

I. ROZPRAWY

ELISABETH GUIBERT-SLEDZIEWSKI (Paris)

Les avatars du sujet de droit bourgeois

Le droit de la Révolution française est un droit inachevé. Sur le plan des institutions politiques, bien sûr, puisque les avatars du droit constitutionnel sont la matière même de la lutte révolutionnaire, et que les trois grands textes de 1791, de 1793 et de l'an III (1795) marquent chacun une étape décisive des rapports de force au sein de la bourgeoisie, ou plus encore, entre la bourgeoisie propriétaire et les classes populaires mobilisées par la Révolution. Mais si l'œuvre législative des Assemblées révolutionnaires est inachevée, c'est aussi sur le plan du droit privé, et notamment du droit civil. Les raisons ne sont pas tout à fait les mêmes, et le mot „inachevé” prend un autre sens.

Ou plutôt deux, l'un matériel, l'autre théorique. Matériellement, la législation civile de la Révolution est une addition de mesures majeures ou mineures qui ne forment pas de système, soit qu'elles comportent des blancs, soit que leurs effets se trouvent entravés par de constantes remises en cause, tant au niveau législatif qu'au niveau juridictionnel. Théoriquement, le droit civil de la Révolution est un droit „intermédiaire”, qui se définit sans doute par sa rupture avec les principes de l'Ancien Régime, mais aussi par sa profonde dissemblance d'avec le Code civil, qui en est à la fois le résultat et l'invalidation.

On peut dire que le droit intermédiaire s'inachève dans le Code civil. Ce sera là l'objet de notre réflexion. Nous nous demanderons quels idéaux animent la législation civile révolutionnaire, à quelles conditions ils lui confèrent un sens révolutionnaire, et comment, si ces conditions ne sont plus remplies, le législateur peut poursuivre son œuvre en y investissant des idéaux sensiblement différents, malgré l'apparente continuité des principes et des concepts juridiques utilisés. Il s'agira, en d'autres termes, de voir quels aspects contradictoires de la législation révolutionnaire peuvent déterminer les glissements qui s'opèrent entre le droit civil intermédiaire et le Code Napoléon. De l'un à l'autre, quels traits se conservent, quels traits s'annulent ou changent

de sens. Ou encore — puisque notre objet n'est pas de comparer deux états de la législation, mais de saisir la dynamique d'un dépassement —, comment fonctionnent dans le droit intermédiaire des principes et des concepts qui, dans le système du Code civil, changeront de fonction et de sens.

Cet objet précisé, envisageons-le à présent d'un point de vue moins formel. Ce qui nous conduit à rechercher, en inversant la chronologie, dans quels aspects du Code se marque le plus nettement l'inachèvement du droit de la Révolution.

Dans un article paru dans la revue de théorie juridique *Droits*¹, Xavier Martin entreprend de démysterifier l'humanisme spiritualiste et individualiste dont les juristes français créditent traditionnellement le Code civil. Passant au crible les implicités et les explicités idéologiques de l'oeuvre de 1804, l'auteur dénonce sans ménagements le „matérialisme assez sommaire” qui l'inspire. A cette occasion, il fait une pénétrante analyse du statut conféré à l'individu dans le Code civil. L'exposé et le commentaire du raisonnement de Xavier Martin constitueront pour nous un point de départ, et fourniront des repères utiles à la problématique que nous venons d'esquisser. Déplaçons-nous donc provisoirement du droit intermédiaire vers le monument législatif du Consulat.

Le Code civil est-il „la spiritualiste efflorescence”, ironise Xavier Martin, qu'ont célébrée jusqu'à nos jours les historiens du droit? Peut-on suivre Gérard Cornu lorsqu'il affirme: „Le Code civil est un hymne à l'individu. Etre libre et doué de raison, l'individu est la référence de ses valeurs”²? Peut-on estimer avec Jean Carbonnier que l'homme du Code civil „est traité essentiellement comme une volonté [...] toujours forte, éclairée, tendue vers un but, et libre”³? Pour Xavier Martin, cette „vue académique” est inexacte, et confine à l'angélisme tant elle ignore la réalité politique et idéologique qui détermine les choix du législateur: „la tendance officielle, sous le Consulat, est plus à l'autoritarisme de caserne qu'à l'exaltation d'individualités voulues autonomes”. De cela, deux témoignages irrévocables: celui des actes pris par le gouvernement dans les domaines civil et politique, et celui des débats préparatoires à l'élaboration du Code Napoléon.

Imprégnés par une anthropologie matérialiste réductionniste, notamment celle de Cabanis, et soumis à des impératifs de gestion autoritaire de la société, les rédacteurs ont construit le système caporaliste et philistin qu'exigeait le régime de Bonaparte, et qui seul pouvait

¹ Xavier Martin, *Nature humaine et Code Napoléon*, *Droits*, n° 2, 1985.

² Gérard Cornu, *Droit civil*, t. I, p. 122, Paris 1980.

³ *Droit civil*, t. I, p. 66, 10^e édition, Paris 1974.

régler les destinées civiles de la grande ruche à laquelle devait, pour ce dernier, se réduire le corps social.

L'individu en est bien l'unité de mesure. De même qu'il est bien l'objet privilégié de la législation. Mais faire de lui le point d'application du Code n'est pas lui rendre hommage: c'est au contraire le moyen de le contenir. Pour le législateur bonapartiste, l'individu est une mécanique égoïste qu'il faut intégrer à la mécanique sociale, laquelle peut seule ordonner ses appétits, canaliser ses forces, et fixer ses capacités. Si la loi ne leur prescrit pas de bornes, leur épanchement anarchique menacera le pacte social. Loin de faire confiance aux volontés individuelles, à leur potentiel de sociabilité, on craint plutôt leur propension à déstabiliser les institutions. La loi n'est donc pas la confirmation des tendances centripètes de l'individu, mais la prévention autoritaire de ses tendances centrifuges. La bête brute triompe de l'animal politique, dès que sa volonté est tenue pour autonome, et que la loi n'en règle pas le mouvement.

Nous pourrions rassembler les arguments de Xavier Martin autour d'un seul exemple, qu'il donne comme révélateur des présupposés du Code civil, mais aussi des ambiguïtés de sa formulation — et donc de son interprétation. Il s'agit de l'article 1134, alinéa 1: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”. Cette formule est traditionnellement entendue comme une exaltation de la rationalité propre aux conventions passées entre les individus. Pourvu qu'elles ne dérogent pas „aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs” (art. 6), les conventions particulières ont force de loi, et les individualités contractantes n'ont ainsi qu'à manifester spontanément leur puissance pour créer l'énergie juridique suffisante à les obliger. Ce qui incite Gérard Cornu⁴ à voir dans „l'autonomie de la volonté l'un des fondements de l'ordre civil”.

Mais, dans le contexte autoritariste du régime consulaire, dans le matérialisme ambiant, qui rejette la volonté humaine du côté des sensations éphémères, dans le pessimisme historique et moral de la décennie qui suit la Terreur, cette interprétation n'est peut-être pas la plus pertinente. Xavier Martin en propose donc une autre, qui en prend exactement le contrepied. L'article 1134, alinéa 1 dit en fait que la loi doit verrouiller la volonté individuelle, en codifier toutes les expressions, jeter son dévolu sur toutes les initiatives du sujet et les confisquer au profit de la collectivité — prise comme ordre social établi, et non bien sûr comme sujet souverain. „Si l'homme est, ainsi, conditionné par ses appétits, si sa volonté n'est que girouette, des individus s'engageant par contrat, loin de sécréter un flux d'énergie juridique à l'égal de la

⁴ Gérard Cornu, o.c.

loi souveraine, doivent être, dans l'intérêt social, proprement ligotés à leur engagement, et le législateur à cet effet maintiendra dans les reins de chaque contractant la pointe de cet alinéa pour tenir socialement coordonnée cette masse d'individualités mécaniquement égoïstes".

Une telle lecture souligne, on le voit, la violente tension de la structure juridique, et plus largement, de la société qu'elle est censée ordonner. D'un côté, un chaos d'appétits particuliers, une société civile dont l'individualité atomique constitue la seule mesure, et où toutes les solidarités anciennes sont devenues impraticables. D'un autre côté, un droit normalisateur, enfermant les rapports sociaux dans un carcan de dispositions ajustables à la vie de chaque individu. Modèle directement emprunté à Hobbes, rappelle Xavier Martin, évacuant toute référence au droit naturel et à la légitimité. Les hommes sont des loups. Les volontés sont des motions animales, immorales dans leur principe. „Laisées à elles-mêmes, les fantaisies individuelles ne peuvent que s'entre-choquer, un positivisme juridique massif est le seul remède à cette anarchie de nature, et l'objectif du pacte social est l'instauration, à cet effet, d'un pouvoir fort et définitif".

Ainsi conçu comme rectification autoritaire d'une nature sauvage de l'individu⁵ et comme incorporation forcée de cet individu dans le pacte social, le droit est alors défini par deux caractères essentiels: il est artificiel, il est conservateur.

Artificiel, parce qu'il faut une industrie qui relève du génie transformateur de l'homme, pour intervenir sur une nature hostile: non plus celle de la matière et des éléments, mais celle des pulsions bestiales de l'individu. Les combinaisons du droit comme „réponses à la violence" ... — cet emprunt aux œuvres d'un ci-devant garde des sceaux, pour suggérer que l'actuelle idéologie sécuritaire appartient peut-être à la même filiation.

Conservateur, parce qu'il faut défendre à tout instant l'ordre social contre les menées par définition subversives de l'intérêt individuel. C'est en ce sens que le fleuron de cet artifice conservateur sera la propriété. Loin d'être un droit naturel, celle-ci caractérise au contraire l'homme social, et ne vaut comme droit que dans la mesure où elle développe, par la médiation des choses, sa capacité à se conserver telle. En faisant de l'homme sauvage un propriétaire, le droit peut espérer neutraliser son impénitent désir de dissidence. On sait que ce raisonnement, véritable nerf de la „paix bourgeoise"⁶, est promis à un bel avenir

⁵ Il y aurait beaucoup à dire, dans cette perspective, de l'édifiante aventure de Victor de l'Aveyron, contemporaine de la préparation du Code civil; l'enfant sauvage ne trouve-t-il pas en Itard, comme le peuple français en Bonaparte, son législateur?

⁶ Cf. André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1974.

— du fameux „enrichissez-vous” à cette doctrine sociale de la droite qu'est la „participation”. Mais c'est encore Guizot qui dit les choses avec le plus de rigueur: „je veux le triomphe définitif [...] des classes moyennes en France; mais [...] il faut que les classes moyennes ne soient ni violentes et anarchiques, ni envieuses et subalternes”⁷. Le propriétaire est l'individu normalisé, civilisé, vacciné par ses droits contre ses passions.

La définition de la propriété comme artifice civilisateur, comme ruse du pacte social auprès de l'individu, semble alors être le maillon le plus fort du Code civil. Xavier Martin rappelle que si les constituants de l'an III veulent tant „fonder l'ordre social sur la propriété [...] c'est qu'en outre il est désormais urgent pour eux de fonder du même coup la propriété sur l'ordre social”. On pourrait en dire autant du législateur consulaire, et commenter l'article 544 du Code civil dans le même esprit que l'article 1134: „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”. La glose insiste toujours sur le clivage qui oppose les deux parties de la formule légale: „la notion même du droit de propriété et [...] les restrictions à ce droit”⁸. Dans cette optique, les restrictions énoncent les conditions sans lesquelles le droit serait caduc, puisque son exercice ne pourrait être protégé. Mais ces conditions sont-elles vraiment des restrictions? Dans la mesure où la propriété est déjà définie dans la première partie par rapport à son exercice, qui constitue bien son contenu et ses attributs, elle est d'emblée inscrite dans un rapport déterminé par la loi. Le propriétaire n'entretient pas avec la propriété une relation d'essence: il ne jouit et dispose que „des choses”, non de ses biens, c'est à dire de ce qui transcenderait la matérialité de la possession, reflèterait la personne du possesseur, sa qualité d'homme, bref, pourrait être constitué avant l'intervention de la loi. Rien de naturel dans la propriété. Elle est créée par les institutions qui en réglementent l'usage, du même mouvement qu'elles la reconnaissent comme propriété. Et l'on sait bien qu'en 1804, la grande question est de savoir ce qui est reconnu comme propriété. L'Etat doit intervenir à la source du droit de propriété, pour éviter aux spoliés de l'Ancien Régime de prétendre à des biens qui, à leurs yeux, sont les leurs, ou plus précisément, font partie de leur être propre. Il devient alors nécessaire de souligner que la propriété est un droit sur la matérialité des „choses”, non un lien ontologique et personnel. L'acheteur de biens nationaux ne doit pas se voir opposer un argument d'essence: ce que tu dis posséder est-il bien à toi? La possession de fait, issue des bouleversements de la société, ne saurait

⁷ François Guizot, *Chambre des Députés*, 8 mai 1837.

⁸ Jean Carbonnier, o.c., t. III, p. 106.

être confrontée à une propriété de droit, antérieure à elle. C'est ce que suggère dans une note Jean Carbonnier⁹: „L'art. 544 prend les propriétés telles qu'il les trouve au sortir de la Révolution; ce sont les propriétés actuelles qu'il consacre, sans permettre d'en rechercher les sources, ce qui a une immense portée en 1804. *De la manière la plus absolue*, cela signifiait pour les acquéreurs de biens nationaux *sans être inquiétés*, et l'art. 544 devait être leur titre contre les revendications des anciens propriétaires". Dès lors, pourquoi ne pas prolonger l'analyse en montrant que, logiquement, elle est incompatible avec le commentaire classique selon lequel „la propriété est affirmée comme un droit subjectif, individuel, un droit de l'homme et du citoyen (cf. Décl. de 1789, a. 17)"¹⁰? Si la propriété est l'exercice réglementé du droit que la société reconnaît à l'individu sur les choses, et non la garantie qui lui est donnée de disposer de ses biens, on quitte évidemment l'univers du subjectivisme jurnaturaliste qui informe la définition de 1789, et même celle de 1793.

Revenons à la structure de l'article 544. „La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements". Le deuxième membre de phrase n'étant pas entendu ici comme une restriction au premier, mais comme son fondement rationnel, on s'explique alors la difformité de l'adjectif „la plus absolue" — superlatif relatif peu convenable à un tel qualificatif! —: le droit de jouir et de disposer est absolu dans sa réalisation, mais relatif dans sa création, puisqu'il ne vient pas de l'individu lui-même, mais de la société qui le constitue comme sujet de droit, à telles et telles conditions.

Résumons toute cette analyse, avant de la projeter en retour sur le droit intermédiaire. Le Code civil est le face-à-face de l'individu et de l'Etat, la mise en coupe réglée des intérêts de l'atome social. S'il peut apparaître comme une exaltation de l'individualité, c'est que pour normaliser ces intérêts, il ne les écrase pas, mais au contraire les codifie, faisant des personnes privées les obligées de l'ordre public. Nous nous référerons pour conclure à une formule d'Emile Montégut, dans son éclairant essai de 1855, *De la toute puissance de l'industrie*: la Révolution française, écrit-il, „n'a laissé debout que des individus. Cela étant, comment ces individus épars, isolés, ne se rattachant plus les uns aux autres par aucun lien hiérachique, vont-ils se gouverner? [...] Deux moyens de salut se présentent: un expédient et un fait. L'expédient, c'est la puissance de l'Etat avec tous les formidables instruments dont il dispose [...]. Le fait, c'est l'industrie [...] arrivée à point nommé dans le monde pour donner une base aux sociétés qui

⁹ Jean Carbonnier, o.c., pp. 108 - 109

¹⁰ Ibidem, p. 106.

allaient tout à l'heure n'en plus avoir". Le Code civil, comme expédient capable d'ordonner l'espace ouvert à l'expansion de l'industrie? Comme quadrillage de la société civile et comme règle d'assujettissement des individus au jeu bourgeois? Il faut ajouter alors que sa fonction majeure, dans ce cadre, est de faire l'économie du politique, en appliquant directement la „puissance de l'Etat" au traitement des intérêts individuels.

Pourquoi la Révolution n'a-t-elle „laissé debout que des individus"? Etais-ce là son idéal, au sens où nous entendons ce mot, de but historiquement poursuivi et partiellement réfléchi par un groupe social? En ce cas, de quels individus s'agit-il? On conçoit difficilement que dans sa phase de développement révolutionnaire, le mouvement bourgeois ait donné à l'individualité civile et politique le même contenu que dans sa phase de stabilisation. Le Code Napoléon est l'oeuvre d'un pouvoir résolument autoritariste, qui ne fait aucune confiance à la clairvoyance des individus, ni dans la conduite de leurs relations privées, ni à plus forte raison dans celle de l'intérêt public. Il faut chercher quel concept de l'homme social a pu se construire et prévaloir dans la législation intermédiaire, y imposant un modèle d'individualité contractante beaucoup plus souple et beaucoup plus large, mais que l'évolution du pouvoir bourgeois rendra de plus en plus difficile à assumer. Incapable de mener ce concept et ce modèle à leur terme, mais soucieuse de conserver les acquis de la Révolution, dans le droit comme dans les rapports sociaux qu'il codifie, la bourgeoisie stabilisée prélève dans les institutions de la bourgeoisie révolutionnaire tout ce dont elle a besoin pour consolider „ses fondements encore mal assurés".

Mais ce prélèvement consiste aussi à abstraire les matériaux de leur disposition première, et donc à les récupérer, à tous les sens du mot. Pour comprendre la récupération, et ce qu'elle implique de conservation et d'escamotage, il faut prendre la mesure de l'apport révolutionnaire initial. Nous allons interroger les textes du droit intermédiaire, sur le terrain décisif que constitue la définition du sujet de droit. Elle commande celles de la propriété et du contrat, mais aussi, plus profondément, les grandes distinctions de la pensée juridique bourgeoise: droits subjectifs/droit objectif, droit privé/droit public. Sur tous ces plans, nous nous efforcerons de penser les orientations de la législation révolutionnaire dans leur continuité et leur discontinuité, soit, dans la dynamique de leur inachèvement par rapport au Code civil.

C'est dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qu'il faut chercher les principes fondateurs. On les voit se confirmer et se transformer dans celle du 24 juin 1793, qui sert de préambule à la Constitution montagnarde. On en constate enfin la radicale mutation dans la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen, inscrite en tête de la Constitution du 5 fructidor an III

(22 août 1795). Sur la base du premier texte, nous consacrerons l'essentiel de l'analyse du deuxième, et nous nous contenterons de nous référer au troisième, dont l'examen détaillé excèderait les limites matérielles imparties à ce travail.

L'homme, sujet de droit et objet de la législation publique et privée: tel est le double postulat de départ. L'homme, être naturel, possède des droits que fonde sa seule nature d'homme. Ces droits sont naturels, au sens où ils sont accordés à l'espèce humaine par un ordre transcendant. Ce qui nécessitera de les reconnaître „en présence et sous les auspices de l'Etre suprême”. Mais naturels, ils le sont aussi au sens où l'homme, par sa qualité d'homme, c'est à dire indépendamment de sa position sociale effective, peut à tout instant les faire valoir. Enfin, ce sont des droits, qui à la différence des aspirations impliquent une situation relationnelle: si subjective que soit ici la définition du droit, c'est tout de même par rapport à d'autres hommes que l'homme possède des droits, et qu'il a naturellement droit à les faire reconnaître d'eux. Le droit définit alors son sujet comme individu confronté à d'autres individus: il n'y a droit que si quelqu'un d'autre et de semblable peut nier ou accepter ce droit. Les droits naturels sont donc déjà des droits sociaux, même si la société n'est pas encore constituée positivement. Ce sont les droits d'un homme en relation, ou fait pour y être. L'homme ne pouvant être, globalement défini comme espèce, placé en relation de reconnaissance ou de contestation, sinon avec des êtres justement incapables de reconnaître ou de contester ses droits (les animaux, les éléments), il ne peut faire valoir ces droits qu'auprès d'autres hommes: c'est à dire, comme individu.

Cet individu possède sans doute des droits, mais ne peut à lui seul les réaliser. Dans l'état de nature, il peut seulement postuler que d'autres individus, comme lui, ont des droits et sont capables de reconnaître les siens. Mais le mode pratique de cette reconnaissance mutuelle n'est pas garanti par l'ordre naturel, puisque de fait, les relations dans lesquelles sont pris les individus font dégénérer la nature: „l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics”. L'amnésie de l'état social doit être combattue par l'institution d'un état civil.

Lui seul pourra confirmer les droits de l'individu, en armant sa personnalité juridique des capacités qui lui permettront de se réaliser. L'état civil est le principe de réalité des droits naturels: il les conduit à la réalisation, en leur opposant des limites. Il faut une volonté politique pour opérer cette conversion: „Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale [...] ont résolu d'exposer [...] les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme”. Le discours objectif du droit, son effectivité physique („dans une déclaration solennelle”), prend en charge les droits subjectifs de la personne. Il transforme, ce

faisant, l'homme en citoyen: „l'Assemblée nationale reconnaît et déclare [...] les droits suivants de l'Homme et du Citoyen”. Sous le rapport de ses droits naturels, qui le fondent comme sujet juridique, l'individu sera appelé „homme”. Sous le rapport de ses capacités, dont le droit objectif lui garantit l'exercice, il sera appelé „citoyen”.

Le droit forme ici sa *summa divisio*: il distingue une fois pour toutes les droits subjectifs et le droit objectif, les droits des personnes privées et la règle que leur confère une garantie institutionnelle. Division majeure, qui est aussi une majeure ambiguïté. Le sujet de droit, est-ce la personne que le droit doit protéger, en donnant à l'homme la carapace du citoyen? Ou la personne qui veut que le droit la protège, et qui s'en donne les moyens par un contrat politique? Dans un cas, le droit objectif est par essence extérieur aux droits subjectifs, et le droit privé est la projection verticale du droit public sur les rapports des individus. Dans l'autre, le droit objectif n'est que l'objectivation des droits subjectifs, c'est d'eux qu'il procède, sous la double forme du droit public et du droit privé, qui ne sont à vrai dire que les deux figures, pas toujours discernables, d'une même exposition des droits subjectifs.

C'est à partir de cette ambiguïté, et selon les interprétations politiques qui en prévaudront, que s'effectuera le glissement de la Déclaration de 89 à celle de 93, puis le glissement des principes de 93 à ceux de l'an III et du Code civil. Si l'on considère les deux positions qui viennent d'être évoquées, le clivage majeur pourrait bien se faire au niveau du premier glissement, entre 89 et 93, le second glissement constituant plutôt un retour à la position de 89. Mais l'histoire n'est pas si simple. On peut montrer que la rupture avec 89 s'opère en deux temps, et sous deux formes bien différentes, d'une part en 93, d'autre part en l'an III. Le droit intermédiaire aurait alors donné deux versions du dépassement des principes de la Constituante, s'écartant toutes deux du jusnaturalisme initial: l'une pour le radicaliser au profit d'un monisme politique, où le citoyen serait le sujet de tout le droit; l'autre, pour l'escamoter au profit d'un ordre juridique cloisonné, positiviste, où l'individu serait l'objet de toutes les réglementations.

Abordons ici la version révolutionnaire et radicale, qui s'exprime dans la définition des droits de l'homme de l'été 93.

Les droits subjectifs sont les droits qui constituent le sujet, comme sujet. C'est à dire, non seulement comme personnalité juridique, mais aussi, et surtout, comme conscience juridique, comme volonté d'agir rationnellement pour la protection de ses droits. L'homme, dans ce cas, n'est rien d'autre que ce qui, en chaque citoyen, veut être citoyen. Comme en 89, le gouvernement est le moyen de la réalisation des droits subjectifs: instrumentalisation du politique dont se gaussera Marx dans *La question juive*, mais qui n'a peut-être pas le même sens dans le texte de 89 et dans celui de 93, que Marx se contente de superposer. Dans la

première Déclaration, article 2^o: „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme”. Dans la seconde, article 1^o: „Le but de la société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles”. A travers l'évidente dissemblance des rédactions, se marque une redisposition profonde des rapports entre droits subjectifs et droit objectif, et plus massivement, des rapports entre droit privé et droit public. Ce qui est passif en 89 devient actif en 93. L’„association politique”, la „conservation des droits”, verbes substantivés, affectés par là d'une valeur abstraite, font place en 93 à „est institué” et à „pour garantir”, qui dénotent clairement des actes. La relation statique et impersonnelle que suggère le génitif „conservation des droits [...] de l'homme”, s'efface en 93 devant la relation dynamique, intentionnelle et personnalisée, qu'explicitent la préposition „pour” et le datif „à l'homme”. L'homme ne peut certes se passer du gouvernement, pas plus en 93 qu'en 89. Mais si en 89 cet homme de nature est un principe, le lieu abstrait d'une référence à la nature comme ordre fondant le droit positif, dans le droit-fil du jusnaturalisme classique¹¹, l'homme de 93, en revanche, est bien le titulaire, voire le commanditaire du droit. Car ce qui doit lui être garanti, et non pas seulement conservé, c'est „la jouissance de ses droits”, et non pas seulement ses droits. Le sujet doit jouir, c'est à dire tirer le fruit de ce qu'il est. L'homme de 93 est crédité d'une consistance ontologique qui fait de lui un sujet au sens actif du terme. Ce n'est plus tant à reproduire l'ordre de la nature, qu'est censé prétendre le droit positif. Il doit développer et réaliser la nature de l'homme¹². Ou plutôt, il est lui-même le développement et la réalisation de la nature de l'homme. Ou plus précisément encore, l'homme ne peut développer et réaliser sa nature que dans le droit. Le sujet de droit n'est pas simplement celui qui a des droits. C'est celui qui a droit à, celui qui a droit à avoir des droits. Sujet de droit naturel, sans doute, mais conçu ainsi dynamiquement, sujet du droit positif, intervenant en personne — restera à savoir comment — pour s'y garantir.

¹¹ Jean-Jacques Burlamaqui, *Éléments du droit naturel*, 1775: „le droit en général n'est autre chose que tout ce que la raison approuve comme moyen sûr et abrégé pour parvenir au bonheur”.

¹² C'est ce qu'énonce le projet de Déclaration présenté par Robespierre le 24 avril 1793. „Art. 1^o: Le but de toute association politique est le maintien des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, et le développement de toutes ses facultés”. Ce texte représente une ligne médiane entre les formulations de 89 et de 93, la statique de l'une et la dynamique de l'autre. Robespierre sera bien plus offensif sur l'article 2, qui fait de l'homme le principal intéressé et le sujet actif de ce „maintien” et de ce „développement”: „Les principaux droits de l'homme sont celui de pourvoir à la conservation de son existence et de sa liberté”.

Le sujet de droit n'est pas limité par sa personnalité individuelle. Il englobe, dans sa subjectivité, son être de citoyen, en l'occurrence, son agir politique. Car la mise en oeuvre des garanties individuelles est une entreprise collective, antérieure même, dans son intention, à la constitution politique du gouvernement. La phrase initiale de l'article est explicite à cet égard: „Le but de la société est le bonheur commun”. Entre le sujet naturel et l'intervention des lois qui le protègent, il y a bien place pour une volonté subjective, mais à contenu social et à postulation politique. L'horizon du politique apparaît ainsi comme le cadre rationnel où s'inscrivent les droits du sujet. L'homme de 93, loin d'être „l'homme égoïste”, comme dit Marx, distinct du citoyen, est au contraire l'individu sociable, qui n'a de droits que parce qu'il en développe la conscience, et qui comprend avant la lettre — avant que la loi ne le lui en donne confirmation et garantie — que ses droits sont aussi ceux de la communauté.

Qu'est-ce à dire, sinon que l'homme de 93 est d'abord un sujet moral? Quoi de plus logique, dans ces conditions, que d'énoncer le contenu des droits de l'homme après, seulement, l'esquisse de ce paysage moral où s'enracinent les sujets juridiques, et après l'assignation de l'horizon politique où se déploie leur volonté? Quoi de plus naturel, au sens propre du terme, que de classer ces droits en commençant par le plus moral et en finissant par le plus individuel? L'individu, dans son existence atomique, est la forme la plus faible du sujet de droit. Il faut donc le soutenir en l'articulant à des formes plus fortes, celles de la vie morale du sujet. Les droits naturels et imprescriptibles de l'homme sont donc, selon l'article 2, „l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété”.

Dans le texte d'août 1789, où la continuité entre l'homme naturel et le citoyen était beaucoup moins marquée, et où les droits étaient l'objet d'une conservation objective, extérieure à la nature des sujets, ces droits se disaient quasiment en sens inverse: „la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression”. Ainsi séparée de la capacité la plus sociale et la plus dynamique du sujet de droit („la résistance à l'oppression”), la liberté prenait une valeur franchement individuelle, et s'ouvrait sur son expression la plus individualiste („la propriété”). Dans le texte montagnard, la liberté se définit moralement. Elle est la conséquence pratique de l'égalité. L'article 3 déclare: „Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi”. C'est, des quatre droits de 93, le seul qui soit désigné par le verbe être. La nature le constitue („par”), la loi le reconnaît ou le représente („devant”). L'essence de l'homme est d'être l'égal de ses semblables. L'humanité est un rapport générique. Il n'y a donc rien de naturel en l'homme qui puisse légitimer qu'un individu empiète sur un autre. Si les hommes sont d'abord égaux, et ensuite, agissent comme des sujets libres, c'est bien différents de ce qui se disait en 89, à savoir: „Les hommes naissent et demeurent libres

et égaux en droits". Dans cette formulation de 89, liberté et égalité étaient des qualités juridiques. Dans celle de 93, l'égalité a beau être tenue pour un droit (art. 2), elle est d'abord, dans l'ordre de l'être, un fait, que l'ordre du discours, la loi, doit représenter, et l'ordre de l'agir, la liberté, doit réaliser.

„Article 6. La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui: elle a pour principe la nature; pour règle la justice; pour sauvegarde la loi; sa limite morale est dans cette maxime, — *Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait*”. Définition morale et pleinement subjective, jusqu'à l'ouverture de guillemets, à l'impératif et au „tu” admonitoire, qui marquent la réflexivité et l'appel à la conscience. La liberté est un „pouvoir”, c'est à dire un principe naturel d'affirmation des capacités du sujet, si naturel qu'il est énoncé sous une forme redondante („le pouvoir qui appartient à l'homme”), pour souligner sa spontanéité innocente, et éviter toute confusion avec un pouvoir arbitrairement exercé sur autrui. Mais en tant que pouvoir, c'est aussi l'énergie nécessaire à la réalisation des droits subjectifs dans l'état civil. La liberté n'est pas seulement à protéger, elle est à mobiliser. Elle n'existe que comme agir. Un homme qui n'en userait pas ne serait donc pas vraiment libre. Précieux principe, en temps de révolution, car il permet de faire la guerre aux „esclaves” et de les forcer à être libres, selon la terrible formule du *Contrat social*. Là encore, le droit naturel est bien ce qui fonde le sujet à agir librement, mais on ne voit pas dans quel autre cadre que le politique ce pouvoir d'agir peut être exercé en accord avec sa nature morale. Au coeur de l'homme libre, il y a donc le citoyen, qui demande à exister.

Restent la sûreté et la propriété. L'une reçoit une définition extérieure au sujet de droit. L'autre, une définition individuelle, conjuguant intériorité et extériorité.

„Article 8. La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés”. La sûreté est une condition de la réalisation des droits subjectifs. Ce qui est autre chose que d'en être un mode actif, comme la liberté. Contrairement à la liberté, la sûreté n'engage pas la dynamique du sujet, elle l'accompagne de l'extérieur. Sa valeur instrumentale est soulignée par une formule analogue à celle de l'article 1^o: „à chacun”, „pour la conservation”. La sûreté n'est pas directement la conservation, elle la favorise, elle met chacun en position de conserver ce qui le regarde: „sa personne”, „ses droits” et „ses propriétés”. La sûreté n'est donc pas l'ordre lui-même, ou l'ordre n'est lui-même qu'un moyen. Elle n'a aucune dimension coative. Elle est l'articulation entre la société qui protège mais ne conserve pas, et le sujet qui conserve mais n'assure pas. Elle n'est cependant pas un acte de

gouvernement, pas plus qu'elle n'est un acte du sujet individuel. On peut dire que la sûreté est la condition de la vie sociale des sujets de droit, mais qu'elle n'en est aucunement le but. A cet égard, les pouvoirs donnés au Comité de sûreté générale par le décret du 17 septembre 1793, et confirmés par celui du 14 frimaire an II (4 décembre 1793), marquent bien l'immense écart entre la Constitution montagnarde et le gouvernement révolutionnaire qui l'enferme dans son arche de cèdre. Tout comme la constante référence des thermidoriens à l'ordre social, notamment dans la Déclaration de l'été 95, signifie la défaite du sujet de droit de 93. Dans un cas comme dans l'autre, le rayonnement de la personne civile est étouffé par l'autorité de l'Etat, gardien de la révolution (93) ou gardien de l'ordre (95).

C'est dans l'article 16, définissant la propriété, que le texte montagnard porte le plus haut le concept d'un homme-citoyen, réconciliant la loi et le sujet individuel.

„Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie”. En effet, c'est bien là que le sujet est le plus tourné vers lui-même. C'est là, donc, que le lien entre l'individu et la loi doit se faire le plus explicite. D'où la forme intérieurisée de cette définition, qui pourtant, comme celle de la sûreté, a son centre de gravité à l'extérieur de l'individu. Dans sa forme, la propriété est symétrique à la liberté, et traitée comme un attribut du sujet: „qui appartient à”, expression tonique de la qualité, oblige à mettre en scène le sujet auquel cette qualité se rapporte, au lieu d'énoncer directement le contenu du droit — ce que fera le texte de l'an III, art. 5, en optant pour la formule impersonnelle: „La propriété est le droit de jouir et et de disposer de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie”. La personne du propriétaire est donc, en 93, au centre de la définition.

Mais qui est cette personne? Non plus „l'homme”, comme dans l'article 6 consacré à la liberté, mais „tout citoyen”. Entre ces deux sujets, il y a toute la distance qui sépare la nature et l'état civil. La liberté commence, ainsi que le disait Rousseau, avec la qualité d'homme. La propriété, elle, n'appartient qu'à des citoyens, déjà placés en position d'isonomie („tout citoyen”) par le pacte social. On ne pourrait donc pas dire de la propriété, comme de la liberté, qu’ „elle a pour principe la nature”, et ce bien que, tout comme la liberté, elle figure au rang des „droits naturels”. Où est la différence? La liberté est définie, on l'a vu, comme un „pouvoir [...] de faire”, vertu dynamique du sujet. La propriété est loin, en revanche, d'être traitée comme un élan subjectif. Seule des quatre droits, elle n'est pas prise comme un absolu, mais comme un degré du droit: le texte ne dit pas „la propriété est le droit qui”, mais „le droit de propriété est celui qui”. Sans forcer l'exégèse, on re-

lève de la convention juridique, et est postérieure à l'institution de l'état civil. L'emploi du démonstratif „celui qui” revêt un aspect partitif: la propriété est un droit parmi d'autres droits. En mettant „propriété” au génitif, en en faisant un simple complément de „le droit”, en évitant de lui donner une valeur absolue par l'emploi de l'article défini, en renonçant aussi à lui donner le commandement de la phrase — bref, en n'écrivant pas „la propriété est”, les rédacteurs relativisent donc considérablement la portée de ce quatrième droit de l'homme et du citoyen.

Faut-il en conclure qu'on se place ici déjà dans la logique du Code civil, logique bourgeoise du détachement ontologique? Oui, dans le sens où la propriété est un droit institué, et où elle n'est pas consubstantielle à l'être naturel du propriétaire. S'il faut d'abord être citoyen pour avoir le droit d'être propriétaire, cela veut dire que nul ne peut se prévaloir d'une propriété que la société et les lois ne lui auraient pas reconnue, soit, d'une propriété sans titre, d'un privilège. Mais là où le Code civil donne carte blanche au propriétaire, après l'avoir dûment installé dans les „choses” — à savoir, tout ce qui peut, quelle que soit sa nature, se transformer en marchandise —, le texte de 93 maintient quant à lui la présence personnelle et explicite du sujet au coeur de sa propriété. En d'autres termes, il limite l'extension de celle-ci, en spécifiant la compréhension de son concept. Aussitôt qu'il a assigné un statut juridique à la propriété, l'article 16 s'empresse de revenir au sujet propriétaire, pour l'impliquer avec insistance dans la définition des modalités et du contenu de l'exercice de son droit. Le retour du possessif est particulièrement marqué: „à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie”. Est ma propriété ce que je puis reconnaître et faire reconnaître comme mien, dans le cadre de la loi civile, et cela seul. Je dois ainsi produire la preuve que ce dont je prétends jouir et disposer est effectivement lié à moi, à mon activité de sujet social, et appartient à l'une des catégories mentionnées par la loi. La modalité de la jouissance est déterminée par son objet: le propriétaire dispose „à son gré” de ce qui porte la marque de son engagement propre, dans une société dont il respecte les lois.

Il ne s'agit nullement de restaurer la consubstantialité féodale entre l'homme et son bien, puisque la propriété, répétons-le, ne peut être antérieure à une convention civile. Mais justement, comme il n'appartient qu'à un citoyen d'être propriétaire, le propriétaire doit se comporter en citoyen: ne prétendre qu'à ce qui lui revient. Le texte montagnard contient le principe d'une restriction morale de la propriété, qui soit l'œuvre du sujet lui-même. Ce principe est absent du Code civil, où la propriété est la règle matérielle et impersonnelle de l'ordre social.

Ce qui revient au citoyen-propriétaire de 93, est ce dans quoi il déclare s'engager ou s'obliger comme individualité contractante: „ses biens”, c'est à dire les choses ayant fait de sa part l'objet d'une appro-

priation légale; „ses revenus”, c'est à dire les avantages pécuniaires qu'il recueille légalement d'un engagement ou d'une obligation; „le fruit de son travail et de son industrie”, c'est à dire le prix que la société leur reconnaît, et auquel il décide de les engager. Peu importe la nature de ce travail et de cette industrie. L'article 17 précise: „Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens”. L'accent est bien mis sur l'engagement du sujet, non sur l'objet de l'engagement. La propriété n'est pas, comme dans le Code civil, un lien abstrait avec des „choses” dont la vocation juridique serait, pour consolider l'ordre social, de devenir des propriétés. Il n'y a de propriété que dans la mesure où s'affirment des droits à la propriété, par l'intervention expresse de sujets autonomes. Ne pouvant affirmer que des droits, ces sujets se posent en citoyens. Mais ayant à les affirmer, comme expression de leur identité morale, les citoyens se posent comme sujets, et non comme objets, ou points d'application des lois.

Ce qui se pense dans le texte de l'été 93, c'est l'identité du sujet de droit dans la politique, et la politique comme horizon indépassable de la vertu, ou de l'énergie morale et sociale du sujet. Mieux qu'un propriétaire, le citoyen est le titulaire du droit de propriété. Ce droit confirme la capacité de l'individu à engager ses forces dans une activité contractuelle, il socialise l'intérêt naturel et autonomise l'effort social. Contrairement au Code civil, qui ne voit dans les propriétaires que les indispensables gardiens du système de la propriété, ou comme dira Auguste Comte, de l'égoïsme, la Déclaration montagnarde voit dans la propriété le moyen de donner un contenu légal à l'exercice des droits subjectifs dans le cadre de la société civile, ce cadre où justement, l'individu court le risque de manquer au pacte social. Synthèse de la liberté et de la sûreté, de la personnalité subjective et de la personnalité objective, la propriété protège le sujet contre ses propres appétits, et le moralise de l'intérieur — ce qui est le contraire d'une soumission forcée à l'ordre. En ce sens, le droit de propriété assure la difficile continuité entre l'individu naturel et le citoyen.

Le citoyen de 93 est donc le sujet de tout le droit. Individu libre et sociable, il adhère au pacte sur la base morale de l'égalité. De ce fait, il ne peut que vouloir tout ce qui est propre à la maintenir, et il se constitue, d'un mouvement intérieur à sa nature mais accordé à l'horizon politique des lois, comme sujet de droit public. La propriété le ramène-t-elle à son intérêt atomique? Non, puisqu'elle est contenue dans les limites de l'affirmation du sujet, c'est à dire d'une part dans le cadre légal et d'autre part dans la mesure, somme toute étroite, de la performance et de l'engagement social de l'individu. Quoi qu'il fasse, pourvu que ce soit lui, comme citoyen, qui le fasse: telle est l'activité qui définit son droit de propriété, et qui exclut tant le privilège que l'aliénation de sa propre force de travail.

La propriété, ainsi définie, ne peut être autre chose que l'émanation de la personnalité indivisé de l'homme-citoyen. Il ne serait pas abusif de dire qu'elle devient alors un patrimoine civique. Dans la forme d'une universalité de droit, elle constitue l'unité morale des actes par lesquels le citoyen recherche à la fois son intérêt privé et l'intérêt commun. Sa structure, assimilable à celle d'un patrimoine, autorise des commutations entre les éléments, sans que soit affectée l'unité de l'ensemble. Ce patrimoine est fondé par l'autonomie qui caractérise son titulaire. Ainsi, s'il est vrai que le propriétaire de 93 jouit de son bien comme citoyen, il est probable que, réciprocement, le citoyen de 93 réalise son droit comme propriétaire. Et même, comme un propriétaire. Car le modèle du patrimoine civique, qui réconcilie l'homme individuel et le citoyen dans une indivisible et autonome universalité, est extensible à toutes les activités du sujet dans l'horizon politique. N'eût-il, en fait de bien, que son pain et ses meubles, le citoyen n'en exercerait pas moins son droit de contribuer, d'un même mouvement de sa volonté, à son bonheur propre et au bonheur de tous.