



HAL
open science

L'énigme du lien de droit

Emmanuel Jeuland

► **To cite this version:**

| Emmanuel Jeuland. L'énigme du lien de droit. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2003. <hal-02342625>

HAL Id: hal-02342625

<https://hal.science/hal-02342625v1>

Submitted on 1 Nov 2019

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

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



HAL Authorization

L'énigme du lien de droit(1) RTDciv. 2003, p.455.

Emmanuel Jeuland, Professeur à l'Université Paris-Sud

1. La notion de lien de droit est employée pour définir de nombreuses autres notions juridiques telles que l'obligation(2), la filiation (3) ou l'instance (4). Mais elle n'est pas elle-même définie ou bien lorsqu'elle l'est, un synonyme tel que rapport ou union est utilisé, si bien que l'énigme reste entière (5). Elle n'a pas donné lieu, semble-t-il, à des recherches particulières(6) et elle ne fait pas partie des index des ouvrages de référence(7). Certes, il est possible de répondre que le lien de droit est une notion préjuridique au même titre que l'intérêt(8) ou la volonté (9) et, qu'à ce titre, il n'est pas nécessaire de la définir. Mais cette affirmation n'est pas certaine dans la mesure où l'expression comporte le complément « de droit »(10). Cela étant, pour limiter le champ d'étude, le lien de droit ne sera abordé ici ni sous l'angle de la sanction(11), ni sous l'angle du rapport entre les liens de fait et les liens de droit(12). Il est aussi possible d'expliquer cette absence de recherche par l'évidence de la notion de lien de droit au sens de l'étymologie du terme évident : « ce qui se voit »(13). A l'aide des liens de droit, on s'accroche en quelque sorte les uns aux autres. Mais est-il si évident que les êtres humains qui sont en principe libres, autonomes et singuliers puissent s'accrocher entre eux, de la même manière, comme le dit un adage(14), que « l'on lie les bœufs par les cornes » ? N'est-ce pas au contraire en créant une distance entre soi et l'autre, en se reconnaissant mutuellement comme différent que l'on peut créer de véritables liens ? Le lien de droit n'apparaît plus alors comme un simple accrochage entre des individus semblables, mais également comme un écart créé entre des personnes différentes.

En somme, la notion de lien de droit n'est pas si évidente qu'il y paraît et il importe de la cerner car la définition de nombreuses autres notions en dépend. Ayant dégagé une notion de lien de droit, il se révélera nécessaire de la confronter aux notions voisines. Il sera alors possible d'en tirer quelques conséquences juridiques.

A.- La recherche d'une définition du lien de droit

2. La recherche d'une définition du lien de droit soulève une difficulté d'ordre méthodologique. Le lien de droit est en effet une notion générique en ce sens qu'elle sert à définir d'autres notions juridiques. Il n'existe aucune autre notion juridique permettant de la définir. Pour approfondir cette notion, il convient donc de s'aventurer dans le champ d'autres disciplines telles que la sociologie, la philosophie ou la psychanalyse. Cette démarche comporte un important risque d'erreur ; il est aussi possible d'objecter que nous utilisons des penseurs hors de leur contexte. Il ne s'agit cependant pas d'appliquer leur pensée en risquant de la trahir, mais plutôt de s'inspirer de leurs idées pour tenter de cerner la notion de lien de droit. M. Villey écrit : « la science du droit n'est pas une science qui soit entièrement autonome, pleinement autarcique ; elle dépend, quant à ses principes, d'une autre discipline qu'on appelait autrefois « architectonique ». Voilà ce dont il faudra convaincre les juristes : toute science du droit est suspendue à un système général de philosophie »(15). Cette formule peut être étendue, nous semble-t-il, à d'autres disciplines que la philosophie (16).

3. Il est assez probable que le terme de lien de droit n'est pas approfondi car il a un sens obvie : un lien de droit est un accrochage juridique entre une entité et une autre. Il peut s'agir de l'union juridique de deux choses telle que le lien de connexité, le lien suffisant, le lien de causalité ou le lien de l'accessoire au principal (17). Il peut aussi s'agir du lien juridique entre deux personnes, on rencontre alors le lien d'obligation, le lien contractuel, le lien d'alliance, de

filiation, d'instance et de nationalité (18), etc. Une catégorie intermédiaire existe : il s'agit du rapport entre une personne et une chose, c'est le droit réel. Le lien rapproche, unit des entités séparées. Cette conception a une origine très ancienne et ne semble pas pouvoir prêter à discussion. Pourtant il n'est pas si « évident » que l'on puisse accrocher deux personnes comme l'on attache des choses, car une personne est en principe un être singulier, libre et autonome. L'attachement aurait alors lieu d'une manière plus complexe et paradoxale : il y a lien entre deux personnes lorsqu'elles se reconnaissent autres, autrement dit c'est l'écart qu'elles creusent entre elles qui constitue le lien. A vrai dire cette approche ne convainc pas tout à fait, car il semble qu'il existe toujours une part d'accrochage. Il faut donc tenter une synthèse entre une lecture traditionnelle et une lecture en termes d'écart.

1.- *Le lien comme attachement incorporel*

4. En droit, à chaque fois que l'on emploie le terme de lien, on cherche à unir des entités différentes comme on accroche des choses. Le lien est une agrafe ou une corde(19). Ce sens concret est à l'origine de la notion d'obligation. En droit romain archaïque, le débiteur qui ne payait pas pouvait être enchaîné jusqu'à ce qu'il parvienne à payer sa dette ; une transaction, le *nexum*, pouvait d'ailleurs prévoir cette règle (20). Puis ce sens concret est devenu abstrait : le débiteur a été considéré comme lié par une corde invisible (21). Or ce sens ancien aurait laissé une trace en droit romain classique et serait arrivé ainsi jusqu'à nous (22). L'obligation est parfois encore aujourd'hui définie comme un *vinculum juris*, c'est-à-dire un lien de droit. La référence au latin établit sans doute l'origine de ce lien (23). Les Institutes de Justinien définissaient l'obligation comme « un lien de droit (*vinculum juris*) par la rigueur duquel nous sommes astreints à exécuter une prestation conformément au droit de notre cité » (24). On peut se demander si cette expression, dont l'origine est obscure (25), et dont le succès a pourtant été constant, n'a pas servi à masquer l'absence d'approfondissement du lien de droit. Jean Gaudemet écrit ainsi : « que cette expression romaine ait eu sa place dans les manuels modernes de droit romain n'a pas de quoi surprendre. Il est plus remarquable de la retrouver dans des manuels de droit civil contemporain, comme si, *expression d'une évidence*, elle fournissait la définition la plus parfaite de l'obligation »(26). On retrouve l'idée que le *vinculum juris*, le lien de droit, est une évidence.

5. Des auteurs ont cependant au fil de l'histoire tenté d'approfondir ce *vinculum juris* (27). Placentin affirme que ce lien est à l'image d'un lien corporel (28). On ne peut s'empêcher de penser au cordon ombilical. C'est donc le lien de droit comme accrochage qu'il retient. Jean Gaudemet indique qu'un auteur a tenté d'aller plus loin. Il s'agit de Jacques de Révigny qui a affirmé que l'obligation n'était pas un lien de droit mais la résultante du lien : c'est parce qu'une personne est attachée par un lien qu'elle est obligée(29). Mais, par cette affirmation, il ne « sortait » pas véritablement du lien de droit comme accrochage. Il s'appuyait d'ailleurs sur une formule de la Glose dite de Turin des Institutes de Justinien qui est à l'origine d'une maxime de Loysel selon laquelle « on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles » (30).

6. Mais peut-on accrocher des personnes comme on lie des animaux ou des choses, par des chaînes ou des cordes (31) ? Cette conception ne rend compte ni de l'autonomie humaine, même s'il existe toujours des liens concrets de dépendance affective ou économique - ni de l'égalité entre cocontractants. Le risque de cette conception du lien comme accrochage est par ailleurs de dévier vers un lien d'appropriation, comme il en existe en matière de droit réel ou vers un lien fusionnel ou de dépendance (32). Ainsi le mariage peut être conçu comme la fusion de deux êtres en un seul. De même le lien de filiation peut être vu comme le rapprochement de deux personnes identiques. Aristote écrivait ainsi que le fils « est quelque

chose du père » (33), mais il en tirait la conséquence que leur lien ne pouvait pas être considéré comme juridique car il n'y a de droit qu'entre des « autres » (34). En somme aligner le lien de droit entre des personnes sur le lien entre des choses ne paraît pas pouvoir rendre compte de la spécificité du lien de droit entre des personnes juridiques et peut conduire en revanche à des dérives. Il convient plutôt de tenter de dissocier le lien impliquant des choses - qui n'est rien d'autre qu'un accrochage - du lien entre des personnes qui implique la reconnaissance d'une altérité.

2.- *Le lien comme reconnaissance d'une altérité*

7. Pour commencer, on peut noter que dans le lien de filiation, il n'est pas du tout certain que le parent et l'enfant soient identiques comme l'affirmait Aristote. Nous serions tentés de dire : au contraire. C'est peut-être alors une question de conviction (35), mais il nous apparaît que l'enfant pour devenir autonome doit se différencier de ses parents (36), ne pas se contenter de répéter ses parents. M. Legendre a théorisé en matière juridique cette différenciation qui est au cœur du lien de filiation. Il écrit ainsi que « le discours juridique des filiations » est « le discours instituant la séparation » (37) et indique sur quel terrain se situe le lien de filiation : « sur le terrain des montages destinés à fabriquer l'homme, à lui infliger perte et séparation quant au fantasme, à l'instituer dans une place de droit comme *sujet différencié* » (38). De même, dans le couple, on peut préférer l'union de deux personnes qui se reconnaissent différentes plutôt que la fusion entre des doubles(39). Le sociologue S. Trigano écrit dans un contexte différent - celui de l'alliance entre Dieu et les hommes -, mais sa formule peut, semble-t-il, s'appliquer à toute relation (40) : « cette différenciation qui donne à un autre être toute sa liberté a pour finalité l'alliance qui est reconnaissance de l'autre dans sa différence, dans un rapport d'égalité face au monde, à la liberté et à la volonté » (41). Le lien entre les choses peut être un lien entre des choses voisines, connexes, voire presque identiques, on lie ainsi une gerbe de blé. Mais le lien entre des personnes ne peut conduire à une fusion, car chaque personne est singulière et d'une certaine façon étrangère aux autres (42). Le lien entre des personnes, qu'il soit juridique ou non, implique donc la prise en compte des différences.

8. Il y aurait lien entre deux personnes dès lors qu'il existe une reconnaissance (43) des différences. Paradoxalement, c'est la différence, autrement dit l'écart ou la séparation entre deux personnes, qui fait le lien. Dès que deux êtres se rencontrent, qu'ils reconnaissent leur différence - autrement dit qu'ils ne se laissent pas indifférents - naît un lien ; un lien qui peut être un lien de fait tel que le lien d'amitié mais qui peut aussi prendre la forme d'un lien de droit tel qu'un lien contractuel. Le droit ne met-il pas d'ailleurs son sceau pour entériner un lien qu'il est difficile de créer et de maintenir tant il est exigeant de continuer à reconnaître la différence chez l'autre (44) ? Cette séparation qui fait lien peut se traduire par une belle expression de M. Ouaknin « la relation sans relation », autrement dit le lien sans accrochage entre deux entités étrangères l'une à l'autre (45). Emmanuel Lévinas écrit en ce sens : « la relation avec l'autre qui est autrui est une relation transcendante, ce qui veut dire qu'il y a une distance infinie et, en un sens, infranchissable entre moi et l'autre, lequel appartient à l'autre rive, n'a pas avec moi de patrie commune » (46). Pour prolonger cette image, on pourrait dire que le lien entre les deux rives du fleuve, donc entre deux personnes, n'est pas le pont mais le fleuve lui-même, c'est-à-dire l'écart qui sépare les deux personnes. Jusqu'à présent nous avons tenu pour équivalents les termes de différence et d'altérité, mais le terme de différence est sans doute plus atténué et galvaudé que celui d'altérité. Le terme d'altérité paraît donc préférable (47), même s'il est lui aussi peut-être en voie d'être galvaudé.

9. Cette approche du lien de droit se vérifie en matière juridique : ainsi l'obligation est un lien de droit entre deux personnes qui se reconnaissent autres, ce qui se traduit par des appellations différentes - le débiteur s'oppose au créancier - et par des fonctions différentes l'un doit payer, c'est le *solvens*, l'autre reçoit le paiement c'est l'*accipiens*. L'argent peut d'ailleurs être conçu comme un instrument permettant de maintenir l'écart entre les parties dans le contrat (48). De même en matière contractuelle, il existe autant de binômes que de contrats : acheteur/vendeur, bailleur/preneur ; mandant/mandataire ; prêteur/emprunteur, etc. Dans tout contrat, les parties ont des fonctions différentes. Peut-on dire pour autant qu'elles se reconnaissent autres ? On peut affirmer que chaque contractant ne voit dans l'autre qu'une fonction différente. Mais tout contrat engage la personne tout entière et pas seulement des agents économiques, car il comporte une part de confiance (49). Il s'agit donc bien dans un contrat de reconnaître l'autre, ce qui implique de lui faire confiance (50). Mais cette lecture paradoxale du lien de droit est sans doute excessive. Il faut préciser tout d'abord que la distance ne doit pas aller jusqu'à la division, autrement dit le conflit, sinon le lien se rompt (51). Elle ne doit pas non plus prendre la forme d'une fuite. Par ailleurs, entre deux sujets, la reconnaissance des différences se mêle sans doute à l'existence de ressemblances. Le besoin se fait donc sentir d'une synthèse entre l'approche du lien comme accrochage et l'approche du lien comme écart.

3.- Une tentative de synthèse : le lien comme accrochage et distance

10. Une synthèse paraît vouée à l'échec car en toute logique on ne peut mêler des éléments contradictoires : le lien est soit un accrochage soit une distance, il ne peut être les deux à la fois. Il est cependant possible de prolonger une image employée précédemment. Le lien peut être à la fois une distance entre les deux rives d'un fleuve et le pont qui traverse ce fleuve (52). Un rapprochement est possible avec le lien humain primordial : le bébé n'est pas lié à sa mère par le seul cordon ombilical, tout son environnement, le placenta, le met en communication avec sa mère. Certes, une fois sorti du ventre, il n'est plus lié que par le cordon mais précisément, c'est aussi le moment où le cordon doit être coupé (53). Il est donc possible d'admettre que le lien comporte à la fois du vide et du plein, de l'accrochage et de la distance.

11. Le problème qui surgit alors est de savoir dans quelle proportion l'accrochage et la distance coexistent dans le lien de droit. Dans le lien entre l'embryon et sa mère, il y a un accrochage lorsqu'il est nécessaire que des aliments soient transmis. Il n'est pas certain en revanche qu'il soit possible d'exprimer exactement ce qui, dans un lien de droit, relève de l'accrochage et ce qui relève de l'écart. Il y a sans doute une part d'indicible et l'on ne peut approcher de cette proportion que par des manifestations d'attachement ou de distance. Ainsi c'est essentiellement la pérennité du lien et la difficulté d'obtenir la rupture du lien qui marquent l'attachement. Quant à la distance, elle peut se traduire de différentes manières. Elle peut se traduire dans le vocabulaire : ainsi dans la bible le terme hébreu employé pour sceller l'alliance entre Dieu et les hommes est le verbe trancher (54). On tranche un contrat (55). De même en droit grec archaïque, lors de la conclusion d'un contrat, un morceau de bois était rompu pour symboliser la conclusion d'un contrat, c'est d'ailleurs l'origine étymologique du mot symbole (56). Chaque partie conservait sa moitié du morceau de bois notamment pour des raisons de preuve. Chacune de ces moitiés était nécessairement différente de l'autre mais leur réunion, comme deux pièces d'un puzzle, reconstituait le morceau de bois. Cette technique a été remplacée par le contrat écrit qui symbolise et fait la preuve de l'union et de la différence des parties.

12. D'une manière plus abstraite, il est possible d'affirmer que le lien de droit unit des personnes qui se reconnaissent différentes tout en ayant des points d'accrochage, de ressemblance et de dépendance. C'est à cette conclusion que parvient J. Puget, un psychanalyste : « ma définition du lien est celle d'une distance entre deux ou plusieurs sujets (moi) d'une part et celle de certains mécanismes d'articulation et de relation constante entre les deux objets-subjectivés, d'où une dépendance nécessaire d'autre part » (57). On peut ajouter, pour fonder cette compréhension du lien, qu'à côté des philosophies de l'altérité (58) il existe des pensées de l'identité et de l'imitation. Ainsi Tarde ou R. Girard fondent leur théorie de la société sur l'identité entre les hommes et leur faculté d'imitation (59). Dans la lignée de ces penseurs, des chercheurs ont tenté de repenser l'argent en montrant qu'il ne s'agissait pas seulement d'un fait économique mais d'un fait social total qui permet de lier les hommes (60). Marx a d'ailleurs parlé de l'argent comme du « lien de tous les liens » (61).

13. Une définition du lien de droit peut être élaborée : il s'agit d'une distance de reconnaissance entre deux personnes comprenant un accrochage qui se maintient dans le temps. Ces éléments d'accrochages doivent être observés dans chaque lien de droit particulier. On peut prendre pour exemple le mariage : le lien conjugal comporte des éléments de différenciation, tels que l'identité et en particulier le sexe des époux, et il constitue en même temps un attachement légal dont la durée est en principe illimitée ; une procédure relativement longue et complexe est nécessaire pour défaire ce lien, il s'agit de la procédure de divorce. Ce double aspect de distance et d'attachement est en un sens symbolisé par les anneaux que les époux passent à leur doigt : chaque époux est en effet attaché par un anneau différent - au moins par la taille - quoique le plus souvent ressemblant à l'autre anneau. Ayant défini le lien de droit, il convient de montrer comment il se distingue d'autres notions juridiques ainsi que des liens de fait.

B.- Le lien de droit et les notions voisines

14. Tant que la notion de lien de droit n'est vue que comme un accrochage et ne paraît pas avoir de profondeur, il n'y a pas de raison de lui réserver une place particulière en théorie générale du droit. Il ne s'agit alors que d'une notion résiduelle formalisant des liens sociaux (62). Mais si l'on admet qu'elle est complexe, qu'elle rend compte à la fois d'une distance et d'un attachement, alors il importe, nous semble-t-il, de reconsidérer sa place vis-à-vis des notions voisines que sont la situation juridique, l'institution, la norme et le rapport de droit.

1.- Le lien de droit et la situation juridique

15. Roubier définit la situation juridique de la manière suivante : « on entend sous ce nom un complexe de droits et de devoirs, de prérogatives et de charges qui se crée autour d'un fait ou d'un état ou d'un acte lequel engendre des effets juridiques » (63). Il ne fait pas de doute que le lien de filiation, le lien d'instance ou le lien conjugal répondent à cette définition. Roubier lui-même classe le lien de filiation parmi les situations juridiques : « le rapport de filiation est établi sur la base d'un état de fait, que le législateur ne fait en général que reconnaître et dont il définit les conséquences » (64). Mais répondent à la définition de la situation juridique des complexes de droit et de devoirs qui ne sont pas des liens de droit, tels que l'incapacité ou l'organisation des pouvoirs publics (65). A l'inverse, l'obligation, qui est traditionnellement qualifiée de lien de droit, n'est pas un complexe de droits et de devoirs, c'est un devoir d'une personne vis-à-vis d'une autre d'exécuter une prestation. Le terme de situation juridique sans doute trop vague ne permet pas en somme de rendre compte des liens de droit et plus généralement n'a pas rencontré un véritable succès en théorie générale du droit (66).

16. L. Duguit (67) s'appuie également sur la notion de situation juridique mais cette fois pour nier l'existence des liens de droit. L'auteur considère que le droit subjectif n'existe pas. Selon lui il n'existe que le droit objectif, autrement dit des règles de droit, et des situations juridiques dans le cadre desquelles les règles de droit sont appliquées. Il part de la doctrine fondée sur l'autonomie de la volonté pour laquelle « toute situation juridique est un rapport entre deux sujets de droit dont l'un est le sujet actif et l'autre le sujet passif » (68). Il apprécie cette solution classique de la manière suivante : « s'il est un dogme dans la doctrine traditionnelle civiliste, c'est bien celui-là. Déjà les jurisconsultes romains parlaient de *vinculum juris* et les auteurs récents dominés par la doctrine individualiste (...) Je reconnais aisément que souvent, le plus souvent même, dans le fait, la situation nous apparaît sous la forme d'une relation entre deux personnes (...) Mais dans nos sociétés à tendance socialiste, cela n'est point nécessaire. Parfois des situations existent, qui doivent être garanties par la loi, bien qu'il n'y ait point de rapport entre deux sujets (...) en résumé, une situation juridique n'est pas un rapport entre deux sujets... Il n'y a point à rechercher les deux termes d'un rapport qui n'existe pas, mais simplement s'il y a eu un acte de volonté déterminé par un but conforme au droit objectif » (69). Il n'existe donc qu'une apparence de lien de droit, mais au fond il s'agit toujours de situation juridique reconnue par le droit objectif.

La doctrine de Duguit constitue un système, on ne peut donc simplement critiquer sa position concernant le lien de droit, il faut critiquer le raisonnement tout entier, ce qui nécessiterait une étude entière. Il suffit, nous semble-t-il, de remarquer que, malgré les attaques de Duguit, le droit subjectif reste une notion centrale de la théorie générale du droit, le développement des droits de l'homme a au contraire renforcé cette notion et le dogme de l'autonomie de la volonté a été largement réévalué (70). Pas plus que l'on ne peut se passer des droits subjectifs (71), il ne paraît possible de se passer de la notion de lien de droit qui lui est attachée. Dès lors qu'un droit, c'est-à-dire une créance, reconnaît à un sujet actif un pouvoir à l'égard d'un sujet passif, il existe un lien de droit.

17. Mais la théorie de la situation juridique n'est pas monolithique ; chez Duguit et Roubier il existe une distinction entre les situations juridiques subjectives, proches chez Roubier des droits subjectifs dans lesquels le sujet actif a davantage de prérogatives que de charges, et les situations juridiques objectives dans lesquelles les charges dépassent les prérogatives. Roubier classait parmi ces situations objectives la responsabilité et la filiation. Il ajoutait que la notion de situation objective était proche de la traditionnelle notion de statut et parlait de situation institutionnelle. Pour déterminer la place du lien de droit, il convient donc de la confronter à une notion plus précise que la situation, la notion d'institution.

2.- *Le lien de droit et l'institution*

18. La notion d'institution a rencontré un plus grand succès que la notion de situation juridique, mais reste elle-même assez floue (72). Elle a pu être définie par une formule ressemblant à la définition de la situation juridique comme un ensemble de règles de droit organisées autour d'une idée centrale, formant un tout systématiquement ordonné et permanent (73). Elle a surtout été développée par Hauriou qui a distingué les institutions personnes et les institutions chose ou mécanisme. Santi Romano a retenu l'existence des institutions organismes. Pour cet auteur, une institution est un corps social qui peut mais n'a pas nécessairement la personnalité juridique (74), et qui constitue un ordre juridique. Il ne retient pas la notion d'institution au sens figuré qui est celle que l'on emploie lorsque l'on parle de l'institution de la donation ou de la vente, c'est-à-dire un ensemble de règles regroupées en vue d'une même fin.

19. Pour distinguer le lien de droit et l'institution, il paraît nécessaire d'effectuer une double distinction entre le lien de droit et l'institution-organisme et entre le lien de droit et l'institution au sens figuré que M. Bergel nomme l'institution-mécanisme. La première distinction est clairement effectuée par Santi Romano : « l'institution est unité ; le rapport, juridique ou non juridique, postule la pluralité ». L'auteur explicite son affirmation : « l'existence de personnes reliées entre elles par de simples rapports ne suffit pas pour faire naître une institution mais (...) il y faut un lien plus étroit et plus organique : il est nécessaire que se forme une superstructure sociale » (75). Il ajoute encore : « un rapport peut se muer en institution mais à la condition que, sous l'action de forces intérieures ou extérieures, ses termes mêmes se trouvent modifiés et demeurent aménagés dans une disposition organique, en qualité de membres de ce qui est en soi une entité » (76). La distinction est claire et convaincante. Le contrat de société ne donnerait pas naissance à un lien de droit mais à une véritable institution-organisme la société civile ou commerciale. Santi Romano ajoute cependant que l'institution est durable alors que le lien est « un contact plus ou moins transitoire de plusieurs entités » (77). Sans doute les institutions-organismes peuvent nous survivre et ont en quelque sorte une vocation à l'immortalité. Les institutions sont donc statistiquement, peut-être, plus durable que les liens de droit mais les institutions peuvent se dissoudre et certains liens de droit ont une durée de vie qui peut être importante, on pense au lien de filiation, au lien conjugal, voire à certains liens contractuels (notamment en matière de distribution). Le critère de la durée doit donc être écarté. Il nous semble au contraire que la durée est une caractéristique du lien de droit. Tous les liens de droit cités jusqu'à présent se maintiennent dans le temps et s'opposent en cela aux rapports de fait qui restent précaires.

20. Il reste à tenter de distinguer l'institution-mécanisme, ensemble organisé de règles créées par le droit objectif (78) et le lien de droit. Les deux notions sont voisines, au point que des auteurs ont pu qualifier l'obligation (79) et le lien d'instance d'institution (80). Mais elles s'opposent aussi parfois, dans la mesure où il est traditionnel de distinguer l'institution et le contrat. Ce dernier ne serait pas durable (81) et la survie du contrat dépend de la volonté de ceux qui l'ont créé, et non du droit objectif comme c'est le cas pour l'institution. La notion d'institution a d'ailleurs été développée pour lutter contre l'hégémonie au 19^e siècle de la notion de contrat que l'on employait pour expliquer des notions aussi diverses que la situation des fonctionnaires ou le règlement intérieur d'une entreprise (82). Ainsi l'on a pu se demander si le mariage était un contrat ou une institution (83) et un auteur a pu affirmer récemment que le pacs pouvait être qualifié d'institution (84). On pourrait peut-être avancer que tous les liens de droit peuvent être vus comme des institutions-mécanismes à l'exception du lien contractuel. La difficulté est qu'il est bien d'autres mécanismes que les liens qui peuvent être qualifiés d'institution. M. Bergel cite la monnaie, le crédit, les sanctions, les voies de recours, l'action en justice, etc. (85). Le terme d'institution paraît dès lors vague et général. En particulier, il est une bien faible qualification du lien d'instance si l'action en justice, les voies de recours et le jugement peuvent être eux aussi qualifiés d'institution. Tous les grands mécanismes du droit judiciaire apparaissent comme étant des institutions et le lien d'instance ne paraît pas avoir de spécificité. La notion d'institution ne permet pas ainsi de préciser le régime du lien d'instance, ce qui est pourtant l'enjeu d'une qualification. En définitive, la notion d'institution apparaît soit nettement distincte du lien de droit - c'est le cas de l'institution-organisme -, soit trop large c'est le cas de l'institution-mécanisme qui s'oppose, par ailleurs, au lien contractuel. Il convient dorénavant de confronter le lien de droit et la norme.

3.- Le lien de droit et la norme

21. La distinction entre le lien de droit et la norme juridique conduit à s'interroger sur le

rapport entre le lien de droit et l'acte juridique. Les normes sont en effet issues des actes. H. Kelsen affirme plus précisément que la norme est la signification d'un acte juridique : « le mot norme exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon. Telle est la signification que possèdent certains actes humains qui, selon l'intention de leurs auteurs, visent à provoquer une conduite d'autrui » (86). Il existe ainsi des actes dont la signification est une permission, une interdiction ou une obligation pris au sens de devoir (87). Comment situer le lien de droit par rapport à la norme ? Kelsen fournit, nous semble-t-il, deux réponses complémentaires.

22. Selon une première réponse, le lien de droit que Kelsen nomme le rapport de droit est créé par la norme : le rapport de droit « doit son existence même, sa naissance même, à des normes juridiques, qui seules le créent » (88). L'auteur ajoute en ce sens une formule qui renvoie à la discussion du paragraphe précédent : « le mariage en tant que rapport de droit est une institution juridique, autrement dit : un complexe d'obligations juridiques et de droits subjectifs au sens spécifiquement technique, c'est-à-dire un complexe de normes juridiques » (89). Autrement dit, l'acte solennel du mariage crée un lien conjugal qui est un ensemble de droits et d'obligations. De même, le contrat peut créer un lien contractuel qui comporte des obligations. Mais cette analyse ne rend pas compte de l'obligation elle-même qui est un lien de droit sans être - et pour cause - un complexe de droits et d'obligations.

23. La seconde réponse de Kelsen est d'affirmer que ce rapport de droit n'est pas un lien entre des personnes mais un rapport entre des normes : « une connaissance qui prend pour objet le droit - c'est-à-dire des normes juridiques - n'a pas non plus affaire à des rapports entre des individus, mais uniquement à des rapports entre normes juridiques - créées sans doute ou appliquées par des individus -, ou entre des faits ou situations définis par des normes juridiques, et dont la conduite humaine ne représente qu'un cas particulier, spécialement important sans doute » (90). Sans entrer dans une critique du normativisme (91) et en particulier de la mystérieuse norme fondamentale, on peut noter que l'obligation qui n'est pas un rapport de norme puisqu'elle ne comporte qu'une norme est pourtant considérée comme étant un lien entre deux personnes. On peut relever par ailleurs que Kelsen reconnaît lui-même l'existence de rapport entre personnes. Ainsi, il affirme « la propriété ne peut donc, elle aussi, consister qu'en un rapport d'individu à individu » (92). Il n'est pas non plus certain que les termes de lien et de rapport soient synonymes. Mais avant de traiter cette question, il faut examiner une dernière difficulté : est-ce la norme qui crée le lien ou le lien qui crée la norme ?

24. On peut tout d'abord envisager la question à propos du lien de filiation. Dans ce cadre, les parents peuvent donner des ordres à leur enfant. On obtient alors la séquence de notions suivantes : un acte juridique (par ex. une loi) comporte une signification en termes de permission, obligation ou interdiction, ce qui constitue une norme. Celle-ci crée le lien de droit (par ex. le lien de filiation). Ce lien peut comporter des droits et des obligations, autrement dit des sous-liens portant sur une question particulière (par ex. l'obligation de subvenir aux besoins de l'enfant qui lie les parents). Il peut aussi comporter la possibilité de donner des ordres, ce qui constitue une norme qui crée une obligation (l'enfant doit obéir). Il existe donc, semble-t-il, des normes au sein des liens de droit. Or, on peut se demander si une telle norme ne renforce pas la distance entre les parties liées, autrement dit si, parmi ce qui produit la distance dans un lien de droit, il n'y aurait pas la possibilité d'édicter des normes. Dans le cadre du lien de filiation, une norme (une interdiction, une permission, etc.) vise à fixer une limite à l'enfant et lui permet petit à petit de se structurer et donc de construire son identité. Or cette identité lui permet de se différencier de ses parents. Serait peut-être ainsi interprétée une formule difficile de P. Legendre : « le lien peut être défini : la métaphore de la

limite » (93). Le lien ou corde est une métaphore de ce qui unit l'enfant à ses parents et ceux-ci, dans le cadre de ce lien, lui assignent des limites qui le conduisent à se différencier de ses parents. Est-il possible d'étendre cette analyse à tous les liens ?

25. Il importe en particulier d'étudier l'articulation entre la norme et le lien en matière contractuelle. M. P. Ancel considère que le contrat crée une norme juridique et pas seulement des obligations (94). Dès lors, le caractère obligatoire du contrat signifie simplement que « la norme née du contrat » s'impose aux parties. Le contrat crée par ailleurs des obligations qui doivent être exécutées. Cette approche permet d'expliquer que les effets du contrat ne se limitent pas à créer des obligations. L'analyse emporte la conviction. Mais elle ne laisse que peu de place au lien contractuel dont l'existence est pourtant signalée. M. Ancel écrit : « dire que les parties sont « obligées » par le contrat (il vaudrait mieux dire qu'elles sont engagées, *tenues* par le contrat) ne signifie pas nécessairement, et pas seulement, qu'elles sont tenues (débitrices) d'obligations. Et même lorsqu'elles en sont tenues, *le lien contractuel* n'est pas complètement absorbé par leur rapport d'obligation » (95) (c'est nous qui soulignons). Il semble - cette solution nous paraît implicite - que, pour l'auteur, lien contractuel et norme aient la même signification. Le contrat crée une norme ou un lien par lequel les parties sont tenues. Or, si nous souscrivons à l'idée que le lien contractuel dépasse les rapports d'obligations, nous émettons des réserves quant à l'assimilation de la norme et du lien. Il paraît en effet contestable de confondre la signification du contrat en termes de comportement des parties et la liaison entre les parties. L'auteur le reconnaît d'ailleurs d'une certaine manière lorsqu'il écrit : « le contrat (...) peut être considéré comme un acte normatif en ce qu'il signifie ce qui doit être dans leurs relations » (96). Or, pour indiquer ce que doivent faire les parties dans une relation, il faut déjà qu'il y ait une relation. Non seulement il faut distinguer, nous semble-t-il, le lien contractuel et les normes contractuelles, mais il faut sans doute aussi admettre que le lien est antérieur aux normes. Cette approche est contestable tant que l'on ne voit dans le lien qu'un accrochage : on pense alors que les parties sont liées car elles doivent respecter des normes. Mais, si l'on analyse le lien en termes de reconnaissance des différences, il apparaît nécessaire de considérer le lien - l'écart entre les parties - comme antérieur aux normes contractuelles et comme permettant les normes contractuelles. L'ordre serait donc le suivant : l'accord de volonté réalise une reconnaissance d'altérité, ce qui permet de fixer des normes contractuelles et en particulier de créer des obligations. Ne pourrait-on aller plus loin et considérer que le caractère obligatoire du contrat - le fait que les parties soient tenues - est une conséquence de l'existence d'un lien contractuel et non des normes. Les normes contractuelles sont en effet multiples et, si elles sont chacune obligatoires, il n'est pas certain que l'effet obligatoire du contrat puisse être le résultat de l'addition du caractère obligatoire de chaque norme. Il faut souligner que les normes contractuelles nous paraissent multiples quoique M. Ancel passe dans son texte du pluriel au singulier, des normes contractuelles à la norme contractuelle (97). En revanche, le caractère obligatoire du contrat conserve son unité si l'on considère qu'il est une conséquence du lien juridique comme écart. Pour le dire simplement : reconnaître une partie comme différente et comme complémentaire, c'est se lier à elle et pouvoir se fixer des règles ; autrement dit, dans l'espace constitué entre deux personnes, une parole comprenant des règles peut être dite (98). Nous essaierons de montrer plus loin que cette analyse entraîne des effets juridiques.

En définitive, il nous paraît possible d'affirmer que le lien et la norme sont distincts et que le lien en tant que distance de reconnaissance précède et rend possible la norme. Il existe sans doute plus largement une dialectique entre le lien et la norme, car, une fois un lien créé, des normes peuvent être prescrites et de nouveaux liens, les obligations, peuvent être créés. La notion de lien de droit nous paraît donc avoir sa place à côté des notions de norme, d'acte

juridique et d'institution-organisme. Mais il reste une comparaison difficile que nous avons jusqu'à présent laissée dans l'ombre : la comparaison entre le rapport de droit et le lien de droit. Il convient de rappeler que si nous montrons que les deux notions sont distinctes, nous évitons du même coup la qualification du lien de droit en un rapport de normes, que Kelsen réserve au rapport de droit.

4.- *Le lien de droit et le rapport de droit*

26. La notion de rapport de droit a donné lieu à de nombreuses recherches par les pandectistes allemands, puis par des auteurs italiens. Si l'on considère que le lien de droit se confond avec le rapport de droit, alors le lien de droit n'a pas de spécificité et l'on peut se reporter aux études concernant le rapport de droit.

Or cette assimilation peut être trouvée dans les écrits de Savigny : « chaque rapport de droit nous apparaît comme une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit » (99). L'auteur développe sa pensée : « tout rapport de droit se compose de deux éléments : 1°) une matière donnée, c'est-à-dire la relation elle-même ; 2°) l'idée de droit qui règle cette relation. Le premier peut être considéré comme l'élément matériel du rapport de droit, comme un simple fait ; le second, comme l'élément plastique, celui qui anoblit le fait et lui impose le forme du droit » (100). Savigny peut alors poser une définition : « on peut définir le rapport de droit : le domaine de la volonté libre » (101). Mais, dès lors, il donne une grande extension à la notion de rapport de droit qui comprend aussi bien le droit de propriété que l'obligation et les rapports de famille. Ultérieurement, des auteurs allemands et italiens développeront la notion de rapport de droit et l'appliqueront en particulier à l'instance en forgeant le concept de rapport de droit processuel (102).

Tous les liens de droit sont donc selon Savigny des rapports de droit, mais le terme de rapport de droit est plus large que celui de lien, puisqu'il comprend le droit des biens. Il est vrai que de nombreux auteurs considèrent que la propriété est une relation sociale, en ce sens qu'elle indique à ceux qui ne sont pas propriétaires qu'ils ne peuvent avoir de droit sur la chose (103). Mais il paraît exclu de considérer qu'il existe un lien au sens de reconnaissance des différences entre le propriétaire et les tiers. Il n'existe pas non plus un tel lien entre la personne et la chose. Au contraire, le rapport du propriétaire à la chose est un rapport d'appropriation qui exclut l'écart et la reconnaissance qui existe entre personnes. C'est sans doute la solution aujourd'hui, mais il ne faut pas ignorer que les liens entre les hommes et les choses peuvent être vus comme des liens de droit lorsque « l'âme » du propriétaire se maintient dans l'objet. M. Mauss écrit ainsi : « il est net qu'en droit maori, le lien de droit, lien par les choses, est un lien d'âmes, car la chose elle-même a une âme, est de l'âme » (104). Cela étant, dans cette hypothèse, il s'agit d'un lien entre personnes qui passe par les objets.

27. Il est possible d'approfondir la distinction entre le rapport de droit et le lien de droit en s'appuyant sur l'étymologie des termes. Le terme de rapport est polysémique : il a le sens de profit, compte rendu, quotient, relation, annulation d'une décision, reconstitution d'un ensemble de biens en droit. Il a été créé au 13^e siècle en français à partir du verbe latin *portare* qui veut dire porter. Rappporter veut donc dire porter de nouveau vers. Il s'agit de rapprocher deux choses ou deux personnes. Le terme de relation et de rapport ont une origine voisine, puisque le terme de relation a été construit à partir de *relatio* lui-même issu de *tollo* qui voulait aussi dire porter (105). Il s'agit toujours de rapprocher deux éléments. L'italien emploie le terme de *rapporto giuridico* et l'allemand le terme de *rechtverhältnis* (106). En allemand comme en français, on distingue le rapport et le lien (en allemand *Bindung* est employé pour le lien conjugal par exemple). On peut donc considérer que le lien et le rapport

sont deux termes distincts, que le lien est plus fort alors que le rapport ne fait que rapprocher des éléments. Le rapport a aussi un sens plus objectif et plus descriptif, ce qui explique qu'il peut s'appliquer à la relation entre une personne et une chose. Le terme de rapport juridique a d'ailleurs été employé pour échapper à l'approche subjective du contrat (107). Le terme de lien de droit a en revanche un contenu plus complexe, subjectif et humain, puisqu'il renvoie à un écart de reconnaissance.

28. Les termes de rapport d'obligation (108) ou de rapport contractuel (109) sont également employés et montrent que, dans un contrat, il existe un ensemble composé de droits et d'obligations. Mais le terme de lien contractuel nous paraît, par sa profondeur (si on le considère comme un écart), rendre mieux compte de ce phénomène. En définitive le terme de lien de droit est spécifique et autonome. Il reste à vérifier qu'il est opératoire. C'est à cette fin que l'on peut tenter de tirer quelques conséquences de la notion de lien de droit.

C.- Les conséquences de la notion de lien de droit

29. Il est possible de tirer quelques conséquences de la notion de lien de droit en matière contractuelle et en matière processuelle. Mais il ne peut être question de reprendre toutes les discussions juridiques dans le cadre de cette étude. Il s'agit de dégager des pistes de mise en œuvre du lien de droit et montrer que la notion est opératoire.

1.- Quelques conséquences en matière contractuelle

30. Le contrat, contrairement à l'obligation, est rarement défini comme un lien de droit. M. Ghestin notamment n'y fait, semble-t-il, aucune allusion dans ses recherches sur la notion de contrat (110). Pourtant l'expression de lien contractuel est fréquemment employée sans que cela suscite de discussion (111). Le débat concernant la cession de contrat a ainsi conduit plusieurs auteurs à analyser le contrat comme un lien de droit (112). Il semble qu'il puisse s'agir d'une définition complémentaire du contrat. Mais une difficulté surgit alors : si l'on considère que le contrat et l'obligation créée par le contrat sont des liens de droit, alors un lien de droit engendre un lien de droit, ce qui peut surprendre. Deux liens entre deux mêmes personnes ayant le même objet ne constituent en réalité qu'un seul lien. Le contrat ne serait donc pas un lien mais resterait un accord qui crée un ou des liens, c'est-à-dire des obligations. Pourtant il est possible de maintenir que contrat et obligation sont des liens de droit. Deux arguments sont de nature à appuyer cette assertion. Il existe des hypothèses dans lesquelles on rencontre tout d'abord un lien de droit qui est source d'obligation, c'est le cas en particulier de la filiation. Un lien de filiation entraîne des obligations de part et d'autre (113). Il n'y a donc pas d'impossibilité à ce qu'un lien de droit crée d'autres liens de droit. Un deuxième argument peut être tiré d'un lien non juridique, le lien d'amitié (114). Lorsque deux personnes sont amies, on dit qu'elles sont liées, voire très liées. Or dans le cadre de leur amitié, il peut exister des obligations morales telles que celle de rendre une invitation. Un individu lié à un ami de manière générale peut ainsi avoir une obligation particulière d'inviter.

31. Mais il ne faut pas confondre acte juridique et lien de droit. Kelsen a montré en effet que l'acte comportait des normes qui créent un lien de droit (115) ou, selon nous, des normes qui sont rendues possible par le lien de droit. L'acte n'est donc pas en tant que déclaration de volonté un lien, mais il donne lieu à un lien dès lors qu'il s'établit dans la durée. Ainsi les contrats à exécution instantanée ne donnent pas lieu à un lien de droit. Mais, à l'inverse, il est difficile d'affirmer qu'un contrat qui se maintient dans la durée n'est qu'un accord de volonté, il est en effet vécu comme un lien de droit.

32. Or il n'est pas sans conséquence de considérer le contrat comme un lien de droit. Cela permet d'expliquer des problèmes qui ne s'expliquent pas par la notion d'obligation, tels que la suspension ou la résolution du contrat. Ce sont des événements qui touchent le lien contractuel tout entier et non pas seulement les liens d'obligation créés par le contrat. M. P. Ancel pour expliquer ce problème distingue la force obligatoire du contrat de son contenu obligationnel (116). Mais il n'est pas, selon nous, nécessaire de forger une telle distinction, il suffit de reconnaître que le contrat est un lien de droit qui, à ce titre, a des effets indépendants de la création des obligations. On peut le vérifier à propos de trois questions étudiées par M. Ancel.

33. Concernant les promesses de contrat, l'auteur montre qu'il est difficile de dégager une obligation du promettant : il n'a pas simplement une obligation de « ne pas passer d'actes contraires à la promesse » et il ne peut « s'obliger à consentir » au contrat définitif, il a déjà consenti. Il peut en conclure que le « promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur, mais qu'il est, plus fondamentalement, *tenu* par le contrat » (117). La promesse est donc bien un lien de droit, c'est-à-dire un écart creusé entre le promettant et le bénéficiaire par lequel le promettant prend en considération le bénéficiaire comme possible futur contractant dans le contrat définitif. C'est aussi un « accrochage », dans la mesure où la promesse est maintenue pendant une certaine durée. Il ne paraît pas nécessaire, dans cet exemple - mais peut-être ne s'agit-il que d'une différence de langage - de considérer le contrat comme une norme ayant un effet obligatoire.

34. On comprend de la même manière que le contrat-cadre puisse avoir un effet sans pour autant comporter d'obligation. Le contrat-cadre comme tout contrat est un lien de droit, c'est même un bel exemple de lien de droit dans lequel les parties se contentent de s'identifier, de se mettre en relation, de creuser en quelque sorte l'écart entre elles, sans encore s'imposer d'obligations concrètes. Il peut en effet exister des contrats-cadres sans obligation de contracter (118). On peut certes y voir le cadre d'obligations éventuelles (119). Mais cette construction est-elle nécessaire et conforme à l'intention des parties (120) ? Les parties concluent un véritable contrat (121). Autrement dit, un accord de volonté a lieu dont l'effet juridique n'est pas de créer des obligations mais un lien contractuel, à ce titre obligatoire (122). Il est vrai que l'analyse du contrat en termes de norme développée par P. Ancel aboutit au même résultat (123). Mais plusieurs remarques formulées par des spécialistes de la matière incitent à penser que la véritable intention des parties est de créer un lien contractuel - comportant il est vrai des normes - dans le cadre duquel des contrats d'application pourront prendre place. Ainsi M. Gatsi note : « cet accord apparaît nécessaire pour formaliser sur le plan juridique la relation économique envisagée » (124). Il nous semble que la création d'un lien de droit est indispensable car il n'existe pas sinon de relation économique, en quelque sorte le droit crée le lien car tout rapport de fait se révèle trop précaire (125). De même M. Ferrier met en avant la création de « relations » : « on l'a qualifiée de « contrat-cadre » de fourniture fixant les stipulations des « contrats d'application » par lesquels se réalisent, ponctuellement mais pendant toute la durée *des relations*, les achats-ventes entre les parties au contrat-cadre » (126). Enfin MM Pollaud-Dulian et Ronzano notent : « on peut remarquer que la reconnaissance de la structure juridique contrat-cadre/contrats d'application *pour consolider des relations d'affaires durables* a aussi, indirectement pour effet de conforter la jurisprudence qui refuse de faire produire des effets juridiques contraignants lorsque les parties sont en relations d'affaires habituelles, mais n'ont pas souhaité se lier » (127).

35. L'intérêt enfin de qualifier le contrat de lien de droit est de tenter d'expliquer la cession de contrat sans passer par une analyse du contrat en termes de norme comme le fait M. Ancel (128). Si le contrat n'était qu'un accord de volonté on ne pourrait expliquer une telle cession

car si l'un des cédants est modifié, l'accord de volonté doit être renouvelé (129). Si l'on considère qu'il s'agit d'un lien au sens d'un simple accrochage entre deux personnes, il est également difficile de concevoir la cession de contrat car si l'on détache une personne il n'y a plus de lien. Mais si l'on considère qu'il s'agit d'un lien de droit au sens d'un espace de reconnaissance entre personnes différentes, il peut, selon nous, survivre à la modification d'un des contractants. L'écart entre les parties doit rester le même, autrement dit le nouvel arrivant doit pouvoir remplir des fonctions identiques à celui qu'il remplace et inspirer la même confiance. Un nouvel accord paraît nécessaire afin qu'il y ait une reconnaissance par le cocontractant maintenu du nouveau cocontractant sans que pour autant il s'agisse d'un nouveau contrat. On parle alors de convention. Il est vrai qu'un arrêt récent a qualifié une

cession de contrat en une délégation (130). Mais il ne nous paraît pas certain qu'une cession du contrat était en jeu dans les faits puisque le litige portait, nous semble-t-il, plutôt sur une obligation et quand bien même il s'agit du sens de la décision, elle nous paraît contestable car elle signifie que le premier contrat ne sera pas transmis avec toutes ses clauses et ses accessoires (131). L'analyse ne permet pas par ailleurs de dégager un régime général des cessions de contrat qui engloberait les cessions de contrats légales (ex. cession de bail) et les cessions de contrat conventionnelles. Elle conduit à assimiler le lien contractuel à l'obligation puisque l'on applique un mécanisme du droit des obligations, la délégation, au contrat. Or, si les deux notions sont bien des liens de droit, il s'agit de liens de droit différents : le lien contractuel est un complexe de normes et en particulier de droits et de devoirs, alors que l'obligation vise seulement à l'exécution d'une prestation. Or, la délégation a été conçue pour permettre à un débiteur de demander à un tiers de devenir débiteur de l'obligation et d'exécuter la prestation, elle n'a pas été conçue pour s'appliquer au lien plus complexe que constitue le lien contractuel.

Certains auteurs emploient par ailleurs le terme de substitution de personne pour décrire la cession de contrat (132). Mais il nous semble qu'il importe de distinguer les hypothèses de substitution de personne qui impliquent le maintien du substituant et qui ne sont donc pas translatives, des hypothèses de cession dans lesquelles un tiers succède au cédant. Autrement dit, on ne peut totalement remplacer une personne car une personne est une entité singulière, mais on peut envisager soit une substitution provisoire avec maintien à l'état dormant du substituant, soit une succession de personne, le cessionnaire étant alors l'ayant cause du cédant (133). Dans le premier cas, l'accord de l'insubstitué (le cocontractant qui n'est ni substituant ni substitué) n'est pas toujours nécessaire car l'écart originel est maintenu et un contractant supplémentaire intervient. Dans le second cas, il s'agit bien d'une succession et le cédant s'écarte avec l'accord de son cocontractant (134). Ainsi la substitution du bénéficiaire d'une promesse unilatérale serait, selon nous, une hypothèse de substitution de personne et non de cession de contrat (135).

A noter que la figure de la substitution de personne telle que nous la concevons n'est pas limitée au lien contractuel. Elle peut se rencontrer en droit des successions (136) et également dans le lien de filiation adoptive ; une adoption simple est en effet possible après une adoption plénière lorsqu'il existe des motifs graves (art. 360 c. civ.). Le doyen Carbonnier écrit à ce propos : « *quid* du nouvel a. 360 ? Substitution d'adoptant ? » (137). Or le lien de filiation n'est pas une obligation car il n'y a pas de débiteur et de créancier (138). L'un des avantages de construire la notion de lien de droit est ainsi de pouvoir étudier conjointement des mécanismes comparables qui ne sont pas limités aux obligations.

En somme, la notion de lien de droit paraît expliquer plusieurs solutions du droit des contrats. Il convient de vérifier le caractère opératoire du lien de droit en matière processuelle.

2.- *Quelques conséquences en matière processuelle*

36. Considérer le lien de droit comme reconnaissance d'une altérité conduit également à renouveler quelque peu la notion de lien d'instance. On considère traditionnellement qu'il existe plusieurs analyses possibles du lien d'instance. Selon une première analyse, par la demande, la saisine et les défenses, les parties donnent leur consentement à un contrat judiciaire qui prévoit leurs droits et obligations pendant la procédure : le juge a une obligation de résoudre le litige, les parties s'engagent à coopérer et elles paient indirectement le juge de ses services en s'acquittant de leurs impôts. Cette analyse était retenue au 19^e siècle lorsque l'on essayait de tout expliquer par la notion de contrat. Mais l'idée de contrat est difficile à maintenir, car ni les parties ni le juge ne fixent leurs droits et obligations - c'est la loi qui les impose -, et l'on ne voit pas bien comment le juge donnerait son consentement à ce contrat. Ce ne sont pas les parties qui l'obligent à se lier, c'est en tant que magistrat et fonctionnaire que le juge a l'obligation de juger. S'il ne juge pas, il commet d'ailleurs un déni de justice (139). Selon une seconde analyse, par la demande initiale et la saisine, il y a une adhésion à un mode étatique de résolution des litiges. Le lien juridique d'instance apparaît donc comme un lien de droit d'origine légale qui unit les parties et le juge et comporte des droits et des obligations définis par la loi. Les auteurs considèrent ainsi généralement que le lien d'instance est un lien légal (140). Jacques Héron écrivait en ce sens : « aujourd'hui la doctrine unanime considère que le lien juridique d'instance revêt un caractère légal (141).

37. Mais ayant approfondi ce qu'est un lien de droit, on explique mieux, semble-t-il, ce qu'est le lien d'instance. Le lien d'instance ne suppose pas d'accord entre les parties comme le suppose un contrat. Il suppose seulement la reconnaissance de la qualité procédurale de l'autre. Or c'est bien ce que fait le lien d'instance en attribuant une position à chacun : juge, défenseur, intervenant. Chacun se voit ainsi différencié (142) de l'autre dans l'instance. Le sociologue Niklas Luhmann a en ce sens montré que la procédure opérait une différenciation, une séparation tout d'abord entre la société et le tribunal, puis en attribuant des rôles à chacun qui soient séparés de la vie qu'ils mènent en dehors du tribunal. Le juge doit être impartial et les parties doivent se présenter en quelque sorte comme des inconnus qui ne pourront prouver leur bonne foi que dans le cadre du procès, mais non en faisant référence par exemple à leur notabilité. L'auteur écrit : « la nécessité pour les parties de démontrer leur habileté tactique s'accroît avec la différenciation des procédures. Elles ne peuvent, comme c'est le cas dans les sociétés simples, se présenter comme étant connues personnellement et gagner déjà en cela en confiance : elles doivent plutôt la mériter dans la procédure elle-même en tant qu'inconnu ». Derrière le terme d'inconnu, on peut entendre le terme d'étranger ou d'altérité.

On peut considérer que la violence et le conflit viennent de l'indifférenciation en particulier de la volonté (143) de s'approprier une même chose. La paix sociale consiste à recréer un écart, une différence entre deux personnes en indiquant à chacune sa place (144). Le but du procès vise à « repositionner » les parties. On peut dire que le positionnement des personnes dans le procès préfigure le repositionnement à la fin du procès. A noter aussi que l'on peut expliquer le désistement d'instance sans passer par la qualification contractuelle de l'instance (145), mais en se fondant simplement sur la notion de lien de droit : une partie décide de ne pas conserver sa position procédurale et interrompt le déroulement de l'instance. Il nous paraît possible dès lors de donner sa pleine place au lien d'instance et de considérer que l'instance n'est rien d'autre que le lien entre les parties et le juge. Glasson et Tissier notent en ce sens : « l'instance est un rapport juridique entre le demandeur et le défendeur » (146). M. Cadiet confirme : « période qui va ordinairement de la saisine du juge au jugement, l'instance se présente comme la phase judiciaire du procès au cours de laquelle les parties au litige

accomplissent un certain nombre d'actes de procédure. (...) Envisagée dans son essence, l'instance est le rapport de droit processuel ou procédural dont l'objet est le litige relatif à un rapport de droit substantiel ou fondamental, opposant deux ou plusieurs plaideurs » (147). Nous souscrivons à ces analyses en notant toutefois que la notion de lien de droit nous paraît préférable au terme de rapport juridique, en ce qu'elle permet de rendre compte de la distance ou autrement dit de l'espace du procès dans lequel le litige va pouvoir se dénouer. Ce lien de droit comporte des obligations d'origine légale (148), un peu comme le lien de filiation. On peut enfin se demander si le lien d'instance ne serait pas un des tous premiers liens de droit qui aient existé. Il est en effet souvent admis que le jugement a précédé la loi (149), or le lien d'instance précède le jugement (150). Il réalise la séparation des parties et du juge entre eux et à l'égard du reste de la communauté, le lien d'instance serait ainsi un lien primordial.

38. Peut-on dire en conclusion que l'énigme du lien de droit a été au moins partiellement résolue ? En partant d'un paradoxe - l'emploi fréquent de la notion dans les définitions et l'absence de recherche sur le sujet -, nous sommes parvenus à un autre paradoxe, une véritable contradiction : le lien de droit entre personnes juridiques est à la fois un écart et un accrochage. Mais n'est-ce pas le principe du contradictoire qui, dans un procès et peut-être dans la recherche, permet de lever un coin du voile ?

(1) L'auteur tient à remercier ceux qui l'ont aidé, par le dialogue, à approfondir ses hypothèses sans que cela n'engage en rien leur responsabilité : MM les professeurs Lagarde et Roumy ainsi que Christine Février et Françoise Inizan-Jeuland.

(2) Par ex.: A. Benabent, *Les obligations*, 8^e éd. 2001, Montchrestien, « l'obligation ainsi entendue est donc un lien de droit entre deux personnes », p. 2 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *les Obligations*, 22^e éd. 2000, PUF, coll. Themis, « dans sa notion la plus dépouillée, l'obligation apparaît comme un lien de droit », p. 25 ; Ph. Malaurie et L. Aynes, *Droit civil*, *les Obligations*, 9^e éd. 1999, Cujas « l'obligation est le lien de droit unissant le créancier au débiteur » ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil*, *les obligations*, 7^e éd. 1999, Précis Dalloz « l'obligation est un lien de droit, non pas entre une personne et une chose comme le droit de propriété, mais entre deux personnes... », p. 1 ; nous n'avons pas dérogé à la règle *in* *Droit des obligations*, 2^e éd, Montchrestien, Focus, 2001, p. 129. Mais la référence au lien de droit est parfois supprimée V. G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, Sirey, t. 1, *Les sources*, 1988, « l'obligation peut être définie comme une institution juridique en vertu de laquelle une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre », p. 1. On retrouve cette solution dans les droits étrangers : en Italie par ex. : F. Galgano, *Diritto privato*, 10^e éd. CEDAM, Milan, p. 187 : « *nella sua più elementare struttura l'obbligazione si presenta come un rapporto o un vincolo (obligatio, alla lettera, significa legame, vincolo) che lega un soggetto ad un altro soggetto* » ; en *Common law* par exemple Osborn's concise law dictionary, 7^e éd. Londres, Sweet and Maxwell, 1983: « *obligation : a duty : the bond of legal necessity which binds together two or more determinate individuals* » (l'obligation est néanmoins peu définie dans les manuels).

(3) Par ex : A. Bénabent, *Droit civil*, *La famille*, 10^e éd. Litec, 2001, « l'état de l'enfant consiste dans le lien de filiation qui le relie à ses parents », p. 344 ; G. Cornu, *Droit civil*, *La famille*, 6^e éd. Montchrestien, 1998, « la filiation est le lien qui unit un enfant à son père ou à sa mère » (p. 285) et plus loin « pour qu'elle soit filiation, filiation juridique, lien de droit, il faut que la filiation, légitime ou naturelle, soit établie » (p. 287) ; Ph. Malaurie et L. Aynes, *Droit civil*, *La famille*, 9^e éd. 1999, Cujas, la filiation « constitue le lien de droit existant entre un père et une mère et son enfant », n^o 450. Une recherche historique a néanmoins été menée récemment concernant la notion de filiation : A. Lefebvre-Teillard, F. Demoulin, F. Roumy, *De la théologie au droit, naissance médiévale du concept de filiation*, *in* Richard H. Helmholz *et al.* (dir.), *Grundlagen des Rechts, Setschrift für Peter Lando zum 65 Geburtstag*, Paderborn,

2000, p. 421 à 438 et F. Roumy, le lien parental : aspects historiques *in* D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (dir.), La contractualisation de la famille, Economica, 2001, p. 39 à 53. Il apparaît que le lien de filiation s'est forgé à partir de la relation, au sein de la trinité, entre Dieu le Père et Jésus le fils.

(4) Par ex. : L. Cadiet, Droit judiciaire privé, 3^e éd. 2000, n° 1028 : « le lien juridique d'instance doit donc être présenté comme un rapport juridique de nature légale » ; J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, 25^e éd. 1999, Dalloz, « l'instance n'est pas seulement « une suite d'actes de procédure allant de la demande jusqu'au jugement » ; c'est aussi, dans une approche plus théorique, une situation juridique bien particulière qui naît entre les plaideurs et concerne le juge, situation que l'on a coutume d'appeler « lien d'instance » ou encore « lien juridique d'instance » », n° 474.

(5) G Cornu, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, 8^e éd. 2000 : le lien est « un rapport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique ».

(6) V. cependant J. Carbonnier, Flexible droit, 10^e éd. 2001, LGDJ, p. 324 et s. « l'obligation entre la force et la grâce » ; V. aussi P. Legendre, L'empire de la vérité, Fayard, 1983, p. 73 et s. Le terme de *vinculum juris* a par ailleurs donné lieu à un certain approfondissement mais a globalement servi à définir l'obligation au cours des siècles sans qu'il y ait de véritable discussion. V. J. Gaudemet, Naissance d'une notion juridique, les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique, *in* L'obligation, Arch.phil. dr. 2000, p. 19. A noter également que le terme de lien a été employé dans plusieurs thèses, on parle de lien contractuel (M.-E. Pancrazi-Tian, La protection judiciaire du lien contractuel) ou de rapport d'obligation (notre thèse : Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, LGDJ, 1999, préf. L. Cadiet) mais le lien de droit n'est pas défini dans ces travaux (M. Putman a d'ailleurs remarqué que notre thèse ne portait pas que sur les rapports d'obligation mais aussi sur les rapports de droit processuel, il faudrait donc débaptiser cette recherche pour la nommer : essai sur la substitution de personne dans un lien de droit, RTD civ. 1997.1039, *in* Revue des thèses). Le rapport de droit a enfin donné lieu à des recherches en Allemagne et en Italie (V. *infra* n° 26).

(7) En particulier les ouvrages cités aux notes 1 et 2. Apparaît seulement l'expression lien du sang dans l'index de l'ouvrage de G. Cornu sur le droit de la famille, préc. Le terme de lien de droit ou de rapport de droit n'est pas non plus dans l'index de l'ouvrage de M. Bergel, Théorie générale du droit, Dalloz, 3^e éd. 1999, ouvrage que nous utilisons par ailleurs abondamment dans le reste de cette étude.

(8) F. Ost, Entre droit et non-droit : l'intérêt, Bruxelles, 1990, qui écrit : « il reste que la dogmatique juridique n'aime pas reconnaître sa dépendance de principe à l'égard de cette normativité préjuridique qu'elle ne maîtrise pas », p. 15.

(9) R. Demogue, *in* Les notions fondamentales du droit privé, 1911, rééd. 2001, La mémoire du droit, p. 286 et s. et aussi dans notre ouvrage Droit des obligations, *op. cit.* p. 20.

(10) A noter que dans le Vocabulaire Juridique (préc.), il existe une entrée « lien » tout court mais le complément « de droit » est sous-entendu puisqu'il s'agit d'un dictionnaire juridique.

(11) Ph. Jestaz, La sanction ou l'inconnue du droit, D. 1986. Chron.197 et s.

(12) V. cependant note 61.

(13) B. Petit, L'évidence, RTD civ. 1986.485 et s. ; F. Terré, Introduction générale du droit, 5^e éd. 2000, n° 511, l'idée générale est que l'évidence ne génère pas « à elle seule une dispense de preuve ».

(14) H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, 4^e éd. 1999, Litec, n° 298.

(15) Philosophie du droit, rééd. 2001, n° 7.

(16) Sur les rapports entre sociologie et droit, V. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Quadriges, 1994, spéc. p. 14 et s. ; sur les rapports entre psychanalyse et droit V. notamment S. Freud, *Du malaise dans la culture* (1929), PUF, Quadriges, 1995, notamment p. 38 ; P. Legendre, V. récemment : *De la société comme texte*, Fayard, 2001, spéc. p. 203 et s. V. la position critique de D. de Béchillon, *Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ?*, RTD civ. 2002.47 et s.

(17) Définition du Vocabulaire juridique, préc.

(18) P. Lagarde, *La nationalité française*, 3^e éd. Dalloz, 1997, la nationalité est « un lien juridique entre un Etat et un individu », p. 7. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 7^e éd. 2001, Montchrestien, n° 838 : « la définition de la nationalité ainsi proposée met l'accent sur ce que l'on appelle la dimension verticale de la nationalité, c'est-à-dire le lien entre l'Etat et chaque national. Il ne faut cependant pas méconnaître la dimension horizontale, c'est-à-dire le lien qui unit entre eux les nationaux d'un même Etat, dont ils forment la population ».

(19) C'est d'ailleurs son origine étymologique *ligamen*, lien, ruban, cordon.

(20) R.-M. Rampelberg, *L'obligation romaine : perspective sur une évolution*, Arch. phil. dr. 2000, p. 54.

(21) J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 9 et 19 qui écrit que tous les auteurs « sont d'accord sur l'essentiel, l'obligation est un lien de droit. C'est sa première caractéristique, c'est également la plus ancienne » ; R. Zimmermann, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, 1996, « *the idea came to prevail that the debtor could be legally bound even if his body was not physically put into chains* » but « *the concept of an obligation (...) seems to have retained the connotation of some sort of invisible rope around the neck* », p. 5.

(22) R. Zimmermann, *ibid.*

(23) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* « lien de droit (*vinculum juris*) par lequel une ou plusieurs personnes (...) sont tenues d'une prestation », n° 2.

(24) J. Gaudemet, *op. cit.* p. 29 ; Rampelberg, *op. cit.* p. 67.

(25) J. Gaudemet, *ibid.* : « on retiendra qu'il ne paraît pas possible de proposer avec certitude un nom pour désigner l'auteur de cette expression fameuse. Il faut y voir une création doctrinale, peut-être critiquable, et en tout cas d'époque tardive (3^e ou 4^e siècle) ».

(26) *Op. cit.* p. 32 (nous soulignons).

(27) V. J. Gaudemet, *op. cit.* p. 30, l'auteur cite en premier lieu la glose de Turin des Institutes de Justinien qui se contente d'une évidence ce qui montre à nouveau la difficulté qu'il peut y avoir à approfondir le lien de droit : « *Iuris vinculum, id est ius quia ius vinculum est* », autrement dit « c'est du droit parce que c'est un lien de droit ». Mais il s'agit d'une glose très ancienne (Haut Moyen Age) qui reste très littérale (l'auteur remercie M. Le professeur F. Roumy pour ses observations sur cette glose).

(28) *Ibid.*

(29) *Op. cit.* p. 31.

(30) Préc.

(31) Un éthologue, M. Cyrulnik n'hésite pas à traiter conjointement de l'attachement chez les animaux et chez les humains, V. *Sous le signe du lien, une histoire naturelle de l'attachement*, Hachette, 1989 ; on peut noter par ailleurs que l'adage de Loysel peut être compris comme étant une opposition entre l'homme et l'animal : l'homme ne peut être lié comme un animal mais a besoin de paroles pour construire une relation. Si les liens entre les hommes pouvaient être comparés à l'accrochage entre des choses, il serait possible de tenter d'appliquer la théorie mathématique des noeuds aux liens de droit (pour une présentation V. A Sossinsky, *Noeuds, Genèse d'une théorie mathématique*, Seuil, 1999). C'était semble-t-il, le projet de J. Lacan à propos du lien intérieur à chaque homme qui est composé de trois « boucles », le réel, l'imaginaire et le symbolique (V. le séminaire RSI, 1974-1975, inédit). Il s'agit alors d'un

noeud borroméen en ce sens qui si une boucle est coupée tout le noeud est défait. Il est à noter que la délégation imparfaite est sans doute également un noeud borroméen puisque lorsqu'une obligation est exécutée toutes les parties sont libérées.

(32) M. Gaudemet (*op. cit.* p. 32) cite Savigny qui considérait que l'obligation, le lien de droit par excellence, consiste dans la domination sur une personne étrangère « comme la propriété permet de dominer une chose ».

(33) Cité par M. Villey, *op. cit.* n° 46.

(34) *Ibid.*

(35) On pourrait opposer que, puisqu'il s'agit d'une conviction, elle ne doit pas avoir plus de place dans la définition du lien de droit qu'une autre conviction, mais, s'il est vrai que les notions juridiques sont construites, elles ne sont pas construites de n'importe quelle manière et sont le résultat de choix éthiques, philosophiques, économiques, etc.

(36) M. A. Ouaknin, *Les dix commandements*, Seuil, 1999 : « dire aux parents d'offrir une place à leurs enfants dans la structure généalogique, une place différente de la leur : offrir à l'enfant sa différence, qui lui permettra d'échapper à la répétition mortifère de l'histoire parentale », p. 126.

(37) *Op. cit.* p. 304 ; V. du même auteur, *Revisiter les fondations du droit civil*, RTD civ. 1989.639, « le droit (...) se propose comme expérience d'un savoir sur la différenciation ».

(38) *Op. cit.* p. 294.

(39) Il ne faudrait pas traduire comme on le fait d'habitude le verset 24 du chapitre 2 de la Genèse par l'homme et la femme « deviennent une seule chair » (traduction œcuménique de la Bible, éd. du Cerf, 3^e éd. 1998) ou « ils sont une seule chair » (A. Chouraqui, Desclée de Brouwer, 1989) ce qui induit une fusion entre l'homme et la femme mais plutôt selon Gilles Bernheim : « il s'unit à sa femme en vue d'être une seule chair » (sous-entendu en vue de faire un enfant) in *Un rabbin dans la cité*, Calmann-Lévy, 1997, p. 180. G. Bernheim explicite sa traduction : « la relation de l'homme à la femme est donc de produire une chair, un enfant, qui explicite la rencontre des deux altérités, qui est l'unification concrète de la dynamique des oppositions ».

(40) Le monothéisme est un humanisme, Odile Jacob, 2000. V. les pages suivantes où l'auteur montre que l'alliance entre Dieu et les hommes « préfigure en quelque sorte l'amour humain », p. 129.

(41) *Op. cit.* p. 128. ; on ne peut pas s'empêcher en lisant cette formule de penser au plafond de la Chapelle Sixtine peint par Michel-Ange et à sa figure centrale appelée la création d'Adam qui représente Dieu et Adam se tendant la main, or les doigts ne se rejoignent pas, il y a un espace, un écart V. E. Gombrich, *Histoire de l'art*, Flammarion, n° 232 et planche 196. On peut aussi penser à Bruno Zévi qui dans son livre « Apprendre à voir l'architecture » considère que l'architecture est avant d'être des murs et donc du plein, l'espace qui se trouve entre ces murs (trad. fr. Ed. de Minuit, 1959, spéc. chap. 1).

(42) Comp. Aristote qui considérait qu'il n'y avait de droit qu'entre des individus suffisamment autres et que pour cette raison il n'y en avait pas à l'intérieur de la famille, cité par M. Villey, préc.

(43) Le terme de reconnaissance a un sens juridique préexistant à des liens de droit en matière de droit de la famille (reconnaissance de paternité qui préexiste au lien de filiation) et en droit international public où il est question de reconnaissance d'un Etat qui préexiste à des traités et donc à des liens inter-étatiques (le terme de reconnaissance de dette mériterait réflexion).

(44) Cette idée que le lien est de droit lorsqu'il implique l'intervention d'un tiers ayant un pouvoir de sanction, autrement dit l'idée qu'il y a peut-être du lien de droit lorsque le lien est triangulaire mériterait d'être approfondie. J. Carbonnier écrit en un sens voisin : « se rappeler que l'obligation tend souvent aujourd'hui à devenir un rapport de droit triangulaire : le

créancier, le débiteur et l'Etat (maître de la monnaie, des prix, des forces majeures) » (Les obligations, préc. p. 30). P. Legendre avance que l'Etat opère la séparation entre les deux particuliers qui s'unissent par un lien de droit un peu comme le père peut couper le cordon ombilical entre l'enfant et sa mère (L'empire de la vérité, Fayard, 1983, p. 92).

(45) Le livre brûlé, Seuil, 1994, p. 387, « par l'espace vide - retrait du divin - l'homme se retrouve totalement séparé du divin ; séparation qui n'est pas solitude de l'un ou de l'autre, mais rapport énigmatique dans une relation sans relation », l'auteur applique cette idée au rapport entre les hommes dans les lignes suivantes.

(46) Totalité et infini, p. 74, 1971 et Biblio essais, 2001 V. aussi J.-L. Marion, L'idole et la distance, 1977, Biblio essais, 1991 « di-stance : ne me devient un prochain que celui qui sort à jamais de moi, et de mes doubles », p. 248 ; V. aussi A. Abécassis, Droit et religion dans la société hébraïque, Arch. phil. dr. 1993, spéc. p. 27.

(47) V. pour un usage du terme d'altérité en droit des obligations L. Aynes, Sur l'obligation de loyauté, Arch. phil. dr. 2000. Pour une critique de la différence V. D. Sibony, Entre-deux, Seuil, 1991, l'auteur conteste notamment ce que l'on a appelé les droits à la différence et montre qu'entre deux personnes il n'y a pas que de la différence, mais plutôt un entre-deux, un espace, ce qu'il appelle une coupure-lien, p. 11.

(48) P. Legendre, Les enfants du texte, Fayard, 1992, « l'argent recrée l'espace de mise à distance », p. 299 ; E. Valdman, Les juifs et l'argent, Biblieurope, 1999, spéc. p. 45 : « cet argent n'est-il pas le signe d'une impossible fusion, qui se disant comme telle, dissipe à tout jamais les malentendus et les illusions ». L'auteur prend comme exemple le contrat de psychanalyse : s'il n'y avait pas de paiement d'une somme d'argent le patient ne pourrait prendre ses distances à l'égard de son thérapeute.

(49) V. sur la loyauté dans le contrat, L. Aynes, *ibid.*

(50) On peut noter que la confiance fait partie selon certains auteurs du contrat en droit anglais on parle alors de *reliance*. V. H. Muir-Watt, *Reliance et définition du contrat*, Mélanges Jeantin, 1999, p. 57-69, mais la place du concept de *reliance* est discutée en droit anglais : V. P. Mitchell et J. Phillips, *The contractual nexus : is reliance essential ?*, Oxford Journal of legal studies, vol. 22, n° 1, 2002, p. 115 pour ces auteurs « *reliance is not an essential ingredient in contractual formation* ». Il est à noter que l'origine étymologique de *reliance* est la même que celle de l'obligation, il s'agit du lien *ligare* (Concise dictionary of english etymology, Oxford University Press, 1996).

(51) A. Abécassis, La pensée juive, t. 3, Biblio essais, 1996, p. 214 « exister séparé, loin d'être une faute, est la condition même de l'existence. Il faut veiller cependant à empêcher que la séparation ne devienne division, opposition ou guerre. Il faut aussi veiller à ne pas lui substituer la confusion ».

(52) V. une oeuvre de Gérard Garouste, un peintre contemporain, intitulée « L'Alliance » qui représente notamment une rivière et un pont. C'est aussi le sens du court article de G. Simmel, Pont et portée, in La tragédie de la culture (1909), Rivage Poche, p. 1615.

(53) Après quoi l'enfant alterne les phases d'accrochage et de distance avec sa mère si celle-ci allaite ; à propos du lien maternel citons cette belle phrase de J. Kristeva (in le génie féminin, t. 1, Hannah Arendt, Fayard, 1999, p. 83) : « cette épreuve (l'accouchement) attache la mère à son enfant par un lien exceptionnel qui n'a pas d'équivalent dans l'existence humaine : car il s'agit non pas d'un désir pour un objet (ou un sujet), mais d'un amour pour l'autre. L'amour maternel est peut-être l'aurore du lien à l'autre, que l'amoureux et le mystique découvrent plus tard ».

- (54) Transcrit Kârat par exemple « ce jour-là adonâï tranche avec Abrâm un pacte » Gn 15, 18 trad. A. Chouraqui, Desclée de Brouwer, 1989 cela n'empêche pas le contrat (à vrai dire les termes de pacte ou d'alliance sont employés plutôt que celui de contrat) d'être un lien V. ainsi « je vous introduirai dans le lien de l'alliance » Ez 20, 37, TOB traduction oecuménique de la Bible, 8^e éd. 1998, éd. du Cerf.
- (55) A ce vocabulaire fait écho la formule de P. Legendre : « le lien est ce qui doit être tranché », L'empire de la vérité, p. 89.
- (56) P. Legendre, L'inestimable objet de la transmission, Fayard, 1985, p. 28.
- (57) J. Puget relation d'objet-lien : du même ou du différent, p. 45, *in* Journal de psychanalyse des enfants, n° 23, Les liens, Bayard, 1998 ; autre phrase forte : « quand le patient est un couple, une famille ou un groupe, il sera important d'analyser autant le vide qui sépare, c'est-à-dire la séparativité inévitable, que la dépendance d'une partie inconnaissable de chacun. Il s'agira de tenir compte de ce qui peut faire perdre l'espace de rencontre et non pas de ce qui le recouvre », p. 44.
- (58) E. Lévinas en particulier : V. Totalité et infini, préc. et Autrement qu'être ou au-delà de l'essence (1974), Biblio essais, et Entre nous : Essai sur le penser-à-l'autre (1991), Biblio essai.
- (59) R. Girard, récemment : Celui par qui le scandale arrive, Desclée de Brouwer, 2001 ; G. Tarde, Les lois de l'imitation, 1890, rééd. 2001, Les empêcheurs de penser en rond.
- (60) M. Aglietta et A. Orléan, La monnaie entre violence et confiance, Odile Jacob, 2002.
- (61) Manuscrits de 1844, Ed sociales, p. 121 cité par Dragon, Giordano Bruno et la théorie des liens, Les études philosophiques, n° 4, 1994, p. 467
- (62) En ce sens à propos de la propriété M. Fabre-Magnan, Propriété, patrimoine et lien social, RTD civ. 1997.585. Mais la notion de lien social, très employée, est peu définie et conserve, elle aussi, un caractère énigmatique, pour une définition V. Dictionnaire de sociologie, Le Robert, Seuil, 1999 : « les liens sociaux sont des formes de relations qui lient l'individu à des groupes sociaux et à la société, qui lui permettent de se socialiser, de s'intégrer à la société et d'en tirer les éléments de son identité ». On peut se demander, mais ce serait le sujet d'une autre étude, si les véritables liens sociaux ne sont pas des liens de droit dans la mesure où la précarité des relations humaines ne peut être dépassée que par les liens symboliques durables que constituent précisément les liens de droit.
- (63) Droits subjectifs et situation juridique, Dalloz, 1963, p. 138.
- (64) *Op. cit.* p. 10.
- (65) *Ibid.*
- (66) V. J. Ghestin, Traité de droit civil, Introduction générale, par J. Ghestin et G. Goubeaux avec la collaboration de M. Fabre-Magnan, 4^e éd. 1994, LGDJ, n° 194.
- (67) Notamment *in* Traité de droit constitutionnel, 2^e éd. 1927 et *in* Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 1920, rééd. 1999, Ed. La mémoire du droit.
- (68) Les transformations générales..., préc. p. 57 et 103.
- (69) *Op. cit.* p. 106.
- (70) Pour une courte présentation de cette question V. notre ouvrage, Droit des obligations, préc. p. 17 et s.
- (71) J. Carbonnier, Flexible droit, préc. p. 193 et s.
- (72) J.-L. Bergel, *op. cit.* n° 164 ; V. récemment G. Farjat qui considère que certains centres d'intérêt sont des illustrations de la théorie de l'institution développée par Hauriou, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt, RTD civ. 2002.242.
- (73) J.-L. Bergel, *op. cit.* n° 164.
- (74) L'ordre juridique (1946), Dalloz, 1975, p. 25.
- (75) *Op. cit.* p. 49.
- (76) *Op. cit.* p. 51.

- (77) *Ibid.*
- (78) J.-L. Bergel, *op. cit.* p. 189.
- (79) Marty et Raynaud, préc. V. note 1.
- (80) J.-L. Bergel, *op. cit.* n° 179.
- (81) *V. supra.*
- (82) J.-L. Bergel, *op. cit.* p. 180 et 184.
- (83) *Ibid.*
- (84) D. Fenouillet, *in* La contractualisation du droit de la famille, préc. p. av.
- (85) *Op. cit.* p. 190.
- (86) Théorie pure du droit, rééd. Bruylant, LGDJ, 1999, p. 13.
- (87) V. aussi Théorie générale des normes (1979), Léviathan, PUF, 1996, la fonction des normes peut être le commandement, la permission, l'habilitation et l'abrogation (p. 125).
- (88) Théorie pure du droit, préc. p. 167.
- (89) *Ibid.*
- (90) *Ibid.*
- (91) Notamment G. Timsit, Les noms de la loi, 1991, PUF, Les voies du droit, spéc. p. 27 et s.
- (92) *Op. cit.* p. 137 ceci dit la propriété n'est sans doute pas un lien de droit V. *infra* n° 26.
- (93) L'empire de la vérité, préc. p. 85.
- (94) Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999.771 et s.
- (95) *Op. cit.* p. 774.
- (96) *Op. cit.* p. 776.
- (97) Quelques exemples pour le terme de norme contractuelle, *op. cit.* n° 5, n° 17, n° 57 ; quelques exemples pour le terme de normes du contrat au pluriel, n° 8, n° 9, n° 11 ; autant il est convainquant d'affirmer qu'un contrat fait naître des normes (Kelsen emploie essentiellement le pluriel, *op. cit.* p. 256 et s.), autant considérer le contrat comme une norme au singulier nous paraît discutable, cela conduit pourtant l'auteur à envisager la cession de contrat comme la modification du « contenu de la norme contractuelle » (*op. cit.* n° 57), sur la cession de contrat V. *infra* n° 35.
- (98) Le langage constitue d'ailleurs une séparation entre le symbole, le signifiant et le réel, le signifié, il est donc lui-même séparation. On peut ainsi comprendre la formule de P. Legendre « quel que soit l'angle, subjectif ou social, sous lequel on l'envisage, la relation langagière suppose-t-elle un hiatus, un écart », *in* De la société comme texte, préc. p. 20.
- (99) Traité de droit romain, t. 1, trad. fr. 1855, p. 323 ; sur cet auteur V. E. Putman, Réflexions sur une vision historique du droit le « traité de droit romain actuel » de Savigny, *in* Le droit dans le souvenir, *liber amicorum* B. Savelli, PUAM, 1998, p. 83.
- (100) *Ibid.*, soit dit en passant on retrouve ainsi sous une autre forme la relation entre le lien unissant deux personnes et la norme.
- (101) *Ibid.*
- (102) C. do Couto E Silva, Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et la procédure civile (l'actualité de la pensée d'Otto Karlova et d'Oskar Bulow), *in* Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1985.
- (103) V. par ex. J. Ghestin, Traité de droit civil, Introduction générale, par J. Ghestin et G. Goubeaux avec la collaboration de M. Fabre-Magnan, 4^e éd. 1994, LGDJ, n° 199.
- (104) *In* Sociologie et anthropologie, PUF, 1968 ; Essai sur le don (1923-1924), p. 160.
- (105) A. Ernout et A. Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine, Klincksieck, 4^e éd. 2001.
- (106) Le terme de rapport de droit ne paraît pas répandu en *common law* et les différents sens du terme de rapport doit être traduit par autant de terme (*ratio, connection, relationship*, etc.).

- (107) C. Couto E Silva, préc. p. 251 et Allara, La teoria delle vicende del rapporto giuridico (Turin, 1951), rééd. 1999, G. Giappichelli, Turin, avec une préface de Natalino Irti, n° 3.
- (108) J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, Armand Colin, 1999 ; V. aussi notre thèse, *op. cit.* n° 5, il est également répandu en droit allemand, F. Ferrand, Droit privé allemand, Dalloz, 1997, p. 299 et s.
- (109) L. Aynes, La cession de contrat et les opérations à trois personnes, *Economica*, 1984, n° 3.
- (110) Dernièrement : la notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, *in* La relativité du contrat, Travaux de l'Association H. Capitant, LGDJ, 2000, p. 223 mais l'auteur considère ailleurs (J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *in* Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3^e éd. LGDJ, 2001, n° 1046) que le contrat est un lien et un bien : « il serait irréaliste de soutenir que le contrat ne constitue qu'un lien entre plusieurs personnes, alors qu'il représente aussi une valeur patrimoniale en soi ».
- (111) Par ex. : M.-E. Pancrazi-Tian, préc. ; A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992.
- (112) J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, A. Colin, 1999, n° 400 et 401 ; V. notre étude La cession de contrat, *Rép. civ. Dalloz*, 2001, n° 18.
- (113) Vocabulaire Cornu, préc.
- (114) Sur le lien d'amitié V. notamment M. Villey, *op. cit.* n° 45.
- (115) V. *supra* n° 22.
- (116) Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999.771 et s.
- (117) *Op. cit.* p. 785.
- (118) J. Gatsi, Le contrat-cadre, *LGDJ*, 1996, p. 17 et s.
- (119) *Op. cit.* n° 204 et s.
- (120) V. sur ce point P. Ancel, *op. cit.* n° 23 et 24.
- (121) J. Ghestin, La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent, *Cah. dr. entr.* 1997-3/4, p. 9.
- (122) En ce sens, F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes, *RTD com.* 1996.179 et s. spéc. n° 24.
- (123) *Ibid.*
- (124) *Op. cit.* n° 159.
- (125) V. note n° 61.
- (126) Droit de la distribution, 2^e éd. Litec, 2000, n° 452.
- (127) *Op. cit.* n° 48 et aussi : « le contrat-cadre assigne un périmètre bien délimité des relations », *op. cit.* n° 19.
- (128) *Op. cit.* p. 809, à nouveau il ne s'agit peut-être que d'une différence de vocabulaire ; mais il nous semble que M. Ancel doit employer le terme de norme contractuelle au singulier pour établir qu'une modification de cette norme est possible, alors que par ailleurs il admet que le contrat comporte plusieurs normes, or dire que la cession de contrat réalise la modification de plusieurs normes conduit, nous semble-t-il, à une véritable pulvérisation de la cession de contrat.
- (129) Position de MM J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *in* Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3^e éd. LGDJ, 2001, n° 1053.
- (130) *Civ.* 3^e, 12 déc. 2001, D. 2002.J.984, M. Billiau et C. Jamin.
- (131) En ce sens C. Larroumet, La descente aux enfers de la cession de contrat, *D.* 23 mai 2002. Point de vue. 1555.
- (132) M. Billiau et C. Jamin, article préc. ; D. Martin, Du changement de contractant, *D.* 2001.Chron.3144.

- [\(133\)](#) V. L. Aynes, th. préc, C. Larroumet, article préc. et C. Lachièze, L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat, D. 2000.Chron.184.
- [\(134\)](#) V. notre article : Proposition de distinction entre la substitution de personne et la cession de contrat, D. 1998.Chron.356.
- [\(135\)](#) V. Civ. 3^e, 13 juill. 1999, D. 2000.J.195, et notre commentaire ; un auteur emploie l'expression de cession de position contractuelle pour qualifier la substitution de bénéficiaire d'une promesse unilatérale : I. Najjar, Clause de substitution et « position contractuelle », D. 2000.Chron.635.
- [\(136\)](#) V notre thèse, préc. p. 28 et s.
- [\(137\)](#) Droit civil, La famille, 20^e éd. PUF, p. 361, 1999.
- [\(138\)](#) En ce sens P. Ancel, *op. cit.* p. 776.
- [\(139\)](#) Mais il est contestable que le juge soit lié à l'instance, V. en ce sens G. Cornu et J. Foyer, Procédure civile, PUF, 1996, p. 433 qui prennent argument du fait que le lien d'instance peut se dénouer sans l'intervention du juge par désistement notamment.
- [\(140\)](#) V. *supra* note 3.
- [\(141\)](#) Droit judiciaire privé, Montchrestien, 1991, n° 97. Il est intéressant de constater que l'adjectif « unanime » a disparu de la 2^e édition établie par T. Le Bars, 2002, n° 121.
- [\(142\)](#) La légitimation par la procédure, trad fr. Cerf, 2001, spéc. p. 59.
- [\(143\)](#) D. Salas, Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme, PUF, Les voies du droit, 1994, l'auteur écrit notamment : « figure d'autorité, le juge n'est rien d'autre qu'une autorité de réassignation des places quand la violence abolit les différences quand la confusion l'emporte sur la parole », p. 151.
- [\(144\)](#) *Ibid.*
- [\(145\)](#) G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.* p. 434.
- [\(146\)](#) Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, 3^e éd. Sirey, 1926, t. 2, p. 373, n° 453.
- [\(147\)](#) *Op. cit.* n° 1026.
- [\(148\)](#) M.-P. Vinh-Dalmaï, La notion d'instance, th. Paris II, 2000, n° 998.
- [\(149\)](#) B. Oppetit, Philosophie du droit, Dalloz, 1999, n° 47.
- [\(150\)](#) Le jugement est une juste distance, V. P. Ricoeur, Le juste, 1995, p. 192 : « C'est cette juste distance entre les partenaires affrontés, trop près dans le conflit et trop éloignés l'un de l'autre dans l'ignorance, la haine ou le mépris, qui résume assez bien, je crois, les deux aspects de l'acte de juger ».