

LE DROIT À L'ÉPREUVE DE LA SOCIÉTÉ RAYMOND SALEILLES ET L'IDÉE DU DROIT SOCIAL

Avec ce qu'il est convenu d'appeler depuis Georges Gurvitch l'école française de l'objectivisme juridique ou école du droit social, le tournant du siècle abrite en France un travail profond de redéfinition des figures et des sources de la règle de droit. Si Léon Duguit et Maurice Hauriou sont identifiés comme les représentants les plus sûrs de cette tradition, le travail décisif de Raymond Saleilles demeure quant à lui largement ignoré. La postérité de Saleilles se rattache à l'influence d'un maître-livre, *De la personnalité juridique*, publié en 1910, qui fait suite à une série d'études de droit civil comme *Les accidents du travail et la responsabilité civile* (1897) ou encore *De la déclaration de la volonté* (1901). L'intuition qui traverse toute l'œuvre de Saleilles vit du constat de l'inadaptation du droit aux mutations de l'ordre social et aux nouveaux rapports qu'entretiennent l'Etat et la société civile au tournant du siècle. Plus encore, l'originalité de Saleilles consiste en une réflexion approfondie sur la nature des formes collectives. Se déploie alors, à la lumière des catégories du droit romain, une réflexion sur la nature de l'être-ensemble qui s'efforce de tenir à égale distance autant la figure explicative d'une pluralité de monades dispersées dont la somme formerait la société que la figure d'une totalité transcendante, *corps* social subsumant en son corps propre la multitude des sujets particuliers qui le composent. La réflexion de Saleilles souligne que la vie sociale présuppose l'existence de formes, de préformations auxquelles c'est *la logique individualisante* du droit qui confère une unité. C'est la capacité de fiction du droit qui vient donner au sociologue le repère de formes générales autour desquelles s'oriente la conduite des acteurs. Aussi le droit peut-il se constituer à l'épreuve de la société, dans la sensibilité aux acteurs qui lui donnent sa forme sans pour autant s'abolir en une pure sociologie.

I.— Un droit de la société

Le XIX^e siècle est héritier et en même temps juge des principes de la Révolution française. Celle-ci a posé les assises d'un rapport à l'institution politique fondé sur le contrat, c'est-à-dire sur un transfert de volonté qui légitime une fois pour toutes la toute-puissance du pouvoir législatif — « la loi est l'expression de la volonté générale » indique la Constitution de 1791. Le droit est confondu avec la loi qui émane de la volonté du législateur agissant au nom de la volonté générale. Le droit est issu d'une délégation du peuple considéré comme une somme de volontés indistinctes. La Révolution, au travers de la loi Le Chapelier par exemple, a ainsi gommé le rôle des corps intermédiaires ou des corporations dans l'élaboration des règles communes. En dehors de l'individu il n'y a plus que l'Etat, supposé investi d'une légitimité inébranlable et considéré comme seul garant de la cohésion sociale. L'idée de représentation suppose que celle-ci soit comprise sur le mode d'un changement radical de nature entre l'individu et le citoyen, à savoir sur le mode de la *transformation* de l'individu inscrit dans le réseau de ses appartenances primaires en citoyen désormais compris comme la monade élémentaire et impersonnelle du corps politique auquel il donne forme autant qu'il s'y trouve inclus. La suppression de toute forme intermédiaire entre l'Etat et l'individu fait de l'Etat l'agent exclusif de la constitution du lien social. La Révolution débouche sur un vide de sociabilité qui autorise l'Etat à s'étendre irrésistiblement à tous les domaines de la vie sociale dès lors que son autorité ne peut plus être liée ou limitée qu'en vertu de sa propre volonté. Pour le dire autrement, la dépolitisation des appartenances primaires de l'individu aboutit à un mouvement de repli de chaque sujet vers le domaine privé laissant l'Etat seul face à la société à laquelle il peut souverainement imposer ses décrets. L'Etat est donc l'unique « producteur de sociabilité », l'« instituteur du social »¹ qui donne à la société sa forme et au lien social son contenu. *Dépouillés de l'inscription politique* immédiate qu'ils avaient sous l'ancien régime en appartenant à un groupe ou à une corporation les individus sont chacun l'objet d'un pouvoir extérieur et supérieur émanant du corps de l'Etat subsumant de sa propre

¹ P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, Coll. Univers historique, 1990, p. 95-110.

unité chacun de ces existants particuliers. Le renvoi et le confinement de toutes les activités sociales dans la sphère privée agit dès lors telle une disqualification de ces activités, de ces « contenus de vie » pour reprendre l'expression de Marx, au profit de la figure de l'individu avec lequel le Représentant cherche à se confondre. Le sujet comprenant le caractère irréductible de son inscription en une société qui le précède et l'oblige à y occuper une place doit donc s'adapter à son nouveau rôle, celui d'individu qu'une autorité extérieure coordonne au tout du corps social. Il ne demeure aux yeux de l'Etat que l'individu porteur de droits propres et inaliénables. L'homme est un être qui a des droits substantiellement attachés à sa personne comme s'il s'agissait d'autant de propriétés de son être. L'homme est donc un sujet irréductible à aucune des déterminations qui pèsent sur lui, un sujet pur détaché de toute situation particulière, isolé du monde réel dans lequel se déroule son existence. C'est donc l'individu, ce sujet forclus que l'Etat représente. Oublieux de l'être social, de l'homme en société, l'Etat ne retient que la monade individuelle, l'atome élémentaire du corps social soumis à son autorité. L'Etat représentatif se perpétue en faisant retour vers l'image de l'individu générique abstrait de tout lien social. En d'autres termes, l'institution de l'Etat représentatif par la Révolution française implique de nier ce qui, au premier abord, paraissait être sa raison d'être, à savoir le couple Etat représentatif-société, le couple qui unit le Représentant à la cité réelle qu'il est censé représenter. C'est la figure paradoxale de ce Représentant anéantissant sa raison d'être – la société – que détecte Marx dans le déroulement même de la Révolution française : « ... à des époques où l'Etat politique comme Etat politique est engendré par la violence à partir de la société bourgeoise, où l'autolibération humaine tend à s'accomplir sous la forme de l'autolibération politique, l'Etat peut et doit progresser jusqu'à l'abolition de la religion, jusqu'à l'anéantissement de la religion, mais seulement comme il progresse vers l'abolition de la propriété privée, jusqu'au maximum, jusqu'à la confiscation, à l'impôt progressif, de même qu'il progresse jusqu'à la suppression de la vie, jusqu'à la guillotine. Dans les instants de particulière conscience de sa valeur, la vie politique cherche à écraser sa condition préalable (*Voraussetzung*), la société bourgeoise et ses éléments, et à se constituer comme la vie générique de l'homme, véritable et non contradictoire. Elle ne le peut cependant que par l'opposition violente contre ses propres conditions d'existence, que si elle proclame la révolution comme permanente, et c'est pourquoi le drame politique prend fin avec la restauration de la religion, de la propriété privée,

de tous les éléments de la société bourgeoise, aussi nécessairement que la guerre s'achève par la paix »².

C'est parce que la vie politique cherche à se constituer comme la « vie générique de l'homme » que l'Etat doit progresser sans répit vers l'individu, écartant sur son chemin toutes les formes dans lesquelles se déroule la vie sociale des sujets comme autant d'obstacles témoignant de survivances de la tradition féodale. La représentation moderne est donc habitée par cette contradiction par laquelle la figure du Représentant ne peut s'instituer qu'en anéantissant « par une opposition violente (...) ses propres conditions d'existence ». La constitution de l'Etat représentatif implique que l'Etat s'élève au-dessus des contenus de vie au point de s'y rendre insensible afin d'atteindre son but suprême qui consiste en la réalisation de la coïncidence du Représentant et du Représenté, le premier ayant pour unique fin de recueillir l'expression de la volonté souveraine de l'individu. La représentation ainsi comprise réalise la situation de conscience du pur observateur contemplant son objet dans l'indifférence, débarrassé de l'entrave des contenus de vie censés aliéner l'individu souverain. En peu de mots, *la représentation moderne est en lutte avec la cité réelle*. Le XIX^e siècle ne va cesser de prendre la mesure de cet abandon de la société à l'Etat, la mesure de cette disparition de l'inscription politique des acteurs dans le paysage social. Ainsi Emile Ollivier invoquera tout au long des débats préparatoires à la grande loi sur les associations de 1864 « l'erreur fondamentale de la Révolution française » qui fait des individus « des grains de poussière sans cohésion ». En lutte contre la cité réelle, la représentation moderne a l'intuition de son propre manque, elle est comme obsédée par ce dont elle vient de se « libérer », habitée par l'ambition d'intégrer de nouveau ces contenus de vie qu'elle n'a cessé d'exclure.

La formulation la plus aboutie de cette insatisfaction devant les principes de 1789 est l'œuvre d'un corps de juristes dont les deux maîtres traditionnellement affrontés sont Léon Duguit et Maurice Hauriou. Tous ces juristes s'associent autour du constat de la nécessité de refonder intellectuellement la République sur la base d'une sociologie qui révèle les modalités de l'existence sociale de l'individu, c'est-à-dire qui repose sur le pré-supposé de son appartenance naturelle à des entités, des groupes, des associations qui fondent la réalité sociale. Depuis Espinas et son « Essai sur

² K. MARX, *Question juive*, Aubier, éd. bilingue, 1971, p. 81-83.

les sociétés animales »³ jusqu'à Spencer et son darwinisme social se déploie toute une science de l'ordre social qui pose la sociabilité comme un fait naturel qui n'a donc pas besoin d'être fondé par un contrat. Il s'agit ainsi d'établir la science du droit sur une théorie de l'existence sociale des individus et non plus sur une arithmétique des volontés. C'est la capacité exclusivement reconnue à l'Etat de prendre en charge, de représenter les intérêts individuels qui est mise en question au profit de la revalorisation de ces entités intermédiaires entre le sujet individuel et l'Etat, désormais considérées comme susceptibles d'instaurer leurs propres règles de fonctionnement, de produire leur propre droit. La création juridique n'est pas le monopole de l'Etat et c'est donc la théorie de la *Herrschaft*, (Jhering, Jellinek et, en France, Carré de Malberg) qui se trouve ainsi remise en cause. La critique de Hauriou et Duguit est tournée à la fois contre la métaphysique individualiste – la volonté individuelle est créatrice de droits car elle concerne des droits propres à la nature humaine – et contre la métaphysique étatiste – l'Etat est une entité au-dessus de la société agissant souverainement sur elle. Ces deux métaphysiques ont en commun de chercher à instaurer *ex nihilo* la règle de droit, en d'autres termes elles commettent l'une et l'autre la même erreur qui consiste à élaborer la règle de droit en ne partant de nulle part, à savoir en ne prenant pour référence que la figure théorique d'un individu abstrait de tout contexte, ignorant sa situation en un monde dont il ne conditionne pas la forme et qui s'impose à lui. La tâche de cette nouvelle école juridique consiste donc en une réévaluation des règles du droit à l'aune d'une sociologie qui juge de leur efficacité en les rapportant au contexte dans lequel elles s'exercent. Plus encore, cette approche sociologique de la science juridique aboutit à mettre au jour de nouvelles règles directement liées à la vie de ces nouvelles formes qu'elle met en évidence. A la représentation d'un sujet de droit abstrait, délié, n'offrant aucune prise au monde social, cette nouvelle approche oppose que le fait fondamental de la vie sociale est le fait de la solidarité. La règle de droit ne peut pas faire table rase de ce monde commun qui nous précède et se donne comme le fond inconditionné de nos conduites et de nos actes. La règle de droit s'installe en référence au déjà-là du monde social, dans le rapport à l'ensemble

³ A. ESPINAS, *Des sociétés animales, Etude de psychologie comparée*, Reprint 1924, G. E. Stechert & Co, New York, p. 7 : « Nul être vivant n'est seul. Les animaux particulièrement soutiennent des rapports multiples avec les existences qui les environnent ; et, sans parler de ceux qui vivent en commerce permanent avec leurs semblables, presque tous sont entraînés par les nécessités biologiques à contracter, ne serait-ce que pendant un court moment, une intime union avec quelque autre individu de leur espèce ».

des situations concrètes, des institutions et des groupes qui en sont la trame. L'individu ne se trouve réellement que dans des groupes sociaux, une partie de ses droits propres suppose la médiation du droit du groupe dans lequel il s'insère. Selon Duguit : « Ce droit n'est pas un pouvoir de la collectivité, pas plus qu'il est un pouvoir de l'individu. Il est une règle objective. Ce n'est pas seulement un impératif catégorique. (...) C'est une règle de fait, une règle qui s'impose à l'homme non pas en vertu d'un principe supérieur mais en vertu et par la force des faits »⁴.

Le droit n'est pas créé *ex nihilo*, il émane de groupes, de solidarités objectives qui produisent leurs règles propres à mesure qu'ils se découvrent. Le droit n'est plus référé à une règle abstraite définie par l'Etat mais à des faits sociaux. Duguit peut ainsi écrire que « le véritable nom des facultés de droit devrait être facultés des sciences sociales ». Le droit est une science sociale, à savoir non plus une science isolée des autres domaines du savoir et susceptible de se suffire à elle-même en se refermant en ses textes, « le droit est une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses puisque c'est le mot consacré, ses éléments premiers de formation et d'interprétation »⁵. Le droit ne tombe plus des cieus, d'un Etat logé à distance de la société mais une nouvelle rationalité juridique monte vers lui, l'impliquant, comme un acteur parmi d'autres, dans la vie sociale. La mission de l'Etat n'est pas que de produire de l'ordre mais d'atteindre des buts sociaux tout en acceptant de rendre des comptes – la théorie du détournement de pouvoir en droit public date de cette époque. L'Etat n'est pas une entité abstraite mais un acteur social. Il n'est pas seulement une entité collective posée à distance de la société mais le point de rencontre d'une multitude d'intentions particulières, une co-action, un agir-avec, une collaboration d'acteurs dans le but de la réalisation de fins sociales. Ainsi la notion de service public se trouvait introduite dans la pensée juridique et se substituait à celle de puissance publique. Selon Duguit : « La puissance publique ne peut point se légitimer par son origine, mais seulement par les services qu'elle rend conformément à la règle de droit ; il en résulte que l'Etat moderne apparaît de plus en plus comme un groupe d'individus travaillant de concert, sous la direction et le contrôle des gouvernements, (...) qu'ainsi à la notion de puissance publique se substitue celle de service public ; que l'Etat cesse d'être

⁴ L. DUGUIT, *L'Etat, le droit social et la loi positive*, Paris, 1901, p. 16.

⁵ R. SALEILLES, préface à F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1932, t. I, p. XXV.

une puissance qui commande pour devenir un groupe qui travaille »⁶. L'Etat n'est plus seulement le corps organique séparé de la société et qui soumet la société à ses décrets, mais il est un complexe d'activités d'êtres solidaires, l'ancrage commun, la prise commune d'une multitude d'intentionnalités qui concourent toutes à donner à l'intérêt général sa forme et son contenu.

II.— Le centenaire critique du Code civil

Ce mouvement de fond qui traverse la pensée juridique au tournant du siècle trouve logiquement dans le Code civil l'illustration la plus pure des artifices d'un droit créé à partir et en vue de l'individu. Aussi le centenaire du Code civil favorise-t-il l'émergence d'une volonté de réforme chez les civilistes. Cette critique du Code civil est en fait une double critique. Les uns émettent une critique d'inspiration socialiste visant à remettre en question les « idéologies » auxquelles ils identifiaient le Code Napoléon : individualisme, libéralisme, capitalisme⁷. Pour les autres, dont Saleilles, le Code civil est inadapté aux besoins nouveaux d'une société industrialisée. La redéfinition des formes sociales implique une redéfinition des formes mêmes du droit. Selon François Ewald « la jeune école historique revendiquait une autre manière de pratiquer le droit : attentive aux transformations sociales, elle se devait de donner leur traduction aux nouvelles aspirations de la conscience collective ; elle se devait de mettre un terme au divorce qu'elle voyait se creuser entre les faits et le droit »⁸. Le Code civil est un droit qui tire son unité des prescriptions de la loi elle-même, déduite de principes généraux formulés au préalable dont l'Etat assure le respect. Selon Saleilles « tout dans la rédaction du Code civil commence par la philosophie. On regardait d'abord en haut, dans les nuages, pour décrire ensuite ce qui devait se passer sur terre⁹ ». Le droit issu du Code civil est un droit qui prétend s'appliquer à la totalité des situations de la vie sociale dont il a à l'avance planifié et l'identité des acteurs et leur responsabilité respective dans les conflits qu'elles peuvent abriter. *Il se divise naturellement en autant de chapitres qu'il y a de positions diverses pour l'homme à l'égard de ses semblables ou à l'égard de l'Etat.* Le Code civil a vocation à être une source

⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, t. I, p. IX-X (3^e éd).

⁷ Cf. M. LEROY, *Le Code civil et le droit nouveau*, Bibliothèque socialiste, 1904.

⁸ F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, Paris, 1986, p. 351.

⁹ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Gillet, Paris, 1910, Introduction.

infaillible dès lors qu'il est censé avoir prévu chacun des problèmes juridiques à résoudre. Le droit issu du Code civil est un droit de l'exégèse. Rien dans la vie sociale, aucune situation de conflit ne peut demeurer obscure à l'exégèse de ses principes et de ses règles. Il est en soi une image idéale de la société dont il anticipe l'ensemble des situations de conflit, il est une image du monde social posé hors du monde social, un reflet prétendument exact qui, pour être contemplé, exige de faire sien le point de vue de surplomb du législateur ici comparable à un pur esprit posé hors de son objet et exigeant de son objet une complète transparence. En ce sens, le droit issu du Code civil est le droit de la société telle qu'elle devrait être et non de la société telle qu'elle est. L'erreur fondamentale de cette approche est de tirer de la codification une vie à la fois factice et irréaliste supposant que le mouvement social soit définitivement achevé, la société se donnant comme un tout complet en lui-même, totalité idéale enfermant les relations sociales en un réseau d'abstractions n'existant que dans l'esprit du législateur. Le Code civil ne connaît la société que pour en convertir chaque aspect au cadre préformé de ses propres règles, il s'ouvre au monde social « non pour se laisser envahir ou dominer par lui, mais pour s'y adapter et le dominer, l'encadrer dans leur propre discipline, et traduire en monnaie juridique, ayant la frappe qui leur est propre, toutes les relations nouvelles issues du développement de la vie »¹⁰. La crise du Code civil souligne l'obsolescence d'un droit dont l'écriture reposait sur la prétention exorbitante à tout connaître par avance du social, à immobiliser la règle de droit dans la planification de situations-types auxquelles le juge n'aurait qu'à se référer pour rendre son jugement et qui toujours se borneraient à mettre en scène les relations entre l'État et les individus ou les rapports entre les individus eux-mêmes.

Le Code civil supposait l'éternité de ce dualisme. Le Code civil a engendré un droit « individualiste ». Or la fin du XIX^e siècle est placée sous le signe de l'émergence de formes sociales nouvelles et collectives à l'image des syndicats ou des associations. Le Code civil manque ces entités nouvelles, ces solidarités sociales sans précédent qu'il ne peut qualifier faute de leur reconnaître une identité juridique spécifique et autonome. Aussi tout un monde d'acteurs nouveaux, tout un ensemble de pratiques juridiques qui coordonnent de façon inédite les acteurs sociaux – conventions collectives de travail, démocratie industrielle, fédéralisme économique, parlementarisme social, primauté du droit international sur le droit national, Société

¹⁰ ID., préface à F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, p. XIX.

des Nations et Organisation internationale du travail, socialisation sans étatisation, propriété coopérative ou « fédéraliste »¹¹ – demeurent ignorés du droit. En conséquence le Code civil est aux yeux de Saleilles la manifestation des aberrations d'un droit uniquement subjectif, c'est-à-dire uniquement fondé sur la volonté. « Le Code civil ne visait guère que le droit des biens et par suite il était fait pour ceux qui en avaient... ; on avait organisé, sans le savoir et sans le vouloir le Code de la bourgeoisie¹² ». Le Code civil se trouve fondamentalement vicié par son *nominalisme*, qui l'empêche d'appréhender le contexte social à chaque fois différent dans lequel s'appliquent ses règles. Au nom de « l'autonomie de la volonté » ou de la « responsabilité subjective » le Code civil isole les parties les unes des autres sans tenir compte des inégalités réelles de puissance aboutissant, lorsqu'un conflit se présente, à les entériner. « Il a fallu trois quarts de siècle pour comprendre que les principes d'égalité des parties contractantes ou de l'autonomie de la volonté ont, dans la réalité, fait autant de victimes, si ce n'est plus, que jadis le régime des privilèges »¹³. Considérée à cette aune, la société n'est qu'un cosmos de monades entrant en relation les unes avec les autres de façon temporaire soit par le conflit, soit dans le cadre de l'accord contractuel, mais dans tous les cas nouant un lien promis à se défaire une fois la satisfaction des parties assurée ou une fois le conflit résolu. Le Code civil s'en remet à l'universalité dans le temps et dans l'espace de son « modèle » inter-subjectif et rien jamais ne nous pousse à nous demander si un certain contexte modifie l'existence sociale de l'acteur, nous sommes alors hors de la société, hors du monde empirique, dans la sphère de l'extra-mondain. Le Code civil est insensible à l'élément de durée impliqué dans l'existence sociale des acteurs, à savoir au fait que l'existence sociale des acteurs ne saurait uniquement consister en l'intersection de trajectoires individuelles mais implique de se référer à un fond de rôles, de places, de rapports de domination qui s'imposent aux acteurs et dont ils ne conditionnent pas la forme. La tâche du juriste ne consiste donc plus à appréhender l'ensemble des situations sociales au prisme du quadrillage infaillible du Code civil mais elle consiste à assouplir la servitude de cette logique abstraite pour la vivifier par l'afflux de ces éléments nouveaux venus du dehors, en d'autres

¹¹ Nous reprenons ici l'énumération de G. GURVITCH dans son chapitre sur Saleilles dans *L'idée du droit social, notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle*, Sirey, 1932.

¹² R. SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique, Livre du centenaire du Code civil*, 1904, t. 1, p. 115.

¹³ *Ibid.*, p. 116-117.

termes le droit « n'est plus un palais fait sur un plan tracé d'avance, et auquel on ne puisse plus toucher ; c'est tout un épanouissement de constructions architecturales, qui se renouvellent sans cesse, tout en ayant soin de s'adapter les unes aux autres et de former un tout harmonieux »¹⁴.

Aussi la crise du Code civil est la crise d'une manière de « dire le droit » qui contraint d'aller « au delà du code civil »¹⁵ et de définir un droit nouveau en accord avec une vie sociale transformée. De ce travail critique doit surgir un droit social, c'est-à-dire un droit qui ne cherche plus à prévoir ce que doit être la réalité sociale dans ses aspects les plus infimes pour lui appliquer ses préceptes. Le droit social ambitionne de découvrir les linéaments objectifs de l'univers social et de donner une réalité juridique aux entités concrètes qui vivent monadologiquement dans ce tout cohérent qu'est la société. Le droit social est un droit objectif, il émane de la société et des formes nouvelles que celle-ci abrite et continue de créer. A l'image des intuitions de Jean Cruet exposées dans son livre méconnu au titre révélateur, *La vie du droit et l'impuissance des lois* (1908), Saleilles oppose aux sources formelles les sources réelles du droit et explore cette vie naturelle du social d'où le droit peut jaillir après s'y être créé spontanément. Ce droit est à découvrir et non plus à créer, en lui s'exprime la virtualité des éléments de la vie sociale et plutôt que d'en chercher les assises dans ces édifices ou ces monuments normatifs que constituent les codes juridiques il faut en chercher la racine dans une phénoménalité juridique qui se découvre à mesure qu'elle se produit dans la vie sociale. Selon Ewald « la pensée juridique ne peut plus prétendre déterminer *a priori* ce que doit être le droit pour que règne la justice dans la société, mais doit recueillir l'expérience juridique telle qu'historiquement léguée et positivement pratiquée pour en accompagner le développement dans la direction que le mouvement social paraît réclamer »¹⁶ et de citer Saleilles : « Il faut renverser les facteurs : observer les faits et les plier à la raison, à la justice et à l'idéal, et non partir de la raison, de la justice, de l'idéal pour en faire sortir les faits qui devraient être »¹⁷. Désormais le juriste écrit sous la dictée du monde social qui advient sous ses yeux. Sa volonté elle-même est seconde par rapport à la vie sociale qui

¹⁴ ID., préface à F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. XXI.

¹⁵ *Ibid.*, p. XXV.

¹⁶ F. EWALD, *L'Etat providence*, p. 503.

¹⁷ R. SALEILLES, Ecole historique et droit naturel, *Revue trim. du droit civil*, 1902, p. 94-95.

se crée et se développe indépendamment de lui. Cette fois « c'est la volonté qui est au service du droit, et non plus le droit qui est au service de la volonté »¹⁸. Le droit ne s'écrit plus mais « se formule en écrit »¹⁹. C'est donc comme un monumental travail de *qualification* juridique de ces entités nouvelles qui œuvrent à des fins collectives qu'il faut comprendre l'objectivisme de Saleilles.

III.— La réalité objective du groupe

La réalité sociale est faite de groupes, d'entités collectives que nous côtoyons, dans lesquelles nous nous inscrivons mais qui échappent aux catégories du droit civil. L'injustice inhérente du Code civil consiste en son impuissance à ramener une faute à un contexte, à ramener l'acte d'un individu à la situation objective dans laquelle il se trouve. Or un individu qui se trouve placé dans une relation de commandement à obéissance (dans le cadre d'une entreprise industrielle par exemple), ne saurait voir sa faute comprise et jugée dans les seules limites de l'erreur individuelle. Aussi l'étude des accidents du travail révèle-t-elle à Saleilles le caractère scandaleux de la logique qui consiste à faire prévaloir dans ce type de situation le point de vue de la faute civile ou pénale du propriétaire. « La théorie subjective de la faute est une théorie individualiste qui part de l'idée de l'individu comme s'il était seul au monde »²⁰ alors qu'il faut au contraire le considérer comme membre d'un *tout*. Dès lors « ayant accepté un ouvrier, le maître a accepté les risques de son choix »²¹, il reconnaît un *risque objectif* par lequel l'accident relève moins de la faute individuelle qu'il ne se pose comme un risque propre à toute vie sociale. En effet, remarque Saleilles : « dans la vie en société, comme partout, il y aura toujours des risques à courir ; il faut savoir les accepter. Le tout est de trouver le moindre risque social. Si, par peur des crimes, on confisque la liberté, où sera le gain ? La société ne doit pas seulement nous garantir la vie et la propriété, mais aussi le moyen de nous en servir. Si, pour assurer la vie et la propriété, elle risque de nous enlever toute possibilité d'en user librement, le risque social à cou-

¹⁸ ID., *De la personnalité juridique*, p. 536.

¹⁹ R. SALEILLES, cité par H. CAPITANT, *Conception, méthode et fonction du droit comparé* d'après R. Saleilles, *L'œuvre juridique de R. Saleilles*, 1914, p. 93.

²⁰ R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897, p. 73 et s.

²¹ *Ibid.*, p. 74.

rir est bien autrement grave que celui des dangers individuels qui nous menacent²² ».

De même dans la pratique des « contrats d'adhésion » – contrats de travail dans la grande industrie, contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer – transparait dans le droit l'image d'une totalité juridique préexistante dans laquelle la volonté individuelle ne se conçoit que comme individualisation de la volonté du groupe. Le groupe est « l'organisme générateur »²³ d'un droit objectif. Rompant avec le monopole d'un droit issu de l'accord contractuel entre des individus souverains et autonomes Saleilles prédit « qu'en dehors du libre contrat et de la loi il y a la place pour des créations juridiques nées d'une éclosion coutumière et spontanée imposée par un sentiment... de solidarité plus étroite et plus complète »²⁴. A l'opposé de la mise à distance imposée par la relation contractuelle la nouvelle réalité sociale impose au droit de questionner *la nature du lien* qui unit les individus aux groupes dans lesquels ils s'intègrent. La pensée juridique cherche désormais à accéder à la vie propre de ces groupes nouveaux, elle implique une définition de la forme pratique à laquelle se réfère et dans laquelle s'engendre le droit. Les groupes auxquels se réfère Saleilles – syndicats, entreprises industrielles, usines, associations, fondations – rompent avec la rationalité individualiste et se posent comme des réalités distinctes et irréductibles à la somme des volontés individuelles qui les composent. Or le droit qui émane du Code civil est le droit des individus. L'individu y est pensé *en petit*, au travers des contrats que passent entre eux des individus souverains et autonomes, ou *en grand* au travers de l'Etat qui est le fondement exclusif de la force obligatoire du droit. Dans cette perspective l'idée de communauté ne peut que renvoyer à la communauté des individus qui y vivent, c'est-à-dire à la communauté d'inclusion issue de la somme de ses parties qui demeurent solidaires du seul fait de l'action de l'Etat qui les soumet à sa règle. L'unité dont il serait question dans ce cas serait l'unité de la collection. Or l'unité de la collection est purement extérieure aux individus, elle résulte de l'intervention d'une volonté extérieure qui, étrangère aux fins qui nous animent individuellement, nous rassemble en un même tout dont elle est seule à posséder l'image. Nous aboutissons alors au principe d'une sorte de sujet total qui se constitue en agglomérant les sujets particuliers les uns aux autres, en les additionnant. A cette aune,

²² ID., *L'individualisation de la peine*, Paris, 1898, p. 112.

²³ ID., *De la personnalité juridique*, p. 634.

²⁴ *Ibid.*, p. 363.

la communauté n'est qu'une poussière de monades rassemblées parce qu'une autorité extérieure et supérieure fait peser sur chaque élément de l'ensemble une force de coercition qui les prévient de la dissémination en exerçant sur eux une force contraire à celle qui, individuellement, les pousse vers l'extérieur. Il n'est d'autre positivité du groupe, appréhendé dans la perspective de l'unité de la collection, que de faire exister une totalité, un commun extérieur aux individus, en d'autres termes de sceller une dépendance des sujets sans ancrage dans la conscience individuelle. Pourtant renoncer à cette conception nominaliste ne peut déboucher aux yeux de Saleilles sur la thèse qui consisterait à faire du groupe une totalité à part, c'est-à-dire qui consisterait à poser *a priori* l'existence d'une entité collective, corps commun, dont chaque individu ne serait que la subdivision et dont les intérêts primeraient, au point de les annuler, ceux de ses membres.

Entre l'écueil de la dissémination et celui de l'incorporation, Saleilles ébauche une sorte de phénoménologie de l'existence sociale. En effet, il s'agit de ne plus penser séparément l'individu et les formes dans lesquelles se déroule son existence. Il ne s'agit plus de conclure à l'antériorité radicale de l'individu sur le monde social ou bien, à l'opposé, à l'antériorité du monde social sur l'individu mais plutôt de constater leur engendrement réciproque, leur *enveloppement réciproque*, à savoir la naissance simultanée du sujet et du groupe dans lequel il se trouve. La figure de l'individu et celle du groupe social ne sauraient être considérées comme exclusives l'une de l'autre, l'affirmation du groupe social exigeant que l'individu s'aliène à une totalité qui le dépasse ou, à l'opposé, l'affirmation de l'individu remettant en cause la stabilité du groupe dans lequel il s'intègre. Pour Saleilles, « la réalité sociale nous présente deux termes à *coordonner* : celui de pluralité et celui d'unité. Le groupe est issu d'une « compénétration » de ces deux éléments »²⁵. En effet, autant l'ensemble, le *tout*, doivent se donner comme antérieurs à l'individu, autant ils sont le lieu de l'effectuation d'une volonté subjective qu'ils ne peuvent prétendre complètement déterminer. Pour le dire autrement, *l'unité du groupe doit être présupposée pour que le mouvement vers elle soit possible*, mais cette unité ne peut s'instaurer hors des individus qui lui donnent forme. Le *tout* se pose comme une réalité immanente à la pluralité de ses membres, à savoir le groupe est un « Nous » qui s'oppose à un « Moi-Toi-Lui »²⁶ mais « si l'on sacrifie l'idée d'unité à la pluralité ou à

²⁵ *Ibid.*, p. 656.

²⁶ *Ibid.*, p. 363.

l'inverse l'idée de pluralité, de collectivité à l'idée d'unité, il y aura rupture avec la réalité, contradiction avec les faits et avènement soit d'un tout inclusif soit d'une multitude d'individualités simples »²⁷. Le tout existe indépendamment de ses parties et pourtant préserve ainsi à chacune d'entre elles un mode d'existence propre. Aussi le tout est plus que la somme de ses parties, il vit de sa vie propre tout en maintenant l'identité de chacune de ses parties. Nos existences individuelles impliquent l'existence de formes qui nous précèdent mais dont la constitution même exige la perpétuation de l'élément subjectif au travers de la figure d'un sujet conscient toujours capable de se représenter, d'évaluer les fins du groupe dans lequel il s'insère. La constitution du groupe social n'élimine pas mais au contraire suppose la solitude du spectateur, à savoir la capacité reconnue au sujet de se saisir lui-même, de se distinguer de l'ensemble dans lequel il est inclus en tant qu'individu objectivé. C'est la permanence de cet écart, de cette distance entre le sujet et le groupe qui fait du lien qui se noue au sein du groupe social non seulement un lien *entre* sujets mais encore un lien *entre sujets*, en d'autres termes c'est cet écart qui fait apparaître les membres du groupe comme des êtres doués d'une volonté propre à laquelle aucune fin collective ne peut se substituer. L'unité du groupe est à la fois subjective et objective, *unus et alter*.

Le groupe repose sur une idée d'interpénétration, de compénétration de l'individuel et du social. Un groupe social, une association, une cité, un peuple, laissent paraître en eux la pluralité des sujets qui les constituent. Ils ne sont pas le fruit d'une simple juxtaposition de consciences, de simples corps issus de l'agglomération d'autres corps mais ils apparaissent comme le support de l'existence de ces individualités qu'ils abritent et dont ils continuent l'intention. Chacun de ces « objets » est un objet intentionnel, la forme où vient s'ancrer la pluralité des intentions qui lui donnent une existence concrète. La vie sociale exige la référence à des entités collectives et pourtant le principe de la constitution de ces ensembles communs exige pour être aperçu le point de vue de notre propre activité consciente, à savoir la perpétuation de notre propre individualité. Saleilles dépeint la société comme le champ d'une vie complexe, un monde dont les éléments entrent dans un rapport mutuel, dynamique, qui ne peut trouver de meilleure analogie ailleurs que dans la complexité du vivant : « Ce que la réalité nous présente, ce n'est pas une juxtaposition de personnes, A+B+C.

²⁷ *Ibid.*, p. 366.

Il en est ainsi des corps inertes. Il n'en est plus de même des corps vivants et organisés. Lorsque des êtres vivants se rapprochent en vue d'un résultat unique, ils produisent une force unique. (...) Ce sont des forces conscientes, qui créent en elles l'unité d'action, avant de la réaliser au dehors. » Et de citer Bergson « Nous sommes ainsi amenés à la distinction... entre la multiplicité de juxtaposition, et la multiplicité de fusion ou de pénétration mutuelle²⁸ ».

Saleilles est ici au plus proche de *L'évolution créatrice* de Bergson à laquelle il ne cesse de se référer. En effet dans *L'évolution créatrice* s'exprime chez le philosophe l'intuition centrale de la philosophie de la nature, se déploie le dynamisme interne de la nature ressaisi dans la durée propre d'un « élan vital » qui, traversant l'inertie de la matière, confère à l'évolution biologique le sens d'un processus créateur. Aux yeux du juriste il y a dans le groupe humain organisé quelque chose de ce processus créateur, de ce sens commun considéré dans sa double racine étymologique de direction et de signification commune qui traverse sa matière pour lui donner une vie propre. Cet élément qui construit le groupe et rend possible son assimilation à un être vivant réside dans le sentiment de *solidarité* qui unit ses membres. Le groupe est vivant car il est solidaire, c'est-à-dire constitué d'un faisceau d'efforts coalisés qui tendent tous vers une même direction au point d'engendrer une force commune, une et indivisible. Le groupe est un être : il a une unité d'action, une unité de parole, il fait prévaloir une volonté qui est *la sienne*, à savoir qui le désigne comme un ensemble cohérent dont chaque élément est lié par une même intention.

L'institution de cette unité ne renvoie pourtant pas au schéma de l'incorporation – Saleilles parle ici de *rapprochement*. Le groupe est un dans sa volonté mais sensible à lui-même en chacune de ses parties. Il est un être unique qui ne suppose pas la négation de la pluralité qui le constitue. Si indivisible soit la force issue du groupe coalisé on distingue toujours nettement chacune des individualités qui concourent à un même résultat final. Le lien social ne scelle pas l'unité d'un *tous* s'imposant de l'extérieur, dans l'indifférence à ce que nous sommes, mais il débouche sur la figure d'un *tous* qui n'existe qu'en résonance avec ce chacun dont, pris un par un, nous offrons l'éminent symbole. L'unité du groupe social est toujours perçue par ses membres comme issue des motivations qui individuellement donnent

²⁸ *Ibid.*, p. 652.

sens à leur action. L'unité du groupe social n'a d'autre substrat que la multitude des sujets liés autour du même but, s'appropriant la même image de l'ensemble qu'ils participent à constituer. *L'unité solidaire se distingue de l'unité contractuelle*. Selon le schéma du contrat les individus causent le groupe, ils le construisent en s'y incorporant comme les briques disparaissent dans un mur. Chaque individu transfère à la société sa propre souveraineté pour ne plus exister que comme maillon soumis aux commandements du groupe qu'il a participé à engendrer et de ses représentants. A l'opposé on est solidaire de quelque chose ou de quelqu'un qui nous est extérieur et qui nous préexiste. *L'élément d'altérité prime l'élément de volonté*. Il faut pour être solidaire du groupe le poser comme une réalité déjà constituée, altérité concrète qui nous impose un choix conscient : se lier à lui ou s'en défaire. L'idée de solidarité suppose d'établir un lien avec quelqu'un ou quelque chose qui existe indépendamment de notre volonté. Or ce n'est pas le consentement de ses membres ou leurs volontés respectives qui gouverne le groupe et le rend cohérent. En amont de ce consentement le groupe est déjà un. Il se définit par une intention, une idée préexistante à la volonté de ses membres. Saleilles se tient ici au plus proche de la théorie de l'institution de Hauriou : « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social : pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes de pouvoir et réglées par des procédures²⁹ ».

L'institution est au plus proche de Hauriou et de « ses vues vraiment géniales »³⁰ d'abord une âme – l'âme étant entendue comme à la fois ce qui anime et dirige par la puissance virtuelle qu'elle a de concentrer des volontés vers un but central, de les lier à un principe de finalité – avant que d'être un corps (les organes et les procédures de pouvoir). Au plus proche de Bergson qui tient « le physique pour du psychique inversé »³¹, Saleilles souligne qu'un principe vital précède l'organisation, qu'un « centre psychique qui lui appartient en propre »³² se pose comme immanent à l'organisation et la vivifie. C'est une logique vitaliste qui préside à l'étude de l'institution et Saleilles pourrait faire siennes les intuitions de l'anatomiste

²⁹ M. HAURIU, *Quatrième cahier de la nouvelle journée*, 1925.

³⁰ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 650.

³¹ H. BERGSON, *L'Évolution créatrice*, *Œuvres*, p. 666.

³² R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 610.

Hunter : « Nous attachons l'idée de la vie à celle de l'organisation ; (...) mais l'organisation n'a rien de commun avec la vie. Elle n'est jamais qu'un instrument, une machine qui ne produit rien, même en mécanique, sans quelque chose qui réponde à un principe vital, savoir une force³³. » L'idée qui gouverne l'institution n'est pas issue de la volonté humaine. Nul ne décide arbitrairement de la création de l'institution ; d'ailleurs être institué c'est précisément pour une chose préexister au consentement. Ainsi les institutions « sont les unités primaires de la vie en société et l'on peut les qualifier de primaires par rapport à l'homme lui-même »³⁴. L'institution n'est donc pas le lieu d'une incorporation, d'une agglomération des individus en une entité qu'ils créeraient de toute pièce, elle est plutôt, au sens classique du terme, une médiation dont la fonction est de permettre « la double extension de l'intérêt individuel à celui du groupe (le moment social de l'intégration), de celui du groupe à celui de l'ordre social en son entier (le moment politique) »³⁵. En d'autres termes, l'institution ne naît pas des individus qui la composent, contenant n'existant qu'en rapport à son contenu, mais elle réalise et rend visible pour tous une intention qui précède chacun de ses membres et qui, en même temps, se répercute en chacun de ses membres. L'institution comporte une part de *donné* et Hauriou ne cache pas les présupposés religieux de sa théorie – l'idée d'âme impliquant un dépôt, une transmission, en d'autres termes, une intention qui nous relie sans que nous ne puissions prétendre lui avoir nous-mêmes donné forme. Il y a dans l'idée d'institution la référence à un *nous* qui renvoie à une idée préalable du commun qui habite chaque conscience et provoque une adaptation consciente des conduites les unes aux autres. Selon Hauriou, « dans la société il y a quelque chose de plus que les hommes qui la composent, il faut que ce quelque chose soit ou bien la conscience collective ou bien l'idée objective conçue par les consciences individuelles mais qui les dépasse³⁶ ».

A son tour Saleilles souligne que l'institution est toujours l'expression d'une nécessité extérieure. Les individus ne se forment leur unité au-dedans que parce qu'elle est postulée au-dehors. L'institution répond à une nécessité sociale qui lui est extérieure, elle se crée en vue d'une réalisation

³³ J. HUNTER, *Treatise on the blood, inflammation and Gunshot Wounds*, Londres, 1794, in-4°.

³⁴ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 111.

³⁵ Cl. GAUTIER, Corporation, société et démocratie chez Durkheim, *Revue Française de Science Politique*, p. 845.

³⁶ M. HAURIUO, *Lettre à Jacques Chevalier du 27 août 1923*.

sociale. Ainsi un syndicat s'impose *en réponse* à une contrainte sociale, un environnement dont les pesanteurs soulignent la nécessité de son institution. Un syndicat se constitue et fonctionne *en vue* d'une réalisation sociale, en vue de satisfaire un besoin de représentation ou de combler un vide juridique. Désormais ce sont les nécessités sociales qui font surgir les institutions et « tout ce qui fonctionne en vue d'une réalisation sociale est une réalité juridique »³⁷. Dès lors, au-dedans, le lien qui s'établit entre les individus et l'institution ne repose sur aucun transfert de souveraineté mais sur la conscience d'une identité de but. Les individus ne causent pas l'institution comme dans le schéma du contrat, ne la déterminent plus mais reconnaissent en elle les mêmes fins que celles qui les animent individuellement. *Le lien de solidarité est conscient et non plus mécanique*, il a ceci de particulier que ceux dont il coordonne la conduite ont entre eux un rapport de sens. Chacun vient se greffer à l'organisation sociale, chacun peut en sortir sans nuire à l'ensemble. La perpétuité ou tout au moins la continuité est de l'essence de l'institution. Les fondateurs disparaissent, l'organisme qu'ils ont créé demeure. Les membres passent, se succèdent sans que la fonction assurée par le groupe ne soit affectée dans sa permanence. L'idée qui pénètre le groupe et qui se montre en chacun de ses membres est la même aujourd'hui que celle qui rassemblait hier des hommes dont nous avons presque tout oublié, et que celle qui, demain, rassemblera ces autres hommes dont nous ne savons rien. A l'inverse de tout groupement fondé sur une juxtaposition d'individualités cocontractantes – Saleilles cite l'exemple de la *Societas* romaine – l'organisme résiste à la disparition d'un des sociétaires. L'institution trouve sa permanence dans l'idée qui la dirige et non dans son substrat naturel, elle est « perpétuité détachée de son corps social »³⁸. C'est en rapport à ce lien immatériel que chacun se trouve lié aux autres et adapte consciemment sa conduite à celle des autres.

Dans ce schéma l'individu n'est pas un « objet » soumis aux commandements unilatéraux d'une autorité extérieure et supérieure mais participe consciemment au devenir d'un tout dont il est un membre actif. Dans leur union les individus ne perdent jamais de vue la nature de ce qui les relie. Chacun demeure un être unique qui vient relayer et augmenter l'intention de l'autre. Le groupe est un tissu sensible, une *chair* qui étend à tous l'atteinte causée à un seul. Dans cette perspective chaque sujet particulier est à

³⁷ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 110.

³⁸ Y. THOMAS, L'institution civile de la Cité, *Le débat*, mars-avril 1993, p. 31.

la fois le maillon et le but de l'activité sociale. Lié et délié, il est à la fois l'être inextricablement tissé dans sa coexistence avec d'autres sujets et l'être autonome capable de se représenter lui-même dans son autonomie. Chacun est au centre et, par conséquent chacun est à la périphérie, à la fois lieu et terme du mouvement social. Chacun est un point où s'origine une volonté propre, chacun est la maille d'une trame qui continue la volonté des autres. L'unité du groupe n'a d'autre substrat que la multitude des sujets liés autour d'un même but et s'appropriant l'image commune de l'ensemble qu'ils participent à constituer. De là où je suis, aussi dérisoire soit sa situation dans l'ensemble qu'il participe à constituer, l'individu doit accéder à l'essence de ce qui le lie à cet ensemble. Cet ensemble s'inscrit sur le trajet de sa propre effectuation, comme un développement de sa propre vie subjective. Dans cette perspective, *le fond de la vie sociale est constitué de notre propre existence dans la société, il exige pour être aperçu le point de vue de notre propre activité consciente dans la société.* Désormais le droit organise au sein des groupes sociaux une relation qui n'est plus seulement une relation d'inclusion subordonnant chacun à la volonté de l'ensemble mais une relation d'altérité, l'ensemble réfléchissant la volonté qui individuellement traverse chaque sujet, l'ensemble continuant en la remaniant l'intention qui justifie sa présence en cette forme.

IV.— De la personnalité juridique comme fonction de représentation

L'ambition de Saleilles de retrouver les sujets spécifiques du droit social tend vers la définition du statut de ces sujets dans le commerce juridique, c'est-à-dire vers l'étude de leur *personnalité juridique* ou en des termes plus concrets de leur capacité à s'assurer en droit et à l'égard d'autrui une place analogue à celle d'un sujet. Intuitivement on perçoit une dualité qui oppose le fait de l'existence concrète du groupe comme réalité plurielle et son appréhension comme sujet autonome. L'idée de personnalité juridique suppose d'appréhender au singulier ce que l'étude de la structure interne du groupe révélait comme pluriel. Cette dualité ne peut être surmontée qu'en distinguant l'ordre du fait réel que constitue le groupe et l'ordre du fait juridique, de l'action en droit vers laquelle tend l'attribution d'une personnalité juridique. En d'autres termes, il nous faut supposer la possibilité de jeter deux éclairages distincts sur le groupe social de telle manière qu'il puisse se donner comme forme singulière, sujet unique porteur de droits propres, sans pour autant renier la pluralité des sujets qui le constituent.

C'est le principe de cette variation de l'éclairage, de cette dualité de point de vue qu'exprime la notion de *personne*. En effet, l'origine de la personnalité se trouve dans la projection et dans les actes sociaux. Pour qu'il y ait personnalité, il ne suffit pas que le sujet prenne conscience de lui-même comme pôle de ses actes mais implique que le sujet entre en relation sociale avec d'autres sujets, à savoir qu'il noue un lien qui le désigne comme origine d'une volonté propre *aux yeux d'autrui*. Pour le dire autrement, l'idée de personnalité ne requiert pas seulement *le point de vue intérieur* par lequel l'individu peut se saisir comme pôle de ses actes, c'est-à-dire découvrir en lui-même la pluralité des intentions, des motifs qui l'animent mais elle implique *le point de vue extérieur* de ceux qui nous entourent et nous jugent selon nos actes, selon ce que nous rendons visible de nous-mêmes dans le cadre de nos relations sociales. *La personne est une image cohérente de nous, formée hors de nous, par quelqu'un d'autre que nous. La personnalité est une image formée du dehors*, impliquant un point de vue extérieur qui *attribue* à l'individu ou au groupe social l'apparence de l'unité. La personne existe dans le regard de l'autre qui lui donne sa forme, dans le reflet de sa propre image, dans l'écho de sa propre voix qui assurent l'individu ou n'importe quelle forme sociale de l'effectivité de sa propre intention. En ce sens, l'unité que fait naître l'attribution de la personnalité juridique et le fait de la pluralité des individus qui constituent le groupe représenté sur la scène du droit ne sauraient être pensées comme contradictoires, exclusives l'une de l'autre. Unité et pluralité sont les deux versants d'une même réalité simplement appréhendée selon deux éclairages distincts.

La personnalité juridique réalise cette projection du groupe sur la scène du droit sur laquelle il se rend visible de tous et cherche à faire prévaloir son intention. L'unité ainsi attribuée au groupe, loin de subsumer la pluralité des sujets qui le composent en une totalité extérieure et supérieure, rend compte de la capacité du groupe à faire prévaloir une intention unique qui le qualifie aux yeux de ses tiers comme une personne morale. La personnalité juridique est le cadre juridique de l'institution et repose sur le fait que le groupe puisse faire prévaloir des droits propres opposés à ceux d'autrui. « Le droit est un pouvoir reconnu en justice et se traduisant par une action en justice »³⁹. Dès lors la personnalité juridique ne se conçoit que comme un instrument qui réalise les fins juridiques du groupe, elle

³⁹ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 611.

n'existe pas en soi mais ne se révèle que là où elle est sollicitée, c'est-à-dire sur le terrain des rapports de droit où se dévoile un tiers face au groupe. L'unité dont il est ici question est l'unité exigée par le droit civil à l'égard de tiers, elle est non une unité selon la nature mais une unité selon le droit. La personnalité juridique doit se comprendre comme « *une façon pour l'esprit de concevoir l'activité juridique des êtres organisés* »⁴⁰, une « virtualité juridique »⁴¹ qui n'existe concrètement que par les effets juridiques qu'elle engendre. « La réalité juridique... n'existe que conformément à certaines notions abstraites qui dominent. Ce n'est pas comme un être purement naturel, lequel existe indépendamment des conceptions que nous pouvons en avoir. Une réalité juridique implique un rapport qui s'établit entre une réalité extérieure et un concept d'esprit, une conception intellectuelle et doctrinale ». Elle naît « d'efforts rationnels... créateurs de rapports et de relations abstraites »⁴².

L'unité juridique du groupe n'est donc perceptible que depuis une *position d'altérité*, celle du cocontractant ou de l'adversaire au procès. La personnalité juridique présuppose la mise à parité du groupe avec des partenaires externes, elle traite de la *relation* avec autrui comme être distinct de nous et dont les intérêts s'opposent ou complètent les nôtres. La personnalité juridique n'est pas un être naturel. L'institution du groupe dans son unité en droit n'implique nullement qu'il doit être considéré comme une personne physique, une unité organique. Saleilles rejoint ici la puissante leçon du droit romain⁴³, à savoir qu'une entité puisse exister et durer indépendamment de son substrat naturel. A Rome, en effet, il était admis que « ce n'est pas le moi naturel qui pénètre dans un tribunal. C'est une personne ayant des droits et des devoirs, et *créée* par la loi, qui comparait devant la loi »⁴⁴. Le citoyen de Rome avance sous le couvert d'une capacité

⁴⁰ *Ibid.*, p. 649.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, p. 580.

⁴³ Pour Saleilles, le retour au droit romain constitue un des plus convaincants supports à l'élaboration de ce droit empirique né des faits sociaux eux-mêmes. Cf. SALEILLES, préface à F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. XXIII : « Enfin, ces procédés de retour au système romain, qui sont les procédés de formation naturelle, au lieu des instruments artificiels que nous a légués l'école doctrinale du contrat social, ont cet autre avantage de chercher leurs éléments d'évolutions, non plus en haut, dans les régions supérieures de l'idéologie abstraite, mais en bas, dans celles de la réalité des faits ; et alors, le droit perd enfin son caractère de science verbale, pour redevenir ce qu'il est, et ce qu'il doit être, une science purement sociale... »

⁴⁴ Sir E. BARKER, Introduction à la traduction anglaise du livre d'Otto Gierke, *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, Cambridge, 1950, p. LXX et s.

juridique *attribuée* qui masque son moi naturel. L'étymologie nous préserve de l'erreur qui eût consisté à trouver dans la personne juridique un être concret. La *persona* latine comme son équivalent grec – *prosopon* – désignent le déguisement qui recouvre l'acteur et lui attribue un rôle lui permettant de faire entendre sa voix, de la « faire résonner » – *per-sonare* – au travers de son masque. Semblable au masque qui donne à l'acteur un rôle selon les exigences de la pièce, la personnalité juridique est un instrument au service de la volonté du groupe qui lui donne une forme juridique selon la relation qu'il entretient avec ses tiers. La personne est *ournée vers* un public, elle désigne une audience. Elle est une relation « qui varie d'après la diversité des différents termes auxquels elle s'applique »⁴⁵. Cet usage fonctionnel de la personnalité juridique dont le groupe se sert comme l'acteur se sert de son masque ne permet pas de laisser l'élément subjectif en dehors d'une définition strictement juridique de la personnalité. Le groupe est *Subjekt* et non *Substanz* ou encore, selon la forte expression de Yan Thomas la personnalité juridique « n'intéresse ni la matière du corps civique ni la substance de son unité sociale, mais seulement la fonction de représentation »⁴⁶. La personne est une représentation de quelque chose qui, pour reprendre une distinction de Weber, est « pour une part, de l'étant (*Seiendes*), pour une autre part du devant-être (*Geltensollendes*), qui flotte dans la tête des hommes réels (non seulement les juges et les fonctionnaires mais aussi le « public ») »⁴⁷. La personne est conçue pour être visible de l'audience, image idéale d'après laquelle les acteurs *orientent* leur activité. La *persona* représente le groupe en droit au sens théâtral du mot représentation, c'est-à-dire au sens d'attribution d'une apparence et d'une voix et non au sens médiéval et moderne de substitution, de remplacement d'une personne réelle par une autre qui concentrerait sur elle les droits des représentés.

La personnalité juridique donne au groupe le masque de l'unité, elle est un « revêtement juridique »⁴⁸ qui exprime la fiction qu'une entité plurielle pût être considérée comme une personne. Elle représente le groupe au sens où elle rend présente sur la scène du droit l'intention qui l'anime. A défaut de donner corps, la personnalité juridique donne effet en attribuant la capacité d'un sujet au pôle collectif de la relation juridique et c'est à cause

⁴⁵ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 641-642.

⁴⁶ Y. THOMAS, *L'institution civile de la Cité*, p. 29.

⁴⁷ M. WEBER, *Economie et société*, Coll. Agora, Paris, 1995, p. 42.

⁴⁸ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 648.

de cette fonction (plutôt que de cette fiction) que l'on peut dire qu'elle tient, en droit, la place d'une personne. Mais « à la manière artificialiste du droit romain, qui dans la sphère des concepts juridiques, séparait très nettement la pluralité concrète des communautés d'un côté, et l'unité abstraite »⁴⁹ que leur attribuait le droit de l'autre, jamais l'attribution de cette personnalité ne vient se substituer à la pluralité sous-jacente. A l'image de l'*Universitas* cette structure du droit romain qui garantissait à un groupe une action juridique indépendante des individus qui devaient en recueillir le bénéfice tout en conservant la notion de pluralité dans la mesure où cette action s'effectuait en faveur d'une pluralité de bénéficiaires capables à tout moment d'invoquer leur qualité virtuelle d'ayants droit. En d'autres termes, une fois ôté le masque de la « personne », reparaît l'être humain naturel ou le groupe dans sa diversité. Ce n'est que dans *la lumière publique* que la *persona* se révèle, non comme une figure unique qui subsumerait les existences particulières de ses ayants droits mais comme *un être en puissance simplement verbal* qui rend manifeste en chacun ce qui le relie à autrui au travers de l'unité de parole qu'elle attribue au groupe sur la scène du droit. La multitude s'unifie en désignant un de ses membres comme *porteur* de la volonté qui individuellement traverse chacun des membres du groupe. Elle s'unifie en parlant *d'une seule voix*, à savoir par la bouche de son mandataire qui, lorsque le besoin s'en fait sentir, agit *en son nom*, désignant la multitude des individus particuliers comme un sujet unique sur la scène du droit. « Ainsi, c'est une interprétation purement collective de la personnalité du peuple qui prédomine en fait dans la théorie de l'Etat selon le Droit naturel. Le peuple coïncide avec la somme des membres du peuple, et pourtant, en même temps, quand le besoin se fait sentir d'un porteur (*Träger*) unique des droits du peuple, celui-ci est traité comme essentiellement une unité englobante (*Inbegriff*). Toute la différence entre unité et multiplicité de l'ensemble repose sur une simple différence de point de vue, selon que l'on considère « *omnes ut universi* » ou « *omnes ut singuli* »⁵⁰.

Prévaut ainsi dans la notion de personne le principe d'un irréductible écart entre la réalité du groupe et sa représentation sur la scène du droit, entre *le fait* des existences individuelles qui la composent et *l'acte conscient* qui l'institue dans la forme d'une entité idéale. « Le regard dirigé vers le « réel » refuse de reconnaître, dans l'unité d'existence vivante et permanente

⁴⁹ Y. THOMAS, *loc. cit.*, p. 32.

⁵⁰ E. BARKER, Introduction..., p. LXXXI.

d'un Peuple davantage qu'une apparence sans substance, et il rejette comme une « fiction juridique » le fait d'élever cette unité au rang d'une personne⁵¹. » L'esprit n'est pas en quête de la « matière » sociale, de l'institution appréhendée comme un corps, en d'autres termes l'esprit n'est pas en quête de l'objet concrètement saisissable dont il s'assurerait de l'existence en éprouvant sa « densité propre », en délimitant ses contours. La pensée n'est pas habitée par l'assurance injustifiable d'une cohérence, d'une consistance, d'une unité substantielle à retrouver. Nulle métaphore organique ne vient se surimposer à l'institution juridique de cette unité. C'est parce que le groupe se sait une réalité plurielle et parce qu'il conçoit cette pluralité comme indépassable qu'il déplace vers une pure abstraction l'unité qu'exige de lui le droit. La personne s'institue en un sujet unique en se donnant *quasi-représentation* d'elle-même, en se trouvant instituée dans la forme d'un *nom*⁵², c'est-à-dire en une forme idéale détachée de son substrat naturel, des éléments qui la constituent physiquement. C'est la parole qui constitue l'objet, qui le *désigne* à nos yeux le faisant jaillir de nulle part. L'intention de chaque acteur social désigne une forme qui ne peut être posée comme réelle, entité physique, unité substantielle, mais qui, réciproquement, *n'est pas rien*, à savoir source d'effets concrets sur la scène du droit. En elle, en cette « métaphore concrète »⁵³ nous atteignons l'unité d'un *nom*, nous nous donnons le *réfèrent d'un inappropriable*. La personne, le contour de son unité demeurent fiction, à savoir une forme qui exprime de par son unité le point de vue auquel elle est due.

V.— La vie du social

Tout le travail de Saleilles peut se comprendre comme une réflexion sur la nature des formes communes d'association à partir des catégories du droit civil. La refonte du Code civil ne saurait consister en un abandon

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Sur cette capacité du nom à donner à une multitude d'éléments particuliers le repère commun d'une même identité générale sans que celle-ci implique l'incorporation de chacun de ces éléments en un corps unique, voir Y. THOMAS, *loc. cit.*, p. 29, précisant l'effectivité qu'acquiert en droit romain le nom. « La cité demeure comme nom, dans le sens où précisément le droit romain entendait sous « nom de droit », *nomen iuris*, un ensemble qui conservait son identité alors même que les éléments qui le composaient avaient changé, avaient été remplacés ou même avaient disparu pour ne plus laisser place qu'à un pur contenant, à une enveloppe vide, à une abstraction. »

⁵³ Y. THOMAS, *loc. cit.*, p. 35.

complet des catégories du Code civil à celles d'une pure sociologie juridique visant l'instauration d'un droit social pur et indifférent à l'héritage de la science juridique. « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil ! »⁵⁴ remarque Saleilles. L'ambition d'une telle recherche ne consiste donc pas en l'élaboration d'un droit capable de se substituer au droit civil mais implique de placer l'accent sur les articulations nouvelles entre la réalité sociale et le Code civil qui permettent d'associer le droit civil à la définition de l'intérêt général. « Le droit social est la revanche de l'idée de la solidarité sociale du groupe homogène à l'encontre de la dispersion des unités perdues du système individualiste (...) il devra sans détruire le droit individuel poser les bases d'un nouvel équilibre social⁵⁵ ».

L'intuition majeure contenue dans cette démarche consiste à entrevoir qu'en dehors du droit public existent des créations collectives œuvrant à des fins sociales et publiques. Tout un monde inexploré du droit se tient « au-delà de la loi »⁵⁶, « existe en dehors de la loi, celle-ci ne pouvant pas faire qu'il n'existe pas »⁵⁷. Dès lors entre le droit de l'individu et le droit de l'Etat se dévoile « toute une succession d'êtres faits pour avoir des droits et voués à les exercer à titre indépendant et autonome »⁵⁸, en d'autres termes un champ nouveau du droit civil est en train de s'ouvrir. Celui-ci, d'abord restreint aux actes des citoyens dans leurs relations privées doit maintenant régir les relations privées entre personnes privées et personnes publiques, celles-ci étant elles-mêmes conçues comme sujets du droit privé. Que l'on relise certains textes de la doctrine juridique de la fin du XIX^e siècle pour se convaincre de l'importance de cette « double » personnalité de l'Etat dans le débat juridique. « L'Etat peut être envisagé dans le droit sous deux aspects, comme puissance publique ou comme personne civile et morale. Il faut reconnaître que ces deux caractères sont tellement liés l'un à l'autre qu'ils se confondent le plus souvent dans l'individualité de l'Etat »⁵⁹.

La souveraineté de l'Etat est fractionnée dans son exercice et le langage des juristes doit désormais prendre en compte par le terme d'« Etat » aussi

⁵⁴ R. SALEILLES, Préface à la *Méthode d'interprétation de F. Génys*, 2^e édition., t. 1, p. XXV.

⁵⁵ ID., *Le Code civil et la méthode historique, Livre du centenaire*, t. 1, p. 114.

⁵⁶ ID., Préface à la *Méthode d'interprétation de F. Génys*, p. XXV.

⁵⁷ ID., *De la personnalité juridique*, p. 597.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 626.

⁵⁹ DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 1^e édition, 1861, n° 275, p. 253, cité par l'auteur dans son article De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères, *La revue du droit public et de la science politique*, 1894.

bien le concept juridique que le phénomène concret de son activité sociale. Ainsi c'est l'opposition entre un Etat garant d'un intérêt unique qui doit guider l'action des gouvernants et une société civile incapable de volonté qui cesse d'être pertinente. La société civile ne s'organise pas selon les seuls décrets de l'Etat, mais celui-ci se montre dans la société civile comme un acteur social parmi d'autres, lui-même confronté au conflit des intérêts particuliers. De là, c'est l'affirmation sans borne de l'intérêt public aux dépens des intérêts particuliers incapables de s'opposer à cette expansion qui devient impensable. Loin de n'être que le droit de l'ensemble primant le droit de l'individu, le droit social ainsi entendu ou plutôt le droit civil ainsi étendu consiste en l'institution d'une norme commune visant à *mettre à parité* l'individu et l'Etat de manière à ce que l'individu et l'Etat se trouvent réciproquement contraints ou limités. Jusque là l'Etat a gagné tout ce que l'individu lui a concédé devenant ainsi l'unique garant de l'intérêt général. L'accroissement sans borne du pouvoir de l'Etat contenu dans cette définition de la représentation devient d'autant plus probable que, tenu à distance de son « objet », l'Etat finit par ignorer ce dont il parle, l'Etat finit par résumer la société à ses propres critères de connaissance et tend ainsi à gouverner selon ses propres besoins. L'Etat doit être mêlé à la vie du social et ne pas s'en tenir à l'extérieur. L'intérêt général ne se décrète pas, ne se fixe pas une fois pour toutes pour s'appliquer à une vie sociale perçue comme un « corps social » inerte. Pour Saleilles « la réalité sociale est dans le mystère des antinomies qui se font contrepoids... ; la matière sociale... se trouve dans l'harmonie et dans la conciliation de toutes ces antinomies »⁶⁰. A toute appréhension passive de la « réalité » sociale Saleilles oppose la pluralité des groupes sociaux et le conflit permanent qu'engendre la quête de leurs fins respectives et leur revendication d'identité. Cette compétence nouvelle du droit civil nous confronte à une sorte d'institution civile du monde social, la référence au concept de monde social impliquant la sensibilité à l'infinité des acteurs qui, ensemble, participent à lui donner forme dans un mouvement ininterrompu d'institution. Le monde social est le lieu d'une perpétuelle institution qui interdit de lui associer l'image d'une totalité organique figée une fois pour toutes, cernée à jamais en des contours fixes. Les individus ne sont pas soumis à une définition unique de l'intérêt général mais chaque groupe prétend y accéder depuis sa position particulière, chacun le met en jeu, le construit en l'interprétant. « Le droit (est)

⁶⁰ R. SALEILLES, *Discours de clôture du Congrès de droit comparé, 1900, Procès-verbal*, I, p. 149.

descendu de sa sphère immuable et abstraite pour prendre corps dans un droit vivant, né du conflit des intérêts eux-mêmes, et de la sélection naturelle des faits sociaux »⁶¹. Le droit souligne le caractère irréductible du conflit. Il ne cherche plus à anticiper les situations de conflit, il ne cherche plus à les répertorier pour leur opposer une solution déjà écrite mais il naît du conflit lui-même. Le droit est garant de la représentation du conflit comme donnée *indépassable* de l'institution du social, il rend présente l'idée du conflit comme témoignant de la capacité de la société à se représenter la division qui la parcourt comme donnée constitutive de son être et de sa faculté à rejeter comme utopique le principe d'une complète réconciliation, d'un état de complète communion. Le conflit est un élément liant, il suppose la mise en scène de la division de la société en catégories, en corporations, en classes. En ce sens il est déjà une première mise en commun, il appelle la constitution du cadre dans lequel les acteurs se voient et se parlent. Le droit renvoie à tous l'image d'une société non pas déchirée par le conflit mais travaillée intérieurement par l'échange qu'il provoque, l'obligation qu'il impose à tous de se voir et de se lier dans la discussion. Né du conflit lui-même, né de l'épreuve de la société, c'est le droit qui réalise la représentation des intérêts particuliers, la cristallisation des modes de penser particuliers, « sociologie, économie politique, droit naturel au sens rajeuni du mot, philosophie, théologie même, toutes les observations de l'expérience, toutes les découvertes en matière sociale, trouvent dans le droit leur aboutissant et finissent par s'y condenser en formules d'utilisation pratique »⁶².

Mais cherchant à s'opposer à l'étatisme, à savoir à la prétention de l'Etat à constituer la société selon ses propres critères, la pensée de Saleilles ne peut se confondre avec une philosophie anti-étatique. La société ne saurait être que le résultat de la somme des groupes sociaux qu'elle abrite, la théorie de Saleilles s'épuisant en un hypothétique principe d'auto-organisation, d'auto-institution du social. L'originalité de la démarche de Saleilles consiste plutôt en une réflexion sur la forme que doit prendre la puissance publique dès lors que l'Etat est mis en présence d'entités censées participer à la sauvegarde de l'intérêt général, à savoir censées tendre vers le même but que lui. Loin de s'opposer à l'action de l'Etat, le groupe social seconde

⁶¹ R. SALEILLES cité par H. CAPITANT, *Conception, Méthode et Fonction du droit comparé* d'après R. Saleilles, p. 93.

⁶² R. SALEILLES, Préface à F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. XXV.

l'Etat qui est impuissant à atteindre ou à sauvegarder les intérêts généraux dans leur infinie diversité. La fondation d'entités dans le tissu même de la société est une façon de désigner, au cœur même de la vie sociale, des sujets conscients et garants de l'intérêt général. Comme l'écrit Saleilles « si les particuliers ne sont pas outillés par les groupes, l'Etat ne sera pas secondé. Tous les éléments de civilisation ou de progrès social seront par cela même laissés en souffrance »⁶³. Les groupes sociaux n'ont pas pour vocation d'agir systématiquement contre l'Etat mais permettent de le rendre sensible à ses devoirs sociaux, en d'autres termes les groupes sociaux ont pour vocation de renvoyer à l'Etat l'image la plus fine et la plus complète possible des attentes de la société civile. L'espace public se révèle ainsi dans sa duplicité, c'est-à-dire « non seulement (comme) un espace dramaturgique de manifestation, mais aussi (comme) un espace éthique de reconnaissance »⁶⁴. En d'autres termes la constitution de l'espace public implique que l'instance supérieure chargée de sa cohésion – l'Etat – est rendue sensible aux exigences de la société. La parole réclamée par les groupes doit être attribuée par l'Etat et en retour la norme commune doit porter en elle, rendre visible les requêtes de la société. Le droit participe à la représentation des groupes au sens où il rend visibles et rend lisibles à l'Etat les articulations et les tensions du monde social. C'est donc la scission entre un espace public institué par l'Etat et considéré comme le lieu du politique et une société civile laissée à elle-même et considérée comme le domaine des pratiques et des croyances privées qui cesse d'être pertinente. Il convient dès lors d'acquérir l'intelligence de la relation complexe qu'entretiennent l'Etat et la société, de comprendre tout à la fois que le pouvoir émane de la société et que celle-ci ne trouve sa forme définitive que grâce à l'Etat. Il s'agirait de rapprocher cette conception des rapports de l'Etat et de la société de celle développée par Durkheim dans ses *Leçons de sociologie*⁶⁵. En effet selon Durkheim, « il faut que la vie circule sans solution de continuité entre l'Etat et les particuliers, et entre eux et l'Etat ; mais il n'y a aucune raison pour que ce circulus ne se fasse pas à travers des organes interposés »⁶⁶.

⁶³ ID., *De la personnalité juridique*, p. 52.

⁶⁴ J.-M. FERRY, *Philosophie de la communication*, t. II, *Justice politique et démocratie procédurale*, Coll. Humanités, Cerf, 1994, p. 21.

⁶⁵ Sur tout cet aspect l'article de Cl. GAUTIER, *Corporation, société et démocratie* chez Durkheim, *Revue Française de Science Politique*.

⁶⁶ E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, PUF, Paris, 1950, Leçon 8, p. 129.

La relation de l'Etat à la société implique le principe de cette circulation permanente « sans solution de continuité », une « circulation » sans repos entre l'Etat et la société qui interdit de situer dans l'une ou dans l'autre de ces instances l'origine exclusive de la création juridique. Le droit implique une relation de réciprocité ininterrompue entre l'Etat et la société, le principe d'une phénoménologie qui interdit de s'en remettre à l'idée d'une antériorité radicale de l'Etat sur la société impliquant la soumission de la société aux décrets de l'Etat ou inversement de conclure à l'autonomie complète de la société impliquant la soumission de l'Etat aux règles issues du mouvement même de la société. L'Etat ne peut pas gouverner contre l'orientation générale de la société mais cela ne signifie pas pour autant que l'Etat soit le jouet des forces sociales, à savoir uniquement voué à transcrire dans le langage juridique les diktats de l'évolution sociale. Conformément à la leçon de Durkheim, on peut ici considérer que « le rôle de l'Etat n'est pas d'exprimer mais de surajouter »⁶⁷, en d'autres termes la vocation de l'Etat est de confronter les données de l'évolution sociale au cadre général des acquis de la doctrine juridique et de la coutume, c'est-à-dire d'opposer au mouvement aveugle de l'institution sociale l'horizon intangible des principes généraux du droit.

Selon la perspective ouverte par Saleilles *la société civile et l'Etat représentatif s'entr'appartiennent*. La « société organisée » selon l'expression de Saleilles, les groupes sociaux collaborent avec l'Etat tout en se posant comme des « institutions autonomes contrôlées par l'Etat et dirigées par des individus, mais souveraines par elles-mêmes en vue de la souveraineté de leur but idéal »⁶⁸. Par cette proclamation qui, aux yeux de son auteur, constituait « toute sa théorie »⁶⁹ Saleilles préserve un espace propre du droit social encadré par un Etat voué à examiner la légalité des groupes qui en sont la source. C'est l'Etat qui en dernière instance fixe le criterium de formation définitive par lequel il reconnaît la valeur juridique aux formations jusque là coutumières, témoignant d'une institution spontanée. En définitive, aux yeux de Saleilles, ce n'est pas parce que le droit implique la connaissance la plus précise possible des acteurs du monde social qu'il faille désormais substituer à toute l'évolution de la science juridique le fait d'une pure sociologie. D'une façon bien plus nuancée Saleilles constate que l'évo-

⁶⁷ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁸ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 626.

⁶⁹ *Ibid.*

lution majeure de ce droit nouveau consiste en ce que ce savoir issu de la doctrine et de la coutume « n'entre pas seulement dans la formation, mais dans l'interprétation, du droit »⁷⁰, en d'autres termes, loin de se trouver dissoute dans la sociologie, la doctrine encadre et borne une création juridique qu'elle ne saurait désormais prétendre à elle seule déterminer. C'est *une citoyenneté sociale* qui est en train de s'inventer, selon la belle expression de Pierre Rosanvallon⁷¹, c'est-à-dire un rapport de l'individu à l'Etat dans lequel le pouvoir souverain n'apparaîtrait plus dans le rapport direct et immédiat avec le « sujet » considéré dans ses droits et devoirs. L'appréhension du monde social à l'aune des groupes particuliers qui lui donnent sa forme restitue la signification d'une densité de l'existence en commun dont ne sait pas rendre compte la représentation politique dès lors que celle-ci se résume au principe de la *substitution* de la figure singulière du représentant à l'image plurielle et toujours renouvelée de la société représentée. En effet, la représentation politique suppose l'abstraction de chaque sujet individuel de ses intérêts particuliers, en d'autres termes le suffrage universel dans l'instant où il rend visible l'intention du peuple ne fait qu'en dissoudre l'image en une poussière d'individus sans liens, « le suffrage universel dans l'instant même où il prétend étendre la volonté du sujet individuel, ne fait que l'abstraire de lui-même et de sa situation dans le monde social pour le fondre dans la figure incertaine de l'entité-peuple »⁷². Ainsi Saleilles pointe-t-il et tente-t-il de surmonter le paradoxe de la représentation politique moderne qui opacifie davantage ce qu'elle était censée rendre transparent, qui, selon la remarquable formule de Claude Lefort, en se référant directement « à l'identité du peuple, au Sujet instituant s'avère couvrir l'énigmatique arbitrage du Nombre »⁷³. La représentation n'implique plus ce changement de nature qu'implique le passage de l'individu au citoyen conçu comme un sujet abstrait, décharné qui recouvre l'être réel au point de le faire disparaître, au point de le nier dans sa concrétude. Dans la perspective ouverte par Saleilles, la représentation politique ne peut se construire qu'autour de l'identité sociale de l'acteur. Le sujet individuel doit cesser d'être une figure abstraite pour être considéré comme membre d'un groupe, situé

⁷⁰ R. SALEILLES, préface à F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. XXV.

⁷¹ P. ROSANVALLON, *La Nouvelle question sociale*, Paris, Seuil, 1995.

⁷² Cl. LEFORT, *Permanence du Théologico-politique ?*, *Essais sur le politique*, Paris, 1986, Calmann-Lévy, p. 268.

⁷³ *Ibid.*

par rapport à un contexte à l'aune duquel s'évalue sa capacité à jouir de ses droits et non plus être pensé comme un sujet passif abstraitement doté de droits et de devoirs. Le droit autonome d'association et de travail « sera la loi sociale par excellence, l'analogie pour le droit privé de ce qu'est le régime démocratique pour le droit public (...) ainsi le XIX^e siècle finissant a entrevu un idéal de démocratie sociale auquel la démocratie politique aura servi d'étape »⁷⁴.

Né du conflit des intérêts eux-mêmes, *le droit civil est un droit politique*, l'analogie du droit public pour une démocratie enfin rendue sensible à la pluralité des fins et des revendications d'identité des groupes qui la composent. La constitution de l'ordre social démocratique implique l'extension du social vers le politique, ou plus précisément *l'attribution d'un sens politique* au conflit perpétuel qui anime le monde social et que le droit a l'ambition de laisser paraître. C'est dans le champ laissé vide entre les citoyens considérés dans leur irréductible pluralité et l'Etat donné dans son unité que le droit civil tisse le cadre dans lequel l'intérêt général est voué à prendre forme. C'est dans ce « lieu vide » entre la pure pluralité des monades dispersées et la singularité réductrice d'une totalité toujours tentée de les rassembler en son corps transcendant que se noue la relation politique. Le groupe social est la monade constitutive de l'Etat moderne. Collective est donc la base des devoirs publics. La réflexion de Saleilles tend vers une vision corporative de l'Etat dans laquelle l'ensemble des devoirs et des droits individuels auront leur fondement premier dans l'idée de groupes sociaux considérés comme autant de sujets actifs de la souveraineté.

Frédéric TELLIER

⁷⁴ R. SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique, Livre du centenaire*, t. 1, p. 116.