



**HAL**  
open science

# **La reception doctrinale du solidarisme contractuel : illustration du tropisme ideologique de la doctrine civiliste française**

Jean Pascal Chazal

## ► **To cite this version:**

Jean Pascal Chazal. La reception doctrinale du solidarisme contractuel : illustration du tropisme ideologique de la doctrine civiliste française. *Rechtskultur - Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte/European Journal of Legal History/Journal européen d'histoire du droit*, 2023, 12, pp.111-160. <hal-04618774>

**HAL Id: hal-04618774**

**<https://sciencespo.hal.science/hal-04618774v1>**

Submitted on 20 Jun 2024

**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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

# La réception doctrinale du solidarisme contractuel : illustration du tropisme idéologique de la doctrine civiliste française

*Jean-Pascal Chazal*

Ecole de Droit, Sciences Po, Paris, France

## ***The Doctrinal Reception of Contractual Solidarity: Illustration of the Ideological Tropism of French Civilist Doctrine***

*This study examines the reception of contractual solidarism in French legal doctrine. It highlights two historical periods: the late 19th to early 20th century and the late 20th century revival. The analysis reveals a predominant ideological bias in French legal discourse, characterized by a reluctance to engage with alternative theories and a tendency to uphold existing principles. This study sheds light on the ideological underpinnings of French legal discourse and its impact on the reception of innovative legal theories.*

Le solidarisme est une théorie sociologique, économique, philosophique et politique qui est née à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle (même si l'on peut en faire remonter plus loin les racines et les influences). Les principaux auteurs habituellement rattachés à ce mouvement sont, outre le sociologue Emile Durkeim<sup>1</sup>, l'économiste Charles Gide qui donne une conférence à Genève en 1889 où il utilise le terme solidarité pour désigner une nouvelle école de pensée<sup>2</sup>, le politicien Léon Bourgeois qui théorise la doctrine du parti radical dans une série d'articles parus en 1896 dans *La Nouvelle Revue*<sup>3</sup> et le philosophe Célestin Bouglé qui publie, en 1904, *Solidarisme et libéralisme* et, en 1907, *Le solidarisme*.

En simplifiant, le solidarisme est un mouvement de pensée qui entend rompre avec la philosophie individualiste en concevant les individus, non plus comme des êtres isolés et titulaires de droits naturels, mais comme des associés tenus par des liens de solidarité, lesquels les rendent débiteur d'obligations à l'égard de la société et de ses autres membres. En se faisant, il s'agit de concrétiser par le droit l'idéal républicain et de proposer une réponse démocratique à la question sociale en tentant de réduire les inégalités sans instaurer de régime socialiste<sup>4</sup>. L'impôt progressif sur le revenu, les systèmes d'assurance sociale, les lois protégeant les salariés, etc., nombreuses sont les mesures que l'on peut rattacher, sous la III<sup>ème</sup> République, à la politique solidariste.

<sup>1</sup> De la division du travail social, 1<sup>ère</sup> éd. 1893, réimp. PUF Quadrige 1991.

<sup>2</sup> L'École nouvelle, in *Quatre Ecoles d'économie sociale* (1890), *L'idée de solidarité en tant que programme économique* (1893), voir aussi C. Gide et C. Rist, *Histoire des doctrines économiques* (1909) le chapitre intitulé *Les solidaristes* (6<sup>ème</sup> éd. 1944, réimp. Dalloz 2000, p.613 et s.).

<sup>3</sup> Ces articles sont rassemblés l'année suivante sous la forme d'un livre intitulé *Solidarité* (1897) ; voir aussi L. Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarité* (1902).

<sup>4</sup> Jacques Donzelot, *L'invention du social*, Seuil 1994.

Cette philosophie solidariste a aussi influencé certains civilistes français, même s'il faut être très prudent et préciser qu'influence ne signifie nullement adhésion complète et sans réserve aux thèses et au programme politique du Parti radical. On en repère facilement la trace dans le mouvement (on ne peut cependant pas parler d'école faute de corpus doctrinal homogène et consensuel) dit de socialisation du droit<sup>5</sup> qui touche de nombreux domaines du droit civil, mais plus particulièrement la responsabilité civile et le contrat, où l'idée de justice contractuelle va venir combattre les excès que la liberté contractuelle cause en pratique. En une phrase, disons que, dans la conception solidariste du contrat, la volonté ne saurait être ni le fondement de la force obligatoire ni la seule mesure des obligations des contractants.

On peut distinguer deux moments historiques où l'influence de la pensée solidariste, en matière contractuelle, s'est faite sentir parmi les civilistes français, à presque un siècle d'écart. Je précise que seuls quelques auteurs se sont proposés de repenser le contrat au travers du prisme solidariste, et que ce mouvement est toujours demeuré très minoritaire en doctrine, quand il n'est pas tombé dans l'oubli.

Le premier moment se situe entre la dernière décennie du XIX<sup>ème</sup> siècle et les années 1920, avec comme auteurs majeurs : Raymond Saleilles<sup>6</sup>, Léon Duguit<sup>7</sup> et René Demogue<sup>8</sup>. En gardant à l'esprit qu'il y avait de grandes divergences entre eux et qu'ils auraient probablement refusé l'étiquette solidariste comme trop réductrice de leur pensée, on peut dire que ces auteurs partageaient la conviction, d'une part, que le contrat n'était pas seulement la chose des parties contractantes mais aussi, et peut-être surtout, un lien social et, d'autre part, que la volonté individuelle n'était pas toute puissante<sup>9</sup>, mais que la société avait aussi son mot à dire pour faire prévaloir le bien commun sur les intérêts individuels, surtout lorsque les contractants étaient en position asymétrique. Des outils juridiques ont été imaginés pour y parvenir : on pense à la théorie du contrat d'adhésion, au développement de la bonne foi de l'obligation de coopération et à la généralisation de la sanction de la révision pour cause d'imprévision et des contrats lésionnaires. La conception du contrat en est radicalement bouleversée, « *les contractants form[ant] une sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun* », selon la célèbre formule de Demogue<sup>10</sup>. Il s'agissait donc, par divers moyens, de réprimer les effets néfastes de l'égoïsme contractuel, qui conduit chaque partie à maximiser son profit aux dépens de l'autre, en promouvant un devoir de coopération de nature à faire prévaloir un intérêt commun.

<sup>5</sup> Ex. J. Charmont, La socialisation du droit, Revue de métaphysique et de morale, 1903, T.11 n°3, p.380.

<sup>1</sup> Etude sur la théorie générale de l'obligation, 1889, 3<sup>ème</sup> éd. 1914, réimp. La mémoire du droit 2001 ; La déclaration de volonté, 1901.

<sup>7</sup> Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 1912, 2<sup>nde</sup> éd. 1920, réimp. La mémoire du droit 1999.

<sup>8</sup> Traité des obligations en général, dont les tomes paraissent entre 1923 à 1931.

<sup>9</sup> Demogue critiquait le « fétichisme de la volonté individuelle », in « Les modifications des actes juridiques par volonté unilatérale », RTD.civ. 1907, p. 245.

<sup>10</sup> R. Demogue, op. cit. T. 6, chap. 1.

Le second moment intervient à la toute fin du XX<sup>ème</sup> siècle où des auteurs redécouvrent cette période de l'histoire, qui avait été entretemps largement oubliée, et tentent de montrer la grande actualité du solidarisme contractuel, au moment où le volontarisme et le libéralisme semblaient régner définitivement sur la doctrine française. De fait, dans les années 1990, apparaissent des solutions jurisprudentielles incompatibles avec le paradigme doctrinal dominant : développement de l'obligation de bonne foi, sanction de l'abus d'un pouvoir unilatéral, utilisation de la théorie de la cause pour éradiquer certaines clauses contractuelles déséquilibrées, etc. Deux auteurs ont marqué ce second mouvement, même si d'autres noms sont parfois cités : Denis Mazeaud<sup>11</sup> et Christophe Jamin<sup>12</sup>. Leur position, à la fois descriptive des évolutions jurisprudentielles de la fin du XX<sup>è</sup> siècle et prescriptive (en ce qu'elle propose un changement de paradigme), consiste à voir dans la régénérescence du solidarisme un moyen de civiliser ou moraliser les contrats par le développement des obligations de loyauté, de coopération, d'information, de conseil, etc.

Le but de cette étude est d'analyser comment ces deux moments du solidarisme contractuel ont été accueillis par la doctrine afin de s'interroger, d'un point de vue épistémologique, sur la manière dont se construit le savoir doctrinal des civilistes français et de déterminer si cette construction participe d'une démarche scientifique ou de quelque chose d'autre qu'il faudra nommer. Mais avant cela, il convient de s'entendre sur une définition de ce que l'on entend par doctrine.

Comme beaucoup de notions, celle de doctrine est couramment utilisée sans que l'on sache vraiment ce qu'elle signifie. En simplifiant, on peut y voir ou bien une addition d'individualités (chaque auteur a une pensée propre et la professe en toute liberté<sup>13</sup>), ou bien une entité, c'est-à-dire une collectivité d'auteurs unis par une dogmatique commune et des pratiques relativement homogènes<sup>14</sup>. Sans prétendre trancher le débat, il me semble qu'une des deux conceptions est plus opératoire que l'autre pour ce qui m'intéresse ici. En effet, dans son sens individualiste, la doctrine est une notion qui ne présente guère d'intérêt pour la question que je me propose de traiter : on en est ainsi réduit à constater que des auteurs ont promu le solidarisme contractuel, mais que cela n'engage en rien la doctrine, celle-ci étant constituée d'opinions individuelles diverses et variées. En revanche, penser la doctrine comme entité, permet de construire une problématique autrement plus intéressante. Bien sûr, il ne s'agit pas de nier la singularité de la pensée de chaque auteur. Cependant, cette singularité s'inscrit nécessairement dans un champ, au sens sociologique du terme<sup>15</sup>, qui produit souvent une doxa, c'est-à-dire une pensée dominante. Une pensée n'est minoritaire ou hétérodoxe que par rapport à une

<sup>11</sup> Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?, in *Mélanges F. Terré* 1999, p.603.

<sup>12</sup> Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Le contrat au début du XXI<sup>è</sup> siècle Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ 2001, p.441.

<sup>13</sup> L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, *Antithèse de l'entité* (à propos d'une opinion sur la doctrine), D. 1997, Chron. p.229.

<sup>14</sup> P. Jestaz et C. Jamin, *L'entité doctrinale française*, D. 1997, Chron. p.167 ; *La doctrine*, Dalloz 2004.

<sup>15</sup> P. Jestaz, *Genèse et structure du champ doctrinal*, D. 2005, p.19.

pensée majoritaire ou orthodoxe. Ainsi, les auteurs qui contestent la thèse de l'entité doctrinale enseignent pourtant que les idées de Duguit ou Demogue sont demeurées marginales et minoritaires par rapport à l'enseignement classique suivant lequel le contrat est le produit de la seule volonté libre des parties ; tout en se félicitant de cette marginalisation puisqu'à leurs yeux le solidarisme contractuel est facteur d'insécurité juridique et mû par un idéalisme naïf (j'y reviendrai).

Où se fabrique cette doxa ? De quoi est-elle faite ? Comment les opinions divergentes sont-elles positionnées, voire marginalisées, par rapport à elle ? Qu'est-ce qui fait que, les manuels et les traités dans lesquels on prétend rendre compte du droit positif tout en le systématisant. Ce genre littéraire, que l'on peut qualifier de pédagogique ou didactique, a une importance étonnante dans la doctrine française : nombreux sont ceux qui voient dans la rédaction d'un manuel le grand œuvre couronnant une carrière, ce qui ne manquerait pas de surprendre un juriste anglais ou américain. Ce prestige s'explique par la croyance qu'il est possible et opportun de couler le droit dans un système rationnel fondé sur des principes<sup>16</sup>. Fabriquant la cohérence du droit, ou du moins la surestimant grandement, les ouvrages pédagogiques ont une tendance lourde à imposer une doxa et à marginaliser, voir ignorer, les opinions contraires. Comme l'écrit pertinemment Christophe Jamin, les manuels et traités « *sont des machines à fermer les boîtes noires, à désactiver les controverses, voir à présenter ces boîtes comme telles sans jamais les ouvrir* »<sup>17</sup>.

Partant, la définition que je retiendrai ici de la doctrine est cette doxa fabriquée dans les livres didactiques que sont les manuels et les traités, ouvrages censés enseigner le droit tel qu'il est, mais qui, en réalité, contribuent à l'informer (au sens de lui donner forme), le construire. La question est alors de savoir comment les deux moments du solidarisme contractuel ont-ils été accueillis par cette littérature doctrinale ? En essayant de répondre à cette question, nous allons découvrir beaucoup de choses instructives sur la doctrine française et sa manière ascientifique de fonctionner, c'est ce que j'appellerai son tropisme idéologique.

J'écarte la question de savoir si le droit est une science ou un art, laquelle ne me paraît pas pertinente ainsi formulée. Postulons, pour aller vite, que les juristes pensent être les producteurs d'un savoir organisé, rationnel et objectivable, dont l'objet est de décrire le réel (ici le droit positif), activité qui peut être qualifiée de science au sens faible du terme (la vieille *scientia* romaine), à l'instar des autres sciences sociales (histoire, sociologie, économie, etc.). Reste à définir le critère qui permet de distinguer ce qui est scientifique de ce qui ne l'est pas. Tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, l'épistémologie, y compris dans ses courants rationalistes, a progressivement abandonné les critères positivistes de vérité des assertions et de certitude des connaissances pour caractériser le savoir scientifique. On sait, grâce à Karl Popper, que dire « *toutes les tables sont des tables* », revient à néononcer qu'une évidence et non à faire œuvre de science<sup>18</sup>. Les faits purs n'existant pas

<sup>16</sup> C. Jamin, Le droit des manuels de droit, ou l'art de traiter la moitié du sujet, in Histoire des manuels de droit, dir. A.-S. Chambost, LGDJ, 2014, p.9.

<sup>17</sup> Art. préc. p.20.

<sup>18</sup> K. Popper, La connaissance objective, trad. Franç. Flammarion 1991, p.112.

(car personne n'a un accès direct et immédiat à la réalité), les théories précèdent toujours l'expérience. Ce qui caractérise la démarche scientifique, c'est donc de partir de la construction de problèmes à résoudre et, pour ce faire, d'élaborer des théories explicatives et prédictives<sup>19</sup>. La science se caractérise ainsi par une démarche, mais aussi par un rapport malgré des périodes de crise scientifique, un changement de paradigme dans la doctrine française est presque impossible<sup>20</sup> ? Il faut évoquer ici le rôle très particulier joué par au savoir : une fois construites, les théories doivent se confronter au réel et entre elles (même si on ne croit pas à l'existence de l'expérience cruciale et qu'il est possible que les théories soient incommensurables, elles n'en sont pas moins concurrentes). Elles ne sont, pour reprendre l'expression de Popper que « *des filets destinés à capturer ce que nous appelons « le monde » ; à le rendre rationnel, l'expliquer et le maîtriser* »<sup>21</sup>. Le savoir scientifique n'est cependant pas épuré des croyances ; il en comporte même beaucoup. En ce sens, un astrophysicien croit à la théorie du Big bang, de l'expansion de l'univers ou de la matière noire. Mais cette croyance n'a rien à voir, par exemple avec la croyance en dieu, car elle est imprégnée par le doute et l'idée que toute théorie scientifique n'est qu'un ensemble de conjectures provisoires et ne produit aucune vérité dogmatique. Pour être érigé au rang de science, un savoir doit être soumis à la condition de réflexivité qui garantit, les deux critères de la scientificité : d'une part, la cohérence interne dudit savoir et, d'autre part sa pertinence par rapport à l'expérience du réel<sup>22</sup>. Le savoir scientifique est donc caractérisé par une démarche critique qui conduit les scientifiques à accepter par avance que la théorie à laquelle ils croient et qu'ils défendent puisse se révéler mauvaise ou dépassée et qu'après un débat argumenté, contradictoire et loyal, ils puissent se rallier à la théorie qu'ils ont, un moment, combattue. Bref, la science se fabrique dans la controverse, l'argumentation et la rectification permanente des erreurs.

L'idéologie, dans un sens marxien<sup>23</sup>, s'oppose à la science, en ce qu'elle entretient un rapport biaisé au réel. Alors que la science fabrique des théories pour tenter de comprendre

<sup>19</sup> Comme l'écrivait Gaston Bachelard, « Avant tout, il faut savoir poser des problèmes. Et quoi qu'on dise, dans la vie scientifique, les problèmes ne se posent pas d'eux-mêmes. C'est précisément ce sens du problème qui donne la marque du véritable esprit scientifique. Pour un esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir de connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit », in *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin 1938, p.14.

<sup>20</sup> L'impossibilité n'est pas totale car, s'il est vrai que, pour le contrat et la propriété, la doctrine française est restée pétrifiée dans les conceptions élaborées au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle ou au début du XX<sup>e</sup>, en revanche une véritable révolution s'est opérée s'agissant de la responsabilité civile qui s'est peu à peu, et non sans mal, détachée de la faute comme fondement de l'obligation de réparer les conséquences du dommage causé.

<sup>21</sup> *La logique de la découverte scientifique*, (paru en allemand en 1935), trad. Franç. Payot, 4<sup>e</sup> éd. 1989, p.57.

<sup>22</sup> R. Boyer, *Une discipline sans réflexivité peut-elle être une science ?*, Epistémologie de l'économie, Ed. de la Sorbonne, 2021.

<sup>23</sup> L'idéologie allemande, texte publié de manière posthume et qui a été écrit en collaboration avec F. Engels entre 1845 et 1846 (in *Œuvres*, III, Philosophie, Gallimard La pléiade, p.1049 et s.). Je n'ignore pas que le terme idéologie reçoit de nombreuses définitions suivant les auteurs, de la science qui a pour objet l'étude des idées (Destutt de Tracy) jusqu'au système global d'interprétation du monde (Raymond Aron), et bien d'autres définitions encore. Je ne soutiens pas qu'une définition serait meilleure que les autres ; je choi-

re le monde, l'idéologie croit rendre compte du monde tel qu'il est, en ne s'apercevant pas qu'elle ne le voit qu'au travers d'idées et de représentations abstraites préconçues. Celui-ci serait alors observé à l'envers, comme l'image d'une camera obscura (selon la formule de Marx), à l'insu de l'observateur qui prend celle-ci pour la réalité. Tout en écartant le scientisme très daté de Karl Marx, on peut garder l'idée fructueuse que l'idéologie produit dans l'esprit humain une « fausse conscience » de la réalité, « une conscience renversée du monde »<sup>24</sup>. Ici Marx s'attaque à une philosophie du droit (celle de Hegel) spéculative et remplie d'abstractions, constituant un monde d'illusions coupé du monde réel (c'est-à-dire des pratiques et des relations humaines) et contribuant à occulter celui-ci. Toutefois, dire que l'idéologie est une conscience renversée du monde paraît encore trop simple, car ce serait céder à une forme de réalisme naïf consistant à croire que le réel est immédiatement connaissable. Karl Mannheim parle, quant-à-lui, de « connaissances dénaturées » (*distorted knowledge*) des expériences concrètes<sup>25</sup> et considère que l'apport de Marx est d'avoir montré que l'idéologie n'est pas un phénomène psychologique et individuel, mais une structure historique et totale<sup>26</sup> ; elle peut donc être l'objet d'une critique scientifique. Ce rapport inadéquat à la réalité qu'est l'idéologie, Mannheim le nomme par l'expression de « non-congruence » entre la réalité et les représentations intellectuelles de celle-ci. Il ne faudrait pas croire que cette inadéquation est consciente, ni même voulue ; elle se produit à l'insu des individus qui développent malgré eux des systèmes de pensée qui ne s'assument pas en tant que théories et se pensent comme des vérités irréfutables tirant un voile à la fois invisible et occultant entre le réel et ses représentations, de sorte que l'esprit imbibé d'idéologie (nous le sommes tous à des degrés divers) confond celles-ci avec celui-là. Ricoeur, lecteur d'Althusser, propose une belle définition : « l'idéologie n'est pas quelque chose qui est pensée, mais plutôt quelque chose au sein de laquelle nous pensons »<sup>27</sup> ; et de donner comme exemple de « distorsion idéologique » le contrat de travail dans lequel la situation de domination du salarié est masquée par la forme juridique de l'échange entre un travail en contrepartie d'un salaire<sup>28</sup>.

Dans cette construction d'une définition instrumentale et opératoire de l'idéologie, il faut revenir à la comparaison avec la théorie scientifique. Au fond, l'idéologie est une théorie qui souffre d'une pathologie consistant à se prendre pour la réalité, d'où la distorsion de celle-ci dont on ne prend pas conscience. N'importe quelle théorie est susceptible de dégénérer en idéologie ; elle change alors de manière d'être quant à son rapport

---

sis, tout en la modifiant considérablement, celle qui me paraît la plus opératoire pour traiter le problème posé dans ce travail.

<sup>24</sup> Pour une critique de la philosophie du droit de Hegel, in *op.cit.*, p.382.

<sup>25</sup> *Diagnosis of our time*, London, 1943, p.89. Dans *Ideology and Utopia* (1929, trad. anglaise London, 1936), Mannheim utilise d'autres expressions comme « *distorted mind* » ou « *distorted mental structure* ».

<sup>26</sup> C'est l'interprétation donnée par Paul Ricoeur, *L'idéologie et l'utopie*, Ed. Seuil, 1997, p.218.

<sup>27</sup> *Op.cit.*, p.167. Ailleurs, Ricoeur a cette formule : « Le code interprétatif d'une idéologie est quelque chose dans quoi les hommes habitent et pensent, plutôt qu'une conception qu'ils posent devant eux » ; il ajoute que l'idéologie « opère derrière notre dos plutôt que nous ne l'avons comme thème devant nos yeux », *Du texte à l'action, Essais d'herméneutique*, Seuil, p.341.

<sup>28</sup> *Op.cit.*, p.211.

au savoir. Alors qu'une théorie n'est « *qu'un résumé d'intrigues* », l'idéologie est « *un style noble et vague, propre à idéaliser les pratiques sous couleur de les décrire ; c'est un ample drapé qui dissimule les contours biscornus et différents des pratiques réelles qui se succèdent* », selon les suggestives expressions de Paul Veyne<sup>29</sup>. Sans que l'on puisse établir de critères permettant d'identifier de manière essentialiste le discours idéologique, par opposition au discours scientifique, il est possible d'énumérer, sans exhaustivité, quelques indices d'une dérive idéologique d'une théorie ou plus largement d'un discours : 1) le recours à l'évidence (il n'y a jamais de problème puisque la solution va de soi) ; 2) la multiplication de l'usage de notions générales et creuses dans les raisonnements (produisant cette illusion que la solution à un problème se trouve tout entière dans un principe abstrait, alors que celui ne contient que ce que l'on y place pour parvenir à cette solution ; c'est le syndrome de l'auberge espagnole) ; 3) l'essentialisation et la naturalisation de concepts (ce qu'on peut appeler le fétichisme consistant pour le juriste à se sentir contraint par des concepts qu'il a lui-même préalablement fabriqués ; d'où une tendance à surestimer l'importance de la technique et à sous-estimer celle des choix politiques) ; 4) l'hypostase qui consiste à prendre pour un donné réel ce qui n'est qu'une construction intellectuelle ; 5) le charcutage de la réalité, qui est découpée afin d'immuniser une théorie contre une confrontation du réel, 6) la surestimation de la rationalité du réel et le recours aux explications causales non démontrées, et enfin 7) l'utilisation d'une histoire romancée ou falsifiée, faite de ruptures radicales illusoire et de continuités artificielles visant à donner une légitimité et une cohérence à une position qui vise à imposer une solution dans le moment présent<sup>30</sup>.

C'est équipé de cet outil, qu'est l'idéologie ainsi définie, que je me propose de réfléchir à la manière dont la doctrine française pense et se construit, en utilisant l'exemple de la double réception de la théorie du solidarisme contractuel. La question posée consiste à se demander si, à cette occasion, la doctrine française se caractérise par une démarche d'esprit scientifique (consistant à analyser sérieusement la nouvelle théorie concurrente, à en comparer les mérites et les défauts ou insuffisances par rapport à la doxa, en s'interrogeant sur ses capacités explicatives du droit positif et ses limites) ou plutôt par une démarche idéologique consistant à s'enfermer, sans en avoir forcément conscience, dans une pensée dogmatique qui escamote ou biaise le dialogue avec une nouvelle théorie concurrente, par définition erronée, irréaliste ou mythique. L'analyse que j'ai menée me conduit à penser que, sauf rares exceptions, la doctrine française se caractérise par un fort tropisme idéologique. Elle construit un système de pensée dogmatique qui, une fois dominant, rend très difficile l'émergence de théories concurrentes et quasi impossible un changement de paradigme. C'est en tout cas le mécanisme qui s'est déployé dans la doctrine civiliste pour discréditer le solidarisme contractuel au lieu de le discuter sérieusement. Je donnerai des arguments montrant que le premier solidarisme contractuel a

<sup>29</sup> P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil 1996, p.397 et 398.

<sup>30</sup> En ce sens, on peut dire avec Marx que l'idéologie n'a pas d'histoire (op.cit., p.1057).

été accueilli par une « *élégante esquivé de la réalité* », selon l'expression de J.K. Galbraith<sup>31</sup> (I.), tandis que le second s'est vu opposer une réalité fétichisée (II.).

## **I. LA RÉCEPTION DU 1ER SOLIDARISME CONTRACTUEL : « L'ÉLÉGANTE ESQUIVE DE LA RÉALITÉ »**

La réception par la doctrine civiliste du premier solidarisme contractuel se caractérise par d'indéniables traits idéologiques : l'évitement du débat (1.), l'histoire romancée de l'autonomie de la volonté (2.), le refoulement de la réalité qui ne correspond pas à la conception libérale et individualiste du contrat (3.) et la mutation épistémologique que subit l'autonomie de la volonté qui, de théorie, devient un principe juridique (4.).

### **1. L'évitement du débat**

Il ne serait pas sérieux de prétendre qu'il n'existe aucun débat doctrinal. Lorsqu'apparaît une théorie nouvelle qui critique le paradigme communément reçu, des auteurs s'emploient à défendre celui-ci, souvent dans des articles ou des comptes-rendus d'ouvrages. C'est ainsi que le libéral Henri Capitant critiquait les idées sociales de René Demogue<sup>32</sup>, que le conservateur Georges Ripert prenait pour cible la relativité des droits prônée par le rénovateur Louis Josserand<sup>33</sup> et la vision socialiste du droit d'Emmanuel Levy<sup>34</sup>, ou encore que François Géný s'agaçait de la radicalité des positions de Léon Duguit<sup>35</sup> et du prétendu nihilisme ou anarchisme de Demogue<sup>36</sup>. L'important n'est pas que des controverses existent dans le champ doctrinal, mais de repérer la place qu'elles occupent dans celui-ci : sont-elles centrales ou périphériques ? Pour le sujet qui nous intéresse ici, elles sont demeurées à la périphérie ; elles ne sont pas parvenues à bouleverser la présentation pédagogique des manuels et des traités de droit qui sont, pour la plupart, restés très longtemps silencieux à leur propos.

Ainsi, on ne trouve aucune trace de la théorie solidariste, ni d'aucune théorie concurrente à la conception volontariste du contrat, dans la 5ème édition du Cours de droit civil de Charles Aubry et Charles Rau<sup>37</sup>. Ce n'est pas surprenant compte tenu de la date de cette édition (1902) qui est très proche des premières publications solidaristes, de son caractère posthume (avec le respect pour l'intégrité du texte d'origine que ce genre

<sup>31</sup> Les mensonges de l'économie, trad. franç. Grasset 2004, Les mensonges de l'économie, p.63 ; je préfère le titre original : *The economics of innocent fraud*.

<sup>32</sup> Lire C. Jamin, Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal, in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz 1999, p.125.

<sup>33</sup> *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p.33.

<sup>34</sup> *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, p.21.

<sup>35</sup> Cf. JP. Chazal, Léon Duguit et François Géný, *Controverse sur la rénovation de la science juridique*, RIEJ. 2010/2 Vol.65, p.85.

<sup>36</sup> F. Géný, *Les notions fondamentales du droit privé. Compte rendu critique*, in *Nouvelle revue historique de droit français et de droit étranger*, 1911, p 110 et spec. p. 125.

<sup>37</sup> Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil Français*, 5ème éd. T. IV, 1902, par G. Rau et C. Falcimaigne, avec la collaboration de M. Gault.

d'exercice suscite chez les continuateurs) et de la manière dont le traité était rédigé dès l'origine, reléguant les nouveautés en notes infrapaginales, outre le caractère très dogmatique et abstrait du style qui ne se prête guère à la controverse. Plus étonnant, on ne trouve rien des théories solidaristes dans le Précis de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie<sup>38</sup>, alors même que le sous-titre de son livre revendique l'exposé non seulement « *des principes* » mais aussi des « *controverses* » et que la 10<sup>ème</sup> édition date de 1909. La présentation est plus complète dans son Traité théorique et pratique de droit civil, dont le tome XII (1906) consacré aux obligations est corédigé avec L. Barde. Est ainsi présentée la thèse dite allemande contestant que le consentement constitue « *l'essence même du contrat* »<sup>39</sup>, mais c'est pour rapidement l'écarter aux motifs qu'elle est contraire à une tradition qui « *a toujours été considérée comme inébranlable* ». S'agissant de la force obligatoire des contrats, les auteurs rappellent qu'elle est fondée sur le seul consentement donné par les parties et, qu'une fois conclue, la convention s'impose dans toute sa rigueur, y compris à l'encontre des ouvriers sanctionnés en application d'un règlement de fabrique auquel ils ont adhéré<sup>40</sup>.

Marcel Planiol, pour sa part, expose une « *théorie générale du contrat* » clairement volontariste (sans toutefois parler d'autonomie de la volonté) et ne dit pas un mot sur le solidarisme contractuel, ni sur la socialisation du contrat dans la 4<sup>ème</sup> édition de son Traité élémentaire de droit civil publiée en 1907 ; tout au plus cite-il Saleilles dans un paragraphe intitulé « *Controverses allemandes* », dans lequel il écarte d'un revers de main toutes les positions tendant à mettre en cause ou à relativiser le rôle de la volonté dans la création d'obligations car, pour lui, « *il n'est pas douteux* » que le « *concours de volontés* » soit la « *cause efficiente* », la « *force créatrice* » de l'obligation<sup>41</sup>. Quant à la théorie du contrat d'adhésion, il la rejette en une phrase, la considérant « *sans grande utilité* »<sup>42</sup>. Planiol évoque en passant, dans un paragraphe intitulé « *Evolution historique de la théorie des obligations* », des « *théories neuves* » (il cite Saleilles) « *sur l'idée de faute et de responsabilité, sur la stipulation pour autrui, sur l'idée de cause, etc.* », pour clore le débat sans même l'ouvrir avec cette formule lapidaire : « *elles ne réussissent pas toutes à s'introduire dans la doctrine* »<sup>43</sup>, se gardant bien de s'interroger sur les raisons de ce phénomène. La 9<sup>ème</sup> édition de 1927 ne comporte pas de changement significatif dans la présentation de ces points, ce qui en dit long sur la force d'inertie d'un discours doctrinal hermétique à la controverse et confiant dans les vérités d'évidence qu'il n'éprouve le besoin de discuter, puisque par définition, elles s'imposent toutes seules.

Ambroise Colin et Henri Capitant, dans la 4<sup>ème</sup> édition de leur Cours élémentaire de droit civil (1924)<sup>44</sup>, ont une présentation un peu plus fournie des questions soulevées par

<sup>38</sup> 10<sup>ème</sup> éd. 1909, T.II.

<sup>39</sup> G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, Traité théorique et pratique de droit civil, 1906, T. XII, n°27.

<sup>40</sup> Op.cit., T. XII, n°331 et s.

<sup>41</sup> Op.cit., T.II, n°944.

<sup>42</sup> Op.cit. T.II, n°972.

<sup>43</sup> Op.cit., T.II, n°160.

<sup>44</sup> 4<sup>ème</sup> éd. 1924, T.II, p.257 et s.

le solidarisme contractuel. Ainsi, après avoir proclamé que, dans le domaine contractuel, la « *volonté des particuliers règne en souveraine* » et que « *c'est elle qui dit le droit* », les auteurs s'arrêtent sur les limites légales posées à cette liberté pour des raisons d'intérêt général et d'ordre public, notamment dans les contrats où il existe une « *inégalité économique* » entre les parties de sorte que l'une est sous la dépendance de l'autre. Sont cités les contrats de travail, d'assurance, de transport, etc. Tout en réfutant la théorie du contrat d'adhésion, qui en ferait un acte réglementaire (pour la seule raison que « *ce serait se jeter dans des difficultés inextricables* », sans toutefois dire lesquelles : la simplicité est souvent le soutien de l'évidence), Colin et Capitant en appellent à l'intervention du législateur afin d'interdire certaines clauses et de prescrire certaines dispositions auxquelles il serait interdit de déroger. Il est impératif pour eux d'éviter que le juge se mêle de réprimer les abus de puissance économique, car ils pensent « *qu'un pouvoir aussi arbitraire confié aux magistrats serait bien plus redoutable encore pour les parties* » (sans, là non plus, expliquer concrètement ce qu'ils redoutent). Ils posent ainsi les linéaments de ce qui deviendra un lieu commun en doctrine : d'une part, la multiplication de droits spéciaux (droit du travail, droit de la consommation, droit des assurances, etc.) permettant de maintenir la théorie volontariste dans ce que l'on appelle le droit commun ou théorie générale du contrat, et, d'autre part, brandissant la peur de l'insécurité juridique lors de toute tentative des juges de rechercher plus de justice contractuelle dans des contrats leur paraissant déséquilibrés. Dans la 7<sup>ème</sup> édition publiée en 1932, la présentation n'a pas fondamentalement changé. Certes le *Traité des obligations* de Demogue et la thèse de Gounot<sup>45</sup> sont désormais cités en notes infrapaginales, mais sans que les opinions de ces auteurs ne soient spécifiquement discutées ni débattues.

La lecture du Cours de droit civil dispensé par Charles Beudant à la Faculté de droit de Paris jusqu'en 1895, et publié de manière posthume, est intéressante pour montrer la manière dont le débat est étouffé. La première édition, dont se charge son fils Robert Beudant, voit le tome consacré aux contrats et obligations paraître en 1906. On n'est pas étonné d'y retrouver, à propos du contrat, la pensée libérale de Charles Beudant, pour qui l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> du Code civil signifie que la loi contractuelle est rigoureusement intangible, non seulement pour les parties, mais également pour le juge et même pour le législateur qui « *abuserait de ses pouvoirs en intervenant dans les conventions privées* »<sup>46</sup> (même si Beudant père et fils sont bien obligés de reconnaître, tout en le déplorant, que dans les faits le législateur ne respecte pas leur injonction doctrinale). Lorsque Robert Beudant travaille, avec Paul Lerebours-Pigeonnière, à la seconde édition (réactualisée et partiellement refondue), il maintient sans variation les positions de son père. Toutefois, est ajouté un premier tome d'introduction (publié en 1932), dans lequel il est rendu compte de l'école solidariste, restreinte à la pensée de Duguit<sup>47</sup>. Par ailleurs, dans le

<sup>45</sup> L'autonomie de la volonté, Dijon 1912.

<sup>46</sup> C. Beudant, Cours de droit civil Français, publié par R. Beudant, Les contrats et les obligations, 1906, n°312 et 319.

<sup>47</sup> C. Beudant, Cours de droit civil Français, 2<sup>nd</sup> éd. publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de Mme Béquignon-Lagarde, T. I, 1934, n°30 bis.

tome VIII consacré aux contrats et obligations, qui paraît en 1936, des développements sont dédiés aux évolutions économiques, sociales et politiques où l'interventionnisme législatif est critiqué, au point de dire que « l'article 1134 est un des grands mutilés de la guerre »<sup>48</sup>. Toutefois, la présentation du droit des contrats ne varie pas. Des propos très descriptifs sont consacrés aux contrats d'adhésion<sup>49</sup>, la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté est rapidement rejetée comme contraire à la tradition française et dangereuse<sup>50</sup>, tandis que le passage sur l'intangibilité des conventions à l'égard du juge et du législateur est maintenu, sauf que les exceptions factuelles sont tellement nombreuses depuis la guerre que le texte est désormais rédigé au présent de l'indicatif et non plus au conditionnel : « le législateur abuse de ses pouvoirs en intervenant dans les conventions privées »<sup>51</sup>. S'agissant du juge, son intervention dans les contrats est largement minimisée : pas de citation de la chronique de Josserand de 1933 intitulée *Le contrat dirigé*<sup>52</sup>, dans laquelle il s'insurge contre le « forçage du contrat », pas de mention de la création par le juge d'obligations comme celle de sécurité dans les contrats de transport. Au chapitre consacré à la bonne foi (article 1134 al.3), il n'y a pas grand-chose d'ajouté par rapport à l'édition de 1906 (sauf la question de la non concordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée) ; la théorie de Demogue suivant laquelle la bonne foi imposerait aux parties une conduite loyale et honnête, ainsi qu'un devoir de collaboration, n'est même pas mentionnée. Les auteurs sont néanmoins contraints de reconnaître qu'en droit des contrats, l'autonomie de la volonté est attaquée par les promoteurs du droit social et nécessairement limitée par les lois impératives<sup>53</sup>. Mais de débats, il n'y a point.

Dans les années 1930, on peut cependant souligner l'exception que constitue la position balancée adoptée par les partisans de la nouvelle école dite scientifique : Eugène Gaudemet et surtout Julien Bonnet. Sensible aux idées solidaristes, Gaudemet ne rompt pourtant pas avec le principe de l'autonomie de la volonté, duquel il fait découler la liberté contractuelle<sup>54</sup>. Tout en reconnaissant que les effets juridiques d'un contrat sont le produit de la solidarité sociale et non de la volonté des parties, il tempère immédiatement son audace en écrivant :

*« le danger de cette conception est qu'en l'exagérant on risque de supprimer la liberté des conventions et d'aboutir à un socialisme d'Etat. Il faut introduire l'idée de solidarité, mais éviter qu'elle n'annule celle de liberté »*<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> C. Beudant, Cours de droit civil Français, 2<sup>de</sup> éd. publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de G. Lagarde, T. VIII, 1936, n°31.

<sup>49</sup> Op.cit., T. VIII, n°55.

<sup>50</sup> Op.cit., T. VIII, n°80.

<sup>51</sup> Op.cit., T. VIII, n°306.

<sup>52</sup> D.H. 1933, Chron., p.89. Elle est seulement citée dans l'introduction, op.cit., T.VIII, n°31.

<sup>53</sup> C. Beudant, Cours de droit civil Français, 2<sup>de</sup> éd., par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de G. Lagarde, T. VIII, 1936, n°31.

<sup>54</sup> E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, 1937, p.27 et 200.

<sup>55</sup> Op.cit. p.31.

On peut comprendre cette attention portée à un certain équilibre politique entre les valeurs de liberté et de solidarité. Le discours doctrinal se fait donc moins dogmatique, moins péremptoire : le solidarisme contractuel est loin d'être une panacée, mais il présente quelques utilités pour comprendre la manière dont le droit des contrats évolue ou doit évoluer.

C'est principalement Bonnacase qui incarne cette figure doctrinale nouvelle et atypique, très inspirée par les travaux épistémologiques de François Gény. Pour être fidèle à la définition étroite de la doctrine que j'ai retenue en introduction (la doxa enseignée dans les ouvrages didactiques), il me faut écarter les études et les monographies de Bonnacase. Je me focaliserai donc sur les 6 tomes de suppléments au *Traité théorique et pratique de droit civil* de Baudry-Lacantinerie qu'il publie entre 1924 et 1935. Dès le premier tome (1924), qui constitue une véritable introduction au droit, il décrit minutieusement (pas moins de 250 pages) ce qu'il appelle « *le mouvement doctrinal en droit civil depuis 1905* ». L'étude de l'acte juridique et du contrat se trouve dans le deuxième tome (1925) qui contient aussi un panorama très fourni des diverses théories doctrinales apparues depuis la dernière édition du *Traité*. Une division entière (environ une centaine de pages), à l'intitulé évocateur : « *Le conflit des opinions doctrinales* », permet la confrontation des diverses théories de l'acte et du fait juridiques. Quant au rôle de la volonté, il est discuté dans un chapitre spécifique où la thèse de Gounot est très longuement citée et sévèrement critiquée. Que l'on soit d'accord ou non avec les positions de Bonnacase, la lecture de ces longs passages renvoie une image dialectique et controversée de la matière contractuelle. La grande place laissée à l'exposé des théories divergentes et à la controverse confère une tournure étonnante à la doctrine, celle d'un champ où le débat prédomine et où les solutions se déduisent moins de dogmes préétablis que de la confrontation des arguments. Cette manière de présenter le droit des contrats est restée très minoritaire, voire marginale, en doctrine. L'École dite scientifique, qui avait pour ambition de rénover la science juridique, n'aura été qu'une parenthèse dans la doctrine civiliste française, même si l'on va voir qu'une relative et éphémère résurgence poindra dans les années 1970.

L'évitement du débat se poursuit après la seconde guerre mondiale. Dans les leçons de droit civil d'Henri, Léon et Jean Mazeaud, l'histoire du contrat s'arrête au Code civil de 1804, censé avoir consacré le principe de l'autonomie de la volonté. Certes, les lectures placées en appendice de la leçon propose un texte de René David sur le contrat en économie socialiste (URSS)<sup>56</sup> et sont rapidement évoquées çà et là de nouvelles conceptions du contrat comme le contrat d'adhésion, le contrat forcé, ou encore les « *écoles sociales et socialistes* » (Duguit est seul cité), mais c'est le plus souvent pour marginaliser ces innovations sans s'atteler à en proposer une critique étoffée et argumentée : le principe demeure la liberté, les atteintes portées à celle-ci ne sont (ou plus exactement ne doivent demeurer) que des exceptions. La conception volontariste du contrat demeure ainsi inchangée à peu de frais.

<sup>56</sup> H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T.II, Montchrestien 1956, n°59 et s.

L'évitement du débat est patent dans le manuel que Jean Carbonnier publie à partir de 1957<sup>57</sup>. On ne trouve dans celui-ci, ni un exposé des critiques de l'autonomie de la volonté, ni d'arguments de nature à convaincre de leur inanité. Comme si l'autonomie de la volonté était un principe immuable dont l'existence se prouverait d'elle-même et qui serait simplement combattu momentanément par quelques théories obscurantistes. Carbonnier se contente d'écrire qu'« au XXe s., *l'individualisme étant battu en brèche, l'autonomie de la volonté a fait l'objet de vives critiques* » et de citer, sans plus d'explication, la thèse de Gounot et l'article que Josserand publie en 1937<sup>58</sup>. La présentation ne variera pas dans les éditions postérieures<sup>59</sup>, sauf à considérer les éditions les plus tardives où Léon Bourgeois est décrit comme « *le pontife d'un radicalisme modéré* » et la thèse de Gounot mystérieusement présentée comme le signe qui « *à travers une réaction « communautariste » avait annoncé l'approche de la Grande guerre* »<sup>60</sup>. Quant à la bonne foi contractuelle, Carbonnier cite Demogue, mais sans accorder vraiment de crédit à cette idée qui lui paraît, si ce n'est inutile, du moins excessive. Mais plutôt que de s'en expliquer de manière argumentée, il forge, dès l'édition de 1957, cette formule aussi fameuse que dépourvue de sens : « *on s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, d'aucuns aient rêvé de transformer le contrat en mariage* »<sup>61</sup>, phrase qu'il gardera telle quelle jusqu'à la dernière édition<sup>62</sup> et qui sera reprise jusqu'à aujourd'hui par de nombreux manuels et traités. Où comment ne pas ouvrir un débat à l'aide d'une idée creuse et d'une comparaison hasardeuse. L'évidence ne se discute pas.

À partir des années 1960, mais surtout dans la décennie 1970, paraissent de nouveaux traités et manuels qui, s'ils n'utilisent pas le terme solidarisme (qui est passé de mode) et ne citent pas forcément Demogue (qui est tombé dans un oubli relatif au profit des textes de Savatier<sup>63</sup> et de Vasseur<sup>64</sup>), modifient substantiellement la présentation du droit des contrats et s'attachent à examiner beaucoup plus en détail que leurs devanciers les mérites et les carences de la théorie de l'autonomie de la volonté. Le discours doctrinal prend

<sup>57</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, T.II, Les biens et les obligations*, 2ème partie, PUF. 1957, n°92, p.313 et s., et n°94, p.318 et 319.

<sup>58</sup> Les tendances actuelles de la théorie des contrats, *RTD.civ.* 1937, p.21. Carbonnier cite également l'article de Dikoff, *L'évolution de la notion de contrat*, publié dans les *Etudes offertes à H. Capitant*, 1939, p.201 et le livre de Waline, *L'individualisme et le droit*, 1945.

<sup>59</sup> Elle est identique dans le Tome 4 du manuel de *Droit civil* de 1969, 6ème éd., PUF, n°9 et 11, la présentation dans le corps du manuel reste la même.

<sup>60</sup> *Droit civil, T.4, Les obligations*, PUF. 22ème éd. 2000, n°20. Malgré les critiques, que Carbonnier ne développe pas, l'attachement à l'autonomie de la volonté ne se dément pas : pour preuve, selon lui, les codes allemand, suisse et italien. Pourtant Carbonnier termine en écrivant que l'autonomie de la volonté « aurait pu puiser de nouvelles forces » (le conditionnel implique que cela n'a pas été le cas) avec la philosophie de l'engagement, le courant libertaire de mai 1968, l'engouement pour l'autogestion. Il semble fonder davantage d'espoir dans les suites qu'auront les révolutions de 1989 dans les pays de l'Est, la déroute des régimes communistes et le « triomphe de l'économie de marché ».

<sup>61</sup> *Op.cit.*, 1957, p.448.

<sup>62</sup> *Op.cit.*, 22ème éd. 2000, n°114.

<sup>63</sup> *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ère série, Dalloz 3ème éd. 1964.

<sup>64</sup> *Un nouvel essor du concept contractuel*, *RTD.Civ.* 1964, p.5.

une tournure nouvelle en n'hésitant plus à rendre compte, de manière plus ou moins synthétique, de débats théoriques. Les raisons de cette évolution sont difficiles à expliquer. Est-ce que les progrès de l'épistémologie qui, ayant délaissé le positivisme, a mis au centre de la démarche scientifique la controverse ? Est-ce l'évolution de l'économie française vers un système mixte combinant l'économie de marché et l'interventionnisme étatique conduisant à relativiser la croyance en une main invisible qui dirigerait la somme des intérêts individuels vers l'intérêt général ? Est-ce le fond idéologique de l'époque qui n'est plus à l'individualisme libéral (les idées de Keynes ayant momentanément triomphé en économie) ? Ou bien l'explication réside-t-elle dans une raison moins exogène qui serait l'influence à retardement de l'école scientifique ? Toujours est-il qu'une parenthèse originale s'ouvre, qui se refermera rapidement.

Trois ouvrages illustrent cette nouvelle approche. Tout d'abord, le traité de droit civil de Gabriel Marty et Pierre Raynaud, dont le tome consacré aux obligations paraît en 1962<sup>65</sup>, livre une critique relativement précise de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses conséquences juridiques (citant la thèse de Gounot), avant de décrire les « *tendances sociales en matière de contrat* » et de rendre compte des conceptions sociales du contrat, citant notamment Saleilles, par opposition à la « *théorie libérale* » qu'incarne l'autonomie de la volonté. Dans la même veine, ensuite, Alex Weill publie, en 1971, la première édition du Précis Dalloz consacré aux obligations et consacre plusieurs paragraphes aux « *tendances sociales* » en matière de contrats<sup>66</sup>. Il s'y livre à une critique serrée des postulats libéraux en montrant que l'égalité n'est souvent qu'apparente, la liberté « *un piège pour le contractant faible* », l'individu pas toujours raisonnable. Sont ensuite exposées les « *thèses à tendances sociales* » : catholicisme social, l'école socialiste, l'école solidariste (Duguit est cité, mais pas Demogue), puis les conséquences de ces « *tendances sociales* » dans la mesure où, de fait, ces nouvelles théories ont largement influencé le droit positif. Sans explicitement rallier une théorie particulière, Weill conclut en contestant l'idée d'un « *déclin du contrat* », qui n'est en réalité qu'une transformation. Enfin, Boris Starck, dans son manuel de droit des obligations, dont la première édition paraît en 1972<sup>67</sup>, étudie en parallèle la théorie de l'autonomie de la volonté et son déclin de manière équilibrée et sérieuse. Même si la confrontation est succincte (les solidaristes ne sont pas cités mais leurs arguments repris en substance), il expose, pour chacune des théories concurrentes, les fondements et les conséquences juridiques.

Aucun de ces trois ouvrages n'aura vraiment de postérité dans cette manière un peu plus dialectique de penser et d'enseigner le droit des contrats. Ainsi, il faudra attendre 1988 pour voir la publication de la seconde (et dernière à ce jour) édition du tome du Traité de Marty et Raynaud consacrée aux obligations<sup>68</sup>. Due à la seule plume de Pierre Raynaud, à cause du décès de Gabriel Marty, elle enrichit le débat par la confrontati-

<sup>65</sup> G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, T.II, Vol.1er, Les obligations, Sirey 1962, n°28 et s.

<sup>66</sup> A. Weill, Les obligations, Précis Dalloz 1971, n° 59 et s.

<sup>67</sup> B. Starck, Droit civil, Obligations, LITEC 1972, n°1012 et s.

<sup>68</sup> G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Les obligations, T. 1, les sources, Sirey 2ème éd. 1988, n°43.

on de nouvelles théories du contrat défendues par Georges Rouhette<sup>69</sup> ou encore Michel Villey<sup>70</sup> ; même la théorie normativiste d'Hans Kelsen est rapidement évoquée. Pour ce qui est du précis Dalloz, sa présentation sera profondément modifiée avec la 5ème édition (1993)<sup>71</sup> et le renouvellement des auteurs (disparition du nom de Weill et arrivée de Y. Lequette et Ph. Simler), pour prendre une tournure résolument plus dogmatique et moins dialectique. Le manuel de Boris Starck connaîtra, quant-à-lui, plusieurs éditions posthumes publiées par H. Roland et L. Boyer qui se révèlent très respectueuses du style et de la structure d'origine ; l'œuvre ne connaît pas de réédition après la 6ème édition en 1998.

Un peu plus en retrait, par rapport aux ouvrages qui viennent d'être cités, est le manuel de Jacques Flour (dont la première édition est rédigée avec le concours de Jean-Luc Aubert). Certes, est reprise la figure désormais imposée d'une critique des inspirations philosophiques et économiques de l'autonomie de la volonté, dont il est dit qu'elle connaît un déclin au XXème siècle. En ce sens, le manuel de Flour se situe dans la lignée des nouveaux manuels. Toutefois, il présente également des signes de résistance à cette évolution. Ainsi, on peut y lire que la réaction doctrinale contre l'autonomie de la volonté « *ne pouvait être que peu profonde : il est souvent possible de faire dire aux textes autre chose que ce qu'ils disent, rarement le contraire !* »<sup>72</sup> (Forcément, car selon Flour, le Code civil de 1804 a consacré le principe de l'autonomie de la volonté, cf. supra I - B). D'où un exposé succinct : Saleilles est rapidement évoqué à propos de la théorie de la déclaration de volonté, ainsi que les critiques habituellement adressées, notamment par Gounot, au « *principe de l'autonomie de la volonté* » qui ont conduit à son déclin très relatif et limité selon l'auteur. Sans occulter complètement la controverse, celle-ci est minimisée : les critiques de la conception volontariste, individualiste et libérale du contrat ne sont pas sans mérites, mais elles ne jouent qu'un rôle correctif marginal.

Si, pour terminer ce périple doctrinal au travers des ouvrages didactiques, on s'aventure dans les années 1980, les nouveaux manuels et traités reflètent les deux tendances ci-dessus décrites. Le tome du Traité de droit civil de Jacques Ghestin<sup>73</sup> consacré au contrat poursuit l'ouverture vers un enseignement sous forme de controverses théoriques. Il comporte un exposé relativement fouillé et critique des thèses en présence (notamment la thèse volontariste et la thèse kelsénienne) et des « *principes directeurs* ». L'auteur présente ensuite une synthèse entre divers principes : la volonté, la sécurité, la liberté, la justice, la bonne foi, la responsabilité et l'intérêt général, bref une conception du contrat plus complexe que celle qui le réduit à la seule volonté des parties. Par la suite, le traité de Ghestin s'enrichira encore par la proposition d'une nouvelle conception du contrat fon-

<sup>69</sup> Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris 1965.

<sup>70</sup> Archives du Philosophie du droit, T. XIII, 1968, p.1.

<sup>71</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 5ème éd. Précis Dalloz 1993.

<sup>72</sup> J. Flour, Droit civil, Les obligations, Vol. 1, Lacte juridique, avec le concours de J-L. Aubert, A. Colin 1975, n°118.

<sup>73</sup> J. Ghestin, Traité de droit civil, T.II, Les obligations, Le contrat, LGDJ 1980, n°31 à 192.

dée sur un nécessaire équilibre entre le juste et l'utile<sup>74</sup>. En revanche, la première édition du manuel de Philippe Malaurie et Laurent Aynès<sup>75</sup> marque un très net recul du débat théorique et de la controverse au profit d'un exposé plus dogmatique. Ainsi, les trois théories du contrat présentées sont : 1) l'opposition entre le contrat et l'institution, qualifiée de « dépassée », 2) le marxisme (éliminée en une phrase) et 3) la théorie dite américaine (en fait, celle du contrat relationnel), le tout traité en moins d'une demie-page<sup>76</sup>. Les auteurs ne pensent à aucun moment que leur propre conception du contrat, qui est indéniablement volontariste et libérale, puisse être une théorie, convaincus qu'ils sont qu'elle est consacrée par le droit positif, malgré les exceptions et limites que celui-ci lui inflige. La présentation du manuel prendra un tour polémique lorsqu'il s'agira de combattre le second mouvement du solidarisme contractuel (cf. infra II-B).

## 2. L'histoire romancée : la fabrique de l'autonomie de la volonté

L'évitement du débat a été grandement facilité par le recours à une histoire romancée, ayant servi à légitimer un discours doctrinal dogmatique et partant à l'immuniser contre toute critique. En effet, s'il était vrai que le Code civil de 1804 avait consacré la conception volontariste et libérale du contrat, alors il n'y aurait pas lieu de trop se préoccuper de répondre aux critiques solidaristes, lesquelles se heurteraient avec la force de l'évidence au droit positif. En tous cas, il n'y aurait pas lieu d'en débattre dans une perspective *de lege lata*, ce qui place la nouvelle théorie en situation d'infériorité : quel crédit mériterait-elle si elle est tout à la fois contraire au droit positif et à la tradition juridique ? De là vient probablement le succès du roman doctrinal de l'autonomie de la volonté. C'est cette histoire qu'il nous faut déconstruire en montrant que, loin d'avoir l'ancienneté qu'on lui prête souvent, l'autonomie de la volonté est une construction tardive et chaotique, conçue par ses détracteurs mais très vite recyclée par les tenants de la conception volontariste et libérale du contrat, pour combattre efficacement le solidarisme contractuel et plus généralement le mouvement de socialisation du contrat.

Contrairement à ce qui est parfois enseigné<sup>77</sup>, la théorie de l'autonomie de la volonté n'a pas servi de fondement justifiant la force obligatoire des contrats avant les années 1920-30. Certes, certains auteurs mineurs et marginaux utilisent l'expression « *autonomie individuelle* », mais sans imaginer qu'un contrat puisse n'être obligatoire juridiquement que par la seule puissance des volontés échangées<sup>78</sup>. Le fondement de la force ob-

<sup>74</sup> J. Ghestin, Traité de droit civil, T.II, Les obligations, Le contrat, LGDJ, n°265 et s.

<sup>75</sup> Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les obligations, Cujas 1985, n°224.

<sup>76</sup> La thèse de Georges Rouhette est rapidement citée mais écartée, au motif qu'elle « ne rend pas compte de tout le droit positif », op. cit., p.174 et 274 n°400.

<sup>77</sup> A. Bürge, Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral, RTD.Civ. 2000, 10.

<sup>78</sup> C'est le cas pour Frederic Schützenberger (in Etudes de droit public, 1837). L'auteur utilise l'expression « autonomie de la volonté » comme « l'unique principe des lois morales » et celle d'« autonomie individuelle » pour dire qu'elle « sanctionne les conventions formées par le consentement libre et réfléchi des parties contractantes » (p.226). C'est aussi le cas pour Heinrich Ahrens. Certes un passage de l'Encyclopédie juridique (1880) a pu laisser penser qu'il était partisan de la théorie de l'autonomie de la volonté, notamment avec sa distinction entre les contrats de pur intérêt privé et ceux intéressant l'éthique (T. I, p.335).

ligatoire ne réside donc pas dans l'autonomie de la volonté, mais dans le fait que si le débiteur ne respectait pas sa promesse, il ne pourrait plus ensuite compter sur les autres, mais que sur lui-même, ce qui détruirait la société. C'est très clair chez Emile Acollas, qui parlait volontiers d'autonomie de l'individu comme principe dominant la législation moderne<sup>79</sup> et avait travaillé à son articulation avec le contrat<sup>80</sup>. Mais nous ne trouvons pas chez lui de théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire des contrats. Pour Acollas, les contrats doivent être des instruments de socialisation et d'émancipation des individus, c'est pourquoi selon lui, d'un point de vue juridique, on ne pourrait jamais obliger le débiteur à exécuter ce qu'il a promis, tout au plus le condamner à une réparation pécuniaire des dommages causés par l'inexécution de son obligation.

Charles Beudant est probablement le premier à utiliser de l'expression « *autonomie de la volonté* »<sup>81</sup> ; il ne s'en sert cependant pas pour fonder la force obligatoire des contrats, mais pour rappeler que, selon Kant, l'homme existe comme une fin en soi et non pas seulement comme un moyen. Il en est de même pour Géný qui, tout en utilisant l'expression, y voit un principe qui a permis de se débarrasser des catégories romaines, qui obligeaient les parties à couler leurs consentements dans une des formes de contrats nommés, et, qui en droit positif, doit être mis en balance avec les autres intérêts économiques et sociaux avec lesquels il entre en conflit<sup>82</sup>. Saleilles affirme, quant-à-lui, que

« *la règle dominante du droit moderne est celle de l'autonomie de la volonté en matière d'actes privés : les parties peuvent tout ce qu'elles veulent, pourvu que leurs conventions n'aient rien de contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux principes posés par la loi* »<sup>83</sup>.

Cette expression signifie simplement et banalement que la liberté des parties contractantes ne s'exerce que dans le cadre légal qui est imposé par le législateur ; c'est pourquoi « *le principe de l'autonomie de la volonté se concilie donc fort bien avec le principe de la réglementation légale* ». Mieux, le contrat, tel qu'interprété par le juge, exprime plus une « *volonté juridique* » (ou « *volonté moyenne* »), plutôt que la volonté réelle de chaque con-

---

Cependant, pour lui, « le contrat n'est que la reconnaissance de l'autonomie individuelle, en tant qu'elle est compatible avec le principe général du droit » (Cours de droit naturel, ou de philosophie du droit, fait d'après l'état de cette science en Allemagne, 5ème éd. 1860, p.403).

<sup>79</sup> Introduction à l'étude du droit, 1885.

<sup>80</sup> Manuel de droit civil, commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques, 2ème éd. 1874, T. III, p.719 et s. cf. notamment : « Pour que la liberté du contrat soit une réalité, c'est trop peu que la loi n'y apporte aucun obstacle ; il faut encore que les contractants soient en situation de débattre l'un avec l'autre des termes du contrat ; il ne faut pas que la volonté de l'un s'impose à l'autre comme une nécessité de pain quotidien ».

<sup>81</sup> Le droit individuel et l'Etat, 1891, n°87 et 119.

<sup>82</sup> Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899, 2nde éd. 1919, LGDJ. Géný utilise l'expression d'autonomie de la volonté à propos du contrat, mais c'est un contresens de croire qu'elle sert de fondement à la force obligatoire et de justification à l'intangibilité des conventions (comme le pense V. Ranouil, L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept, PUF. 1980, p.93 et s.). Sur la démonstration du contresens : JP. Chazal, L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique », Revue des contrats 2004/3, p.621

<sup>83</sup> De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil Allemand (art. 116 à 144), 1901, p.196.

tractant. Le contrat n'est donc pas « *l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit* », mais

« *le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques. Aussi est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué* »<sup>84</sup>.

Nous sommes aux antipodes de la théorie qui fait de la volonté individuelle le fondement et la mesure des obligations contractuelles.

Cette nouvelle théorie ne va prendre corps, dans les ouvrages didactiques, que pendant les années 1920, et ce de manière plutôt timide. Les premières éditions du Cours élémentaire d'Ambroise Colin et d'Henri Capitant, évoquent qu'en passant l'expression « *autonomie de la volonté* » dans une brève introduction, pour ensuite ne plus l'utiliser. La mention se trouve dans un paragraphe intitulé « *Principe moderne du pouvoir de la volonté* », dans lequel les auteurs opposent le droit romain au droit moderne dans lequel « *la seule volonté produit des obligations* ». Certes, ils mentionnent immédiatement l'intervention du législateur, mais c'est pour réduire le rôle de celui-ci « *à préciser les effets, plus ou moins distinctement aperçus par les parties, des ententes auxquelles elles se livrent, et dont le fondement se trouve dans l'autonomie de leur volonté* »<sup>85</sup>. Le bilan est bien maigre : impossible d'affirmer que l'autonomie de la volonté constitue, pour la doctrine civiliste, le fondement de la force obligatoire des contrats au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles.

Etonnamment, c'est vers les adversaires de l'autonomie de la volonté qu'il faut se tourner pour trouver une théorie élaborée, car la critique a précédé la théorie, ou plus exactement, la critique a eu besoin de construire la théorie de l'autonomie de la volonté pour pouvoir mieux ajuster sa cible. Claude Bufnoir ne fait que l'évoquer lapidairement dans son cours publié de manière posthume en 1900 : « *l'autonomie de la volonté ne suffit pas pour que la volonté se lit elle-même* »<sup>86</sup>. On trouve également une approche sommaire mais critique chez Léon Duguit<sup>87</sup> et René Demogue<sup>88</sup>. Pourfendeur des concepts métaphysiques, Duguit ne pouvait admettre l'idée saugrenue que la seule volonté humaine puisse produire des effets juridiques, tout en reconnaissant qu'il s'agissait de la thèse dominante en doctrine à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Quant à l'origine de celle-ci, il semble dubitatif : il pense l'apercevoir dans le Code quoique d'une « *manière obscure* »<sup>89</sup>. Demogue

<sup>84</sup> Op.cit., p.229. Saleilles voyait dans la théorie de la cause à la fois une atteinte et une garantie du principe de l'autonomie de la volonté, op.cit., p.252 et s. « Toute la théorie de la cause tient dans cette idée que la délimitation du contenu d'un acte juridique échappe à l'autonomie de la volonté privée ».

<sup>85</sup> A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, T. II, 2<sup>e</sup> éd. 1920, p.3.

<sup>86</sup> C. Bufnoir, Propriété et contrat, 1900, p.809.

<sup>87</sup> Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 1<sup>ère</sup> éd. 1912, 2<sup>nde</sup> éd. 1920, réimp. La Mémoire du droit 1999.

<sup>88</sup> Notions fondamentales du droit privé, 1911 ; Traité des obligations en général, T. I, 1923, n°27 et s.

<sup>89</sup> L. Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 1<sup>ère</sup> ed. 1912, 2<sup>e</sup>me éd. 1920, réimp. La Mémoire du droit 1999, p.54.

est tout aussi critique, mais peut-être plus clair sur les origines doctrinales de l'autonomie de la volonté. Dès 1907, il écrit : « *Le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés. On reviendra du fétichisme de la volonté individuelle qui a encombré le droit civil au XIX<sup>e</sup> siècle. Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine* »<sup>90</sup>. Quelques années plus tard, il reconnaît que « *le principe de l'autonomie de la volonté est un des plus importants du droit civil* », car « *à cause de lui, chacun se trouve obligé seulement lorsqu'il l'a voulu et possède des droits dans la mesure où il a voulu les avoir* »<sup>91</sup>. Il en attribue moins la paternité au Code, qui « *manque de philosophie* », qu'aux juristes du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>92</sup>. Sans renier le rôle de la volonté, il cantonne cette notion au domaine de la technique juridique, refusant d'en faire le fondement de la force obligatoire des contrats : pour lui le contrat est obligatoire non pas tant parce qu'il a été voulu par les parties, mais en raison de son utilité sociale aux yeux du législateur<sup>93</sup>. Dans son *Traité des obligations* (1923), il consacre un chapitre entier à la théorie de l'autonomie de la volonté, qui a acquis une « *très grande importance par suite des tendances individualistes du XIX<sup>e</sup> siècle* », laquelle « *sans être complètement fautive apparaît comme pleine d'exagérations* »<sup>94</sup>. Il s'appuie largement sur la thèse de Gounot, qu'il qualifie d'« *excellente* ».

C'est effectivement dans la thèse d'Emmanuel Gounot<sup>95</sup> que l'on trouve la construction théorique la plus élaborée de la théorie de l'autonomie de la volonté. On considère que la systématisation a été d'autant plus facile qu'elle avait été largement effectuée par la doctrine internationaliste, notamment Laurent qui tirait le pouvoir souverain de la volonté en droit international privé d'une analogie avec l'article 1134 du Code civil<sup>96</sup>. Il suffisait donc de l'appliquer au droit interne<sup>97</sup>. Il n'est pas certain que l'explication soit aussi évidente. En effet, Gounot assume explicitement la construction, par ses soins, de la théorie de l'autonomie, parfois jusqu'à la caricature, afin de mieux démontrer l'influence sur la doctrine civiliste du rôle de la volonté comme cause efficiente et finale du droit, laquelle s'exerce souvent à l'insu des juristes. Les origines de cette théorie sont plutôt à chercher, selon lui, chez Rousseau et Kant (ou du moins un kantisme mal compris), dont les idées ont infusé tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle souvent via la littérature juridique allemande (notamment la *Willentheorie*), ainsi que dans les écrits des économistes libé-

<sup>90</sup> Des modifications aux contrats par volonté unilatérales, RTD.Civ. 1907, p.246 ; l'article a été réédité par Dalloz (2013), dans la collection Tiré à part, avec un commentaire de C. Jamin intitulé, Demogue, juriste de l'impermanence. Sur la démystification de la volonté et de la liberté chez Demogue on se reportera à l'article de I. Dhainaut, Demogue et le droit des contrats, RIEJ. 2006/1 Vol. 56, p.111.

<sup>91</sup> Notions fondamentales, op.cit., p.147.

<sup>92</sup> Notions fondamentales, op.cit., p.150, 156.

<sup>93</sup> *Traité des obligations en général.*, T.6, p.17.

<sup>94</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, T.I, 1923, n°27 et s.

<sup>95</sup> Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Dijon 1912.

<sup>96</sup> Le droit civil international, en 8 volumes 1880 à 1882, T.II, p.383 et T.VII, p.514, T.VIII, p.149. En revanche, Laurent n'utilise pas l'expression dans ses *Principes de droit civil*, T. 16, 1878, n°178, tout en soutenant la thèse suivant laquelle la loi contractuelle s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge.

<sup>97</sup> V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF. 1980, p.65 et s.

raux et les juristes individualistes<sup>98</sup>. Ces derniers n'ont toutefois pas eu besoin de construire une théorie de l'autonomie de la volonté car le rôle tout puissant de la volonté individuelle leur semblait aller de soi pour justifier la force obligatoire des conventions, leur interprétation, etc., ainsi qu'un cantonnement du rôle de législateur et du juge à organiser l'exécution forcée des obligations voulues. Pas besoin de construire une théorie si l'idée à laquelle on croit s'impose avec la force de l'évidence comme un donné du réel. Au fond, même s'il n'utilise pas le mot, c'est bien à l'idéologie (au sens où je l'entends dans l'introduction) volontariste et individualiste, que Gounot s'attaque, c'est-à-dire cette pensée qui pose comme une évidence, comme un principe allant de soi, que la volonté est non seulement le fondement du droit, mais aussi l'origine et la mesure de toutes les obligations contractuelles, une espèce « *d'idéal secret des jurisconsultes* »<sup>99</sup>. Ce n'est qu'après l'avoir construite dans toute son ampleur théorique, que Gounot propose une critique méthodique de l'autonomie de la volonté et de ses conséquences juridiques sur la manière dont la doctrine classique explique les règles du droit positif<sup>100</sup>. Pour autant, il considère que l'expression « *d'autonomie de la volonté* » n'est apparue que dans la dernière décennie du XIX<sup>e</sup> siècle (mais ne cite personne) et que l'idée, selon lui, ne se trouve pas dans le Code civil, qui est moins imbu du dogme de la volonté que ne le croient les économistes<sup>101</sup>. On mesure alors combien est fautive l'idée, pourtant très répandue en doctrine aujourd'hui, que Gounot aurait identifié « *le contrat du Code civil à la théorie de l'autonomie de la volonté pour mieux la critiquer* »<sup>102</sup> et qu'il se serait « *battu contre un moulin à vent qu'il avait fabriqué lui-même* »<sup>103</sup>.

Une fois la théorie de l'autonomie de la volonté construite par ses adversaires, les partisans de ce qu'on appelait à l'époque le droit individuel vont l'utiliser pour donner à leurs thèses une armature plus solide et surtout leur prêter une origine historique prestigieuse. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, les tenants de l'individualisme libéral se sont saisis de l'autonomie de la volonté, dont la théorisation a été jusque-là faite par ses dé-

<sup>98</sup> Sont cités Mercier de la Rivière, Turgot, Bentham, Mill, Batbie, Alfred Jourdan, Charles Beudant.

<sup>99</sup> Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse Dijon 1912, p. 81. Il y a, à la base de la thèse de Gounot, l'idée qu'il n'y a pas de droit sans une métaphysique du droit. Or, dit-il « rien n'est plus dangereux qu'une doctrine qui s'ignore elle-même » (op.cit. p.10 et s. et p.26 et s.).

<sup>100</sup> On voit souvent Gounot classé parmi les solidaristes ; c'est une erreur. Il critique aussi, bien que plus brièvement, ce qu'il appelle l'école positiviste et l'école du droit social. Influencé par le catholicisme social, Gounot ne renonce pas au rôle de la volonté et aux droits subjectifs, mais il pense que ce rôle n'est qu'instrumental et que ces derniers ne peuvent pas être absolus. Il préfère la notion de « bien commun » à celle de « solidarité sociale » (p.379). Lire également de E. Gounot, La liberté des contrats et ses justes limites, Semaines sociales de France, 1938, p.321 et s..

<sup>101</sup> Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, 1912, p.65 note 2, p.417. Gounot conteste que l'article 1134 pose une règle claire et évidente ; il se borne plutôt à poser un problème qu'il ne résout pas (p.123 et 124). Il prévient qu'il « faudrait éviter de confondre le texte même du Code civil avec l'esprit dans lequel il a été interprété au XIX<sup>e</sup> siècle par la doctrine et la jurisprudence » et rappelle les critiques du Code par le camp libéral (p.418).

<sup>102</sup> Y. Lequette, Retour sur le solidarisme, Le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in Mélanges J. Hauser, Lexisnexus-Dalloz, 2012, p.887.

<sup>103</sup> Ph. Rémy, La genèse du solidarisme, in Le solidarisme contractuel, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica* 2004, p.9 et 10.

tracteurs, pour rejeter le solidarisme contractuel. Dans cette stratégie, il était bénéfique du point de vue rhétorique, plutôt que de reconnaître la nouveauté de cette théorie, d'en imputer la paternité au Code civil de 1804 lui-même, afin de lui donner une légitimité et une autorité incontestable, et ce sans aucune preuve historique venant étayer cette thèse<sup>104</sup>. C'est très clair chez Henri Capitant qui n'utilise pas l'expression autonomie de la volonté dans la 1<sup>ère</sup> édition de son Introduction au droit civil de 1898<sup>105</sup>, mais qui, en revanche, affirme dans la 4<sup>ème</sup> édition de 1923 que le « *principe de l'autonomie de la volonté, qui domine tout le droit du patrimoine* » explique l'articulation entre les lois déclaratives ou supplétives et la promotion de la liberté contractuelle proclamée par l'article 1134 du Code civil<sup>106</sup>, « *ou comme on dit plus justement, de l'autonomie de la volonté* »<sup>107</sup>. Comme si l'attaque de l'individualisme libéral par le solidarisme avait poussé Capitant à récupérer la théorie de l'autonomie de la volonté des mains de ses contempteurs, pour expliquer des phénomènes juridiques préexistants, en lui octroyant une prestigieuse origine : le Code de 1804. On trouve une évolution semblable dans la publication posthume du cours de droit civil de Charles Beudant. Si l'expression « *autonomie de la volonté* » ne se trouve pas dans la première édition (1906), elle a été intégrée dans la seconde édition publiée dans les années 1930. D'une part, de manière anecdotique, pour signaler que la théorie de l'autonomie de la volonté doit être rejetée comme explication de la jurisprudence sur le paiement de l'indu et l'enrichissement sans cause<sup>108</sup>. D'autre part, plus fondamentalement, elle est utilisée dans le tome introductif (1934), au paragraphe intitulé « *L'autonomie de la volonté et l'équilibre des libertés* », pour traduire l'idée que « *le droit, c'est l'autonomie de l'être humain* »<sup>109</sup> et proclamer, en se réclamant de Victor Cousin, que le respect des droits individuels s'impose à l'Etat et à la loi. Les différences entre les deux éditions, séparées par un peu moins d'une trentaine d'années, prouvent que la théorie de l'autonomie de la volonté ne s'est imposée, comme fondement de la force obligatoire des contrats, que plus tardivement qu'on le croit habituellement, à savoir pas avant les années 1920-30.

En 1930, paraît le Tome 6 du Traité théorique et pratique de Planiol et Ripert, rédigé avec le concours de Paul Esmein. Alors que le Traité élémentaire a jusqu'ici ignoré la théorie de l'autonomie de la volonté, on trouve ici une section entière qui lui est consacrée<sup>110</sup>, où les auteurs enseignent que ce principe « *a été considéré, depuis le Code civil, com-*

<sup>104</sup> Le même procédé a été utilisé par la doctrine pour la théorie de la propriété souveraine qui serait dans l'article 544 du Code civil, ce qui est historiquement faux, cf. JP. Chazal, Le propriétaire souverain, archéologie d'une idole doctrinale, RTD.civ. 2020, p.1 et s.

<sup>105</sup> Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, 1898, p.20.

<sup>106</sup> Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, 4<sup>ème</sup> éd. 1923, n°25. Cf. aussi les n°236 et s. où Capitant décrit, dans une section II, le « rôle de la volonté dans les actes juridiques » en y voyant « l'élément essentiel de tout acte juridique ». Dans la première édition, cette section II était sobrement intitulée « Des actes juridiques » (op.cit., 1<sup>ère</sup> ed. p.209).

<sup>107</sup> Op.cit., 4<sup>ème</sup> éd. n°230, p.295.

<sup>108</sup> C. Beudant, Cours de droit civil Français, 2<sup>nde</sup> éd., par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière avec la collaboration de R. Rodière, T. IX bis, 1952, n°1727 et 1741.

<sup>109</sup> C. Beudant, Cours de droit civil français, T. I, 2<sup>nde</sup> éd. 1934, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière avec la collaboration de Mme Béquignon-Lagarde, n°22.

<sup>110</sup> M. Planiol et G. Ripert, Traité théorique et pratique de droit civil français, T. VI, 1930, avec le concours

*me ayant atteint, dans les rapports d'obligations, une importance plus fondamentale encore que dans les autres parties du droit* ». Aucune preuve historique n'est avancée pour étayer une telle affirmation, mais les auteurs n'en éprouvent pas le besoin, comme si ce récit tenait tout seul par la seule force de conviction de son énoncé. Georges Ripert, continuant le *Traité élémentaire* de Planiol, avec l'aide de Jean Boulanger, intègre dans celui-ci la nouvelle ligne doctrinale du *Traité théorique et pratique*, en proclamant que le Code civil « *marque le triomphe de l'autonomie de la volonté* »<sup>111</sup>. Sans en apporter la moindre preuve, Ripert affirme que cette théorie se rattache à la philosophie des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, qui a « *triomphée* » sous la Révolution et a été « *fortifiée* » par le libéralisme économique (doctrine suivant laquelle le libre échange des produits et des services « *est le meilleur stimulant de la production et le plus juste procédé de répartition* »)<sup>112</sup>. Si, pour Ripert, l'autonomie de la volonté n'est pas un « *principe* » mais seulement une « *théorie* » traduisant une conception philosophique, qu'il ne faut pas confondre avec « *le principe de la liberté contractuelle* », qui serait une « *règle technique d'organisation* »<sup>113</sup>, il professe cependant que l'idée de liberté contractuelle aurait été « *inspirée dans la pensée des rédacteurs du Code civil par le principe de l'autonomie de la volonté* »<sup>114</sup>. Thèse stupéfiante qu'aucun auteur du XIX<sup>e</sup> siècle ni aucun historien sérieux n'a jamais soutenue.

On assiste donc à partir des années 1930 à la propagation, au sein de la doctrine civiliste française, d'une présentation révisée de l'histoire du droit consistant à loger dans le Code de 1804 une théorie qui n'existait pourtant pas à l'époque, afin de l'immuniser contre les critiques dont elle est la cible au tournant du siècle, évitant ainsi le débat sur sa légitimité et sa pertinence. Ainsi, Louis Josserand, pourtant par ailleurs favorable au mouvement de socialisation du droit, enseigne que le principe de l'autonomie de la volonté se trouve énoncé par l'article 1134 du Code civil<sup>115</sup>. Julliot de la Morandière, continuant l'œuvre de Colin et Capitant, ajoute l'idée que

« *le Code, dans l'article 1134, fait de la liberté des conventions, de l'autonomie de la volonté individuelle, une des pièces maîtresses, à côté de la propriété individuelle, de toute son organisation* »<sup>116</sup>.

Après la seconde guerre mondiale la tendance se généralise, comme si la prolifération et la répétition d'une affirmation doctrinale fautive suffisaient à créer une vérité historique. Jean Carbonnier écrit ainsi que la théorie de l'autonomie de la volonté a « *marqué le Code civil, en harmonie avec l'idéologie individualiste de 1804* »<sup>117</sup>. Dans la rubrique

---

de P. Esmein, n°14 et s.

<sup>111</sup> *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel Planiol, revu et complété par G. Ripert avec le concours de J. Boulanger, T.II 3<sup>e</sup>ème éd. 1949, n°11.

<sup>112</sup> *Op.cit.*, n°17.

<sup>113</sup> *Op.cit.*, n°16.

<sup>114</sup> *Op. cit.*, n°93.

<sup>115</sup> L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 1930, T.II, n°403.

<sup>116</sup> *Précis de droit civil*, publié d'après le *Cours élémentaire de droit civil français* d'A. Colin et H. Capitant, T.II, 7<sup>e</sup>ème éd. 1943 par Léon Julliot de la Morandière, n°5.

<sup>117</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, T.II, Les biens et les obligations, 2<sup>e</sup>ème partie, PUF. 1957, n°94.

« *Etat des questions* » de son manuel, il entreprend le récit, historiquement inventé, de l'autonomie de la volonté qui remonterait à l'École du droit naturel, au droit canonique et à la Réforme, puis aurait été consolidée sous la Révolution au travers des idées de Rousseau et de Kant, avec en prime le contresens total sur la fameuse phrase d'Alfred Fouillée « *Qui dit contractuel, dit juste* », (contresens qu'il reprend probablement de la thèse de Gounot et qui sera ensuite rabâchée par la plupart des auteurs postérieurs<sup>118</sup>). Les leçons de droit civil d'Henri, Léon et Jean Mazeaud<sup>119</sup> présentent l'autonomie de la volonté comme « *le principe essentiel* » pour les rédacteurs du Code civil, dont l'article 1134 serait le siège (oubliant que quatre pages avant ils proposaient à la lecture un texte de Bigot-Préaumeu dans lequel est expliqué les larges emprunts du Code de 1804 au droit romain des contrats, qualifié de « *raison écrite* », auquel la théorie de l'autonomie de la volonté était complètement étrangère).

A partir des années 1960-1970, les auteurs qui publient de nouveaux manuels qui, nous l'avons vu, n'oblitérent pas le débat doctrinal, ne reprennent pas tous à leur compte cette histoire romancée de l'autonomie de la volonté. C'est le cas de Boris Starck que cette question historique ne semble pas intéresser ; il est vrai que n'étant pas un disciple fervent de la conception volontariste et libérale du contrat, il n'éprouvait pas le besoin de forcer historiquement sa légitimité. C'est aussi le cas d'Alex Weill, qui considère que la théorie de l'autonomie de la volonté « *était la doctrine des commentateurs du Code* », influencés par le droit canonique, le droit naturel, la philosophie du contrat social et les économistes du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>120</sup>. D'autres auteurs sont plus ambigus, à l'instar de Marty et Raynaud : « *il est aisé de constater que le Code civil avait consacré sinon les principes philosophiques du moins les solutions techniques préconisées par la théorie de la volonté (...)* », tout en précisant quelques lignes plus bas que les rédacteurs du Code « *n'ont pas formulé celui [le principe] de l'autonomie de la volonté mais ce dernier a pu être dégagé par les interprètes de l'ensemble des solutions positives du Code qui en consacrent les conséquences* »<sup>121</sup>. En résumé, la théorie (transformée subrepticement en principe) existait dans le Code sans être expressément formulée. C'est aussi la position de Jacques Flour pour qui l'autonomie de la volonté, qui « *commande le principe de la force obligatoire du contrat* », a exercé sur l'article 1134 du Code civil une « *influence inavouée* » mais « *certaine* »<sup>122</sup>.

Un discours qui voit dans la réalité historique quelque chose qui n'a jamais existé ressortit au domaine de l'idéologie et non à celui de la science. Il produit cette fausse cons-

<sup>118</sup> Sur les erreurs d'interprétations de la phrase de Fouillée et la manière dont les juristes la citent, lire Louise Rolland, « *Qui dit contractuel, dit juste.* » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons, (2006) 51 McGill L.J. 765.

<sup>119</sup> H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T.2, Montchrestien 1956, n°28 et s. et 116 et s.

<sup>120</sup> A. Weill, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz 1971, n°50 et 54. Plus discutable est sa position consistant à placer l'apogée de l'autonomie de la volonté à partir de 1853, date de la première traduction française de la Métaphysique du droit de Kant, initialement parue en 1796.

<sup>121</sup> G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T.II, 1er vol., *Les obligations*, Sirey 1962, n°45 et 46.

<sup>122</sup> J. Flour, *Droit civil, Les obligations*, Vol. 1, *L'acte juridique*, avec le concours de J-L. Aubert, A. Colin 1975, n°101 et 106. La présentation du manuel sera considérablement modifiée dans la 9<sup>ème</sup> édition (2000), avec l'arrivée d'E. Savaux comme co-auteur.

science qui tend à faire croire qu'une théorie aurait la nature et la force d'une loi, alors que sa construction est postérieure de plus d'un siècle à la loi qui prétendument l'aurait consacrée. Il n'est pas étonnant de retrouver, chez les auteurs qui ont entretenu un rapport aussi désinvolte à l'histoire, un rapport inadéquat à la réalité juridique qui, dans les mêmes manuels et traités, se trouve en partie refoulée.

### 3. Le refoulement de la réalité

Immunisée contre la controverse, légitimée par une histoire romancée, la théorie de l'autonomie de la volonté était en difficulté sur un autre front : celui de la confrontation avec la réalité. En effet, à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le législateur commence à voter des lois protectrices de certains contractants, lesquels vont avoir tendance à s'accroître en nombre dans les années 1920-30. La jurisprudence, bien que timide, n'est pas en reste qui ajoute, aux stipulations exprimées dans certains contrats, des obligations non prévues par les parties, comme l'obligation de sécurité. Dans une démarche scientifique, ces évolutions du droit positif auraient dû conduire la doctrine à accorder bon gré mal gré un certain crédit à la théorie solidariste (ou du moins à certaines de ses assertions), et donc à amender, sinon abandonner, la thèse volontariste qui servait de schéma explicatif global. Cela ne s'est pas produit. La lecture des manuels et des traités montre que, si les auteurs connaissent bien évidemment ces évolutions (et en rendent compte d'une manière plus ou moins exhaustive, tout en les déplorant souvent), ils les refoulent pour pouvoir maintenir, dans leur enseignement, une conception du contrat fondée sur la liberté, la volonté et l'individualisme. La réalité est alors charcutée afin de reléguer à la marge des éléments contraires aux dogmes constituant les fondations de cette conception qui va se maintenir dans l'enseignement doctrinal au prix de la construction d'un monde d'illusions reflétant une réalité déformée.

Le procédé n'est pas nouveau. Des accommodements avec la réalité juridique existaient déjà dans la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle, par rapport au Code civil lui-même. Planiol considérait, par exemple, que le consentement était la condition essentielle de formation des contrats, contre la lettre de l'article 1108 qui disposait que les conditions essentielles étaient au nombre de quatre. Il postulait donc, de son propre chef que parmi les quatre conditions qualifiées d'essentielles par la loi, l'une d'entre elles était plus essentielle que les autres ! Dans la même veine, pour Josserand, la définition du consentement, qui n'est rien d'autre que l'accord de volontés en vue de créer des obligations, « *se confond donc avec celle du contrat lui-même* »<sup>123</sup> ; ce que le Code civil n'a jamais dit. Charles Beudant, pour sa part, enseignait que le contrat était au-dessus de la loi, affirmation que l'on peut qualifier de fausse par son exagération eu égard au droit positif français dans lequel le contrat a toujours été soumis à la loi.

À partir des années 1930, la dissonance entre le droit positif et l'enseignement doctrinal s'amplifie. Le législateur, mais aussi le juge dans une moindre mesure, multiplie les immixtions dans les contrats privés, discréditant la thèse suivant laquelle le contrat se-

<sup>123</sup> Cours de droit civil positif français, T.II, 1930, n°41.

rait la chose des parties, qu'il serait le produit de leurs volontés souveraines. Comment les manuels et traités ont-ils rendu compte de cette évolution ? La plupart mentionnent l'ampleur des évolutions morales, économiques, sociales et politiques qui transforment la société française et bouleversent la conception volontariste du contrat. Mais ce qui aurait dû les conduire à conclure, qu'en droit positif, le contrat ne pouvait plus s'expliquer par la souveraine volonté et liberté des contractants, provoque une réaction inverse. Non seulement les évolutions du droit positif n'ont pas incité la doctrine à changer de paradigme, mais elles ont entraîné le contraire, à savoir une exacerbation doctrinale du volontarisme comme théorie explicative du droit des contrats.

Dans le *Traité théorique et pratique* de Planiol et Ripert<sup>124</sup>, les évolutions sociales, économiques et politiques en matière contractuelle sont brièvement rappelées, et les auteurs notent la multiplication des interventions de législateur au sein des contrats. Il n'empêche : la théorie de l'autonomie est utilisée pour rendre compte du droit positif, quand bien même des limites à celle-ci doivent être admises. Les auteurs affirment que

*« La théorie de l'autonomie de la volonté ne se contente pas de cette exaltation de la volonté souveraine créant les rapports juridiques. Elle enseigne que cette volonté ne doit être limitée que par des motifs impérieux d'ordre public (art. 6 C.civ.) et que ces restrictions doivent être réduites au minimum, que les intérêts librement débattus concordent avec le bien public, et qu'aucune injustice ne peut naître du contrat puisque les obligations sont librement consenties »*<sup>125</sup>.

Non seulement, il n'y a rien de scientifique ni de démontré dans ces affirmations, mais il est faux de prétendre que l'article 6 du Code civil corsete le législateur en matière contractuelle, puisque ce texte ne vise qu'à interdire les conventions contraires à l'ordre public, lequel est déterminé par le législateur lui-même, sans que son pouvoir ne soit limité par l'exigence de justifier de « motifs impérieux ». Après avoir rapidement rendu compte des critiques en une page (Duguin, Demogue et Gounot sont cités) et concédé que « de telles exagérations créant une mystique du contrat ont naturellement amené une réaction »<sup>126</sup>, les auteurs se lancent dans une « défense de la liberté contractuelle », qu'ils assimilent à l'autonomie de la volonté<sup>127</sup>, car la négation de celle-ci aboutit forcément à « une réglementation tyrannique et à une destruction de la prospérité née du commerce libre », comme le montrerait, selon eux, l'exemple de l'URSS. S'en suivent cinq pages énumérant les limites apportées par la loi et la jurisprudence au principe de l'autonomie de la volonté, qui reste pourtant le modèle général expliquant le droit positif.

<sup>124</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, T. VI, 1930, avec le concours de P. Esmein, n°25.

<sup>125</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, T. VI, 1930, avec le concours de P. Esmein., n°14, p.21. A noter que Ripert est beaucoup plus prudent et mesuré sur la valeur de la théorie de l'autonomie de la volonté dans la monographie qu'il publie la même année : *La règle morale dans les obligations civiles*, 1930, n°22.

<sup>126</sup> *Op.cit.*, n°15.

<sup>127</sup> *Op.cit.* n°16.

Dans le *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel Planiol, revu et complété par Ripert, la présentation n'est pas tout à fait identique. Les évolutions qui affectent le droit positif sont plus longuement décrites (il faut dire qu'une décennie d'intervention législative est passée depuis la parution de la 1<sup>ère</sup> édition *Traité théorique et pratique*). Les auteurs insistent notamment sur l'influence des idées morales (l'idée de bonne foi « *est arrivée à dominer toute la théorie de l'obligation* »<sup>128</sup>) et du mouvement démocratique et social (« *qui a transformé le droit français depuis cinquante ans* » et qui « *a bouleversé la théorie de l'obligation* »<sup>129</sup>), sur les modifications affectant l'ordre économique (« *le libéralisme économique a fait place à une politique socialiste, au sens large du mot, et plus précisément à une économie dirigée* »<sup>130</sup>). Devant des bouleversements aussi considérables, on aurait pu s'attendre à un changement de paradigme. Ripert le suggère d'ailleurs : « *il n'est pas étonnant qu'il y ait un recul du contrat et une nouvelle conception du rapport obligatoire* ». Pourtant de révolution scientifique il n'y a pas : Ripert maintient l'autonomie de la volonté (qui est même qualifiée non plus de théorie, mais de « *principe* »<sup>131</sup>) comme fondement de l'obligation, même s'il concède qu'elle n'est pas souveraine et qu'elle doit être corrigée par « *l'idée de morale de justice* ». A première vue, cette « *idée de morale de justice* » pourrait être interprétée comme une concession au solidarisme contractuel. Ce serait une erreur de le croire, car, lorsqu'il s'agit d'aborder la force obligatoire du contrat, Ripert revient à l'autonomie de la volonté. On comprend alors que ce qu'il entend par « *idée de morale de justice* », c'est le respect de la parole donnée<sup>132</sup>. D'où une tonalité décliniste et crépusculaire dans un discours qui est censé décrire le droit positif : la fin du règne de la « *doctrine de l'autonomie de la volonté* (qu'il enseigne pourtant toujours) et « *ce respect du contrat aujourd'hui disparu* »<sup>133</sup>. Ripert explique que, si elles ne doivent pas être toutes condamnées, les interventions du législateur ont dans l'ensemble eu « *ce résultat déplorable de détruire la croyance à la force obligatoire du contrat et d'autoriser les parties à ne plus respecter la parole donnée* »<sup>134</sup>. Mais ce constat (qui relève plus de l'opinion) ne le conduit cependant pas à changer sa doctrine : le contrat repose toujours sur la volonté, car :

« *il vaut mieux laisser les hommes régler eux-mêmes leurs rapports juridiques que d'essayer de les régler par la force de la loi* », même s'il faut admettre que « *dans l'Etat moderne, le domaine du contrat se rétrécit sous la poussée d'un interventionnisme croissant* »<sup>135</sup>.

La doctrine enseignée n'est donc pas, de l'aveu de l'auteur, une description de la réalité juridique, mais un moyen de résister aux évolutions jugées néfastes de celle-ci.

<sup>128</sup> *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel Planiol, revu et complété par G. Ripert avec le concours de J. Boulanger, T.II 3<sup>ème</sup> éd. 1949, n°12.

<sup>129</sup> *Op.cit.*, n°13.

<sup>130</sup> *Op.cit.*, n°14.

<sup>131</sup> *Op.cit.*, n°22.

<sup>132</sup> *Op.cit.*, n°442.

<sup>133</sup> *Op.cit.*, n°444 et 445.

<sup>134</sup> *Op.cit.*, n°445.

<sup>135</sup> *Op.cit.*, T.II, n°93.

De manière étonnante, Louis Josserand est sur une ligne très proche de celle de Ripert, lui qui est parfois classé parmi les solidaristes. Il partage le même constat désabusé sur la fin et la ruine du contrat, dans ses chroniques publiées au Dalloz, où il dénonce le « *contrat dirigé* », regrette « *l'âge d'or contractuel* » de l'autonomie de la volonté, ou encore critique le « *forçage du contrat* » qui fait que « *les contractants ne sont plus maîtres chez eux* »<sup>136</sup>. Malgré ces constats, Josserand se montre partisan de la théorie de l'autonomie de la volonté dans son Cours de droit civil positif publié en 1930. Il n'est, en effet, pas convaincu par des théories apparemment modernes relatives au contrat d'adhésion ou à la déclaration de volonté, qu'il juge rétrogrades. Il postule qu'il « *n'existe aucune bonne raison de limiter, à notre époque de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté, le champ d'application du contrat* », lequel n'exige nullement l'égalité économique mais seulement l'égalité juridique<sup>137</sup>. Mieux, à l'instar de Planiol, il voit dans le consentement le substratum du contrat<sup>138</sup>. Bien que sensible à l'idée de l'intervention du juge dans un souci d'équité et de sanction des abus de droit, celle-ci est présentée comme une exception au principe de l'autonomie de la volonté<sup>139</sup>. Il ne dit rien sur les obligations de loyauté et de coopération que Demogue prétend tirer de la bonne foi, alors même que, dans ses articles publiés par ailleurs, il accueille favorablement la jurisprudence qui enrichit le contrat de nouvelles obligations<sup>140</sup>. Bref, dans son Cours de droit civil, il ne change pas de paradigme et se rallie à la théorie volontariste du contrat, gardant ses idées plus originales pour d'autres publications où il se montre sensible à la nécessité de protéger la partie faible, notamment par une certaine généralisation de la lésion<sup>141</sup>. C'est un peu comme si la réalité juridique décrite dans son ouvrage didactique n'était pas la même que celle étudiée dans ses articles.

Les leçons de droit civil de Henri, Léon et Jean Mazeaud adoptent une présentation similaire<sup>142</sup>. A l'instar de Ripert, ils décrivent les facteurs moraux, sociaux, politiques et économiques de l'évolution du droit positif des contrats. Puis, ils attirent l'attention du lecteur sur les dangers de décisions politiques qui l'emporteraient sur les conceptions juridiques : « *Les assemblées élues ont tendance à protéger les intérêts du plus grand nombre,*

<sup>136</sup> Le contrat dirigé, D.H. 1933, p.89 ; Un ordre juridique nouveau, D.H. Chron., p.1 ; Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal, D.H. 1940, Chron., p.5. sur la pensée de Josserand et sa complexité en matière contractuelle, cf. J.P. Chazal, L. Josserand et le nouvel ordre contractuel, Revue des contrats 2003, p.325 ; « Relire Josserand », oui ... mais sans le trahir ! D. 2003, Chron. p.1777 ; La nécessaire protection de la partie faible et la tentative de maintenir le compromis républicain, in Un ordre juridique nouveau ?, Dialogues avec Louis Josserand, dir. W. Dross et T. Favario, Mare & Martin 2014, p.227.

<sup>137</sup> L. Josserand, Cours de droit civil positif français, 1930, T.II, n°14, 15 et 32.

<sup>138</sup> Op.cit., T.II, n°41.

<sup>139</sup> Op.cit., T.II, n°403 et s.

<sup>140</sup> L'essor moderne du concept contractuel, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Génys, 1934, T.II, p.333 ; Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTD.Civ. 1937, p.1.

<sup>141</sup> L. Josserand, La protection des faibles par le droit, in Evolutions et Actualités, conférences de droit civil, Sirey 1936, p. 159.

<sup>142</sup> H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, T.2, Montchrestien 1956, n°28 et s. et 116 et s.

et non des plus faibles, au mépris d'autres intérêts légitimes et respectables, mais électoralement, moins efficaces » (même s'il n'est pas cité, l'antiparlementarisme de Ripert<sup>143</sup> n'est pas loin). Ils disent ensuite rejeter le régime d'économie dirigée, qui supprime dans une large mesure la liberté des contrats et rencontre « l'hostilité des français » (sic), l'exemple de l'URSS servant d'épouvantail. Les écoles libérales et sociales ou socialistes sont très brièvement décrites et renvoyées dos à dos : l'excès de liberté tout comme l'excès de réglementation sont dangereux, disent-ils. Puis ils déplorent que « les contractants rencontrent des restrictions de plus en plus nombreuses à leur liberté de créer des obligations » et que « le législateur a donc fait céder l'intérêt individuel devant l'intérêt social ». Cependant, lorsqu'il s'agit de présenter le droit positif, malgré les nombreuses restrictions apportées à la liberté contractuelle, celle-ci reste le principe. C'est que la réalité du droit positif pèse peu devant des convictions : « le législateur ne doit pas intervenir dans les rapports des contractants » peut-on lire. Et pour justifier cette assertion, qui paraît contredite par tous les constats dressés par les auteurs eux-mêmes, rien de mieux que la proclamation de l'autonomie de la volonté, qui sert de repoussoir idéologique à la politique interventionniste décidée par la représentation nationale.

Le refoulement le plus spectaculaire de la réalité se trouve chez Jean Carbonnier. Après avoir enseigné que le droit positif était régi par le principe de l'autonomie de la volonté, depuis 1804, il en vient au XX<sup>ème</sup> siècle et au temps des contestations : il cite Gounot et Josserand, mais ni Demogue ni Saleilles, et se contente d'une seule phrase pour résumer « qu'au XX<sup>ème</sup> siècle, l'individualisme étant battu en brèche, l'autonomie de la volonté a fait l'objet de vives critiques ». Mais son idéologie l'empêche d'en rester à un constat aussi défaitiste. Il n'hésite donc pas à jouter, sous forme de conclusion :

« il faudrait se demander, pourtant, si la philosophie de l'engagement si fort prisee à notre époque – philosophie et engagement peu catégoriques, il est vrai – n'implique pas, pour le jour où l'on s'avisera d'en tirer des déductions civilistes, un retour de l'autonomie de la volonté »<sup>144</sup>.

Si on comprend bien, ce principe de l'autonomie de la volonté, si fondamental en droit positif qu'il est exposé dans le corps du manuel, aurait donc disparu au moment même où ledit manuel est écrit, mais avec l'espoir d'une résurrection prochaine, tout en continuant à être exposé comme caractérisant l'état du droit positif !

Ici, comme pour les points précédents, les auteurs qui publient de nouveaux manuels dans les années 1960 et 1970 (ceux de Marty et Raynaud, Starck, Weill et Flour) sont plus sensibles aux évolutions du droit positif (lois et jurisprudence). Non seulement ils

<sup>143</sup> Le Régime démocratique et le droit civil moderne ; LGDJ 1936, 2<sup>nd</sup>e éd. 1948. Sur cet ouvrage, cf. J-P. Chazal, Ripert et le déclin du contrat, RDC. 2004, p.244 et s..

<sup>144</sup> Dans les dernières éditions de son manuel, Carbonnier apporte de nouvelles considérations montrant qu'il n'a pas renoncé à la théorie de l'autonomie de la volonté. Il estime que l'autonomie de la volonté « aurait pu puiser de nouvelles forces » (le conditionnel implique que cela n'a pas été le cas) avec la philosophie de l'engagement, le courant libertaire de mai 1968, l'engouement pour l'autogestion. Il semble fonder davantage d'espoir dans les suites qu'auront les révolutions de 1989 dans les pays de l'Est, la déroute des régimes communistes et le « triomphe de l'économie de marché », Droit civil, T.4, Les obligations, PUF. 22<sup>ème</sup> éd. 2000, n°20.

en rendent compte, mais ils s'efforcent d'en tirer des conséquences théoriques sur la notion de contrat. Certains parlent volontiers de « crise » du contrat, même s'il ne s'agit que d'une crise de la conception volontariste et libérale de celui-ci. S'il n'y a pas de changement de paradigme (sauf dans le traité de droit civil de Jacques Ghestin), car la liberté demeure le principe, celle-ci n'est plus présentée comme la seule valeur se trouvant au fondement de la force obligatoire des contrats ; elle est concurrencée par d'autres valeurs, notamment sociales, qui en limitent les effets. Les auteurs évoquent le développement de la réglementation impérative, la renaissance du formalisme, la sanction des abus de liberté contractuelle, les atteintes à l'effet relatif des conventions, les contrats forcés, les contrats d'adhésion, la multiplication des règles d'ordre public économique, etc. En résumé, la volonté des parties demeure le principe de la création des obligations contractuelles, mais elle se trouve toujours plus limitée, encadrée, contrariée. Il aura donc fallu plusieurs décennies d'évolution du droit positif pour que les ouvrages didactiques renoncent partiellement à présenter le contrat comme le produit de la seule volonté autonome des contractants. Cette pénétration de la réalité juridique dans le discours doctrinal ne s'est donc pas faite sans difficulté et elle demeure somme toute très modeste. La doctrine a bien du mal à en rendre compte autrement que par une tentative de compromis mi-théorique mi-idéologique. Flour résume parfaitement cette position doctrinale : « *l'autonomie de la volonté n'est plus absolue ; elle demeure la règle* »<sup>145</sup>. C'est cette mutation qu'a connue l'autonomie de la volonté en doctrine (de théorie elle est devenue une règle) qu'il faut maintenant examiner.

#### **4. La mutation épistémologique de l'autonomie de la volonté : de la théorie au principe**

D'un point de vue historique, ce sont les critiques solidaristes qui ont poussé les juristes volontaristes et individualistes à s'approprier la théorie de l'autonomie de la volonté en prétendant la trouver dans le Code de 1804. Cette théorie est donc née d'une réaction doctrinale à une menace de nature politique qui pesait sur le contrat (ou du moins sur la conception volontariste et libérale de celui-ci) et sur la société (ou du moins sur la conception individualiste). Cependant, la controverse ne s'est pas exprimée de manière très explicite. De fait, en doctrine française, peu d'auteurs sont à l'aise avec l'idée que le droit serait aussi un débat ou un combat politique (au sens où des valeurs à défendre sont en jeu). Ripert est probablement un de ceux-là (du moins dans ses monographies), mais il est isolé. La plupart des auteurs vont replier le droit sur sa seule technique, comme si celle-ci était un donné et non pas un construit, rejetant ainsi les travaux de Gény. Sous cette influence technicienne, l'autonomie de la volonté passe du statut épistémologique de théorie à celui de principe juridique duquel découleraient un certain nombre de règles et de conséquences juridiques, même si parfois le langage des auteurs n'est pas très ferme et passe alternativement de l'un à l'autre en quelques lignes. Nous sommes au cœur du processus de dépolitisation apparente du droit par sa technicisation, avec pour effet

<sup>145</sup> J. Flour, *Droit civil, Les obligations*, Vol. 1, *L'acte juridique*, avec le concours de J.-L. Aubert, A. Colin 1975, n°126.

un renforcement du statut épistémologique de l'autonomie de la volonté qui passe subrepticement du statut de théorie explicative du droit positif à celui de norme faisant partie de celui-ci.

Dans le Tome 6 du *Traité théorique et pratique* de Planiol et Ripert, rédigé avec le concours de Paul Esmein, l'autonomie de la volonté est présentée comme un principe juridique ayant été consacré par l'article 1134 du Code civil et exprimant l'idée de liberté qui permet de faire tout ce qui n'est pas interdit. Les conséquences juridiques qui en découlent sont : 1) la liberté de contracter ou de ne pas contracter, 2) la liberté de déterminer le contenu des contrats sous réserve de l'ordre public, 3) liberté de choisir la législation d'un pays pour régir le contrat ou d'écarter les lois supplétives, 4) liberté d'expression des volontés quant à la forme, sauf les solennités exceptionnellement prévues par la loi, 5) l'interprétation des conventions suivant la volonté des parties. Cette présentation oblige ensuite les auteurs à exposer les nombreuses limites et exceptions au principe, inaugurant ici une figure qui connaîtra un grand succès, malgré son caractère contradictoire et absurde : la volonté est souveraine et autonome, mais pas tout à fait, ou même pas du tout, en réalité.

On retrouve la même structure contradictoire dans les *Leçons de droit civil* des Mazeaud : le principe de l'autonomie de la volonté est édicté en un paragraphe, les restrictions abordées dans les 7 pages suivantes<sup>146</sup>. Cette structure s'ancre durablement dans le discours doctrinal, au point de devenir un passage obligé. Epurée des soubassements politiques qui la justifiaient dans les années 1930, elle acquiert une force didactique inédite. Cette présentation ne peut être détachée d'une conception dépolitisée du droit ; ainsi, dans les *Leçons de droit civil*, on peut lire la phrase suivante : « *Le droit, s'il est tributaire des nécessités sociales, doit échapper aux fins politiques et électorales* »<sup>147</sup>, révélatrice d'un tournant doctrinal qui va tenter de replier le droit sur la seule technique juridique.

Dans son manuel de *Droit civil* publié en 1957<sup>148</sup>, Jean Carbonnier se livre exactement à cette tâche de transformer un débat politique en présentation purement technique. On repère ce geste à deux caractéristiques. D'une part, les controverses doctrinales et la description des évolutions sociales, économiques et politiques sont gommées ou réduites à quelques références. Ceci est paradoxal, car les manuels de la collection *Thémis* sont réputés pour les ouvertures historiques et théoriques censées peupler la rubrique « *Etat des questions* », qui suit un exposé très dogmatique du droit positif. Mais le paradoxe n'est peut-être qu'apparent : comment prendre au sérieux la controverse et l'histoire quand on confère la préséance à la dogmatique, laquelle est enseignée au premier chef ? D'autre part, ce qui était une théorie devient un principe juridique, même si comme chez Ripert, la formulation a tendance à varier selon les passages. Carbonnier consacre donc un préambule aux « *notions générales* » dans lequel il explique que si les actes juridiques sont divers, ils ont pour moteur commun et invariable la volonté humaine « *libérée par*

<sup>146</sup> H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T.2, Montchrestien 1956, n°117 et s.

<sup>147</sup> H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T.2, Montchrestien 1956, n°127, p.100.

<sup>148</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome 2nd, Les biens et les obligations, 2ème partie Les obligations, PUF. Coll.éc. *Thémis* 1957, p. 307.

*le principe de l'autonomie de la volonté* ». Puis de manière plus spécifique, il enseigne que l'autonomie de la volonté est une « *théorie de philosophie juridique, suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation* », pour ensuite revenir à l'idée que « *la volonté individuelle* » est « *le principe du contrat* »<sup>149</sup>. Carbonnier, dont l'objectif est de techniciser l'autonomie de la volonté, reconnaît que ce principe « *n'a jamais été posé comme un absolu dans les lois* », des restrictions l'ont toujours tempéré. Outre le fait que ce prétendu principe n'a jamais été posé par les lois (ni en 1804 ni après), il est contraint de reproduire la contorsion intellectuelle imposée par un discours contradictoire : affirmer à la fois que la volonté est à l'évidence autonome pour former un contrat, mais qu'en réalité ce n'est pas le cas, puisqu'il faut bien d'autres choses pour ce faire ; une autonomie hétéronome en quelque sorte. Mais pour Carbonnier l'important est ailleurs. Erigeant l'autonomie de la volonté en principe juridique, il en tire quatre conséquences techniques : 1) la liberté de contracter, 2) la force obligatoire des parties tant à l'égard des parties que du juge et de la loi, 3) le consensualisme et 4) l'interprétation des stipulations contractuelles en fonction de ce qui a été voulu par les parties. C'est exactement la thèse volontariste que Gounot prenait pour cible dans sa thèse, sauf que la systématisation caricaturale construite pour les besoins de la critique est devenue, un demi-siècle plus tard, une réalité doctrinale.

L'ouvrage de Gabriel Marty et Pierre Raynaud est, quant-à-lui, intéressant en ce qu'il montre à la fois une équivocité et une évolution caractéristique. Dans la première édition (1963), les auteurs décrivent, à l'instar de Carbonnier, « *les conséquences techniques du principe de l'autonomie de la volonté* », après avoir pourtant reconnu que l'autonomie de la volonté était une théorie, laquelle découlait de la « *théorie libérale* »<sup>150</sup>. Cependant l'ambiguïté épistémologique du statut de l'autonomie n'est pas le plus important dans ce texte. Ce qui est marquant c'est la reconnaissance par les auteurs de la dimension politique de cette théorie et du caractère subordonné et ancillaire de la technique contractuelle. Pour eux, le principal est de comprendre que « *la conception du contrat et de son rôle dans la vie juridique est étroitement liée aux idées dominantes en philosophie, en morale et en économie politique* » et l'essentiel est de bien déterminer le choix effectué par le droit positif entre une conception libérale et sociale du contrat<sup>151</sup>. La perspective change complètement dans la seconde édition (1988), due à la seule plume de P. Raynaud, dans laquelle l'auteur avance une proposition de « *solution* » repliée sur la technique et fondée sur le constat que le contrat est « *un acte de volonté* » ; « *quant à savoir si cette volonté est autonome il s'agit d'une question de philosophie du droit, liée à la querelle du droit objectif et des droits subjectifs sur laquelle on peut se dispenser de prendre parti dès l'instant que les solutions du droit positif sont claires* ». Par cette technicisation du droit des contrats l'auteur se dispense de choisir une philosophie du contrat, alors que ce choix semblait crucial vingt-cinq ans avant.

<sup>149</sup> Op.cit., n°92.

<sup>150</sup> G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Les obligations, T. 1, les sources, Sirey 1962, n° 30 à 34 et s.

<sup>151</sup> G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Les obligations, T. 1, les sources, Sirey 1962, n°28 et s.

« C'est ainsi que si la liberté des conventions et la force obligatoire du contrat sont des conséquences logiques et nécessaires de l'autonomie de la volonté, elles peuvent comporter des limitations même pour les partisans de cette autonomie et que, par ailleurs, elles sont admissibles pour ceux qui font découler la valeur et la force du contrat du seul droit objectif qui les consacre »<sup>152</sup>.

Cette position syncrétique n'a été rendue possible que par la dépolitisation du débat et par la croyance suivant laquelle le droit positif est clair et précis (ce que l'on peut ne pas croire) et qu'il suffit de l'analyser et le décrire (empirisme positiviste abandonné depuis longtemps par l'épistémologie) pour faire œuvre de science.

Dans son manuel écrit avec le concours de J-L Aubert, J. Flour est également persuadé que le droit positif des contrats contient en son sein le principe de l'autonomie de la volonté. Ainsi, il écrit : « Si l'on considère les dispositions plus particulières du Code, on constate que le principe de l'autonomie traduit exactement la réalité concrète du droit positif »<sup>153</sup>. Sur la même ligne que Carbonnier, il fait découler du « principe de l'autonomie de la volonté » les conséquences techniques désormais habituelles : le consensualisme, la liberté, la force obligatoire, l'interprétation et l'effet relatif. On assiste alors à un tour de prestidigitation par lequel une théorie devient réalité, ce qui a pour effet de verrouiller le débat. Et on comprend par-là que la dépolitisation du discours juridique ne concerne pas le fond, lequel est toujours très politisé, mais la forme qui tend à le masquer sous le vernis de la technique<sup>154</sup>. Ce qui pose difficulté dans cette évolution vers une techniciation du droit, c'est qu'elle produit une illusion de neutralité. En effet, la dépolitisation du discours n'est qu'apparente, car la technique juridique est toujours enserrée dans une précompréhension politique du droit et de la société. D'où un renversement idéologique donnant une fausse conscience du droit positif, lequel, s'il est en partie constitué de techniques, est le produit de conceptions politiques (au sens large de choix d'organisation de la société en fonction de valeurs).

L'affleurement du politique est parfois perceptible, même si c'est de manière refoulée, chez les auteurs qui accordent une grande importance à la technique juridique. C'est le cas du Précis Dalloz après le départ d'Alex Weill et son remplacement, lors de la 5ème édition de 1993, par Philippe Simler et Yves Lequette. Il suffit de lire le plaidoyer néolibéral et la critique de l'intervention de l'Etat dans l'économie (citation de F. Hayek à l'appui) pour s'en convaincre<sup>155</sup>. Toutefois, les convictions des auteurs sont présentées comme des vérités d'évidence, non comme des options parmi d'autres dans une con-

<sup>152</sup> G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Les obligations, T. 1, les sources, Sirey 2ème éd. 1988, n°43.

<sup>153</sup> J. Flour, Droit civil, Les obligations, Vol. 1, L'acte juridique, avec le concours de J-L. Aubert, A. Colin 1975, n°95.

<sup>154</sup> A l'exception de Jacques Ghestin qui propose un changement de paradigme avec l'utile et le juste comme fondement d'une nouvelle théorie du contrat censée mieux rendre compte du droit positif et de ses évolutions tout au long du XXè siècle. Les critères du juste et de l'utile étant éminemment politiques, cette théorie ne réduit pas le droit à la seule technique juridique, ce qui explique probablement son absence d'influence notable sur la doctrine française.

<sup>155</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 5ème éd. Précis Dalloz 1993, n°40.

currence entre théories pour rendre compte du droit positif. C'est pourquoi la description des « *tendances sociales* » de Weill est supprimée, comme si elles appartenait à un passé révolu ; tout juste Demogue est-il cité pour indiquer que sa conception du contrat reposerait « *sur une vision probablement trop idéaliste* »<sup>156</sup>. Pourtant, lorsque les effets du contrat sont étudiés, les auteurs sont bien obligés de rendre compte du développement, en jurisprudence, des devoirs de bonne foi, de loyauté et de coopération<sup>157</sup>. Mais le verrou idéologique (prendre ses croyances pour la réalité) interdit tout changement de paradigme, ou même plus modestement toute présentation d'alternatives théoriques crédibles. Ce phénomène doctrinal s'amplifiera au moment de la réception du second solidarisme.

## II. LA RÉCEPTION DU 2ND SOLIDARISME CONTRACTUEL : LE FÉTICHISME DE LA RÉALITÉ JURIDIQUE

La manière dont le second solidarisme contractuel a été accueilli par la doctrine civiliste présente d'importantes similitudes avec la réception du premier mouvement, à l'exception toutefois du débat qui, cette fois, a été relativement présent. Certains manuels en ont rendu compte de manière plus<sup>158</sup> ou moins<sup>159</sup> substantielle ; d'autres demeurent dans le déni<sup>160</sup>. Denis Mazeaud regrette que sur vingt ouvrages consultés, seul moins d'un tiers consacrent au solidarisme contractuel de substantiels développements<sup>161</sup>. Pourtant, je vois un changement dans la manière dont la doctrine de la fin du XX<sup>e</sup> a intégré la controverse dans les ouvrages didactiques, par rapport à ce qui c'était passé lors de la réception du premier solidarisme contractuel. Du point de vue de la démarche scientifique, c'est un incontestable progrès, même si celui-ci est relatif. En mettant, pour l'instant de côté les manuels qui se sont livrés à une critique virulente du solidarisme contractuel, l'impression générale est que la plupart des auteurs sont embarrassés avec l'autonomie de la volonté, dont ils comprennent qu'elle est impuissante à expliquer le droit positif des contrats, sans pour autant parvenir à s'en débarrasser complètement<sup>162</sup>. Jacques Ghestin a

<sup>156</sup> Op. cit., n°41, ce qui n'est évidemment pas le cas, aux yeux des auteurs, de la conception de Hayek suivant laquelle « un ordre peut jaillir d'en bas, du libre ajustement des intérêts particuliers », op. cit., n°40.

<sup>157</sup> Op.cit., n°414 et s.

<sup>158</sup> Ex. F. Fabre-Magnan, Droit des obligations, 1 – Contrat en engagement unilatéral, PUF, Thémis 1ère éd. 2007, n°125 et s. et n°151 ; J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, T.1, Lacte juridique, 9ème éd. Armand Colin 2000, n°119 ; Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre, Droit civil, Les obligations, Sirey 2008, n°653 et s.

<sup>159</sup> Ex. F. Zenati-Castaing et Th. Revet, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats, PUF 2014, p.28 ; S. Porchy-Simon, Les obligations, Dalloz Hyper Cours 2006 4ème éd., n°63 et s. ; M. Poumarède, Droit des obligations, Montchrestien Lextenso 2010, n°80 et s. ; M. Farge, Droit des obligations, LGDJ. 2007, n°36 ; R. Cabrillac, Droit des obligations, Dalloz 2020, 14ème éd., n°28.

<sup>160</sup> Certains n'évoquent pas le solidarisme contractuel en abordant les « théories nouvelles » du contrat (par opposition à la « théorie classique » que serait l'autonomie de la volonté : Ph. Delebecque et F-J. Pansier, Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat, Litec 2010, 5ème éd., n°52 et s..

<sup>161</sup> D. Mazeaud, La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises ..., in Mélanges J. Hauser, LexisNexis-Dalloz, 2012, p.912, note 34.

<sup>162</sup> Il y a des exceptions, comme par exemple le manuel de F. Zenati-Castaing et Th. Revet (Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats, PUF. 2014, p.26) qui pensent que la théorie de

parfaitement résumé la situation : « *en fait, la théorie de l'autonomie de la volonté ne survit plus aujourd'hui qu'en raison d'une ambiguïté* »<sup>163</sup>. D'un côté, ce positionnement correspond à une démarche scientifique : rendre compte de la complexité de la réalité, voire de ses contradictions. Cependant d'un autre côté, la science n'étant pas que description mais surtout construction de problématiques pour tenter d'apporter des réponses, on peut regretter le renoncement à construire une théorie explicative du droit positif. Cet embarras est donc révélateur de la difficulté pour la doctrine française d'adopter une démarche scientifique et d'être capable de proposer un changement de paradigme.

Difficulté mais pas impossibilité, comme le prouve, outre le traité de J. Ghestin déjà cité, le manuel de Flour, désormais rédigé par J-L. Aubert et E. Savaux, qui propose, dans sa 9<sup>ème</sup> édition (2000) une nouvelle théorie : le « *volontarisme social* »<sup>164</sup>. La question n'est pas de savoir si cette nouvelle théorie qui tente une synthèse entre le volontarisme individuel et la dimension nécessairement sociale du contrat est ou non convaincante. Certes, il s'agit moins d'un changement de paradigme que d'une démarche syncrétique. Mais le fait est suffisamment rare dans la doctrine civiliste française, du moins en matière contractuelle, qu'il mérite d'être signalé : la controverse produit une évolution dans la présentation du contrat au sein même d'un ouvrage didactique. Voilà qui caractérise une seule démarche scientifique, laquelle demeure toutefois une exception.

Dans d'autres manuels, le débat a été d'une vivacité plutôt inhabituelle dans la doctrine civiliste française. Cependant, à cause d'un biais idéologique, il s'est révélé stérile. Si l'on met de côté les ouvrages qui, rendant compte des controverses doctrinales, se retranchent derrière une présentation plus ou moins embarrassée du droit positif (avouant que l'autonomie de la volonté n'est probablement pas le principe fondamental qui avait été avancé à partir des années 1920-30, tout en se refusant à oser un changement de paradigme), on constate que l'autonomie de la volonté est parfois encore enseignée comme ayant été consacrée par le Code civil de 1804, alors que des travaux historiques publiés à partir du début des années 1980 ont montré que c'était faux. L'histoire n'est donc plus seulement romancée, elle est falsifiée (1.).

Pour les auteurs qui, tenant compte de ces publications historiques, renoncent à l'enseignement de l'autonomie de la volonté comme incarnation du droit positif français, il y a une tendance lourde à hypostasier leur philosophie du contrat (le plus souvent individualiste et libérale) et les valeurs qu'elle véhicule, en la confondant avec le droit positif (2.). Enfin, le mouvement de dépolitisation apparente du droit va considérablement s'accroître pour dresser un tir de barrage contre le renouveau du solidarisme de la fin des années 1990, avec une hypertrophie inédite de la technique et de la dogmatique juridiques (3.)

---

l'autonomie de la volonté demeure au cœur du régime juridique du contrat.

<sup>163</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ 1993, 3<sup>ème</sup> éd., n°186.

<sup>164</sup> J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, T.1, *Lectures juridiques*, 9<sup>ème</sup> éd. Armand Colin 2000, n°120.

Les conditions de possibilité de ce triple phénomène résident probablement dans une des caractéristiques de l'idéologie, à savoir un fétichisme de la réalité juridique. Ainsi, pour conjurer le renouveau des thèses solidaristes, qu'ils jugent dangereuses, les auteurs vont se servir de la réalité juridique comme d'un élément de preuve de leur inadéquation à celle-ci, alors que cette réalité n'est qu'une construction intellectuelle dont le but est justement de prouver cette inadéquation. Cette démarche autoréférentielle, et bien peu scientifique, a pour effet de conférer à la réalité des pouvoirs qu'elle n'a pas : ceux de trancher un conflit entre des théories concurrentes.

## 1. La falsification de l'histoire

Depuis le début des années 1980 et les travaux précurseurs de Véronique Ranouil<sup>165</sup> et Georges Rouhette<sup>166</sup>, il est établi qu'historiquement la théorie de l'autonomie de la volonté n'a nullement influencé les rédacteurs du Code civil<sup>167</sup>, l'article 1134 al. 1er tirant son inspiration de Jean Domat<sup>168</sup>. Elle n'aurait progressivement émergé qu'à partir des années 1860-1880<sup>169</sup>, voire encore plus tardivement (pas avant les années les années 1920-1930, cf. supra I - C).

A partir de la décennie 1980, un certain nombre d'ouvrages didactiques se gardent donc de reproduire ce qui était devenu un lieu commun doctrinal<sup>170</sup>. Et c'est heureux car, après tout, la démarche scientifique se reconnaît à la capacité d'une communauté savante à rectifier les erreurs commises et enseignées. Pourtant, certains auteurs vont continuer à enseigner que l'article 1134 al. 1er est le siège de l'autonomie de la volonté et que les rédacteurs du Code de 1804 étaient animés par une philosophie volontariste, individualiste et libérale. Compte tenu des travaux historiques publiés entre temps, nous ne sommes plus dans une romance historique, mais dans une véritable falsification de l'histoire, certains civilistes ne faisant aucun cas du consensus des historiens sur la question. Une démarche scientifique aurait consisté à partir de ces acquis historiques pour repenser à nouveaux frais le fondement de la force obligatoire des contrats, puisqu'il n'était plus possible d'opposer à la théorie solidariste un droit positif censé avoir consacré l'autonomie de la volonté depuis 1804. On constate donc avec étonnement, que, dans certains manu-

<sup>165</sup> Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

<sup>166</sup> G. Rouhette, cf. *La force obligatoire du contrat, Section I - Rapport français, in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p.27 et s.

<sup>167</sup> X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon*, D.M.M. 2003, p.447 et s. ;

<sup>168</sup> JP. Chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du Code civil*, RTD.Civ. 2001, p.265.

<sup>169</sup> D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, *Economica* 2007, p.492 à 499 ; C. Jamin, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, *Dalloz* 2002, *Chron.* 901.

<sup>170</sup> G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations, T. 1, les sources*, Sirey 2ème éd. 1988, n°46 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd. LGDJ, 1993, n°41 ; C. Larroumet, *Droit civil, T. 3, Les obligations, le contrat*, 3ème éd. *Economica* 1996, n°111 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, *Defrénois*, 3ème éd. 2007, n°748 ; M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF *Thémis* 2004, n°28 ; F. Zenti-Cataing et T. Revet, *Cours de droit civil, Contrats*, PUF, 2014, 2 a), mais avec tout de même une ambiguïté puisque les auteurs considèrent que « la liberté et l'autonomie individuelle ont irradié le droit des contrats préparé au siècle des Lumières et cristallisé dans le Code civil ».

els, l'autonomie de la volonté a continué à jouer le rôle de repoussoir du second solidarisme contractuel, comme elle l'avait fait pour le premier.

Il en est ainsi pour le manuel de J. Carbonnier et les leçons de droit civil des Mazeaud qui vont persister, dans toutes les éditions postérieures aux années 1980, à prétendre que l'autonomie de la volonté est un principe juridique qui figure dans l'article 1134 du Code civil<sup>171</sup>. On peut ajouter à la liste Jacques Flour et Jean-Luc Aubert qui continuent, jusqu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, à enseigner que le principe de l'autonomie de la volonté est sous-entendu dans l'article 1134 du Code civil<sup>172</sup>, pour ensuite (à partir de la 9<sup>e</sup> éd.), probablement grâce à l'arrivée d'Eric Savaux comme troisième co-auteur, adopter une position dubitative sur la question de l'adhésion des rédacteurs à cette théorie<sup>173</sup>. On peut y voir le poids de l'habitude ou l'incapacité, pour ces auteurs, à reconnaître leurs propres erreurs (ce qui est toujours difficile, y compris, et peut-être surtout, pour des savants). Toujours est-il que c'est en soi révélateur d'un esprit et d'une démarche bien peu scientifique.

Mais l'étonnement est encore bien plus grand à la lecture des nouveaux manuels (c'est-à-dire ceux qui n'ont pas connu d'édition antérieure aux années 1980), dont on aurait pu penser qu'ils ne commettraient pas la même erreur historique, puisqu'ils n'étaient pas soumis à la contrainte de devoir expliquer qu'ils s'étaient trompés auparavant. On peut citer le manuel de Ph. Malinvaud et D. Fenouillet qui enseigne que le principe de l'autonomie de la volonté a « *dominé tout le droit des contrats* » et « *a probablement influencé les rédacteurs du Code civil* »<sup>174</sup>. De même, dans son manuel dont la première édition paraît en 2000, Alain Bénabent présente l'autonomie de la volonté comme un principe (c'est le titre d'un paragraphe) et l'attribue à la « *pensée des codificateurs* », imprégnée qu'elle était, selon lui, « *d'un libéralisme total lié à un grand individualisme* »<sup>175</sup>. Evidemment, cette présentation historique sert à crédibiliser une conception résolument volontariste du contrat, que probablement Gounot aurait aimé avoir sous les yeux pour alimenter sa critique : « *On reconnaît une toute puissance à la volonté individuelle qui constitue le siège unique de la force contractuelle* », ou encore : « *le principe d'autonomie de la volonté implique qu'on ne soit lié que dans la mesure exacte de ce qu'on a réellement voulu* »<sup>176</sup>. Ensuite, A. Bénabent évoque très rapidement les critiques et le déclin du principe de l'autonomie de la volonté, mais sans développer aucune argumentation : sont cités le laisser-faire, les excès d'une « *liberté sauvage* », la différence de puissance économique et le contrat d'adhésion, pour ensuite brièvement indiquer que la jurisprudence puis le législateur sont venus limiter l'autonomie de la volonté, notamment en droit du travail, en droit des assurances et en droit de la consommation. Mais le fameux principe reste tou-

<sup>171</sup> J. Carbonnier, Droit civil, T.4, Les obligations, PUF Thémis 22<sup>e</sup> éd. 2000, n°16 ; H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, T.II, Vol.1er, 9<sup>e</sup> éd. par F. Chabas, Montchrestien 1998, n°116 et n°721.

<sup>172</sup> Droit civil, Les obligations, T.1, L'acte juridique, 8<sup>e</sup> éd. Armand Colin 1998, n°95.

<sup>173</sup> J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, T.1, L'acte juridique, 9<sup>e</sup> éd. Armand Colin 2000, n°105.

<sup>174</sup> Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, Droit des obligations, Litec. 2010, 11<sup>e</sup> éd ; n°77.

<sup>175</sup> A. Bénabent, Droit des obligations, Montchrestien 2012, 13<sup>e</sup> éd., n°25.

<sup>176</sup> Op. cit., n°270.

jours debout, « *les atteintes qui lui ont été portées [n'ayant] jamais remis en cause sa fonction même de principe* »<sup>177</sup>. Enfin, sont abordés les thèmes du renouveau et de la transformation (avec un point d'interrogation) : l'évolution ne serait que « *flux et reflux* » et qu'après une période où l'on observe une « *saturation* » de la réglementation, la mode est désormais à la « *déréglementation* » et « *au regain d'efficacité de l'autonomie de la volonté* ». Tout au plus existerait-il « *une « transformation » du droit des contrats par un contrôle souple du juge* ». L'article de Denis Mazeaud est cité, mais pas discuté (l'auteur rappelle sous la forme conditionnelle qu'une nouvelle transformation du contrat « *reposerait sur les nouveaux principes d'égalité contractuelle, d'équilibre contractuel, de bonne foi contractuelle* »), celui de Christophe Jamin passé sous silence.

La présentation historique que l'on trouve dans le Précis Dalloz de F. Terré, P. Simler et Y. Lequette est, quant-à-elle, ambiguë mais très instructive sur l'évolution de l'ouvrage au fil des éditions. Les premières éditions<sup>178</sup> étaient pourtant claires sur la question de l'absence d'influence de l'autonomie de la volonté sur les auteurs du Code de 1804 (cf supra I – C). La présentation évolue avec le départ d'A. Weill lors de la 5ème édition (1993) et l'arrivée de Philippe Simler et Yves Lequette. Nous avons là un exemple rare de régression scientifique, puisque la position de Weill, qui était non seulement exacte mais confirmée ensuite par les historiens, est abandonnée au profit de ce que la doxa civiliste a enseigné, à tort, depuis les années 1930. Les auteurs commencent par écrire que :

« *c'est un lieu commun d'enseigner que les rédacteurs du code civil ont, en matière contractuelle, consacré la théorie de l'autonomie de la volonté*<sup>179</sup>. *En réalité, cette affirmation est l'œuvre d'une partie de la doctrine de la fin du siècle dernier et du début de ce siècle (...)* »<sup>180</sup>.

Gounot n'est pas cité, mais c'est sans doute de lui qu'il s'agit<sup>181</sup>, ce qui est manifestement une erreur, car celui-ci montre, dans sa thèse que la théorie de l'autonomie de la volonté a été élaborée postérieurement au Code de 1804 (cf. supra I – C où je montre que ce sont les partisans d'une conception volontariste et libérale du contrat qui ont propagé cette erreur à partir des années 1920-1930). Puis, on constate à la lecture que les débats sur le premier mouvement solidariste, présents dans les éditions antérieures, ont disparu et tous les développements consacrés aux « *tendances sociales* » ont été remplacés par des considérations sur l'ordre public. Puis arrive brusquement la révision historique de la position adoptée dans les quatre premières éditions : « *A essayer de cerner au plus près la réalité, il semble que l'attitude des rédacteurs du code civil a été, comme à l'accoutumée, plus nuancée. Indéniable, l'influence de la théorie de l'autonomie de la volonté n'a pas pour au-*

<sup>177</sup> Op. cit., n°27.

<sup>178</sup> la 1ère publiée par A. Weill en 1971 puis les trois suivantes publiées avec F. Terré.

<sup>179</sup> L'utilisation du présent de l'indicatif est intéressante et significative ; le présent est d'ailleurs toujours utilisé dans la 12ème édition de 2018, laquelle reprend la présentation historique de l'édition de 1993 ici citée.

<sup>180</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 5ème éd. Précis Dalloz 1993, n°18.

<sup>181</sup> Gounot est cité en revanche par Y. Lequette dans Retour sur le solidarisme, Le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in Mélanges J. Hauser, LexisNexis-Dalloz 2012, p.887.

*tant été exclusive* ». La nouvelle position des auteurs du Précis consiste donc finalement à enseigner que la théorie de l'autonomie de la volonté a bel et bien influencé les rédacteurs du Code de 1804 (ce qui est une contrevérité historique), même si cette influence n'a pas été la seule. D'autres passages du manuel accentuent l'ambiguïté et prouvent que je ne commets pas d'erreur d'interprétation, puisqu'il y est enseigné que « *les rédacteurs n'ayant pas entièrement adhéré au postulat sur lequel repose la théorie de l'autonomie de la volonté, les conséquences que l'on déduit habituellement de celle-ci ne s'y trouvent qu'édulcorées* »<sup>182</sup>, ou encore que le Code civil correspond « *à la victoire du libéralisme, économique puis politique* »<sup>183</sup>. L'ambiguïté laisse poindre une (ré)vision très personnelle de l'histoire, qui permet ensuite aux auteurs de se livrer à un véritable tout de passe-passe en expliquant que la force obligatoire des contrats découle de la philosophie individualiste et du libéralisme économique<sup>184</sup>. On comprend alors mieux pourquoi le paragraphe consacré à l'évolution postérieure à 1804 ne commence pas par l'exposé de la construction de la théorie de la volonté, mais par sa critique<sup>185</sup> : l'autonomie de la volonté ferait partie du droit positif depuis 1804, ce pourquoi les auteurs associent dans un de leurs intitulés « *le Code civil et la théorie de l'autonomie de la volonté* », comme si celle-ci était indissociable de celui-là. La persistance, dans certains manuels, d'une présentation historique inventée dans les années 1920-1930, et invalidée par tous les historiens sérieux, interroge sur le rapport des civilistes français, ou du moins d'une partie d'entre eux, à l'historique. La preuve historique ne les dissuade pas de perpétuer un enseignement erroné et de fabriquer de toute pièce une histoire qui vient étayer leurs opinions philosophiques et politiques (tout a fait respectables par ailleurs). Mais il n'y a pas que la réalité historique qui est dévoyée, on va voir que dans leur réalité, les croyances qui forgent leur conception du monde ne sont pas perçues comme telles, mais comme des faits.

## 2. L'hypostase des croyances volontaristes

On relève le phénomène de l'hypostase<sup>186</sup>, consistant à prendre une théorie, une idée ou une croyance, pour la réalité, chez beaucoup d'auteurs parmi les plus éminents, notam-

<sup>182</sup> Op.cit., n°27.

<sup>183</sup> Op.cit., n°9. La suite mérite d'être citée comme un modèle de falsification historique : « la liberté fut présentée comme le remède à tous les maux. Et cet esprit imprégna tout le droit des obligations. On pouvait se lier parce qu'on était libre ». Les seuls qui pensaient que la liberté était un remède à tous les maux étaient les économistes français du XVIIIème siècle, dont la doctrine s'est construite contre celle des juristes de l'époque. Portalis méprisait les thèses défendues par les économistes, qu'il qualifiait de « secte », ce qui jette une sérieuse hypothèque sur l'hypothèse de leur influence sur le Code de 1804. Sur la démonstration de la forte opposition entre juristes et économistes jusqu'au milieu du XIXème siècle, cf. JP. Chazal, Le propriétaire souverain, archéologie d'une idole doctrinale, RTD.Civ. 2020, p.1 et Les origines du paradigme syllogistique, in Mélanges A. Bernard, A quoi bon le droit ?, IFJD 2021, p.81 et s..

<sup>184</sup> Op.cit., n°20 et s.

<sup>185</sup> Op.cit., n°32 et s.

<sup>186</sup> Sur ce phénomène en droit, cf. E. Savaux, Théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, LGDJ. 1997. Il est révélateur qu'avant l'arrivée en qualité de co-auteur de d'Eric Savaux, le manuel de Flour et Aubert qualifiait l'autonomie de principe (Les obligations, 1, L'acte juridique, 8ème éd. Armand Colin 1998, n°94 et s.), puis que ce qualificatif a été ensuite abandonné au profit de celui de théorie (9ème éd. Armand Colin 2000, n°94 et s.).

ment ceux qui font de la théorie de l'autonomie de la volonté un principe juridique. C'est le cas pour Georges Ripert, Henri Capitant, les Mazeaud et Jean Carbonnier (même si les auteurs ont tendance à utiliser alternativement les deux termes comme s'ils étaient synonymes). Or ce passage du statut de théorie au statut de principe juridique n'est pas neutre (cf. supra I – D). Autant il est légitime de s'attaquer à une théorie en tentant de démontrer qu'elle ne permet pas d'expliquer le droit positif, autant la critique d'un principe juridique consacré par le droit positif ne peut plus se tenir de la même façon dans le champ juridique, puisqu'elle est reléguée dans la dimension politique et dans une perspective de *lege ferenda*. Ce glissement épistémologique a donc pour effet de consolider, en essayant de la soustraire à la critique, l'idée suivant laquelle le contrat est fondé sur l'autonomie de la volonté<sup>187</sup>. Il permet aussi d'enseigner plus facilement une doctrine structurée suivant le couple principe-exceptions, qui serait sinon apparue contradictoire, voire absurde, puisqu'elle revient à dire que la volonté est autonome ou toute puissante, mais en réalité pas vraiment. Or, il est remarquable que l'utilisation du vocable « *principe* », pour désigner l'autonomie de la volonté, a eu tendance à se généraliser. Mais ce n'est pas le seul marqueur de l'hypostase volontariste. La critique historique de la théorie de l'autonomie de la volonté (montrant qu'elle ne se trouvait nullement dans le Code civil) a été plus efficace que les critiques d'ordre philosophique ou politique (celles de Gounot par exemple) et semble avoir convaincu certains auteurs de l'abandonner ou de l'édulcorer, sans pour autant les faire renoncer à enseigner le contrat à travers le prisme du volontarisme et du libéralisme. Il leur a simplement fallu trouver une autre manière d'exposer leur doctrine en substituant l'objet de l'hypostase. On assiste alors à un retour aux idées de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et du début du XX<sup>ème</sup>, époque au cours de laquelle la philosophie volontariste et libérale du contrat ne s'était pas encore coulée dans le moule de l'autonomie de la volonté.

Il en est ainsi du manuel de Christian Larroumet, dont la 1<sup>ère</sup> édition paraît en 1986. Sans complètement l'abandonner (il intitule un paragraphe : « *principe d'autonomie de la volonté* »), l'auteur préfère parler de « souveraineté de la volonté »<sup>188</sup>. Pas plus que l'autonomie, la souveraineté de la volonté n'est une norme du droit positif ; il s'agit de l'hypostase d'une croyance. Le processus est donc le même que précédemment, seul le vocabulaire change. Mais le vocabulaire a son importance : le principe de l'autonomie de la volonté ayant perdu son crédit historique, il faut trouver une autre expression qui signifie la même chose, et c'est le rôle que le terme de souveraineté va jouer. En cela, c'est un retour dans le passé de près d'un siècle qui est accompli. En effet, Colin et Capitant<sup>189</sup>, ainsi que Planiol et Ripert<sup>190</sup>, parlaient eux aussi de « *souveraineté* » de la volonté des con-

<sup>187</sup> L'hypostase doctrinale est à ce point puissante qu'elle produit des effets de réalité. Ainsi, lors de la réforme du droit des obligations en 2016, le rapport présenté au président de la République sur le projet d'ordonnance invoque expressément le « principe de l'autonomie de la volonté » pour expliquer le nouvel article 1103 du Code civil.

<sup>188</sup> Droit civil, T.3, Les obligations, le contrat, 3<sup>ème</sup> éd. Economica 1996, p.101 et s., n°113 et s.

<sup>189</sup> Cours élémentaire de droit civil, 4<sup>ème</sup> éd.1924, T.II, p.257 et s.

<sup>190</sup> M. Planiol et G. Ripert, Traité théorique et pratique de droit civil français, T. VI, 1930, avec le concours de P. Esmein., n°14, p.21.

tractants<sup>191</sup>, tout en adhérant à la théorie de l'autonomie de la volonté. Cette tradition est loin d'être marginale en doctrine : A. Bénabent parle de « *toute puissance* » de la volonté individuelle<sup>192</sup>, F. Zenati-Castaing et Th. Revet enseignent que « *la souveraineté magnifie la volonté, source véritable de toute puissance ; la volonté est la seule mesure du contrat* »<sup>193</sup>. Qu'ils adhèrent ou non à la théorie de l'autonomie de la volonté, ces promoteurs de la souveraineté contractuelle précisent tous qu'il s'agit ici d'une souveraineté limitée, reproduisant ainsi le même tour de prestidigitation doctrinale que celui réalisé à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle avec le propriétaire souverain, dont la souveraineté est aussi extrêmement limitée et n'a donc pas grand-chose de souveraine<sup>194</sup>. L'hypertrophie du rôle de la volonté dans le contrat est donc maintenue au prix d'un oxymore.

Dans leur manuel de Droit des obligations, Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck se gardent de faire de l'autonomie de la volonté un principe juridique. Ils lui reconnaissent le statut de théorie ou de principe philosophique. Avec parfois une légère ambiguïté, comme lorsqu'ils écrivent qu'on « *doit maintenir le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n'est pas absolue* »<sup>195</sup>. Cette théorie est à ce point évidente et incontestable, dans l'esprit des auteurs, qu'elle a une fâcheuse tendance, même à leur insu, à se prendre pour la réalité juridique. Ceci étant, leur doctrine repose sur, d'une part, une confusion entre la réalité juridique et leurs propres croyances et, d'autre part, un remplacement conceptuel, l'impérialisme du contrat ou la puissance de la volonté venant jouer le rôle assumé par l'autonomie de la volonté. Attardons-nous quelques instants sur chacun de ces deux aspects, tant ils caractérisent la démarche idéologique, que j'ai tenté de définir en introduction.

Le premier volet est illustré par la manière dont les auteurs rendent compte du solidarisme contractuel : « *Une nouvelle crise du contrat ? Des mots, des mots ...* »<sup>196</sup>. Le ton désinvolte et incrédule de l'intitulée du paragraphe préfigure d'emblée le peu de sérieux de la critique. Probablement que pour les auteurs, une doctrine peu sérieuse à leurs yeux ne méritait pas autre chose qu'une critique sur le ton de la dérision. De fait, le solidarisme contractuel est une théorie qui s'exprime avec des mots dont les définitions prêtent à discussion (loyauté, équilibre, justice, bonne foi, etc.). Dont acte, mais c'est aussi le cas pour l'individualisme libéral (liberté, volonté, sécurité, etc.) et plus largement de toute

<sup>191</sup> Utilisant un autre vocabulaire, Larombière considérait que le contrat avait une force obligatoire indépendamment de la loi et puisait « toute sa force dans la volonté des contractants », ce qui rendait justice au « caractère mystérieusement divin » de l'origine des conventions, in *Des contrats et des obligations en général*, T. 1, 1857, p.361.

<sup>192</sup> A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien 2012, 13<sup>e</sup>me éd., n°270.

<sup>193</sup> F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quais-contrats*, PUF, 2014, p.26. Plus loin les auteurs enseignent que le rôle de l'autonomie de la volonté et considérablement amoindri lorsqu'il s'agit de régir la catégorie des « contrats structurellement déséquilibrés », op. cit., p. 33 et s.

<sup>194</sup> J-P. Chazal, *Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale*, RTD.civ. 2020.

<sup>195</sup> P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 3<sup>e</sup>me éd. 2007, n°747.

<sup>196</sup> Op.cit., n°751. Cet intitulé fait écho à la critique que J. Bonnetcas adressait au droit social : « Le droit social est un mot, rien qu'un mot », in *Où en est le droit civil ?*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n°4, 1923, p.59 ; cf. aussi *Science du droit et romantisme*, Sirey 1928, p.694 et s.

théorie juridique. D'où des conclusions dont on se demande quels peuvent bien être les arguments qui viendraient les étayer :

« *ce paternalisme à l'égard d'un contractant que l'interprète ressent comme faible a quelque chose d'irrespectueux de la dignité humaine. Les faibles seraient-ils des incapables, impuissants à exercer leur volonté ? Doit-on leur interdire le contrat ?* ».

Outre que personne chez les solidaristes n'a proposé d'interdire le contrat à qui que ce soit, le concept de dignité humaine est tout aussi flou et subjectif que celui de justice ou de solidarité. On attend toujours la démonstration de la scientificité de l'affirmation suivant laquelle « *l'exercice de la volonté de se lier demeure la seule justification de l'obligation conforme à la dignité humaine* » ou encore « *la dignité de l'homme tient précisément à l'exercice de sa volonté* »<sup>197</sup>. Ne sommes-nous pas, là aussi en présence de mots, de mots ... ? Au fond, la posture doctrinale ici pointée consiste à croire que la liberté, la volonté, la dignité, etc., ne sont ni des croyances (parfaitement respectables) ni des théories qui font l'objet de nombreuses controverses (est-on jamais parvenu à une définition consensuelle de ces notions ?), mais des principes qui participent de la réalité juridique. C'est cette confusion qui caractérise la dimension idéologique de la posture, puisque le débat n'est plus entre deux théories concurrentes, dont il faut apprécier les mérites et les défauts respectifs, mais entre la vérité (c'est-à-dire l'opinion censée correspondre à la réalité) et des élucubrations intellectuelles.

Dans le second volet de leur doctrine, P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck remplacent l'autonomie de la volonté, par un instrument non décrédibilisé du point de vue historique, et donc plus efficace du point de vue rhétorique. Plus besoin de s'interroger sur la signification du mot loi dans l'article 1134 du Code civil ou sur le fondement de la force obligatoire, il suffit de proclamer « *l'impérialisme du contrat* »<sup>198</sup> et la « *puissance de la volonté* »<sup>199</sup> pour signifier, sans le démontrer, que le contrat est la chose des parties. Une telle affirmation a de quoi surprendre, l'empire se définissant comme une « *domination absolue* »<sup>200</sup>. On ne sait pas ce que les auteurs ont à l'esprit pour présenter le contrat de manière aussi exaltée, surtout qu'ensuite ils abordent les nombreuses atténuations qui amputent cet empire. On comprend que l'on est en présence d'un tour rhétorique, à l'instar du recours à la souveraineté, permettant de maintenir une présentation doctrinale volontariste, individualiste et libérale du contrat, sans avoir à la justifier plus avant, tout en acceptant de payer le prix (très élevé au plan scientifique) d'affirmer une chose et son contraire : la volonté des parties est toute puissante (car c'est à cela que se réduit la de-

<sup>197</sup> Op. cit., n°750.

<sup>198</sup> Op.cit., p.374.

<sup>199</sup> Op. cit., n°747.

<sup>200</sup> Le Grand Robert de la langue française, 2001, V°Empire. L'expression « impérialisme contractuel » demeure un mystère au regard des significations données par ce dictionnaire (V°Impérialisme) : veut-on signifier que le contrat est favorable à l'instauration d'un empire (lequel ? celui des parties ? de l'une d'entre elles ?) ? Qu'il permet une politique visant à réduire d'autres domaines sous sa dépendance ? Ou qu'il permet une domination morale, psychique ou intellectuelle (mais sur qui ? une partie sur l'autre ? sur le juge ? le législateur ?) ?

scription de la force obligatoire des contrats<sup>201</sup>), mais c'est en réalité une toute puissance très faible, un impérialisme bien étriqué.

On retrouve une démarche comparable dans le Précis Dalloz de François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette. Dès l'édition de 2002<sup>202</sup> le solidarisme contractuel est pris pour cible. On pourrait croire qu'une démarche scientifique consistant à présenter une critique rationnelle et argumentée de cette théorie doctrinale, allait se déployer. On déchantait rapidement à la lecture de l'intitulé ironique choisi pour annoncer le paragraphe : « *l'avènement d'un monde contractuel meilleur* », qui ne laisse aucun doute sur l'intention des auteurs de proposer une présentation tendancieuse d'une théorie condamnée d'avance en raison de son manque de sérieux et de sa confondante naïveté. Si les auteurs rappellent, en une phrase, le premier mouvement solidariste et citent Demogue, c'est pour immédiatement jeter le discrédit sur cette doctrine par le seul effet magique de la fameuse phrase de Carbonnier sur la transformation du contrat en mariage, s'étonnant au passage que l'évidente vérité de cette formule « *n'a pas suffi à désamorcer cette vision quelque peu idyllique de la vie contractuelle* ». Puis vient le tour du second mouvement solidariste, lequel est rapidement décrit en quelques citations (dont celles de D. Mazeaud et C. Jamin). Cette fois, la critique s'étale un peu plus longuement. Avec une entrée en matière dénonçant la confusion des genres et affichant une croyance inébranlable : « *contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de « faire des affaires »* ». Outre le caractère ascientifique d'une telle affirmation, on ne peut qu'être étonné de la façon avec laquelle un mouvement laïc et républicain, comme le solidarisme (qui a eu notamment le souci de distinguer la solidarité de la charité), se voit taxé d'excès de religiosité<sup>203</sup>. Il en est de même pour l'assertion suivante, qui postule que la conception solidariste « *ne témoigne pas d'une connaissance approfondie des ressorts de l'âme humaine* ». On attend toujours la démonstration que l'individualisme libéral, quant-à-lui, aurait à sa disposition les moyens de mieux connaître « *les ressorts de l'âme humaine* ». En soi, cette posture, qui me paraît caractéristique d'une pensée pré- ou ascientifique, mériterait de longs développements. Puis la démonstration se fait prescriptive tout en se prétendant descriptive : « *le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût* ». Cette conception fixiste de l'homme a de quoi étonner : le droit n'a-t-il pas pour objet de prescrire ce qui doit être ? Est-ce que parce que l'on constate, dans la réalité, des atteintes illégitimes portées aux personnes ou aux biens, qu'il faudrait renoncer à établir des lois pénales ? Les solidari-

<sup>201</sup> Op.cit., n°752 intitulé « *Pacta sunt servanda* » : « Des considérations morales – le respect de la parole donnée –, techniques – les prévisions contractuelles ne doivent pas être déjouées –, et historiques – la victoire progressive de la volonté sur la forme –, imposent aux parties ce principe : les conventions doivent être exécutées ».

<sup>202</sup> Droit civil, Les obligations, Dalloz 8ème éd. 2002, n°41 et s.

<sup>203</sup> Le champ lexical utilisé est d'ailleurs très religieux dans tout le passage : « âme », « perfectibilité de l'être humain », « épanouissement de la fraternité », « vertus évangéliques de patience, d'indulgence et d'oubli de soi », « prêchent », ce qui est étonnant de la part d'auteurs qui pourfendent le solidarisme en raison de sa prétendue religiosité. Ce style doctrinal, qui étonnera ceux qui croient à la scientificité du savoir juridique, est très répandu chez les civilistes français, cf. J.-P. Chazal, Raisonement juridique : sortir de la liturgie doctrinale, Editio publié au Recueil Dalloz 2016, p.417.

stes auraient d'ailleurs beau jeu d'objecter que c'est justement parce qu'il existe des tendances égoïstes chez les êtres humains, que le droit doit imposer des devoirs de solidarité entre les individus. C'est d'ailleurs comme cela que Portalis comprenait l'article 1134 al. 1er du Code civil : les individus n'ayant pas une tendance spontanée à l'honnêteté et au respect de leur parole, la loi doit les y contraindre. Bref, tout cela n'a rien de naïf ni de religieux, c'est une controverse politique extrêmement sérieuse, dans laquelle s'affrontent deux conceptions de la société et de la condition humaine.

On touche ici la question de la relation entre une théorie et la réalité. Celle-ci est abordée avec plus de précision dans une étude d'Yves Lequette<sup>204</sup>, que je cite ici car elle explicite l'enseignement du manuel. L'auteur y reproche aux tenants du solidarisme de construire « *le droit des contrats en fonction d'un homme idéalisé* ». Mais c'est exactement ce que fait aussi l'individualisme libéral en surestimant la rationalité des décisions, en survalorisant les vertus de la liberté ou encore en croyant que la recherche des intérêts égoïstes mène au bien commun ! Ce qui est pathologique n'est pas de penser au travers de croyances (nous en sommes tous là), mais d'hypostasier ses propres croyances (c'est à dire les prendre pour la réalité), ce qui provoque l'illusion que la thèse adverse est irréaliste, mythique ou utopique. Un peu plus loin l'auteur proclame que « *toute construction sociale qui est fondée sur une vision fautive de l'homme est vouée à l'échec* », rappelant que les rédacteurs du Code de 1804 (qui, eux, avaient une vision vraie de l'homme) ont eu la sagesse de « *laisser à l'homme les défauts de sa nature* ». Une telle naturalisation ou essentialisation de l'homme est purement idéologique, en ce sens qu'elle porte un discours ascientifique fondé sur une prétendue « *réalité positive* » de l'homme, qui est gorgée de croyances et d'aprioris. Ce phénomène d'hypostase est particulièrement présent dans certaines interventions d'un colloque organisé en 2002, qui se proposait d'établir si le solidarisme contractuel était un mythe ou une réalité<sup>205</sup>. Certains auteurs se sont, à cette occasion, lancés dans une entreprise bien curieuse consistant à rechercher si le solidarisme contractuel avait été ou non consacré par le droit positif. C'est exactement le propos introductif du texte de l'un des organisateurs du colloque : « *Afin de déterminer si le solidarisme contractuel relève du mythe ou représente une réalité (sic), le sens de l'expression mérite d'être précisé* »<sup>206</sup>. La réponse se trouve dans la question : comme jamais une théorie ne constitue ni ne représente la réalité, elle est forcément un mythe. La plupart des intervenants (sauf D. Mazeaud, évidemment) ont donc peiné à trouver dans tous les secteurs du droit positif étudié (contrat, consommation, concurrence, assurance, travail, etc.) la consécration formelle ou explicite, par le droit positif, de la théorie qu'ils prétendaient

<sup>204</sup> Y. Lequette, Bilans des solidarismes contractuels, in *Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier*, Economica 2008, p.247, spec. p.253 et 254.

<sup>205</sup> Les actes du colloque ont été publiés dans *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica 2004, dont l'intitulé ne reprend pas l'expression « Mythe ou réalité ? » utilisée lors du colloque. Comme pour l'étude suscitée d'Y. Lequette, je me réfère aux actes de ce colloque seulement en ce qu'ils illustrent et éclairent la manière dont la doctrine enseigne le contrat dans les manuels et reçoit les théories divergentes de la doxa.

<sup>206</sup> L. Grynbaum, op.cit., p.25. A ma connaissance, ces auteurs ne se sont jamais proposés de rechercher si le libéralisme représentait ou non une réalité.

chercher. Ne trouvant pas le solidarisme consacré en droit positif (ce n'est d'ailleurs pas la fonction d'une loi ou d'une décision de justice de consacrer une théorie), il a été ensuite facile d'en conclure que ce n'était pas une réalité mais un simple mythe, c'est-à-dire « *une construction de l'esprit sans appui sur la réalité* »<sup>207</sup>, qui ne se retrouve dans aucun droit positif en Europe et serait « *incompatible avec l'exigence de neutralité des concepts* »<sup>208</sup> (comme si un concept pouvait être neutre !). Il est intéressant que la théorie volontariste et libérale du contrat n'ait jamais subi le même procès doctrinal, car on aurait abouti exactement aux mêmes conclusions, à moins de pouvoir démontrer que la liberté est un concept neutre, démonstration que nous risquons d'attendre longtemps.

Les théories ne sont que des constructions intellectuelles proposant des explications du monde. Nous savons, au moins depuis Gaston Bachelard<sup>209</sup> que la théorie entretient avec la réalité des rapports plus complexes que ne le laisse croire le modèle, pour le coup très naïf, de la vérité-correspondance. On ne valide jamais une théorie en la confrontant à la réalité, tout au plus on peut tenter de la réfuter en confrontant ses énoncés descriptifs ou prédictifs à l'expérience de la réalité (K. Popper). C'est que la théorie vient avant les faits et que, quelque part, elle les fabrique, les construit, afin d'en donner une explication. C'est pourquoi aucune théorie ne peut prétendre au monopole d'interprétation du réel, le solidarisme pas plus que le libéralisme. Par conséquent, pour discuter des mérites et des travers de la théorie du solidarisme contractuel, il faut poser le débat autrement que comme l'affrontement d'un mythe avec la réalité, car par réalité on entend ici les théories auxquelles on croit et dont on pense qu'elles l'incarnent ou la représentent. D'où le biais cognitif consistant à prêter plus de certitude et de précision, voire de neutralité, à des concepts qui sont tout aussi flous que ceux que l'on prétend critiquer.

### 3. Le dévoiement de la technique juridique et l'éloge de la pensée dogmatique

L'hypostase des croyances volontaristes va de pair avec le dévoiement de la technique juridique. On sait depuis Jacques Ellul<sup>210</sup> que la technique n'est pas qu'un simple moyen, elle est aussi un système sur lequel on a reporté la sacralité qu'elle a contribué à détruire. En d'autres termes, la technique qui devait objectiver et rationaliser les rapports humains peut produire le contraire si, au lieu de la considérer comme un simple instrument au service d'une fin, on en fait une fin en soi. Ce phénomène d'autonomisation de la technique, poussé à son paroxysme, produit un fétichisme. *Mutatis mutandis*, c'est ce qui est arrivé à la technique juridique. D'un simple procédé (manière de faire, au sens étymologique) permettant de faciliter les raisonnements et la recherche de solutions concrètes (un construit disait Gény), la technique juridique est devenue, dans la doctrine civiliste française de la seconde partie du XX<sup>e</sup> siècle, la substance du droit lui-même. Immunisant le

<sup>207</sup> L. Leveneur, op. cit., p.174.

<sup>208</sup> J. Hauser, op.cit., p.194.

<sup>209</sup> La formation de l'esprit scientifique, Vrin, 1938, p.13 : « Le réel n'est jamais ce qu'on pourrait croire, mais il est toujours ce que l'on aurait dû penser, la pensée empirique éclaire après coup » ; p.21 : « Le réalisme est une métaphysique sans fécondité puisqu'il arrête la recherche au lieu de la provoquer ».

<sup>210</sup> La Technique : L'Enjeu du siècle, Paris, Armand Colin, 1954 ; Le système technicien, Calmann-Lévy 1977 ; Le bluff technologique, Hachette 1988.

droit contre toute infusion du politique, de l'économique et du social, la technique juridique ainsi conçue (et dévoyée) contribue à refermer le droit, non pas sur lui-même, mais sur ses outils. Comme si l'art du menuisier résidait dans sa scie et son rabot. C'est substituer à une science du droit (au sens d'un savoir problématisé et critique) une technologie juridique (c'est-à-dire un discours sur la technique). Ce repli n'est probablement qu'une illusion : la technique juridique étant constituée de concepts, notions, mécanismes, etc. conçus et fabriqués par les juristes, est-elle à ce point neutre et objective ? Cela ne me paraît pas évident et nécessiterait une démonstration argumentée et sérieuse. Pourtant, celle-ci est absente du discours doctrinal qui prend cette neutralité pour acquise, alors même qu'il est rempli de valeurs et de prises de position qui s'agrègent dans les outils juridiques élaborés par cette même doctrine.

C'est pourquoi, il me semble que cette technicisation exacerbée du savoir juridique n'est possible que par sa dogmatisation et donc son éloignement d'une démarche que l'on pourrait qualifier de scientifique<sup>211</sup>. En effet, les constructions techniques sont trop éparpillées et disparates pour constituer, à elles seules, une dogmatique ; l'existence de cette dernière présuppose une doctrine qui se charge de construire, sélectionner et systématiser l'appareil technique pour lui donner un sens, une signification globale. La réalité juridique est alors distordue, puisque la doctrine prétend décrire un droit positif qui préexisterait, alors que celui-ci est truffé de constructions techniques élaborées par ses soins, puis systématisées, toujours par cette même doctrine, en un édifice logique. Une illusion est ainsi créée, celle de l'existence prétendue d'un droit positif que la doctrine prendrait pour objet d'étude et qui érigerait des règles indépendamment de son enseignement, alors qu'elle le construit en l'outillant et le systématisant. On est alors en présence d'un fétiche : un objet sacré que le juriste vénère en ce qu'il s'impose à lui, oubliant qu'il l'a lui-même fabriqué<sup>212</sup>.

Sur cette question de la prééminence de la technique juridique et de l'importance de la dogmatique, seul le Précis Dalloz (dans son édition de 2002) a une position véritablement explicite, laquelle est approfondie par l'un de ses coauteurs, Yves Lequette, dans deux articles publiés dans des mélanges. J'ai conscience de l'objection suivant laquelle un livre ne représente pas à lui tout seul la doctrine. Toutefois, la place éminente de cet ouvrage dans l'édition juridique et le prestige de ses auteurs dans le milieu universitaire justifient son étude critique. Au surplus, je pense que, même s'il est rare de lire des développements sur la technique juridique dans des ouvrages didactiques consacrés au droit des contrats, la pensée exposée dans ce manuel (probablement par la plume d'Y. Lequette) reflète assez bien l'opinion doctrinale commune<sup>213</sup> : l'idée que le droit ne doit pas se con-

<sup>211</sup> Il faut entendre ici le terme dogmatique dans le sens d'une réduction du droit à une systématisation, élaborée par la doctrine, de l'ensemble des techniques juridiques, le plus souvent construites par la doctrine elle-même.

<sup>212</sup> Dans un tout autre domaine que le droit, cf. Bruno Latour, *Sur le culte moderne des dieux faitiches*, Ed. La Découverte, 2009.

<sup>213</sup> Cf. par ex. T. Génicon, *Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats*, in *Le juriste en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ?*, Trav. Ass. Capitain, Dalloz 2012, p.85 ets.

fondre avec la politique et que sa spécificité réside dans la technique qui lui donne son armature. Or, le péché originel du solidarisme contractuel serait de s'être lancé dans une entreprise de politisation, ou de la moralisation, du droit au mépris de la technique et de la dogmatique juridiques.

Ainsi, la critique principale est articulée autour d'une démonstration technique censée mettre à jour la confusion qu'aurait commise Demogue entre le « *contrat-échange* » (ex. la vente) et le « *contrat-organisation* » (ex. la société), le premier étant caractérisé par la divergence des intérêts des contractants, le second par leur convergence<sup>214</sup>. Où l'on voit que les auteurs tentent de résoudre une question politique (le contrat doit-il être laissé à la seule volonté des parties, ou bien doit-il se plier au bien commun et à l'intérêt général ?) par une distinction purement technique<sup>215</sup>, laquelle n'a d'ailleurs pas une clarté aveuglante, car ils sont bien obligés de reconnaître que les intérêts des parties au contrat de vente peuvent « *punctuellement converger* » et que la convergence de ceux des associés « *néxclut pas des situations de divergences* ». Il serait trop long ici de montrer tous les aprioris qui conditionnent cette taxinomie très caricaturale et approximative des contrats ; je me contenterai de souligner une contradiction : alors que Demogue tente une généralisation de l'impératif de bonne foi contractuelle posé par l'article 1134 al. 3 du Code civil, lequel a vocation à s'appliquer à tous les contrats, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette lui opposent une construction purement doctrinale établissant une distinction qui cantonnerait la bonne foi à une seule catégorie de contrats laquelle était non seulement ignorée de Demogue (car construite postérieurement à ces écrits), mais surtout n'a jamais été consacrée par aucun texte législatif. C'est probablement un rôle attribué par la doctrine civiliste française à la technique juridique que d'encadrer les lois, ou leur interprétation un peu trop novatrice.

Dans la 12<sup>ème</sup> édition du Précis (2019), la critique technicienne du solidarisme contractuel s'accroît :

*« comment peut-on faire de René Demogue le modèle de l'ouverture vers d'autres disciplines, notamment économiques, alors qu'il confond les mécanismes économiques les plus élémentaires, en assimilant le contrat de droit commun et le contrat de société, c'est-à-dire ce que les économistes nomment le marché et la firme ? »*<sup>216</sup>.

Outre le fait que ce sont les auteurs du manuel qui commettent une confusion en affirmant que pour les économistes le marché se confond avec le contrat (ce que l'immense majorité d'entre eux ne fait pas), il est intéressant de souligner que le discrédit dédaigneux passe par une prétendue erreur, voire incompétence, technique. Aveuglés par un voile idéologique, ils ne semblent pas capables de comprendre que Demogue, dans son célèb-

<sup>214</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz 2002, 8<sup>ème</sup> éd., n°42.

<sup>215</sup> Ailleurs, Y. Lequette, reprenant la même démonstration reproche à un Demogue « une confusion qui témoigne d'un déficit certain d'analyse et de technique juridique », in Bilans des solidarismes contractuels, in Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier, Economica 2008, p.247, spec. p.260.

<sup>216</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénédy, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz 12<sup>ème</sup> éd. 2019, n°51.

re passage, utilise une analogie entre le contrat et la société, afin de prêter au premier certains attributs de la seconde<sup>217</sup>. La tentative du second solidarisme d'apporter un remède aux abus dans les contrats de dépendance n'est pas plus convaincante aux yeux des auteurs du Précis :

*« en l'occurrence sont associés un critère politico-social, la dépendance, et des critères juridiques, la durée et l'intérêt commun, sans que soit précisé le premier de ces critères juridiques ni conceptualisé le second. Il en résulte une notion molle, difficile à manier, dont on peine à cerner les contours et à pénetrer la logique ».*

Pourtant la notion de dépendance économique n'étant pas inconnue en droit (article L.420-2 al.2 du Code de commerce, sans parler des nombreuses thèses de doctorat qui lui ont été consacrées<sup>218</sup>), il paraît difficile de la disqualifier aussi facilement pour une prétendue carence technique. Les auteurs disent peiner à comprendre la logique, laquelle est pourtant claire (même si on peut toujours être en désaccord avec elle) : une partie dont la survie économique dépend de la bonne exécution d'un contrat n'a pas toute la liberté pour négocier le contenu de celui-ci avec son co-contractant sur un pied d'égalité. Enfin, les reproches de mollesse et d'imprécision pourraient s'appliquer à la quasi-totalité des notions qui peuplent le monde juridique : volonté, ordre public, dol, bonne foi, cause (quand elle existait), etc. Le caractère sélectif de cette critique ne manque donc pas d'interroger sur les soubassements idéologiques qui la conditionnent et des biais cognitifs qui provoquent cette surestimation de la valeur du savoir que l'on tient pour acquis, à laquelle correspond la sous-estimation de la valeur du savoir qui ne correspond pas spontanément aux valeurs auxquelles on croit. Dans son article consacré au Bilan des solidarismes<sup>219</sup>, Yves Lequette reproche également aux héritiers de Demogue, que sont D. Mazeaud et Ch. Jamin, des lacunes techniques, car ces derniers préféreraient un discours globalisant et indifférencié à connotation moral, pour l'un, et politico-social pour l'autre, au détriment d'un discours structuré par la technique juridique. *« Aussi bien, écrit-il si l'existence d'une réalité contractuelle spécifique est parfois pressentie, c'est toujours à travers une terminologie singulièrement fluctuante ».* C'est parce que Ch. Jamin délaisse, voire méprise, la dogmatique juridique, qu'il tiendrait un discours *« dont les brillantes sinuosités ne parviennent pas à masquer les insuffisances techniques ».* Et donc comme la conception solidariste du contrat manque d'armature technique, elle est incapable de *« fournir une vision cohérente du contrat ».* Comme si la conception volontariste et libérale du contrat était, quant-à-elle, dotée d'une armature technique plus solide ! Pour percevoir clairement la cohérence du solidarisme contractuel (même si on est en désaccord avec les thèses défendues par cette théorie du contrat), il suffit de ne pas rétrécir le droit à la seule

<sup>217</sup> Cette incapacité à penser la métaphore est analysée par F. Ost, au travers de la Métamorphose de Kafka, comme un dérèglement de la fonction symbolique, cf. Kafka, ou l'en deçà de la loi, in *Le droit au miroir de la littérature*, FUSL 2001, p.127.

<sup>218</sup> Ce que reconnaissent d'ailleurs les auteurs, sans y voir de contradiction, op.cit., n°56, p.62, où ils affirment que la figure des contrats de dépendance a été *« progressivement déglacée par le législateur ».*

<sup>219</sup> Y. Lequette, *Bilans des solidarismes contractuels*, in *Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier*, Economica 2008, p.262 n°16.

technique pour y voir aussi une dimension politique (ce qui ne signifie pas que cette ouverture du droit sur la politique n'est pas critiquable). A défaut, on se condamne à ne pas comprendre (ce qui ne veut pas dire approuver) la théorie solidariste, ce qui interdit toute critique sérieuse de ses thèses.

Mais le voile idéologique derrière lequel Y. Lequette pense est décidément bien opaque, comme le montre la citation suivante : « *A défaut de prendre appui sur un même fondement, les auteurs solidaristes communient toutes tendances confondues, dans une même exécration, celle qu'ils vouent à la théorie de l'autonomie de la volonté* »<sup>220</sup>. Mais où peut-on bien trouver l'idée saugrenue que pour avoir une démarche scientifique sérieuse il fallait nécessairement s'appuyer sur un fondement unique ? Cette posture est d'ailleurs révélatrice d'un biais idéologique qui caractérise le volontarisme contractuel : tout doit être fondé sur un unique principe, en l'occurrence la puissance de la libre volonté. Et si la réalité juridique était plus complexe ? Et si en raison de ses contradictions et de sa diversité, elle ne pouvait se couler aussi facilement dans une explication mono-causale ? Et si la connaissance scientifique n'avait pas besoin de fondement pour se construire<sup>221</sup> ? Par ailleurs, il est significatif qu'Y. Lequette prend une critique argumentée pour « *exécration* »<sup>222</sup>, ce qui en dit long sur l'état d'esprit bien peu scientifique dans lequel s'inscrit son discours. En revanche, il ne voit aucune insuffisance de technique juridique, ni aucune « *phraséologie creuse* »<sup>223</sup>, dans l'affirmation suivant laquelle : « *le contrat ne remplit son office qu'à la double condition d'obéir à un principe de liberté et de pouvoir tableur sur le respect de la parole donnée* »<sup>224</sup>.

Yves Lequette précise les passages du Précis Dalloz dans un article qui revient sur le solidarisme contractuel et tente d'analyser les causes de son échec<sup>225</sup>. A cette occasion, l'auteur pointe à nouveau les carences techniques du discours solidariste, avec un anthropomorphisme étonnant : « *A trop mépriser la technique juridique, elle se venge* » ne craint-il pas décrire<sup>226</sup>. Rien ne saurait mieux illustrer que cette phrase, l'essentialisation d'une conception exagérément technicienne du droit qui aurait sa vie propre, son autonomie, et qui châtierait de manière immanente tous les hérétiques qui oseraient la contester. Nous sommes ici dans une démarche scientifique, mais en plein fétichisme consistant à prêter aux constructions humaines des pouvoirs magiques. On comprend mieux l'impossibilité d'un changement de paradigme, ou plus modestement d'un débat scientifique, puisqu'émettre une critique de la doxa revient à s'autoexclure du champ juridi-

<sup>220</sup> Art. préc., n°18.

<sup>221</sup> Paul Feyerabend, Une connaissance sans fondement, Dianoia 1999.

<sup>222</sup> Il est vrai que les qualificatifs de « béats » et de « bigots » utilisés par D. Mazeaud pour désigner le libéralisme et le socialisme, n'étaient pas appropriés, in Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in L'avenir du droit, Mélanges F. Terré, Dalloz-PUF-Jurisque 1999, p.608.

<sup>223</sup> Expression dont il affuble la théorie solidariste, art. préc., n°14, p.261.

<sup>224</sup> Y. Lequette, art. préc., n°20.

<sup>225</sup> Y. Lequette, Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in Mélanges J. Hauser, LexisNexis-Dalloz 2012, p.899.

<sup>226</sup> Y. Lequette, Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in Mélanges J. Hauser, LexisNexis-Dalloz 2012, p.899.

que<sup>227</sup>. C'est ce qu'Yves Lequette explique ingénument lorsqu'il justifie le traitement différent qu'il a réservé aux publications de D. Mazeaud et Ch. Jamin, par rapport à d'autres auteurs proches des idées solidaristes tels que Jacques Mestre (les « *solidaristes épargnés* » selon l'expression de D. Mazeaud<sup>228</sup>) : les seconds sont restés dans le champ de la dogmatique (« *leur comportement doctrinal est on ne peut plus classique* », juge Y. Lequette), tandis que les premiers se seraient livrés à « *une véritable croisade juridique* » (vocabulaire qui révèle que, dans l'esprit de l'auteur, la condamnation pour hérésie n'est pas loin). En lui-même, le constat n'est pas faux : si l'on veut avoir une chance d'être entendu, mieux vaut exprimer ses idées dans le cadre de pensée dominant ; un discours de rupture prend toujours le risque de demeurer à la marge. Il révèle cependant une difficulté à tolérer les discours doctrinaux subversifs (ici, en ce qu'ils assument une dimension politique), c'est-à-dire ceux qui sont susceptibles d'engendrer des révolutions scientifiques plutôt que de simples évolutions correctives. Pour le dire autrement, un discours doctrinal ne serait légitime, aux yeux d'Y. Lequette, qu'à condition de s'inscrire dans la « *matrice disciplinaire* »<sup>229</sup> forgée par la doctrine, laquelle est faite de technique et de dogmatique.

C'est en ce sens que le dévoiement de la technique juridique est consubstantiel à une pensée dogmatique. D'ailleurs Yves Lequette a la franchise de le reconnaître lorsqu'il affirme, probablement à juste raison, que le solidarisme ne pouvait s'imposer en doctrine car il ne respectait pas la dogmatique juridique. En se faisant, il assène involontairement un coup fatal à toute prétention doctrinale à une quelconque scientificité. En effet, cela signifie qu'aucun changement de paradigme n'est jamais possible et que les évolutions ne peuvent se faire qu'à la marge et à l'intérieur d'une dogmatique imposée par la communauté scientifique elle-même. De fait, les changements de paradigmes sont quasi inexistantes : aucun depuis deux siècles en droit des contrats (aucun non plus en droit des biens, la responsabilité civile faisant figure d'exception, mais avec beaucoup de difficultés), malgré des thèses et des articles originaux et novateurs, mais toujours marginalisés (relégués en notre infrapaginales), ridiculisés ou ignorés dans les ouvrages didactiques.

### III. CONCLUSION

En guise de conclusion, j'avoue bien volontiers l'absence d'exhaustivité de ce travail. Je n'ai pas pu rendre compte de tous les ouvrages, mais j'ai dû choisir ceux qui me paraissaient

<sup>227</sup> Ce sont ces carences techniques, voire cette incompétence juridique, qui expliqueraient la disparition des solidaristes du paysage juridique, cf. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz 12ème éd. 2019, n°51. Bien sûr l'inertie idéologique de la doctrine, qui parvient à maintenir une théorie entièrement inventée et dont elle reconnaît elle-même qu'elle ne parvient pas à rendre compte du droit positif, n'est pas envisagée comme cause de cette disparition. Que l'on songe simplement à la difficulté de diriger des thèses susceptibles d'être qualifiées par le CNU et de former des disciples qui deviendront ensuite universitaires lorsque le champ doctrinal est verrouillé par des idéologues. C'est également à cette difficulté que se heurtent les collègues économistes dont les plus hétérodoxes se sentent obligés de demander la création d'une nouvelle section au CNU pour pouvoir continuer à développer une pensée alternative.

<sup>228</sup> Je précise qu'à ma connaissance, Jacques Mestre ne s'est jamais réclamé du solidarisme contractuel.

<sup>229</sup> Th. Khun, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. Franç. Flammarion 1972.

les plus importants ou représentatifs de la doctrine civiliste française. La multiplication des ouvrages pédagogiques depuis une vingtaine d'années a rendu encore plus fastidieuse la tâche de leur recensement. Les traités ont quasiment disparu et les manuels se sont raréfiés au profit de publications plus sommaires dont l'objet n'est pas tant d'exposer une doctrine que de fournir aux étudiants un aide-mémoire. Je n'ai pas pensé pertinent de rendre compte de manière exhaustive de cette nouvelle littérature, afin de garder une certaine homogénéité dans le matériau doctrinal étudié sur un siècle. Enfin, j'ai arrêté mon étude avant la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016. Il serait intéressant de regarder comment les auteurs non solidaristes, qui ont toujours été hostiles à la généralisation de la sanction des clauses abusives, à la révision des contrats pour cause d'imprévision, à la reconnaissance des contrats d'adhésion ou encore à la promotion de la bonne foi contractuelle, ont remanié ou pas la présentation de leurs ouvrages didactiques. En effet, le fait que le droit positif français ne consacrait aucune de ces règles les confortait jusqu'ici dans leur bilan comptable famélique des traces du solidarisme contractuel dans la réalité juridique. Ont-ils, suivant une démarche scientifique sérieuse, procédé à une révision profonde de la théorie contractuelle qu'ils enseignaient, voire envisagé un changement de paradigme ? Ont-ils, à tout le moins, admis qu'une période de crise scientifique s'était ouverte, et dans l'affirmative combien d'ouvrages didactiques l'admettent ? Ou ont-ils, au contraire, continué à enseigner la même dogmatique juridique, en rejetant dans les marges de l'exception critiquable ces nouvelles règles ? S'agissant des auteurs qui ne sont pas hostiles par principe au solidarisme : ont-ils réussi à débarrasser leur présentation pédagogique de l'autonomie de la volonté ou d'une conception exagérément volontariste du contrat ? Ont-ils produit de nouvelles théories du contrat ? Une telle étude devrait permettre de dire si la doctrine civiliste française, en droit des contrats, est parvenue à s'extirper de l'idéologie pour adopter une démarche scientifique.