (Clarendon Press), 1975 (1962), on consultera WILLIAM A. HUNTER, A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code, Embodiyng the Institues of Gaius and the Institutes of Justinian (1876), reprint Holmes Beach, Florida (Gaunt & Son), 1994, pp. 338 à 343. Pour une analyse détaillée en langue française, voir FÉLIX

«Dans une catégorie unique, le droit romain distingue trois types: le louage de chose, *locatio rei*, le louage d'industrie, *locatio operarum*, et le louage d'ouvrage, *locatio operis*. Dans le louage de chose, une partie (le locateur) place une chose à la disposition de l'autre partie (le conducteur) pour qu'il en use ou en jouisse. Dans le louage d'industrie, le locateur place ses services *(operæ)* à la disposition du conducteur et dans le louage d'ouvrage, le locateur place un ouvrage *(opus)* à faire faire par le conducteur.
L'essentiel pour comprendre cette terminologie qui prête à confusion réside dans l'idée que la location est un placement. C'est la raison pour laquelle la location d'ouvrage et la location d'industrie sont des contrats qui portent sur la réalisation d'un travail, mais dans la location d'industrie, le locateur place ses services à l'extérieur, alors que c'est le conducteur dans la location d'ouvrage. Dans le premier cas, c'est celui qui fait le travail qui aura *l'actio locati*, mais dans le second cas il aura *l'actio conducti*. [...] *La différence de substance entre ces deux contrats est une question de responsabilité et de contrôle.* La question de savoir si l'engagement à réparer une maison sera une *locatio operarum* ou une *locatio operis* dépendra du degré de contrôle que le propriétaire de la maison exerce sur la réalisation du travail. S'il se contente de spécifier vaguement le caractère et la qualité du travail à faire, et laisse le détail de l'exécution à l'autre partie, le contrat sera une *locatio operis*, mais s'il supervise le travail à chaque instant, ce sera une *locatio operarum*.»[85]

La doctrine se complique dans la mesure où l'objet du contrat peut être soit une chose existante, soit une chose à faire, soit encore le travail lui-même, lorsqu'on fournit à un travailleur des matières premières pour qu'il les transforme par exemple. Dans ce cas, on peut considérer que celui qui fournit la matière est le locateur de cette matière, tandis que le travailleur est le locataire, l'objet du contrat étant une chose à faire, mais on peut tout aussi bien dire que l'objet du contrat est le travail que loue le travailleur, qui est par conséquent le locateur et que c'est le propriétaire de la matière qui est le locataire. Autrement dit, la même situation juridique peut être analysée soit comme louage d'ouvrage *(locatio operis)*, soit comme louage d'industrie *(locatio operarum)*, et alors que dans la première hypothèse, le travailleur est conduit, il est le conducteur dans la seconde. Fascinante doctrine où l'on est à la fois gouvernant et gouverné, selon le point de vue adopté.[86]

OLIVIER-MARTIN, «Des divisions du louage en droit romain», in: Revue historique de droit français et étranger, 1936, pp. 419–475.

85 BARRY NICHOLAS, Introduction (n. 84), pp. 182–183. Je traduis et souligne.

86 À Rome, il semble que l'enjeu de cette permutation ait été moins la distribution du pouvoir dans la relation de travail que l'appropriation du produit fini par droit d'accession, qui peut être vue soit comme le fruit de la matière ou celui du travail. On connaît la célèbre querelle des Sabiniens et des Proculiens à ce sujet. Je remercie Yan Thomas d'avoir eu la bienveillance de m'éclairer sur les enjeux de cette doctrine passablement obscure. Sur le travail dans le droit romain, voir YAN THOMAS, «L'‹usage› et les ‹fruits› de l'esclave. Opérations juridiques romaines sur le travail», Enquête 7 (1998), pp. 203 sq.

Le Code civil reprend cette doctrine, de manière assez confuse pour que tous les auteurs se sentent libres de la reconstruire. Tous s'accordent cependant à distinguer le louage de chose du louage d'ouvrage, cette dernière expression revêtant un sens générique et désignant tous les louages de travail humain en général.

2) La distribution de la conductio *selon Troplong*

Pour le reste, si l'on suit Troplong, quatre cas doivent être distingués: le louage d'ouvrage *(locatio operis)* correspond à l'engagement de faire une chose pour un prix déterminé, l'objet du contrat est «l'affaire à faire». La location d'industrie *(locatio operarum)* réalise le louage d'une quantité déterminée de travail, pour un temps donné ou pour une tâche précise, ce qui correspond au cas des gens de peine ou journaliers. Le louage de service, qui correspond au cas des domestiques, n'a pas pour objet un ouvrage ou une quantité de travail déterminée, mais la mise à disposition d'autrui de la personne même du travailleur. Un dernier cas est celui des voituriers, il est sans intérêt dans la perspective présente.

En matière d'attribution de l'*actio ex conducti*, les rédacteurs du Code civil, pour qui la réversibilité instaurée par la théorie romaine est une source de confusion, vont s'attacher à dégager une règle fixe. La première solution proposée s'inspire de Pothier, et consiste à identifier le conducteur avec celui qui reçoit le prix:

> «Le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer.
> La partie qui donne à l'autre l'ouvrage à faire s'appelle locateur: *locator operis faciendi*; celle qui se charge de le faire s'appelle le conducteur, *conductor operis.*»[87]

Cette solution convient très bien à la location d'ouvrage *(locatio operis)*, dans laquelle c'est l'entrepreneur qui s'engage à remettre un ouvrage qui en conduit la réalisation.

La grande difficulté de cette doctrine consiste dans son application au louage d'industrie et plus encore de service, où celui qui initie l'ouvrage veut non seulement payer le prix pour se voir remettre le fruit du travail d'autrui, mais encore diriger ce travail, par exemple en vue de faire fructifier une

87 Robert-Joseph Pothier, Traité du contrat de constitution de rente, du contrat de change, du contrat de louage ... in: Siffrein (dir.), Œuvres complètes de Pothier, Paris (Chanson), 1821, tome IV, n° 392, p. 350.

matière première qui lui appartient, comme c'est en particulier le cas du salariat industriel. Étendre la solution de Pothier à tous les cas de louage d'ouvrage, d'industrie et de service transformerait les ouvriers, gens de peine et domestiques en conducteurs du travail qu'ils louent.

Cette solution est conforme au principe moderne de l'égalité des travailleurs qui se voient tous ici reconnaître le statut d'entrepreneur, fût-ce de leur seul travail ou faculté de travail. Elle est cependant inacceptable parce qu'elle contredit le but du contrat de louage, qui est précisément d'instituer la subordination du travailleur à son employeur ou à son maître.[88]

Les travaux préparatoires du Code civil se font l'expression de cette difficulté. Comme le rapporte Troplong:

> «Le Conseil d'État avait défini le louage d'ouvrage ‹un contrat par lequel l'une des parties donne quelque chose à faire à l'autre› [note n 63]; ici la pensée était évidente, la personne qui paie était le locateur, puisque c'est elle qui donnait la chose à faire; le *dare aliquid faciendum* l'emportant sur le *dare aliquid fruendum*, l'ouvrier était seul conducteur.
>
> Le Tribunat proposa de modifier cette rédaction, et sa proposition fut adoptée. Au lieu de *donner quelque chose à faire* on mit dans la loi: ‹*s'engage à faire quelque chose pour l'autre*›. Par là, les rôles tels que le Conseil d'État les avaient envisagés se trouvèrent intervertis. L'ouvrier devient locateur. La première obligation, l'obligation dominante, fut celle de celui qui s'engage à faire, et l'obligation de payer le prix ne fut que le corollaire de ce point de départ; le *dare aliquid fruendum* l'emporta sur le *dare aliquid faciendum*. L'industrie de l'ouvrier fut le point capital, la base de la convention. En faisant jouir la partie adverse de cette industrie, il satisfit à la règle de CujasCujas Jacques que louer, c'est *aliquid fruendum dare* [Fenet 14, p. 279 et p. 38].
>
> Ainsi, d'après la saine intelligence de notre article, on doit tenir pour certain que désormais c'est l'ouvrier qui est vraiment locateur, et que celui qui le paie est le véritable locataire ou conducteur.»[89]

Contre Pothier et le Conseil d'État, la position que défend le Tribunat et que retient le Code civil consiste à attribuer la *conductio* systématiquement à

88 Ce but est très clairement énoncé par Pardessus: «La différence entre le louage que nous avons nommé entreprise d'ouvrage et celui du travail des ouvriers, consiste dans ce que l'entrepreneur n'est assujetti, dans son travail, à aucune dépendance envers celui pour qui il travaille; que l'ouvrier, au contraire, est dans un état de subordination et de dépendance envers le maître qui l'emploie (PARDESSUS, Cours de droit commercial, n° 527)», cité par CHAMPIONNIÈRE & RIGAUD, Traité de l'enregistrement (n. 15), n° 1473, p. 436. Championnière ajoute: «cette distinction est utile; elle sert à caractériser toutes les conventions dans lesquelles un ouvrier s'engage à travailler, soit à la journée, soit à l'année; il se trouve, dans ce cas, dans la dépendance du maître, en sorte que s'il lui plaisait de cesser son travail, soit au milieu de la journée, soit dans le courant de l'année, il ne le pourrait pas sans rompre le contrat.» (ibid.).

89 TROPLONG, Échange III (n. 10), n° 64, p. 237.

celui qui initie l'ouvrage, en vue de le faire fructifier par autrui. C'est cette solution qui a les faveurs de Troplong, qui s'appuie sur Cujas:

> «En suivant cette idée que le travail est un capital productif, on doit appeler locateur, l'ouvrier qui le fournit à autrui en recevant un salaire; et la partie adverse qui le paie, preneur ou conducteur.»[90]

Le nerf de la démonstration réside en effet dans la transformation considérable que connaît la nature même du contrat, qui désigne désormais le plus souvent une situation où l'objet de la location est le travail de l'homme de peine, considéré comme un capital productif dont le travailleur est propriétaire. Il va de soi, pour le Tribunat comme pour Troplong que dans le contrat de louage d'industrie moderne, c'est celui qui entreprend l'ouvrage qui dirige le travail des salariés qu'il paye pour le réaliser. Ainsi sera désormais, et par définition, conducteur, celui qui projette la réalisation d'un travail et qui possède les matières premières requises, celui qui initie l'ouvrage, l'entrepreneur, ici entendu dans le sens de celui qui a quelque chose, une propriété, à faire fructifier par le travail d'autrui. On objectera qu'il est difficile de refuser à l'homme de peine ou au domestique le statut d'entrepreneur si le Code civil, et Troplong avec lui, accorde que le travail est un capital productif.

Selon Troplong, la réponse ne peut résider que dans la distinction anthropologique des activités humaines, dans l'opposition des travaux intellectuels, parmi lesquels on compte la conception et l'initiative d'affaires portant sur une chose à fructifier, et les travaux manuels parmi lesquels on compte leur réalisation. On voit ici que l'opposition des arts libéraux et des arts mécaniques défendue par notre auteur ne joue pas seulement un rôle fondamental dans la distinction du mandat et du louage d'ouvrage, mais qu'elle est encore déterminante dans la légitimation de la version du louage d'industrie et de service adoptée par le Code civil, selon laquelle c'est toujours l'initiateur de l'affaire qui la conduit.

3) La distribution de la «conductio» *selon Duvergier*

On ne sera donc pas surpris de constater que Duvergier adopte la position du Conseil d'État, en allouant la *conductio* à celui qui paye le prix, même s'il n'est pas à l'initiative de l'affaire.

Pour Duvergier en effet, il n'existe que deux catégories de louage d'ouvrage: le louage d'industrie et le louage de service. Dans le louage de service, «il y a engagement d'employer au service d'autrui son activité, soit

90 TROPLONG, Échange III (n. 10), n° 64, p. 234.

physique, soit intellectuelle, pendant un certain laps de temps», tandis que dans le louage d'industrie «il y a obligation d'exécuter par son industrie une œuvre convenue». Ainsi, «dans un cas, c'est le travail lui-même qui est l'objet du contrat; dans l'autre, c'est le résultat du travail que les parties ont en vue. Ici l'engagement est rempli s'il y a un travail assidu et convenable; là l'obligation n'est accomplie qu'autant que l'œuvre est achevée. Enfin le prix pour l'un des travailleurs est déterminé à raison du temps qu'il emploie, pour l'autre, il est fixé d'après l'ouvrage qu'il a fait.»[91]

On voit ce qui distingue cette typologie de celle adoptée par Troplong. Là où ce dernier distingue le louage de l'ouvrage, celui du travail et celui du travailleur, Duvergier ramène cette dernière catégorie à la seconde, dans laquelle il inclut les gens de peine et les domestiques. Ainsi, il élève les domestiques au rang des ouvriers et ne connaît plus que deux régimes, celui de l'artisan qui s'engage à faire un ouvrage et celui de ceux qui louent leur travail à temps. Dans ce nouveau cadre, le louage d'industrie correspond à ce que Troplong appelle le louage d'ouvrage, la *locatio operis* romaine, et le louage de service selon Duvergier est le louage d'industrie de Troplong, la *locatio operarum* romaine.

Cette présentation offre deux avantages: elle rend justice aux domestiques en en faisant des travailleurs à part entière, contre le Code, mais avec les mœurs, et elle fixe la distribution de la *conductio*, sans en passer par la hiérarchisation anthropologique des activités humaines.

Dans ce système en effet, la *conductio* revient toujours à celui qui paie le prix. C'est la solution de Pothier, mais assise sur d'autres fondements: selon Pothier en effet, cette règle ne s'applique que pour le louage d'ouvrage, et s'inverse en matière de louage de choses, elle est par conséquent dictée par la nature des choses, ce que refuse Duvergier pour qui le conducteur est *toujours* celui qui paie, y compris en matière de louage de chose *(locatio rei)*:

> «Je pense donc qu'il faut invariablement voir le locateur dans celui qui s'oblige à faire jouir de sa chose ou de son travail, qui par conséquent reçoit le prix; et que le conducteur est toujours celui à qui la jouissance de la chose ou le travail profite, moyennant le prix qu'il paie. La règle ainsi posée est uniforme pour tous les cas; elle se fonde sur la nature même des conventions, et non sur des circonstances accessoires.»[92]

La solution de Pothier est donc généralisée et trouve son fondement non plus dans la nature des choses, mais selon la seule nature des conventions, qui fixe les parties dans deux rôles précis: celui qui paie pour profiter, et celui qui

91 DUVERGIER, Droit civil (n. 11) XIX (continuation IV), n° 333, pp. 383 et 384.
92 DUVERGIER, Droit civil (n. 11) XVIII (continuation III), n° 5, p. 10.

reçoit un salaire pour faire profiter. La solution de Duvergier est donc particulièrement radicale. Le droit distingue trois espèces de louage (chose, industrie, service), mais ne connaît désormais plus que deux catégories d'hommes: celle du salarié et celle du conducteur.

On voit ce qui peut, dans cette théorie, inquiéter Troplong: qu'il soit fait appel au louage d'ouvrage, d'industrie ou de service, quelle que soit la signification qu'on donne à ces termes, celui qui paie conduit toujours, celui qui reçoit le prix perd toujours le contrôle de la réalisation de l'affaire en cause, même si cette affaire est un service libéral ou une œuvre d'art. Autant on ne saurait le suivre lorsqu'il reproche à Duvergier d'être matérialiste ou de vouloir niveler les hiérarchies sociales, autant il est tout à fait indéniable que dans le système proposé par Duvergier, les activités libérales sont salariées, et que le salarié est subordonné à celui qui le paie, ce qui n'est pas acceptable pour les travailleurs intellectuels, fussent-ils consentants.

Autrement dit, il est juste que la propriété se prolonge dans le pouvoir de faire fructifier sa chose matérielle en employant des travailleurs manuels, mais la richesse ne saurait justifier le pouvoir dans la sphère des biens moraux où c'est l'honneur et le génie qui donnent le droit de se conduire soi-même.

IV. *Conclusion*

Au terme de cette longue querelle, il est difficile de proclamer le vainqueur, le plus vraisemblable étant que les deux lutteurs se sont mutuellement vaincus au terme d'un combat en trois manches.

La première manche fut celle des valeurs morales, et l'on a vu que l'un comme l'autre professent les mêmes, celles du christianisme, mais que Troplong va les chercher dans l'autorité des Anciens, tandis que Duvergier les trouve dans les mœurs que décrit la science économique, dans laquelle il voit, à la suite de Pellegrino Rossi, la «science morale par excellence».[93]

La seconde manche fut celle, politique, de la conservation de l'ordre social, pour lequel nos auteurs montrent le même attachement, même si Troplong voudrait qu'il se reflète dans le régime des contrats et soit fondé sur l'honneur, et que Duvergier se satisfait de le voir exprimé par le libre jeu du marché, dans l'inégale rémunération pécuniaire des travaux.

C'est donc la troisième manche qui fut décisive; elle se déroula sur le terrain de la cohérence interne de la théorisation du régime du travail salarié.

En voulant fonder le droit des biens sur les principes économiques de l'égale liberté des travailleurs, Duvergier doit renoncer à fonder le contrat de louage sur

93 PELLEGRINO ROSSI, Observations (n. 8), p. 34.

la nature des choses, pour se contenter des principes qui dérivent de la nature des conventions: le juste prix et le consentement. Ce faisant, il rend compte de la légitimité de l'échange de valeurs matérielles que réalise le contrat de louage, mais pas du rapport de subordination qu'il institue. En faisant résider la rationalité du contrat de louage d'industrie sur la seule justice commutative, c'est-à-dire sur le rapport de proportion entre le salaire et la valeur produite, la pensée économique s'interdit de penser, et donc de justifier, la distribution unilatérale de la *conductio* qui caractérise le droit moderne, la subordination dans le travail instituée par le contrat de louage, ou plus exactement, elle le fait reposer sur le seul consentement des travailleurs conduits, au risque politique et social que ces derniers ne se ravisent. Notons au passage que cette remarque ne vise pas seulement la prétention à *justifier* le contrat de travail au moyen de l'analyse économique, mais encore celle d'en produire la *critique* en se concentrant sur l'absence de proportion dans les valeurs échangées (la plus-value).

Troplong, pour sa part, propose un fondement anthropologique solide à la subordination dans le travail, au prix toutefois de l'introduction dans le raisonnement juridique d'une prémisse qui vide largement de son contenu positif le principe de l'égale liberté des personnes, en refusant d'appliquer ce principe à la sphère du travail.

Autrement dit, Duvergier parvient bien à penser la libération du travail, qui fait déchoir les arts libéraux de leur supériorité, mais ne parvient pas à penser la liberté dans le travail, dont ces mêmes arts libéraux sont pourtant le sanctuaire. De cette confrontation entre deux conceptions de la liberté, il résulte une fragilisation considérable de la justification de la subordination dans tout engagement à travailler pour autrui. Duvergier nous convainc en effet de la nécessité d'étendre l'égale liberté des personnes à celle des travailleurs, et Troplong semble bien avoir raison lorsqu'il souligne que le louage institue un rapport de subordination qui contredit la liberté des travailleurs, et que ne justifie pas leur consentement. Tout se passe donc comme si la science juridique, qu'elle reste classique ou qu'elle s'ouvre à la science sociale, échouait dans sa tentative d'apporter une réponse *morale* satisfaisante à la question sociale. On peut y voir l'échec des prétentions dogmatiques de l'économie.

Mikhaïl Xifaras
Paris