

## Quelques remarques sur les juristes français et l'idée de marché dans l'histoire <sup>1</sup>

Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE

Professeur à l'Université René Descartes (Paris V)

Le marché est à la mode. Il paraît avoir les faveurs de beaucoup sinon de tous. L'effondrement soviétique n'a certainement pas encore, sur ce point, produit tous ses effets. Pour la France, le tournant pris dans la vie politique en 1983 a semblé entraîner une adhésion nettement plus large à l'idée de marché telle que prônée, allons vite, par les économistes libéraux. L'historien sait bien que la pérennité d'une telle convergence est sans doute une illusion mais, en même temps, il ne peut pas ne pas voir les changements opérés. Aujourd'hui, la papauté elle-même – pourtant toujours attentive aux possibles excès de la concurrence – accorde sa place au marché. Avec prudence il est vrai ; on lit dans l'encyclique *Centesimus annus* : « il semble que ce soit l'instrument le plus approprié pour répartir les ressources » ; mais, un peu plus loin : « toutefois cela ne vaut que pour les besoins solvables (...), il y a de nombreux besoins humains qui ne peuvent être satisfaits par le marché » <sup>2</sup>. Quant à la gauche française, la gauche de gouvernement, elle a fait en la matière une reconversion sans doute hâtée par ses sentiments européens. Encore faut-il s'entendre sur le contenu de la notion de marché.

Sur ce contenu, que nous livre l'étymologie ? Le mot « marché » vient du latin « *mercatus* » qui vient lui-même de « *merx* », la chose ou la marchandise. Vers l'an mil, on parle en français de « marched », puis de « marchié » ou « marché ». Ce mot désigne une réunion de vendeurs et d'acheteurs dans un lieu où se débitent les marchandises ; mais le mot signifie aussi la négociation, l'idée abstraite d'affaire, ou encore le pacte, l'accord. À partir de 1850 environ, avec le développement des mécanismes de l'échange, le mot est employé pour évoquer l'état de l'offre et de la demande. Mais, incontestablement et nous y reviendrons, les juristes restent volontiers – on a envie d'écrire « volontairement » – en deçà des progrès que la science économique fait faire au mot. Ainsi le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de M. le doyen Cornu <sup>3</sup>

<sup>1</sup> Cet article est le texte rédigé (et légèrement transformé notamment par l'adjonction de notes) d'une conférence prononcée dans le cadre de l'École doctorale de l'Université de Paris II, le 12 avril 1995.

<sup>2</sup> Sur ce point, voir J.-Y. Calvez, *L'Église devant le libéralisme économique*, Paris, Desclée de Brouwer, 1994, not. p. 79.

<sup>3</sup> Paris, PUF, 1987.

relève-t-il cinq sens du mot, le lieu, le rassemblement périodique de vendeurs et d'acheteurs, la convention, l'ensemble des opérations commerciales relatives à une catégorie de biens, l'ensemble des transactions et des tractations relatives à des opérations déterminées, sans faire expressément référence au sens purement économique. En 1991, le Conseil de la concurrence définit le marché « comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique ».

Deux éléments se détachent de ce très rapide survol de l'histoire du mot. D'une part, la filiation avec le mot « *merx* », comme « Mercure », le dieu du commerce (et des voleurs) et surtout comme ce mot si usuel de la langue française, « merci ». Quand nous disons merci, nous sommes civils, urbains, nous sommes surtout pacifiques. Le fait souligne l'un des aspects de l'échange les plus souvent relevés par les analystes, à quelque discipline qu'ils appartiennent : l'échange adoucit les relations humaines. Ce point évoque irrésistiblement une autre étymologie : le mot « pacte » vient de « *pax* », la paix et des romanistes ont pu construire différentes hypothèses sur les origines du contrat dans le traité qui met fin à un épisode armé.

D'autre part, on voit bien que le sens du mot dans la langue juridique est riche mais presque trop. En réalité, l'usage juridique emploie le mot dans un nombre considérable de significations dont toutes ces pages n'épuiserait pas l'exposé. C'est forcément l'indice de l'ambiguïté. Et ceci d'autant plus que, non plus le sens du mot, mais la réalité historique du phénomène ne fait pas l'objet d'une analyse unanime.

Ainsi, P. Rosanvallon dans *Le Libéralisme économique : histoire de l'idée de marché*<sup>4</sup>, ne commence son étude qu'avec le XVIII<sup>e</sup> siècle alors que F. Braudel, dans *Civilisation matérielle, Économie et Capitalisme ; XV<sup>e</sup>me-XVIII<sup>e</sup>me siècles ; Les jeux de l'échange*<sup>5</sup>, fait remonter beaucoup plus haut le phénomène. Voici la perspective de l'historien du capitalisme, perspective dans laquelle nous nous situerons dans la suite de cette courte étude : « La notion de "marché auto-régulateur" qui nous est proposée – il est ceci, il est cela, il n'est pas telle chose (...) –, relève d'un goût théologique de la définition (...). Le marché (...) est une création de l'esprit (...), le contrôle des prix, argument essentiel pour nier l'apparition avant le XVIII<sup>e</sup> siècle du véritable « marché auto-régulateur », a existé de tout temps et aujourd'hui encore. Mais en ce qui concerne le monde pré-industriel, ce serait une erreur de penser que les mercuriales des marchés suppriment le rôle de l'offre et de la demande (...). Historiquement, il faut parler à mon sens d'économie de marché dès qu'il y a fluctuation et unisson des prix entre les marchés d'une zone donnée (...), en ce sens il y a économie de marché bien avant les XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. Dès l'Antiquité les prix fluctuent, au XIII<sup>e</sup> siècle, ils fluctuent déjà d'ensemble à travers l'Europe »<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Paris, Le Seuil, 1989.

<sup>5</sup> Paris, Armand Colin, 1979.

<sup>6</sup> F. Braudel, *op. cit.*, p. 195. De plus, pour asseoir la réalité historique du marché dès avant le XVIII<sup>e</sup> siècle bien d'autres arguments existent et de toute nature ; sur le terrain juridique, par exemple, la naissance médiévale de la lettre de change ; sur le terrain économique, l'existence des réseaux d'information sur le prix des monnaies chez les marchands du Moyen Âge, spécialement à Lyon ; ou encore l'existence des entreprises dispersées qui fonctionnaient grâce au travail à domicile des « chambrelans ».

Bien entendu, il faut comprendre que, pas plus qu'aujourd'hui, dans les siècles passés, le marché n'a été homogène. Les travaux historiques<sup>7</sup> ont parfaitement montré que les régions ou pays ont été très disparates quant à la modernité du marché. Coexistèrent des situations très différentes, comme aujourd'hui par exemple entre pays développés et pays en développement. Ceci étant dit, nous travaillerons dans ce cadre : en France, après le déclin de l'économie très fermée du haut Moyen Âge, environ vers les XII-XIII<sup>e</sup> siècles, un marché s'est installé (« au XIII<sup>e</sup> siècle, les prix fluctuent d'ensemble à travers l'Europe »). Après ce constat économique, il faut essayer de saisir comment se sont alors lentement formées les façons de penser des juristes.

Auparavant, plaçons le débat dans ses termes actuels. Les économistes, indépendamment de l'histoire de leur discipline ou de leurs présentes discussions, ont une définition du marché qui retient pour axe fondamental l'idée d'établissement du prix grâce à la libre confrontation de l'offre et de la demande<sup>8</sup>. Et les juristes ? Les juristes nous ont paru plutôt discrets sur la question, exception faite des spécialistes du droit de la concurrence ou du droit communautaire qui ne sauraient se passer de définition<sup>9</sup>. Est en particulier frappant le presque silence sur la notion de marché des ouvrages généraux que sont les Introductions au droit. On comprend tout à fait cette réticence, la notion ne fait guère partie de l'enseignement juridique classique, hérité de la codification, mais pourquoi n'a-t-elle pas été, au moins récemment et devant son développement, adjointe à ce type d'ouvrages ? Les rapports entre droit et économie n'ont pas toujours été simples<sup>10</sup> ; il reste que la notion semble gêner et cette gêne s'explique peut-être par l'histoire.

Or, en France, précisément, il existe en matière d'histoire du marché une sorte de légende noire. Il est habituel de lire que le poids de l'État fut ici écrasant, que les prix avant le grand texte de 1986, subissaient à peu près à toute époque un contrôle lourd ou très lourd. En fait, la France oscillerait, dit le *Jurisqueleur commercial*, V<sup>o</sup> *Concurrence*, à propos des cinquante dernières années : « entre la réglementation dirigiste destructrice de la concurrence et la régulation semi dirigiste ou à demi libérale qui la maintient sous une tutelle étatique ferme ou molle selon les circonstances, les hommes au pouvoir et l'air du temps »<sup>11</sup>. Sur l'attitude française traditionnelle, on lit bien pire encore :

<sup>7</sup> Très clairement synthétisés dans l'ouvrage précité de F. Braudel.

<sup>8</sup> R. Barre, *Économie Politique*, t. 1, Paris, PUF, 1975, p. 527 : « Un marché est un réseau de relations entre échangistes qui sont en communication étroite par quelques moyens ». « Les économistes entendent par marché, écrit A. Cournot, non pas un lieu déterminé où se consomment les achats et les ventes mais tout un territoire dont les parties sont unies par des rapports de libre commerce, en sorte que les prix s'y nivellent avec facilité et promptitude ».

<sup>9</sup> Voir par exemple M.-C. Boutard-Labarde, G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, L. G. D. J., 1994, p. 7 : le marché « est le lieu théorique où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts ».

<sup>10</sup> En témoignent le style de cette notation rapide de G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L. G. D. J., 1951, p. 3 : « L'économie politique veut être reconnue comme une science..., le droit est l'art de conduire les hommes. C'est tout de même plus important ».

<sup>11</sup> Fascicule de C. Champaud.

« Que n'a-t-on pas dit de cette France désuète, hostile au capitalisme, effrayée par le grand large, entravée par son État, avide de protections et incapable de sentir les pulsations du monde ? »<sup>12</sup>. Enfin, ces comportements d'hostilité au marché seraient dûs à la période de l'ancien droit. Sur cette dernière question, il existe une sorte d'enseignement dominant des historiens du droit qui ont volontiers décrit l'économie de l'Ancien Régime en trois points : les corporations, et donc par hypothèse l'absence de liberté de production ; les manufactures privilégiées et donc la destruction de la concurrence ; la réglementation des marchés et donc une demande et une offre brimées dans leur espérance de rencontre.

Corporations, manufactures privilégiées, réglementation, tout ceci est bien exact mais l'histoire du marché dans ses spécificités françaises a souffert, quant à sa présentation notamment universitaire, d'un double handicap. D'abord cette présentation a été abusivement proposée dans une version fixée dès le XVIII<sup>e</sup> siècle. Les textes des physiocrates, dans lesquels on a tant puisé, furent tout de même des textes de combat et de propagande. Il aurait peut-être fallu les soumettre davantage à la critique historique. Au contraire, ils ont alimenté nombre d'ouvrages du XIX<sup>e</sup> siècle très inspirés par les souhaits de la bourgeoisie libérale du temps. Cette bourgeoisie avait alors joint à son rejet de la réglementation de l'Ancien Régime sa haine du Maximum, version économique de la politique du Gouvernement révolutionnaire, gouvernement revenu aux techniques interventionnistes ponctuelles de la royauté. Pour toutes ces raisons, un certain manque de sérénité a pu troubler notre vision des progrès de l'idée de marché. Il n'est absolument pas question ici de prétendre en livrer une histoire nouvelle mais seulement de proposer quelques citations et quelques réflexions. On constate aujourd'hui une adhésion forte au marché ; en même temps on sent bien, et surtout à cause de la grande sensibilité à la question du chômage – le salarié est dans le « marché du travail » – que les conséquences ultimes de la notion ne sont pas acceptables par tous. Quels sont les réflexes, quelles sont les coutumes de pensée qui sont à l'œuvre ici ? La réinterrogation, même très partielle ici, des juristes de l'Ancienne France peut être utile sur ce point.

Fernand Braudel estime que depuis le XII<sup>e</sup> siècle environ, « les sociétés d'hier offrent au regard immédiat la circulation ou l'économie de marché ». Dès le XII<sup>e</sup> siècle..., l'évocation de cette époque fait réagir l'historien : c'est le temps de la renaissance du droit romain ; il y a là tout autre chose qu'un hasard et nous devons remonter jusqu'aux juristes médiévaux. Mais l'axe important demeure le XVIII<sup>e</sup> siècle, même si on y voit étape et non rupture. Quelque chose se produit alors dans la conception même de l'échange qui en transforme le sens. L'articulation de ces rapides réflexions se fera donc autour de l'époque des Lumières. Avant et après ce temps se sont succédé deux conceptions de l'idée de marché, entendue comme l'ensemble des moyens juridiques propres à assurer la rencontre de l'offre et de la demande. La recherche de la tradition du droit français amène à travailler en remontant le temps et donc à adopter une chronologie inversée. Du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle, le marché, lié au développement, a été conçu comme

<sup>12</sup> *La France de l'an 2000. Rapport au Premier Ministre* de la commission présidée par A. Minc, Paris, O. Jacob/Documentation Française, 1994, p. 15.

une machine à rendre heureux (I : *Le marché, le bonheur et le libéralisme comme système*) ; avant le XVIII<sup>e</sup> siècle, le marché avait été parfaitement perçu mais à travers une conception nettement moins matérialiste et dogmatique (II : *Le marché, l'amour et la liberté comme principe*).

### I. — LE MARCHÉ, LE BONHEUR ET LE LIBÉRALISME COMME SYSTÈME (À PARTIR DU XVIII<sup>e</sup> SIÈCLE)

À partir de l'époque des Lumières, et jusqu'à nous, a été développée une thèse qui a constitué le marché en un véritable système, en une machine à créer du développement et par là – nous rencontrerons constamment le mot dans les textes – du « bonheur ». Le ton de cette élaboration doctrinale a été volontiers péremptoire. Formulé en un temps, le XVIII<sup>e</sup> siècle, lors duquel la formation des penseurs était encore largement théologique et qui a souvent mêlé science et métaphysique, le mystère libéral promettait un effet mécanique qui allait, par le simple libre jeu des forces économiques, produire l'inéluctable bien-être ; il est cependant plus exact de parler ici de « bien-avoir ».

Voici donc la rampe de lancement : les promesses de bonheur. Une fois le démarrage économique assuré, ce qui fut certainement le fait historique majeur du XIX<sup>e</sup> siècle, accompagnant le développement, on sait bien que des difficultés allant parfois jusqu'au tragique se firent jour et qu'il fallut trouver des remèdes au malheur. Enfin, un domaine se caractérisa par des résistances nombreuses au système, le domaine du marché international : protectionnisme ou libre-échange complet, le débat n'est pas clos et ce sera le dernier point envisagé dans cette courte évocation de tout ce qui a procédé des analyses des Lumières.

#### A. — *Les promesses de bonheur*

En réaction contre la réglementation d'Ancien Régime, à partir du début du XVIII<sup>e</sup> siècle environ, les théoriciens élaborent la fameuse thèse libérale selon laquelle la somme des intérêts particuliers égale l'intérêt général. Il suffit de laisser faire appétits ou même égoïsmes pour aboutir au bien-être de tous. Ne reprenons pas la description de ces thèses si souvent faite<sup>13</sup> ; rappelons en simplement le point central grâce à quelques

<sup>13</sup> Une simple citation permet de comprendre l'axe de cette pensée ; il s'agit d'un extrait de l'article « *Fondation* » que Turgot a donné à l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert, extrait dans lequel l'auteur évoque la puissance des intérêts humains : « Quoique le cours naturel du commerce suffise pour établir des marchés, il est arrivé, par une suite de ce mal-

citations ; l'idée est ici de chercher à comprendre comment législateur et juristes français ont accueilli les conceptions économistes.

Avant de citer les auteurs français, on ne saurait passer sous silence Adam Smith, le plus profond sans doute de ces penseurs. Bien entendu, il faut compléter la célèbre *Richesse des nations* (1778) par *La théorie des sentiments moraux* (1759)<sup>14</sup>. En voici rappelées les différentes positions : il existe un ordre naturel, en économie comme en tout autre domaine, ordre qui provient de la recherche permanente de l'intérêt personnel, fruit des tendances innées des individus ; ces tendances sont l'égoïsme, la sympathie, le désir de liberté, le sens de la propriété, l'habitude du travail, la propension à l'échange ; c'est de la lutte à l'intérieur de soi-même que provient l'ordre final, lié en particulier au combat que se livrent notre égoïsme et la sympathie que nous éprouvons pour autrui. En ce dernier sens, l'homme d'Adam Smith est déchiré mais de ce jeu interne sort l'équilibre, à condition toutefois que rien ni personne ne s'interpose et ne vienne précisément troubler l'établissement de cette harmonie. Ainsi la libre poursuite de l'intérêt conduit sûrement au bien commun. C'est à ce point de la théorie qu'existe le « mystère » libéral : la fameuse « main invisible », régulatrice, ordonnatrice, harmonise les désirs de tous qui se mutent en bien général. Le bonheur général est le résultat spontané des conduites additionnées. Est-on tellement loin d'un schéma providentialiste ?<sup>15</sup> Sur

---

heureux principe qui, dans presque tous les gouvernements, a si longtemps infecté l'administration du commerce, je veux dire la manie de tout conduire, de tout régler et de ne jamais s'en rapporter aux hommes sur leur propre intérêt ; il est arrivé, dis-je, que pour établir des marchés on a fait intervenir la police ; qu'on en a borné le nombre sous prétexte d'empêcher qu'ils ne se nuisent les uns aux autres ; qu'on a défendu de vendre certaines marchandises ailleurs que dans certains lieux désignés, soit pour la commodité des commis chargés de recevoir les droits dont elles sont grevées, soit parce qu'on a voulu les assujettir à des formalités de visite et de marque, et qu'on ne peut pas mettre partout des bureaux. On ne peut pas trop saisir toutes les occasions de combattre ce système fatal à l'industrie ; il s'en trouvera plus d'une dans l'*Encyclopédie* ». On remarquera la vivacité du propos de l'auteur et les mots « infecter », « manie » ou « système fatal ».

<sup>14</sup> On insiste beaucoup aujourd'hui (G. Faccarello, *Aux origines de la pensée libérale : P. de Boisguilbert*, Paris, Anthropos, 1991, p. 12) sur le fait que «... l'économie politique ne commence pas en 1776 avec la première édition de la *Richesse des nations* » et que «...les thèmes de cet ouvrage prétendument fondateur n'étaient pas originaux ». Cependant la fortune de la formulation d'Adam Smith quant à la « main invisible » force le recours à ses écrits.

<sup>15</sup> Sur ce point, matérialisme ou providentialisme des débuts du succès de l'idée de marché, beaucoup de choses ont été dites. Voir par exemple, sur les différences entre A. Smith et les Physiocrates quant à l'ordre naturel, dessein de la Providence, A. Barrère, *Histoire de la pensée et de l'analyse économiques*, Paris, Cujas, 1994, p. 266 et s. ; et surtout A. Béraud et G. Faccarello, *Nouvelle histoire de la pensée économique*, t. 1, *Des scolastiques aux classiques*, Paris, La Découverte, 1992 ; dans ce dernier ouvrage, on décèle comme une sorte d'embarras devant cette question puisque, dans le chapitre consacré à Smith, il est écrit à la fois : « Ainsi le libéralisme de Smith s'appuie sur une conception matérialiste de l'histoire qui, par un curieux "retournement dialectique" deviendra chez Marx le fondement du socialisme scientifique » (p. 347) ; et plus loin, dans une critique de l'habituelle présentation de la main invisible : « Quand on l'évoque aujourd'hui, c'est le plus souvent pour décrire le mécanisme d'un marché concurrentiel où chaque agent, en cherchant à maximiser son gain, contribue à un « optimum » social. Une telle interprétation est cependant bien partielle et même trompeuse. Après tout, ce n'est pas à l'occasion de l'analyse du marché que Smith invoque, pour la

cette interrogation, il existe des écrits récents fort stimulants dans leurs excès ou leur provocation mêmes, ceux des théologiens dits de « la Libération ». Ces auteurs expliquent en quoi, à leur avis, la « main invisible » fut un emprunt théologique ; ils présentent l'économie de marché comme un avatar de la question des idoles et repèrent chez les libéraux purs une tendance sacrificielle <sup>16</sup>.

Quelque soit le sens profond de la doctrine de Smith, rappelons en l'autre point fort : l'homme a continuellement besoin de la production d'autrui et la division du travail est un bienfait. L'homme a ainsi forcément recours à ses semblables et l'harmonie naît de ces relations. Tout ceci conduit au laisser-faire universel en matière interne comme en matière internationale. Bien entendu, l'État est alors minimal : dans le cas contraire, le jeu de l'intérêt personnel serait perturbé, «...l'État n'est présent que pour favoriser l'activité des sujets économiques par le service public » <sup>17</sup>. Pas de privilège économique par conséquent, pas de subvention, pas de droits de douane, pas de système colonial, pas de réglementation notamment du marché du travail. Smith constate, pour son époque, l'insuffisance du développement : elle résulte des règlements incessants ; quand ceux-ci seront abolis, l'homme sera heureux dans le bien-être collectif <sup>18</sup>.

Cette doctrine va engendrer, entre autres, soutenu par le succès de l'École physiocratique, tout un courant juridique libéral qu'il est ici hors de question d'étudier de façon exhaustive. Quelques pistes cependant aideront à évoquer la réception de ces idées chez les juristes. Un relais important a assurément été le *Répertoire de Législation* de Dalloz, paru au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Au mot *Industrie et Commerce* (t. 27, p. 646-801), Dalloz citant abondamment Adam Smith, Turgot et le *Cours d'Économie Politique* de Rossi, reprend clairement la thèse <sup>19</sup>.

---

première fois, sa métaphore, mais dans de tout autres circonstances. L'harmonie naît moins du mécanisme économique que de l'intervention de la Providence ou, plus précisément, de la divinité » (p. 356). On comprend très bien le caractère épineux de ce point d'interprétation, il faut tout de même décider si le mécanisme central de l'économie de marché est né laïc, et donc pourvu d'une sorte de pureté scientifique ou s'il est totalement encore immergé dans l'ère théologique...

<sup>16</sup> Lire H. Hassmann et F. Hinkelammert, *L'idolâtrie de marché. Critique théologique de l'économie de marché*, Paris, Cerf, 1993.

<sup>17</sup> A. Barrère, *op. cit.*, p. 262.

<sup>18</sup> Cette vision d'un marché idéal toujours à parfaire est permanente chez certains courants, cf. C. Barrère, G. Kebabjian, O. Weinstein, *Lire la crise*, Paris, PUF, 1983, p. 35 : dans l'image que la théorie néo-classique se donne de la crise «...le marché est pour partie source de crise. Mais il ne l'est que dans la mesure où il connaît des « imperfections », c'est-à-dire des écarts par rapport au modèle idéal... ».

<sup>19</sup> Il est significatif de voir que le *Répertoire* confie à Turgot, abondamment cité, une très grande part de ses longs développements sur l'histoire des corporations, l'auteur ne s'autorisant que de légères critiques envers le ministre qui, en d'autres passages, est présenté avec force louanges (voir les n°10 à 32 au moins du mot *Industrie et commerce*, t. 27 ; il faut lire également l'ensemble du mot *Économie Politique*, t. 20). Il est vrai, en sens inverse, que dès 1850, Dalloz écrit aussi, au mot *Économie Politique*, n°26 : « Smith n'avait pas encore vu en mouvement, à son époque, les formidables machines qui, non seulement aident mais remplacent l'homme dans l'œuvre de la production ; il n'avait pu en prévoir les fâcheuses conséquences, l'excès de production et la concurrence illimitée ». Il n'en reste pas moins que la pensée juridique de très grande diffusion - et que les professeurs de toutes disciplines ne se sont pas privés de reprendre - est très intimement liée à la critique des institutions monar-

Quant à la doctrine, l'histoire de son adhésion première au libéralisme du code civil est parfaitement connue. La méthode exégétique véhicula le contenu du code, le code lui-même étant tout entier axé autour d'une véritable conception de l'homme : « l'homme (y) est traité essentiellement comme une volonté : ce n'est pas un corps (...), c'est une volonté toujours forte, éclairée, tendue vers un but et libre (...); l'accord de deux volontés, le contrat, est rapproché de la loi (art. 1134). Cette précellence accordée au contrat dans la vie juridique rejoint d'ailleurs la maxime de la liberté économique : laissez faire, laissez passer »<sup>20</sup>. Cette emprise de la pensée économique va aller s'amplifiant pendant tout le XIX<sup>e</sup> siècle et, passé 1850, cette influence deviendra de plus en plus nette. C'est en particulier le cas de Boistel, personnage important de l'histoire des Facultés de droit dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>21</sup>. Les titres des ouvrages de cet esprit très large prouvent l'intérêt qu'il portait au droit commercial mais aussi à l'économie politique, au droit naturel ou à la « métaphysique nécessaire à la philosophie du droit ». Un extrait de son *Manuel de droit commercial* (Paris, 1899, p. 2) est ici utile : « chacun, au lieu de produire ce qui lui est nécessaire, produit une seule espèce de valeur, en grande abondance et se procure par voie d'échange tout ce dont il a besoin ; il obtient ainsi une bien plus grande somme de jouissances que s'il produisait tout lui-même ». C'est là un des aspects essentiels de cette conception du développement par le marché : la promesse de plus de jouissances par la production ou, plus exactement par la consommation de la production. Jusqu'à nos jours donc, les promesses de bonheur grâce au marché lient félicité et matière. C'est le bonheur par les choses. Soulignons encore que cet extrait du livre de Boistel est tiré d'un paragraphe consacré au *Point de vue moral* : consommation, jouissance et morale ont partie liée.

Et en effet l'attitude des économistes du XVIII<sup>e</sup> siècle s'était bien étendue à la morale. De nombreux textes visaient alors à établir que le respect des lois de l'économie naturelle rendait vertueux. En un passage fameux, Le Mercier de la Rivière dira qu'il est « impossible » que des peuples qui vivent « sous la seule loi de la propriété (...) ne soient pas humainement parlant les plus vertueux » car ils sont soumis à un ordre dont « la justice par essence est la base ». L'affirmation de cette primauté de la propriété permet de considérer le chemin parcouru depuis la pensée médiévale : la propriété a simplement absorbé la justice mais il est vrai qu'il s'agit là d'un autre versant du débat.

Quant à la législation, elle connaît évidemment, selon la succession des régimes politiques, plusieurs périodes. Il serait trop long, et il est inutile ici, de rappeler comment s'est établi le principe de la liberté du commerce et de l'industrie sous la Révolution et comment, ensuite, on a pu parler du « XIX<sup>e</sup> siècle libéral ». Rappelons cependant, dans cette rapide évocation, la parenthèse du *Maximum*, suivie de la liberté économique retrouvée après la chute de Robespierre. Plus précisément, le texte par lequel, après Thermidor, la Convention abroge la taxation jacobine des prix est très représentatif

chiques émise à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. On peut tout à fait le comprendre mais un effort plus proprement historique aurait pu accompagner tout ceci.

<sup>20</sup> J. Carbonnier, *Introduction au droit*, Paris, PUF, 1992, p. 129.

<sup>21</sup> Voir J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, p. 123.



de l'état d'esprit libéral. Un extrait de cette proclamation du 9 nivôse an III le montrera : « C'est à l'industrie dégagée d'entraves, c'est au commerce régénéré à multiplier nos richesses (...), la justice, la raison ramèneront peu à peu l'abondance. Le peuple le plus magnanime recueillera le fruit de ses vertus et ses représentants trouveront leur récompense dans le spectacle de son bonheur ». Il y a là un beau texte de synthèse, un didactique raccourci du vocabulaire du XVIII<sup>e</sup> siècle : la liberté économique est « justice » et « raison » ; le peuple peut y faire fructifier ses « vertus », et plus tard, dans un avenir qui n'est pas autrement précisé, ses représentants contempleront son « bonheur ».

Une remarque ultime, d'apparence syntaxique, avant de quitter cette première présentation du problème ; ces doctrines ont élu un temps de verbe favori : à partir de ce XVIII<sup>e</sup> siècle, le marché parle au futur. Le marché est, et surtout au fur et à mesure que la révolution industrielle s'opère, réalité mais, plus encore, il est projet. En fait, chaque époque fait le constat d'un développement insuffisant mais promet que l'avenir verra la multiplication des échanges et le bonheur avec elle. En cela, les thèses du marché ont utilisé une vieille attitude occidentale qui fait du futur une référence d'idéal. Devant une réalité noire ou seulement grise, le recours au futur, à un futur longtemps exclusivement peint des couleurs religieuses (l'autre vie), ou au contraire marqué par l'abondance d'un âge d'or matériel, a nourri les grandes inspirations de l'occident. En cela, ces doctrines du XVIII<sup>e</sup> siècle, trop souvent présentées comme nouveautés radicales, sont tout à fait solidaires de l'histoire générale des idées. Nourris de pensée et de références théologiques, comme tous les autres auteurs, les économistes du XVIII<sup>e</sup> siècle ont tenté de voir « au-delà » ; mais bien entendu, à leur époque, ce n'est plus le salut mais le bonheur promis qui se trouve être leur horizon. Certains penseurs libéraux, eux-mêmes, n'ont pas manqué de souligner que l'idée de développement ressortait des débuts de la Genèse : (Genèse, I, 26) « Dieu dit : faisons l'homme à notre image (...) et qu'ils dominent sur les poissons de la mer, les oiseaux du ciel, les bestiaux » ; (Genèse I, 28) « Dieu les bénit et leur dit : Soyez féconds, multipliez, emplissez la terre et soumettez-la (...). Je vous donne toutes les herbes portant semence (...) ». Cette incontestable influence religieuse se retrouvera très longtemps, diffuse, dans la littérature en question <sup>22</sup>.

« Le XIX<sup>e</sup> siècle libéral » accomplit, comme on le sait, son œuvre de développement mais, finalement, la félicité ne fut pas sans mélange et il fallu faire face à des difficultés qui n'avaient pas été envisagées par des penseurs ou un personnel politique qui avaient pourtant connaissance de l'exemple anglais. Le socialisme, le communisme ou encore des thèses moins radicales comme l'idée de coopération tenteront de trouver des alternatives ; les juristes, quant à eux, développeront principalement deux attitudes.

<sup>22</sup> Boistel, *Manuel de Droit commercial*, Paris, 1899, n. 3 : « Au point de vue moral et individuel, le commerce se présente comme une forme de la grande loi du travail : « tu gagneras ton pain à la sueur de ton front ». Cette forme est déterminée par la loi économique de la division du travail ».

B. — *Les remèdes au malheur*

Les malheurs étaient grands et il faut d'autant moins oublier l'enquête du docteur Villermé que ses constats peuvent être en réalité de toutes les époques. Les remèdes trouvés au tragique social du XIX<sup>e</sup> siècle par les juristes ont été paradoxaux, en tout cas en apparence. Simultanément, on se lance dans la grande innovation qu'est la législation industrielle et, d'un autre côté, on multiplie les textes destinés à étendre les possibilités du capitalisme libéral.

Tout d'abord, on crée le droit social. Chacun sait qu'à partir des années 1840, le droit s'attaque à la conception des rapports entre l'employeur et l'employé. Ceux-ci ne sont plus considérés comme traduisant le fruit de la rencontre de deux volontés libres, ainsi que la loi Le Chapelier le postulait. Le premier grand texte novateur est la célèbre loi du 22 mars 1841 qui interdit de faire travailler les enfants en dessous de huit ans dans les ateliers de plus de vingt personnes. Cette loi timide, mal suivie, marque une grande étape de l'histoire du droit. Pour la première fois depuis la Révolution, un tiers, le juge, revenait dans le champ sacré du contrat. Devant l'intérêt commun, à nouveau, la liberté cédait du terrain ; et à partir de là, se succédaient des textes sur la licéité des coalitions, les associations ouvrières, à nouveau le travail des enfants et des femmes, l'hygiène et la sécurité, les accidents du travail, le repos hebdomadaire, les retraites, le travail de nuit, la journée de huit heures, les assurances sociales, etc.

En sens inverse et en même temps, une autre série de textes amplifiait les possibilités du capitalisme libéral. En effet, et nous retrouvons cette caractéristique des thèses de la liberté du marché, les difficultés économiques sont analysées comme le résultat d'une insuffisante réception du principe majeur. Il devient donc naturel de l'étendre. Et ce seront les grands textes sur l'organisation du crédit, les bourses de valeur, le courtage et la grande loi du 26 juillet 1867 sur la liberté de constitution des sociétés anonymes<sup>23</sup>.

On sent bien que ce caractère de double mouvement est ici l'essentiel. Le marché est, en fait, en perpétuelle insatisfaction, et c'est parfaitement logique puisqu'il est lié, du côté des consommateurs, à la détention de biens matériels – lequel d'entre nous s'estime assez pourvu ? Il convient donc de toujours avancer dans le système ; le futur ne cesse de réclamer son dû. L'histoire abonde en exemples symboliques forts de cette attitude. Rappelons celle des Girondins, en 1792, alors que la France est assiégée par l'Europe coalisée et qu'une triple crise, monnaie, ravitaillement, équipement, assaille le pays. Refusant de concevoir une économie de guerre, les Girondins proclament alors, certains juste avant la mort, que seule la liberté des prix rétablira la situation.

Le phénomène de constante expansion nécessaire du marché se complète d'un aspect territorial. P. Rosanvallon parle de la ruse géographique du libéralisme et souligne que le système dissocie les espaces. Et l'historien le sait bien : la vision capétienne était toute entière fondée sur la coïncidence d'un territoire et d'une politique économique. Cette vision est évidemment pulvérisée par l'idée de libre-échange. Le marché est intrin-

<sup>23</sup> Cf. J. Hilaire, *op. cit.*, notamment p. 96-103.

sèquement une réalité à géographie variable<sup>24</sup>, les frontières ne comptent pas. Toutefois, le marché va rencontrer là des résistances que ses théoriciens initiaux avaient bien envisagées, n'avaient sans doute pas sous-estimées<sup>25</sup>, mais dont toute la force va se révéler. On avait pu imposer la propriété comme référence essentielle mais, même triomphante, celle-ci ne devait pas faire oublier tout sentiment politique et l'exemple du marché international devait le montrer.

### C. — *La question du marché international*

Sans refaire, bien entendu, l'histoire de la lutte du libre-échange et du protectionnisme, il faut souligner ici la force, en ce domaine, des résistances au marché. Rappelons d'abord que les physiocrates avaient fait grand grief à la monarchie d'avoir, à toute époque et en particulier avec la politique colbertienne, abusivement protégé les produits français. Dès 1651, l'Angleterre avait promulgué son fameux Acte de Navigation qui notamment réservait aux navires anglais toutes les importations de produits européens. Les Anglais n'abandonneront définitivement ce système qu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, une fois assuré leur développement économique, lorsque la production multipliée née de la révolution industrielle fut à écouler. En France, Colbert applique une politique de tarifs : il charge les entrées de produits manufacturés et soulage les marchandises quittant le royaume quant aux droits de sortie. Après lui, au XVIII<sup>e</sup> siècle, les idées s'orientent progressivement vers la critique de ces systèmes protecteurs et vers la tendance au marché libre. L'*Encyclopédie Méthodique* représente bien ce courant. Toujours, ainsi qu'on va le lire, à la recherche du bonheur de l'humanité, elle voue aux gémonies « ces institutions de la fiscalité mercantile » et prône la liberté totale en y voyant un puissant facteur de paix : « en déclarant une paix générale et perpétuelle à tout le genre humain, par l'entière (...) cessation de toutes les hostilités qu'entraîne la fiscalité mercantile, un souverain s'élèverait par cet acte de bienfaisance au dessus de tous les autres ; quoiqu'il en soit, c'est le vœu que nous formons en faveur de la famille entière, très intimement persuadés qu'il assurerait son bonheur ». Un peu plus loin, ce même ouvrage évoque cette « loi de libre concurrence qui légitime tous les profits ».

<sup>24</sup> « L'économie libérale brise cette unité en dissociant les espaces économiques, les espaces juridiques et les espaces politiques (...). Dans un premier stade, en effet, le libéralisme se contente de substituer une géographie économique à une géographie politique (...), mais le cadre intellectuel construit est suffisamment fort pour permettre d'aller plus loin et de penser le dépassement de l'État nation d'un côté et la construction de la société jusqu'au niveau micro-social de l'autre », P. Rosanvallon, *op. cit.*, p.111-112.

<sup>25</sup> Critiquant violemment le protectionnisme, en 1783, l'*Encyclopédie Méthodique*, t. Commerce, 3 vol., t. 1, p. XVII, en réclame l'abolition en des termes qui montrent bien que ses auteurs se sentent incertains de convaincre : « Le gouvernement quel qu'il soit qui donnerait ce bel exemple recueillerait tant de bénédictions et d'avantages inestimables, qu'il forcerait bientôt les autres à le suivre. C'est notre opinion. Attendre que la réciprocité soit établie par un accord universel, c'est renvoyer pour le moins à des époques très éloignées cette heureuse révolution qu'un seul grand État peut opérer tout à coup par une ferme et généreuse détermination qui procurerait d'abord sa gloire et sa prospérité particulière, bientôt le plus grand bien général de l'humanité ».

Ces principes sont donc clairs : est conforme à la nature le système de l'absolue liberté des échanges ; il légitime les profits et procurera le bonheur.

Principes clairs donc mais, malheureusement pour leurs partisans, principes appliqués, au moins partiellement avant la Révolution avec le Traité d'Eden qui liera la France à l'Angleterre. Nous devons écouler sur le marché anglais nos soieries ou nos vins de Bordeaux mais la réalité de ces échanges fut bien sévère. Le déferlement de la marchandise anglaise sur le royaume entraîna presque immédiatement un chômage considérable. Le ton de fin du monde utilisé par les Inspecteurs des Manufactures dans leurs rapports au Conseil du roi est très significatif. C'est pourquoi les Cahiers de doléances de 1789 ont été très hostiles à l'extension du libéralisme quant aux échanges avec l'étranger. Comme l'a écrit un auteur du XIX<sup>e</sup> siècle, les manufacturiers se sont opposés aux salons, tous convertis à l'idéal physiocratique. Les mêmes Cahiers qui réclamaient la liberté du commerce et de l'industrie voulaient assurer le retour au protectionnisme. La Révolution elle-même, après bien des discussions, établira un tarif modéré qui a été commenté comme ayant établi un « protectionnisme libéral » ; on voit bien, dans ce domaine qui est des plus politisés, que tout l'arsenal des mots est constamment sollicité pour rendre compte d'une réalité délicate. En outre la Révolution maintient le Régime de l'Exclusif : les colonies ne peuvent toujours pas commercer avec qui elles veulent.

Les principes libéraux en matière de marché international ne trouveront, positivement, un regain de faveur qu'à partir de 1850 environ à l'initiative de l'Angleterre. Celle-ci trouva en France des alliés chez les Saint-Simoniens, et notamment Michel Chevalier qui sut convaincre Napoléon III. Le régime apparemment si contradictoire du Second Empire – qui a également mis fin à des siècles d'interdiction des coalitions ouvrières – a véritablement voulu l'Europe économique. L'Empereur a imposé au milieu économique français, resté de tradition protectionniste, le Traité de libre-échange de 1860 avec l'Angleterre. Il est très significatif que Napoléon III ait dû envoyer secrètement Michel Chevalier à Londres négocier le traité. Au plus haut niveau, le personnel politique a été pratiquement mis devant le fait accompli. Ce fait en évoque un autre, comparable : c'est en secret que Robert Schuman, Ministre des Affaires Étrangères, élabore en 1950, avec Jean Monnet, son projet de Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier. « Ni le ministre des Finances, ni les ministères techniques ne furent consultés ; le ministère de la Production industrielle n'eut rien à voir dans la préparation de la déclaration française. Les milieux professionnels du charbon et de l'acier furent tenus soigneusement à l'écart... »<sup>26</sup>. Cette étape capitale vers le marché commun a donc été préparée sans discussions au grand jour. Cela indique que les opinions sont toujours plus réticentes quant à la liberté du marché international que quant à celle du marché intérieur. Cela souligne l'attachement aux frontières et le souci constant des emplois chez ceux qui vivent à l'intérieur de ce cadre.

La coupure du XVIII<sup>e</sup> siècle a donc été déterminante. Époque volontiers théorisante, celle-ci a constitué le marché en système. Adossé au libéralisme, appuyé par la concurrence, le marché devenait une méthode pour rendre heureux, heureux d'une félicité qui

<sup>26</sup> P. Gerbet, *La construction de l'Europe*, Paris, Impr. Nat., 1983, p. 116.

devait tout à la possession de biens matériels. Or précisément, ce n'est pas ainsi qu'avait été compris le marché dans les temps précédents, temps qui pourtant à notre sens, ont élaboré au sein de la pensée juridique les éléments essentiels de notre attachement à la notion.

## II. — LE MARCHÉ, L'AMOUR ET LA LIBERTÉ COMME PRINCIPE

Remonter le temps et non faire le chemin inverse, certes plus habituel aux historiens, peut permettre de mieux souligner les véritables racines de la faveur dont jouit aujourd'hui l'idée de marché. En effet, c'est sans doute très loin de nous que prend naissance ce goût de l'activité économique libre avec, c'est vrai, des spécificités qui caractérisent la France. Mais sur ce point, le cliché d'un vieux pays inquiet attaché à sa routine mérite peut-être une ou deux retouches. Il semble bien que la vision commune, en particulier universitaire, ait été trop marquée par ce qu'ont pensé et surtout su propager les gens du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ceux-ci, dont la tâche historique a été très lourde, qui ont construit une politique et ont abattu un régime multiséculaire, ont édifié, comme bien d'autres, une vérité qu'il ne peut être mauvais de soumettre au doute. Or à lire les ouvrages consacrés, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, à l'économie ou à la politique économique de l'Ancien Régime, on voit vite que les thèses physiocratiques y ont pris des allures de version officielle. Au contraire, la lecture des juristes de l'Ancien droit, même lorsqu'ils écrivaient bien avant 1789, ne restitue pas ce climat d'obsession réglementationniste, cette absence complète d'espérance dans le marché, ni même ce rejet de la concurrence qui nous sont facilement présentés comme les signes de notre tradition. Il ne s'agit pas ici de renverser, pour le plaisir, un discours solidement établi, mais de réinterroger sur ce sujet des auteurs du droit français qui ne peuvent être réfutés. Après tout, Étienne Boileau, Beaumanoir, Delamare ou Domat sont certainement des témoins aussi sûrs de notre tradition que Turgot dont l'exposé historique rédigé en tête de l'Édit de 1776 abolissant les corporations n'a pas forcément valeur absolue. Dans les œuvres de nos anciens juristes sont perceptibles, non seulement une connaissance certaine des mécanismes essentiels du marché mais encore une conception fort élevée du phénomène ; nos anciens auteurs paraissent avoir été favorables à la liberté économique, avec toutefois une sorte de butoir : la pauvreté ; enfin, dès le Moyen Âge, nous avons développé un droit privé de la liberté qui s'appuyait sur la reconnaissance de la légitimité de la volonté humaine, véritable clef de l'adhésion à l'idée de marché. Tous ces éléments peuvent ainsi avoir chacun contribué à construire une conception d'ensemble à la fois ferme et nuancée.

A. — *Une conception élevée du marché*

Non seulement nos anciens auteurs, qui avaient sous les yeux ce foisonnement dont parle F. Braudel, connaissaient le marché mais ils s'en faisaient une haute idée. Allons à l'essentiel et prenons l'exemple de Domat qui, ici comme souvent, est l'un des plus remarquables et qui développe en particulier une conception du commerce international fort éloignée de celle que les économistes du XVIII<sup>e</sup> siècle proposeront.

L'intitulé du Titre du *Droit public* qui nous intéresse est tout à fait suggestif : *Des moyens de faire abonder toutes choses dans un État. Des foires et marchés et des règlements pour empêcher la cherté des choses les plus nécessaires*. On y remarque que le plus grand juriste de l'Ancien Régime n'a pas cru inutile de livrer son analyse des *Foires et marchés* et on pressent que ce titre interminable synthétise la pensée de son époque sur le sujet : il faut l'abondance et les choses les plus nécessaires ne doivent pas être hors de portée des plus humbles.

Pour comprendre les positions de Domat, il faut remonter à leur principe<sup>27</sup> ; l'auteur nous conseille cette démarche et renvoie lui-même aux premières lignes de son *Traité des Loix* et en particulier à la « Seconde Loi ». Au début de son travail, Domat a dressé le plan de la société des hommes (Ch. I, VI et VII) et exposé les deux grandes lois dont toutes les autres découlent : Dieu a fait l'homme à son image ; lui a donné un entendement ; pour que l'homme puisse aimer son créateur, Dieu l'a pourvu d'une volonté. En l'amour de Dieu, les hommes s'unissent à lui et trouvent là leur unique félicité (félicité donc par amour de Dieu et non, comme plus tard, bonheur dans les choses). Cette Première Loi est par conséquent la recherche de l'amour du souverain bien et est, dit Domat, « le principe et le fondement de toutes les autres », en particulier de la Seconde, qui prescrit aux hommes de s'unir et s'aimer entre eux<sup>28</sup>. Ils ne feront alors qu'un dans le souverain bien. De là par exemple le mariage et une longue série d'institutions destinées aux liens mutuels entre les hommes. La pensée de Domat n'est pas ici forcée : l'auteur rappelle bien la Seconde Loi au Titre consacré aux *Foires et Marchés*. Dans ce même Titre, Domat détaille ensuite ces idées fondatrices : Dieu a donné tant de besoins à l'homme que les moindres nécessités de la vie demandent l'usage de plusieurs choses et donc le secours de plusieurs personnes. Pour faire subsister le corps de la société, il faut qu'existe une infinité de relations. Dans le même dessein, Dieu a voulu que toutes les choses ne puissent naître dans chacun des pays. « Plusieurs ne naissent qu'en certains climats (...) ; ce n'est que par des commerces et des liaisons des nations entre elles que chacune peut s'attirer des autres les choses qui lui manquent ».

<sup>27</sup> Voir M.-F. Renoux-Zagamé, *Domat, le Salut, le Droit*, Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique, n° 8, 1989.

<sup>28</sup> Domat, *Traité des Loix*, ch. I, *Des premiers principes de toutes les loix*, VII, éd. Savoye, Paris, 1767, p. III : Seconde Loi « qui les oblige à s'unir et s'aimer entr'eux ; parce qu'étant destinés pour être unis dans la possession d'un bien unique, qui doit faire leur commune félicité, et pour y être unis si étroitement, qu'il est dit qu'ils ne feront qu'un ; ils ne peuvent être dignes de la possession de leur fin commune, s'ils ne commencent leur union, en se liant d'un amour naturel dans la voie qui les y conduit ».

Le commerce et même le commerce international entrent donc bien dans le plan divin. Ils sont inséparables de la liberté que Dieu a voulu laisser à l'homme. Ils constituent une des manières d'entrer en relation avec les autres et de les aimer. Le marché est un instrument divin, un guide vers l'amour universel. Nul angélisme à ce sujet chez Domat, qui estime que la navigation étant nécessaire au grand commerce, « ce seul besoin demande l'usage des armes, des fortifications, de l'artillerie, et celui de plusieurs sortes de machines, de vaisseaux de guerre, non seulement pour la défense de l'État mais pour protéger et pour escorter les navires des particuliers pour le commerce ».

Résumons cet apport avant de quitter ce premier point : la liberté des échanges est légitime ; elle est une des figures de la liberté de l'homme qui, créée à l'image de Dieu, a notamment une volonté libre. Il y a là une conception très haute – qui sera radicalement abandonnée quand les hommes du XVIII<sup>e</sup> siècle nous feront entamer cette quête du bonheur dont nous avons parlé – : en Dieu seul les hommes trouveront la félicité ; l'amour mutuel qu'ils se portent est ordonné à l'amour de Dieu et commande notamment toute l'activité d'échange. Arrivons maintenant au prix de ces échanges, question qui fera apparaître un Domat plutôt plus « libéral » que d'autres auteurs de l'ancien droit.

#### B. — *Liberté contre pauvreté*

Quant aux prix, la position des auteurs de l'ancien droit est finalement assez simple : ils sont favorables à la formation des prix sur le marché, ce marché devant être public ; il y a cependant un butoir à cette liberté : la pauvreté ou encore la nécessité. En conséquence, en cas de difficultés de toute nature, le principe de la formation du prix cède devant un impératif plus fort, la protection du pauvre. Voici, sommairement décrites, quelques étapes de la construction de notre première tradition sur ce point.

Le Moyen Âge nous offre tout d'abord Étienne Boileau et son célèbre *Livre des Métiers*. Ce prévôt de Paris prend, vers 1268, diverses mesures pour administrer la ville et fait rédiger les statuts d'une centaine de métiers. Aux statuts des regrattiers (les anciens fruitiers et épiciers), on trouve une justification du marché dont l'esprit est bien représentatif des conceptions qui vont se mettre en place. On peut notamment lire dans ces statuts : « quar il est de resons que les denrées vieignent en plein marchié et illuec soient veuës si elles sont bonnes et loiaux ou non (...), car aux choses vendues en plein marchié, tous pueent avoir part, et poure et riche »<sup>29</sup>. Ce texte insiste donc aussi sur la qualité de la marchandise, avantage que procure le marché et qui sera une obsession de l'ancien droit, mais il est remarquable que cette recherche de la loyauté des produits, lors de ce XIII<sup>e</sup> siècle aube du marché, mette en scène ensemble, expressément, le riche et le pauvre. Comme si c'était de leur double présence que la valeur, que l'honneur même du

<sup>29</sup> Voir Boileau, *Règlements des arts et métiers de Paris rédigés au XIII<sup>e</sup> siècle*, éd. Depping, Paris, Crapelet, 1837.

marché dépendaient. Ainsi donc, le ton est donné, l'ancienne France va s'orienter vers la vente en marché public pour que la consommation soit proposée en même temps au riche et à l'humble. Le droit place ainsi la pauvreté au cœur de sa réflexion sur le marché.

À peu près à la même époque, que nous dit Beaumanoir ? Au n° 1511 des *Coutumes du Beauvaisis*, il envisage justement le temps de disette, temps qui, dans l'esprit d'alors, fait précisément tomber l'idée de libre établissement du prix. Pour Beaumanoir, quand les denrées manquent, on ne peut suivre les coutumes et laisser chacun faire ce qu'il veut de sa production. Il serait insupportable que « li riche homme les achetassent pour mettre en grenier et puis les tenissent sans vendre pour le tans enchiérir ». Le seigneur doit alors obliger le producteur à ne garder que ce qui est nécessaire à lui-même et à sa famille pendant un an. Le surplus devra obligatoirement être mis en vente « selon le droict pris que les choses valent quand elles sont en vente en plein marchié ».

Riche passage. D'une part, il est clair que l'essentiel du mécanisme des prix est vu ; d'autre part, en Beaumanoir se livre, comme toujours, le combat du droit romain et de la coutume. Le juriste du Beauvaisis se montre « impressionné par la conception romaine de la propriété qui permet au propriétaire de faire de sa chose à sa volonté »<sup>30</sup>, mais il ne cède pas et soutient l'idée selon laquelle le temps de disette forme exception. Que de résistances à l'œuvre ici ! Nous touchons un point primordial : à l'idée de marché, l'individualisme romain est indispensable. C'est bien pourquoi le XVIII<sup>e</sup> siècle pensera « inventer » le pur libéralisme alors qu'il sera en train de renouer, mais de la manière la plus complète possible, avec l'esprit du droit romain. En tout cas, Beaumanoir nous livre la position dominante de l'ancienne France : le « droit prix » se forme sur le marché mais on peut y toucher, sans certainement l'anéantir, s'il y a état de nécessité. C'est la clef, pour la France, de nombreux comportements juridiques, toutes époques confondues.

Passons les siècles. Delamare est l'auteur du fameux *Traité de la Police*. Il écrit entre 1705 et 1710, par conséquent après l'établissement du « vieux fonds colbertiste » condamné si souvent par les auteurs modernes. Or Delamare rapporte lui-même (voir les Livres II et V de son *Traité*) qu'on a parfois tenté de fixer les prix, ce qu'il n'approuve pas car, écrit-il, « la liberté est l'âme du commerce ». Pour lui, un grain taxé est toujours insuffisant et c'est la hausse du prix qui fait abonder le grain, selon le vieux proverbe « cherté foisonne ». L'inverse est vrai, toujours pour Delamare : « si les prix sont bas, les denrées se cachent ». Malgré cela, on sait bien que la police tentera très souvent, sous la monarchie absolue, d'aboutir à une modération des prix. L'administration n'agira pas directement sur les prix mais procédera d'une façon indirecte sur les facteurs de ceux-ci. L'une des techniques les plus courantes sera le morcellement de la demande sur les marchés. Pour les grains seront établies des priorités d'achat, les habitants de chaque localité achetant les premiers. Dans le même but, les marchands eux-mêmes achètent sur le marché et n'ont pas le droit de se porter « au devant des blés »,

<sup>30</sup> F. Olivier-Martin, *La police économique de l'Ancien Régime*, Paris, Loysel, 1988, p. 195.



c'est-à-dire d'aller à la rencontre des producteurs sur les chemins. Le principe d'établissement libre des prix était donc, de fait, largement contrebattu.

Pourtant, Domat, et quelques années plus tôt, s'était montré plus « libéral ». À la Section *Des moyens pour empêcher la cherté des choses nécessaires (Droit Public, L. I, T. VII, S. IV)*, Domat envisage les hausses de prix : « si la cherté vient d'une stérilité ou autres cas fortuits, on ne peut obliger ceux qui ont des grains à les donner au prix ordinaire. Car les prix des choses doivent être différents selon qu'elles sont en petite quantité ou en abondance, et selon les circonstances de temps et de lieux ». Cette acceptation pure et simple de la loi de l'offre et de la demande est dans la ligne droite qui mène au code civil parce qu'elle est dans le droit fil du droit romain. S'annonce ici, bien sûr, et malgré d'autres positions de Domat, la conception révolutionnaire du droit de propriété<sup>31</sup>.

Enfin, un passage de Delamare citant lui-même Beaumanoir et le reprenant à son compte nous permettra de résumer la position dominante des anciens auteurs : Philippe de Beaumanoir « remarque alors dans le sommaire du chapitre où il traite de cette matière (la disette) que dans les temps de nécessité, il ne faut pas toujours s'arrêter à ce qui est établi par la coutume ou par les lois mais quelquefois s'en écarter pour agir selon les occurrences et les besoins présents »<sup>32</sup>. Voilà, remarquablement synthétisées parce que contractées par un homme de l'Ancien Régime, la pensée de la monarchie absolue et celle de la royauté médiévale coutumière. Elles sont d'une grande simplicité : il y a une règle, celle de l'établissement du prix en plein marché mais, en cas de nécessité, cette règle trouve ses limites. Et peu importe les textes. La liberté n'est pas un système, elle est un principe qui cède quand le bien commun le commande. La liberté de ton, presque la désinvolture, manifestée à l'égard des textes, coutumes comme lois du roi, force l'attention : rien n'est plus éloigné de l'esprit de dogme que ce pragmatisme souple. La souveraineté tranquille des « besoins présents » est sans réplique.

<sup>31</sup> L'interprétation de Domat, sa simple situation dans l'histoire de la pensée sont sans doute délicates ; mais on peut souligner que certains passages du *Droit Public* annoncent la pensée physiocratique quand ce n'est pas même *Le Mariage de Figaro* ; ainsi, au L. I, T. VII, S. I, V, Domat décrit les moyens de procurer l'abondance dans un État et souligne que le moyen principal « est la multiplication des personnes pour l'agriculture et pour le soin des animaux ». Ceux qui gouvernent doivent « protéger ces personnes contre les oppressions et les violences où les expose leur condition, et qu'exercent sur eux, ou quelques seigneurs, ou des personnes qui aient en main quelque fonction du ministère de la justice, juges ou autres, loin de la leur rendre ou la leur faire rendre, les accablent de vexation, soit en les faisant surcharger de cotisations pour se décharger eux-mêmes des leurs, ou leur suscitant des procès, ou exigeant d'eux des services ou des corvées indues ; ce qui d'une part leur rend désagréable et dure leur condition et les obligent souvent à engager leurs enfants à embrasser une autre profession, et d'ailleurs leur fait perdre le tems du travail, et leur ôte les moyen de fournir aux dépenses nécessaires pour l'agriculture, et de satisfaire à leurs autres charges ».

<sup>32</sup> *Traité de la police*, L. V, T. XIV, ch. XI.

C. — *Un droit privé de la liberté*

Pour terminer maintenant, insistons sur la question du droit privé ; nous l'avons vu avec Domat et l'avions pressenti dès Beaumanoir, le droit privé est indispensable pour rendre compte de l'adhésion d'un pays à l'idée du marché.

« Nous ne traiterons pas des lois de police, contre les monopoles, les arrhements et les autres malversations qui se commettent dans le commerce, quoique ces lois appartiennent au contrat de vente, parce que cette matière est de droit public et que nous nous sommes bornés dans nos traités au droit privé. Ceux qui veulent s'en instruire doivent avoir recours au *Traité de Police* de De la Mare ». C'est ainsi que Pothier<sup>33</sup> ôte de sa vue, et de celle de son lecteur, les entorses au jeu du marché : elles sont de droit public. Le principe général en matière de vente est, au contraire bien ancré dans le droit privé : c'est la liberté reconnue à l'homme de contracter comme il l'entend, liberté découlant, certes, des principes religieux mais autonome par rapport à ceux-ci puisque lésion et juste prix, entre autres, n'ont pas triomphé. Ce consensualisme contractuel ne s'identifie pas, évidemment, au marché auto-régulateur ; mais la recherche des origines historiques de la notion passe forcément par la conception du contrat.

Pour un juriste, en effet, la question du marché est surtout celle d'une liberté, elle est liée au degré de reconnaissance de l'individualisme par le droit. L'homme a-t-il eu, dans notre tradition juridique, une volonté à laquelle a été accordée de la force, en particulier quant à la fixation du prix ? L'homme a-t-il pu « vouloir » économiquement et voir cette volonté se traduire aisément dans le droit ? La réponse est assurément affirmative et cet acquis est à rechercher dans l'histoire du droit des obligations. Rappelons, dans ce dernier point, sans prétendre faire aucune découverte, quelques éléments de cette histoire<sup>34</sup>.

Partons du résultat de la bataille : le droit français a fait triompher la conception romaine des obligations. Et ce très grand phénomène ne doit guère son existence à la Révolution ou à la codification, bref à la pensée du XVIII<sup>e</sup> siècle. La partie s'est jouée bien plus tôt, au Moyen Âge. Les forces en présence, du moins les forces intellectuelles, sont composées des romanistes, des auteurs coutumiers, des canonistes. Au milieu des discussions de toute nature entre ces différents courants, un droit romanisant des obligations s'est imposé entre la renaissance du droit romain et le XV<sup>e</sup> siècle environ, un droit individualiste, un droit dur (celui du *dolus bonus*), un droit qui, si on ose cette image, n'a pas beaucoup de cœur, un droit qui, pour la sécurité des affaires, privilégie les volontés contractantes sans se préoccuper ni des formes ni du juste.

<sup>33</sup> Pothier, *Traité du contrat de vente*, éd. Dupin, Paris, 1823, t. 2 de ses *Œuvres*, préface, p. 2.

<sup>34</sup> Sur toutes ces questions, les ouvrages d'ensemble restent les cours de J.-P. Lévy, par exemple *Cours d'histoire du droit privé, les obligations*, Paris, Les cours de droit, 1968-69 ; et J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992.

Fait face au courant romain qui va donc triompher, le courant coutumier qui, d'abord, s'intéresse aux modes formalistes de contracter. On sait que l'ouvrage de Beaumanoir à la fois décrit les formes solennelles du contrat et soutient « toutes conventions sont à tenir ». Les *Coutumes de Beauvaisis* sont au cœur de la confrontation. Enfin existe le courant canoniste qui aurait souhaité faire triompher l'idée d'un contrôle du juge sur le contrat. Le fond du contrat est-il juste ? C'est la recherche des partisans de la théorie d'une lésion étendue, du juste prix et, en matière de paiement, des thèses « réalistes ». Échec du droit canonique, échec sur plusieurs siècles, qui a son aboutissement moderne lors de la rédaction des dispositions du code civil sur la lésion. Le sujet est alors encore suffisamment à vif – même indépendamment de la question des biens nationaux – pour que le Premier Consul participe aux débats<sup>35</sup>. Or, du Moyen Âge à la codification, le but poursuivi demeure la sécurité des transactions mais aussi la protection de la libre volonté. L'opération de fixation du prix exprime les vœux des parties au contrat avec, certes, tous les aléas que la vie contractuelle suppose, en particulier le risque d'être dupé. Mais du moins les affaires se seront-elles faites librement. Au surplus, un « cours » des marchandises, institution du marché s'il en est, pourra éviter de trop fréquentes tromperies. On en connaît de nombreux exemples dans l'ancienne France et l'institution était tout à fait intégrée à la vie contractuelle<sup>36</sup>.

Un tel état du droit et une telle confiance du monde des affaires en lui-même n'ont pas été atteints sans hésitations doctrinales mais il faut surtout noter que les vrais acteurs de ce rejet d'une lésion étendue furent les contractants eux-mêmes. La pratique médiévale adopta une position très significative. En effet, quand les glossateurs retrouvèrent le droit romain de la lésion, il s'agissait du droit romain chrétien, celui du Bas-Empire : la lésion était alors admise pour le vendeur d'immeuble victime d'une « lésion énorme ». Même cette lésion très étroite est alors considérée comme dangereuse, « les notaires insèrent dans les contrats des renonciations à se prévaloir de la lésion ; ou bien le vendeur fait à l'acheteur donation expresse de la différence qui pouvait éventuellement exister entre le prix prévu et le juste prix »<sup>37</sup>. Voilà une attitude bien « libérale » avant la lettre : l'homme d'affaires du Moyen Âge tient à sa liberté même d'être trompé.

De cette façon, repoussant les souhaits de l'Église de voir s'instaurer la nécessité d'un prix juste, le droit français s'oriente très tôt vers la reconnaissance de la force juridique de la seule volonté. Il est presque stupéfiant de voir un Domat, pourtant si chré-

<sup>35</sup> Fenet, t. 14, p. 45 et s.

<sup>36</sup> Pothier, *Traité du contrat de vente*, éd. Dupin, Paris, 1823, t. 2 des *Œuvres* de Pothier, n. 28 : Pothier énumère les caractères du prix : prix sérieux et convenu avec l'intention qu'il pourrait être exigé ; prix certain et déterminé, prix en argent ; mais il ajoute « c'est une manière de vendre fort usitée dans notre province de l'Orléanais que de vendre le vin de sa récolte au prix que les voisins vendront le leur. Le contrat est valable ; car le prix quoique incertain lors du contrat deviendra certain par la vente qu'en feront les voisins ; et il ne sera pas moins certain quoique les voisins vendent à des prix différents ; car les parties sont censées être convenues en ce cas du prix mitoyen entre ces différents prix ».

<sup>37</sup> J.-P. Lévy, *op. cit.*, p. 150.

tien, évoquer à grande vitesse la question de la lésion et justifier la thèse restrictive en deux brefs passages à la vérité peu travaillés<sup>38</sup>.

Enfin, puisque nous venons de voir à l'œuvre sur ce dernier point le droit romain plutôt que les coutumes ou le droit canonique, constatons que c'est bien à l'Antiquité que nous devons les bases les plus profondes de notre adhésion à l'idée de marché. Donnons ici la simple indication d'un point qui demanderait une longue étude de romaniste. Quelques pages passionnantes de C. Nicolet éclairent la question<sup>39</sup>. On lit chez le juriste Paul (*Digeste*, IX,2,33) que « le prix des choses doit être estimé non d'après l'affection ou l'utilité pour un individu, mais sur la base de l'estimation commune (*communitèr*) ». Paul précise que ce prix sera « moyen, normal, du marché » (Nicolet). « Il est donc clair », écrit C. Nicolet, « que les juristes tout comme Sénèque et, sans doute aussi, l'opinion commune, concevaient le prix des choses comme résultant d'un équilibre entre l'offre et la demande ». Auparavant, C. Nicolet avait souligné la « très fine analyse de Sénèque de la vente et du prix » (*De Beneficiis*, IV). D'après Sénèque, c'est la valeur d'échange qui fixe le prix, peu importe ce que l'objet vaut vraiment. « Quand même tu me vanterais ces objets, ils ne valent que ce qu'ils ont pu être vendus. Celui qui a acheté à bon compte ne doit rien au vendeur ». Autrement dit, on ne doit tenir compte que de la valeur habituelle de la chose. Cette pensée, on le voit, est complètement à l'opposé de l'idée de prix juste. Là encore, et la philosophie stoïcienne paraît sensible, la fixation du prix grâce à la rencontre de l'offre et de la demande, repose sur la reconnaissance de l'autorité de la liberté humaine. Il conviendrait certainement, et ceci n'a pas été possible dans le cadre de cet article, de poursuivre cette interrogation du courant stoïcien.

Ces quelques brèves citations d'anciens juristes ne nous ont certainement pas permis de dresser le portrait achevé d'une sorte de « marché à la française ». Elles nous ont seulement indiqué quelques voies à creuser, quelques œuvres à relire. Pour l'instant, nous pensons simplement pouvoir indiquer un axe de réflexion : il nous paraît que le droit français, historiquement, a été moins hostile au marché qu'on ne l'a dit depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle. Au contraire, s'en remettant très tôt au droit romain, construit autour de la force de la volonté, le droit français a accueilli dès le Moyen Âge une conception des échanges économiques imprégnée de liberté. Que l'on mesure, en siècles, la distance qui sépare le triomphe de la propriété dite « libre », du triomphe du contrat libéré des entraves du groupe ou de celles liées à la forme. En outre, ce droit a tiré du christianisme, c'est éclatant chez Domat, tout ce qui accordait une caution divine à cette liberté ; mais en même temps, il a rejeté les thèses venues de l'Église lorsque, comme dans le cas de la lésion ou du juste prix, elles soumettaient la volonté au contrôle d'un tiers, tiers qui aurait pourtant eu à dire le juste. À notre avis, cette attitude postulait l'adoption très tôt

<sup>38</sup> Voir *Loix civiles*, L. I, S. IX, I : « On a borné cette rescision aux ventes dont le prix ne va pas à la moitié de la valeur du fonds, et la police laisse subsister les ventes où la lésion est moindre ; parce qu'il est de l'intérêt public de ne pas troubler le commerce des ventes par de trop fréquentes lésions ». Voir un second passage, encore moins motivé, L. IV, T. VI, S. III, IV. C'est mince.

<sup>39</sup> C. Nicolet, *Rendre à César. Économie et société dans la Rome antique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 166 et s.

d'une véritable mentalité de marché. Sans doute la protection du faible a-t-elle été le correctif très présent de cette mentalité. Nous avons lu les lignes des premiers juristes français (Beaumanoir, Étienne Boileau) consacrées aux échanges économiques : elles incluaient la question de la pauvreté. C'est certainement dans cette double optique que réside l'originalité du droit français : le marché est une figure de la liberté mais son honneur est de ne pas ignorer la pauvreté.