

**André Bélanger
Pascale Dufour
Éric Fokou**

LE CONTRAT DE DROIT CIVIL COMME ARTEFACT SOCIAL

CONSTATS, PROSPECTIONS ET UTOPIES



Collection Dikè



DIKÈ

Collection dirigée par Josiane Boulad-Ayoub et Bjarne Melkevik



« Le soleil ne transgressera pas son orbe (métra).

Ou alors les Érinyes, aides de la justice, le découvriront. »

(Héraclite, *Aphorisme* 94)

Les Érinyes, déesses de la vengeance, dont Héraclite fait les auxiliaires de la justice, se métamorphosent à la fin de l'Orestie d'Eschyle en bienveillantes Euménides. Fille de Thémis dans la mythologie, DIKÈ, alliée cependant aux nouvelles divinités Athéna et Apollon, s'humanise dans la tragédie, se laïcise, se politise en s'associant aux progrès de la démocratie, du débat juridique et politique, du développement des lois.

DIKÈ n'était pas, à Athènes, la mimésis d'une essence de la justice, elle était à la fois l'idée abstraite du droit et, sous de multiples formes, l'action judiciaire.

La collection « DIKÈ », comme la Pnyx et l'Agora athéniennes, offre un espace public, un lieu de rencontre pour penseurs venus d'horizons et de disciplines différents, du droit, de la philosophie du droit, de la philosophie politique, de la sociologie, prêts à débattre des questions juridiques urgentes et disposés à une critique aussi polymorphe et diverse que les structures complexes du droit contemporain qu'ils tenteront de mettre à jour. Penseurs persuadés que DIKÈ, élevée à la dignité autonome du concept, est toujours enchaînée au juste et à l'injuste et que, privée de déterminations concrètes, la justice n'est qu'une forme vide. Persuadés aussi que l'ambivalence des structures juridiques invite à procéder à une enquête sur la généalogie des formes historiques du droit.

LE CONTRAT DE DROIT CIVIL
COMME ARTEFACT SOCIAL :
CONSTATS, PROSPECTIONS
ET UTOPIES

ANDRÉ BÉLANGER
PASCALE DUFOUR
ÉRIC FOKOU

LE CONTRAT DE DROIT CIVIL
COMME ARTEFACT SOCIAL :
CONSTATS, PROSPECTIONS
ET UTOPIES



**Presses de
l'Université Laval**

Nous remercions le Conseil des arts du Canada de son soutien. We acknowledge the support of the Canada Council for the Arts.



Conseil des arts
du Canada

Canada Council
for the Arts

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année de la Société de développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

SODEC

Québec 

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Titre: Le contrat de droit civil comme artefact social : constats, prospections et utopies / André Bélanger, Pascale Dufour, Éric Fokou.

Noms: Bélanger, André, 1972-auteur. | Dufour, Pascale, 1984-auteur. | Fokou, Éric, auteur.

Collections: Dikè.

Description: Mention de collection : Dikè | Comprend des références bibliographiques.

Identifiants: Canadiana (livre imprimé) 2023005529X | Canadiana (livre numérique) 20230055303 | ISBN 9782766301935 | ISBN 9782766301942 (PDF)

Vedettes-matière: RVM: Contrats — Philosophie.

Classification: LCC K840.B45 2023 | CDD 346.02/2011 — dc23

Mise en pages: Laurie Patry

Maquette de couverture: Laurie Patry

© Les Presses de l'Université Laval
Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 2^e trimestre 2023

ISBN : 978-2-7663-0193-5

ISBN PDF : 9782766301942

Les Presses de l'Université Laval
www.pulaval.com

Le contrat de droit civil comme artefact social. Constats, prospections et utopies par André Bélanger, Pascale Dufour et Éric Fokou © Les Presses de l'Université Laval est mis à disposition selon les termes de la [licence](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) Creative Commons Attribution – Pas d'utilisation commerciale – Pas de modification 4.0 International.



Table des matières

Pro légomènes à visées polymathiques en marge de la doctrine contractuelle	I
---	---

1. Constats contractuels, contemporanéité et longue modernité	1
--	---

1.1 Le contrat et l'économisme : Positionnement épistémologique, politique ou idéologique?	1
1.1.1 L'analyse économique du droit civil des contrats et ses obstacles épistémologiques : entre avilissement social et asservissement économique.....	2
1.1.2 La cause et la volonté des parties au contrat : Par-delà l'ordre public, une révolution?	41
1.2 La contractualisation de la société : le contrat comme outil d'aliénation ou de <i>raisonnance</i> ?	54
1.2.1 Le temps contractuel	54
1.2.2 Le contrat contemporain et la résonance chez Hartmut Rosa.....	72

2. Conceptions contractuelles et panorama théorique	81
--	----

2.1 Les approches (à prétention) axiomatiques.....	82
2.2 Les influences et les dogmes : économie, morale et contractualisation.....	103
2.3 Les pistes à multiplier : Anti-utilitarisme et éclatement dogmatique	120

3. Détours et retours contractuels	133
---	-----

3.1 Partir de la marge doctrinale pour mieux recentrer? Visées heuristiques et critiques de l'art contemporain et du droit des contrats.....	133
3.2 Revenir aux fondamentaux pour enrichir le <i>logos</i> de contrat.....	162

Prologomènes à visées polymathiques en marge de la doctrine contractuelle

Le contrat juridique est partie intégrante de nos vies quotidiennes. Bien que moins omniprésent, il existait, à titre de pacte, d'entente, de traité ou de convention, avant le libéralisme. Et peu importe le régime économique-politique que nous réserve l'avenir, son existence perdurera sous une forme ou une autre. N'est-ce pas suffisant pour que les juristes civilistes l'envisagent à l'extérieur de la gangue (néo)libérale dans laquelle nous l'enfermons et l'utilisons de manière exacerbée? À ce titre, les pages qui suivent se présentent comme une pause – pose? – d'inspiration nietzschéenne par laquelle nous tentons de nous ébrouer de la *moraline* qui engluie l'art du juste contractuel depuis des décennies.

Cet ouvrage est un recueil de divers travaux¹ qui vont puiser, au sein de l'univers sociétal et culturel, de nouvelles pistes de réflexions quant au sens à donner au contrat juridique de droit civil. Dans le cadre de nos recherches, nous investissons certains champs d'études exotiques au droit civil entendu au sens strict. Nous explorons pour élargir la dimension heuristique du droit des contrats contemporain. Nous avons ainsi opté pour des *détours* hors du discours juridique usuel afin de nourrir une recherche de renouveau épistémologique sans cesse à poursuivre². Dans la mesure où la notion de contrat juridique souffre aujourd'hui d'un important déficit théorique³, nous croyons qu'il est du devoir des juristes de tenter de

-
1. A. Bélanger et E. Fokou, «Efficacité et efficacité: les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats», (2019) 49-1 *Revue Générale de Droit*, 5-66; A. Bélanger et E. Fokou, «La cause et la volonté des parties au contrat: par-delà l'ordre public, une révolution?», dans A. Tellier-Marcil et al. (dir.), *Les prochains défis de la pensée civiliste: les conceptions classiques soumises à l'épreuve du temps*, Montréal, Thémis, 2020, 53-74; A. Bélanger, «Le temps contractuel: Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale», dans V. Caron et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, 117-141; A. Bélanger, «Les théories du contrat en droit civil: panorama épistémologique», dans S. Bernatchez et L. Lalonde (dir.), *Approches et Fondements du droit, tome 4, Branches du droit et concepts juridiques*, Cowansville, Yvon Blais, 2019, 267-324; A. Bélanger et P. Dufour, «Le droit et l'art contemporain, visées heuristiques et critiques», dans S. Bernatchez et L. Lalonde (dir.), *Approches et fondements du droit, vol. 3. Interdisciplinarité et théories critiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2019, 65-106; E. Fokou et A. Bélanger, «Dialogue entre le droit civil des contrats et un droit traditionnel africain: essai sur le Nsountee dans la communauté Ngombale de l'Ouest-Cameroun», (2022) 52-1 *Revue Générale de Droit*, 103-150.
 2. A. Bélanger, *Théorisations sur le droit des contrats, Propositions exploratoires*, Coll. Dikè, Québec, Presses de l'Université Laval, 2014.
 3. C., Thibierge-Guelfucci, «Libres propos sur la transformation du droit des contrats», (1997) *RTD Civ.* 357; G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009.

nouvelles définitions, quitte à tableter, si ce n'est simplement miser, sur des discours extra-juridiques.

En empruntant tous ces chemins de traverse, nous tentons de favoriser une meilleure compréhension du droit civil des contrats, de même que la construction et l'application d'un cadre théorique cohérent permettant de combler les lacunes des modèles classiques. Cet objectif très général trouve sa motivation dans le constat de crise récurrente⁴ auquel fait face la théorie contractuelle, soit un contexte où la majorité des contrats, dont la production est généralement le fruit d'une expression monologique et individuelle, est destinée à des acteurs désocialisés, voire réifiés. À ce titre, l'étude du contrat contemporain nous incite à mettre l'accent sur des constructions théoriques qui reflètent davantage la complexité intersubjective propre au synallagma, plutôt qu'exclusivement fondées sur des considérations d'intérêts et d'opposition des parties.

En ce sens, l'objet même de ces divers projets est l'interdisciplinarité puisqu'ils visent à ouvrir le droit des contrats à une plus grande complexité sociale. En concevant le discours contractuel comme une forme de « pratique sociale⁵ », nous devons considérer une *relation dialectique* entre un événement discursif et la situation sociétale qui l'encadre. Cette nature poreuse entraîne un mouvement en deux sens : l'événement discursif est déterminé par son contexte, mais il le modèle également. Pour emprunter à la terminologie de Fairclough⁶ et de l'analyse critique du discours, le discours – contractuel en ce qui concerne nos travaux – est *socialement constitutif* (« constitutive ») et *socialement constitué* (« shaped »). Cela dit, la relation entre le discours et les facteurs sociaux n'est pas directe, mais elle se manifeste à travers un processus de *médiation*⁷. L'approche globale des analyses critiques que

4. « Les crises précédentes tenaient à l'exiguïté dogmatique des définitions du contrat assises sur le principe de l'autonomie de la volonté, subissant un siècle durant l'assaut de pratiques sociales porteuses de nouveaux langages juridiques (celui des rapports de travail, de la concurrence, des droits fondamentaux, etc.) incapables de s'établir sur une base aussi étroite. La crise actuelle tient, à l'inverse, à l'étonnante largesse des diverses conceptualisations du contrat en usage dans la pratique et à l'imbricatio sémantique qui en découle, un peu comme si, victime de son succès récent, la notion de contrat subissait le destin de ces gros concepts normatifs et mous qui – à l'instar de la "propriété", de la "représentation" ou de la "démocratie" – finissent par ne plus rien vouloir dire. », G. Lewkowicz, et M. Xifaras, « *Repenser le contrat, Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles* », dans G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, 1-7, 3.

5. N. Fairclough, *Analyzing discourse. Textual analysis for social research*, London / New York, Routledge, 2003, p. 26.

6. N. Fairclough, *Discourse and social change*, Cambridge, Polity Press, 1992.

7. « CDA sees discourse – language use in speech and writing – as a form of 'social practice'. Describing discourse as social practice implies a dialectical relationship between a particular discursive event and the situation(s), institution(s) and social structure(s), which frame it: The discursive event is shaped by them, but it also shapes them. That is, discourse is socially constitutive as well as socially conditioned – it constitutes situations, objects of knowledge, and the social identities of and relationships between people and groups of people. It is constitutive both in the sense that it helps to sustain and reproduce the social status quo, and in the sense that it contributes transforming it. » N. Fairclough et R. Wodak, « Critical discourse analysis », dans T. van Dijk (dir.), *Discourse as social interaction*, 1997, 258-284, p. 258.

nous proposons « is essentially making visible the interconnectedness of things⁸ ». Notre objectif premier est, en quelque sorte, de « démystifier » et de « déchiffrer » le discours⁹ contractuel. Dans cette optique, le travail interdisciplinaire permet d'acquérir une compréhension approfondie de la fonction du langage dans le processus de constitution et de transmission du savoir et d'organisation sociale qu'est le contrat. Par conséquent, l'approche se définit fondamentalement comme une analyse de relations structurelles, transparentes comme opaques, qui se manifestent par le biais du contrat. Nous ne pouvons concevoir que les juristes puissent se couper des manifestations des divers discours de l'ensemble du monde social. En ce sens, nous partageons pleinement l'opinion d'auteurs qui écrivent :

Aux antipodes [des] prémisses épistémologiques positivistes, nous défendons la méthode critique et interdisciplinaire. Celle-ci accepte l'idée d'une certaine autonomie du droit par rapport aux faits sociaux et par rapport aux valeurs, mais elle rejette énergiquement l'intenable radicalisation de cette autonomie qui caractérise le positivisme. L'autonomie du droit est réelle et il est essentiel de bien en prendre la mesure, mais elle n'est que relative¹⁰.

La réception de telles approches qui débordent des considérations juridico-économiques habituelles, en droit des contrats à tout le moins, est généralement très polarisée – on accepte sans compromis ou on rejette avec une certaine forme de dédain *scientifique* ou encore, plus directement, juridique –, comme si la question s'inscrivait à l'intérieur d'une perspective idéologique marquée. À l'inverse, nous voulons encourager les juristes à argumenter sur le phénomène contemporain éminemment social qu'est le contrat, puisque que le droit, à titre de phénomène social justement, ne peut être réduit uniquement aux dispositions d'un code juridique, aux discours prétoriens et, de manière plus générale, au droit des livres¹¹. Par conséquent, nous adoptons les propos suivants de François Ost :

Si, en revanche, on pense, avec d'autres, que le droit entretient un rapport essentiel avec l'« institution imaginaire de la société », pour parler comme Castoriadis, qu'il touche à l'« institution de l'humain », pour parler comme Legendre, qu'il contribue de façon essentielle à la constitution d'« un ordre symbolique partagé », pour parler cette fois comme Ricoeur, en un mot qu'il

8. N. Fairclough, *Media discourse*, London ; New York, E. Arnold, 1995, p. 747.

9. De manière très générale, au sens de R. Wodak, « Critical linguistics and Critical discourse analysis », dans J. Verschueren et J.-O. Östman (dir.), *Handbook of pragmatics*, 2006, 1-24, p. 4 : « [...] discourse is socially constitutive as well as socially conditioned – it constitutes situations, objects of knowledge, and the social identities of and relationships between people and groups of people. It is constitutive both in the sense that it helps to sustain and reproduce the social status quo, and in the sense that it contributes transforming it ».

10. Voir H. Dumont et A. Bailleux, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », (2010) *75 Droit et Société*, 275-293, 285.

11. De manière plus précise, B. Dupret, « Droit et sciences sociales. Pour une resépécification praxéologique », (2010) *75 Droit et Société*, 315-335, 325, écrit : « Le droit, en tant que phénomène social, ne peut être réduit aux seules dispositions d'un code juridique (le droit des livres) ».

lui appartient en propre de dire les valeurs collectives d'une société et de fournir des repères aux individus, alors on comprendra que le rapprochement du droit et de la littérature n'est pas fortuit¹².

Le contrat comme artefact social est donc aussi ce que Supiot, à la suite de Castoriadis, désigne comme une « institution imaginaire de la société¹³ ». Quelles sont les délimitations de cette institution imaginaire aujourd'hui ? Le contrat s'impose-t-il *par défaut* dans un univers de globalisation ? Est-il une simple technique juridique ontologiquement neutre¹⁴ ? N'y a-t-il pas lieu de couper l'analyse du contrat de l'économisme ambiant¹⁵ pour tenter de mieux le comprendre ? Devrions-nous nous positionner *entre dissolution et coupure*, en considérant la technique et l'axiologie en la matière¹⁶ ?

Faisons ici le choix de nous projeter dans le devenir du droit puisque l'être, ne serait-ce que contractuel, est aussi bien le présent que le devoir être, le futur étant *in fine* la véritable cible d'une règle juridique. C'est par ailleurs ce futur incertain que tente d'appréhender le contrat et ses clauses en tant qu'actes de prévision. Et c'est aussi pour éviter l'immobilisme épistémologique en matière de contrat de droit civil que des reculs réflexifs s'imposent, ne serait-ce que pour pouvoir établir si le contrat est le reflet ou le moteur d'une *pathologie sociale*¹⁷. Reculs qui impliquent aussi bien une interdisciplinarité qu'une *intradisciplinarité*¹⁸. Toutes les surspécialisations font certes le bonheur des praticien.es, voire des professeur.es et des chercheur.es, mais ne nuisent-elles pas en bout de course au droit

12. F. Ost, « Le droit au miroir de la littérature », en ligne, www.asmp.fr/travaux/communications/2008/ost.htm

13. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015, p. 10.

14. *Ibid.*, p. 15.

15. Voir par exemple, et pour le droit civil des obligations: M. Tancelin, *Le droit malade de l'argent*, Essai, Montréal, Bouquinplus, 2013.

16. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015, p. 17-18.

17. « La théorie sociale permet toujours de parler de "pathologie sociale" en présence d'évolutions sociales qui conduisent à une détérioration notable des facultés rationnelles permettant de participer aux formes décisives de la coopération sociales. [...] Il est permis de parler de "pathologie sociale" chaque fois qu'un certain nombre de membres de la société, ou l'ensemble de ces membres, ne se montrent plus en situation, en raison des évolutions sociales, de comprendre convenablement la signification de ces pratiques et de ces normes. Dans cette mesure, les évolutions négatives ou les perturbations ainsi pensées représentent des "second-order disorders", des "désordres de second ordre", pour citer une expression de Christopher Zurn [ref omise]. Il est ici question de déficits de rationalité faisant que des convictions ou des pratiques de premier niveau ne peuvent plus être acquises et utilisées, de façon appropriée, par les intéressés, à un niveau second. [...] Les symptômes reflétant de telles pathologies sociales ne se manifestent pas, pour cette raison, sous la forme de particularités du comportement individuel manifestes, ou sous la forme de déformations du caractère; ils se manifestent plutôt lorsque les membres de groupes bien déterminés en viennent à développer des tendances à un certain engourdissement du comportement [*Verhaltensstarrung*], des tendances à une rigidification de leur comportement social, et de leur rapport à eux-mêmes, qui se révèlent dans des états diffus d'abattement et de perte d'orientation. Ce sont de tels états de "prostration réflexive" qui nous donnent de premiers indicateurs permettant d'en conclure à la présence d'une pathologie sociale. », A. Honneth, *Le droit de la liberté, Esquisse d'une éthicité démocratique*, Paris, Gallimard, 2015, p. 136-138.

18. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015, p. 20.

lui-même en l'étouffant dans les ramifications de ses propres justifications techniques devenues incompréhensibles?

Le contrat n'est-il pas devenu qu'un doigt de la main invisible du Marché d'Adam Smith, ou peut-il au contraire nous permettre de mieux comprendre la vie en société? Une autre voie contournée dans la postmodernité, mais non moindre, de soustraire les décisions politiques à la délibération collective s'appelle les « rapports d'expertise », une sorte de « droit préfabriqué » venu d'ailleurs ou d'en haut, souvent appelé normes techniques. Une forme de dictature savante des experts qui substitue la technocratie à la démocratie, en confisquant les mécanismes de discussion et de production du droit. Les gourous de la finance sont particulièrement doués dans cette machination « pseudo-savante » du monde. Et l'avatar le plus affligeant de cette échappatoire normative en droit des contrats qui sert d'antichambre du capitalisme, s'appelle bien les « conditions générales », œuvre d'experts (et parfois des algorithmes). Donc des *conditions* (le mot parle de lui-même) auxquelles on *adhère* plus qu'on y *consent*. Où est le contrat, par essence acte de volonté et de liberté des individus, dans tout cela?

Dans un tel contexte, dans quelle mesure le contrat peut-il être qualifié d'*acte*, de fruit de la réflexion des parties et d'agir social, plutôt que *réaction*? Un questionnement ainsi démultiplié est-il seulement pertinent ou faut-il éviter de faire subir à l'expertise contractuelle contemporaine un tel retour à ses « origines »? Nous souhaitons poser une question qui peut sembler un peu absurde, dans la mesure où elle n'appelle pas de réponse simple et qu'elle peut donner une désagréable impression d'anachronisme: Est-ce que nous, juristes, à titre de communs des mortels (i.e. les personnes physiques en opposition aux personnes morales), est-ce que nous souhaitons encore utiliser le contrat à titre d'outil de liberté? Corolairement, se pose la question du rôle des juristes quant aux discours élaborés en matière de contrat: Faut-il encourager le développement de cet artéfact social dans l'ensemble de la population ou favoriser au contraire le passage à autre chose, à une forme de non-contrat assumée, étant entendu que la base contractuelle des articles 1378, 1385 et 1399 du *Code civil du Québec*, cette rencontre de deux volontés libres, éclairées et idéalement réfléchies, n'est plus, de manière générale, mise en application à titre d'idéal de vie sociojuridique?

Enfin, il y a une autre considération liée à ce vaste questionnement contractuel: à savoir que la rédaction d'un contrat, aussi complexe soit-elle, tant qu'elle demeure de l'ordre de la technique contractuelle, au sens de l'agencement du vocabulaire juridique et du droit positif dans une optique d'atteinte de résultats spécifiques, peut d'ores et déjà être établie par l'informatique. Pour le dire autrement: envisager le contrat dans cette optique avant tout *rédactionnelle*, cela manque d'*âme*. Proposons au contraire que le droit est affaire d'âme plus que de technique, non pas au sens spirituel, mais au sens philosophique sommaire de « principe

premier qui nous anime¹⁹». D'où, très bêtement, le germe de la « notion » d'artéfact social pour le contrat et une question qui demeure encore aujourd'hui ouverte : Qu'y a-t-il à l'extérieur de l'économie financière qui peut aussi influencer sur le contrat ?

Il va sans dire que nous ne révolutionnerons pas la théorie du contrat avec une telle « approche ». Ne serait-ce que parce que la panacée aux maux contractuels et aux déficits théoriques de son principe de formation n'existe pas. Il faut plutôt se faire à l'idée d'une remise en question permanente et d'un ajustement constant opérés par l'ensemble des juristes. Alors que le capital mondial est composé de liens de dettes et de créances, quel est donc le rôle du contrat s'il n'est pas au cœur même de ce processus de *Fabrique de l'homme endetté*²⁰ ? Est-il seulement pertinent, sur le plan théorique et de l'enseignement du droit, de s'interroger sur la nature des liens entre la formation du contrat et le fonctionnement de notre économie²¹ ? Est-ce seulement une *matière* juridique ? Toutes choses qui soulignent qu'en bout de course, ce n'est sans doute pas uniquement le droit des contrats qui importe, ce dernier n'étant qu'une lorgnette par laquelle nous observons une bonne part de la vie sociale.

-
19. L'âme n'est que le *principe vital* qui résulte des propriétés de la *matière*, et du jeu des éléments dans les corps où ils créent un *mouvement* spontané. C.-F. de Volney, *Les Ruines*, 1791, p. 204.
 20. M. Lazzarato, *La fabrique de l'homme endetté : Essai sur la condition néolibérale*, Paris, Éditions Amsterdam, 2011.
 21. V. Forray, « À la croisée du droit des obligations et de l'ingénierie financière : remarques sur la nécessité sociale de l'analyse juridique » (2016) 57:1 *C de D* 25.

1. Constats contractuels, contemporanéité et longue modernité

« On trouve tout dans le corps du droit » écrivait déjà Accurse (circa 1182-1260), pionnier de l'enseignement juridique universitaire, répondant ainsi par la négative à la question : « Le juriste doit-il s'instruire en théologie ? ». Dans leur grande majorité, les juristes sont restés fidèles à cette conception purement technicienne et autoréférentielle de leur savoir. Elle les conduit à considérer que la ratio legis n'est pas de leur ressort. Aussi renvoient-ils toujours à d'autres la question de la raison et de la légitimité des lois qu'ils étudient. Ils conçoivent leur tâche comme celle d'honnêtes plombiers-zingueurs, chargés de veiller à une tuyauterie compliquée où circulent des créances et des dettes.

Alain Supiot¹

1.1 LE CONTRAT ET L'ÉCONOMISME : POSITIONNEMENT ÉPISTÉMOLOGIQUE, POLITIQUE OU IDÉOLOGIQUE ?

Rien n'est *naturel* et immuable en matière de législation contractuelle, tout est politique, la chose est entendue, mais rappelons tout de même ceci :

Le siècle qui a vu naître les recueils napoléoniens devait se charger de nous détromper. En même temps que les textes législatifs reparaissent les traditions les plus oppressives et les moins avouables, les légistes actuels reprenaient les errements de leurs devanciers ; ils rivalisaient entre eux pour chasser du Droit tout idéal et tout souffle, pour faire du Droit un expédient de pure forme, prêtant appui à tous les despotismes. Économistes demeurés fidèles à l'esprit du XVIII^e siècle, vous dominez de cent coudées ces théories décrépites, car vous confessez le droit de l'individu et la liberté ; or, ce n'est que par ce principe que la science du droit technique se régénèrera et que la science politique se fondera².

-
1. A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015, p. 75.
 2. E. Acollas, *L'économie politique et le droit*, Lausanne, impr. De Howard-Delisle, 1874 [En ligne]. Acollas se réfère ici à la pensée d'économistes comme Quesnay, Turgot, Smith et Stuart Mill.

Certes, lier ici libéralisme, néolibéralisme, capitalisme, et contrat pour mettre de l'avant une forme d'asservissement n'est aucunement original³. Mais souligner, encore, que le contrat n'est pas qu'économique nous paraît justifié⁴ pour éviter la répétition d'une simple rhétorique contractuelle. Par conséquent, les réflexions qui suivent relèvent de l'ordre métathéorique⁵. Elles sont constitutives d'un discours épistémologique porté sur la théorie économique du contrat, avec l'objectif de contribuer à libérer tous les potentiels sociétaux de ce dernier.

1.1.1 L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT CIVIL DES CONTRATS ET SES OBSTACLES ÉPISTÉMOLOGIQUES : ENTRE AVILISSEMENT SOCIAL ET ASSERVISSEMENT ÉCONOMIQUE

Le contrat étant lui-même le discours des parties, le droit, dans une logique strictement positiviste, est le discours du législateur-juge, alors que l'analyse économique est le discours de la doctrine jus-économiste sur le phénomène juridique et contractuel. Notre propos a donc pour objet principal l'analyse économique du droit et du contrat en tant qu'ensemble ordonné de constructions mentales et d'énoncés cognitifs d'ordre métaphysique, empirique et métémpirique en rapport

-
3. Pour un seul exemple entre mille, voir : A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015, p. 160-161.
 4. Ainsi, selon Honneth : « Déjà, pour Hegel, le “droit abstrait”, et donc la somme de tous les droits subjectifs, semble posséder une très singulière double nature : extérieurement, il accorde au sujet une forme purement rationnelle de prise de décision, tout en protégeant – intérieurement – sa capacité à former sur le plan éthique ses volontés propres de la façon la plus efficiente qui soit. En tant qu'individus se rencontrant dans des rapports juridiques, les sujets se représentent les uns les autres comme disposant de la liberté d'agir à leur guise, “selon leur bon vouloir”, et donc conformément à leurs préférences individuellement déterminées ; mais, envisagés selon la perspective qui leur est propre – propre à des sujets pour qui les motivations d'autrui restent d'une extrême opacité –, les droits qu'ils s'accordent réciproquement représentent une sorte d'enveloppe protectrice leur permettant d'explorer en toute liberté les profondeurs et les abysses de leur subjectivité sans craindre de se le voir reprocher. [...] Aux côtés de la liberté contractuelle, le droit de propriété de l'individu a toujours formé un élément fondamental du système juridique moderne. L'orientation fortement économique de cette première génération de droit a favorisé très tôt une tendance à considérer avant tout les droits subjectifs comme un instrument destiné à satisfaire le besoin en organisation grandissant du système économique capitaliste, qui se développe alors à une vitesse foudroyante. Marx tout particulièrement ne voyait, dans les droits libéraux fondamentaux, qu'une poignée d'instruments idéologiques permettant de codifier les rapports de propriété économiques, et de justifier l'exploitation accélérée de la main-d'œuvre salariée. Mais cette interprétation fonctionnaliste, dont on peut encore aujourd'hui constater des formes atténuées, ne peut que nous faire perdre de vue le fait que les droits subjectifs peuvent également servir de tout autres fins. », A. Honneth, *Le droit de la liberté, Esquisse d'une éthique démocratique*, Paris, Gallimard, 2015, p. 116-117.
 5. Une métathéorie est une théorie qui prend pour objet d'étude d'autres théories. Sur l'intérêt de la métathéorie et son interaction avec la théorie, voir entre autres L. Sklair, « Métathéorie, théorie et recherche empirique : l'analyse de la dépendance et du “gender” en sociologie du développement », *Sociologie et sociétés*, vol. 19, n° 2, 1987, p. 51 ; E. Thomas, « Le spectre de la métathéorie : Alexander Wendt serait-il hanté par ses propres engagements ? », *Études internationales*, vol. 38, n° 3, 2007, p. 383.

avec l'expérience juridique et contractuelle prise de façon globale, si ce n'est à titre d'artéfact social⁶.

Le contrat faisant partie intégrante de l'ordre juridique et social avec lequel il interagit, l'étude du phénomène juridique connaît depuis quelques décennies un renouveau épistémologique dans le sillage de ce que l'on nomme par conventionnalisme l'interdisciplinarité⁷. Cette dernière étant devenue le paradigme dominant de la recherche en sciences sociales comme le sont ou l'ont été, le positivisme en théorie du droit, le volontarisme en théorie du contrat ou encore l'analyse économique en droit postmoderne. En effet, pour sortir le droit en général, ou le droit des contrats en particulier, de son isolationnisme dogmatique⁸ afin de le mettre en phase avec la réalité socio-économique qui le secrète et qu'il régit et transforme par interaction constante, nombre de courants de pensée préconisent de l'évaluer ou de l'expliquer sous le prisme des autres sciences sociales dont l'économie et la sociologie⁹. Ce décloisonnement est caractéristique d'un trait d'union (« droit et économie » – voire *law and economics* – et « droit et société » – voire « droit et sociologie ») aussi bien sur le plan disciplinaire que phénoménal. Il scelle dorénavant le rapprochement entre le droit et ces deux autres champs de connaissance jugés plus réalistes et marque l'avènement de disciplines hybrides plus connues sous le nom d'économie du droit (analyse économique du droit) et de sociologie du droit (analyse sociologique du droit). Le droit doit désormais sortir de sa « clôture normative » (c'est-à-dire de son système autoréférentiel hermétique ou autopoïétique se reproduisant par lui-même et élaborant ses significations par référence à ses

-
6. A. Bélanger et A. Bordeleau, « Art, Architecture and Law: The Architectural Project and the Legal Contract as Social Artefacts », *Architecture, Media, Politics, Society*, vol. 4, n° 3, 2014, p. 1.
 7. En ce sens, Jean-Pascal Chazal écrit : « Le droit n'est pas une sphère autonome aux contours hermétiques ; il est influencé par des facteurs extérieurs à son propre domaine ; il est traversé par des courants de pensées et des problématiques dont l'étude est institutionnellement et habituellement rattachée à d'autres disciplines telles que la politique, la philosophie, l'histoire, l'économie, la sociologie, la psychologie, la religion, etc. Refuser de prendre conscience de l'ouverture et de l'inachèvement du savoir juridique, de sa dimension profondément interdisciplinaire, croire possible de l'expliquer par lui-même, c'est s'exposer à ce que l'analyse stagne à la surface des choses. Vrai pour le droit en général, ce constat l'est également pour le droit des contrats. », J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *Revue des contrats*, n° 1, déc. 2003, p. 27.
 8. J.-G. Belley, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 *C. de D.* 1045-1058.
 9. J.-G. Belley, « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et société*, n° 9, 1988, p. 281 ; J.-G. Belley, « Les sociologues, les juristes et la sociologie du droit », *Recherches sociographiques*, vol. 24, n° 2, 1983, p. 263 ; E. Brousseau et J.-M. Glachant, « Introduction : économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *Revue d'économie industrielle*, n° spéc., Économie des Contrats : Bilan et Perspective, n° 92, 2000 ; T. Kirat et L. Vidal, « Le droit et l'économie : Étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *Annales de l'Institut André Tunc*, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2005.

propres procédures). Telle que décrite par Luhmann¹⁰ et décriée dans une péjoration conséquentialiste par Teubner¹¹, le droit devrait ainsi et plutôt se regarder par « ouverture cognitive » à travers le prisme de l'économie et de la sociologie. Ces dernières disciplines symbolisent épistémologiquement un point de vue externe modéré à la dogmatique juridique en tant que point de vue interne des juristes dogmaticiens habitués à la pure logique formelle d'énoncés normatifs sans égard aucun à l'usage qu'en font les pratiques sociales¹². Leur rapprochement, faisant désormais du droit un lieu de « polythéisme épistémique » ou de « collision des discours et rationalités économique-politico-sociologiques¹³ », n'a pas été facile. Ce d'autant plus que tant le droit que l'économie politique et la sociologie ont été considérés fort longtemps comme des systèmes autonomes¹⁴.

Sans s'aventurer dans les schismes théoriques¹⁵ et parfois idéologiques¹⁶ engendrés par le développement de cet hybridisme disciplinaire, cette étude se propose d'interroger l'un des paradigmes dominants : l'analyse économique du droit et son épiphénomène, l'analyse économique du contrat. Elle entend remettre en question de façon critique, rétrospective, introspective et prospective les fondements épistémologiques de cette *doxa* de la postmodernité qui irradie, par effet de contagion, la théorie générale du contrat en droit civil francophone. À cette fin, nous procéderons en trois temps, cheminant du plus général au plus spécifique. Il

-
10. N. Luhmann, « L'unité du système juridique », *Archives de Philosophie du droit*, Le système juridique, 1986, p. 163; J. Clam, *Droit et société chez Niklas Luhmann, la contingence des normes*, Coll. Droit, éthique et société, 1^{re} éd., Paris, PUF, 1997, spéc. p. 245.
 11. G. Teubner, « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau », dans *Droit et société*, 2001/1, n° 47, spéc. p. 84.
 12. Th. Kirat, « Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit », dans Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, éd. CNRS, 2000, p. 44.
 13. G. Teubner, « *Altera pars audiatur*: le droit dans la collision des discours », *Droit et société*, n° 35, 1997, Globalisation des échanges et espaces juridiques, p. 99.
 14. Ou à titre de sous-systèmes auto-poïétiques destinés à accomplir des tâches spécifiques au sein de l'académie et du poly-système global de la société. Voir B. Frydman, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », dans Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, éd. CNRS, 2000, spéc., p. 29.
 15. En économie du droit, l'on distingue ainsi au moins quatre thèses « indépendantes sur le plan de la logique, mais liées sur le plan conceptuel ». La thèse behavioriste pour qui la théorie microéconomique est capable de prédire les comportements des individus face aux normes juridiques. La thèse normative selon laquelle les juges doivent opter pour les normes efficaces. La thèse descriptive pour qui les normes du *common law* induisent un comportement efficace. Et la thèse évolutionniste selon laquelle les acteurs sociaux recourent toujours aux normes plus efficaces que celles édictées par les autorités normatives. Voir dans ce sens L.A. Kornhauser, « Analyse économique du droit », dans A.-J. Arnaud et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 216.
 16. L'on a ainsi vu naître un déchirement idéologique entre une « sociologie dans le droit ou sociologie du droit des juristes » (*social science in law*) et une « sociologie du droit des sociologues » (*social science of law*), elle-même déchirée entre le modèle *law as fact* et le modèle *law as ideology*. Voir dans ce sens, F. Ost et M. van de Kerchove, « Avant-propos : Pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit », dans M. van de Kerchove (dir.), *Jalons pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit, Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° spéc. 1982.8, p. 4.

nous faut d'abord revenir brièvement sur les contours du discours de l'Analyse Économique du Droit (AED). Cela nous permettra ensuite de ressortir les obstacles épistémologiques inhérents à l'AED tant du point de vue d'une science juridique que de celle d'une théorie juridique du contrat.

Breve description critique de l'AED en droit civil

L'analyse économique du droit, plus connue sous l'anglicisme *Law and economics* ou *economic analysis of law*, est un courant de pensée dont les origines se situent à l'orée des années 1960¹⁷ aux États-Unis et plus précisément à l'École de Chicago dont le centre de gravité réflexif croise les destinées des sciences juridiques et économiques, voire de la politique législative et de l'économie politique. S'apparentant tout en se distanciant théoriquement du droit économique en tant qu'ensemble des règles juridiques gouvernant les activités économiques¹⁸, elle est née d'une réflexion sur l'importance stratégique que peuvent revêtir les institutions juridiques dans le fonctionnement du système économique¹⁹. L'objectif revendiqué est de comprendre l'environnement complexe des règles juridiques qui encadrent l'action des agents économiques. L'analyse économique entend appliquer aux phénomènes juridiques les outils économiques (théorie des jeux, théorie des prix, théorie des choix collectifs, théorie du bien-être, coûts de transaction, économétrie, modélisation, statistiques, etc.), incitant les juristes à sortir le droit de son conceptualisme dogmatique pour investir le monde extérieur et, par conséquent, le terrain de l'empirie. L'on distingue *in globo*, entre une pluralité de thèses argumentatives à géométrie variable²⁰ (behavioriste, normative, descriptive, évolutionniste, explicative, conventionnaliste, institutionnaliste, néo-institutionnaliste, etc.), deux principales tendances théoriques. D'abord, l'économie du droit positive qui consiste à utiliser les théories notamment microéconomiques pour expliquer l'émergence des normes juridiques et les comportements humains face à celles-ci. Ensuite, l'économie du droit normative qui consiste à ériger la poursuite de l'efficacité

-
17. En droit civil français, dès 1946, Ripert mit en évidence l'interdépendance et l'interaction entre les phénomènes juridiques et les phénomènes économiques en postulant une interdisciplinarité du droit et de l'économie dans un ouvrage resté célèbre et souvent présenté à juste titre comme les prémisses d'une analyse économique du droit civil : G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1^{re} éd., Paris, LGDJ, 1946. Voir J. Mérigot, « Ripert (Georges) - Aspects juridiques du capitalisme moderne », *Revue économique*, vol. 3, n° 6, 1952, p. 888.
18. Voir G. Farjat, « La notion de droit économique », dans *Droit et économie*, Archives de Philosophie du droit, t. 37, Paris, Sirey, 1992, p. 26.
19. S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit », dans B. Deffains et É. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 12.
20. Th. Kirat et E. Serverin, « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », dans Kirat, Th. et Serverin, E. (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, éd. CNRS, Paris, 2000, p. 12.

économique, facteur présupposé de bien-être social et de richesse collective²¹, en un but légitime du système juridique²². Cette tendance dite de l'économie du bien-être (*Welfare economics*) est à l'origine de la thèse posnérienne²³ aux accents utilitaristes de l'efficacité économique du droit. Cela, par extrapolation de la guerre idéologique d'une prétendue efficacité du *common law* par rapport au *civil law*²⁴, notamment en matière contractuelle et commerciale²⁵. Cet apophtegme hiérarchique de systèmes juridiques sous-tendu par un argument d'autorité du nom de l'« origine légale » est donc véhiculé, sans surprise, par les rapports économistes *Doing business* de la Banque mondiale²⁶ encensée par l'oligarchie financière internationale et les puissants lobbies partisans de l'analyse économique du droit²⁷.

En clair, l'analyse économique du droit entend ainsi faire du droit et des institutions juridiques qui le constituent un objet d'étude comme tout autre en sciences économiques²⁸. Le contrat étant une institution juridique au service des échanges économiques²⁹, son cadre normatif entre ainsi dans la ligne de mire des économistes qui entendent remettre en question son efficacité au même titre que

-
21. E. Mackaay et A. Parent, *Précis d'analyse économique du droit*, Québec, La Grande école de la francophonie, 2015, p. 4.
 22. S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit », dans B. Deffains et É. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit: principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 20; Y. Gabuthy, « Analyse économique du droit: présentation générale », *Économie et prévision* 2013/1 (n° 202-203), p. II.
 23. R. A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston, Brown Little, 1973.
 24. L. Cohen-Tanugi, « Droit civil contre *common law*: un faux débat », dans F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français: un obstacle au développement économique?*, Paris, Dalloz, 2005, p. 25; N. Mercurio, « Le *common law*, l'efficacité et la Law and Economics institutionnaliste aux États-Unis », dans Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, éd. CNRS, 2000, p. 59, spéc. p. 69.
 25. G. Samuel, « Réalisme et efficacité du droit anglais des contrats », dans Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 69.
 26. Ces rapports aux titres tapageurs (Égalité de chances (2017), *Mesure de la qualité et de l'efficacité du cadre réglementaire* (2016), *Au-delà de l'efficacité* (2015), *Des réglementations intelligentes...* (2013)) se disent porteurs d'une norme économique de réglementations « intelligentes » dites SMART: Simplifiées: « réglementations qui permettent d'obtenir le résultat souhaité de la façon la plus efficace »; Mesurables: « réglementations qui ont un effet positif mesurable pour faciliter les interactions sur le marché »; Adaptables: « réglementations qui s'adaptent à l'évolution de l'environnement »; Relatives: « réglementations qui sont d'une envergure appropriée aux problèmes qu'elles sont censées résoudre »; Transparentes: « réglementation qui sont claires et accessibles à toute personne qui a besoin de les utiliser ». Voir spéc. FMI/IFC, « *Doing business 2013, Des réglementations intelligentes pour les PME* », 10 éd., p. 16. Ils ne manquent pas cependant, fort heureusement, à chaque fois par une auto-critique de mettre en exergue leurs propres insuffisances méthodologiques et empiriques puisque basés sur des données économiques réductrices et parcellaires sans véritable prise en compte des contingences humaines et socio-politiques échappant souvent au simplisme et au précisionnisme des théories économiques même les plus prévisionnistes. Voir Rapports *Doing business* 2007, p. 67; 2008, p. 71; 2009, p. 6; 2010, p. 4; 2011, p. 110; 2012, p. 16; 2013, p. 16; 2014, p. 24; 2015, p. 17; 2016, p. 27, 2017, p. 17.
 27. A. Bernard, « *Law and Economics*, une science idiote? », *Revue de droit Henri Capitant*, n° 1, sept. 2010, paragraphe 26.
 28. Th. Kirat, « Économie et droit, de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances », *Revue économique*, vol. 49, n° 4, 1998, p. 1059.
 29. J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92. 2^e et 3^e trim. 2000, p. 81.

celui du droit en général appelé à devenir un outil à part entière de la croissance économique, voire un instrument de maximisation des richesses matérielles. L'on va ainsi distinguer une économie des contrats (ou économie des conventions) qui fait du contrat la nouvelle norme fondamentale de l'analyse économique à la place de la marchandise³⁰, d'une économie du droit des contrats qui prend essentiellement pour objet d'étude l'encadrement normatif du contrat qu'est le droit des contrats. La première porte sur les accords contractuels ou relations interindividuelles et interentreprises (réduites de façon caricaturale à l'échange) sous toutes leurs formes (contrat-échange-transaction complet, contrat-alliance-opération-coopération-organisation ou incomplet ou relationnel, etc.), tandis que la seconde se consacre en priorité à leurs mécanismes de coordination sur le plan institutionnel³¹.

Certes, l'analyse économique du droit a fait montre d'un certain nombre d'apports indéniables à la théorie du droit et au raisonnement juridique en ce qu'elle interpelle, plus que jamais, le juriste dogmaticien sur l'effet désirable ou l'utilité sociale de la norme juridique³². Il faut cependant préciser que l'effet désirable, ou l'utilité, d'une norme juridique ne saurait être réductible à son seul effet économique. L'efficacité constitue ainsi un complément estimable de la légitimité de la norme juridique aux côtés de sa validité ou légalité. Il en est de même de la théorie économique du contrat qui insiste sur les coûts de transaction et sur la nécessité pour une partie à un échange économique de réaliser un gain. Mais peut-on « penser à bon compte » le phénomène juridique et contractuel par la doctrine de l'économicité? Peut-on penser le droit et le contrat uniquement par leurs effets économiques, l'efficacité, l'efficience, les chiffres, le profit et l'argent? Sans se résoudre ici à contester quelques bien-fondés ou à démontrer le substrat idéologique et militantiste de l'analyse économique du droit et du contrat au profit d'une économie de marché, il convient de souligner quelques incontinences des axiomes qui sous-tendent cette doctrine néo-utilitariste ambitieuse de faire du droit une praxéologie, c'est-à-dire une théorie de l'action économique efficace³³.

Si les fervents jus-économistes reconnaissent que les critiques contemporaines ont le mérite de « traduire sûrement un manque d'explication sur le statut

30. O. Favereau, « Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie », dans Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, n° 49.

31. Th. Kirat et E. Serverin, « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », dans Th. Kirat et E. Serverin, (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, éd. CNRS, Paris, 2000, p. 16.

32. E. Mackaay et A. Parent, *Précis d'analyse économique du droit*, Québec, La Grande école de la francophonie, 2015, p. 5.; M.-A. Frison-Roche, « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », dans G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, spéc. p. 25.

33. Th. Kirat et E. Serverin, « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », dans Kirat, Th. et Serverin, E. (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, éd. CNRS, Paris, 2000, p. 5.

épistémologique des recherches menées en économie du droit³⁴», une épistémologie de l'analyse économique du droit permet notamment de remettre en question ses fondements idéologiques, théoriques, empiriques, méthodologiques, etc. Au-delà de la controverse autour de son statut épistémologique en tant que science, méthode, théorie du droit ou simple cadre théorique³⁵, une problématologie³⁶ permet de relever un certain nombre d'obstacles épistémologiques à l'analyse économique du droit. L'obstacle épistémologique doit s'entendre ici *sensu largissimo*. *Primo*, dans son sens bachelardien de ce qui se pose en entrave entre le désir de connaître et l'objet étudié³⁷. Il s'agit d'un obstacle interne lié à l'esprit scientifique lui-même et à l'acte de connaître³⁸ auquel se heurterait toute personne désireuse de connaître et de faire de l'analyse économique du droit et du contrat en termes d'efficacité. Celui-ci renferme donc une dimension purement cognitive. *Secundo*, l'obstacle épistémologique doit s'entendre également dans une dimension extra-cognitive. Il s'agit alors d'un obstacle externe lié à la réalisation ou la véracité d'une hypothèse economiciste du phénomène juridique et contractuel dans un monde métempirique compte tenu de leur nature normative et de leurs valeurs sous-jacentes.

Considérant le ressassement superfétatoire par la doctrine juridique des critiques d'ordre idéologique qui reposent elles-mêmes sur des arguments d'autorité au même titre que le reproche souvent fait à l'analyse économique du droit, les autres critiques se formuleront d'un double point de vue interne et externe. Les critiques du point de vue externe relèvent de la science en général (critères de faisabilité, d'observation, d'expérimentation, de falsifiabilité, de vérifiabilité, de prédictibilité, de reproductibilité, etc.)³⁹ et d'une « science du droit » en particulier (ces critères scientifiques sont-ils possibles ou transposables en droit?). Elles mettent en lumière les failles de l'analyse économique et sa vaine prétention à la scientificité sur le plan théorique, empirique et méthodologique. De prime abord, l'économicisation du droit qui préconise une rationalisation instrumentale du contexte

34. B. Deffains et S. Ferey, « Théorie du droit et analyse économique », *Droits*, n° 45, 2007, p. 225.

35. Sur la question du statut épistémologique des théories juridiques, voir R. Ricci, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et société* 2002/1 (n°50), p. 151.

36. Le terme s'entend ici à titre de théorie philosophique du questionnement. Voir P. Meyer, *De la problématologie : philosophie, science et langage*, Quadrige, Paris, PUF, 2008.

37. G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, Vrin, 1938. La formation de l'esprit scientifique marque le transcendance des obstacles épistémologiques caractéristique de l'esprit préscientifique par le truchement d'une catharsis intellectuelle et affective, d'une réforme de l'esprit, d'un refus de tout argument d'autorité et d'une inquiétude constante de la raison.

38. N. Rouillot, « Bachelard et l'obstacle épistémologique », en ligne : <<http://philocite.blogspot.com/2009/07/bachelard-et-lobstacle-epistemologique.html>>

39. Sur les propriétés de la connaissance scientifique, voir F.-P. Gingras et C. Côté, « La sociologie de la connaissance », dans B. Gauthier (dir.), *Recherche sociale, de la problématique à la collecte des données*, 5^e éd., Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 31.

d'élaboration, de transmutation et d'application des normes juridiques ne va pas sans rencontrer un certain nombre d'obstacles épistémologiques liés au paradigme prédominant de l'efficacité ou de l'efficience. Les critiques du point de vue interne relèvent quant à elles de la dogmatique juridique contractuelle. Elles sont propres aux juristes et ressortent sur le plan axiologique une certaine neutralité de la logique juridique, voire une contrariété des impératifs économiques et juridiques. Du point de vue de la logique juridique, purement formelle, par opposition au présupposé de réalisme économique, l'efficacité, ou l'efficience, ne rime ou ne s'arrime pas toujours avec la nature et au but même du droit en général en tant que vecteur des valeurs d'ordre, d'égalité et de justice ou des idéaux de liberté, de bonne foi et de solidarité que porte en particulier le droit des contrats. La perspective principale d'efficacité/efficience conduit ensuite à une dérive de l'explication économique du phénomène juridique (économisme juridique), notoire en matière contractuelle (économisme contractuel). Elle conditionne l'économiste à ne percevoir dans le contrat qu'un échange de valeurs, qu'un gain réciproque de valeurs économiques au sens du critère parétien et de l'utilitarisme benthamien. Ce qui est fort critiquable, on s'en doute, pour les juristes sensibles à la dogmatique, au moins d'un point de vue substantiel et structurel.

Les obstacles épistémologiques de l'AED et la « science du droit » : la crise du paradigme de l'efficacité économique du droit

Le droit en tant que corpus normatif (droit-normes) et théorique (droit-savoir sur les normes) est traversé depuis quelques décennies par un puissant culte des pratiques évaluatives⁴⁰ de plus en plus prépondérantes en sciences sociales⁴¹. Cette évolution marque la rencontre, voire la collision entre la rationalité juridique fondée sur la logique de régularité ou légalité (contrôle et sanction) et la rationalité économique fondée sur la logique d'efficacité (performance, résultat et profit). Elle s'est accentuée au fil du temps par la pénétration du management dans la sphère étatique (*new public management* ou l'avènement de l'« État gestionnaire ») et juridique (management de la justice)⁴². Sans compter l'institutionnalisation à grande échelle de l'évaluation des politiques publiques et de la législation expérimentale et donc

40. J. Caillousse, « Droit et évaluation », *Revue française des affaires sociales*, 2010/1 (n° 1-2), p. 351.

41. Il ne s'agit non pas seulement d'une évaluation des objets d'étude des sciences sociales, et de l'évaluation en sciences sociales (P. Bridel, (dir.), *Évaluation en sciences sociales. Concepts, mesures et comparaisons: XII^e séminaire interdisciplinaire du Groupe d'étude « Raison et Rationalités »*, Genève, Droz, 2007) mais aussi d'une évaluation qui prend les sciences sociales elles-mêmes pour objet d'étude; P. Bridel, « Avant-propos », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLVI-141, 2008, ou plus généralement: P. Bridel (dir.), *Processus d'évaluation des sciences sociales: acteurs et valeurs: XIII^e séminaire interdisciplinaire du Groupe d'étude « Raison et Rationalités »*, Genève, Droz, 2008.

42. D. Mockle, « La justice, l'efficacité et l'imputabilité », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n° 4, 2013, p. 613.

instrumentale⁴³. Le droit surdéterminé par l'économie⁴⁴ doit désormais non seulement réguler la société mais aussi devenir un instrument de l'action, du résultat, de la performance et de la croissance économiques; en un mot, une praxéologie économique. La doctrine juridique a qualifié ce mouvement d'économicisation ou de managérisation du droit avec pour conséquence irréversible une juridicisation des préceptes économiques et managériaux au sein desquels l'efficacité – voire l'efficience – occupe une place cardinale dans le nouveau discours des juristes et des économistes⁴⁵. Si l'analyse économique a trop souvent prétendu à une certaine scientificité, une problématologie de son hypothèse prédominante et aprioritique de l'efficacité économique du droit suscite cependant, d'un point de vue scientifique, des incertitudes non moins importantes tant dans son entendement que de sa mise en œuvre dans la vie sociale du droit. S'agissant d'une notion instrumentale au contenu théorique éclatée, elle appelle à une certaine rupture épistémologique du juriste sur sa pertinence empirique et méthodologique. Car, force est de constater que l'hypothèse de l'efficacité économique du droit, bien que simpliste en théorie, pose *a posteriori* à l'analyse économique un défi qui relève à la fois de sa conception et de sa perception. Sur le plan conceptuel, son fractionnement théorique pose le problème de sa compréhensibilité. Sur le plan perceptuel pointe l'équation aux multiples inconnus de l'efficacité du droit comme vérité empirique irréfutable et celle du droit comme réalité économique méthodiquement mesurable.

Le brouillage théorique

De l'aveu même de ses partisans, l'économie du droit se caractérise sur le plan thétique par une « grande confusion » théorique et idéologique. Cette confusion est souvent présentée, par blanchiment de la discipline, comme un « pluralisme théorique et méthodologique » même si l'idée d'une crise paradigmatique ne cesse à l'évidence de hanter l'esprit de ses pratiquants⁴⁶. S'agit-il de symptômes d'une « science du droit jeune et mal établie⁴⁷ » ? Le paradigme de l'efficacité / efficience, pilier de la théorie économique et de l'analyse économique du droit où elle se

43. Voir, en droit français, l'article 37-1 de la constitution de la Ve République française du 04 octobre 1958 qui dispose que « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental ».

44. J. Caillousse, « «Surdétermination économique» du droit et nouvelles figures du service public », *L'action publique en crise(s)? Politiques et management public*, vol 29/3, 2012, p. 205.

45. J. Chevallier, « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 111, spéc. 113, 125.

46. B. Deffains et S. Ferey, « Analyse économique et théorie du droit : perspectives méthodologiques », Rapport GIP Mission de recherche droit et justice, Nancy, 2010, p. 1.

47. B. Barraud, « L'analyse économique du droit », dans G. Marcou (dir.), *La recherche juridique*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 141.

présente comme un nouveau vecteur de légitimité de la norme juridique⁴⁸, constitue un microcosme de ce déchirement. Son statut doctrinal lui octroie, tantôt une valeur métajuridique en tant que fondement de la norme juridique, tantôt une valeur proprement normative en tant que nouvelle règle, principe⁴⁹ ou impératif juridique⁵⁰. Mais alors, au regard des dissensions et des dissidences de la doctrine jus-économiste, que devrait-on entendre par efficacité ou efficience économique du droit? À l'aune de quels critères doit-on concevoir l'efficacité ou l'efficience économique d'une norme, d'une institution ou d'un système juridique? Le droit peut-il être efficace sans consonance économique?

L'efficacité ou l'efficience économique du droit : quels critères et quels objets d'analyse ?

D'un point de vue ontologique, l'hypothèse de l'efficacité, en dépit de son apparente unité, est un présupposé controversé qui divise autant les juristes que les économistes en théorie économique du droit. Sans prétention aucune à faire œuvre d'économiste, il convient de s'appesantir sur le champ sémantique du précepte dont les multiples schismes théoriques souvent tributaires de l'idéologie des écoles de pensées⁵¹ et de la diversité des objets juridiques étudiés démontrent à maints égards l'approximation, pour ne pas dire l'abstraction des théories économiques appliquées aux phénomènes juridiques. Cela engendre très souvent dans les discours jus-économistes un certain embrouillamini autour des préceptes pourtant diamétralement distincts d'efficacité du droit (efficacité juridique) et d'efficacité économique (ou efficience économique) du droit. En effet, un dilemme dans lequel l'analyse économique du droit enferme l'observateur averti réside dans l'indétermination du précepte d'efficacité et des critères d'appréhension de l'efficience économique du droit depuis Posner⁵².

48. M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité?*, Bruxelles, Bruylant, 2012. Flückiger parle d'une mutation ou transmutation de la « légitimation par la légalité » vers la « légitimation par l'efficacité » : A. Flückiger, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLV-138, 2007, n° 1.

49. C. Pérès, « Rapport introductif », dans S. Bollée, Y.-M. Laithier et C. Pérès, *L'efficacité économique en droit*, Economica, Paris, 2010, p. 8; A. Flückiger, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, spéc. n° 15.

50. F. Rouvillois, « L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Fondation pour l'innovation politique, Working paper*, nov. 2006.

51. Face à l'invitation de plus en plus pressante des lobbies politiques et économiques à l'école de l'analyse économique du droit, le juriste dogmaticien, confronté à la pluralité des écoles de pensées est en droit de se demander à quelle école il doit se mettre. Car l'analyse économique du droit brille tout particulièrement par le foisonnement des courants et sous-courants de pensées, de l'institutionnalisme au néo-institutionnalisme de l'École de Chicago, de l'École de Yale, de l'École autrichienne et bien d'autres partagés entre behaviorisme, normativisme, descriptivisme, évolutionnisme, etc.

52. R.A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston, Brown Little, 1973; L. Kornhauser, *L'analyse économique du droit : fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, Paris, Michel Houdiard Éditeur, 2010, p. 143.

Dans le sens commun, la doctrine s'accorde à reconnaître que l'efficacité est la caractéristique d'une chose ou d'un dispositif permettant d'atteindre le but escompté (minimum) tandis que l'efficience consiste à l'aptitude d'atteindre ce but au moindre coût possible (optimum). Ici, le sens commun de l'efficacité est quasi-synonymique de son sens juridique en tant que « mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent⁵³ ». En revanche, l'acception commune de l'efficience se rapproche davantage de son sens économique où elle correspond, notamment dans le jargon de la *Welfare economics*, à un « état de l'économie où aucun réarrangement des ressources ne permettrait d'améliorer le bien-être collectif, tous les gains possibles de l'échange ayant été réalisés⁵⁴ ».

Cependant, au-delà de ces définitions aprioritiques, la déclinaison pluridimensionnelle et multisectorielle de l'efficience dans le discours économique rend sa compréhension malaisée, que l'on soit dans une approche normative ou positive de l'économie du droit, ou encore qu'il s'agisse de l'efficience de production ou de l'efficience d'allocation. Dans ce dernier cas, ses acceptions varient selon que l'on se trouve dans un cadre particulier à l'instar de l'échange volontaire (contrat), auquel cas elle se rattache au critère de justice procédurale et correspondrait à l'idée de maximisation des gains à l'échange (toutes les opportunités de gain ayant été saisies par les parties), ou selon que l'on se trouve dans un cadre plus général. Elle se rattache alors à une analyse multicritère (utilitariste ou néo-utilitariste) de justice résultat : critères de Bentham (bonheur maximum pour le plus grand nombre), de Rawls (bonheur maximum pour le plus démuné), de Pareto (augmentation du bonheur d'un individu sans diminution de celui d'un autre) ou de Caldor-Hicks (coût-bénéfice ou possibilité pour les gagnants d'indemniser les perdants tout en conservant un gain contre l'impossibilité pour les perdants d'indemniser les gagnants) ou de Posner (maximisation de la richesse collective)⁵⁵.

Toujours dans le sillage de cet éclatement paradigmatique, notons entre autres l'efficience économique d'un système juridique (en particulier du *common law* par rapport au *civil law*⁵⁶), d'un domaine du droit (droit des contrats, droit du travail, droit de la concurrence, droit des entreprises, etc.), des tribunaux dans l'attribution de droits, du changement juridique (réforme législative ou revirement

53. R. Bettini, « Efficacité », dans A.-J. Arnaud et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 219, pour les différentes acceptions du mot.

54. E. Mackaay, « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », dans L. Gwendoline (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 31.

55. B. Lemennicier, *Économie du droit*, Paris, éd. Cujas, 1991, p. 24 ; R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law et Economics*, Thèse, Université de Nanterre - Paris X, 2009, p. 169.

56. Pour une critique de cette thèse, voir N. Mercurio, « La common law, l'efficience et la Law and Economics institutionnaliste aux États-Unis », dans Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, éd. CNRS, 2000, p. 59 s., spéc. p. 69.

jurisprudentiel), des règles juridiques en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle ou de la norme juridique tout court, etc⁵⁷. Un autre paradoxe non moins révélateur consiste à parler de l'efficacité économique du droit comparé⁵⁸ alors même que le droit comparé n'est pas du droit⁵⁹ et encore moins un système juridique⁶⁰, mais juste une méthode, une discipline ou un domaine de connaissance du droit. Parler confusément de l'efficacité du droit comparé au même titre que celle du droit de la responsabilité par exemple, revient à conférer une autorité normative à la doctrine qui ne crée par du droit en l'espèce mais étudie et compare les droits, bref en fait une étude comparative. L'efficacité économique constitue donc un « galimatias double » dont la diversité des objets juridiques et le degré de quantification du bien-être ou de la richesse sur lesquels elle porte est de nature à rendre évasives tant son analyse que sa compréhensibilité. De cette fragmentation du paradigme de l'efficacité économique, source de nombreuses dissensions internes entre les économistes et jus-économistes, que peut-on retenir de l'analyse économique du droit en termes d'efficacité ?

Efficacité juridique ou efficacité économique du droit ?

L'imbricatio conceptuelle entre l'efficacité du droit et l'efficacité économique du droit conduit souvent à penser *a priori* et à tort que l'impératif d'efficacité est le propre du discours économique et qu'il aurait été absent du discours juridique⁶¹, du moins, jusqu'à l'avènement pourtant récent de l'analyse économique du droit. Or, de ce qui précède, l'on observe après analyse que la rationalité juridique accorde plus d'attention à l'évaluation qualitative (simple adéquation de la norme au but visé) tandis que la rationalité économique demeure plus sensible à l'évaluation quantitative (minimisation du coût et maximisation du bien-être ou de la richesse). Dès lors, il convient de distinguer l'efficacité du droit, c'est-à-dire son aptitude à atteindre ses buts intrinsèques (ordre, justice, égalité, etc. en tant que valeurs qualitatives *a priori* non quantifiables) de l'efficacité ou de l'efficacité économique du droit, qui désigne l'aptitude du droit à être, en sus, un facteur de minimisation

57. Th. Kirat, « Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit », dans Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, éd. CNRS, 2000, p. 49.

58. Voir Y.-M. Lathier, « Le droit comparé et l'efficacité économique », *Revue de droit Henri Capitant*, n° 1, sept. 2010.

59. E. Picard, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, p. 173.

60. O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n° 2, 2001, p. 277.

61. B. Oppetit, « Droit et économie », dans *Droit et économie*, Archives de Philosophie du droit, t. 37, Sirey, Paris, 1992, p. 24 s. : « Le souci d'efficacité dont témoigne l'approche économique du droit n'est certes pas resté étranger aux finalités poursuivies par le système juridique, même dans les pays de droit continental, d'abord en ce que la formulation des règles a toujours inclus, à des degrés variables, dans son champ les données économiques au même titre que les composantes morale, sociale, technique ou autre ».

du coût social du droit et de maximisation des richesses matérielles, ou un vecteur de croissance économique. Il faut cependant rappeler que ces derniers enjeux ne garantissent pas à eux seuls le bien-être des individus dans une société lorsqu'ils ne profitent, par accaparement, qu'à une *nomenklatura*, accentuant par voie de conséquence les inégalités sociales⁶².

Dans, l'exemple de la « métaphore pâtissière » en droit de la concurrence, certes « un plus gros gâteau vaut mieux qu'un plus petit puisque, avec un plus gros gâteau, on pourrait donner davantage à chacun [...] mais rien ne garantit que le supplément du gâteau ne sera pas accaparé par une minorité⁶³ ». Aussi le gâteau peut gagner en grosseur mais perdre en consistance (nutriments vitaminiques) ; le pâtissier en l'espèce surajoute de l'eau et du sucre, ingrédients peu coûteux, au détriment du beurre, du lait, des œufs, etc., nutriments plus essentiels. On en déduit que l'économie et son impératif d'efficacité ou d'efficience vont se préoccuper et se satisfaire de la quantité du gâteau sans égard aucun à sa valeur nutritive réelle, et encore moins son partage, tandis que le droit ou l'efficacité juridique va s'attarder sur la qualité du gâteau et sa distribution équitable. Ainsi que le note une critique, pour « les avocats de l'efficience comme principe éthique (comme Posner), la mission des juges n'est pas d'intervenir sur la répartition, mais d'allouer les droits à leur usage le plus productif. C'est alors limiter la raison des juges à une rationalité économique et exclure des considérations comme la raisonnable ou la pensée du juste⁶⁴ ».

Le droit peut donc être efficace (juridiquement) sans poursuivre un but proprement ou forcément économique. Ce qui est d'autant plus vrai qu'il existe des normes par nature efficaces sans aucune connotation économique, telles que la disposition législative qui fixe la majorité civile ou électorale à 18 ans et qui opère d'office. Or, les partisans de l'analyse économique professent idéologiquement l'efficacité économique du droit telle une thèse spontanée et omniprésente dans le paysage juridique. Il serait d'ailleurs erroné de penser que c'est l'économie du droit qui a introduit la notion d'efficacité dans le raisonnement juridique. Historiquement, le droit a toujours plus ou moins « efficacement » tendu vers ses fins idéales, et peut-être idéelles, que sont l'ordre, la justice, la stabilité, etc. Les juristes, fussent-ils dogmatiques, n'ont pas attendu l'avènement récent de l'analyse économique du droit pour se pencher sur la question de la finalité ou de l'efficacité du droit même

62. Voir G. Allègre, « Impact des inégalités sur la croissance : que sait-on vraiment ? Une (brève) revue de littérature », *Revue de l'OFCE* 2015/6 (n° 142), p. 383.

63. A.-L. Sibony, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », dans M. Fatin-Rouge Stéfani, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 69.

64. Th. Kirat, « Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit », dans Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, éd. CNRS, 2000, p. 50.

en termes de « coûts de transaction ». Le basculement du droit romain ou de l'Ancien droit du formalisme au consensualisme en matière de formation du contrat constituait ainsi un formidable moyen d'éviter les « coûts de transaction » sans toutefois invoquer l'analyse économique du droit⁶⁵.

D'un autre point de vue, l'efficacité ou l'efficience économique du droit n'est en définitive qu'un prolongement – ou un renouvellement – de la problématique de l'effectivité du droit consubstantielle au droit lui-même en tant que discipline autonome et traitée depuis fort longtemps par la sociologie du droit⁶⁶. L'analyse économique ne permettrait que de transiter de l'efficacité du droit (efficacité juridique) à son efficacité ou efficience économique. Cette dernière étant un nouveau précepte du discours économique en droit s'interrogeant sur la minimisation des coûts du droit⁶⁷ dans l'atteinte de ses buts sociaux. L'amalgame souvent fait autour des deux préceptes par les juristes et les économistes revêt un accent particulier en théorie du contrat.

En effet, la question de l'efficacité déjà malaisée en théorie (économique) du droit le demeure tout autant en théorie (économique) du contrat. Dès l'abord, une problématique non moindre taraude l'esprit. De quelle efficacité s'agit-il? Est-ce le droit des contrats en tant que normes étatiques applicables au contrat, le contrat en tant qu'ensemble de normes privées, ou les clauses du contrat en tant que normes individuelles formant le contrat, qui doivent être efficaces au sens de l'analyse économique? La question de l'efficacité du cadre normatif du contrat se pose-t-elle dans les mêmes termes et acuité que celle de l'efficacité du contrat en tant qu'opération socioéconomique, ou encore celle de l'efficacité des clauses contractuelles? Force est de constater que l'analyse économique du contrat en l'état actuel n'apporte pas de solutions précises à chacune de ces questions et que la doctrine juridique les traite de façon dispersée sans toutefois définir ce qu'est l'efficacité économique en l'espèce⁶⁸. La rationalité économique par essence simplificatrice et réductrice (au

65. Voir par exemple le cas de l'admission de la compensation légale par le biais de l'interprétation « libérale » des termes *ipso jure* de Justinien ; A. Bélanger, « Petit historique d'une double extinction obligationnelle : la notion de compensation du droit antique à la veille de l'adoption du Code Napoléon », (2003) 37 *Revue Juridique Thémis*, p. 475.

66. À ce titre, l'efficacité est souvent précédée de l'effectivité, notion bien connue de la sociologie du droit destinée à mesurer l'écart entre la norme juridique et les comportements de ses destinataires sociaux. Par extension, elle désigne le degré de réalisation de celle-ci dans les pratiques sociales dépendamment du but (*ratio legis*) que l'autorité normative s'est fixée et empiète dès lors le domaine de l'efficacité en ce qu'elles s'intéressent toutes deux aux effets de la norme. Voir L. Heuschling, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », dans M. Fatin-Rouge Stéfani, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 49.

67. Voir R.H. Coase, *Le coût du droit*, Présentation et traduction d'Yves-Marie Morissette, Paris, PUF, 2000.

68. Voir G. Lardeux (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011 ; G. Deharo-Dalbinat, « L'efficacité économique de la clause de médiation », *Petites affiches*, n° 213, 2011, p. 3 ; A.-J. Kerhuel, *L'efficience stratégique du contrat d'affaires - Un champ d'action de la liberté contractuelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010 ; M. Mekki,

même titre que la rationalité juridique d'ailleurs) s'attarde davantage sur l'efficacité de la norme juridique contractuelle. D'un point de vue juridique *stricto sensu*, la doctrine ramène le problème posé à l'efficacité de la norme juridique, le contrat étant lui-même une norme juridique privée au même titre que ses clauses. Ces deux entités normatives infra-étatiques sont assujetties à leur tour au droit des contrats en tant qu'ensemble des normes juridiques étatiques applicables au phénomène contractuel. Il s'agit alors de remettre en question, par abstraction, l'efficacité du droit en général ou de la norme juridique.

Cependant, si le contrat est perçu davantage comme une opération socio-économique encadrée par le droit des contrats, le problème ne se pose plus avec la même acuité selon qu'il s'agisse de l'efficacité du contrat en tant qu'opération socio-économique ou de l'efficacité du droit des contrats en tant que norme juridique. S'interroger sur l'efficacité du contrat en tant qu'opération consiste alors à se demander si celui-ci a atteint le but socio-économique poursuivi par les parties – par exemple le transfert de propriété ou le déplacement d'une chose. Or, le droit des contrats a effectivement pour objet d'encadrer et de permettre la conclusion et l'exécution du contrat au besoin *manu militari*, bref d'assurer « l'efficacité du contrat ». L'on pourrait aussi étendre la question aux parties afin de savoir si elles font un usage « efficace » du droit des contrats, par exemple de la liberté contractuelle qui leur est reconnue par la loi, afin de conclure des contrats qui en facilitent l'exécution ou l'atteinte des buts socio-économiques poursuivis par elles. Voire, dans le pire des cas, leur capacité à trouver un compromis rapide et peu coûteux en cas d'accident de parcours ou lorsque l'exécution est irrémédiablement compromise. L'efficacité en théorie générale du contrat en tant que composante de la théorie du droit serait donc une question à géométrie variable dépendamment de l'angle de l'observateur. Ainsi, s'interroger globalement sur l'efficacité du contrat conduit à s'interroger à la fois sur l'efficacité juridique du contrat et de l'efficacité économique du contrat.

L'efficacité du contrat peut s'apprécier autant dans ses effets juridiques (formation et exécution)⁶⁹ que dans ses effets économiques (réalisation d'un gain)⁷⁰. L'efficacité du contrat au regard de ses effets juridiques comporterait pour beaucoup un aspect qualitatif (efficacité juridique), tandis que l'efficacité (économique) du contrat s'apprécie davantage au regard de l'aspect quantitatif. L'efficacité juridique

« Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *Revue des contrats*, n° 1, 2010, p. 383 ; G. Chantepie, « L'efficacité attendue du contrat », *Revue des contrats*, n° 1, 2010, p. 348 ; M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle : l'efficacité des clauses contractuelles », *Revue des contrats*, n° 2, 2007, p. 239.

69. G. Chantepie, « L'efficacité attendue du contrat », *Revue des contrats*, n° 1, 2010, p. 348.

70. G. Lardeux, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », dans G. Lardeux (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 1.

du contrat présuppose sa validité et vaut pour toutes les parties, alors que l'efficacité économique varierait selon la condition de chaque partie. Par conséquent un contrat peut être juridiquement efficace sans être économiquement efficace, et encore moins efficient. Il peut en être ainsi lorsque l'exécution du contrat ne répond pas à l'attente légitime d'une partie ou à l'utilité économique particulière escomptée, bien qu'ayant produit efficacement ses effets juridiques, c'est-à-dire créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Ce peut être le cas d'une vente lorsqu'un vice caché rend impropre l'usage du bien acheté ou encore d'une transaction qui ne produit pas l'avantage fiscal ou la rentabilité financière attendue par l'une des parties.

La difficulté de cerner l'efficacité ou l'efficacité économique en théorie économique du droit et du contrat ne doit pas faire perdre de vue qu'il s'agit d'une hypothèse dont la praticité et l'empirisme restent discutables. Même en lui prêtant une certaine unité conceptuelle et perceptuelle, rien n'est moins sûr de la véracité de l'hypothèse de l'efficacité (économique) dans la vie sociale du droit.

Les limites empiriques et méthodologiques

La structuration de l'analyse économique du droit appelle, selon ses défenseurs civilistes, à un transcendance de l'analyse conceptuelle par le truchement des études empiriques sous fond de spécification et de vérification mathématique de ses hypothèses⁷¹. L'hypothèse de l'efficacité ou de l'efficacité économique du droit recèle ainsi un double postulat empirique et méthodologique. Elle présuppose la possibilité de prédétermination du but (ou de l'effet) d'une norme, institution ou d'un système juridique, et de leur évaluation en termes économiques ou monétaires. Elle conjecture surtout l'existence d'une méthodologie devant permettre la concrétisation de l'hypothèse.

L'hypothèse de l'efficacité du droit renvoie à une conception instrumentale pour qui l'essence du droit est de servir des buts spécifiques dans la société. Le droit ne serait ainsi qu'un outil aux mains de ses acteurs pour atteindre des buts socio-économiques⁷². Elle correspond à ce que la doctrine qualifie d'instrumentalisme juridique et prête le flanc à l'utilitarisme et au néo-utilitarisme pour qui le droit doit se mettre au service du bien-être collectif⁷³. Par exemple, pour Posner, le droit

71. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique*, 2^e éd., Montréal, Paris, Les éditions Thémis, Dalloz, 2008, n° 2177; E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », dans B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2002, p. 30.

72. En ce sens, « [p]lus le droit est perçu comme un moyen vers une fin, plus l'analyse économique du droit pourra sembler pertinente », alors qu'à l'évidence, il n'en est rien de tout cela : R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law et Economics*, Paris, LGDJ, 2010, p. 417.

73. A. Strowel, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit, autour de Bentham et Posner », dans *Droit et économie, Archives de Philosophie du droit*, t. 37, Paris, Sirey, 1992, p. 143.

devrait servir à maximiser la richesse collective⁷⁴. Cette maximisation de la richesse (fin) doit justifier la validité de toute règle de droit (moyen) et le critère d'évaluation du droit devient ainsi l'efficacité et non sa validité ou légalité reléguée au second plan dans une conception empirique et réaliste du droit⁷⁵. Le terme « droit » désignant à la fois la totalité du système (ou de l'ordre) juridique ou une portion de celui-ci, soit une institution ou une norme juridique auxquels cas l'instrumentalisme juridique se décline ainsi selon Kornhauser sous trois dimensions : systémique, institutionnel et normatif⁷⁶. L'efficacité ou l'instrumentalité économique du droit suppose donc que chaque système, institution ou norme juridique ait un ou plusieurs buts précis et univoques poursuivis. Ces buts constituent les effets attendus du droit, les objectifs ou cibles qu'il doit atteindre dans l'univers social.

Si parler de l'efficacité d'une norme juridique suppose que le « scientifique du droit » connaisse au préalable sa raison d'être ou ses buts fixés par l'autorité normative (*ratio legis, telos*), ceux-ci servant de critère d'évaluation de ses performances empiriques, ce qui déjà n'est pas une tâche aisée. Peut-on dans un raisonnement *a pari* parler de l'efficacité d'un ordre ou d'une institution juridique dans sa totalité ontologique ou phénoménale ? « Existe-t-il un auteur de tout l'ordre juridique [ou encore d'une institution juridique] ? Si oui, qui est-il ?⁷⁷ ». Le mythique législateur ? Quel(s) but(s) poursuit le droit civil ? *Quid* d'une institution telle que le droit de la responsabilité ? Si dans ce dernier cas, l'on peut par sophisme clamer que son but consiste à inciter tout homme à la prudence ou encore à garantir une protection ou réparation aux personnes victimes du fait d'autrui, le régime de limitation ou d'exonération en matière contractuelle ne vise-t-il pas à protéger le fauteur et son exploitation commerciale ? Le droit est plus factuel et complexe que semblent le penser les économistes et leurs modèles à prétention mathématique.

Que l'on convoque même l'hypothèse la plus simple de l'efficacité ou de l'efficience de la norme juridique, elle n'en souligne pas moins la difficulté de la détermination, de la coordination *ex ante* et *ex post* de l'unicité ou de la pluralité des buts poursuivis par celle-ci. Le risque d'un déphasage entre l'évaluation *ex post* lors de son élaboration et l'évaluation *ex ante* des buts et effets de la norme à l'application constitue ainsi un vice rédhibitoire pour l'hypothèse de l'efficacité qui suppose

74. S. Harnay et A. Marciano, *Richard A. Posner, l'analyse économique du droit*, Paris, Éditions Michalon, 2003, p. 70 ; E. Mackaay et A. Parent, *Précis d'analyse économique du droit*, Québec, La Grande école de la francophonie, 2015, p. 70.

75. P. Brunet, « Le réalisme n'est-il qu'une théorie d'interprétation », dans J.-J. Sueur (dir.), *La Transgression*, Actes du colloque de Toulon, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 399.

76. L. Kornhauser, *L'analyse économique du droit : fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, Paris, Michel Houdiard Éditeur, 2010, p. 31.

77. L. Heuschling, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », dans M. Fatin-Rouge Stéfani, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 51.

en quelque sorte que l'état social se soit figé depuis l'évaluation prospective des buts et effets de la norme juridique. Elle « oblige à postuler une volonté unique et suffisamment précise de l'auteur de la norme, avec la part de fiction que cela comporte⁷⁸ ». Car une norme juridique quelle qu'elle soit (traité, loi, décret, contrat, etc.) comporte très souvent une pluralité de buts parfois latents, confus et diffus, politiques, économiques, culturels, idéologiques ou symboliques qui peuvent dériver de la volonté de l'autorité normative elle-même, de l'autorité d'une norme supérieure (métanorme), des agents d'interprétation et d'application de la norme ou de son contexte d'élaboration, de transmutation et de déploiement. Comment mesurer l'efficacité d'une telle législation en l'espèce ? Par rapport à son but symbolique ou son but réel ? En ce sens, « [a]nticiper en amont l'efficacité d'une norme lors de son élaboration est [donc] un exercice aussi nécessaire qu'aléatoire pour son auteur⁷⁹ ». C'est sans nul doute pour cette raison que l'hypothèse de l'efficacité du droit a été considérée à juste titre par une doctrine comme une « vraie fausse évidence » :

Afin de mieux se tenir à distance d'une perception naïve de l'efficacité du droit selon laquelle la norme efficace est celle dont on peut dire qu'elle atteint les résultats pour laquelle elle a été conçue ! Pareille conception de l'objet désigné par notre colloque serait naïve, pour deux raisons principales. D'abord parce qu'il n'est pas toujours évident que l'on cherche à atteindre des résultats identifiables par avance lorsque l'on fabrique un texte juridique. Il convient de s'affranchir de cette *conception balistique* de la juridicité qui suppose non seulement un « législateur » toujours sûr de son affaire mais encore une cible dont l'identité n'est jamais douteuse. Ensuite et surtout, parce que l'invocation du résultat n'a rien d'un absolu sur lequel l'unanimité viendrait se faire d'emblée. Cette notion fait l'objet d'approches et de constructions variables selon les acteurs qui en ont l'usage. Ce qui est perçu par les uns comme un bon résultat est interprété par les autres sur le mode de l'échec⁸⁰.

L'hypothèse économiste de l'efficacité du droit constitue donc en définitive une conception simpliste et idéaliste de la normativité juridique. Elle consiste pour le jus-économiste à « raisonner comme si » les systèmes, institutions et normes juridiques avaient chacun une cible, un but bien déterminé et déterminable à

78. M. Fatin-Rouge Stéfani, L. Gay et A. Vidal-Naquet, « Préface », dans M. Fatin-Rouge Stéfani, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 15.

79. L. Gay, « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique ? », dans M. Fatin-Rouge Stéfani, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 137.

80. J. Caillousse, « Esquisse d'une réflexion sur une fausse évidence : l'efficacité du droit », M. Fatin-Rouge Stéfani, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 158.

atteindre dans un univers social pourtant en perpétuel changement. Alexandre Flückiger recommande de s'affranchir, par réalisme, de ce schéma linéaire, balistique et téléocentrique si l'hypothèse de l'efficacité du droit veut prétendre elle-même à une certaine « efficacité » dans un environnement social émergent⁸¹. L'analyse économique méconnaît l'ambiguïté et la complexité qui peuvent affecter la détermination des buts d'une norme, d'une institution ou d'un système juridique ainsi que les contingences inhérentes au droit lui-même dans le continuum espace-temps au sein duquel il se déploie⁸² et *a fortiori* à son évaluation en termes économiques.

Une autre entrave épistémologique majeure à l'analyse économique du droit, en termes d'efficacité et d'efficience, relève de la faisabilité et de la méthode de l'évaluation économique du droit. Elle conditionne que l'on s'attarde sur le terme « évaluation », dérivé de la racine « valeur », qui signifie déterminer ou mesurer la valeur d'une personne ou d'une chose. Il s'agit d'une idée captivante introduite en sciences sociales par l'avènement de la sociométrie et tout particulièrement de l'économétrie. Captivante certes, mais non moins problématique, voire pratiquement impossible puisque le vérificationnisme ne reconnaît comme mesurables que des attributs quantifiables et empiriquement vérifiables⁸³. Dès lors, l'hypothèse de l'évaluation économique du droit suscite un questionnement liminaire. Peut-on et comment mesurer la valeur du droit ? Cette valeur est-elle traduisible et réductible en des termes économiques ou monétaires ? Le droit a-t-il uniquement une valeur marchande ? Le droit est-il un bien ou une marchandise ? À ces questions d'ordre dialectique et rhétorique, la réponse est pluridimensionnelle.

L'on pourrait soutenir d'emblée que la valeur du droit en tant que phénomène ou pratique sociale n'est pas en soi mesurable ; ce qui battrait en brèche la prémisse d'une quelconque évaluation, même économique, du droit qui serait fautive en ce qu'elle reste infaisable ou irréalisable sur le plan empirique. Toutefois, si l'on admet, par axiomatisation, l'idée de la mesurabilité ou de l'évaluation du droit comme toute autre chose ou phénomène mesurable et/ou quantifiable, l'on pourrait opposer à l'analyse économique que cette évaluation peut être culturelle, politique, démocratique, sociale, etc. et non forcément et seulement économique, monétaire ou marchande⁸⁴. La valeur démocratique d'un droit pourrait, par exemple, se mesurer

81. A. Flückiger, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001.

82. E. Blankenburg, « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (le concept d'implémentation) », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 60, 63 ; A. Flückiger, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, n° 34.

83. H. Volken, « Les fondements : mesure pour mesure », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLV-138, 2007, n° 8, 47.

84. Voir par exemple, B. Mallet-Bricout, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, n° 4, 2004, p. 865.

à l'aune des garanties des droits et libertés reconnus aux citoyens ainsi que le contrôle, l'équilibre et la limitation des pouvoirs des gouvernants par l'ordre juridique. La valeur culturelle d'un système juridique pourrait également se mesurer par sa représentativité ou son rayonnement historique à travers le monde. De ce point de vue, l'analyse économique du droit ne saurait donc prétendre à la scientificité, comme d'ailleurs toute autre théorie du droit ou sur le droit⁸⁵, car son questionnement épistémologique aboutirait à une véritable quadrature du cercle. En définitive, « [l']efficacité des économistes est en réalité — et le paradoxe c'est qu'ils le savent, mais l'oublie trop souvent — un critère tout relatif défini dans un univers purement théorique qui, s'il permet une grande rigueur, demeure d'une portée pratique bien pauvre⁸⁶ », surtout lorsqu'elle rentre en concurrence avec d'autres systèmes dogmatiques de valeurs, tel celui propre au contrat juridique.

Les obstacles épistémologiques de l'AED et la dogmatique juridique contractuelle

Si l'on conçoit, d'un point de vue idéologique, la dogmatique juridique contractuelle comme un ensemble de conventions admises a priori par la communauté des juristes qui traitent du droit des contrats en tant qu'institution du droit⁸⁷, on constaterait tantôt un hiatus, tantôt un tiraillement entre les systèmes de pensée économique et juridique. Le constat de cette distanciation peut s'établir tant sur le plan axiologique que paradigmatique. En effet, bien que le contrat soit un objet d'études qui leur est commun, le droit, tout comme l'économie, a ses valeurs irréductibles et parfois ses codes irréversibles. Les obstacles épistémologiques d'une analyse purement économique du contrat se révèlent ainsi à travers ses limites et surtout la difficulté de privilégier d'une part les impératifs économiques notamment l'efficacité aux valeurs morales et sociales du droit des contrats et de concilier, d'autre part, les conceptions des économistes et des juristes sur l'objet-contrat observé. À

85. Ainsi qu'a pu l'observer avec véhémence une critique s'agissant de la théorie réaliste de l'interprétation : « Est-il possible d'analyser scientifiquement les normes composant un système juridique et plus particulièrement les normes de droit constitutionnel ? Cette question, posée et débattue par les partisans d'une analyse du droit qui suivrait les principes du travail scientifique moderne : rationalité, objectivité, neutralité, testabilité d'hypothèses selon une méthodologie à la fois rigoureuse et ouverte à révision, semble provoquer aujourd'hui parmi de nombreux théoriciens comme de juristes de langue française une réponse radicalement négative » : O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/2 (n° 50), p. 279-280.

Cette observation est d'autant plus vraie que l'analyse économique du droit prétend désormais être une théorie (scientifique) d'interprétation du droit : B. Deffains et S. Ferey, « Théorie du droit et analyse économique », *Droits*, n° 45, 2007, p. 225 ; B. Deffains et S. Ferey, « Analyse économique et théorie du droit : perspectives méthodologiques », Rapport GIP Mission de recherche droit et justice, Nancy, 2010, p. 17.

86. E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2015, p. 173.

87. Il s'agit de la « théorie juridique du contrat » communément appelée chez les juristes « théorie générale du contrat » par opposition à la « théorie économique du contrat ».

ce titre, il convient de montrer que la recherche de l'efficacité économique dans le contrat en tant qu'artéfact social est loin d'être toujours priorisée par le droit contemporain des contrats aux prises avec ses propres idéaux indifférents à la rationalité économique. De même, certaines préconceptions des économistes sur le contrat ne sont pas toujours fondées dans la réalité ou la tradition juridique, notamment civiliste.

Efficacité et idéaux du droit contemporain des contrats

Les valeurs du droit ne sont pas les « valeurs » du marché. Contrairement à la pensée économique, le droit des contrats n'a pas seulement pour rôle de minimiser les « coûts de transaction » liés à la conclusion et l'exécution des obligations contractuelles (fonction économique)⁸⁸. Bien plus, son principal rôle est de préserver un certain nombre de valeurs humaines indispensables à l'établissement et la stabilité des échanges sociaux (fonction anthropologique)⁸⁹. L'emprise de l'économie sur la société et le droit concourt malencontreusement à broyer ces valeurs surtout morales⁹⁰ au profit de « valeurs instrumentales quantifiables ». Elle prône un passage de la *rule of law* (État de droit) à la *rule by law* (règne de la loi du marché ou « État de marché ») par lequel le droit n'est plus qu'un simple outil au service de l'économie. Cette transformation régressive symptomatique d'une crise postmoderne du droit est particulièrement viscérale en droit contemporain des contrats où des réformes législatives apparaissent à travers le monde avec pour objectif la quête de l'efficacité économique. Ces réformes instrumentales n'offrent pas moins un spectacle de « contradictions idéales »⁹¹ où les législateurs ambitieux de faire de la société un marché concurrentiel de produits législatifs (*benchmarking*)⁹², sont pris dans leurs propres « théories des jeux ». Si toutefois l'efficacité économique est, dans une certaine mesure, un critère désirable du droit, elle ne saurait être le seul critère de légitimité d'une norme ou institution juridique⁹³. À ce titre, la résistance du droit civil des

88. Voir E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique*, 2^e éd., Les éditions Thémis, Paris, Dalloz, 2008, p. 373.

89. Voir A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005. L'auteur, en réaction au concept d'*homo oeconomicus*, y présente le droit comme le fondement de l'organisation sociale. Le droit doit se mettre au service de l'humain et de la société et non de l'économie.

90. P.-M. Burgat, « De la crise éthique au changement par le sens », *L'Expansion Management Review*, 2012/2 (n° 145), p. 42.

91. Il s'agit de l'éternelle difficulté du droit des contrats de concilier le trio liberté-justice-sécurité auquel il faut désormais adjoindre l'efficacité économique.

92. Voir I. Bruno, « La déroute du « benchmarking social ». La coordination des luttes nationales contre l'exclusion et la pauvreté en Europe », *Revue Française de Socio-Économie*, 2010/1 (n° 5), p. 41.

93. « [L]'efficacité économique ne peut à elle seule légitimer une règle ou une institution juridique. La question normative est beaucoup plus complexe. Des ordres de valeurs séparés, comme l'équité et l'éthique, doivent être mobilisés pour apprécier le caractère juste ou non du droit » : B. Deffains, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », *Petites affiches*, n° 99, 2005, p. 7.

contrats aux préceptes de l'AED pourrait bien s'expliquer par sa dimension morale, humaniste et sociale⁹⁴. La distanciation entre l'impératif d'efficacité économique et les valeurs propres du droit pose dès lors le problème du fondement éthique de l'AED⁹⁵ et de l'idéologie économique dans son ensemble. L'expérience quotidienne montre en effet qu'une recherche de l'efficacité économique dans le contrat qui renvoie concrètement à une quête insatiable du profit par les parties, « l'appât du gain », peut être, dans bien des cas, une source d'aliénation des valeurs sociales et d'asservissement de l'individu. L'un des rôles du droit des contrats consiste à prévenir ces abus, en dehors de tout calcul économique⁹⁶, à travers l'infusion et la protection de valeurs morales, humaines et sociales dans la relation contractuelle. Bien que le contrat soit souvent défini, par réduction, comme une opération économique, les valeurs du droit contractuel se déclinent sous forme d'idéaux⁹⁷ a priori indifférents et parfois réfractaires à la rationalité économique⁹⁸. Il en va ainsi de la justice, de la solidarité et de la bonne foi considérées dans la contemporanéité comme des valeurs à portée principielle qui irradiant l'ordre contractuel. Dès lors, le conflit axiologique entre droit et économie provient du fait que l'efficacité économique n'aurait de sens que par référence ou soumission aux valeurs du droit contemporain des contrats que sont la justice, la bonne foi et la solidarité contractuelle.

De la neutralité ou du contraste avec la justice contractuelle...

L'idéal de justice n'a jamais eu droit de cité ou d'asile dans le monde de l'économie⁹⁹. Si la rationalité économique repose sur l'impératif instrumental

94. D. Mazeaud, « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », dans G. Mäsch, D. Mazeaud et R. Schulze, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, p. 32.

95. E. Picavet, « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité », *Revue philosophique*, n° 21, 2011, p. 192.

96. J. Rochfeld, « La rupture efficace », dans Jamin, Ch. (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, n° 450.

97. Un auteur a pu distinguer les idéaux naturels telles la justice, la morale et l'utilité qui s'imposeraient au législateur des idéaux positifs tels la liberté, l'égalité, la sécurité et la protection de la partie vulnérable qui sont l'œuvre du législateur. Voir dans ce sens H. Krych, *Les idéaux du droit des contrats : identification et réalisation*, Thèse, Université de Reims, 2001.

98. La doctrine relève ainsi que « Les préoccupations d'efficacité et d'efficience dans la réglementation du contrat, lesquelles sont au centre de la production de la richesse moderne, s'accompagnent partout d'interrogations et de considérations vis-à-vis des limites morales du marché, de ses conditions d'efficience, et de la possibilité de retrouver des critères de justice et de solidarité largement partagés sur le plan individuel et sur le plan social » : M. Graziadei, « Le contrat au tournant de la réforme : les choix du juriste français et le précédent italien », *Revue des contrats*, n° 03, p. 728.

99. Comme le note un contemporain, « le système économique, [...] est en réalité un système qui résiste fondamentalement à la justice et qui la diffère indéfiniment tant que n'ont pas été déracinées les raisons existentielles de l'injustice » : Ch. Arnsperger, « Justice et économie. Latitudes d'égalisation et obstacles existentiels », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002/1 (n° 33), p. 9.

d'efficacité, la rationalité juridique repose davantage sur l'impératif fondamental de justice¹⁰⁰. Le droit n'est-il pas d'ailleurs l'art du juste - *Jus est ars boni et aequi* - ? C'est dire l'omniprésence de l'idéal de justice dans l'essence du droit et l'imaginaire des juristes. Ainsi, l'efficacité d'un système ou d'une norme juridique devrait s'apprécier, non en considération de sa rentabilité économique, mais de son aptitude à trouver des solutions justes¹⁰¹. L'erreur monumentale pour un juriste serait, comme l'ont fait certains¹⁰², de se livrer à une démonstration fautive de prémisses sans comprendre que l'efficacité du droit se mesure à l'aune du juste. La justice comme une fin essentielle du droit remonterait, il y a plus de vingt-trois siècles, à la philosophie morale aristotélicienne, puis thomiste¹⁰³. C'est dans le même ordre d'idées que Philippe Rémy rappelle que « la fin du droit civil n'est pas l'égalité, ni le bonheur, ni la vertu, ni la croissance économique, ni le bien-être social, mais simplement la justice¹⁰⁴ ». Cette assertion vraie pour le droit civil l'est tout autant pour le *common law* et le droit en général perçu comme une « science humaine qui ne peut avoir pour objectif l'efficacité économique, qui ne peut être irriguée par des règles reposant sur des objectifs désincarnés et des équations modélisées¹⁰⁵ ». Le droit doit donc, avant toute autre fin louable, poursuivre le juste bien que les partisans de l'AED, confondent¹⁰⁶, voire substituent à l'efficacité à la justice comme critère de jugement¹⁰⁷.

100. « La recherche de la justice est évidemment la valeur fondamentale qui légitime le droit et les institutions du droit. Et cela est sans nul doute particulièrement vrai dans les sociétés qui ont évolué vers l'État de droit. Le discours courant qui associe droit et justice y est plus authentique qu'en aucune autre société » : G. Rocher, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 882.

101. Ainsi que l'observe une doctrine : « Après tout, le droit se nourrit du fait, qu'il soit économique ou social, et la recherche d'efficacité ne peut qu'enrichir le raisonnement. Mais l'on peut craindre que la recherche d'efficacité ne soit détournée de cet objectif et perde de vue le juste en privilégiant l'utile. En témoigne la mise en concurrence des ordres juridiques fondée, non pas sur leur aptitude à fournir une solution juste, un rapport équilibré entre les individus, mais bien sur leur capacité à faciliter l'activité économique [...] comment ne pas devenir sceptique sur la transformation du rôle de l'efficacité, de simple élément d'appréciation dans la recherche du juste en critère décisif de décision ravalant le droit à un outil de gestion financière ? » : G. Chantepie, « L'efficacité attendue du contrat », *Revue des contrats*, n° 1, 2010, p. 347 et 348.

102. Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2007. L'auteur, comme les économistes, sans égard aucun à la justice, tient pour prémisses qu'une sanction efficace est celle dont les bénéfices excèdent les coûts et entraîne une meilleure allocation des richesses.

103. M. Villey, « Préface historique », dans *L'utile et le juste, Archives de philosophie du droit*, tome 26, Paris, Sirey, 1981, p. 9.

104. Ph. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? » : *Revue de droit de McGill*, vol. 32, 1986, p. 153.

105. D. Mazeaud, « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », dans G. Mäsch, D. Mazeaud et R. Schulz, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, p. 32.

106. S. Guido, « La justice contractuelle », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, n°3, 2008, p. 586 s. Pour cet auteur, l'AED est une théorie de la justice et l'efficacité correspond à la justice. Un contrat efficace serait un contrat juste. N'est-ce pas une alchimie dangereuse si cette efficacité n'est pas évaluée à l'aune de l'équilibre du contrat ?

107. A. Supiot, « La relativité du contrat en question, conclusion générale », dans *La relativité du contrat*, Paris, LGDJ, 2000, p. 188.

La thèse de la justice comme fin essentielle du droit sera ensuite transposée en matière contractuelle avec un niveau de discours variant selon les auteurs. Si d'aucuns considèrent, à la suite de Aristote, que la justice constitue le « seul principe absolu »¹⁰⁸ des contrats, voire la fin vers laquelle doit tendre le droit des contrats¹⁰⁹, d'autres estiment qu'elle serait juste l'une de ses finalités¹¹⁰. Quoi qu'il en soit, la justice contractuelle n'est pas formellement érigée en principe directeur du droit positif des contrats¹¹¹. Son idéal ressort toutefois en filigrane dans les différents systèmes juridiques de droit civil comme de *common law*. À la différence de la doctrine économique qui n'accorde qu'une place marginale à la justice contractuelle¹¹², la doctrine, notamment civiliste, s'accorde à lui conférer une place centrale en théorie générale du contrat. Elle considère même qu'elle serait l'un des fondements de la force obligatoire du contrat¹¹³ ou qu'elle devrait tout au moins en être un critère d'appréciation¹¹⁴. Bien qu'une frange de cette doctrine acquise à John Rawls¹¹⁵, tende à réduire l'idéal de justice contractuelle à la seule justice procédurale¹¹⁶, il va sans dire qu'il s'agit d'une conception parcellaire affiliée à la théorie classique du contrat¹¹⁷. Pour nous, la justice contractuelle se décline aussi bien sous la forme d'une justice procédurale que substantielle¹¹⁸. La première est une

-
108. « En matière de contrats, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice » : E. Gounot, *Le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 387.
109. F. Chénédy, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *Annuaire de l'institut Michel Villey*, Vol. 4, 2012, p. 170.
110. J. Ghestin, « L'évolution du droit français des contrats et l'économie », dans B. Deffains et É. Langlais, (dir.), *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 218.
111. Cela se justifie notamment par le fait que le déséquilibre contractuel ou la lésion ne soient pas en principe une cause de nullité et que le droit des contrats d'essence volontariste, conscient de l'impossible équivalence mathématique des prestations, repose, par réalisme, sur une conception subjective de la valeur de la prestation. La doctrine civiliste considère toutefois que la justice est l'un des principes directeurs du droit des contrats au même titre que ceux de liberté et d'utilité avec lesquels il doit se concilier : J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, la formation du contrat, Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, 2013, spéc. p. 134, 141, 175.
112. « Au total, la littérature économique sur les contrats ne considère pas l'équilibre contractuel comme une question centrale et pertinente. D'une part, le contrat est par essence la résultante d'un accord respectant les intérêts bien compris des deux parties. D'autre part, un éventuel déséquilibre est lié à des causes extracontractuelles auxquelles il convient de remédier principalement par d'autres moyens que l'action sur les contrats. » : E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2015, p. 161.
113. J. Ghestin, « L'utile et le juste dans le contrat », (1981) 26 *Arch. Philo. Droit*, 35-57, p. 35.
114. E. Charpentier, *L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?*, Thèse, Université McGill, 2001.
115. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987.
116. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, la formation du contrat, Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, 2013, p. 334 ; A. Racllet, « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », *Petites affiches*, n° 155, 2001, p. 17 s., spéc. n° 3.
117. Voir B. Lemennicier, *Économie du droit*, éd. Cujas, Paris, 1991, p. 171.
118. Voir M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *Revue des contrats*, n° 1, 2010, p. 389.

conception déontologique et abstraite qui renvoie à la justice distributive, c'est-à-dire l'égalité¹¹⁹ ou l'équilibre des rapports entre contractants, ce que la doctrine rawlsienne appelle « égalité des chances ». La seconde est une conception téléologique, conséquentialiste et concrète qui renvoie à la justice commutative, c'est-à-dire l'équilibre des prestations ou l'équité dans les termes de l'« échange ». La justice contractuelle s'est historiquement construite autour de ces deux approches¹²⁰ sur lesquelles s'articulera notre argumentaire selon lequel celle-ci est un idéal vers lequel tend le droit contemporain des contrats en dehors de toute logique d'efficacité économique. Ce qui ne signifie pas pour autant que les dispositions du droit des contrats sont toujours « économiquement inefficaces »¹²¹.

La justice procédurale – appelée justice formelle ou justice de moyen – a une portée préventive. Elle prévaut dans le processus de formation et d'exécution du contrat et renvoie au respect des « règles du jeu contractuel ». Elle se traduit par le respect, en amont de la « procédure de formation du contrat »¹²², c'est-à-dire ses conditions de conclusion ou de validité : respect de l'ordre public, intégrité du consentement, capacité des parties, loyauté dans la négociation, etc., et, en aval de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des parties. Ici, le législateur fixe le cadre et offre des garanties aux parties de conclure et d'exécuter des conventions présumées justes. La justice procédurale en matière contractuelle s'articule donc essentiellement autour du respect de l'ordre public, de la liberté du consentement et de la bonne foi. La bonne foi fera l'objet d'un développement distinct étant donné qu'en plus d'être un instrument de justice procédurale, elle constitue une norme morale de comportement qui heurte sensiblement la rationalité économique.

119. Ch. Arnsperger, « Justice et économie. Latitudes d'égalisation et obstacles existentiels », *Revue de métaphysique et de morale* 2002/1 (n° 33), p. 7.

120. En effet, tout d'abord, comme le soulignait Ricœur, les procédures formelles ne sauraient être la seule assise légitimatrice de la justice sans égard aucun au résultat réel du processus ; P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 265. L'on notera par exemple que le seul respect des conditions de formation du contrat (justice procédurale) ne suffit à garantir une équivalence des prestations (justice substantielle). Ensuite, la théorie ou les théories de la justice montrent à suffisance que le clivage justice procédurale et justice substantielle est fort relatif du fait de la perméabilité et de la complémentarité des critères d'analyse ; C. Gamel « Justice de résultat : De l'économie du bien-être "à l'égalitarisme libéral" », Groupement de Recherche en Économie Quantitative d'Aix-Marseille, Document de travail n° 2010-22.

121. D'ailleurs, il arrive souvent que les valeurs du droit s'accordent avec celles de l'économie. À titre illustratif, le refus d'accorder l'exécution forcée lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier répond à la fois à l'exigence morale de justice (la demande du créancier relève de l'intention de nuire : abus de droit) et une préoccupation d'efficacité économique (l'exécution forcée aboutirait à un gaspillage de richesse pour la société). Voir B. Rudden et Ph. Juillard, « La théorie de la violation efficace », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n° 4, 1986, p. 1035.

122. Cette heureuse formule est empruntée à la théorie normativiste kelsenienne de la convention qui distingue sa procédure de formation du résultat qui en est issu, à savoir les normes conventionnelles : H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1940, p. 35.

L'ordre public est apparu comme une limitation de l'économie de marché¹²³ face aux injustices découlant du libéralisme mercantile. Son but est de promouvoir dans la sphère contractuelle une forme de justice individuelle et sociale face au « marché total »¹²⁴. Il ne s'agit pas cependant d'insinuer que les lois d'ordre public sont toujours adoptées à l'encontre de l'efficacité économique, mais de soutenir que celles-ci garantissent la justice contractuelle¹²⁵ et sanctionneraient toute forme d'injustice même commise au nom de l'efficacité économique. L'affirmation par le droit contractuel de l'idéal de justice procédurale, indifféremment de l'efficacité économique, peut s'exprimer de deux principales manières au nom de l'ordre public. D'abord entre les contractants et la société sous le couvert de l'ordre public de direction encore appelé ordre public moral et politique. Au nom de la justice sociale¹²⁶, le droit ne saurait admettre des contrats qui contrarient l'intérêt général¹²⁷. C'est cet idéal de justice sociale qui commande ainsi qu'un contrat, immoral ou portant atteinte à l'institution familiale ou à l'organisation de l'État soit réputé nul¹²⁸. Et ce, quelle qu'en soit la valeur économique des prestations qui en sont l'objet, que ce contrat ait été économiquement efficace par la procuration d'un gain aux parties (efficacité parétienne), la création de la valeur ou encore la maximisation de la richesse collective (efficacité posnérienne). Ensuite, dans les rapports entre les contractants eux-mêmes sous le couvert de l'ordre public de protection souvent appelé ordre public social et économique dans l'intérêt de la justice individuelle et des intérêts particuliers d'une catégorie de personnes jugées vulnérables¹²⁹. Il serait, par exemple, injuste de laisser sans protection ou précaution un incapable, un consommateur ou un adhérent s'engager dans une relation contractuelle avec une autre partie en situation de force. L'ordre public contractuel déconsidère en l'espèce l'impératif d'efficacité économique au profit de l'idéal de justice procédurale et le droit des contrats à ce stade est sinon indifférent à la logique économique qui aurait voulu que chacune des parties, présumée libre et rationnelle soit en mesure de défendre ses propres intérêts.

123. I. Hochbaum, « Le rôle du droit dans l'économie », Strasbourg, *Cahiers de droit comparé*, 1964, p. 11.

124. Nous faisons allusion ici à A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

125. M. Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *Revue Juridique Thémis*, p. 1.

126. C'est cette idée qu'exprime le premier président de la Cour de cassation française lorsqu'il affirme : « Le juge de cassation qui interprète ou adapte la norme est donc nécessairement inspiré par l'intérêt général. Cette démarche n'est pas autre chose que la recherche de la justice sociale » : Canivet, G., « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *Petites affiches*, n° 99, 2005, p. 26.

127. Une question reste en suspens : L'efficacité économique du contrat peut-elle coïncider avec l'intérêt général ?

128. L'on dira d'ailleurs que la validité juridique précède et prime sur l'efficacité économique du contrat.

129. Voir J. Manekeng Tawali, *Essai sur la justice contractuelle, contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, Thèse, Université Laval, 2015.

Quant à la liberté du consentement, sa protection au nom d'une justice procédurale s'affirme bien souvent dans l'indifférence à l'impératif économique d'efficacité du contrat. Avant d'être un vecteur des échanges économiques et de devenir le socle de l'économie de marché, le contrat est par essence un acte de liberté, un acte de volonté « libre » dans l'imaginaire du droit. Même s'il est un instrument essentiel de la circulation des richesses, gage de croissance économique, il ne peut se faire au grand dam du libre consentement des agents économiques. La théorie des vices de consentement, le régime de la capacité et des nullités sont là pour rappeler que la conclusion des contrats, quelles que soient leurs motivations ou conséquences économiques en termes de maximisation de gain, de création de richesse ou de croissance économique, n'est pas une fin du droit des contrats. Encore faudrait-il y parvenir en respectant les « règles du jeu contractuel ». Au nom de la justice procédurale, un contrat, quelle que soit son efficacité économique, sera ainsi anéanti si le consentement d'une partie est vicié. En ce sens, « [p]rotéger le consentement n'est donc qu'un moyen de faire respecter la justice contractuelle¹³⁰ ». Le respect de l'ordre public et la liberté du consentement n'étant qu'une présomption de justice sociale ou individuelle, ceux-ci ne suffisent pas toujours à garantir une justice réelle dans les termes de l'« échange » d'où l'intérêt de la justice substantielle.

La justice substantielle – justice de résultat ou justice-finalité – a, quant à elle, une portée curative et relève de la compétence du juge entendu *lato sensu*. Elle opère notamment en cas de défaillance de la justice procédurale, c'est-à-dire en cas de non-respect des règles ou de dérèglement du jeu contractuel et renvoie à l'équité en tant qu'idéal qui doit prévaloir dans l'exécution des prestations. Elle se traduit par l'exigence que chaque partie au contrat doit recevoir au moins l'équivalent de ce qu'il donne. C'est la justice commutative ou correctrice qui, selon la philosophie aristotélicienne, régit les échanges d'après le principe de l'égalité arithmétique (par opposition à la justice distributive – *Suum cuique tribuere* ou *Jedem das Seine* – fondée sur une égalité géométrique, les capacités de l'individu en société). Longtemps, la problématique de la justice commutative sous l'influence de la théorie classique et du crédo du libéralisme « laissez-faire, laissez-contracter »¹³¹ a été délaissée aux parties¹³². Les partisans du libéralisme économique ont ainsi substitué le

130. J. Ghestin, « L'utile et le juste dans le contrat », (1981) 26 *Arch. Philo. Droit*, 35-57, p. 48.

131. Pour reconstituer une formule de J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, la formation du contrat, Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, 2013, p. 150.

132. D'ailleurs, les partisans de l'AED continuent à penser que la meilleure justice contractuelle en cas d'inexécution se trouve entre les mains des parties et non du juge : « In fine, l'économiste est conduit à souligner que deux leçons de portée générale se dégagent de ses travaux. Premièrement, la meilleure réaction possible à cette complexité [des règles d'indemnisation] et aux risques inhérents à vouloir la maîtriser avec des règles générales, est d'inciter les parties à prévoir elles-mêmes les règles d'indemnisation efficaces en cas de non-exécution, compte tenu des spécificités de leur situation. Deuxièmement, force est de constater que plus le contrat est "relationnel", moins le conflit peut efficacement être résolu par un juge. » : E. Brousseau, « La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique », *Petites affiches*, n° 99, 2005, p. 4. Ce qui n'est pas sans

paradigme de « l'équivalence arithmétique » des prestations (théorie de l'équivalence objective), chimérique en pratique, à celui de « l'équivalent voulu »¹³³ (théorie de l'équivalence subjective)¹³⁴ plus commode à l'économie de marché¹³⁵. Mais, passant outre la doctrine de l'économicité, le droit contemporain des contrats autorise le juge, voire un tiers (arbitre, médiateur, etc.) à intervenir a posteriori dans la sphère contractuelle afin de rééquilibrer, tout au moins relativement, les « termes de l'échange » et donc de rétablir une certaine justice commutative¹³⁶. Ce qui peut aboutir à une annulation totale ou partielle du contrat (clauses abusives), une allocation des dommages-intérêts ou encore une révision du contrat (réduction de l'obligation ou du montant de la clause pénale, lésion ou imprévision). L'intervention du juge dans le contrat au nom de la justice commutative est bien souvent perçue par les économistes comme économiquement inefficace parce qu'elle augmenterait les coûts de transaction et l'incertitude.

Même lorsque l'on attribue un objectif d'efficacité économique à certaines dispositions du droit des contrats, l'injustice demeure la limite à ne pas franchir. Il en va ainsi en matière de la détermination unilatérale de prix ou de résiliation unilatérale où la sanction de l'abus de droit¹³⁷ rappelle à suffisance que la recherche de l'efficacité économique ne saurait se faire au détriment de l'idéal de justice substantielle au contrat. La fixation unilatérale du prix ne peut en effet s'affranchir du principe de juste prix, de même que la résiliation unilatérale du contrat ne peut se justifier que par une inexécution grave et proportionnelle. Si le droit des contrats promeut l'idéal de justice contractuelle indifféremment à l'impératif d'efficacité économique, deux des instruments pour y parvenir s'appellent la bonne foi et la solidarité. Ces deux valeurs a priori antinomiques à la logique économique sont appréhendées comme des instruments de justice procédurale, voire d'une nouvelle moralité contractuelle¹³⁸.

danger pour les parties vulnérables lorsque l'on sait par expérience que dans une économie de marché, « la loi du plus fort est toujours la meilleure » et se substitue ipso facto à la justice.

133. Voir J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, tome 1, Université de Toulouse, 1920, spéc. p. 30.

134. Voir article 1108 Code civil français: « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ».

135. Une partie au contrat pourrait dès lors accepter une contrepartie moindre que sa prestation par le jeu de la volonté: c'est la thèse de « l'injustice voulue ». À supposer même que cette volonté soit libre, une injustice « voulue » n'équivalait-elle pas à une injustice? Dans cette évolution historique, la notion de « juste prix » va céder place à celle de « prix du marché » ou encore celle de « prix raisonnable ».

136. Voir M.-A. Grégoire, « Économie subjective c. intérêt. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *Revue juridique Thémis*, p. 28.

137. Ch. Jamin, « Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus », dans Jamin, Ch. (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, 93 au n° 227.

138. Voir J.-L. Baudouin, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 29.

...à l'antinomie avec la bonne foi et la solidarité contractuelle

S'il y a un champ où la rationalité économique peut buter le plus sur les valeurs du droit contemporain des contrats, c'est bien celui de la bonne foi et de la solidarité contractuelle. En effet, la recherche effrénée de l'efficacité économique par une partie au contrat, c'est-à-dire de son seul profit, peut avoir pour support l'opportunisme et l'individualisme. La bonne foi relève par essence de la morale individuelle tandis que la solidarité relève de la morale sociale. Bien que la première soit devenue une norme de droit positif, obligation de bonne foi, (*lege lata*), la seconde relève davantage du droit politique et idéologique (*lege ferenda*). Ces deux valeurs morales restent complémentaires d'autant plus que l'appréciation objective de la bonne foi par les prétoires tend à en faire une norme sociale de comportement¹³⁹. Denis Mazeaud considère même que la bonne foi fait partie intégrante du mouvement plus global de solidarisme contractuel, voire d'éthique contractuelle ou de civisme contractuel¹⁴⁰ qui se traduit par la prise en compte de l'intérêt légitime de son cocontractant¹⁴¹. La bonne foi et la solidarité dans le contrat s'affirment respectivement aux antipodes de l'opportunisme et de l'individualisme qui constituent deux attributs essentiels de l'*homo oeconomicus*.

La bonne foi en tant que valeur morale du droit des contrats se décline sous forme passive ou subjective (croyance erronée ou ignorance rationnelle) et active ou objective (norme de comportement ou loyauté)¹⁴². Quoi qu'il en soit, elle constitue un puissant antidote contre l'opportunisme. Ce dernier renvoie à une aptitude pour une personne à saisir toutes les opportunités ou occasions avantageuses qui se présentent à elle, généralement de façon déloyale. Il est ainsi synonyme de mauvaise foi pour le juriste ou de ce que l'économiste qualifie, dans une certaine mesure, d'aléa ou de risque moral¹⁴³, de resquillage, de problème d'agence, de *hold-up*, de *hold-out*, etc.¹⁴⁴. L'opportunisme ou la mauvaise foi au contrat serait donc un comportement déloyal qui consiste notamment pour un futur contractant

139. V. Karim, « Preuve et présomption de bonne foi », (1996) 26 *Revue droit de l'Université Sherbrooke*, spéc. p. 431, 450.

140. L'expression « civisme contractuel » remonte à Carbonnier qui l'entendait comme un minimum de conformisme social requis du contrat, c'est-à-dire l'exigence de sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Sur l'ensemble de la question, voir J.J. Milingo Ellong, *Le civisme contractuel en droit de l'OHADA et en droit européen*, Paris, L'Harmattan, 2015.

141. D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, 1999, p. 603 ; D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 57, spéc. n° 2 et 3.

142. B. Lefebvre, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, p. 322.

143. Voir G. Dari-Mattiacci et D. Houtcieff, « Vice du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive », dans Ch. Jamin, (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, n° 91.

144. E. Mackaay, « L'analyse économique comme outil de la doctrine juridique », CIRANO, 2011, p. 9.

ou un contractant à faire espérer illusoirement la conclusion ou l'exécution d'un contrat ou encore à « modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la conclusion du contrat¹⁴⁵ ». L'opportunisme peut donc être établi *ex ante* au stade précontractuel et *ex post* au stade contractuel et post-contractuel¹⁴⁶.

À l'inverse de la logique économique classique qui voudrait que l'agent économique saisit par tous les moyens (« tous les moyens sont bons s'ils sont efficaces¹⁴⁷ ») toute opportunité à même de lui procurer un gain (« toutes les opportunités sont bonnes si elles sont efficaces »), le droit contemporain des contrats, en mettant à la charge du contractant l'obligation de bonne foi, prescrit que toutes les opportunités ne sont pas bonnes à saisir tant qu'elles vont à l'encontre de l'intérêt ou de l'attente légitime d'un cocontractant. Le droit des contrats combat l'opportunisme contractuel à travers sa sanction tant au stade de la négociation, de la formation, de l'exécution que de l'extinction du contrat. Si l'obligation de bonne foi est également sanctionnée en droit anglo-saxon, le droit civil des contrats en est particulièrement imprégné¹⁴⁸. À travers la sanction de la rupture abusive par les parties des pourparlers ou relations contractuelles, même au motif d'une éphémère efficacité économique¹⁴⁹ (théorie de la rupture efficiente que l'on dit tolérable en droit anglosaxon), il démontre à quel point la logique juridique et ses valeurs morales, voire extrapatrimoniales peuvent contrarier la logique économique¹⁵⁰. En l'espèce, le droit civil notamment français qualifie ce comportement opportuniste

145. E. Mackaay et Rousseau, S., *Analyse économique*, 2e éd., Les éditions Thémis, Dalloz, Paris, 2008, p. 379.

146. Voir V. Fargeon, « Éléments d'analyse théorique des formes hybrides d'organisation : le cas de la recomposition de l'offre de soin », dans J.-C. Saily, et Th. Lebrun (dir.), *Dix ans d'avancée en économie de la santé, Actes des XIX^e journées des économistes de la santé français*, Montrouge, John Libbey Eurotext, 1997, p. 47.

147. Formule reconnue à Sartre et reprise par D. Hallépée, C. Grimaud et J.-F. Guédon, *Le monde économique par les citations*, Paris, Les écrivains de Fondcombe, 2014, p. 406. L'on pourrait conclure dans le sillage de Sartre que l'économie et la politique sont une affaire de mains sales.

148. Sur l'ensemble de la question en droit français et québécois, voir Ancel, P., « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *Revue Juridique Thémis*, p. 87.

149. La théorie de la rupture efficace (*efficient breach of contract*) n'appréhende la soi-disant efficacité économique que de façon ponctuelle sans pour autant penser aux conséquences à long-terme de la reconnaissance d'un tel droit de rupture sur le système contractuel, économique et social. Si chaque partie obtient ainsi le droit de rompre ses engagements contractuels au gré de ses intérêts égoïstes, que restera-t-il de la force obligatoire du contrat, de la sécurité juridique des conventions et des attentes légitimes des parties ; bref que restera-t-il de l'institution du contrat, du contrat comme acte de prévision ? En analysant avec profondeur la question de la rupture efficace à l'échelle plus globale du système économique et social, l'on se rend bien compte qu'elle est porteuse des germes d'une inefficacité endémique : la « ruine du contrat ».

150. J. Rochfeld, « La rupture efficace », dans Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, n° 417.

de faute dolosive ou de faute lourde du fait de la violation délibérée de l'obligation¹⁵¹. Ce qui rend le dommage imprévisible réparable et implique une exclusion de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité au profit d'une réparation intégrale du préjudice subi (*damnum emergens et lucrum cessans*). Le droit civil québécois prévoit en l'espèce des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires, solution héritée du droit anglosaxon qui investit de plus en plus le droit civil. En outre, le cocontractant victime peut engager la responsabilité délictuelle du tiers de mauvaise foi co-auteur de la violation. Dans le nouveau droit français, en matière de promesse unilatérale et de pacte de préférence, l'on pourrait voir dans le renversement de la jurisprudence antérieure des dommages-intérêts au profit de la substitution du bénéficiaire ou de l'annulation du contrat conclu en violation de ceux-ci une forme de rejet de la théorie de la rupture efficiente de l'engagement du promettant opportuniste et du tiers de mauvaise foi ayant contracté dans le dos du bénéficiaire initial. En les sanctionnant plus sévèrement, le législateur français a entendu promouvoir la bonne foi plutôt que l'efficacité économique¹⁵². C'est dans cette même logique anti-opportuniste et moralisatrice que s'inscrit désormais en droit anglais et américain l'obligation prétorienne, transposée en droit du commerce international¹⁵³, pour une partie de minimiser son dommage (*duty to mitigate damage*) en cas d'inexécution du contrat par l'autre.

L'opportunisme qui suppose la poursuite égoïste de son seul intérêt par une partie animée par la rationalité économique a pour corolaire l'individualisme. Si l'opportunisme voudrait qu'un contractant maximise son intérêt, l'individualisme suppose qu'il le fasse en son seul profit et au détriment de son cocontractant. Opportunisme et individualisme se situent donc sur le même continuum. Ils sont deux faces d'un même vice économique. Le contrat est d'ailleurs souvent perçu dans une approche economiciste comme un théâtre d'affrontement d'intérêts individuels. La solidarité, valeur sociale, qu'une partie de la doctrine dite solidariste voit la promotion dans le droit contemporain des contrats, se profile alors comme l'antinomie de l'individualisme économique nourri par l'individualisme méthodologique de la théorie néoclassique et de l'École autrichienne¹⁵⁴. Pour le solidarisme contractuel¹⁵⁵, le contrat, du latin *contrahere*, qui signifie réunir ou rassembler, est par

151. Voir B. Rudden et Ph. Juilhard, « La théorie de la violation efficace », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n° 4, 1986, p. 1039.

152. L'article 1397 du *Code civil du Québec* retient la solution inverse.

153. Article 7.4.8, Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, article 9-505, Principes du droit européen des contrats, article 7/26, Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats.

154. L'égoïsme constitue d'ailleurs l'un des postulats de l'individualisme méthodologique : R. Boudon, « Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique? », *Revue du MAUSS*, 2004/2 (n° 24), p. 283.

155. Le solidarisme est une doctrine de philosophie politique qui remonte à CH. Gide, « L'école nouvelle », dans *Quatre Écoles d'économie sociale*, Genève, Librairie Stapelmoir, 1890, p. 151 ; puis à L. Bourgeois, *Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1896 et C. Bouglé, *Le Solidarisme*, Paris, Giard et Brière, 1907. Le solidarisme

essence un instrument de solidarité qui ne devrait laisser que peu de place à l'individualisme. Il est né de l'*affectio contractus* et se nourrit de l'*animus cooperandi*.

À l'inverse, l'approche individualiste de l'analyse économique aboutit très souvent à analyser le contrat à travers le prisme réducteur des seuls droits du créancier dont le renforcement constituerait un critère et une garantie de l'efficacité économique du contrat et du droit des contrats. Or, il est courant de constater que le droit contemporain des contrats, dans un élan de solidarité imposée au créancier, reste sensible à la situation du débiteur en difficulté. Il accorde par exemple des délais de grâce au débiteur en difficulté et peut même aller jusqu'à libérer celui-ci par la procédure de redressement en cas de surendettement. Cette solidarité peut parfois prévaloir à l'initiative du créancier à travers une libération totale ou partielle par remise de dette. La solidarité a donc cet avantage d'émaner et d'aboutir sur une conception plus humaine et sociale¹⁵⁶ du contrat qu'exclusivement économique et conflictuelle. Même la théorie économique reconnaît qu'il y a des situations contractuelles réelle (contrat relationnel ou contrat à exécution successive) comme idéale (dilemme du prisonnier) où les parties ont davantage intérêt à solidariser et à coopérer que de s'en tenir à leurs seuls intérêts individuels. Bien que certains la considèrent comme un mythe dangereux¹⁵⁷ et qu'il faille se garder d'exagérer sa portée en pratique, la solidarité est de l'essence du contrat et aucune théorie du contrat ne saurait faire son économie. Une frange de la doctrine économique soutient d'ailleurs que la présence de ces bonnes valeurs dans les relations contractuelles présente l'avantage de limiter l'incertitude et l'opportunisme et donc d'amoindrir le coût des précautions et de transaction¹⁵⁸. Le conflit de valeurs entre droit des contrats et économie n'en cache pas moins un autre plus dogmatique sur l'entendement même de la notion de contrat.

contractuel qui en est issu est un néologisme de forme qui remonte à 1996 par analogie avec le «solidarisme juridique» et dont la paternité est en partie reconnue à Christophe Jamin. Selon lui, ce courant de pensée qui a pour objet de socialiser le contrat invite non pas à nier les conflits d'intérêts qui y ont toujours eu droit de cité, mais à négocier un compromis en dépassant le moralisme des philanthropes et en économisant le socialisme des partageux. Ce projet politique consisterait à «injecter de la justice distributive en droit des contrats, afin de préserver la cohésion sociale dans un système libéral»: C. Jamin, *Le solidarisme contractuel: un regard franco-québécois*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 25. Voir aussi les pages 4, 12 et 16 et suiv. Sur l'histoire du solidarisme, voir E. D'Hombres, «Le solidarisme. De la théorie scientifique au programme de gouvernement», *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010/3 (n° 260), p. 81; M. Ruby, *Le solidarisme*, Paris, Gedalge, 1971.

156. Rappelons que c'est cette notion de solidarité qui est à l'origine de l'État social dont l'économie de marché constitue aujourd'hui la plus grande menace: A. Supiot, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Fayard, 2013.

157. L. Leveneur, «Le solidarisme contractuel: un mythe», dans L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Paris, Economica, 2004, p. 173.

158. Voir C. Menard et J.-M. Oudot, «Opportunisme ou équité? Le cas des contrats d'approvisionnement de défense», *Revue Française d'Économie*, 2010, 24 (3), p. 196; M. Nausenbaum, «L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté», *Gazette du Palais*, n° 145, 2012, p. 34.

Le contrat à travers le prisme déformant et réducteur de l'économie

Il n'est pas sans intérêt d'observer l'objet-contrat à travers les jumelles prismatiques de l'économie et du droit. Cette démarche essentiellement dogmatique est souvent l'occasion pour le juriste de porter un métadiscours critique sur les préconceptions caricaturales du contrat par les économistes. D'abord, en ce qu'elles nient a priori l'essence du contrat en le réduisant à sa seule dimension économique au détriment de toute autre considération volontaire, morale, solidariste, philanthropique, politique, etc., qui irrigue et irradie le phénomène contractuel. Ensuite, en ce qu'elles assimilent, à la suite de la théorie classique, le contrat au seul modèle du contrat-échange qui ne constitue qu'une figure étriquée au regard de la technique juridique contemporaine. Le prisme déformant de l'analyse économique serait à la fois déshumanisant et réducteur du contrat en tant qu'institution juridique et sociale. Ainsi, il convient de s'émanciper de l'idéalité du contrat-échange des économistes à la réalité complexe du phénomène contractuel vu du droit.

La technique juridique est encore à la recherche de modèles à même d'expliquer la complexité et la diversité du phénomène contractuel. La doctrine juridique reconnaît d'ailleurs que la notion de contrat, par définition difficile¹⁵⁹, est une construction intellectuelle imparfaite de nature à évoluer avec son époque¹⁶⁰. À l'inverse, la technique économique, au nom d'un universalisme enchanteur mais résolument simplificateur, semble avoir figé le contrat dans un seul modèle : le contrat-échange. Une hypothèse qui comporte du point de vue de la théorie juridique un certain nombre de présupposés synecdochiques tant sur l'évolution de la notion de contrat que sur son essence et sa substance.

Le premier présupposé des économistes sur la notion juridique de contrat consiste à considérer que « tout contrat est un échange » : c'est la théorie passiviste et réductionniste du contrat-échange qui remonterait au XVIII^e siècle. Or, cette théorie héritée de l'économie classique et nourrie de contradictions du droit romain¹⁶¹ s'appuie sur un modèle parcellaire du contrat calqué sur le troc ou l'échange¹⁶² qui, avec l'apparition de la monnaie, a pris le nom de « vente ». C'est pour cette raison que le modèle du contrat-échange, qui correspond aux sociétés

159. A. Guido, « L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 37, n° 1, 1985, p. 25 ; A. Guido, « Le contrat individuel et sa définition », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 40, n° 2, 1988, p. 327.

160. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Université de Paris, 1965.

161. Pour les romanistes, « [s]i l'échange au sens étroit du terme (*permutatio*) est, à certaines conditions, un contrat, tout contrat est aussi un échange au sens large » : J. Ghestin, « L'évolution du droit français des contrats et l'économie », dans B. Deffains et É. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 213.

162. Voir J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, LGDJ, 1987.

primitives et agricoles, a été rejeté par les rédacteurs du Code Napoléon¹⁶³. Retenant que l'échange dans sa forme traditionnelle (qui représente par ailleurs une certaine vision des seuls contrats synallagmatiques) ne pouvait englober à lui seul les différents types de contrats, les codificateurs l'ont relégué à une catégorie particulière de contrat nommé, contrat d'échange, qui se distingue dorénavant du contrat de vente et de bien d'autres espèces. Le concept juridique du contrat est ainsi devenu plus large que le concept économique d'échange autour duquel il s'est historiquement construit dans la théorie classique. Le contrat s'est alors démultiplié dans la modernité sous plusieurs formes (donation, bienfaisance, échange, vente, prêt, transport, crédit, franchise, société, distribution, etc.). Continuer à le concevoir dans cette diverse complexité phénoménale par le modèle réducteur du contrat-échange est devenu une pure abstraction, voire une aberration pour le juriste.

Le second présupposé des économistes est que le contrat est par essence un échange de valeurs et non un échange de volontés¹⁶⁴. Ils entendent substituer les valeurs (utilités) aux volontés des parties qu'ils qualifient de « futilités ». Selon une formule de Ghestin, pour l'économiste, « le contrat apparaît davantage comme un échange de prestations que comme un échange de consentements; échange du superflu contre le nécessaire¹⁶⁵ ». Cela a conduit les partisans de la conception économique de la cause « à considérer le contrat comme une opération économique, fondée avant tout sur l'exécution réciproque des prestations plutôt que l'échange de consentements¹⁶⁶ ». Or une telle conception utilitariste du contrat ne peut convaincre le juriste pour qui la volonté est de l'essence même du contrat. Sans volontés, il n'y a pas de contrat (en droit). En l'espèce, à la logique quantitative de l'économie, s'oppose la logique qualitative du droit. La qualité des volontés

163. « Longtemps, l'échange n'a pas été envisagé comme un contrat, mais en tant que concept plus large englobant toutes les opérations bilatérales. Cette conception, abandonnée par les rédacteurs du Code civil, a été réhabilitée par les économistes [...] Ce sont les économistes qui, dès le 18^e siècle, ont réhabilité le concept d'échange. Leur point de départ a été précisément celui que les juristes avaient délaissé »: J. Ghestin, « L'évolution du droit français des contrats et l'économie », dans B. Deffains et É. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit: principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 213.

164. Ainsi: « Pour eux l'échangiste est moins un être de volonté, qu'une personne douée de désirs et de besoins. Chacun échange volontairement, certes, mais surtout pour réaliser ses désirs. Les économistes retrouvent ainsi l'idée, aperçue, puis abandonnée par les juristes, que l'échange est la recherche du nécessaire. Ils complètent cette idée par la notion de valeur, pour conclure que tout échange n'est qu'un transfert réciproque, non d'objets, mais de valeurs; l'objet n'existe plus en lui-même, mais en tant que valeur. C'est une valeur, d'usage ou d'échange, que chacun acquiert ou abandonne. Cette définition large de l'échange permet aux économistes de reconstituer le droit des contrats. Les distinctions du droit civil, de la vente, du louage, du prêt, disparaissent pour se fondre dans la seule définition d'échange de valeurs. Il en est de même pour le droit public: l'État, producteur de services et d'utilités, les échange contre les impôts payés par les contribuables [...] tout contrat n'est en définitive qu'un échange de valeurs », J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92. 2^e et 3^e trim. 2000, p. 84.

165. J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92. 2^e et 3^e trim. 2000, p. 83.

166. J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, LGDJ, 1987, n° 237.

juridiques des parties prime en effet sur la quantité des valeurs économiques objet du contrat qui peut se faire aussi bien sans contrepartie qu'avec contrepartie dans de proportions purement symboliques. Le contrat étant nul si la volonté des parties est viciée quel qu'en soit son contenu économique, que l'opération se prédestine à réaliser un gain ou non. Cette volonté constitue à la fois un fait générateur et un élément essentiel du contrat que l'analyse économique ne saurait mésestimer au risque de perdre la signification même du contrat juridique.

Le troisième présupposé qui découle logiquement du précédent consiste à dire que le contrat est en substance une opération économique destinée à réaliser du profit¹⁶⁷. C'est le sens de l'efficacité économique du contrat selon le critère de Pareto¹⁶⁸. Ce postulat qui identifierait le contrat au *bargain* se situe dans le sillage du *common law* qui met un accent particulier sur la *consideration* en matière contractuelle, considérant que les contrats à titre gratuit ne sont pas des contrats. Or, le contrat n'est pas qu'une opération économique orientée par le seul appât du gain. Comme l'ont en effet démontré les travaux de Marcel Mauss et du MAUSS en anthropologie et en sociologie, le contrat fut à l'origine un acte de solidarité, d'entraide et de philanthropie sociale (théorie du don)¹⁶⁹ et ce n'est qu'avec la modernité qu'il est devenu peu à peu dans un processus de déshumanisation¹⁷⁰ un acte de commerce prédestiné à la réalisation du profit. La solidarité et la philanthropie seraient même de l'essence sociale du contrat¹⁷¹ (tout comme la volonté est de l'essence juridique du contrat) de même que le contrat serait un garant et un vecteur de la solidarité et de la philanthropie dans la société. L'essence précède l'existence. Le droit des contrats doit prendre en compte la fonction anthropologique du contrat plutôt que d'être à la traîne de sa seule fonction économique. Malgré le triomphe de la doctrine de l'économicité dans la postmodernité et au-delà de l'idéalisme du solidarisme contractuel, la philanthropie et la solidarité demeurent dans la sphère contractuelle à travers des contrats à titre gratuit et même de certains contrats onéreux à l'instar de l'assurance du fait d'une collectivisation des risques¹⁷².

167. Ce postulat économiciste se retrouve sous la plume de certains juristes comme Guido Alpa pour qui « [L]e "contrat", - de quelque façon qu'on le définisse ou le conçoive - paraît être le "vêtement juridique" d'une opération économique » : G. Alpa, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 4, 1998, p. 1029.

168. Le « but du contrat est de réaliser un gain réciproque pour les deux parties. [...] un résultat gagnant-gagnant ou *win-win* », E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique*, 2^e éd., Montréal, Paris, Les éditions Thémis, Dalloz, 2008, n° 1295.

169. Voir M. Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 2^e éd., Paris, PUF, 2012.

170. Voir dans ce sens, F.C. Saint-Martin-Drumond, « Le contrat comme instrument financier », dans *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, 1999, p. 661.

171. Voir A. Caillé, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 27 ; A. Bélanger, *Théorisations sur le droit des contrats. Propositions exploratoires*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2014, p. 16.

172. Voir A. Bélanger, et J. Manekeng Tawali, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n° 1, 2009, p. 37.

Le contrat peut donc être une opération tantôt économique tantôt philanthropique au gré de la volonté des parties. La théorie trop limitative du contrat en tant qu'échange (économique) cèderait alors face à une réalité beaucoup plus complexe du phénomène contractuel.

La théorie du contrat-échange des économistes recèle un autre présupposé trompeur sur la structure du contrat. Tout contrat, pensent-ils, opère sur le plan formel ou structurel un échange. C'est la figure traditionnelle du troc, de la *permutatio* ou du *do ut des, je te donne afin que tu me donnes*, en droit romain. Force est de constater que cette préconception antique de la structure du contrat ne cadre pas avec l'ensemble des figures contractuelles consacrées dans le droit civil moderne.

D'une part, sur le strict plan du droit positif, et de manière évidente, la figure du contrat-échange rend uniquement compte des contrats synallagmatiques qui supposent un échange, un transfert bilatéral des valeurs, services ou prestations de la part des deux parties; c'est-à-dire des obligations réciproques. Elle méconnaît de ce point de vue les contrats unilatéraux ou contrats non commutatifs qui ne reposent que sur l'engagement d'une seule partie à faire ou à ne pas faire quelque chose au profit de l'autre. L'hypothèse topique est celle des contrats à titre gratuit. Ils s'affirment aux antipodes du contrat-échange en ce que leur structure économique ou opérationnelle demeure unilatérale. Des valeurs sont transférées (contrat de donation), des prestations ou services sont exécutés (contrat de bienfaisance ou de bénévolat), des engagements, abstentions ou renoncations sont souscrits (reconnaissance ou remise de dette) sans contrepartie au profit d'une seule partie. En l'espèce, toute idée de permutation et de commutation est absente.

D'autre part, la figure parcellaire du contrat-échange ne rend pas suffisamment compte des mutations structurelles du contrat. La doctrine juridique a ainsi dégagé en plus du contrat-échange une multitude de modèles explicatifs de la structure des opérations contractuelles contemporaines. Elle oppose diamétralement les contrats-partage aux contrats-échange¹⁷³. Le contrat-échange serait un jeu *compétitif* à somme nulle, *ce que l'une des parties gagne, l'autre partie le perd*, tandis que le contrat-partage serait un jeu *coopératif* à somme non nulle, *les deux parties gagnent et perdent en même temps* ou *ce que l'une gagne, l'autre ne le perd pas forcément*. Dans le contrat-échange, les intérêts des parties sont structurellement divergents et peuvent conjoncturellement converger alors que dans le contrat-partage, les intérêts des parties sont structurellement convergents et peuvent conjoncturellement diverger. Si les contrats-échange sont régis foncièrement par le principe de permutation, dans l'hypothèse des contrats-partage, la permutation peut être présente dans la structure économique de l'opération contractuelle sans pour autant

173. Voir F. Chénéde, *Les commutations en droit privé: contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Economica, 2008, spéc. n° 123, 125, 179, 296.

constituer sa trame. Il en va ainsi du contrat-alliance, voire du contrat-coopération, catégories intermédiaires entre le contrat-échange et le contrat-partage. Le contrat-alliance¹⁷⁴ ou contrat relationnel crée une relation de confiance plus ou moins souple entre les parties (contrat de travail, de conseil, etc.). Le contrat-coopération¹⁷⁵ crée une relation partenariale plus formalisée et requiert une coopération renforcée entre les parties (contrat de franchise, d'édition, de concession, de mandat, de *sponsoring*, de coopération inter-entreprise, de joint-venture, etc.). À l'extrémité, existe le contrat-organisation, forme la plus finie du contrat-partage, qui vise la création et/ou régit le fonctionnement d'une personne morale « autonome » vis-à-vis de ses membres contractants (association, coopérative, société commerciale, etc.) par la mise en commun de ressources humaines et matérielles en vue de la réalisation d'objectifs lucratifs ou non¹⁷⁶. Dans chacune de ces espèces contractuelles, toute figure du contrat-échange n'est qu'une pure vue de l'esprit de l'économiste. L'on voit bien que le paradigme du contrat-échange, modèle explicatif prédominant de l'analyse économique ne cadre pas toujours avec les préceptes de la dogmatique juridique et encore moins avec la complexité sociale du phénomène contractuel dans un monde réel. Somme toute, « [l'] analyse économique du droit reste largement une discipline à construire dans une perspective véritablement scientifique avec une préoccupation majeure, l'adéquation au réel, démarche indispensable au débat rationalisé¹⁷⁷ ».

L'humanisme est consubstantiel au droit et la dérive de la contemporanéité voudrait lui substituer le paradigme de l'économisme. La crise du droit postmoderne provient du fait qu'il n'est pas enchâssé dans un nouveau projet de civilisation comme l'était le droit moderne dans le progrès social. Les partisans de l'AED diront certes qu'elle s'inscrit dans le progrès économique. Mais, ce dernier, faute d'être un véritable projet de civilisation, implique que le droit demeure dans l'encadrement de certaines valeurs fondamentales à la société telles que la justice, la solidarité, la liberté, etc. L'objet de cette étude n'est point de déconstruire le *success story* que semble connaître l'AED à notre époque, mais de révéler certaines de ses fissures

174. J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Paris, Economica, 2012. L'on se désolidarise toutefois de certaines spécifications superfétatoires notamment le distinguo quelque peu factice opéré par l'auteur entre la justice commutative qui ne relèverait que des contrats-échange et la justice distributive qui ne relèverait que des contrats-partage. Car, l'idée que chaque cocontractant doit recevoir au moins l'équivalent de ce qu'il apporte (par exemple la répartition équitable des dividendes dans les sociétés commerciales) reste présente dans les contrats-partage.

175. S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Paris, Economica, 2012; S. Lequette, « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », *Revue de droit d'Assas*, n° 7, 2013, p. 66.

176. P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », dans *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, 1999, p. 635. Voir aussi P. Hoang, *La protection des tiers face aux associations. Contribution à la notion de « contrat-organisation »*, Paris, Panthéon Assas, 2002, n° 23.

177. A. Bernard, « *Law and Economics*, une science idiote? », *Revue de droit Henri Capitant*, n° 1, sept. 2010, par. 1.

épistémologiques trop souvent passées sous silence par la doctrine majoritaire. D'aucuns diront que l'AED se porte bien car elle fonde régulièrement le discours des jurislatoeurs dans les systèmes anglo-saxons et perce désormais dans les pays de droit civil, comme en témoigne la sophistique économique du législateur français à l'occasion de sa récente réforme du droit commun du contrat. Si, pour l'économiste, le droit est plus idéologique que scientifique, pour le juriste, l'économie est tout aussi idéologique et ascientifique que le droit. S'agissant des matières prenant pour objet d'études des phénomènes avant tout humains et sociaux aussi volatiles que polyvalents, toute idée même de scientificité s'avère vaine. Il n'est donc pas surprenant de voir des économistes passés maîtres dans l'art d'une « économie hors société », pulluler des théories qui le plus souvent s'appliquent à des êtres et situations aussi imaginaires que burlesques : dilemme du prisonnier, dilemme du prince, passager clandestin, Robinson Crusoe sur son île, théorie des jeux, etc. Le droit – avec la part de fiction que l'on connaît –, n'a sur ce plan aucune leçon de réalisme à recevoir de l'économie. Le substrat idéologique et militantiste de l'AED se caractérise par la volonté d'une dérégulation de la société et de l'instauration d'un monde sans droit avec l'économie de marché comme seule norme autorégulatrice de l'ordre social et mondial, un monde où l'*homo oeconomicus*, rationnel et individualiste animé par l'instinct de son seul profit va dicter la loi du marché, loi du plus fort au plus faible laissé sans défense par l'État de non-droit prôné par les économistes¹⁷⁸. Il est constant aujourd'hui de constater à quel point les partisans de l'AED pourtant en quête d'une légitimité doctrinale se trompent sur la bonne question à se poser au sujet du droit. À la question « comment rendre le droit efficace? », il faudrait substituer « comment rendre le droit plus juste? ». Un droit efficace serait de ce point de vue un droit juste. C'est déjà à cet avenir du droit que souscrivait Tancelin en préconisant le re-baptême de l'AED en analyse sociale du droit (ASD)¹⁷⁹. Il concluait que « [l']interdisciplinarité est aux antipodes de l'impérialisme [...] La véritable interdisciplinarité suppose le respect mutuel de disciplines qui ne se prennent pas pour d'autres. Le droit paye peut-être aujourd'hui pour sa superbe d'hier. Demain, l'économie paiera pour les excès de l'économisme contemporain¹⁸⁰ ». Pour reprendre l'une des anecdotes paradoxales des économistes, l'AED montre que le juriste et l'économiste se trouvent aujourd'hui dans un véritable dilemme classique du prisonnier. S'ils coopèrent, la connaissance du phénomène juridique

178. « [L']idéal-type du contrat selon l'économiste ne prévoit au mieux pour le droit qu'un rôle subsidiaire [...] La position de l'économiste sur le contrat repose sur la construction d'un monde de référence où le droit est inutile [...] l'analyse économique du droit (des contrats) est une bâtisse imposante dont les fondations, sinon les étages supérieurs, reposent sur le rêve, par les économistes, d'un monde sans droit », O. Flavereau, « Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie », dans Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, n° 56.

179. M. Tancelin, *Le droit malade de l'argent*, Essai, Montréal, Bouquinplus, 2013, p 137.

180. *Id.*, p. 73.

s'en trouvera incommensurablement enrichie. Ironie du sort, il semble qu'en l'état actuel, chacun a plutôt choisi de dénoncer l'autre en espérant illusoirement s'en tirer à bon compte. Il reste toutefois au législateur de choisir entre un droit des contrats qui prend en considération l'efficacité économique, où chaque disposition est une loi du marché et un droit des contrats qui prend en considération l'individu et la société¹⁸¹, où chaque disposition est une loi du juste. Ainsi, au-delà de l'efficacité économique, le droit peut poursuivre l'efficacité sociale (objectif de développement durable axé sur la justice sociale et qui privilégie la prise en compte des intérêts de certaines catégories sociales vulnérables telles que les personnes démunies, en chômage, de troisième âge, handicapées, les consommateurs, les salariés, etc.)¹⁸². Il va sans dire que le droit et l'économie doivent être au service des hommes et de la société, non l'inverse. L'histoire tragique du monde moderne à son crépuscule nous révèle que la montée des inégalités sociales, notamment patrimoniales, est une bombe à retardement sans commune mesure. Les plus grandes crises de l'humanité trouvent leurs sources les plus insoupçonnées dans les inégalités sociales et les injustices du droit et de l'économie. Le plus grand défi posé à l'humanité en ce début du XXI^e siècle consiste dans la résorption de ces inégalités patrimoniales devenues le terreau de la mondialisation économique et du capitalisme mercantile¹⁸³. Mais comment y arriver quand le droit des contrats, art du juste, se met au service des plus forts ? À voir l'avalissement social ou l'asservissement économique du droit postmoderne, l'on dirait que les gourous de ce monde n'ont pas suffisamment compris la leçon des deux grandes guerres : « sans justice sociale, il n'y a ni paix ni développement durable¹⁸⁴ ». Quand on sait que le contrat est le principal instrument d'accumulation de la richesse, avec une plus grande justice contractuelle, il va sans dire que l'on parviendra à une plus grande justice sociale. Le contrat en tant qu'instrument de répartition des richesses au sein du marché et de la société a une puissante fonction socio-économico-politique. Nous pourrions même soutenir qu'il s'agit de sa *cause* première.

181. L. Grynbaum, « Le développement de l'analyse économique du droit : vers un « néo-positivisme ? », *Revue des contrats*, n° 4, 2005, p. 1268.

182. Il en va ainsi du nouveau droit européen des marchés publics où l'attribution dans la phase précontractuelle ne se fait plus limitativement sur la base des critères du prix ou du « plus offrant économique » mais du « mieux disant social ou environnemental ». On pourrait parler à juste titre d'une reconversion paradigmatique de l'« économie capitaliste » en « économie sociale », voire de l'analyse économique en analyse sociale du contrat public où le droit public des contrats se met enfin au service de l'individu et de la société (développement durable) et non du capital et de l'économie (développement économique). Voir en ce sens P. Reis, *Concurrence entravée et concurrence excessive : Liberté d'accès au marché et le développement durable*, Thèse HDR, Université Nice Sophia Antipolis, 2008, p. 26.

183. Voir Th. Piketty, *Le capital au XXI^e siècle*, Paris, Seuil, 2013.

184. Voir Préambule de la Constitution de l'OIT de 1919 : « Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale ».

1.1.2 LA CAUSE ET LA VOLONTÉ DES PARTIES AU CONTRAT : PAR-DELÀ L'ORDRE PUBLIC, UNE RÉVOLUTION ?

La pensée juridique, est peut-être, à l'heure actuelle, de toutes les disciplines intellectuelles celle qui a le plus besoin de « revenir aux choses elles-mêmes », de « réapprendre à voir » les choses dont elle parle.

Paul Amssek¹⁸⁵

Didier Lluellas et Benoit Moore nous enseignent que « le droit ne s'intéresse pas à l'existence de la "cause subjective"¹⁸⁶ ». Sans compter qu'avec la suppression récente de la cause en droit français, à la suite et/ou en réaction des affaires *Point Club Vidéo*, *Chronopost* et *Fauvecia*, les juristes civilistes francophones tendent à vouloir la négliger de plus en plus¹⁸⁷. Pourtant, Maurice Tancelin souligne que la cause subjective, peut être bien plus qu'une « limitation à la toute puissance créatrice de la volonté¹⁸⁸ » par l'intermédiaire du contrôle de l'ordre public que prévoit l'article 1411 CcQ¹⁸⁹. Et n'étant pas en reste, Baudouin, Jobin, Vézina nous rappellent que la cause de 1410 CcQ. est l'« expression ultime du consentement¹⁹⁰ ». Selon Pineau, Burman et Gaudet, « à moins de n'avoir pas de volonté claire et consciente, on conclut toujours un contrat en ayant un motif pour ce faire¹⁹¹ ». Ce motif pour contracter, c'est évidemment la cause subjective de l'article 1410 CcQ, encore appelée *cause concrète du contrat* qui se distingue classiquement de la cause de l'obligation ou cause objective et abstraite ; une distinction au demeurant relative et remise en question par une conception renouvelée et unitaire de la « cause de l'engagement » plus conforme au contrat individuel et au groupe de contrats.

185. P. Amssek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 449.

186. D. Lluellas, et B. Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012, p. 572 : « La cause du contrat s'oppose ainsi diamétralement à la cause de l'obligation : le droit ne s'intéresse pas à l'existence de la "cause subjective", mais bien à sa licéité, et il ne s'intéresse pas à la licéité de la "cause objective", mais bien à son existence ».

187. Nous encourageons toutefois le lecteur à prendre connaissance de l'exception notable suivante : G.-A. Berthold, *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre? - Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016.

188. M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 192.

189. « En consolidant cette version mouchetée de la cause, le législateur est fidèle à l'orientation résolument néolibérale qu'il entend conserver au Code civil. En émoussant davantage la principale arme de défense de l'intérêt général, on amenuise le rôle déjà mineur joué par la cause dans la période du libéralisme et de l'individualisme juridique ardents des XIX^e et XX^e siècles. Est-ce de cela qu'on a besoin au XXI^e siècle? », M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 191.

190. J.-L. Baudouin, P.-G. Jobin et N. Vézina, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 449.

191. J. Pinault, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 323.

En droit civil français, outre la doctrine classique, les récents travaux de Jacques Ghestin¹⁹², ardent défenseur de l'unité et de la pérennité de la cause, restent sans doute les plus aboutis sur la théorie contemporaine de la cause depuis ceux d'Ernest Tarbouriech¹⁹³, de Joseph Hamel¹⁹⁴, ou encore de Jacques Maury¹⁹⁵ au siècle dernier. Pour ce dernier, « la cause de l'obligation contractuelle [...] est un mobile, un motif de l'obligé, mais un motif, un mobile choisi, portant sur un ou des éléments objectifs. [...] Dans les contrats à titre onéreux, la cause est l'équivalent voulu par l'obligé. [...] L'absence voulue d'équivalent économique, voilà le critérium du titre gratuit¹⁹⁶ ». Dans cet ordre d'idées de défense de la cause, Judith Rochfeld lui assigne un rôle fondamental dans la typologie des contrats notamment sa dimension subjective pour ce qui est des contrats innommés ou atypiques¹⁹⁷.

Ainsi, selon l'ensemble de ces auteurs, la cause subjective serait, d'une part, négligée dans le discours contractuel, mais, d'autre part, fondamentale à l'existence même du contrat. Une fois établi ce constat, il importe de comprendre ce désintérêt pour la cause subjective, si ce n'est le rejet de sa pertinence aujourd'hui. Sans doute à cause des errements d'une jurisprudence inflationniste doublée d'une doctrine pathogène qui pose plus de problèmes qu'elle n'en résout autour de la cause. Ce n'est pas la faute de la cause si l'on en fait un mauvais usage! *A priori*, on comprend que nous, juristes, en disons très peu sur elle – honnêtement, qui a déjà fait référence à la cause subjective dans son argumentation juridique? Mais paradoxalement, malgré notre silence, la cause en dit beaucoup sur le contrat. Depuis les droits romain et canonique ou encore l'Ancien droit, la cause est une institution multi-séculaire et emblématique de la tradition romano-germanique¹⁹⁸ aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle¹⁹⁹. D'ailleurs, les systèmes juridiques

192. J. Ghestin, « Cause de l'engagement et validité du contrat », Paris, LGDJ, 2006, spéc. p. 1 s., 90 s., 95 s., 112 s., n°s 8, 129 s., 132 s. 150 s. : « Pour éviter un rejet de cette notion il semble donc indispensable de faire un effort de clarification visant à ramener la cause à l'unité, à partir de définition si possible commune, ou tout au moins à deux définitions fonctionnelles ».

193. E. Tarbouriech, *Contribution à la théorie de la cause. La cause dans les libéralités*, Paris, Giard et Brière, 1894.

194. J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités : étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*, Thèse, Université de Paris, 1920.

195. J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, t. 1, Université de Toulouse, 1920.

196. J. Maury, « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 3, n° 3, Juill.-sept. 1951, p. 494 et 497.

197. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Paris, LGDJ, 1999.

198. H. Léon et J. Mazeaud, « La cause en droit français », *McGill Law Journal*, vol. 3, n° 1, p. 6; E.-P. Daufresne, *De la cause en droit romain et en droit français*, Thèse, Faculté de droit de Paris, 1954; Jacques Maury, « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 3, n° 3, Juill.-sept. 1951, p. 485; J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, t. 1, Université de Toulouse, 1920, spéc. p. 27.

199. L'on songe ici aux quasi-contrats et quasi-délits dont la causalité se trouve au cœur du régime juridique et en particulier à l'enrichissement sans « cause » qui a d'ailleurs eu les faveurs du législateur français de 2016 qui l'a enfin codifié même si sous un nom dévoyé d'« enrichissement injustifié » (art. 1303 C.civ.). Encore

causalistes restent encore largement majoritaires dans le monde actuel²⁰⁰. Et il semble que notre propension contemporaine à l'ignorer soit l'un des reflets de notre époque contractuelle qui tente vainement de renier notre tradition civiliste et son héritage causaliste. C'est ce qui explique sans doute la *marche à reculons* du législateur français de 2016 qui, suivant certains homologues (suisse, allemand, néerlandais, etc.) et surtout le mouvement économiciste de la législation (UNIDROIT, européenne – Projet Gandolfi et Principes Lando²⁰¹, OHADA) en matière des contrats du commerce international²⁰², a tenté, au nom de la sécurité juridique et de l'attractivité économique, de supprimer la notion de cause tout en codifiant paradoxalement toutes ses fonctions historiques héritées de la jurisprudence²⁰³. Est-il cohérent de renier un arbre (empoisonné!) tout en consommant ses fruits? Les vieux démons anti-causalistes de Planiol, en dépit de leur témérité, n'auront

une adoption de la chose sans le mot! Voir A. Posez, «La réforme du droit des obligations : une révolution en tapinois», *Ledroitcritique.fr*, janv. 2014, p. 9.

200. P. Catala, «Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats», *Defrénois*, n° 21, 15 déc. 2008, p. 2365.
201. Il s'agit du projet d'harmonisation du droit des contrats des États membres de l'Union européenne.
202. Ch. Chappuis, «Le renoncement à la cause et à la considération dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», *Revue de droit uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 253; J. Djogbenou, «La cause dans les contrats conclus sous le fondement des Actes uniformes OHADA», *Penant*, n° 867, avr.-juin 2009, p. 133; J.-M. Jacquet, «Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT», *Revue droit uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 185; C. Casters-Renard et H. Hatano, «L'influence des PDEC sur les projets de réforme des droits français et japonais des contrats», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62, n° 3, 2010, p. 724; M. Pasquau Liaño, «L'abandon de la notion de cause en droit français : un service au droit européen des contrats?», *Revue de droit d'Asas*, n° 1, 2010, p. 68.
203. La position du droit français se résume ainsi que l'a précisé le Ministère de la justice : «Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit français, sur le plan politique, culturel, et économique. La sécurité juridique conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international. A cet égard, l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées. [...] La cause, ignorée de la plupart des droits étrangers comme des différents instruments européens de codification, reste néanmoins mal définie et recouvre en réalité une multiplicité de sens, que la doctrine, se fondant sur une jurisprudence abondante et fluctuante, s'est attachée à théoriser. Ainsi, la cause "subjective", ou cause du contrat, renvoie aux motifs personnels qui ont déterminé le consentement, tandis que la cause "objective", ou cause de l'obligation, correspond au but immédiat et abstrait du contrat, lequel est toujours le même quel que soit le type de contrat. En outre, certains arrêts de la Cour de cassation ont appliqué une conception subjective de la cause de l'obligation, invitant à rechercher non plus des motifs abstraits, communs à tous les contrats du même type, mais le but concret voulu par les parties, et ce afin de rééquilibrer le contrat. C'est pourquoi, face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion. L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées.» Ministère de la justice, «Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations», *JORF*, 11 févr. 2016, p. 8.

donc pas eu raison du génie de la cause de Domat et Pothier dans toutes ses dimensions²⁰⁴, une notion toujours aussi *rétive* qu'*incontournable*! Le législateur français l'éjectant tout de même des conditions de validité du contrat a cru trouver une échappatoire dans une nouvelle notion ouvertement economiciste au contenu élastique à laquelle il prête, à tort ou à raison, toutes les vertus de la cause : le contenu du contrat²⁰⁵. Ce qui a suscité l'ire de la doctrine française causaliste, portée notamment par le *Projet Catala*²⁰⁶, qui entend défendre la cause jusqu'à la gare²⁰⁷.

-
204. Sur la théorie ou la notion de cause, trois courants s'affrontent historiquement en droit civil notamment français. Le causalisme, l'anti-causalisme et l'acausalisme ou anacausalisme. La doctrine causaliste classique depuis Domat et Pothier défend la théorie de la cause renouvelée notamment par Capitant, Maury, Hamel et Josserand. La doctrine acausaliste postmoderne consacrée par le législateur de 2016 préconise par pragmatisme et pour les besoins de la sécurité juridique, une suppression formelle du concept tout en codifiant ses fonctions jurisprudentielles. L'anti-causalisme viscéral de la doctrine moderne incarnée par Planiol et ses partisans considère que la cause est une notion fautive et inutile qui fait double emploi avec la notion d'objet. Pour démontrer la fausseté et l'inutilité de la notion de cause sur le plan de la logique, la doctrine anti-causaliste fait valoir trois cas de figure. D'abord dans les contrats synallagmatiques, la cause serait fautive de par son impossibilité logique ; car comment concevoir que les obligations des parties naissent simultanément et que l'une soit paradoxalement considérée comme la cause de l'autre ? La causalité en l'espèce suppose que l'une précède et préexiste à l'autre, une cause et son effet ne pouvant être contemporains. Incidemment, parler de l'absence de cause ou de son illicéité lors de la formation du contrat constitue un mauvais détour où la notion de cause ferait double emploi avec celle d'objet du contrat ou de l'obligation : c'est soit l'objet de l'obligation des parties qui est illicite, soit celui du contrat. Ensuite, dans les contrats réels, la remise de la chose n'est pas la cause finale de l'obligation de restitution, mais plutôt son fait générateur. « L'absence de cause » équivaldrait, en l'espèce à l'absence de remise de la chose ; or, si la chose n'a donc pas été remise, le contrat n'a pu se former et point n'est besoin de l'annuler pour défaut de cause puisqu'il n'a jamais existé. Enfin, dans les libéralités, la notion de cause est tout simplement vide de sens du point de vue de la validité du contrat, puisque la cause de l'obligation ne peut être que le motif ayant déterminé le donateur (intention libérale ou *animus donandi*) que la doctrine classique distingue pourtant de la cause. Ainsi, « l'absence de cause » équivaldrait à l'absence d'*animus donandi* et plutôt que de recourir à « l'absence de cause » pour faire annuler la donation, le donateur peut bien faire valoir l'absence de consentement. Cette critique bien que séduisante est une vision parcellaire calquée uniquement sur la cause objective ou cause de l'obligation. Elle méconnaît par conséquent la cause subjective ou cause du contrat que nous défendons. Sur la question, voir M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 11^e éd., Paris, LGDJ, 1931, p. 391, n° 1026 ; S. Pimont, *L'économie du contrat*, Aix-Marseille, PUAM, 2004, n° 484.
205. « Le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été - plus ou moins artificiellement - rattachées à la notion de cause » : Ministère de la justice, « *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », *JORF*, 11 févr. 2016, p. 11. Voir art. 1162 à 1171. La notion d'« intérêt au contrat » avait même été convoitée dans l'avant-projet avant d'être abandonnée.
206. P. Catala, dir., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006, note J. Ghestin, p. 37. Ce projet parrainé par l'*Association Henri Capitant* avec l'aide du ministère de la Justice avait consacré une dizaine de dispositions à un régime unitaire de la cause de l'engagement (art. 1124 à 1126). Cette clarification de la notion de cause fut remise en cause par le *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007, n° 23.
207. G. Wicker, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1557 ; T. Genicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1551 ; R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des

Notre thèse, tout aussi jusqu'au-boutiste, mais minimaliste et un peu provocatrice, est la suivante : la cause subjective, loin de devoir être évacuée de la « structure » du contrat contemporain, doit au contraire être remise en son centre névralgique et justificatif. La cause subjective, outre le contrôle de la conformité du contrat à l'ordre public, est un instrument de revitalisation de la volonté, d'équilibre du contrat et donc de réhumanisation de la sphère contractuelle. L'« équivalent voulu » que propose Maury est sans doute une notion concentrique de la volonté et de l'équilibre des intérêts autour de la subjectivation de la cause qui rappelle que l'une et l'autre doivent exister et se réaliser lorsque le contrat se forme²⁰⁸. C'est toute la fonction anthropologique, économique et politique du contrat qui s'en trouve réinterrogée. Il faut que l'article 1410 CcQ soit re-découvert à l'aune des enjeux contractuels de notre temps, et en se basant sur l'adage quelque peu simpliste selon lequel « le législateur ne parlerait pas pour ne rien dire »²⁰⁹, il est temps de porter attention à ce que peut suggérer ce très bref texte de l'article 1410 CcQ : « La cause du contrat est la raison qui détermine chacune des parties à le conclure. ». Et le plus intéressant se trouve sans doute au 2^e alinéa qui énonce : « Il n'est pas nécessaire qu'elle soit exprimée. ». Autrement dit, ce n'est pas parce que la cause subjective n'est pas communiquée, mise en évidence, affichée, écrite ou formalisée, qu'elle n'a pas son importance dans l'existence du contrat. Il faut avouer qu'en cette époque où tout contrat, aussi insignifiant soit-il, contient des milliers de mots – prenons l'exemple le plus absurde de l'achat d'une application à 5\$ avec son téléphone –, cet article 1410 CcQ a quelque chose de troublant et déplacé par rapport aux processus contractuels usuels. Et c'est en cela que la cause invite à un questionnement qui n'appelle pas de réponses simples. Par exemple : le contrat doit-il encore se baser sur la volonté ? Est-il neutre par nature parce qu'uniquement et avant tout technique juridique ? Et encore, en allant à l'essentiel : le contrat a-t-il pour rôle, ne serait-ce qu'indirectement, de participer au changement social ?

Peu importe les réponses qui peuvent être apportées à de telles interrogations quelque peu rhétoriques, c'est une certaine volonté de changement dans notre rapport au contrat de droit civil, ce droit, art du bon et du juste (*Jus est ars boni et aequi*) dont la fin ultime, malgré les soubresauts injustes de l'Histoire²¹⁰, est d'assurer

contrats», *Recueil Dalloz*, 2015, p. 335 ; O. Tournafond, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2607.

208. « La cause des obligations des contractants dans les contrats à titre onéreux, c'est l'équivalent voulu tel qu'il existe ou doit exister au moment où le contrat se forme », J. Maury, « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », (1951) 3 (3) *Revue internationale de droit comparé*, 485-516, p. 495.

209. Sur le plan interprétatif, la règle est tout de même codifiée à l'article 41.1 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16.

210. G. Rocher, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 873.

le lien et la justice entre les humains²¹¹, que nous aimerions stimuler. Ainsi, et dans un premier temps, nous voulons nous attarder au caractère a-moral de la cause afin de tenter de contrer l'immoralisme de la bonne foi. Ensuite, nous voulons mettre de l'avant l'intelligence véritable que recèle la cause subjective dans le but de freiner, ne serait-ce que quelque peu, la bêtise technologique contemporaine du contrat que l'on nous présente abusivement comme la 8^e merveille du monde. Enfin, nous mettrons l'accent, sans grande originalité mais dans une perspective critique qui paraît aujourd'hui s'imposer, sur le volontarisme sous-jacent à la cause pour renverser le déséquilibre socio-économique habilité par la pratique contractuelle contemporaine.

L'amoralité de la cause et l'immoralisme de la bonne foi

Nous devons, nous croyons, expliquer pourquoi nous sommes toujours *rétifs* à la bonne foi et à ce que l'on appelle depuis l'adoption du Code civil de 1994 *la moralisation du droit des contrats*, mais aussi pourquoi cela ne nous empêche pas de nous porter à la défense de la cause subjective, qui peut être perçue par certains comme ayant une portée morale²¹². C'est que ce n'est pas la même chose : la cause, au sens où nous vous proposons de la prendre en compte, ne cherche aucunement à moraliser le contrat dans le sens d'orienter les agissements des parties, la cause subjective permet plutôt, d'abord et avant tout, d'asseoir la volonté contractuelle, de marquer son existence. Son rôle est donc très différent de celui de la bonne foi, cette dernière ayant pour but de diriger les actes juridiques des parties. Nous allons tenter de préciser notre pensée.

Dans la conception contemporaine de la technique contractuelle, les convictions d'une minorité (celle qui *rédige* les contrats) étouffent ni plus ni moins la volonté contractuelle d'une majorité (celle qui adhère aux contrats (soit environ 99,5 % de la population active?). Et dans un tel contexte, où l'on adhère aux contrats plus qu'on n'y consent²¹³, il va de soi qu'il est préférable de passer sous silence notre négligence de la cause (nous n'avons pas le choix dira-t-on, il faut bien que la société continue de fonctionner, que les affaires progressent et que le monde tourne). Tout se fait par l'intermédiaire d'une contractualisation menée de *bonne foi*; la concentration des richesses est faite de bonne foi via le contrat; les inégalités sociales sont reproduites encore et encore via le contrat conclu de bonne

211. « [L]a fin du droit civil n'est pas l'égalité, ni le bonheur, ni la vertu, ni la croissance économique, ni le bien-être social, mais simplement la justice » : Ph. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître? » : *Revue de droit de McGill*, vol. 32, 1986, p. 153.

212. « Contrairement à la cause objective qui sert à contrôler le caractère volontaire de l'engagement, procédant ainsi à une certaine « moralisation » du contrat. », J. Pinault, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 301.

213. J. Carbone, *Droit civil, Les obligations*, t₄, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 89.

foi; et la déshumanisation en marche de la formation du contrat via sa programmation informatique est moralement neutre, car il va de soi qu'un algorithme ne peut qu'être l'expression de la bonne foi de celui qui le programme. Ce faisant, cette spirale contractuelle vide la bonne foi, si elle en fut une, de tout ce qui aurait pu être sa substance.

Et c'est aussi la raison pour laquelle la bonne foi nous paraît aussi dangereuse sur le plan juridique que fallacieuse sur le plan argumentatif. Dangereuse car elle nous incite à prendre en compte *une certaine morale*²¹⁴. Contrairement au droit qui se doit d'avoir une visée universelle, la morale n'a pas à être la même pour tous. Rappelons que la notion vieillie de « bonnes mœurs » auxquelles devaient jadis se conformer la cause ou la condition des conventions a été rayée des dispositions du nouveau droit français des contrats par la réforme de 2016. Le législateur français actant ainsi la mort prochaine des « bonnes mœurs » annoncée à juste titre par la doctrine²¹⁵ a sans doute compris que les mœurs ne peuvent être les mêmes et encore moins les « bonnes » pour tous en tout temps et en tout lieu²¹⁶. Ainsi, être de bonne foi, c'est d'abord agir selon ses convictions et, par conséquent, le raciste se prononce et agit en étant de bonne foi, tout comme le fait le misogyne, ou l'homme d'affaires n'ayant à l'esprit que la maximisation de son profit. Il a une « bonne foi » en ses croyances et convictions. En matière de morale juridique et contractuelle, peut-être faut-il aussi garder en tête que Georges Ripert, à titre de secrétaire d'État sous Vichy en 1940, a « purgé » de sa faculté de droit les professeurs et les étudiants juifs, alors qu'il a aussi écrit son célèbre ouvrage *La règle morale dans les obligations civiles*. Que le droit soit influencé par divers points de vue moraux, certes, c'est aussi inévitable que souhaitable. Mais affirmer qu'une morale est de facto du droit, c'est fallacieux. Et c'est inacceptable au sens de l'intelligibilité d'un droit fondé sur la raison car comment ne pas en venir à imposer certaines valeurs morales dans un contexte de

214. Cela ne remet bien sûr pas en cause une inévitable assise morale du droit, voire le fondement ou l'héritage traditionnellement moral du droit : *Quid leges sine moribus, quid mores sine legibus?* Mais à condition qu'il s'agisse d'une morale sociale, et non individuelle comme la bonne foi par exemple, une morale sociale à portée universelle qui cesse de l'être pour devenir du droit, qu'il ne s'agisse pas d'une morale des plus forts qui se moque de la vraie morale. La morale fait partie, aux côtés de la justice, de la liberté, de l'égalité, de la sécurité, etc. des idéaux de droit naturel et/ou de droit positif des contrats mais ne constitue point la plus privilégiée. Voir B. Lavaud Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs?* Paris, PUF, 2005; H. Krych, *Les idéaux du droit des contrats : identification et réalisation*, Thèse, Université de Reims, 2001; R. Boudon, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », dans *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, 1999, p. 11; D. Lochak, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », dans J. Chevallier (dir.), *Les bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 15.

215. D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique! », dans *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487.

216. Comme il s'est agi d'une réforme sectorielle, l'article 6 du Code civil français selon lequel « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » demeure encore. Mais tout porte à croire que dans une logique de cohérence normative et systémique, la notion vieillie de « bonnes mœurs » devrait être expurgée des dispositions de cet article dans une réforme future.

pluralisme idéologique? Et fallacieux, parce que, en allant à l'essentiel ici, il est impossible (à moins d'être de mauvaise foi!) de soutenir que les relations contractuelles sont plus *morales* aujourd'hui, dans leurs effets, qu'elles ne l'étaient à l'aube du grand mouvement de moralisation des relations contractuelles il y a plus d'une vingtaine d'années. L'institution de cette bonne foi n'est-elle pas le couvert d'un programme idéologique, voire l'instauration d'une morale économique, qui, on le sait, n'a rien à voir avec la vraie morale, en droit contemporain des contrats? Car soyons honnêtes! En quoi, sur le plan contractuel au sens large, les choses se sont-elles améliorées avec cette « mauvaise bonne foi »? La cause subjective nous force à nous poser de telles questions.

Ainsi, la cause subjective de l'article 1410 CcQ – au contraire de la bonne foi – c'est l'affirmation que le contrat est un processus de la liberté, de la sensibilité, de la raison humaine. C'est l'assurance d'une recherche de rencontre des volontés (1378 CcQ), de volontés exprimées de part et d'autre par un consentement libre et éclairé (1385 et 1399 CcQ). C'est une assurance de l'existence d'une véritable norme juridique privée, parce que la cause est de l'ordre du poétique, au sens de la *poésis*, de l'étymologie du terme qui est la *création* humaine. La cause de 1410 CcQ, ce n'est donc que ça : l'assurance que le contrat est encore et toujours une *création de la volonté partagée* par les deux parties et d'une prise en compte d'une liberté, d'une capacité à entrer *ou non* en relation contractuelle, là où la bonne foi ne fait que légitimer un processus contractuel dénaturé car généralisant un engagement sans volonté et sans cause. Devoir mettre cela en formule, nous dirions que si la bonne foi est avant tout économique, la cause, elle, est poétique. La bonne foi est désincarnée, la cause est humaine.

Pour utiliser un terme aujourd'hui aussi galvaudé que fondamental, disons que la cause assure qu'il y a une relation *consentie* entre les parties. C'est donc une garantie d'un processus conscient, assumé, ou, si l'on préfère : intelligent. Ce qui n'est pas rien en ces temps de grande bêtise technologique qui tente vainement, sous couvert de révolution, de réduire ou de nier l'humanité des contractants.

L'intelligence de la cause pour freiner la bêtise technologique contemporaine du contrat

Dans un deuxième temps, nous croyons important de nous attarder à la question de l'intelligence du processus contractuel. Cette intelligence contractuelle n'a rien d'artificielle. Bien au contraire, elle est humaine, civilisée, partagée, juridique et colle par conséquent à l'artéfact social qu'est le contrat. En ce sens, l'article 1410 CcQ permet d'*humaniser* le contrat alors que la technologie contribue de plus en

plus à le déshumaniser, à l'automatiser et à l'autoréguler²¹⁷, dans une perspective troublante de fuite en avant a-volontariste.

La cause nous rappelle qu'en matière de contrat, au sens strictement contractuel du terme, en considérant les définitions des divers systèmes civilistes, il ne peut y avoir uniquement de la nécessité, tout étant d'abord question de volonté et de liberté humaine. L'accord de volontés étant l'élément subjectif essentiel sans lequel le contrat ne saurait exister, la cause subjective rappelle que le consentement ne peut être illusoire. Voilà donc ce que nous proposons : rien de plus, mais rien de moins, qu'un retour aux fondamentaux, un retour à l'essence volontaire du contrat. Un appel à l'intelligence humaine dans un domaine où elle est de plus en plus délaissée : dans les années 1960, on adhère à un contrat *après* l'avoir lu ; à partir des années 1980 on adhère sans le lire ; au début 2000 on adhère sans même pouvoir le lire (avec les *shrink contracts* par exemple) ; en 2010 on laissait les programmes informatiques contracter à notre place, et aujourd'hui voilà que nous rêvons d'algorithmes établissant ce qui est souhaitable pour nous sur le plan contractuel. L'existence du contrat est donc en train de renier son essence.

Ce faisant, on se soucie de moins en moins de l'intention qui structure le processus contractuel. Et pourtant, la cause est là dans le Code civil et elle souligne l'évidence, c'est-à-dire que la technologie et l'intelligence artificielle ne sont que les vulgaires outils au service du contrat. Sans compter que cette présence de la cause dans le Code civil souligne aussi sans doute – du moins c'est à souhaiter – que le contrat n'est lui-même qu'un outil au service de la vie sociale.

Ainsi, lorsque nous parlons abusivement de « révolution » contractuelle par le biais des nouveaux outils technologiques, c'est faire preuve d'aveuglement à la fois culturel et historique, dans la mesure où l'on réfère au contrat formé par la volonté des deux parties tel qu'officialisé par le législateur québécois en 1994 et français en 2016. Supprimer l'essence du contrat en négligeant la cause et la volonté, au profit d'une vulgaire technique, aussi pointue soit-elle sur le plan informatique, équivaut à vouloir remplacer les mathématiciens par les ordinateurs, à supprimer les architectes et les remplacer par les imprimantes 3D et les nouveaux matériaux, ou à supprimer les écrivains et les remplacer par les algorithmes d'écriture... Et parlant d'écrivains, le célèbre « ceci tuera cela » de Victor Hugo²¹⁸, ne trouve pas application ici ; puisque l'outil au service du contrat ne sera jamais l'*œuvre* contractuelle comme telle.

Dit autrement, nous marchons sur la tête : On accole, d'une part, l'étiquette d'intelligence à ce qui est *idiot* car simplement programmé et automatique, et,

217. Voir par exemple A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015.

218. V. Hugo, *Notre-Dame de Paris*, Livre V, Chapitre 2.

d'autre part, on rend littéralement *idiot*, au sens de ce qui « manque d'intelligence », un processus juridique qui historiquement, philosophiquement, ontologiquement, ne peut s'appuyer que sur l'intelligence des parties.

Dans une perspective *contre-technologique*, nous invoquerons ici Carbonnier qui écrivait que la cause « conforme au génie du libéralisme [...] met en déroute les mots clés de l'informatique²¹⁹ ». Ainsi, la considération de la cause, c'est, au choix, l'expression d'une confrontation réactionnaire, ou avant-gardiste, entre l'humanisme libéral du contrat et le trans-humanisme néo-libéral des *smart contracts*. La cause, malgré ses allures archaïques, a un potentiel révolutionnaire : elle permet de retourner à l'essentiel et de nous détourner du *divertissement technologique* qui s'impose partout, mais surtout, la cause subjective nous *confronte à l'épreuve du temps* (si vous nous permettez de travestir quelque peu le sens du titre du colloque : la cause, comme notion classique, n'est pas uniquement confrontée au temps qui passe, mais aussi, et surtout, à notre temps, c'est-à-dire à notre contemporanéité). Et la confrontation s'impose d'autant plus qu'elle a un potentiel disruptif²²⁰.

Le volontarisme de la cause pour renverser le déséquilibre socio-économique habilité par la pratique contractuelle

Dans un troisième et dernier temps, nous aimerions souligner rapidement les rapports de force, les potentiels d'abus de pouvoir et de lien de domination que les contrats conclus de « bonne foi » mais sans considération de la cause sont susceptibles de pérenniser. Ce qui nous oblige à poser une question qui peut paraître déplacée, si ce n'est tabou en droit privé : est-il possible que le contrat, étant utilisé dans une forme de plus en plus a-volontariste et sans cause, soit *in fine* le résultat

219. J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, Vol. 2, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2004, p. 2026.

220. Nous ne sommes pas d'ailleurs les seuls à attribuer une fonction politique à la cause : « *En théorie politique*, le lien se fait aisément avec ce qui vient d'être dit. Si la cause est « dans la nature des choses », c'est parce qu'un engagement n'a pas de valeur pour lui-même, mais doit être fondé en raison. On mesure quelle rupture philosophique se dessine : la cause est la marque, dans le code civil, de la rationalité de l'acte humain qui, pour être humain, doit avoir un sens. Ce serait bafouer la liberté et la volonté que de leur permettre de créer *ex nihilo* l'obligation qui sortirait tout armée, tel un *deus ex machina*, d'une pure décision sans racine. [...] Si, historiquement, la cause s'est développée de concert avec le consensualisme, c'est parce qu'elle en a toujours été le modeste garde-fou, comme un contrepoint discret à l'autonomie de la volonté. [...] L'époque, du reste, illustre la nécessité d'un simple encadrement social *a minima* des pratiques contractuelles. À l'heure d'une ultra-financiarisation de l'économie qui conduit parfois - avec les résultats que l'on sait - à la création et à la circulation, par contrat, de valeurs artificielles, il n'est peut-être ni si injuste, ni si daté, de proclamer en droit commun le principe d'un contrôle de la rationalité objective minimale de l'acte. Bien sûr, il est dans la nature de la cause d'être dans une certaine mesure un instrument de justice dérogatoire - ce qui peut légitimement inquiéter. Mais quel système juridique peut se passer d'une sorte de « soupape » du consensualisme? », Th. Genicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1551, spéc. n^{os} 9-10.

du détournement idéologique d'une majorité d'économistes masculins, qu'il soit instrumentalisé dans une perspective trans-humaniste par une majorité d'ingénieurs et de mathématiciens globalement masculins, le tout dans un environnement économique dominé par les valeurs du droit des contrats anglo-saxon que sont l'utilité et l'efficacité (valeurs instrumentales établies par des hommes, faut-il le rappeler)? À titre de juriste, notre rôle est-il d'arrimer le contrat, ou ce qu'il en reste, sur cette approche qui fait de lui le véhicule parfait de la concentration des richesses, des déséquilibres et du pouvoir socio-économique?

En ce sens, la cause est bien plus qu'un seul outil de contrôle de l'ordre public pour les juges. C'est, nous venons de le souligner à grands traits, la concrétisation de l'essence de volonté libre du contrat. Nous référons à l'un des grands textes du droit des obligations au Québec, qui rappelle que: « Le contrat étant un acte de volonté, il est nécessaire que chacun des contractants ait une raison valable pour s'engager. À moins que le contrat ne soit l'œuvre d'un aliéné, nul, en effet, ne s'engage sans raison²²¹ ». Nous ne voulons surtout pas déformer le propos des auteurs, mais ils écrivent bien « à moins d'être aliéné ». Il est tentant de prendre la balle au bond et d'enrichir la réflexion avec les travaux des héritiers de la Théorie critique (particulièrement les travaux de Axel Honneth²²² et Hartmut Rosa²²³). Cette façon que nous avons de contracter sans réfléchir (dans la mesure où la réflexion est *déjà* faite à notre place, par l'analyse de métadonnées, par l'expertise des juristes qui ont choisi d'avance le vocabulaire et le texte du contrat, par les études en psychologie comportementale), cette attitude semble bel et bien être de l'ordre de l'aliénation au sens où cela nous contraint de *faire volontairement par contrat ce que l'on n'a pas envie de faire*²²⁴. Consentir, adhérer, car nous savons que nous n'avons pas le choix, encore et encore. Que ce soit pour le travail, notre salaire, nos communications, nos déplacements, notre entreprise, pour l'ensemble de nos vies quotidiennes, professionnelles et sociales en somme.

L'intérêt des contractants étant l'élément objectif essentiel dans la grammaire du contrat, la cause subjective rappelle aussi qu'il ne doit être illusoire ni dérisoire. Carbonnier, encore, rapprochait la notion de cause de celles de *consideration* de *common law* et d'intérêt. Il écrivait: « Le postulat du droit est que toute démarche d'un être raisonnable est déterminée par un intérêt patrimonial (actes à titre onéreux)

221. J.-L. Baudouin, P.-G. Jobin et N. Vézina, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 442.

222. A. Honneth, *La société du mépris, Vers une nouvelle théorie critique*, Paris, La Découverte, 2006; A. Honneth, *La réification, Petit traité de Théorie critique*, Paris, Gallimard, 2007.

223. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012; H. Rosa, *Accélération, Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010.

224. H. Rosa écrit qu'il y a aliénation « chaque fois que nous faisons « volontairement » ce que nous ne voulons pas vraiment faire », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 113.

ou moral (actes à titre gratuit)²²⁵ ». Or, qu'elle est la *cause* d'une telle soumission contractuelle aujourd'hui? Car faut-il rappeler que dans une perspective *patrimoniale*, le taux d'endettement moyen des canadiens est de plus de 180 % et qu'il ne s'accroît que par l'intermédiaire du contrat? Le contrat n'est-il vraiment que la machinerie lourde de *La fabrique de l'homme endetté*²²⁶? Si c'est le cas, les juristes doivent se garder d'agir uniquement à titre de contremaîtres zélés.

Dans le contexte de la contractualisation de toutes les sphères de nos vies et activités, l'approche anti-causaliste pave la voie à une uniformisation de l'engagement contractuel. Négliger la cause subjective, tel qu'incitaient à le faire Domat et Pothier aux 17^e et 18^e s. respectivement, pouvait sans doute se justifier dans un contexte où le contrat n'était pas l'outil généralisé de domination sociale qu'il est aujourd'hui. Nous ne portons évidemment pas un regard nostalgique sur cette époque révolue. Mais aujourd'hui, considérant que tout ou presque peut faire l'objet d'un contrat, peut-on réellement ignorer la cause de l'engagement contractuel de la mère porteuse? Peut-on ignorer la cause subjective derrière tous ces contrats qui pérennisent les inégalités de salaire et affectent la qualité de vie? Peut-on négliger la cause d'une part et se surprendre ensuite, par exemple, de l'exploitation contractuelle des aînés? Car pour tous ces cas, il s'agit de contrats, et ils s'inscrivent tous dans la *nouvelle* moralité contractuelle censée *réguler* les rapports contractuels et ces derniers sont conclus de *bonne foi*.

La cause d'une révolution désaliéniste ?

Si, comme le soulignait Paul-André Crépeau, « [l]e droit des obligations, c'est [...] la vie de tous les jours mise en équation juridique²²⁷ », n'est-il pas pertinent et justifié de s'attarder à la subjectivité de la *vie quotidienne* par l'entremise de la cause? Somme toute, la cause est-elle la protection de l'*animus contrahendi*, cette volonté profonde de contracter?

Et quel est le rôle concret des juristes dans tout cela vous nous direz? Nous vous soumettons ceci : le rôle des juristes ne peut se limiter qu'à interpréter les grands principes du Code civil tel celui de la cause subjective sous l'angle des outils utiles à faire valoir devant les tribunaux dans le cadre de litiges contractuels qui ne sont que des épiphénomènes. Le droit privé structure d'abord et avant tout la vie de tous les jours et, dans cette optique, le Code civil et les règles relatives aux contrats ne doivent pas être enseignés, abordés, considérés que dans la perspective limitée du travail des notaires, des avocats et des juges. Il est fondamental d'avoir les

225. J. Carbone, *Droit civil, Les biens, les obligations*, Vol. 2, coll. Quadriga, Paris, PUF, 2004, p. 2029.

226. M. Lazzarato, *La fabrique de l'homme endetté: Essai sur la condition néolibérale*, Paris, Éditions Amsterdam, 2011.

227. P.-A. Crépeau, « La fonction du droit des obligations » (1998) 43, *Revue de Droit de McGill* 729-780, 732.

meilleurs professionnels du droit, certes, mais le rôle des juristes, c'est aussi de réfléchir à ce qu'est le contrat aujourd'hui et à ce qu'il permet ou non de faire en société. À ce titre, la cause subjective de l'article 1410 CcQ devient ni plus ni moins un outil politique permettant de contrer les disparités susceptibles de se former par l'intermédiaire du contrat. Limiter le rôle de la cause à celui du contrôle de l'ordre public, sans remettre en question cet ordre public empli de déséquilibres contractuels, revient à pervertir le contrat. Rien n'empêcherait, par exemple, la désormais majorité de femmes juristes et étudiantes en droit, au Québec, de renverser bien des stéréotypes par le biais d'un contrat réinvesti de sa cause et de sa nécessaire volonté. Puisque le contrat est partout, puisqu'il faut une cause pour contracter, tout devient potentiellement possible. Autrement, nous avons en tête l'image, aussi usée que déprimante il est vrai, que donnait Bruno Latour : au moment du naufrage du Titanic, les passagers de 1^{re} classe ont dit à l'orchestre de continuer à jouer pendant qu'ils se tiraient en douce sur les (insuffisants) bateaux de sauvetage, la musique de l'orchestre contribuant à faire retarder le moment où les autres passagers réaliseraient que le tangage menait au naufrage inévitable²²⁸. Nous nous devons donc de vous poser la question : à titre de juristes, sommes-nous ces membres de l'orchestre qui jouent de la bonne foi et jetons-nous par-dessus bord la cause tandis que les contractants font naufrage ?

Car qui peut, sans cynisme, soutenir que *l'ordre public économiciste* actuel est pleinement satisfaisant ? Qui peut, de la même manière, dire que la moralisation des contrats, officialisée au Code civil il y a près de 30 ans, n'a rien à voir avec les dérives contractuelles contemporaines et que le contrat n'est pas l'outil de la concentration des richesses, des déséquilibres salariaux entre hommes et femmes et des détournements intéressés des *big data* ? Vous nous qualifierez d'indécrottables modernes, de féministes opportunistes ou de nostalgiques passéistes des Lumières, soit, mais nous avons en tête les propos de Portalis (qui n'était pourtant pas un grand progressiste révolutionnaire, bien au contraire !) soulignant que les « contrats ordinaires [...] rapprochent les hommes²²⁹ ». Or, aujourd'hui, les contrats divisent bien davantage les parties qu'ils ne les « rapprochent ».

Nous pouvons évidemment affirmer que ces considérations sont de nature de la politique juridique et que le droit des contrats ne sert pas à refaire le monde. Nous arrêtons donc ici, avec le résumé de notre proposition, pleine d'optimisme naïf, nous l'admettons. Nous proposons donc de faire de l'article 1410 CcQ la cause d'une révolution *désaliéniste*²³⁰ en matière du contrat, parce qu'en prenant le

228. B. Latour, *Où atterrir ? Comment s'orienter en politique*, Paris, La Découverte, 2018, p. 30.

229. J.-E.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 282.

230. Le désaliénisme est un courant de pensée révolutionnaire en psychiatrie et psychologie sociale à connotation politique né dans les années 1960 qui, en réaction à une vision carcérale de l'asile psychiatrique, préconise une désaliénation, mieux une *libération*, des malades mentaux par leur réinsertion dans la vie sociale. Des hôpitaux psychiatriques censés guérir le patient et le libérer de son mal étaient alors devenus des centres de

temps de considérer la raison pour laquelle chaque partie justifie et explique sa volonté d'être liée par le contrat, nous oublierons moins que le contrat n'est pas qu'un piège qui soumet, mais que, juridiquement et au sens du Code civil, il est souhaité comme un lien, certes, mais un lien qui libère d'une aliénation contractuelle en voie de généralisation.

1.2 LA CONTRACTUALISATION DE LA SOCIÉTÉ : LE CONTRAT COMME OUTIL D'ALIÉNATION OU DE RAISONNANCE?

1.2.1 LE TEMPS CONTRACTUEL

Remember that time is money.

Benjamin Franklin

Les minutes, mortel folâtre, sont des gangues

Qu'il ne faut pas lâcher sans en extraire l'or!

Charles Baudelaire

Ceci, j'ose le dire, est l'une des tragédies de l'homme moderne : alors qu'il se sent prisonnier d'une course sans fin comme un hamster dans sa roue, sa faim de vie et du monde n'est pas satisfaite, mais de plus en plus frustrée.

Hartmut Rosa

Dans un entretien réalisé en 2007, le regretté professeur Jean Pineau déplorait que le Québec ne procède pas par évolution, mais plutôt par révolution²³¹. Nous craignons, par conséquent, que son repos ne soit troublé par les quelques références que nous ferons ici à divers auteurs qui se réclament des travaux de Karl Marx. Bien que ce 20^e anniversaire du *Code civil du Québec* – à l'origine de ce texte –

rétenition, le privant ainsi de sa liberté et du lien social en perpétuant et en aggravant son aliénation. Le contrat aujourd'hui n'est-il pas devenu cet asile psychiatrique dont il urge de *libérer* les prisonniers contractants? Un peu de psychologie sociale de la part des juristes leur permettrait de répondre à cette question par l'affirmative. En ce sens: « Le désaliénisme n'est pas une théorie, ni une posture de refus et de résistance au changement, mais une attitude de vigilance. Il est l'axe éthique de ces combats. Il est pluriel car l'ennemi est en nous, malades et soignants, comme autour de nous. L'hôpital qui oublie sa fonction d'asile, le thérapeute qui s'enferme dans son supposé savoir, l'infirmier ou l'éducateur qui utilise son mode d'intervention comme pouvoir et violence, le biologiste qui confond sa molécule active avec un soin, le responsable politique qui ne veut aucun désordre social dans sa circonscription, le citoyen qui refuse près de son jardin les mal-fichus, les médias amplifiant la xénophobie et le racisme social, le patient lui-même qui prétend consommer la psychiatrie comme le Mac-Do de la pensée ou de la réparation existentielle. Tout cela produit des suraliénations que les acteurs du soin spécialisé comme les lieux de formation, de débat et d'influence, doivent repérer et atténuer. »: S. Vallon, « Désaliénismes et vigilances », *VST - Vie sociale et traitements*, 2004/3 (n° 83), p. 2.

231. B. Moore, « Dialogues intergénérationnels, Jean Pineau », (2013) *Droit Montréal*, 24-25.

corresponde à ce qui est souvent l'âge de la révolte, notre propos s'avère sans doute un peu trop *révolutionnaire*. Cependant, le professeur Pineau disait également, dans ce même entretien, regretter le peu d'esprit critique qui anime le Québec et notre goût pour la pensée unique. Sur ce point, à tout le moins, nous honorerons sans doute sa mémoire, puisque notre discours s'appuie ici précisément sur la Théorie critique de l'École de Francfort à l'aide des travaux récents du sociologue et philosophe Hartmut Rosa²³².

Voici donc l'idée de cette courte présentation et ce que pourrait être son titre « officieux » : *Le temps contractuel et trois gros mots/maux : totalitarisme, aliénation et schizophrénie ; Réflexions rapides et métaphores²³³ précipitées autour de l'accélération de la vie sociale selon Hartmut Rosa*. Nous avons triché avec la version officielle du titre du colloque ayant donné naissance à ce texte et nous avons camouflé quelque peu les *trois gros maux* ainsi que le lien direct avec l'École de Francfort, sachant que la dite École de Francfort qui avait entre autres pour visée la critique même du marxisme, avec les Horkheimer, Adorno, Benjamin dans un premier temps et pour ne citer que les plus célèbres, puis Habermas, Honneth et aujourd'hui Hartmut Rosa, a été définie comme étant d'un « pessimisme extrême sur le présent », pessimisme extrême animé par « un regard aiguisé par la haine sur ce qui est en place²³⁴ ». Nous pouvons toutefois éviter le ton alarmiste en disant plus sobrement que nous souhaitons aborder ici le *contrat comme outil de vie sociale à parfaire* et opposer cette perspective aux difficultés engendrées par l'accélération de la vie sociale telles qu'exposées par Rosa, ce qui n'est pas sans soulever de nombreuses questions.

Ainsi, par exemple, *l'accélération du temps* est-elle souhaitable en matière contractuelle et l'aliénation qu'elle entraîne est-elle réelle? Dit autrement : a-t-on encore le temps de contracter? Voire, veut-on toujours prendre le temps de contracter? Ce qui nous mène à nos interrogations qui s'inspirent de la première mouture du projet de colloque à l'origine de ce texte : les laissés-pour-compte, ou les oubliés du Code civil. *Oubliés* au sens de *négligés*, de négligence donc, et de ce qui ne devrait pas être. En ce qui a trait à notre sujet, cela peut se traduire ainsi : Est-ce que nous ne sommes pas en train de nous transformer, lentement mais sûrement, en laissés-pour-compte contractuels? Est-ce que le législateur n'a pas échoué à maîtriser l'accélération du temps contractuel? Qui oublie, aujourd'hui, que le temps nécessaire à la formation du contrat, a été *oublié* par le législateur en 1994? Ce dernier savait-il que manque de temps rime avec absence de réflexion chez les contractant.es? La reconnaissance et l'officialisation du contrat dit d'adhésion

232. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012; H. Rosa, *Accélération, Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010.

233. Sur le rôle de la métaphore en droit, voir F. Makela, « Metaphors and Models in Legal Theory », (2011) 52 *C. de D.* 397.

234. R. Wiggershauss, *L'École de Francfort, histoire, développement, signification*, Paris, PUF, 1986, p. IX.

– tardive tout de même, puisqu’il ne s’agissait aucunement d’une nouveauté à la fin des années 1980 –, constituait-elle un geste de politique-juridique franc, ou plutôt une simple mise à niveau plus ou moins moutonnaire²³⁵ des besoins économiques? En ce sens, le droit des contrats modèle-t-il l’économie ou est-il modelé par lui? Et encore, ou enfin : dans un contexte d’accélération des échanges commerciaux, économiques et financiers de tous ordres, en choisissant d’oublier le temps contractuel, le législateur a-t-il oublié le rôle du droit, ou l’a-t-il au contraire *mis à profit*?

En matière contractuelle, et pour reprendre un peu facilement l’expression (galvaudée?) d’un des « pères fondateurs » de l’École de Francfort, en l’occurrence Herbert Marcuse : est-ce que cette mise entre parenthèses du rôle de la volonté dans la formation du contrat, avec l’accent que l’on met aujourd’hui sur ses *effets*, sur son *rôle économique*, voire sur ses rôles politique, administratif, religieux, dans une optique d’encadrement toujours plus a-volontariste – en justifiant ses effets par la puissance législative, économique, administrative, morale –, cette mise à l’écart donc du rôle de la volonté du contractant le plus vulnérable, mise à l’écart du rôle de la volonté qui favorise une compréhension du processus contractuel qui se calque sur le contrat d’adhésion (simple, rapide, efficace, reproduisible), n’est-ce pas, pour les juristes, une forme d’« euphorie dans le malheur²³⁶ »? Ce qui pointe, inévitablement, et toujours dans le champ d’analyse de la Théorie critique, vers la notion d’« aliénation contractuelle ». Nous contractons plus, mais nous le faisons de moins en moins *volontairement*, car nous nous accordons de moins en moins le temps de comprendre et de réfléchir à la teneur de nos multiples engagements.

Des précisions s’imposent sur les intentions de la Théorie critique : il s’agit, selon Hartmut Rosa, de prendre en compte la souffrance humaine au cœur du processus normatif²³⁷. Difficile, on en conviendra, de nier que le contrat soit partie

235. A.-F. Bisson, « Dualité de systèmes et codification civiliste », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 39, p. 43, cité dans B. Moore, « L’offre dans le contrat d’assurance : une divergence qui en appelle une autre », (1998) 32-2 *R.J.T.* 361-441, 441.

236. H. Marcuse, *L’homme unidimensionnel*, Paris, Coll. Points, 1968, p. 33.

237. « Quelles sont les intentions directrices de la Théorie critique? Je voudrais ici suivre la suggestion d’Axel Honneth que l’identification des pathologies sociales est un but primordial, non seulement de la Théorie critique, mais de la philosophie sociale en général. Pour les théoriciens critiques, ces pathologies ne peuvent pas être comprises simplement comme des distorsions fonctionnelles ou des rouages dysfonctionnels de la société qui mettraient en péril la reproduction (matérielle et/ou symbolique) de cette dernière, car cela minerait la possibilité d’une rupture (révolutionnaire) et d’un changement dans la reproduction sociale. Au lieu de cela, les auteurs s’inscrivant dans cette tradition ont toujours été également inspirés par des considérations normatives. Cependant, les normes qui peuvent être appliquées pour juger les institutions et structures sociales ne peuvent pas être considérées d’un point de vue anhistorique et extra-social. Au lieu de cela, c’est (selon loi) la souffrance humaine réelle qui est le point de départ normatif des théoriciens critiques. Ainsi, la base normative est solidement établie dans l’expérience vécue réelle des acteurs sociaux. Cependant, la souffrance n’est pas identique à l’opposition consciente. Il est toujours possible que les acteurs sociaux souffrent sans le savoir clairement : c’est ici qu’interviennent les théories de la *fausse conscience* et les critiques de

prenante de ce processus normatif²³⁸. Soutenons donc ici que comme le contrat est un outil de vie sociale, il s'inscrit directement dans la perspective critique générale de Rosa²³⁹. Et précisons que ce n'est évidemment pas le *temps* qui s'accélère²⁴⁰. Rosa nous rappelle d'ailleurs que la question de l'accélération a toujours été au centre de la modernité :

[...] des auteurs et des penseurs, de Shakespeare à Rousseau et de Marx à Marinetti, mais aussi de Baudelaire à Goethe, Proust ou Thomas Mann, remarquent presque invariablement (toujours avec étonnement, et très souvent avec inquiétude) l'augmentation de la vitesse de la vie sociale et, en fait, la

l'idéologie. Ma proposition, on le verra, de réintroduire une conception de l'aliénation relève de cette tradition. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 68.

238. Et en ce qui concerne le contrat comme tel, dans l'éventualité où un juriste me rétorquerait que ces propos sont dénués de pertinence pour le droit, je me permettrais de citer ici Gounot : « [...] croit-on vraiment que le juriconsulte puisse déterminer les conditions de validité des contrats, édifier la théorie de l'erreur et de la lésion, fixer les limites à la liberté contractuelle et préciser les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, sans se faire une opinion sur le fondement de la force obligatoire des conventions et sur le principe d'autonomie, sans posséder *in petto* une doctrine sur les rapports de la loi et de la volonté privée, de la justice commutative et du commerce juridique, en un mot sans avoir une philosophie du droit ? Seulement, cette théorie n'a pas toujours conscience d'elle-même ; et beaucoup de juristes l'adopte comme M. Jourdain faisait de la prose : sans s'en apercevoir. Or, rien n'est plus dangereux qu'une doctrine qui s'ignore elle-même. Elle tend fatalement à se déposer dans les esprits à l'état d'habitude de plus en plus tyrannique, à devenir un pli du cerveau, une sorte de tempérament intellectuel. Elle se cristallise en ces formules toutes faites, ces brocards admis sans examen, qui ne sont le plus souvent que des résidus simplistes de spéculations et de controverses antérieures, mais qui apparaissent bientôt, parce qu'on en ignore ou qu'on en oublie l'origine et qu'on les redit machinalement, comme aussi inébranlables et aussi évidents que les axiomes mathématiques. », E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 10.
239. « Ainsi, dans ce livre, je veux revenir à la question sans doute la plus importante pour nous autres humains : qu'est-ce qu'une vie bonne – et pourquoi nous fait-elle défaut (car je fais l'hypothèse simple qu'il semble normal de considérer que, jusqu'à présent, la plus grande part de nos vies personnelles et sociales exige d'être changée) ? Comme nous savons tous que la première partie de cette question est presque impossible à donner, je commence avec la seconde partie. En fait, je crois que la dernière partie de la question est au cœur de toutes les versions et générations de la Théorie critique ayant existé jusqu'à ce jour ; elle fut la question d'Adorno, bien sûr, mais elle inspira également Benjamin et Marcuse et aussi, plus récemment, Habermas et Honneth ; et de même elle motiva le jeune Marx dans ses *Manuscrits parisiens*. En écrivant cet essai, je cherche à revigorer la tradition de la Théorie critique. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 7.
240. « Certains observateurs déclarent sans ambages que *tout* semble s'accélérer dans la modernité. Mais il est évident que le *temps* ne peut en aucun sens véritablement accélérer, et tous les processus de la vie sociale n'accélérent pas. Une heure est une heure et une journée est une journée – qu'on ait l'impression qu'elles sont passées vite ou non ; et il est évident que les grossesses, les gripes, les saisons et les temps de l'enseignement n'accélérent pas. De plus, rien n'indique clairement que nous puissions parler au singulier d'un processus d'accélération sociale, alors que tout ce que nous voyons est un ensemble de phénomènes d'accélération qui ne sont peut-être pas en rapport les uns avec les autres, par exemple dans le sport, dans la mode, dans le montage vidéo, dans les transports, dans l'enchaînement des emplois, ainsi que quelques phénomènes de *décélération* ou scléroses sociales. Une dernière difficulté conceptuelle liée à l'accélération sociale réside dans sa relation catégorique à la société elle-même : peut-on parler d'une accélération *de* la société, ou seulement d'une accélération des processus à l'*intérieur* d'un ordre social (plus ou moins stable) ? », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 16.

transformation rapide du monde matériel, social et spirituel. Ce sens de l'accélération du monde autour de nous n'a jamais quitté l'homme moderne²⁴¹.

Si ce sentiment d'accélération n'est pas nouveau, le problème nous dit Rosa, c'est qu'il est doublé aujourd'hui d'une pétrification de la société. Nous n'accélérons plus dans l'optique de l'atteinte d'un idéal à poursuivre comme on le faisait dans la modernité «classique», nous accélérons maintenant sans but²⁴². En droit des contrats, cela se traduirait par une accélération du processus de contractualisation qui se double d'une réduction (paradoxale) du processus «volontariste» et donc d'une réduction de contrats «réels». Autrement dit : plus de contrats en quantité, mais moins de contrats véritablement réfléchis.

Formulé autrement : le contrat serait de moins en moins, voire ne serait plus, ne pourrait plus être normatif car il y a «renoncement à l'ambition d'autonomie individuelle et collective et, par conséquent, au *projet (normatif) de la modernité*²⁴³». Ce qui nous permet de faire ici le constat de l'accélération de la vie sociale et de ses pathologies contractuelles pour ensuite nous attarder aux symptômes de ces pathologies.

Le constat de l'accélération de la vie sociale et de ses pathologies contractuelles

Les athlètes semblent courir et nager de plus en plus vite; les fast-foods, le speed-dating, les siestes éclaircies et les drive-through funerals semblent témoigner de notre détermination à accélérer le rythme de nos actions quotidiennes, les ordinateurs sont de plus en plus rapides, les transports et la communication demandent seulement une fraction du temps nécessaire il y a un siècle, les gens paraissent dormir de moins en moins (des scientifiques ont découvert que la durée moyenne du sommeil a baissé de deux heures depuis le XIX^e siècle et de trente minutes depuis les années 1970), et même nos voisins semblent emménager et déménager de plus en plus fréquemment.

Hartmut Rosa

241. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 14.

242. «Le sentiment de tout observateur que sa propre époque est d'une certaine manière "détraquée", son regard critique repérant presque inévitablement les symptômes d'une "période de crise", n'est certainement pas nouveau, l'histoire culturelle a montré qu'il est constitutif de toutes les tentatives de définir son époque. [...] Ces deux diagnostics de l'époque, celui d'une accélération sociale et celui d'une pétrification de la société, ne semblent contradictoires qu'à première vue. Dans la métaphore parlante de l'"immobilité fulgurante" que nous devons à P. Virilio, les deux perspectives s'assemblent dans le diagnostic d'une posthistoire dans laquelle le *déchainement* de l'histoire événementielle masque à grand peine l'*immobilité* des idées et des «structures profondes»», H. Rosa, *Accélération, Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010, p. 28.

243. H. Rosa, *Accélération, Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010, p. 35.

Selon Rosa, il y a trois formes d'accélération qui se manifestent dans la vie sociale : l'accélération technique, l'accélération du changement social et l'accélération du rythme de vie. Il s'agit de vérifier dans quelle mesure le droit des contrats est ou non affecté par l'une ou l'autre de ces formes d'accélération.

Accélération technique

Il faut comprendre l'accélération technique comme une accélération intentionnelle orientée vers un but. En ce qui nous concerne, il s'agit de la technique contractuelle qui a intégré l'idée *révolutionnaire* du contrat d'adhésion. Soutenons donc que le contrat d'adhésion se présente comme une forme évidente d'accélération technique puisqu'il fait partie de ce que Rosa définit comme les « nouvelles formes d'organisation et d'administration qui sont conçues pour accélérer des opérations [...] »²⁴⁴.

En ce sens, les contrats d'adhésion en assurance et leur publicité « sans tracas, sans question, en trois clics », sont paradigmatiques dans la mesure où le contrat d'assurance demeure très complexe et implique une coopération réelle des deux parties pour le bénéfice du principe toujours essentiel de mutualisation des risques²⁴⁵, et ce, aussi rapide que soit le processus de formation du contrat. De même, le recours croissant à la statistique²⁴⁶ et la tendance de plus en plus forte à consulter la cote de crédit des assurés pour évaluer le risque (et faciliter le calcul de la prime) s'inscrit dans une optique d'accélération technique. Tout cela contribue à diminuer le rôle du cocontractant qu'est le preneur lors de la proposition d'assurance. La discussion entre assureur et assuré est ainsi remplacée par un simple branchement à des bases de données où sont fichés les assurés et il est désormais raisonnable d'imaginer le jour où les seules questions posées par l'assureur à l'assuré au moment de la négociation du contrat seront les options souhaitées, le numéro de permis de conduire, la date de naissance et l'autorisation à consulter telle ou telle banque de données. De même pour les progrès de la télématique : pour l'instant uniquement disponibles en assurances de dommages automobile, mais bientôt, sans doute, pour l'assurance habitation – la domotique domestique étant une réalité – avec une forme de « boîte noire » qui enregistrerait nos habitudes de vie à la maison. Voire en assurance de personnes alors qu'avant longtemps il nous faudra établir s'il est acceptable qu'une version quelconque de puce électronique soit implantée chez l'assuré pour cumuler les données sur son hygiène de vie : consommation d'alcool, de gras saturé, manque de sommeil, activités physique, taux de stress. Après tout,

244. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 18.

245. Sur la question du rôle essentiel de la mutualisation en assurances, voir A. Bélanger et J. Manekeng Tawali, « Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance », (2009) 39(2) *R.G.D.*, 8-38.

246. Voir J.-H. Smith-Lacroix et A. Bélanger, « Le droit, la statistique et l'assurance », (2012) 46(1) *R.J.T.*, 99-129.

François Ewald nous enseigne qu'aux yeux des assureurs notre corps est un capital dont nous avons la gestion à titre d'assuré²⁴⁷. En conduisant moins rapidement, il y a enregistrement et analyse automatique des données et la conductrice paiera moins de prime d'assurance automobile. Corollairement, en mangeant chaque jour un yaourt sans gras plutôt que de la crème glacée, on contribue de ce fait à la réduction de son taux de cholestérol, et on représente un meilleur *risque* (ainsi qu'un meilleur contractant) à assurer et le preneur est *heureux* de payer moins. Or, un tel recours à la technologie de la télématique, qui n'a de cesse de se développer, écarte l'implication réelle (au sens d'une véritable volonté libre, éclairée, réfléchie) du preneur d'assurance : non seulement il n'a pas à craindre la complexité intrinsèque du contrat et les questions du représentant d'assurance, mais il peut se départir de ses obligations d'information et s'en remettre à la technologie. Plus simple, plus rapide, plus efficace et surtout, plus *juste* nous dit-on. Ainsi, le contrat d'adhésion et notre manière de contracter frénétiquement participent de cette accélération et constituent l'un des résultats de cette transformation importante de la vie en société :

Les effets de l'accélération technique sur la réalité sociale sont sans aucun doute énormes. En particulier, ils ont complètement transformé le « régime spatio-temporel » de la société, c'est-à-dire la perception et l'organisation de l'espace et du temps dans la vie sociale²⁴⁸.

Autrement dit, des contrats qui se spécialisent et se complexifient, alors que l'on cherche à rendre l'*adhésion* des contractants de plus en plus simple. Ceci, dans un phénomène d'accélération du changement social.

Accélération du changement social

Sans surprise, dans un tel contexte d'accélération²⁴⁹, la théorie contractuelle peine à suivre. D'où, en partie certainement, les *crises* du contrat dont on a tant

247. « [Les] risques, jusqu'alors pensés exogènes, deviennent endogènes : c'est ainsi qu'en matière de santé le paradigme génétique conduit chacun à devenir gestionnaire de son capital de santé, ce qui signifie que, d'une certaine manière, chacun devient coresponsable de la survenance de maladies dont il pourrait avoir à souffrir. », F. Ewald, « Interview », (1999) 40 *Risques*, p. 12.

248. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 19.

249. « C'est seulement pendant ces durées de stabilité relative que nous pouvons faire appel à nos expériences passées pour orienter nos actions et tirer des conclusions du passé en ce qui concerne l'avenir. C'est seulement pendant ces laps de temps que nous trouvons quelques certitudes sur nos attentes, pour nous orienter et pour évaluer notre environnement. En d'autres termes, l'accélération sociale est définie par une augmentation de la vitesse de déclin de la fiabilité des expériences et des attentes et par la compression des durées définies comme le "présent". Nous pouvons bien sûr appliquer cette unité de mesure de la stabilité et du changement aux institutions et pratiques sociales et culturelles de toutes sortes : le présent se contracte dans les dimensions politique aussi bien que professionnelle, technique aussi bien qu'esthétique, normative aussi bien que scientifique ou cognitive, c'est-à-dire d'un point de vue culturel aussi bien que structurel », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 22.

parlé²⁵⁰, d'abord en 1968 et annoncée par Battifol²⁵¹, puis la *nouvelle crise* du contrat décrite au début du XXI^e siècle²⁵².

Il y a donc sur-spécialisation contractuelle et cela est mis en évidence par la désuétude rapide de ces mêmes champs de spécialisations pour les juristes. Au sens large, le contrat – tout comme l'économie et la finance – est défini de plus en plus comme étant un outil de gestion. Davantage de contrats paraissent ainsi nécessaires à l'amélioration du processus de gestion, mais des contrats qui s'appliquent pour des périodes moins longues. À moins que ce ne soit l'inverse : des périodes contractuelles moins longues justement pour mieux gérer ? Sans compter qu'un individu perd désormais le compte du nombre de contrats liés à la vie courante (famille, loisir, santé, travail). Était-il seulement possible, en 1994, que le *Code civil* prenne en compte ce phénomène d'accélération du rythme contractuel autrement qu'en reconnaissant l'existence du contrat de consommation à l'article 1378 CcQ ?

Accélération du rythme de vie

L'accélération du rythme de vie se manifeste sur les changements de rythme de *gestion* de nos existences à l'aide du contrat. Les contrats intergénérationnels qui permettent de prendre en compte les impacts sur notre descendance sont maintenant rares. Ils sont devenus générationnels (mais aujourd'hui, à titre d'exemple, même un contrat de travail permanent est une forme d'utopie), puis intragénérationnels alors que nous établissons désormais des périodes contractuelles pour des laps de temps de plus en plus courts – sur le plan professionnel avec des changements d'emploi fréquent, ou familial avec l'éclatement de la notion même de famille – ce qui a inévitablement un impact sur le rôle du contrat, qui n'a plus à être pensé pour une durée aussi importante²⁵³.

250. « Les crises précédentes tenaient à l'exiguïté dogmatique des définitions du contrat assises sur le principe de l'autonomie de la volonté, subissant un siècle durant l'assaut de pratiques sociales porteuses de nouveaux langages juridiques (celui des rapports de travail, de la concurrence, des droits fondamentaux, etc.) incapables de s'établir sur une base aussi étroite. La crise actuelle tient, à l'inverse, à l'étonnante largesse des diverses conceptualisations du contrat en usage dans la pratique et à l'imbroglio sémantique qui en découle, un peu comme si, victime de son succès récent, la notion de contrat subissait le destin de ces gros concepts normatifs et mous qui – à l'instar de la "propriété", de la "représentation" ou de la "démocratie" – finissent par ne plus rien vouloir dire. », G. Lewkowick et M. Xifaras, « *Repenser le contrat, Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles* », dans G. Lewkowick et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, 1-7, 3.

251. H. Battifol, « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) 13 *Arch. phil. Droit*, 13-30.

252. C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.

253. « Pour le moment, je veux suggérer que le changement, dans ces deux domaines – la famille et le travail – a accéléré pour passer d'un rythme *intergénérationnel* au début de l'ère moderne à un rythme *générationnel* dans la "modernité classique", puis à un rythme *intragénérationnel* dans la modernité tardive. Ainsi, la structure familiale idéal-typique de la société agraire avait tendance à rester stable pendant des siècles, le turn-over générationnel laissant intacte la structure de base. Dans la modernité classique (grossièrement entre 1850 et 1970), cette structure était construite pour durer pendant une génération : elle était organisée autour d'un

Or, le contrat a déjà changé. Le contrat d'adhésion est la norme et c'est son rythme qui change: nous contractons toujours davantage et ce de plus en plus rapidement à l'aide des *shrink-wrap*, *click-wrap*, *browse-wrap contracts* qui ne sont que les fruits de l'adoption du contrat d'adhésion²⁵⁴. Le droit des contrats participe à une forme de « compression du présent²⁵⁵ ». Un paradoxe apparaît alors: contracter se fait certes plus rapidement, mais nous avons moins de temps pour le faire. Moins de temps pour aller signer un contrat à la banque ou chez la notaire; moins de temps pour discuter et négocier plutôt que de procéder « en un seul clic ». Nos contrats se concluent plus rapidement, mais ils sont beaucoup plus nombreux dans nos vies. Se pose ainsi la question de savoir si le contrat d'adhésion se situe en amont ou en aval de l'accélération du rythme de vie et de la « famine temporelle » qu'elle entraîne²⁵⁶ ?

couple et tendait à se disperser après sa mort. Dans la modernité tardive, il y a une tendance croissante des cycles de vie familiaux à durer moins longtemps que la vie d'un individu: l'augmentation du taux des divorces et des remariages en est la preuve la plus évidente. De façon similaire, dans le monde du travail, dans les sociétés prémodernes et des débuts de l'ère moderne, le métier du père était légué au fils – encore une fois, potentiellement pendant plusieurs générations. Dans la modernité classique, les structures professionnelles avaient tendance à changer avec les générations: les fils (puis, plus tard, les filles aussi) étaient libres de choisir leur propre profession, mais ils ne choisissaient généralement qu'une fois, c'est-à-dire pour la durée de leur vie. En revanche, dans la modernité tardive, la durée de l'emploi rétrécit; les métiers changent à un rythme plus élevé que les générations.», H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 24.

254. « Alors que les phénomènes de la première catégorie [i.e. accélération technique] peuvent être décrits comme des processus d'accélération à l'intérieur de la société, les phénomènes de cette deuxième catégorie pourraient être considérés comme des accélérations de la société elle-même. L'idée sous-jacente est que les rythmes des changements sont eux-mêmes en train de changer. Ainsi, on dit que les attitudes et les valeurs autant que les modes et styles de vie, les relations et obligations sociales autant que les groupes, les classes ou les milieux, les langages sociaux autant que les formes de pratique et les habitudes changent à des rythmes en constante augmentation. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 20.
255. « Par conséquent, je suggère que, pour développer une sociologie systématique de l'accélération sociale, nous utilisons le concept de "compression du présent" (*Gegenwatschrimpfung*) afin d'avoir un repère pour mesurer empiriquement les vitesses de changement. Ce concept fut développé par le philosophe Hermann Lübbe, qui postule que les sociétés occidentales sont continuellement soumises à une *compression du présent* par suite de l'accélération des vitesses de l'innovation culturelle et sociale. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 21.
256. « La facette la plus oppressante et étonnante de l'accélération sociale est peut-être la spectaculaire et épidémique "famine temporelle" des sociétés modernes (occidentales). Dans la modernité, les acteurs sociaux ressentent de manière croissante qu'ils manquent de temps et qu'ils l'épuisent. C'est comme si le temps était perçu comme une matière première consommable telle que le pétrole et qu'il deviendrait, par conséquent, de plus en plus rare et cher. Cette perception du temps est au cœur d'un troisième type d'accélération dans les sociétés occidentales qui n'est pas impliqué, ni logiquement ni de manière causale, par les deux premiers. Au contraire, au moins de prime abord, cette "famine temporelle" paraît totalement paradoxale en ce qui concerne l'accélération technique. Cette troisième catégorie est l'*accélération du rythme de la vie (sociale)*, qui a été postulée sans relâche pendant la modernité (par exemple par Georg Simmel ou, plus récemment, par Robert Levine). Elle peut être définie comme l'*augmentation du nombre d'épisodes d'action ou d'expérience par unité de temps*, c'est-à-dire qu'elle est la conséquence du désir ou du besoin ressenti de *faire plus de choses en moins de temps*. En tant que telle, elle est le point d'attention central du débat sur l'accélération culturelle et sur le besoin

Crise du contrat donc ou plutôt crise du temps? Nous proposerons, en nous appuyant sur la démonstration de Rosa, crise du contrat *car* crise du temps²⁵⁷. Et qu'en est-il dans pareil contexte du volontarisme contractuel? Les contractants peuvent-ils encore exprimer une volonté libre et éclairée dans cette course permanente? Est-ce que l'acte de contracter est encore, ne serait-ce que potentiellement, aujourd'hui, un acte *réfléchi*?

Les symptômes des pathologies contractuelles - L'aliénation en droit des contrats

Selon Rosa, nous devons parler de *totalitarisme de l'accélération*. Faut-il (oser?) aller encore plus loin et parler d'une *nouvelle morale contractuelle* au service du totalitarisme et de l'aliénation²⁵⁸? Dans la mesure où le contrat est au cœur de la vie sociale, le droit ne peut ignorer la question de l'accélération. Rosa souligne ainsi que : « [...] les forces de l'accélération, bien qu'elles soient non articulées et complètement dépolitisées, au point de sembler être des données naturelles, exercent une pression uniforme sur les sujets modernes qui revient en quelque sorte à un totalitarisme de l'accélération²⁵⁹ ». Ce totalitarisme de l'accélération de la vie sociale est défini en quatre points²⁶⁰. Il y a totalitarisme parce que l'accélération de la vie sociale : 1- exerce une pression sur la volonté et les actions des sujets ; 2- affecte tous les sujets, on ne peut lui échapper ; 3- est omniprésente, son influence s'étendant à tous ses aspects de la vie sociale (donc également juridique et contractuel) ; 4- est imperméable à la critique et est presque impossible à combattre.

En d'autres mots, dans ce contexte, le droit démocratique perd de son emprise sur nos existences individuelles. Sans doute allons-nous trop loin et trop vite (c'est

présupposé de décélération.», H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 25.

257. « Les complexes effets conjugués de ces trois formes d'accélération, comme j'espère le montrer, explique qu'au lieu du rêve utopique d'un temps abondant, les sociétés occidentales sont confrontées à une pénurie de temps, une véritable *crise du temps*, qui met en question les formes et les possibilités d'organisation individuelles et politiques; une crise du temps qui a mené à la perception largement répandue d'un *temps de crise*, dans lequel, paradoxalement, se répand le sentiment que, derrière la transformation dynamique permanente des structures sociales, matérielles et culturelles, de la "société de l'accélération", se cacherait en réalité un immobilisme structurel et culturel profond, une pétrification de l'histoire, dans laquelle plus rien d'*essentiel* ne changerait, quelle que soit la rapidité des changements en surface. Face à cette situation, de nouveaux modèles d'identité, de nouveaux arrangements sociopolitiques, adaptés aux nouvelles structures temporelles, sont parfaitement pensables – mais au prix, c'est la thèse de ce livre, du renoncement aux convictions éthiques et politiques les plus profondes de la modernité, au prix de l'abandon (et de l'échec par conséquent) du "projet de la modernité" », H. Rosa, *Accélération, Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010, p. 12.

258. Selon Rosa « le concept central d'aliénation demeure flou et philosophiquement sous-développé ». En ce sens, son « dessin était de démontrer la possibilité d'une réintroduction du concept d'aliénation dans la Théorie critique contemporaine. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 137.

259. *Ibid.*, p. 57.

260. *Ibid.*, p. 84.

l'une de nos métaphores précipitées), mais nous irions jusqu'à établir un parallèle entre État démocratique et contrat de gré à gré d'un côté – à titre de microcosme selon Demogue²⁶¹ –, avec la *perte de temps* qui découle des discussions et négociations que cela implique et, de l'autre côté, l'État totalitaire et le contrat d'adhésion (ou type), qui cherchent à *contourner* l'aspect chronophage fondamental de toute relation contractuelle²⁶². La prise en compte d'une forme de totalitarisme juridico-temporel n'est pas gratuite ici puisqu'elle contribue à l'aliénation des contractants dans la mesure où, « dans sa forme présente, "totalitaire", l'accélération sociale mène à des formes d'aliénation sociale sévères, et observables empiriquement, qui peuvent être vues comme le principal obstacle à la réalisation de la conception moderne d'une "vie bonne" dans la société moderne tardive²⁶³ ».

Cette accélération *totalitaire* de la vie sociale découle de trois causes principales : 1- le moteur social qu'est la compétition ; 2- le moteur culturel de la promesse d'éternité ; 3- le cycle de l'accélération lui-même qui se répète toujours plus rapidement.

Le moteur social : la compétition. Cette compétition, cette concurrence de tous les instants, présente en tous les domaines, est devenue un élément culturel en soi, qui déborde l'économie et qui, en ce sens, influe directement sur le contrat. Le contrat n'est pas tel qu'il est uniquement parce qu'il sert l'économie. Il en est ainsi puisque, à titre de juristes, nous l'inscrivons avec une (trop ?) grande docilité dans cette culture de concurrence. Le contrat étant au cœur de la vie sociale, il ne peut, de ce fait, que participer à cette logique concurrentielle²⁶⁴. Cette compétition

261. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, 1923 – 1931, tome 6, chap. 1, p. 9.

262. « La planification et le calcul consomment plus de temps lorsque les conditions du milieu deviennent moins stables. Ainsi, les mêmes conditions qui accélèrent les changements sociaux, culturels et économiques *ralentissent* la formation de la volonté et la prise de décision démocratique, ce qui mène à une nette désynchronisation entre la politique, d'une part, et la vie et l'évolution socioéconomiques, d'autre part. Aujourd'hui, la politique n'est donc plus perçue comme la force donnant le rythme du changement social et de l'évolution sociale. Bien au contraire, la politique « progressiste – si le terme garde encore le moindre sens en 2010 – est aujourd'hui caractérisée par la volonté politique de ralentir les transactions et développements technologiques et économiques afin d'établir ou de conserver un peu de contrôle politique sur la direction et le rythme de la société (par exemple à travers des instruments comme la taxe Tobin). En revanche, les "conservateurs" libéraux optent de nos jours pour une accélération des processus socioéconomiques et technologiques par la réduction du contrôle politique. Nous trouvons, dans cette inversion du marqueur temporel de la politique entre *progressiste* et *conservateur*, une illustration claire de la désynchronisation entre la politique et les sphères techno-économiques de la société, et donc du fait que l'idée d'organisation politique s'est transformée, passant d'un instrument de dynamisation sociale, au début de la modernité classique, à un obstacle, ou à une nuisance, empêchant d'accélérer encore plus, dans les conditions de la modernité tardive. En conséquence de quoi le projet néolibéral des deux décennies entourant l'an 2000 a en fait poursuivi la politique d'accélération de la société (et en particulier le flux de capitaux) en réduisant ou même en éradiquant le contrôle ou l'organisation politiques – à travers des mesures de dérégulation, de privatisation et de juridification. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 96.

263. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 9.

264. « Cependant, dans la société moderne, le principe de la concurrence (ou de la compétition) excède largement la sphère économique (orientée vers la croissance). En fait, c'est le mode dominant de distribution dans à

est omniprésente dans toutes les sphères de la vie sociales²⁶⁵ et elle explique en partie le besoin de tout contrôler par contrat, que ce soit notre vie de couple avec le contrat de vie commune, notre relation médecin-patient, ou encore les projets politiques. Somme toute, ce phénomène maintenant bien connu de contractualisation²⁶⁶. Nous voulons contrôler le « risque » car c'est un moyen de tenter de rester concurrentiels dans toutes les sphères de notre vie. Dans un contexte socio-juridique où existe la concurrence pour la concurrence et où nous en venons à contracter pour contracter²⁶⁷, par obligation et automatisme social, la négociation contractuelle devient l'exception²⁶⁸ et le volontarisme un trope, tel que nous le rappelle Marie-Claude Prémont²⁶⁹.

peu près toutes les sphères de la vie sociale et par conséquent un principe central de la modernité, comme l'a montré Talcott Parsons.», H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 35.

265. « Historiquement, la compétition militaire et politique entre les États-nations, dans le système westphalien établi après 1648, peut être vue comme une cause majeure de l'accélération des innovations techniques, économiques, structurelles et scientifiques en Europe. De plus, du point de vue des individus, il existe une lutte concurrentielle incessante pour les concours de l'enseignement et les emplois, les revenus, les biens de consommation ostentatoires, la réussite des enfants, mais aussi, et de manière plus importante, pour obtenir et garder un conjoint et un certain nombre d'amis. Ce n'est pas un hasard si les petites annonces de rencontres des journaux sont placées au même niveau que les sections dédiées au marché automobile, à celui de l'emploi et à celui de l'immobilier. Et nous savons tous que nous pouvons facilement perdre notre "compétitivité" dans la lutte pour les liens sociaux : si nous ne nous montrons pas assez gentils et intéressants, distrayants et beaux, nos amis et même les membres de notre famille en arriveront vite à ne plus nous appeler. De manière plus évidente, sur des sites Web tels que Facebook, Myspace, Twitter ou Hot or Not, sur lesquels les gens comptent leurs amis et sont jugés en termes d'attrait (physique) par leurs photos, cette lutte sociale concurrentielle prend des formes assez bizarres dans la modernité tardive. Ainsi, la "position" qu'un individu occupe dans la société moderne n'est pas prédéterminée par la naissance, et elle n'est pas non plus stable pendant le cours d'une vie (adulte), mais bien plutôt en cours d'une négociation concurrentielle permanente. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 36.
266. Voir par exemple Hennebel, L. et G. Lewkowick, « La contractualisation des droits de l'homme, De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », dans G. Lewkowick et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, 221-244.
267. « La logique sociale de la compétition est telle que les concurrents doivent investir une énergie accrue pour rester compétitifs, jusqu'au point où cet effort n'est plus un moyen de mener une vie autonome en fonction de buts autodéfinis, mais le seul but général de la vie, tant sociale qu'individuelle. [...] Ainsi, selon moi, la logique de la compétition (ou de la concurrence) n'est pas la seule, mais elle est la principale force motrice de l'accélération sociale », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 37.
268. « Les modèles capitalistes de distribution sont donc devenus plus ou moins inaccessibles ou imperméables aux revendications de justice : alors qu'il est extrêmement difficile d'évaluer les arguments pour ou contre certains modèles de distribution, ces modèles sont tout simplement construits et reconstruits à une vitesse désarmante par le flux des courants socioéconomiques. Je n'ai pas le temps, la place ou le courage pour poursuivre ici en profondeur, mais il me semble évident que quiconque partage l'inquiétude fondamentale de Habermas à propos des conditions de communication, et les considère comme le point de départ de la Théorie critique, doit sérieusement prêter attention aux structures temporelles de ces conditions », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 77.
269. M.-C. Prémont, *Tropismes du droit : logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Thémis, 2003.

Le moteur culturel : la promesse de l'éternité

En ce qui a trait au deuxième moteur de l'accélération, soit la promesse d'éternité, Rosa explique :

Dans la société moderne séculaire, l'accélération sert d'équivalent fonctionnel à la promesse (religieuse) de *vie éternelle*. [...] Cette idée ne suppose plus l'existence d'une « vie supérieure » après la mort ; elle consiste plutôt en la réalisation d'autant d'options que possible [...]. *Goûter la vie dans toutes ses dimensions, toutes ses profondeurs et dans sa totale complexité* devient une aspiration centrale de l'homme moderne. Mais le monde a malheureusement plus à offrir que ce qui peut être vécu au cours d'une seule vie. *L'accélération du rythme de vie* apparaît par conséquent comme une solution naturelle à ce problème : si nous vivons « deux fois plus vite », si nous prenons seulement la moitié du temps pour réaliser une action, atteindre un but ou vivre une expérience, nous pouvons doubler la « somme » des expériences vécues [...] pendant la durée de notre vie²⁷⁰.

Autrement dit, et selon la grille d'analyse de Rosa, nous en sommes à sur-contracter pour nous donner l'impression de mieux *remplir* notre existence de mortel. Mais c'est évidemment un échec, voire l'une « des tragédies de l'homme moderne²⁷¹ » : les techniques mêmes qui nous permettent de gagner du temps ont démultiplié le nombre d'options. Résultat : moins de temps nécessaire à la conclusion des contrats, qui de ce fait augmentent en nombre, entraînant ainsi la perte du temps nécessaire à leur conclusion réfléchie.

Le cycle de l'accélération

Quant au cycle de l'accélération, le contrat se présente comme l'un de ses *lubrifiants* : le cycle accélère tout seul puisque nous contractons pour demeurer concurrentiels et pour tenter de combler nos existences :

Dans la modernité tardive, l'accélération sociale s'est transformée en un système autopropulsé qui n'a même plus besoin de la moindre force motrice externe. Les trois catégories identifiées ci-dessus – accélération technique, accélération du changement social et accélération du rythme de vie – en sont venues à s'emboîter en un système de *feedback* qui s'anime tout seul sans relâche²⁷².

270. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 39.

271. *Ibid.*, p. 40.

272. *Idem.*

Dans ce contexte, le contrat contemporain implique plus de vitesse pour engendrer davantage de contrats, le tout, sans fin percevable. Le *click-contract* ouvre ainsi la voie à de nouveaux modes d'interactions juridique et sociale, voire, selon Rosa, à de nouvelles formes d'identité sociale²⁷³. Le droit des contrats n'est-il que l'une des roues pour les hamsters que nous sommes, à l'intérieur de la cage du Code civil? À moins que notre contribution à titre de juriste consiste à trouver un moyen de nous échapper de cette roue²⁷⁴? Ce qui engendre à nouveau d'autres interrogations: Est-ce que le rôle des juristes est de contribuer à cette accélération sans fin en permettant la création d'outils contractuels de plus en plus efficaces sur le plan temporel? Dit autrement: est-ce que cette accélération contractuelle est inévitable?

Une aliénation des contractants *inévitable* ?

Plusieurs des éléments critiques soulevés par Rosa sont pertinents pour l'analyse du droit des contrats. Par exemple, le contrat d'adhésion s'inscrit directement dans une logique d'acquisition plutôt que d'appropriation, ce qui nous mène à une confusion entre consommation et acquisition. Ce droit des contrats qui est le nôtre, en ne nous donnant plus le temps de réfléchir à la pertinence de notre consentement, nous entraîne toujours davantage vers un droit de l'acquisition. Nous ne *consommons* plus, nous n'en avons plus le temps, nous acquérons des biens pour les accumuler. Nous n'envisageons pas ici le plaisir du collectionneur, car le collectionneur prend le temps de contempler sa collection²⁷⁵. Nous accumulons pour éventuellement devoir plus banalement jeter ou recycler. Au regard de l'offre de services, le phénomène est encore plus pernicieux. Si les contrats sont conclus aussi rapidement qu'en matière de vente de biens, la question de savoir si nous avons vraiment le *choix* s'impose face à notre dépendance aux divers services

273. «On voit aisément comment et pourquoi l'accélération technique est susceptible d'aller de pair avec l'accélération du changement social, sous la forme d'un changement des structures et modèles sociaux, des orientations et des évaluations de l'action», H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 41.

274. «Les gens se sentent ainsi contraints de suivre le rythme rapide du changement auquel ils sont confrontés dans leur monde social et technologique, afin d'éviter de manquer des options et connexions potentiellement valables (*Anschlussmöglichkeiten*) et de garder leurs chances dans la compétition. Ce problème est aggravé par le fait que, dans un monde en constant changement, il devient difficile de déterminer *quelles* options finiront par se révéler valables. Le changement social accéléré mènera donc à son tour à un "rythme de vie" accéléré. Et, finalement, de nouvelles formes d'accélération technique seront nécessaires pour accélérer les processus de la vie productive et quotidienne. Ainsi, le "cycle de l'accélération" est devenu un système fermé et auto-propulsé.», H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 43.

275. Voir par exemple W. Benjamin, *Je déballe ma bibliothèque*, Paris, Rivages/Poche, 2000.

technologiques (téléphonie, information, divertissement²⁷⁶, internet, administration) qu'une vie *normale* nous impose²⁷⁷.

Précisons qu'il ne s'agit pas de critiquer le contrat d'adhésion en lui-même, mais bien son utilisation généralisée à laquelle nous sommes asservis tant à titre de juristes (sur le plan théorique) que de contractants (en ce qui a trait à la pratique du droit). Une utilisation généralisée, tant théorique que pratique, qui se présente ni plus ni moins que comme un « mal nécessaire » ou à tout le moins inévitable, et qui nous mène à une quintuple aliénation : par rapport à l'espace, aux choses, à nos actions, au temps et aux autres. Par rapport à l'espace, puisque la mobilité est aujourd'hui le mot d'ordre et qu'il n'y a plus d'attachement aux lieux où nous vivons²⁷⁸. Par rapport aux choses, puisque nous changeons si vite notre environnement matériel, nous changeons si rapidement les biens de notre existence, que nous restons « non-investis » par rapport à nos propres biens, de telle sorte que « nous évoluons et nous travaillons dans des environnements qui nous demeurent étrangers²⁷⁹ ». Par rapport à nos actions, dans la mesure où la surcharge d'information est à l'origine même de notre sentiment d'aliénation²⁸⁰. Qui peut prendre le temps aujourd'hui de lire *tous* ses contrats avant de s'engager ? Les auteurs qui se sont intéressés à l'évolution des contrats électroniques n'ont d'ailleurs pas manqué de le souligner : non seulement trop d'information tue l'information, mais on ajoute trop d'informations au contrat en sachant que cela décourage la lecture du contractant et l'incite à s'engager plus rapidement²⁸¹. Aliénation par rapport au temps, également, puisque nos contrats se concluent dans l'urgence pour mieux être ensuite

276. E. Levé, *Particules 14*, avril-mai 06.

277. « Ce par rapport à quoi nous sommes aliénés par les diktats de la vitesse, je l'ai dit, n'est pas notre être intérieur immuable ou inaltérable, mais notre capacité à nous approprier le monde. S'il est vrai, par exemple, qu'en tant que citoyens-consommateurs de la modernité tardive, nous essayons de compenser le déficit d'appropriation par une acquisition de plus en plus effrénée et une confusion entre consommation et acquisition, alors nous avons peut-être la base non paternaliste et non perfectionniste d'une critique contemporaine de l'aliénation et des faux besoins. Non pas que le théoricien social sache mystérieusement ce que sont "nos" vrais besoins, mais c'est le sujet-consommateur lui-même qui montre des formes d'insatisfaction et de compensation pouvant être analysées, entre autres, par une introspection attentive. De plus, une telle critique de l'aliénation causée par le rapport au temps ne présuppose pas l'idéal trompeur d'une subjectivité libre de toutes tensions, de tous conflits et de toutes séparations intrinsèques. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 137.

278. « [...] comme Paul Virilio et beaucoup d'autres l'ont observé, à l'âge de la mondialisation numérique, la proximité sociale et la proximité physique sont de plus en plus séparées : ceux qui sont proches de nous socialement n'ont plus besoin d'être proches de nous physiquement, et *vice versa*. [...] Tout cela n'implique pas nécessairement l'"aliénation pas rapport à l'espace", mais cela la rend possible. [...] Ainsi, L'accélération sociale crée une plus grande mobilité et un plus grand désengagement de l'espace physique, mais elle accentue aussi notre aliénation par rapport à l'environnement physique ou matériel. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 115.

279. *Ibid.*, p. 120.

280. *Ibid.*, p. 121.

281. À titre d'exemple, voir *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570 (CanLII), par 39, de même que C. Bouchard et M. Lacoursière, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne »,

oubliés. Le processus est aussi rapide qu'est ténue la *trace* laissée en mémoire²⁸². Et enfin, aliénation par rapport à soi et aux autres : trop de mobilité, trop de changements rapides de biens, trop d'information à assimiler trop rapidement pour comprendre pleinement le sens et la portée de nos actions, trop d'expériences pour trop peu de temps : le résultat est l'impossibilité de *s'attacher*, aux biens comme aux personnes. En somme, « l'être de la modernité tardive rencontre tant d'autres personnes (dans le trafic, au téléphone, par courriels, etc.) en si peu de temps qu'il est complètement "saturé". Il en résulte qu'il devient structurellement improbable que nous "établissions une relation" avec autrui. [...] Ces dernières relations prennent du temps à se construire et engendrent de la douleur lorsqu'elles se dissolvent – deux choses problématiques dans un monde où les rencontres changent rapidement²⁸³ ».

Dans ce contexte d'aliénation, il s'agit donc de mettre l'accent non pas sur ce que le droit *est*, mais bien sur ce que le droit *permet d'être*²⁸⁴. Or, il y a tout un monde, disons humaniste, à investir pour les théoriciens du contrat entre le « *There is no such thing as society* » d'une Margareth Thatcher et le « Contrat comme microcosme social » d'un René Demogue et cela, aux côtés du large champ investi par la *Loi sur la protection du consommateur* et son idéalisme technocratique décrit par Jean-Guy Belley²⁸⁵. Toutefois, ce *monde à investir* a peut-être été trop rapidement comblé par le *nouveau moralisme contractuel* et ses avatars que sont la bonne foi, la justice contractuelle, la gouvernance, la loyauté, dans la mesure où ces outils ne

(2003) 33 R.G.D. 373 ; V. Gautrais, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2004) 106 *Revue du Notariat*, 617.

282. « [...] Ainsi, comme Benjamin l'avait prédit, nous devenons de plus en plus riches d'épisodes d'expérience, mais de plus en plus pauvres en expériences vécues. Il en résulte que le temps semble "se consumer par les deux bouts" : il passe vite et il disparaît de la mémoire. Ceci pourrait même être en fait l'explication centrale de notre sens de la vitesse rapide du temps dans la modernité tardive. Comme avec nos actions et nos marchandises, ce qui se passe ici est un manque d'"appropriation du temps", nous échouons à faire du temps de nos expériences "notre" temps : les épisodes d'expérience, et le temps qui leur est alloué, restent pour nous étrangers. Un manque d'appropriation de nos propres actions et de nos propres expériences, cependant, ne peut que mener à des formes plus – plutôt que moins – sévères d'*autoaliénation*. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 132.
283. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 132.
284. « La voie la plus prometteuse pour une version contemporaine de la Théorie critique réside dans un examen critique des pratiques sociales à la lumière des conceptions de la vie bonne que s'en font les acteurs sociaux eux-mêmes. Ainsi, ma conviction (qui dérive dans une large mesure des travaux du philosophe canadien Charles Taylor) est que les sujets humains, dans leurs actions et leurs décisions, sont toujours guidés par une conception (consciente et réflexive ou implicite et inarticulée) de la *vie bonne*. Nous ne pouvons fonctionner en tant qu'acteurs humains que si nous avons une idée de là où nous devons aller et de ce qui constitue une vie bonne et riche de sens. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 69.
285. J.-G. Belley, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans P.-C. Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, p. 121-147.

peuvent guère que pallier les conséquences de cette accélération et ne sont, par le fait même, que l'expression de l'aliénation des contractants.

Ainsi, bien que l'objet du contrat soit de permettre à l'individu de prendre le contrôle du temps (aujourd'hui nous disons qu'il est un « outil de gestion »), le contrat d'adhésion a inversé le processus socio-juridique: c'est l'accélération du temps qui prend le contrôle des individus par le biais du contrat d'adhésion et ce, en raison de l'aliénation qui découle de sa prolifération *non-voulue*: nous n'avons plus le choix, c'est ainsi, nous n'y pouvons rien²⁸⁶. Cependant, un constat demeure: le législateur n'a pu éviter de faire du temps contractuel un *oublié* en 1994²⁸⁷.

Terminons avec notre troisième *gros mot* et une dernière interrogation: Le *Code civil du Québec* encourage-t-il une forme de schizophrénie contractuelle? Le psychiatre Ronald D. Laing énonce que: « [...] la schizophrénie est une conséquence possible d'une difficulté anormale d'être une personne "totale" avec l'autre, c'est-à-dire de se sentir soi-même dans le monde²⁸⁸ ». Est-ce à dire que nous faisons face à une forme plus ou moins aiguë de schizophrénie contractuelle? Cet adhérent passif qui clique sur la case apparaissant à l'écran ou qui se contente, par manque de temps ou en raison d'une certaine pression sociale, de signer en automate le document qui lui est présenté, est-il toujours et vraiment une personne pour le droit des contrats? Le contrat n'aurait-il pas une signification juridique plus substantielle si chaque consommateur, assuré, caution, franchisé, employeur, mandataire ou commerçant avait le temps de se « sentir soi-même dans le monde » avant de s'engager juridiquement? Autrement dit, peut-on être *sain d'esprit* lorsqu'on fait volontairement ce que l'on n'a pas réellement l'intention de faire? Ce qui nous mène au lien fort entre schizophrénie selon Laing et aliénation selon Rosa qui écrit qu'il y a aliénation « chaque fois que nous faisons "volontairement" ce que nous ne

286. « Les études de N. Elias, comme celles de M. Foucault semblent donc indiquer que la "société disciplinaire" moderne déploie essentiellement sa puissance disciplinaire et incitative par la mise en place de l'incorporation de structures temporelles; et, de fait, les institutions disciplinaires – les prisons, les écoles, les casernes, les hôpitaux et les ateliers de production – se distinguent avant tout par leur stricte régulation du temps. Cependant, le processus d'assimilation et de médiation entre perspectives et modèles temporels systémiques et individuels – par conséquent entre les exigences des structures sociales et les dispositions individuelles – ne se limite pas à des contextes institutionnels spécifiques, mais s'accomplit en permanence dans tous les registres de la vie et dans tous les champs de la société. », H. Rosa, *Accélération, Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010, p. 21.

287. « Logiquement, il n'y a aucune autre issue à cette évolution que le sacrifice de toutes les énergies individuelles et politiques à la machine de l'accélération, symbolisée par la roue du hamster de la compétition socio-économique. Cela, bien sûr, est équivalent à l'hétéronomie totale, à l'inversion absolue de la promesse de la modernité. », H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 111.

288. R.D. Laing, *Le moi divisé*, Paris, Stock, 1979, p. 18-19. Pour un développement plus substantiel de la question, voir A. Bélanger, *Théorisations sur le droit des contrats, Propositions exploratoires*, Coll. Diké, Québec, PUL, 2014, p. 107-114.

*voulons pas vraiment faire*²⁸⁹ ». En somme, le tableau que nous brossons tous généralement, *par la force des choses*, lorsque nous contractons sans négocier pour nos frais bancaires, pour le service de plus en plus essentiel qu'est internet, ou encore au regard de nos multiples contrats d'assurance.

En ce sens, le *Rapport Catala*, qui portait sur la réforme à venir du droit français des obligations, rapport produit à la suite des travaux ayant mené à l'adoption du *Code civil du Québec*, soulignait que « [l']extrême importance pratique du contrat d'adhésion et du contrat cadre exigeait que leur définition soit élaborée²⁹⁰ ». L'importance dont il est question ici doit-elle être entendue au sens de *ce que nous souhaitons* ou plutôt de *ce qui est*? Certains se souviennent sans doute de ce qui était *souhaité* au Québec par les rédacteurs de *L'Avant-projet de Loi sur le droit des obligations* en matière de contrat. L'article 1443 de cet *Avant-projet*, à l'origine de l'actuel article 1399 CcQ qui énonce que les consentements doivent être libres et éclairés, prévoyait quant à lui une exigence supplémentaire: le consentement devait non seulement être libre et éclairé, mais également *réfléchi*. Or, en 1989, alors qu'il commentait cet article 1443, le professeur Pineau a formulé ce commentaire troublant: « L'exigence de la réflexion – la réflexion fait peur – fut massivement bannie par ceux qui se présentèrent devant la Commission parlementaire et il y a tout lieu de penser que le qualificatif sautera²⁹¹ ».

Elle a bel et bien *sauté* cette exigence de réflexion chez les contractants. Toutefois, à titre d'acheteurs compulsifs de produits et de services, trouvons-nous encore, de toute manière, le temps de nous en plaindre?

Ne souhaitant pas conclure sur de tels propos (aliénation, schizophrénie en passant par le totalitarisme) qui peuvent avoir une connotation dramatique, nous nous permettons un petit encouragement: si la situation juridique en matière de contrat est désespérée, elle ne peut par conséquent que nous remplir d'espoir²⁹². Ainsi, comme l'avenir du contrat est pour ainsi dire *désespérément ouvert*, que le contrat est certes source de droits, mais également et surtout source d'obligations, et qu'à ce titre il faut souhaiter ne pas *oublier* que la *volonté* de nous engager demeure

289. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 113.

290. P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, p. 27.

291. J. Pineau, « La réforme du droit des obligations. Les grands objectifs et les lignes de force de la réforme », (1989) 30 *C. de D.* 587-597, 591.

292. « Vous ne direz pas que je surestime le présent, et si pourtant je n'en désespère pas, c'est uniquement parce que sa situation désespérée me remplit d'espoir », Correspondance de Karl Marx à Arnold Ruge, mars 1843. Accessible en ligne : <https://funambule.org/lectures/social-%C3%A9conomie-politique/Marx-Engels/1843%20%20Marx%20C3%A0%20Arnold%20Ruge%20-%20correspondance%20-%20.pdf>

fondamentale, faisons la suggestion suivante : prenons le temps de réfléchir... mais dépêchons-nous de le faire²⁹³ ?

1.2.2 LE CONTRAT CONTEMPORAIN ET LA RÉSONANCE CHEZ HARTMUT ROSA

Les propos qui précèdent soulèvent plusieurs interrogations. Nous en retiendrons trois : La volonté est-elle toujours vraiment partie prenante au processus contractuel ? ; La volonté de l'une des parties, peut-elle, au sens du droit, supplanter celle de l'autre ? ; Peut-il y avoir contrat sans volonté ou sommes-nous dans un *ailleurs juridique* qui ne serait plus contractuel ?

Ces trois questions qui, nous le reconnaissons sans peine sont très théoriques, demeurent néanmoins fondamentales, puisqu'elles reprennent ni plus ni moins le texte des articles 1378, 1385 et 1399 du *Code civil du Québec*, et nous mènent à un grand malaise juridique qui est un peu l'éléphant contractuel dans le prétoire. Les juristes savent fort bien que le contrat ne se justifie plus vraiment par une *rencontre de volontés*, mais nous nous efforçons malgré tout de faire comme si... Le grand défi serait donc d'établir s'il faut accorder une signification quelconque au fait que l'exception qu'est le contrat par adhésion (art. 1379 du CcQ) supprime très largement la règle du contrat de gré à gré. La question peut paraître très scolaire, mais il semble qu'elle acquiert une perspective quelque peu dramatique lorsque l'on s'attarde à l'étymologie du terme « gré » : « Gré à gré », selon le sanscrit signifie « ce que l'on désire » et en latin « ce qui plaît ». Est-ce à dire que lorsque l'entente n'est plus de gré à gré, que lorsqu'elle est par adhésion, comme dans la majeure partie de nos engagements, nous nous obligeons pour ce qui ne nous plaît pas ?

En fait, la question n'est même plus la distinction entre ce qui serait par adhésion et de gré à gré (distinction qui date par ailleurs de plus d'un siècle), car la définition du contrat par adhésion implique à la base (excusez-nous d'y revenir), toujours une rencontre de volontés : il devrait, sur le plan de la *technique juridique* – n'est-ce vraiment que cela ? – y avoir une volonté *libre et éclairée* d'adhérer à des termes imposés certes, mais qui sont compris et assumés par l'adhérent (autrement il n'y a pas de volonté éclairée). Et ce qui nous interpelle ici, c'est ce glissement d'une absence à une autre, d'un éloignement des parties à une forme d'insouciance de l'adhérent²⁹⁴. Il y a donc une forme d'automatisation du processus contractuel

293. Difficile de résister à la tentation de faire ici un clin d'œil au *Spectre de Marx* de Derrida, en paraphrasant la phrase qui clôt sa conférence : J. Derrida, *L'Université sans condition*, Paris, Galilée, 2001, p. 79 : « Prenez votre temps mais dépêchez-vous de la faire, car vous ne savez pas ce qui vous attend ».

294. En ce sens : « Un appel à l'intelligence humaine dans un domaine où elle est de plus en plus délaissée : dans les années 1960, on adhérait à un contrat *après* l'avoir lu ; à partir des années 1980 on adhérait sans le lire ; au début 2000 on adhérait sans même pouvoir le lire (avec les *shrink contracts* par exemple) ; en 2010 on laissait les programmes informatiques contracter à notre place, et aujourd'hui voilà que nous rêvons d'algorithmes établissant ce qui est souhaitable pour nous au plan contractuel », dans A. Bélanger et E. Fokou, « La

qui nous pousse à être lié par de plus en plus d'obligations juridiques avec de moins en moins d'intervention de la volonté. Et tout cela, par le truchement de ce que nous ne manquons pas pour autant de qualifier de *contrat*. Sur le plan du droit privé, ce constat s'appuie et se dynamise sur la contractualisation de la vie sociale et une tendance de plus en plus marquée à une efficacité contractuelle tant pour les personnes physiques que morales. Nous entendons par « efficacité contractuelle » non pas le fait de contracter plus rapidement et à distance, mais de sauter des étapes dans le processus défini par le droit, ce qui découle par ailleurs de cette rapidité et de cette distanciation contractuelle. Nous « devons » contracter, toujours plus et toujours plus rapidement, idéalement en un clic, sans chercher à rencontrer – voire simplement tenter de personnifier – notre cocontractant.

Ici, un détour vers la notion de *résonance* développée par Hartmut Rosa nous semble opportun. Selon Rosa, la résonance²⁹⁵ se présente comme une solution au constat d'accélération de la vie sociale²⁹⁶, qui elle-même engendre l'aliénation, comme il l'a démontré dans ses travaux depuis une dizaine d'années. En inscrivant la résonance dans une *sociologie de la relation au monde*, Rosa la définit²⁹⁷ comme une interaction qui vise l'assimilation du monde plutôt que sa domination²⁹⁸. Cela implique une *indisponibilité* des individus – une *autonomie contractuelle* en ce qui nous concerne –, par opposition à une recherche de *mise à disposition* des individus²⁹⁹

cause et la volonté des parties au contrat : par-delà l'ordre public, une révolution ? », dans A. Tellier-Marcil, S. Chaffai-Parent, M.-A. Picotte et al. (dir.), *Les prochains défis de la pensée civiliste : les conceptions classiques soumises à l'épreuve du temps*, Montréal, Thémis, 2020, p. 53, à la page 66.

295. Ce que Rosa présente comme une « forme renouvelée de la Théorie critique », H. Rosa, *Résonance, Une sociologie de la relation au monde*, Paris, La Découverte, 2018, p. 24.

296. Solution qui n'a par ailleurs rien à voir avec une recherche de *décélération* – le ralentissement étant de l'ordre de la nostalgie. Il faudrait plutôt parler de *société de postcroissance*, ce qui n'implique aucunement le rejet des avantages de l'accélération, dans la mesure où cette dernière n'est pas une fin en elle-même (ce que Rosa nomme la *stabilisation dynamique*). En ce sens : « La "société de postcroissance" désigne une formation sociale qui a dépassé le mode de stabilisation dynamique, lequel est à tout moment en mesure de croître, d'accélérer ou d'innover afin de transformer le *statu quo* en un sens souhaité (par exemple en vue de remédier à telle pénurie ou à tel problème), mais qui n'est pas contrainte (ou condamnée) à s'accroître afin de maintenir son *statu quo* institutionnel et assurer sa reproduction culturelle », dans H. Rosa, *Résonance, Une sociologie de la relation au monde*, Paris, La Découverte, 2018, p. 503.

297. Il insiste toutefois sur l'impossibilité d'une définition *complète* sur le plan théorique : « Peut-être l'indisponibilité foncière de la résonance implique-t-elle aussi qu'on ne peut jamais la saisir complètement sur le plan théorique. Ce concept s'assèche ou nous échappe dès que l'on essaie de le fixer philosophiquement. Mais parce que la résonance décrit aussi la réalité d'une expérience immédiate, son concept exerce malgré tout une force de fascination singulière. Les éléments de résonance et les expériences d'aliénation forment les deux pôles et les deux sources motrices de notre être-au-monde quotidien. Nous vivons tous des expériences de résonance, nous savons ou du moins pressentons ce que veut dire être dans un mode de résonance dispositionnelle », dans H. Rosa, *Résonance, Une sociologie de la relation au monde*, Paris, La Découverte, 2018, p. 526.

298. *Id.*, p. 21.

299. *Id.*, p. 506 : « La science et la technique, l'économie et la politique, la justice et l'administration, je l'ai montré, reposent en tant que telles et quant à leur succès sur l'institutionnalisation de relations muettes au monde ; elles établissent une formation sociale dont la spécificité et le secret de la réussite tiennent à une capacité de mise à disposition intellectuelle et instrumentale du monde sans précédent ».

(par l'entremise, ici aussi, du contrat, ne serait-ce que de manière indirecte). Ce constat, généralement accepté de l'accélération de la vie sociale, que nous pouvons illustrer avec le terme de la *stabilité dynamique* : c'est l'image d'une roue de hamster dans laquelle nous devons constamment accélérer sous peine de perdre l'équilibre, ce qui se refléterait, en gros, sur le plan socioéconomique, par l'idée de la nécessité de la production pour la production, non pas pour « progresser » d'une quelconque façon, mais pour éviter d'être déclassé³⁰⁰. En allant à l'essentiel, nous pourrions préciser que la résonance, en tant que théorie sociologique, traite des conditions sociales qui favorisent ou entravent les relations. Fondamentalement, l'approche de Rosa est une « sociologie de la relation résonnante au monde », ce qui est évidemment très vaste, mais qui a l'avantage d'inclure nécessairement la relation contractuelle.

Dernières précisions théoriques : selon Rosa, la résonance peut se décrire selon trois axes fondamentaux, à savoir horizontal, vertical et diagonal. Les résonances horizontales ont lieu entre deux (ou plusieurs) personnes, dans le contexte des relations amoureuses ou familiales, de l'amitié ou de l'espace politique au sens large. Les axes de résonance diagonale quant à eux sont les relations aux choses et aux activités, tandis que les axes de résonance verticale sont des relations d'ampleur plus générale, à la nature, l'art, l'histoire ou la religion. Le contrat rejoint évidemment l'axe horizontal, et c'est par rapport à ce dernier que notre réflexion se développe. La résonance est donc l'envers d'une *relation sans relation*³⁰¹. En matière de droit des contrats, le parallèle avec la multiplication des *relations contractuelles* imposées, non maîtrisées et, en fin de compte, généralement aliénantes, semble évident.

Pour illustrer le changement de paradigme qui semble s'opérer en matière de contrat de droit civil – ce phénomène de *distançiation* entre les parties –, nous voudrions concentrer notre propos sur trois images fortes lorsqu'associées au contrat, images qu'utilise Rosa pour définir la résonance : réciprocité au sens de l'altérité (et non comme une idée limitée de justice commutative) ; indisponibilité ; assimilation. Rosa définit la résonance comme « le fait d'entrer en réciprocité avec le monde³⁰² », et précise que la résonance suppose une rencontre avec une altérité. Pour des juristes, dans la mesure où le contrat est par définition un acte bilatéral, cette idée de « réciprocité » nécessaire devrait parler d'elle-même. On pourrait d'ailleurs étendre cette idée *d'entrer en réciprocité avec le monde* à la totalité du code civil qui, là aussi, par définition, implique quelque chose comme une forme généralisable de réciprocité. Face à cette aliénation progressive, entre autres via le contrat, Rosa définit la

300. Rosa n'a été ni le seul ni le premier à se pencher sur ce constat d'accélération de la vie sociale (Paul Virilio en urbanisme ou l'Hypothèse de la Reine Rouge du biologiste Leigh Van Halen vont *grosso modo* dans le même sens).

301. H. Rosa, *Résonance. Une sociologie de la relation au monde*, Paris, La Découverte, 2018, p. 211.

302. H. Rosa, *Remède à l'accélération. Impressions d'un voyage en Chine et autres textes sur la résonance*, Paris, Philosophie Magazine Éditeur, 2018, p. 75.

résonance comme une *relation avec un monde indisponible*. Cela suppose une part d'*indisponibilité* des individus – disons une *autonomie contractuelle* qui sous-entend inévitablement, même dans la perspective individualiste contemporaine, un rapport à l'autre; le contrat impliquant toujours deux parties – par opposition à une recherche de *mise à disposition* des individus (par le truchement, ici aussi, du contrat). Il nous semble que cette idée d'*indisponibilité* essentielle (à la vie bonne) souligne bien une difficulté importante par rapport à la multiplication des contrats. En ce sens, cette part d'*indisponibilité* nous permet de porter un regard neuf sur cette absence contractuelle en vertu de laquelle on s'engage certes volontairement par contrat (parce que nous sommes toujours *disponibles*, voire *surdisponibles* à le faire), mais à faire ce que nous ne voulons pas vraiment faire (surendettement, surassurances, consentir à une surdisponibilité personnelle via la transmission de nos données, ou encore ancrer le fonctionnement de notre entreprise dans une dimension dictée par les exigences du capitalisme actionnarial, sans que cela ne corresponde pleinement à nos visées entrepreneuriales)³⁰³. Cela nous mène à l'idée de domination contractuelle.

Rosa définit aussi la résonance comme une interaction qui vise *l'assimilation du monde plutôt que sa domination*. Il nous semble que dans la mesure où le contrat est de plus en plus utilisé comme un outil de stratégie de gestion des contractants, il est davantage question de domination à l'aide du contrat que d'assimilation d'une « rencontre de volontés ». Ainsi, en matière de contrat, dans un contexte où les contractants sont de plus en plus perçus les uns pour les autres comme des risques à gérer à distance ou des bassins de données à *algorithmer*, le recours à la résonance est fécond comme potentiel de réflexion. Il ne faut donc pas simplement soulever et critiquer l'accélération contractuelle, mais vérifier si cette solution à l'accélération de la vie sociale (et contractuelle) qu'est la résonance peut s'ajouter à notre bagage théorique de juristes, nous permettant de mieux comprendre le contrat contemporain. C'est en ce sens que la résonance peut être d'une certaine utilité, en ce qu'elle met en exergue le contrat à titre de relation obligationnelle qui peine désormais à trouver une justification juridique. Pour aller à l'essentiel, nous dirons que la résonance en matière de contrat représente l'antiphantasme du contrat automatisé et hyper efficient de ce qu'on appelle des *smart*³⁰⁴ *contracts* généralisables, *smart*

303. Voir H. Rosa, *Rendre le monde indisponible*, Paris, La Découverte, 2020, p. 117, où Rosa établit un lien entre « marchandisation et judiciarisation » du monde.

304. Nous utilisons cette terminologie à défaut d'avoir un meilleur terme à proposer qui fasse consensus. Nous sommes toutefois d'avis qu'il serait opportun d'avoir un débat sur la façon dont nous appelons ces néologismes. Le fait de qualifier les téléphones, les contrats ou les télévisions d'intelligent (*smart*), bref tout ce qui procède de « l'intelligence » artificielle, est problématique à plusieurs égards. Premièrement, le terme en lui-même porte en son sein un écran de respectabilité qui teinte d'emblée toute l'analyse du phénomène qui suivra. Deuxièmement, corolaire de notre premier commentaire, l'appellation crée un défi supplémentaire à toute personne critique envers ces créations : si elles sont intelligentes (*smart*), toute critique est nécessairement à

contracts qui concernent certes uniquement l'exécution des obligations contractuelles, mais qui, lorsque couplés au processus d'adhésion contractuelle lui-même de plus en plus automatisé, tend à faire des contractants des parties muettes, figées, absentes par rapport au processus. Certains soutiennent même que la *block chain* à la base des *smart contracts* permet de remplacer la confiance, confiance qui selon Cornu serait l'âme du contrat³⁰⁵.

En ce qui a trait à la théorie du contrat, l'avantage d'une prise en compte de la résonance est d'être assez vaste pour englober les discours – ou une bonne part de ceux-ci – développés depuis une trentaine d'années (équité, moralité contractuelle, solidarisme, théorie relationnelle, théorie du don, fraternité contractuelle, linguistique, analyse critique du discours...), tout en donnant un meilleur fondement argumentatif à ces derniers, souvent taxés, à tort ou à raison, d'idéologiques. La résonance implique aussi et surtout une part de friction, d'indisponibilité et d'opposition, ce qui sous-entend, et là est l'essentiel par rapport à notre manière contemporaine de contracter, une écoute, un échange intellectuel et une assimilation. Nous ne sommes pas loin de l'idée du bon vieux marchandage, et c'est justement ce qu'une approche contractuelle automatisée tend par ailleurs à éviter : pas de confrontation, mais une « adhésion » béate, si ce n'est inconsciente, une recherche d'adhésion fluide³⁰⁶. Une absence, au sens où nous le proposons, en d'autres termes.

De manière plus sommaire, dans une perspective normative et concrète, les travaux de Rosa sur la résonance nous permettent de poursuivre trois objectifs principaux : 1- arrimer le contrat aux règles juridiques qui permettent sa création et qui se basent toujours sur le volontarisme ; 2- améliorer la cohérence et l'adéquation aux besoins d'une majorité individus ; 3- favoriser l'appropriation et la maîtrise de l'outil contractuel par toutes les parties. Autrement dit, parer au glissement de l'absentéisme des contractants³⁰⁷. Nous tentons donc de cerner dans quelle mesure il y a un paradoxe – ne serait-ce que juridique – dans le fait que le contrat à titre d'outil libéral paradigmatique se développe tant sur le plan quantitatif (avec la contractualisation) que qualitatif (avec la généralisation des contrats par

priori abruti. Enfin, les partisans des *smart contracts* les opposent aux contrats préparés par l'humain ; avon-nous besoin d'en ajouter ?

305. Voir V. L. Benabou et M. Chagny (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2018.

306. « Liquide » dirait sans doute le sociologue Zygmunt Bauman. Voir Z. Bauman, *La vie liquide*, Paris, Fayard/Pluriel, 2006.

307. H. Rosa, « Dynamic Stabilization, the Triple A. Approach to the Good Life, and the Resonance Conception », dans *Questions de communication* [Online], p. 437, à la page 450, <https://journals.openedition.org/questionsdecommunication/11228?lang=en> : « [R]esonance is not an echo: it does not mean to hear oneself amplified or to simply feel re-assured, but it involves encounter with some real "other" that remains beyond our control, that speaks in its own voice or key different from ours and therefore remains "alien" to us. Even more than this, this "other" needs to be experienced as a source of "strong evaluation" in the sense of Charles Taylor ».

adhésion, types et imposés) dans une perspective «totalitariste³⁰⁸», selon l'analyse de Rosa relative à l'accélération de la vie sociale (et contractuelle). Or, cette forme contractuelle paradoxale qui s'avère somme toute *antilibérale*³⁰⁹ engendre des questionnements qui doivent déborder le seul plan de l'inégalité des parties (ce que tente de circonscrire et d'atténuer la *Loi sur la protection du consommateur*³¹⁰, par exemple). L'inégalité en matière de contrat n'est pas en elle-même le problème, et prétendre la combattre sans considérer d'abord l'aliénation³¹¹ systématique de l'un des contractants est un leurre théorique – si ce n'est rhétorique – permettant de poursuivre dans la voie de la domination sous le couvert d'une implication illusoire de la volonté des deux parties.

En ce sens, la volonté, en s'effaçant du processus contractuel, tend à faire des individus citoyens chers au projet moderne dont le code civil est l'un des fruits, des «dividuels» selon l'expression de Deleuze, des données, des marchés, des banques d'informations à exploiter³¹². Puisque le contrat est une entité juridique importante, et bien que cela s'inscrive dans un ordre juridique libéral en déroute – par l'entremise de l'accélération, et dont cette dernière en est l'illustration –, il est pertinent de le recentrer sur sa signification volontariste première. Deux citations de civilistes d'envergure permettent d'illustrer le malaise contractuel contemporain. D'abord, Portalis qui soulignait que les «contrats ordinaires [...] rapprochent les hommes³¹³». Or, aujourd'hui, les contrats divisent bien davantage les parties qu'ils ne les «rapprochent». Pour preuve, la nécessité de moraliser le contrat (bonne foi) et la complexité rédactionnelle croissante qui dénote une perte de confiance entre les parties ou une forme de volonté de domination plutôt que d'assimilation. De même, selon Paul-André Crépeau, «[l]e droit des obligations, c'est [...] la vie de tous les jours mise en équation juridique³¹⁴». Aujourd'hui, si la vie quotidienne est mise en équation juridique par l'entremise du contrat, il semble que l'emprise sur

308. H. Rosa, *Aliénation et accélération, Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, p. 9-10.

309. Rosa précise bien que la société de postcroissance à l'intérieur de laquelle s'inscrit la résonance «reste fidèle au projet normatif de la modernité, au sens où elle ne peut se comprendre que comme libérale, démocratique et pluraliste», dans H. Rosa, *Résonance, Une sociologie de la relation au monde*, Paris, La Découverte, 2018, p. 503.

310. RLRQ, c. P-40.1.

311. À titre d'exemple, l'injustice à laquelle réfère le juge Gascon dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46 serait-elle moins *saisissable* que celle de l'aliénation des parties? Selon Rosa : «Comme Axel Honneth a essayé de le montrer [dans *La société du mépris*], ce qui est au cœur de cette tradition, c'est le soupçon qu'il puisse exister une pathologie (sociale) affectant, au-delà des simples rapports de répartition, le rapport social au monde dans son ensemble, pathologie qui se laisse mieux saisir par le concept d'aliénation que par celui d'injustice», dans H. Rosa, *Résonance, Une sociologie de la relation au monde*, Paris, La Découverte, 2018, p. 35.

312. G. Deleuze, *Pourparlers. 1972-1990*, Paris, Éd. de Minuit, 1990.

313. J.-E.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 282.

314. P.-A. Crépeau, «La fonction du droit des obligations», (1998) 43 *Revue de Droit de McGill* 729, 732.

la vie de tous les jours d'une majorité de citoyens soit très relative. Force est de constater que le contrat serait désormais une relation sans relation, une suite de processus de plus en plus automatisés qui n'impliquent plus rien (d'humanisant?), des relations muettes qui meublent de plus en plus « la vie de tous les jours ». Loin de favoriser un rapprochement (ou une confiance) entre les parties, le contrat incite désormais à une franche méfiance, dans une optique de protection réciproque. Chaque contractant est un risque pour l'autre, risque qu'il faut circonscrire, évaluer, limiter, et face auquel il faut se protéger. À l'inverse, aborder le contrat juridique de droit privé à titre d'*obligation civique* en droit civil et positif (ce qui revient à la qualification du volontarisme contractuel), et assumer son rôle de structure juridique première d'une recherche de réponse à savoir si la *vie bonne* est une « possibilité du présent » contractuel, paraît nécessaire dans un contexte de développement de liens de plus en plus a-volontaristes et impersonnels. Un décalage s'opère ainsi entre la raison d'être juridique du contrat (Portalis / Crépeau) et l'imposition généralisée d'un trope contractuel³¹⁵.

Faut-il se surprendre du décalage entre le discours doctrinal et la réalité contractuelle étant donné que la bonne foi et la moralité contractuelle du *Code civil du Québec* – comme désormais du droit français – ne sont pas celles des individus contractants, puisqu'elles véhiculent d'abord la représentation des intérêts de la minorité rédactionnelle des contrats? Les décisions en la matière (hors des instances des petites créances) mettent rarement de l'avant le contractant lambda et les décisions de principe se rapportent plutôt aux corporations et entités patrimoniales de grande ampleur. Il y a ainsi détournement des règles juridiques du contrat au profit d'une minorité en position de domination socioéconomique. Ce détournement s'inscrit non seulement dans les normes elles-mêmes, mais également dans les instances où sont tranchés les litiges. Par exemple, Roderick A. Macdonald et son équipe avaient mené une étude empirique des dossiers à la Cour des petites

315. À ce titre, l'effet de « généralisation » de l'arrêt *Churchill Falls* précitée de la Cour suprême du Canada ne s'est pas fait attendre de la part des grands cabinets: Fasken: « Sans remettre en question la place fondamentale qu'occupe la bonne foi, la CSC a refusé l'invitation d'étendre sa portée pour en faire un mécanisme de justice distributive qui équivaldrait à incorporer les concepts de lésion entre majeurs et d'imprévision, alors que le législateur québécois a fait le choix de les exclure du droit civil des contrats. Ce faisant, la CSC a privilégié les principes de la force obligatoire du contrat, du consensualisme et de la stabilité contractuelle qui permettent d'assurer un certain niveau de prévisibilité aux rapports contractuels. [...] Alors que certains n'y verront qu'une réaffirmation du *statu quo* eu égard aux principes entourant la bonne foi au Québec, d'autres y verront peut-être un changement de paradigme privilégiant la stabilité des contrats face à l'interventionnisme judiciaire fondé sur des considérations d'équité et de justice contractuelle », <https://www.fasken.com/fr/knowledgehub/2018/11/van-churchill-falls-labrador-corp-v-hydro-quebec>; Lavery: « Cet arrêt apporte un éclairage fort utile sur l'interaction entre la bonne foi et le contenu ou l'économie du contrat. Fermant la porte à l'application générale de la théorie de l'imprévision, la Cour a plutôt favorisé la force obligatoire du contrat et la stabilité contractuelle », <https://www.lavery.ca/fr/publications/nos-publications/3150-churchill-falls-labrador-corp-c-hydro-quebec-la-cour-supreme-tranche-interaction-entre-bonne-foi-et-economie-du-contrat.html>.

créances de Montréal afin de vérifier si les aspirations de démocratisation à la base de la création de cette division avaient porté leurs fruits. Or, les résultats sont à la fois troublants et préoccupants :

Le profil des causes devant cette Cour n'était pas radicalement différent du profil des causes devant les instances judiciaires plus formelles. En d'autres termes, la structure de la Cour n'avait pas d'effet d'incitation sur certains types de demande. Le profil socio-démographique des demandeurs ne reflétait pas le profil de la population en général; les demandeurs furent disproportionnellement des hommes, francophones, blancs, citoyens canadiens, québécois dits de souche, professionnels, bien instruits, avec un revenu annuel largement supérieur à la moyenne, et âgés de 35 à 55 ans. Pas moins du sixième de ces demandeurs étaient des avocats poursuivant leurs clients pour honoraires impayés³¹⁶!

La moralité contractuelle ambiante est-elle une source du problème, une forme d'opium contractuel des adhérents? Simone Weil écrivait : « Prendre pour règle de la morale publique une notion impossible à définir et à concevoir, c'est donner passage à toute espèce de tyrannie³¹⁷ ». Dit autrement, cette moralité contractuelle qui circonscrit notre rapport au profit en matière de contrat fait-elle de la prescription déguisée³¹⁸? Dans un tel contexte, la résonance permet de rediriger le contrat vers l'ensemble des individus, plutôt qu'entre les mains d'une caste politico-économique dominante. Elle pointe vers les dérives d'une seule perspective économique en soulignant les couches multiples du processus: non seulement économiques, mais linguistiques, anthropologiques, psychologiques, sociales et juridiques. Ainsi, dans cette optique de simple (mais combien complexe!) tentative de compréhension de ce que signifie aujourd'hui contracter, nous oserions (à tort?) parler d'une résonance au service d'un contrat certes généralement conclu à distance, mais malgré tout pleinement citoyen, ou, à tout le moins, d'une simple *relation* contractuelle.

Un recours argumentatif à une forme de résonance contractuelle peut-il faciliter la maîtrise du processus aliénant de l'engagement a-volontariste qui s'impose aujourd'hui? Ce qui nous mène à une autre interrogation: Le contrat peut-il (doit-il?) exister autrement que dans sa forme précipitée dans ce contexte d'accélération de la vie sociale (à l'aide des contrats par adhésion, types, non négociés, a-volontaristes, automatisés)? Une telle question est-elle seulement pertinente? Trop normative? Le rôle du juriste est-il de se limiter à une perspective technique?

316. R. A. Macdonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 135, 147.

317. S. Weil, *La Personne et le sacré*, Paris, Allia, 2018, p. 9.

318. Notre estimé collègue Bjarne Melkevik dirait sans doute que nous succombons au vice contemporain des juristes qui est de vouloir *gouverner*, mais dans l'état actuel du droit des contrats, nous le présenterions plus modestement comme une forme de contre-pouvoir, ce qui quelque part revient au même, probablement.

Nous posons très sérieusement la question, n'étant absolument pas convaincus de la pertinence *juridique* de notre démarche.

Il n'en demeure toutefois pas moins que dans une perspective de contrat axé sur l'efficacité instrumentale, de relation contractuelle *sans relation*, de rapport contractuel dont la portée échappe à une grande majorité des contractants, dans une perspective de perte de maîtrise du contrat *par une surutilisation* in absentia *du contrat*, il est possible de parler d'aliénation contractuelle et, à n'en point douter, la généralisation d'une telle perspective génère une distanciation importante par rapport aux fondamentaux contractuels du droit civil dont nous avons fait état plus tôt. L'utilisation généralisée du contrat sans relation véritable, sans réflexion, sans volonté, sans résonance et, pour résumer, par *absence* de l'adhérent se multiplie dans toutes les sphères de l'activité sociale. Alors que cet archétype de liberté devient, c'est bien le comble du paradoxe, un outil libéricide, la résonance peut nous servir de guide réflexif. Elle n'est pas une grille juridique au sens strict, elle n'est même pas un outil d'analyse pour le contrat, mais un simple angle de réflexion, un point d'entrée, théorique certes, sur le potentiel que porte en son sein le contrat au sens d'outil civique, à titre de produit du code civil.

Référent ainsi aux travaux de Rosa sur la résonance n'a pas pour but d'apporter une nouvelle solution toute faite au droit des contrats. Tout comme il est réducteur de se limiter à une seule approche (que ce soit l'analyse économique du droit, l'utile et juste, le solidarisme, peu importe), le contrat de droit civil étant un fait social complexe, il serait tout aussi limitatif de considérer que la résonance en matière de contrat serait la panacée à tous les maux. Le recours à la résonance permet uniquement de prendre du recul par rapport à notre discours juridique qui tend à se replier sur lui-même et à trop se distancier de la réalité contractuelle (ou de la façon dont se forme la majorité des liens contractuels aujourd'hui). Au mieux, avec la prise en compte de bien d'autres considérations (économiques, certes, mais aussi historiques, psychologiques, linguistiques, anthropologiques), cela pourrait mener à une réflexion liminaire visant éventuellement une reformulation de la doctrine contractuelle de droit civil et, qui sait, peut-être contribuer à rapprocher les parties au sein du processus contractuel de manière à vivifier ce dernier. Et ce, quelle qu'en soit la conception qu'en auront les juristes.

2. Conceptions contractuelles et panorama théorique

Un tel essai de délimitation des concepts est toujours plus ou moins arbitraire, car la réalité du droit, comme celle de la nature, est continue, et les différentes formes passent insensiblement d'un type à l'autre. C'est le cas aussi lorsqu'on veut délimiter exactement le concept de convention.

Hans Kelsen¹

Panorama, au sens d'étude donnant un tableau complet, une vue d'ensemble d'un sujet, d'une question, mais dans une optique évidemment *introductive*. Par conséquent, l'exercice tiendra de la synthèse, soit une opération consistant à rassembler des éléments de connaissance sur le sujet qui nous occupe et à donner une vue générale, une idée d'ensemble de ce sujet. C'est donc un tableau dressé à grands traits, imparfait *a priori*, mais qui devrait tout de même permettre de mieux saisir l'institution fondamentale qu'est le contrat en droit civil². Et comme toute institution dont « la définition appartient aux données acquises en droit civil³ », son omniprésence tend souvent à nous faire perdre de vue les méandres intellectuels qui ont mené à son élaboration, puis à son application, ce qui implique de multiples modifications, consolidations, fragilisations et parfois mises en péril⁴. Sans oublier, que le « contrat, en tant que forme juridique, n'est pas historiquement innocent⁵ ». Si un objectif doit être accolé à ce texte, c'est de mettre en évidence la complexité que nous oublions souvent d'associer à ce terme de *contrat* plus usuel que jamais dans nos existences⁶. Comme l'indiquait à juste titre Durkheim :

-
1. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », (1940) 1-4, *Arch. Phil. Droit*, 33-76, 75.
 2. Car encore faut-il préciser de *quel* contrat *juridique* je traite ici : celui de droit québécois, d'influence européen-continentale. Voir R. Sacco, *Anthropologie juridique, Apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2008, p. 228. En ce qui a trait à la *common law*, le lecteur consultera avec bonheur S. A. Smith, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Library, 2004.
 3. Ch. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat? », dans Ch. Jamin (dir), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, 3-19, p. 5.
 4. Bien qu'en fin d'analyse, je partage les propos suivants : « Nous pensons qu'il est néanmoins possible de ramener ces diverses théories à trois courants majeurs de la pensée juridique, chacun privilégiant une dimension de la validité : le courant positiviste valorisant la légalité, le courant réaliste centré sur le pôle de l'effectivité, et le courant iusnaturaliste tenant de la légitimité. », F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, P.U.S-L., 2002, p. 371.
 5. Peter Fitzpatrick, *Le modernisme et les fondements du droit*, trad. Nathalie Gonzalez Lajoie, Paris, LGDJ, p. 220.
 6. Atias écrit d'ailleurs : « La question "Qu'est-ce qu'un contrat?" est éminemment historique. Elle a été posée et résolue de façons différentes à chaque époque. Chacune a hérité des convictions, des imprécisions, des

Mais rien n'est plus trompeur que cette apparente clarté. Bien loin que l'institution du contrat soit primitive, elle n'apparaît et surtout ne se développe qu'à une date très tardive. Bien loin qu'elle soit simple, elle est d'une extrême complexité et il n'est pas facile de voir comment elle s'est formée. C'est ce qu'il est important avant tout de bien comprendre⁷.

Ainsi, il ne s'agit pas de chercher les *fondements* du contrat, ni même ici de tenter de le *définir* – ce qui exigerait des recherches s'accumulant à celles, nombreuses, déjà existantes⁸ –, mais de s'arrêter à certains des discours juridiques relatifs au *savoir contractuel*. C'est donc de l'épistémologie contractuelle dont il est question.

Pour les fins de l'exercice, il est possible de classer les notions, courants et théories en trois grandes catégories quant à l'importance de leur impact sur le discours des juristes : axiomatiques, influentes et prospectives. Il importe de souligner que l'aspect temporel n'est pas nécessairement décisif, dans la mesure où, bien que certaines catégorisations puissent s'expliquer en partie en raison de leur résilience⁹, d'autres sont présentes depuis plusieurs siècles sans pour autant être dominantes dans le discours majoritaire, tout en recevant un accueil chaleureux de la part d'une partie de la doctrine. Il faut donc percevoir ce classement pour ce qu'il est : un artifice au service d'une meilleure compréhension de l'artéfact social qu'est le contrat¹⁰.

2.1 LES APPROCHES (À PRÉTENTION) AXIOMATIQUES

Il sera question ici des approches justificatives courantes et usuelles pour les juristes civilistes. Il s'agira de faire ressortir les principales justifications théoriques qui demeurent, à ce jour, les pierres d'assises du droit des contrats. Chacune peut

illusions de la précédente. Il n'est même pas possible de déterminer un point de départ, voire de dater les changements d'analyses et d'inspirations. Le volontarisme, le dirigisme étatique ou autre, le moralisme ont coexisté ; le dosage a seulement changé au gré d'influences multiples qui n'avaient souvent que de lointains rapports avec un quelconque réflexion sur la nature du contrat. », Ch. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », dans Ch. Jamin (dir), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, 3-19, p. 6.

7. E. Durkheim, *Leçons de sociologie physique des mœurs et du droit*, p. 206.
8. « Savoir d'où vient et où va le contrat est l'une des principales préoccupations de la doctrine. Elle fournit depuis le début du [xx^e] siècle la matière d'innombrables articles et de la plupart des introductions des manuels et des traités de droit des obligations. », É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 273.
9. Par exemple, le volontarisme, qui n'est pas la considération la plus ancienne, mais qui, malgré des attaques et déconstructions constantes depuis un siècle, continue à s'imposer dans l'esprit des juristes à titre de *fondement* contractuel.
10. Dans son article « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L.J.*, 903-952, la professeure Louise Rolland détaille brillamment le positionnement théorique du contrat contemporain. Partant de ce texte, en quelque sorte, mon approche est ici plus générale et synthétique dans la mesure où je tente d'élargir la perspective tant en *amont* (les axiomes) qu'en *aval* (la prospection).

faire, a fait et fait toujours l'objet de critiques importantes et persistantes. Mais, malgré tout – ou pour cette raison –, toutes viennent spontanément à l'esprit lorsque la question contractuelle se présente: le volontarisme, le consensualisme, le droit positif, le droit naturel et *l'utile et le juste*. Elles contribuent ainsi à l'enrichissement des discours juridiques relatifs au contrat, s'immiscent plus ou moins directement dans les justifications contractuelles et participent de ce fait incontestable, de l'épistémologie – le discours sur le savoir – des contrats. Au risque de devoir admettre que les répétitions sont nombreuses et que la réflexion paraît condamnée à un immobilisme relatif. Le contrat, à titre de « fait social » est peut-être davantage affaire de compréhension sociologique, linguistique, anthropologique, philosophique, psychologique et économique que juridique. Ce ne serait qu'une fois ces éléments *humanistes* et sociétaux mis au jour et portés à l'attention des juristes, que nous pourrions les intégrer au discours juridique. À défaut de quoi, les *concepts* juridiques que sont le volontarisme, le consensualisme, la bonne foi, le droit positif des contrats et le droit naturel ne se présenteraient que comme des habits contractuels affectant certes l'apparence théorique du contrat, mais ne permettant aucunement de décrire le contrat *nu*¹¹.

Il s'agit donc de présenter ici les *approches* – au sens épistémologique de « voie par laquelle on cherche à cerner un problème complexe¹² », qui concerne la théorie du contrat, dans des considérations tant justificatives qu'explicatives ou fonctionnelles. Ces voies, nous le verrons par ailleurs, ont souvent été développées de manière tâtonnante et à l'aide de méthodes qui se cherchaient en même temps que leur objet. Ces approches sont donc ici qualifiées d'*axiomatiques* au sens de « Vérité ou

11. Il ne s'agit pas de favoriser ici une approche *réaliste*, bien au contraire: « Cette tendance doctrinale au réalisme mérite pourtant d'être mise en question: cette dilution du droit dans la politique, l'économie, les enjeux de société, grandit-elle la doctrine? Elle n'est pas sans rappeler le syncrétisme méthodologique dénoncé par la *Théorie pure du droit* et dont elle avait vocation à émanciper les juristes. L'attachement à la "réalité" aurait donc eu un prix élevé: la privation du droit d'une forme d'autonomie, d'une indépendance propre à l'ériger en objet de connaissance. Les deux mouvements sont donc bien enclenchés: toujours plus relié à son contexte socio-politique, le droit est l'objet d'un savoir de plus en plus dissous. A voir de plus en plus d'hétéronomie dans le droit, l'on perçoit de moins en moins d'autonomie dans son savoir. Et de fait, si le droit n'est qu'une vaine apparence de technique dissimulant les "réalités" morales, sociales, politiques, économiques, l'on ne voit pas comment il ferait l'objet d'une connaissance à part entière: le sociologue, le politologue, l'économiste seraient bien mieux placés pour parler de droit que le juriste. A la limite, ce dernier ne pourrait parler de droit avec un minimum de véricité et de sincérité qu'en adoptant le point de vue de ses collègues. L'autonomie et l'identité du savoir juridique sont donc en jeu à travers cette tendance au réalisme doctrinal: il s'affaiblit au fur et à mesure qu'il dit son objet pris dans des déterminations extérieures, qu'il refuse de le regarder en lui-même. Le risque est patent: le savoir juridique ne *complèterait* plus de son point de vue particulier les autres domaines de savoir relatifs au droit mais se *diluerait* en eux. Il ne serait plus le *complément* de la sociologie juridique, de l'économie ou de la science politique, il s'y *absorberait*. », F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme: les apports de l'esthétique au savoir juridique », (2012) *RTD Civ.*, 33-75, p. 36.

12. <http://www.cnrtl.fr/definition/approche>

assertion admise par tous sans discussion¹³ », ou encore, par son étymologie, qui a un air d'autorité¹⁴. Elles sont donc *adoptées* en droit par les juristes, enseignées, reprises et discutées, mais elles sont adoptées au sens de « dispositions admises », plutôt que *confirmées* dans la mesure où si l'adoption d'une notion telle celle de volontarisme est confirmée, la notion elle-même est bien loin de pouvoir se confirmer sur le plan théorique¹⁵.

À titre d'axiome, et pour pouvoir être qualifié de tel, un énoncé devra à la fois être évident, non démontrable et universel. À notre avis, que l'on traite de l'autonomie de la volonté, du consensualisme, du jusnaturalisme, du positivisme ou, plus récemment de l'utile et du juste, il est possible d'affirmer, à tout le moins pour la frange respective de l'univers juridique qui se rapporte à l'une de ces approches, que nous sommes face à des axiomes du droit des contrats.

Autonomie de la volonté et volontarisme

Tout au long du XIX^e siècle, cette conception a dominé de façon diffuse le droit des contrats et même le droit civil tout entier. Mais la plupart des auteurs l'ont adoptée comme Monsieur Jourdain faisait de la prose : sans s'en apercevoir. L'individualisme juridique dont l'autonomie de la volonté est un aspect essentiel a, en effet, été l'un des piliers de la culture du XIX^e siècle. Mais il a, en général, été vécu inconsciemment, comme une évidence.

Véronique Ranouil¹⁶

L'expérience a trop bien montré la difficulté que rencontrent les civilistes à s'évader de l'influence d'une théorie fondamentale ; nulle démonstration, nulle remise en cause n'y peuvent suffire. La question du fondement du contrat paraît devoir être tenue en suspens.

Christian Atias¹⁷

13. <http://www.cnrtl.fr/definition/axiome>

14. <http://www.cnrtl.fr/etymologie/axiomatique>

15. Malgré l'*immobilisme* apparent de ces *approches confirmées*, la dogmatique contractuelle demeure inévitablement ouverte : « Cependant, si le monde de la "dogmatique juridique" se présente, en effet, comme un monde de concepts immobiles, il s'agit là d'une immobilité qui ne peut tromper un observateur attentif. Dans la réalité ces concepts de la science du droit sont des concepts en mouvement, en fonction du développement historique des rapports juridiques concrets et d'une conscience "typique" du droit. Ce sont des schèmes et des catégories qui valent seulement dans la mesure de leur capacité d'interpréter uniformément les phénomènes et les données qui sont objet de la science. En conséquence, le système de l'étude dogmatique du droit, comme tout système de concepts généraux qui s'affirment dans l'histoire comme dogmes scientifiques, est un système "ouvert" », F. Battaglia, « Le problème du contrat », (1940) 10 *Arch. Phil. Droit*, 174-185, 174.

16. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 70.

17. Ch. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat? », dans Ch. Jamin (dir), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, 3-19, p. 9.

Aborder le sujet du volontarisme et de l'autonomie de la volonté peut rapidement étourdir la juriste qui, si elle n'est pas versée dans la philosophie du droit, se doit de faire preuve d'humilité¹⁸ devant un sujet qui a été débattu, combattu, défini et redéfini maintes fois depuis la fin du XIX^e siècle¹⁹. Il faudrait en fait parler ici de « sujets » au pluriel. Si, en substance mais de manière très générale, le contrat est pour la doctrine un accord de volontés, et « [m]algré de très importantes différences de compréhension, tous les auteurs modernes reconnaissent en l'autonomie de la volonté une théorie de philosophie juridique²⁰ », le volontarisme et l'autonomie de la volonté doivent être distingués. Afin de simplifier²¹, nous retiendrons que le volontarisme, à titre de philosophie générale selon laquelle on accorde un rôle important à la volonté dans la formation du contrat – non pas un rôle unique – doit être préféré à l'expression « autonomie de la volonté », aujourd'hui dépassée²². Malgré tout, en raison tant de son rôle majeur dans le développement de la théorie du contrat au dernier siècle que de son emploi encore (trop ?) fréquent²³, il nous faut établir ce que signifie cette expression d'*autonomie de la volonté*, avant de nous arrêter à celle de *volontarisme contractuel*.

Jean Carbonnier définit ainsi l'autonomie de la volonté :

C'est une théorie de philosophie juridique, suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa *propre loi*, se crée sa propre obligation : si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement pour un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu ; le contrat est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle, le principe du contrat²⁴.

Il est donc question du rôle de la volonté des parties au contrat dans la création de ce dernier²⁵, rôle qui a conduit les juristes aux *créations abstraites* de contrat à titre d'accord de volontés – et d'acte juridique au sens large, rappelons-le, puisque le contrat n'est qu'un acte parmi d'autres²⁶. Ainsi, au niveau de la formation du contrat, la liberté règne *a priori* : chaque partie est libre de contracter ou non, tout

18. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 115.

19. Ch. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat? », dans Ch. Jamin (dir), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, 3-19, p. 8.

20. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 168.

21. Tout en gardant en tête la formule de Paul Valéry : « Ce qui est simple est toujours faux. Ce qui ne l'est pas est inutilisable. », P. Valéry, *Oeuvres*, Tome II, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade, 1960, p. 864.

22. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Lextenso Éditions/L.G.D. J., 2007, p. 335.

23. Par exemple, dans les *Commentaires du ministre de la Justice* concomitants à la mise en vigueur du *Code civil du Québec* : Québec, ministre de la Justice, *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, p. 6.

24. J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Thémis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 75.

25. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », (1940) 1-4, *Arch. phil. droit*, 33-76, 37.

26. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 31.

comme elle l'est d'établir le contenu du contrat. Partant du principe révolutionnaire selon lequel *tout ce qui n'est pas défendu est permis*²⁷, la seule limite est l'ordre public, ce dernier constituant l'exception²⁸. Une fois le contrat formé, « [s]eules les parties elles-mêmes pourraient, d'un commun accord, modifier le contrat une fois conclu ; mais ce serait un nouveau contrat, et pour le principe d'autonomie, un nouveau triomphe²⁹ ». L'idée de contrat créé par la raison implique d'admettre que « l'avenir puisse être gouverné par des paroles³⁰ », ce qui donne d'une part toute sa force au principe *Pacta sunt servanda*³¹ et souligne l'importance de la croyance en un Dieu unique à titre de Garant universel de la parole donnée³². Va ainsi s'opérer le glissement de la source de l'obligation : de Dieu vers l'humain, sous le *contrôle* de l'Un, mais uniquement par la volonté de l'autre³³. Ainsi, par rapport à l'histoire générale du droit privé, on n'a pas manqué de souligner que l'apparition de l'autonomie de la volonté est très récente³⁴.

À titre de démarche théorique *classique*, encore initiale à tout questionnement contractuel pour les juristes civilistes, la définition de l'autonomie de la volonté persiste à se présenter comme un passage obligé pour l'étudiante en droit³⁵. Elle est à la fois perçue comme théorie³⁶, concept et philosophie du droit, ce qui incite encore les juristes à lui faire chapeauter, à titre de *théorie générale des contrats*, le contenu même du droit positif – le droit commun des contrats³⁷ ; ne serait-ce qu'à titre de « clef » qu'elle offre au législateur³⁸. Dit simplement, elle a encore valeur de principe³⁹. Or, il est aujourd'hui reconnu que l'autonomie de la volonté n'a jamais été en mesure de constituer l'explication unique du contrat⁴⁰. Bien plus, on peut affirmer que l'expression est passée du statut d'absurdité théorique à celle d'axiome

27. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)*, art. 5.

28. J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 75.

29. *Idem*.

30. A. Supiot, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 146.

31. *Id.*, p. 146-147.

32. *Id.*, p. 154-155.

33. M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », (2000) 44 *Arch. Philo. Droit* 129-151, 130.

34. F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 155-181, 156-157.

35. *Id.*, 155.

36. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 172-173.

37. F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 155-181, 155 ; É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997.

38. *Id.*, p. 168.

39. J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 75 (par [92]).

40. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 145.

de droit civil⁴¹. Sans oublier qu'elle a été qualifiée de « conception stupide⁴² » et qu'on la perçoit désormais tel un « mythe périmé⁴³ ». Toutes choses qui nous obligent à nous attarder quelque peu à la naissance somme toute récente⁴⁴ – la fin du XIX^e siècle – et au développement paradoxal de la notion à la fois *descriptive* en ce qu'elle ne tente que de décrire un processus normatif et *prescriptive* lorsqu'on l'invoque pour promouvoir une approche contractuelle. La première sera de l'ordre du droit positif et la seconde davantage doctrinale. On peut enfin, et c'est ce qui importe sans doute le plus ici, adopter un angle *prescriptif* afin d'établir si cette théorie « *est toujours défendue en doctrine*⁴⁵ ».

S'il se conçoit de plus en plus comme un être autonome, obligé par sa volonté et non celle d'autrui, l'acteur juridique n'en revendiquera pas pour autant le principe de l'autonomie de la volonté avant le XIX^e siècle⁴⁶. Et ce n'est qu'avec le *De jure belli ac pacis* de Grotius que se préciseront les bases⁴⁷ du « vaste élan humaniste drainé par la pensée chrétienne [ayant] pesé sur la mise en œuvre du principe de l'autonomie de la volonté⁴⁸ ». À l'exception notable de Acollass⁴⁹ qui utilisera l'expression *autonomie de l'individu*, les auteurs ne réfléchissent pas directement à la notion, ni ne la nomment⁵⁰. C'est donc avec Acollass que l'individualisme contractuel se transforme⁵¹ en un statut *revendiqué* à titre de pensée audacieuse et radicale⁵².

-
41. Ch. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat? », dans Ch. Jamin (dir), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, 3-19, p. 16.
42. G. Rouhette, « « *Droit de la consommation* » et *théorie générale du contrat* », dans Études offertes à René Rodière, Paris, Dalloz, 1981, 247-272, p. 248.
43. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 195.
44. S. Darmain, *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 2000, p. 90.
45. F. Chénédy, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 155-181, 155.
46. « Aussi, les expressions d'autonomie de la volonté, de l'individu ou de l'être humain sont-elles absentes du vocabulaire juridique, à l'exception de celui d'Acollass, jusque vers les années 1890. », Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 70.
47. Toutefois, si « [en] tant que théorie de philosophie juridique, on date volontiers l'autonomie de la volonté de l'École du droit naturel [c]elle-ci, cependant, a prolongé des courants antérieurs : 1° le *droit romain*, dans son effort (où la pensée stoïcienne a dû jouer un rôle) pour se dégager du formalisme et exalter la *voluntas* [réf. omise]; 2° le *droit canonique*, qui, en faisant apparaître le péché dans la violation de la foi jurée, donna une valeur morale et religieuse à l'engagement de l'homme [réf. omise]; 3° l'*Humanisme et la Réforme*: ÉRASME, dans sa *Diatrise* sur le libre arbitre, réhabilite la *vis humanae voluntaris* », J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 80.
48. S. Darmain, *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 2000, p. 88.
49. E. Acollass, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, Paris, 1866.
50. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 80.
51. En ce qui a trait à la critique de l'individualisme contractuel des internationalistes de la fin du XIX^e siècle et de celle de Ihering, qui n'utilisera toutefois pas comme telle l'expression *d'autonomie de la volonté*, voir V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 129.
52. « [...] elle conçoit le droit comme l'un des éléments de la science sociale nécessairement changeante; elle traduit une grande irrévérence à l'égard de la codification napoléonienne; elle exprime enfin un goût profond

Puis, avec Worms⁵³, s'opère le rapprochement des deux termes « autonomie » et « volonté ». Enfin, Gény utilisera en 1899 l'expression *autonomie de la volonté* dans son livre *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*⁵⁴. Par la suite, Demogue (1911) et Gounot (1912) utiliseront à leur tour l'expression afin d'en faciliter la critique, ce qui, comme on le sait aujourd'hui, assurera sa postérité⁵⁵.

La systématisation faite par Gounot était en fait caricaturale ; il avait grossi le trait pour mieux décrire les travers de l'importance accordée au rôle de la volonté en matière contractuelle. Mais l'histoire lui donna tort quant à ce procédé : l'importance outrancière accordée à la volonté pour la critiquer a en quelque sorte aveuglé les juristes qui en ont fait, conséquemment à tort, un fondement du contrat⁵⁶. Ainsi, et malgré la critique initiale, l'autonomie de la volonté demeure un concept fondamental du droit civil, sans doute parce qu'il demeure rattaché, dans son fondement théorique – et malgré une assimilation conceptuelle malheureuse – à celle du volontarisme⁵⁷. Fortement ancrée dans la modernité⁵⁸, rattachée au christianisme qui a influencé le développement de l'individualisme⁵⁹, c'est donc, sur le plan juridique, chez Grotius (1583-1645) et ses successeurs que doit être cherchée l'origine directe du principe⁶⁰. La laïcisation fera par la suite son œuvre :

Après Grotius, la laïcisation du droit naturel substitue au respect de la loi naturelle, en fait divine, celui des droits naturels de l'homme. Les droits subjectifs ne dérivent plus d'un droit objectif primordial, mais de l'essence même de l'homme, lui-même conçu comme un être entièrement autonome, qu'aucune volonté, autre que la sienne propre, ne peut commander. Dans cette conception, les hommes sont nés libres et égaux. Cette liberté et cette égalité sont de l'essence de l'homme, et sont ainsi considérées de façon parfaitement abstraite, indépendamment des contraintes et des inégalités qui, en fait, peuvent affecter de façon contraire les individus⁶¹.

de la philosophie : elle ne pouvait émaner que d'un esprit original. », V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 82.

53. R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris, A. Giard, 1891.
54. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 92.
55. F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 155-181, 158.
56. *Id.*, 163-164.
57. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 151-152.
58. « La victoire du volontarisme est un phénomène moderne, c'est-à-dire guère antérieur au xvi^e siècle. L'histoire du volontarisme est d'abord celle des triomphes qu'il a célébrés tout au long de la période moderne, puis vient le temps de la décadence et d'une réaction doctrinale souvent excessive : antithèse brutale. », M. Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », (1957) 3 *Arch. Philo. Droit*, 87-98, 87.
59. M. Villey, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », (1964) *Arch. phil. dr.*, p. 97.
60. J. Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 148.
61. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 148.

Le volontarisme éloigne le contrat de l'*aberration formaliste* et affranchit les contractants tant des rites sociologiques que des exigences et formalités technocratiques⁶². La translativité des droits et obligations s'opère ainsi par fiction, « présomption établie par le consentement des parties à l'acte: le droit est censé cédé et acquis dès qu'elles s'accordent sur son contenu et sa contrepartie, quand bien même il n'en serait encore fait aucune délivrance matérielle⁶³ ». Pour le débiteur, le principe devient: *Je veux donc je m'oblige*. Selon Carbonnier, « [il] se peut que la psychologie volontariste de Maine de Biran et de Jouffroy ait prédisposé les esprits à accueillir cette explication; mais l'explication est assez naturelle pour se passer du secours d'un système psychologique déterminé⁶⁴ ». Certains⁶⁵ ont plutôt soutenu que la force obligatoire du contrat se trouverait dans la relation de confiance émanant du créancier et portée vers son débiteur⁶⁶. Comme le rappelle justement Carbonnier: « Au reste, quand la loi limite la liberté contractuelle, est-ce pour empêcher les débiteurs de promettre? C'est bien plutôt pour interdire aux créanciers de poursuivre l'exécution de la promesse⁶⁷ ». Certes, l'autonomie de la volonté en matière contractuelle est indissociable de l'idée d'individualisme⁶⁸, mais le processus est riche et il faut éviter les simplifications⁶⁹, que l'histoire même du droit des obligations encourage parfois⁷⁰. Aborder le volontarisme contractuel dans une optique théorique oblige donc à faire de nombreuses précisions⁷¹, même si la matière semble connue, si ce n'est éculée, à force d'avoir été abordée par les juristes. Car la question d'établir si la règle de droit au sens large découle de la raison des contractants ou d'une force antérieure (nature?) à celle-ci est « un bien vieux problème, fouillé, retourné en tous sens, rebattu depuis qu'il existe une philosophie du droit⁷² ». C'est donc du volontarisme contractuel dont il sera question ici, bien que cette expression fasse elle-même l'objet de multiples visions et définitions⁷³. Il s'agira d'abord de souligner

62. J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 76.

63. J.-M. Trigeaud, « Convention », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 13, p. 14.

64. J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 84.

65. Par exemple M. Gorla, *Il contrattol; problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casuistico*, 1955, I, §6, cité par Jean Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 84.

66. J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 84.

67. *Id.*, p. 84.

68. *Dictionnaire de droit privé, Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 24-25.

69. J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 82.

70. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e éd., Paris, PUF, 2012, p. 24-25.

71. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 419.

72. M. Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », (1957) 3 *Arch. Philo. Droit*, 87-98, 87.

73. « Reprenant les deux traditions historiques majeures du mouvement de pensée jusnaturaliste, on peut comparer deux approches successivement, l'une réaliste centrée sur la convention comme "chose" ou sur la chose objet de la convention, l'autre idéaliste axée sur la volonté dont la convention procède », J.-M. Trigeaud, « Convention » (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 13, p. 15.

la référence kantienne «extrêmement douteuse⁷⁴» bien que le droit des contrats mette «au cœur du monde l'homme et au cœur de l'homme la volonté, la raison et le sens moral⁷⁵». Ce qui implique de se garder d'associer directement – il faudrait plutôt dire *ontologiquement* – «volontarisme» et «individualisme». Si «[c]ertes, l'«autonomie de la volonté» est d'essence kantienne; [...] sa signification est loin d'être individualiste, puisque la volonté autonome et donc libre est chez Kant la volonté de la personne, sujet rationnel pur⁷⁶». Somme toute, la référence kantienne résulte de l'utilisation terminologique «mal comprise et dévoyée⁷⁷», exacerbée par l'individualisme libéral du début du xx^e siècle⁷⁸ et du néo-libéralisme contemporain⁷⁹.

Il nous faut retenir de plus que l'acte de volonté intéresse le droit par la «direction» logique qu'il représente et non par lui-même, qu'il ne constitue aucunement un «datum passif», psychologiquement actualisé en son entier. Il est, bien au contraire «un élément conceptuel dynamique, une perspective ouverte sur des relations ou des actions découlant rationnellement d'une indication initiale⁸⁰». La critique du volontarisme contractuel est directement liée à la conceptualisation de celui-ci et à celle de l'autonomie de la volonté. Il ne s'agit donc pas de répéter le propos ici : des spécialistes de droit international privé de la fin du xix^e siècle à la thèse de Gounot en 1912, le volontarisme connaît un rapide apogée et une lente chute⁸¹ – qui n'en finit pas à vrai dire. Entre alors en scène la thèse fondamentale – bien que non publiée – de Georges Rouhette, et qu'il a ainsi résumée :

Elle est [la volonté], au mieux, l'un d'entre tous les principes fondamentaux possibles du régime des obligations civiles, car s'il n'est aucune raison

74. F. Chénédy, «De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité», (2012) 4, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 155-181, 159.

75. M.A. Frison-Roche, «Volonté et obligation», (2000) 44 *Arch. Philo. Droit*, 129-151, 130.

76. J.-M. Trigeaud, «Convention», (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 13, p. 17.

77. J.-P. Chazal, «Justice contractuelle», dans L. Cadiet (dir), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, p. 744.

78. Même Gounot s'est fait reprocher d'avoir puisé «abusivement» une part de son inspiration dans la doctrine kantienne : G. Rouhette, «"Droit de la consommation" et théorie générale du contrat», dans *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, 247-272, p. 254.

79. Tel qu'il a été souligné, «[l']autonomie de la volonté fournit en fait une série d'illustrations typiques de la tendance [...] de la doctrine à projeter ses vues du contrat dans le droit positif», É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 167. Selon Tancelin : «Dans la philosophie volontariste le primat de l'individu sur la société était une position destinée à combattre l'absolutisme de l'État. Le tour de prestidigitation de la doctrine juridique classique de la fin du xix^e siècle et du xx^e siècle a consisté à mettre cette philosophie libératrice de l'homme au service des intérêts égoïstes des personnes les plus entreprenantes, les plus fortes et les plus influentes dans la société industrielle pour assoir leur empire sur les autres. La seule nouveauté était que ce scénario vieux comme l'humanité se déroulait dans un cadre idéologique individualiste dont l'autonomie de la volonté était la base philosophique et la démocratie libérale, le cadre politique.», M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 36.

80. M. Djuvara, «L'idée de convention et ses conséquences juridiques», (1940) 10 *Arch. Philo du Droit*, 110-158, 121.

81. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e éd., Paris, PUF, 2012, p. 195-196.

d'exclure *a priori* que, dans une espèce donnée, en fonction de l'état du droit, le principe fondamental en jeu soit une de ses manifestations. Ainsi, parfois, peut valoir l'autonomie de la volonté; mais sans plus de titre que son contraire: elle est – dans le droit positif – dépouillée de tous les prestiges dont elle demeure parée aux yeux des civilistes⁸².

Ainsi, et selon Rouhette, Gounot semble avoir fait une erreur magistrale en apparaissant tel le « [p]rincipal responsable de l'introduction de l'autonomie de la volonté dans les ouvrages de droit civil⁸³ » alors que la « science positive a détruit les mythes du volontarisme⁸⁴ ».

Finalement, « [n]onobstant le résultat théorique, qui relève plutôt des affinités supra-dogmatiques, le sens pratique de la “force obligatoire” ne se désigne finalement qu'en un lieu d'évaluation qui fait référence à la dualité et à la réciprocité de la situation contractuelle, et rien d'autre⁸⁵ ». Reste ainsi à maintenir vivant le discours qui s'élaborera, il faut le souhaiter, dans l'entre-deux des absolues, ce qui imposera aux juristes bien des détours, chemins de traverses et longues promenades. Après tout, le terme *théorie* ne réfère-t-il pas, en son sens premier, à la déambulation d'une procession solennelle dans le but de consulter les oracles? Il faut ainsi laisser ouvert le *temple* du volontarisme contractuel et méditer les propos suivants de Villey:

Au total l'historien n'arrive qu'à noter l'échec successif de deux thèses trop absolues: ni le volontarisme pur, qui définissait le droit par l'accord empirique des volontés, ni le droit naturel antique, qui asservissait nos libertés à une justice préconstituée, ne sont des positions tenables. Et pourtant, il faut que les juristes sortent de cette incertitude: sous peine de voir s'effondrer dans l'incohérence notre droit français des contrats [...]. Condamnée, la philosophie qui gouverna le Code civil ne servira plus de fil conducteur. Nos théoriciens trouveront-ils de nouvelles inspirations chez les philosophes de maintenant? [...] À moins que les juristes d'aujourd'hui ne soient capables de résoudre ces questions de principes sans le concours de la philosophie. Ce serait bien là la première fois⁸⁶.

82. G. Rouhette, « “Droit de la consommation” et théorie générale du contrat », Études offertes à René Rodière, Paris, Dalloz, 1981, 247-272, p. 254.

83. F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 155-181, 180.

84. M. Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », (1957) 3 *Arch. Philo. Droit*, 87-98, 93.

85. B. Melkevik, « Une note sur la notion de “Force obligatoire” et le droit », dans *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, (Brésil), Número especial: Jornadas jurídicas Brasil-Canada*, 2013, p. 99-116, à la p. 105.

86. M. Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », (1957) 3 *Arch. Philo. Droit*, 87-98, 97.

Consensualisme

Le principe du consensualisme était donc un principe relatif, dont le triomphe n'a jamais été aussi complet qu'on le prétend couramment et dont le recul n'a pas, pour cette raison, une importance pratique considérable.

Maurice Tancelin⁸⁷

La grande majorité des civilistes associe les notions de consensualisme et de volontarisme⁸⁸. En fait, le spectre des liens établis entre ces *notions fortes*⁸⁹ du droit des contrats « va du constat de certaines convergences à la confusion pure et simple au sens où le consensualisme se présenterait comme un dérivé logique du volontarisme⁹⁰ ». Comme souvent en toute chose, la nuance est de mise :

Il faut cependant prendre garde de ne pas inverser les données du problème. Dire que le consensualisme favorise l'éclosion des thèses volontaristes est une chose, affirmer qu'il n'est qu'un dérivé technique du volontarisme en est une autre. Assimiler entièrement ces deux constructions doctrinales serait se méprendre sur la construction historique de la notion de contrat sur le consentement. Le volontarisme est une fin possible du consensualisme, il n'est pas une fin certaine. Le consensualisme n'est pas irréductible au volontarisme; ce dernier ne fournit pas les clés de la compréhension du consensualisme⁹¹.

Cette précision apportée, il faut préciser la teneur théorique du consensualisme, qui a valeur de principe⁹² et équivaut à l'idée de la liberté totale de forme contractuelle⁹³. Il n'en constitue pas moins une tautologie⁹⁴, n'étant que le prolongement du volontarisme⁹⁵. Ainsi, le simple échange des consentements suffit à la

87. M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 58.

88. Tel que l'écrit un auteur : « La forme, disparaissant, laisse apparaître le fond de sorte que l'amalgame entre le consensualisme et les effets substantiels de l'échange des consentements se réalise mécaniquement. », V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Lextenso éditions / LGDJ, 2007, p. 11.

89. Certains parlent « des plus importants piliers du droit civil » : F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Paris, LGDJ, 2004, p. 1.

90. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Lextenso éditions / LGDJ, 2007, p. 336.

91. *Ibid.*, p. 337.

92. « Chacun s'accorde à lui reconnaître valeur de principe au sein du droit français des contrats », V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Lextenso éditions / LGDJ, 2007, p. 1.

93. M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 57.

94. « La définition du consensualisme apparaît nettement plus complexe et s'articule sur une tautologie. En effet, il est le « principe (lui-même découlant de l'autonomie de la volonté) en vertu duquel, sauf exception, tous les actes juridiques sont consensuels » [réf. omise], V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Lextenso éditions / LGDJ, 2007, p. 5.

95. « Consensualisme et contrat apparaissent pratiquement confondus puisque si l'on s'en tient aux éléments de définition, l'échange des consentements suffit à faire émerger le contrat au plan du droit positif. », V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Lextenso éditions / LGDJ, 2007, p. 303.

création du contrat et aucune formalité n'est requise⁹⁶. Il faut cependant distinguer volonté et consentement, malgré leur proximité marquée sur le plan contractuel⁹⁷. Le consensualisme constituerait un des « piliers du régime juridique contractuel⁹⁸ », ce que reflète le fait qu'il constituait, sous le *Code civil du Bas-Canada*, la règle et le contrat formaliste l'exception⁹⁹, tout comme le constat que le législateur contemporain le consacre à l'article 1385 CcQ¹⁰⁰. Dans une certaine mesure indissociable de la règle *pacta sunt servanda*¹⁰¹, le consensualisme ne permet pas de renier sa parole pour cause de vice de forme¹⁰². Mais ce sont ses avantages pratiques qui l'auraient imposé¹⁰³, tel que le démontre aujourd'hui encore l'analyse économique du droit¹⁰⁴. Ainsi, la « règle a été conçue en faveur des individus, pour qui elle signifie rapidité, économie et surtout liberté - non en faveur de la société, qui, au contraire, peut avoir intérêt à exiger une certaine extériorisation des contrats, parce que leur immatérialité les rendrait insaisissables à son contrôle et à sa mémoire¹⁰⁵ ».

Les auteurs dénotent généralement trois conséquences principales au consensualisme¹⁰⁶ : l'écrit n'est pas obligatoire, le contrat pouvant même se former tacitement ; l'accord de volonté suffit à transférer la propriété d'un bien¹⁰⁷ ; la loi doit énoncer clairement l'exigence de forme. Si le principe se conçoit relativement facilement – à tout le moins quant à son idée générale liée au volontarisme¹⁰⁸ – sa mise en application n'est pas si évidente dans la mesure où l'on ne peut trancher clairement entre contrats formalistes, d'une part, et contrats strictement consensuels de l'autre¹⁰⁹. Cela mène à des distinctions parfois subtiles de nature technico-juridique dont raffolent les privatistes¹¹⁰. Il est possible de résumer ainsi :

96. *Ibid.*, p. 8.

97. M.A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », (2000) 44 *Arch. Philo. Droit*, 129-151, 141.

98. J. Mestre, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, 1985, PUF, 1986, p. 41, cité par V. Forray, p. 3 ; F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Paris, LGDJ, 2004, p. 1.

99. M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 81.

100. *Ibid.*, p. 58.

101. *Ibid.*, p. 191.

102. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Lextenso éditions / LGDJ, 2007, p. 9.

103. *Idem*.

104. D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 89.

105. J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Thémis, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 173.

106. J.-L. Baudouin, P.-G. Jobin et N. Vézina, *Les obligations*, 7^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 146.

107. « Le principe du consensualisme se trouve exprimé au *Code civil* », J.-L. Baudouin, P.-G. Jobin et N. Vézina, *Les obligations*, 7^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 598.

108. « Le droit romain et l'ancien droit coutumier étaient formalistes. Le code de 1866 a opté pour le consensualisme contre le formalisme, c'est-à-dire que la forme dans laquelle la volonté devait s'exprimer n'était pas en règle générale fixée impérativement par la loi », M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009 p. 113.

109. M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 82-83.

110. D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 93.

L'émergence du consensualisme se manifeste dans la théorie générale du contrat par une modification des rapports de la forme et du fond. [...] Mais le consensualisme n'a pas pour corollaire la disparition de la forme, il ne trouve pas dans la conception spiritualiste de l'obligation juridique sa pleine réalisation ou son aboutissement logique. La perte de la force créatrice des formes n'implique pas leur disparition mais explique, au contraire, leur diversification. Leurs formalités sont instrumentalisées¹¹¹.

Il faut par conséquent envisager le formalisme comme le complément du consensualisme et non son antithèse¹¹², plutôt que de s'arrêter au sens strict des notions – qui évidemment les oppose – ce qui a pour effet de « masquer l'importance du formalisme¹¹³ ». Cette opposition est sans doute encouragée par une vision évolutionniste – dont il faut se garder par ailleurs¹¹⁴ – selon laquelle le formalisme serait archaïque. Bien au contraire, le formalisme caractériserait les sociétés évoluées¹¹⁵. À ce titre, de brèves considérations historiques¹¹⁶ permettent de mettre plusieurs considérations en perspective, tout en gardant à l'esprit qu'un contrat, même s'il est réel ou formel, doit « d'abord reposer sur un consentement [puisque si] le consentement, ici, n'est sans doute pas suffisant, [...] il est nécessaire¹¹⁷ ».

Ainsi, on peut résumer *brutalement* en disant que le principe de droit civil du consensualisme est né¹¹⁸ d'une théorisation des données communes à tous les contrats sur la base du droit romain redécouvert, et de l'introduction en leur sein des philosophies du droit des théologiens¹¹⁹. Quant au passage du formalisme au consensualisme, il se justifiait en droit romain par une approche pragmatique, alors que dans l'Ancien droit, c'est plutôt le christianisme, par des considérations spirituelles, qui a favorisé le changement de perspective¹²⁰. De tout cela il découle que

111. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, L.G.D. J., 2007, p. 166.

112. É. Charpentier, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », (2002) 43(2) *C. de D.* 275-297, p. 287.

113. *Ibid.*, p. 296.

114. *Ibid.*, p. 276.

115. *Ibid.*, p. 277.

116. M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 113. p. 57-58; É. Charpentier, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », (2002) 43(2) *C. de D.* 275-297, p. 281-285; D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 118.

117. D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 94.

118. Le terme lui-même naît au début du xx^e siècle. Voir V. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, LGDJ, 2007, p. 6. De même, Forray rappelle que « L'émergence du consensualisme et la construction d'une notion unitaire de contrat sont deux phénomènes indépendants. Le consensualisme intervient d'abord au plan technique, puis devient un principe théorique sur lequel la doctrine développe une certaine conception du contrat. Le consensualisme s'affirme comme le fondement du contrat "dans l'ordre naturel" et inspire la conception dite "volontariste" du contrat du Code civil », *Ibid.*, p. 81.

119. *Id.*, p. 74.

120. É. Charpentier, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », (2002) 43(2) *C. de D.* 275-297, p. 285.

le principe du consensualisme n'est affirmé par aucun texte en droit français¹²¹, alors qu'en droit québécois, la « Refonte de 1991, 1385 CcQ sacrifie au formalisme tout en conservant le principe du consensualisme, selon une démarche purement syncrétique (appréhension globale et plus ou moins confuse d'un tout), là où on est en droit d'attendre, de la part d'un code, une synthèse (vue d'ensemble cohérente)¹²² ».

Le consensualisme, ce « principe qui fonde l'absence¹²³ » permettrait à « la pensée juridique se donne les moyens de rester en contact avec l'évolution de la réflexivité contractuelle, c'est-à-dire avec l'évolution même de la culture¹²⁴ ». En effet parce qu'elle conçoit

l'échange des consentements comme une source de droit, autonome mais non indépendante, l'esprit juridique prend acte de la capacité des acteurs sociaux de réfléchir aux exigences de leur coopération, de profiter de l'expérience des échanges déjà réalisés pour projeter dans le futur des échanges plus efficaces, de concevoir des modèles de coordination intégrant les connaissances scientifiques et les techniques nouvelles, de traduire leurs attentes et leurs obligations dans un langage qui leur semble approprié à la situation, d'exprimer, enfin, leur compréhension plus ou moins autonomiste des normes et des règles sociales¹²⁵.

Il faut reconnaître qu'à ce titre elle est symbole bien davantage de modernité que d'attachement au droit naturel¹²⁶.

Jusnaturalisme contractuel

Jusnaturalisme: Affection mentale, caractérisée par l'hyper-trophie et l'altération des organes du « droit naturel ». Identifiée vers le milieu du XIX^e siècle, avec toutes les autres maladies en isme.

Michel Villey¹²⁷

121. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 145.

122. M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 113.

123. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, LGDJ, 2007, p. 11.

124. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 311.

125. *Id.*, p. 311-312.

126. Tancelin ne manque pas de souligner que : « La libération des formes par le consensualisme est une conquête lente et laborieuse de la science juridique, dont l'adoption n'a cependant pas réussi à mettre fin aux injustices qui, selon les termes des codificateurs de 1866, étaient engendrés par le formalisme ancien. Le retour au formalisme risque d'être aussi inefficace que son abandon par le code civil de 1866. C'est un recul, une régression, le contraire d'un progrès. Cela prouverait que l'alternative est simpliste et qu'il faut lui chercher une solution de remplacement, encore inconnue dans l'état actuel de l'art juridique », M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 113.

127. M. Villey, « Jusnaturalisme - Essai de définition », dans *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2014, p. 261-267, 261.

La signification contemporaine du jusnaturalisme n'est pas facile à établir dans la mesure où le concept de droit naturel s'est transformé graduellement par rapport à sa définition antique, puis médiévale¹²⁸. On peut, de manière très synthétique, lui attribuer trois fonctions : correctrice – pensons à l'équité –, fondatrice du droit positif et créatrice en *civilisant le droit positif*¹²⁹. Considéré comme un corpus de règles et précepte formant un droit idéal¹³⁰, le jusnaturalisme tend à négliger leur positivité et leur effectivité, ce qui les rend difficilement applicables¹³¹. Par conséquent :

La plupart des théories iusnaturalistes présentent donc une articulation dualiste, ménageant (et légitimant) pouvoir temporel et loi positive aux côtés du droit naturel, comme leur prolongement nécessaire. C'est que les normes fondamentales du droit naturel, vagues et générales par essence, appellent une concrétisation historique et une mise en œuvre pratique que seul le droit positif peut assurer¹³².

Sur le plan théorique, et en ce qui a trait au contrat, il est de mise d'opposer l'interprétation *jusnaturaliste* du contrat – ou de la convention – à celle que l'on qualifie de *positiviste*¹³³. Si la première « repose sur une base onto-axiologique de « justice », facteur d'une certaine structure et déterminant les solutions qui lui sont harmoniquement adéquates », selon la seconde, « le juste finit par se ramener à la fonction que la structure possède en tant qu'œuvre du vouloir, sans se préoccuper bien évidemment de savoir quel est son titre de légitimité¹³⁴ ». Les travaux de Grotius sont à ce titre représentatifs de la conception du contrat au sein de ce qu'il convient d'appeler l'École du droit naturel moderne¹³⁵. Ainsi :

L'œuvre de Grotius marque un moment important de la transformation de la conception du contrat. Elle comprend à la fois l'affirmation de l'exigence du respect de l'équilibre et l'affirmation du pouvoir de la volonté. [...] Grotius a néanmoins jeté les bases de la conception volontariste du contrat. Ce n'est, en effet, qu'à partir du moment où le contrat a été conçu comme un acte résultant d'un accord de volontés que l'équilibre va pouvoir cesser de jouer un rôle central dans la conception même du contrat. Cette idée est

128. S. Goyard-Fabre, « Jusnaturalisme », *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

129. A. Sériaux, « Droit naturel », dans D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 507-511.

130. *Dictionnaire de droit privé, Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 131.

131. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, P.U.S.-L., 2002, p. 382.

132. *Id.*, p. 383.

133. Voir *infra*.

134. J.-M. Trigeaud, « Convention », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 13, p. 15.

135. É. Charpentier, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », (2004) 45-1 *C. de D.* 69-91, p. 76.

importante dans la mesure où elle a nourri une conception du contrat où la place de l'équilibre des prestations et celle de la volonté seront inversées : les exigences relatives à l'équilibre tendant à être reléguées sur le plan moral ou dans le domaine non obligatoire du droit naturel, tandis que les principes du droit civil seront construits à partir de la volonté¹³⁶.

Dès lors, les liens marqués apparaissent entre le contrat et l'individualisme juridique, au sein de ce que l'on pourra désormais nommer la naissance du *contractualisme*¹³⁷.

Le droit naturel, à titre de « source d'une obligation fondée *a priori* dans la législation transcendantale de la raison, loin d'assigner au droit une structure subjectiviste, fait éclater l'individualisme juridique dont se nourrit le droit naturel moderne et en souligne l'insuffisance¹³⁸ ». Ainsi, d'une théorie du contrat basée sur des philosophes qui s'y connaissaient peu *en droit*, on donne lieu à une théorie basée sur consentement et la rencontre des volontés¹³⁹. Ce qui fait dire à Villey, sévère : « J'avancerai troisièmement cette proposition ridicule que l'ancienne philosophie du droit, dite du *droit naturel classique*, permet de concevoir le contrat mieux que ne font les nôtres, héritées de Hobbes de Kant ou de Durkheim¹⁴⁰ ». Selon Villey, l'École classique du droit naturel permet de mieux réfléchir à la notion de contrat que l'École de droit naturel moderne¹⁴¹, dans la mesure où :

[...] ni Hobbes ni Locke ni même Grotius ou Pufendorf ni évidemment Wolff, Rousseau, Kant, Fichte ou Hegel n'ont pratiqué le droit romain de façon sérieuse ; ils n'en eurent jamais qu'une teinture éminemment superficielle. Les vraies sources de leur culture, elles étaient ailleurs. Alors, ces termes du droit romain qu'ils ont exploités - contrat - contrat de société - état - ou personne - ou obligation - il est curieux de constater combien ils ont faussé leur sens¹⁴².

Rappelons que le terme *contractus* de droit romain partage peu sur le plan théorique avec la définition qu'en donnait Hegel en le basant sur la volonté, source « d'hérésie juridique¹⁴³ ». Ainsi, « le contrat "réel" devient dans sa langue l'équivalent du contrat synallagmatique, impliquant prestations mutuelles¹⁴⁴ ». Ce qui permet

136. *Idem*.

137. Pour les considérations contemporaines sur le contractualisme et la contractualisation, voir *infra*.

138. S. Goyard-Fabre, « La signification du contrat dans la "Doctrinae du Droit" de Kant », (1973) 78-2 *Revue de Métaphysique et de Morale* 189, p. 203.

139. M. Villey, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », (1968) *Arch. de phil. du droit* 1-12, p. 4.

140. *Ibid.*, p. 5-6.

141. *Ibid.*, p. 10.

142. M. Villey, « Métamorphose de l'obligation », (1970) *Arch. de Philo. du Droit* 287-300, p. 287.

143. M. Villey, « Le droit romain dans la *Philosophie des Rechts* de Hegel », dans *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2014, p. 187-210, p. 202.

144. *Ibid.*, p. 203.

par ailleurs d'établir, malgré les apparences qui les opposent, un lien direct en matière de contrat entre le jusnaturalisme et le positivisme.

Positivisme et contrat

Dans cet enclos où règne la peur du normatif, la dogmatique positiviste, qui s'évertue à souligner l'autorité de la dura lex, ne saurait tracer qu'une voie doctrinale pavée d'illusions. Jamais ses fausses vérités ne donneront une âme aux textes qu'édicte la pensée juridique.

Simone Goyard-Fabre¹⁴⁵

De manière générale, le positivisme peut s'entendre selon trois sens: à titre d'approche, de théorie et d'idéologie¹⁴⁶. L'approche positiviste ne permet pas de considérer le droit des contrats en tant que science, mais plutôt comme objet à connaître et à décrire. Quant à la théorie positiviste, elle est constituée de diverses théories défendues par des auteurs¹⁴⁷. L'idéologie positiviste, enfin, soutient que le droit se doit d'être respecté parce qu'il émane de l'État¹⁴⁸. Ainsi, les normes individuelles et concrètes – donc, le contrat en ce qui nous concerne – constituent une application des règles générales et abstraites qui fondent le système juridique¹⁴⁹. Généralement, en matière de contrat toujours, c'est à cette idéologie, proche par ailleurs du jusnaturalisme sur le plan épistémologique¹⁵⁰, que réfèrent les juristes. Iels le font en identifiant le contrat à titre de « loi des parties », considérant, par le biais de cette « figure de style », que la loi demeure supérieure au contrat, le légitime et le réglemente en bout de course¹⁵¹. Il faut, somme toute, que le contrat soit autorisé et figure dans « une case de la loi¹⁵² ». Ajoutons que le jusnaturalisme est dualiste dans la mesure où il juge le droit positif à l'aune du droit naturel, alors que le positivisme est moniste, ne reconnaissant pas le droit naturel à titre d'objet d'étude¹⁵³.

145. S. Goyard-Fabre, *La textualité du droit, Étude formelle et enquête transcendantale*, Paris, Cerf, 2012, p. 310.

146. M. Troper, « Positivisme juridique », *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

147. *Ibid.*

148. *Ibid.*

149. U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1996 107 p. (Milan, Edizioni di Comunità, 1965), p. 77

150. « Du point de vue d'une épistémologie positiviste, il n'est donc pas positiviste et constitue plutôt une variante du jusnaturalisme », M. Troper, « Positivisme juridique », *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

151. J.-L. Baudouin, P.-G. Jobin et N. Vézina, *Les obligations*, 7^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 147.

152. D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 37.

153. M. Troper, « Positivisme juridique », *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

Par rapport au volontarisme, « [la] théorie positiviste du contrat qui combat vigoureusement l'autonomie de la volonté reconnaît dans la liberté contractuelle l'une de ces manifestations » mais conformément aux propos de Rouhette¹⁵⁴ « elle juge dans le même temps qu'il vaudrait mieux protéger la liberté contractuelle “des relents pseudo-métaphysiques de l'autonomie de la volonté” et lui reconnaître une existence propre¹⁵⁵ ». Ainsi, « [s]elon Kelsen, contrairement à ce que suggère la théorie classique, il n'y a pas de séparation radicale de la loi et de l'acte juridique comme actes créateur de droit, d'une part, d'application du droit, d'autre part. Tout acte constitue en même temps une création et une application du droit¹⁵⁶ ». Par conséquent : « [o]n reconnaît à Kelsen le mérite d'avoir ainsi mis en évidence la nécessité de distinguer la convention en tant que procédure de création d'une norme et en tant que norme issue de cette procédure¹⁵⁷ », de telle sorte que « [...] Kelsen montre que le choix en faveur de la liberté individuelle, qui se traduit par le principe d'autonomie des volontés, est métaphysique ou politique au sens plus large, et qu'il n'est donc pas imposé par la nature même des relations contractuelles¹⁵⁸ ». Du reste, la notion de source est rejetée par Kelsen puisqu'au « regard de la théorie du droit positif, seul du droit peut être source du droit »¹⁵⁹. Ainsi, le contrat est pour lui envisagé « du point de vue de la théorie pure du droit » ce qui implique que le « problème sociologique du contrat reste en dehors de la discussion¹⁶⁰ ». Pour reprendre les termes de Kelsen :

À considérer les choses de façon stricte, l'individu n'est nullement libre vis-à-vis de la norme ou de l'ordre créés par convention. Cette liberté individuelle (qui est tout autre chose que la liberté dans le sens d'auto-détermination ou d'autonomie) n'existe que dans la procédure de création des normes¹⁶¹.

Quant à Rouhette¹⁶², il « fait clairement apparaître que le droit positif ne puise pas son inspiration essentielle dans le principe de l'autonomie de la volonté » et sa construction « a en commun avec la construction de Kelsen de vouloir tout ramener à des situations objectives entièrement dépendantes du droit positif et se heurte ici aux mêmes objections fondamentales¹⁶³ ». Pour reprendre les termes de

154. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique du contrat*, Paris, 1965.

155. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 171.

156. *Id.*, p. 118.

157. *Id.*, p. 227.

158. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 167.

159. M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 30.

160. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », (1940) 1-4, *Arch. phil. droit*, 33-76, 33.

161. *Id.*, 64.

162. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique du contrat*, Paris, 1965.

163. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 173.

Villey, « le droit n'est pas un objet pur ; il n'existe pas on le fait. Et qu'il en ait ou non conscience, le juriste défend une cause. Décrire pour lui, c'est choisir¹⁶⁴ ». Dans cette optique, Melkevick souligne :

L'image d'une pyramide de « lois pour tous » et la force obligatoire qui est supposée s'y exprimer, assurent ainsi une opérationnalité optimale en faveur de l'administration et de la gouvernance. Ce qui enchante le partisan d'un tel « positivisme opérationnel » est qu'il conjugue « facilité, validité et rendement » comme étant au-dessus de la mêlée et immédiatement efficient¹⁶⁵.

Il est reconnu aujourd'hui que les partisans du positivisme juridique produisent la très forte majorité du discours contractuel, sans trop s'arrêter aux considérations théoriques, ce qui fait d'ailleurs dire à un auteur que nous « vivons une éclipse à la philosophie du droit¹⁶⁶ ». Cette acceptation généralisée pourrait s'expliquer par « son apparence d'objectivité par rapport aux idéologies dominantes adverses, faisant rage pendant toute la période qui s'achève avec la chute du mur de Berlin¹⁶⁷ ». Pourtant, le programme est irréalisable :

Dans la mesure où elle entend confronter la notion traditionnelle du contrat au droit positif conçu comme réel, la théorie positiviste du contrat se donne un programme sans doute irréalisable. L'épistémologie juridique moderne paraît en effet démontrer que le droit n'est pas un donné s'imposant intégralement, de l'extérieur, à l'observateur mais qu'il est toujours par lui partiellement reconstruit¹⁶⁸.

Bien plus, le positivisme conduit à la désorganisation sociale, ce qui s'oppose à une conception du contrat à titre d'artéfact social¹⁶⁹ ou de fait institutionnel¹⁷⁰ :

Le positivisme juridique, qu'il essaie de fonder le droit sur l'idée exclusive de volonté considérée comme fait naturel, ou qu'il se base sur des constatations sociologiques, est une conception dangereuse, car il élimine justement ce qui fait le propre du droit, l'idée d'un impératif éthique rationnel. Cet impératif est tout le contraire d'une réalité sensible. En supprimant l'idée normative de la justice, le positivisme conduit par la voie la plus directe à la désorganisation sociale : il supprime ce qui fait la communion sociale, il

164. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 291.

165. B. Melkevick, « Une note sur la notion de "Force obligatoire" et le droit », dans *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, (Brésil), Número especial: Jornadas jurídicas Brasil-Canada*, 2013, p. 99-116, à la p. 107.

166. M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p. 4.

167. *Id.*, p. 30-31.

168. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 236.

169. A. Bélanger et A. Bordeleau, « Art, Architecture and Law: The Architectural Project and the Legal Contract as Social Artefacts », (2014) 4(3) *Architecture_MPS* [en ligne].

170. N. MacCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, J.G.D.J., 1992, p. 52-53.

fait arbitrairement abstraction de l'intelligence dans l'action, intelligence qui produit la cohésion des activités sociales humaines et leur organisation harmonieuse en un ordre rationnel¹⁷¹.

Ainsi, « [d]ire que le contrat tire sa force obligatoire de la loi n'explique pas pourquoi il est juste que le contrat oblige et pourquoi il faut lier les hommes par leurs paroles. La question demeure de savoir pourquoi lorsque l'on appuie sur le commutateur électrique la lumière s'allume¹⁷² ». À ce titre :

Le philosophe manquerait à sa vocation d'« ami de la sagesse » s'il n'ébranlait, grâce à sa lucidité, les modes idolâtres et mystificatrices, surtout lorsqu'elles deviennent des routines. Il est pour lui impératif de se débarrasser de l'idole positiviste caractérisée par la cécité à l'égard du sens, des valeurs et de l'esprit. Il lui faut retrouver, au niveau principal du droit, les paradigmes fondateurs dont elle l'a privé¹⁷³.

Et c'est en partie à cette tâche de renouveau dogmatique que le professeur Ghestin s'est attaqué avec l'élaboration de la théorie de l'utile et du juste.

Utile et juste

À l'époque contemporaine, un auteur, Jacques Ghestin, s'est distingué en élaborant une théorie, la théorie de l'utile et du juste, susceptible de répondre à cette question de l'« au-delà » (la finalité) ou, peut-être plus exactement, de l'« en-deçà » (le fondement) de la règle du jeu contractuel. Selon cet auteur, « le juste et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat ».

François Chénéde¹⁷⁴

Officialisée par sa publication dans les *Archives de philosophie du droit* en 1981¹⁷⁵ et rapidement relayée par les civilistes de la francophonie, la théorie de l'utile et du juste constitue un classique contemporain de la théorie des contrats. Prenant appui sur l'*utilité publique* du contrat, étant donné son rôle économique élargi, et sur la justice commutative, qu'il définit à partir d'écrits d'Aristote et de Thomas D'Aquin, Ghestin propose une alternative au volontarisme contractuel.

171. M. Djuvara, « L'idée de convention et ses conséquences juridiques », (1940) 10 *Arch. Philo du Droit*, 110-158, 158.

172. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012, p. 67.

173. S. Goyard-Fabre, *La textualité du droit, Étude formelle et enquête transcendantale*, Paris, Cerf, 2012, p. 310.

174. F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 155-181, 167.

175. J. Ghestin, « L'utile et le juste dans le contrat » (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35-57.

Ainsi, la notion d'utilité se «dédoublent» en utilité individuelle pour chaque contractant (leur intérêt somme toute) et l'utilité publique, version actualisée de la «philosophie utilitariste anglaise du XVIII^e siècle¹⁷⁶», alors que la justice se scinde en étant d'une part distributive et d'autre part commutative (ou correctrice), cette dernière impliquant que le contrat «ne détruit pas l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines; ce qui implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne¹⁷⁷». Quant à l'utilité publique elle «explique aussi, et peut-être surtout, les limites qui lui sont imposées au nom de l'intérêt général, c'est-à-dire au nom des valeurs jugées essentielles par et pour la société¹⁷⁸». Sans entrer dans les débats de philosophie politique relatifs à la notion d'*utilité*, il semble néanmoins pertinent de souligner que pour certains, l'utilité ne peut qu'être individuelle, dans la mesure où «si ces propos peuvent s'avérer dans un véritable contexte de liberté, ils nous semblent dangereux lorsque le contrat conclu est, comme c'est le cas la plupart du temps, un contrat d'adhésion¹⁷⁹» et que, par conséquent, «au-delà des discours théoriques et des débats universitaires, une théorie contractuelle visant les contrats synallagmatiques ne peut écarter l'assise de l'intérêt individuel¹⁸⁰».

Ghestin présente désormais sa théorie non à titre de principes fondamentaux – ce qu'il faisait en 1980¹⁸¹ – mais de *justificatifs*. Cela dans la mesure où selon ses termes : «[e]n les présentant comme les fondements objectifs de la force obligatoire du contrat, par opposition à son fondement positif, nous avons simplement voulu dire que cette force obligatoire n'était vraiment socialement "justifiée" au regard du droit objectif, ou si l'on préfère du droit naturel, qu'à la condition qu'il soit juste et utile¹⁸²». Ce qui dénote une certaine tendance à ne pas se contenter de «décrire ce qu'est, positivement, le droit», mais à tenter de proposer «ce qu'il devrait être à la lumière des principes directeurs du contrat¹⁸³». En justifiant ainsi la force obligatoire ni complètement sur le droit naturel ni sur le droit positif¹⁸⁴, mais sur les finalités sociales du contrat, Ghestin n'écarte pas pour autant le rôle de la volonté qui demeure «le trait caractéristique, la procédure spécifique de formation du

176. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 118.

177. J. Ghestin, «L'utile et le juste dans le contrat», (1981) 26 *Archives de philosophie du droit*, 35-57, p. 47.

178. F. Chénéde, «De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité», (2012) 4, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 155-181, 167-168.

179. M.-A. Grégoire, «*Économie subjective c. Utilité et intérêt du contrat*. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi», (2010) 44 *R.J.T.* 11-49, 20.

180. *Id.*, 21.

181. J. Ghestin, «Le juste et l'utile dans le contrat», (1981), 26 *APD*, 35-57, 41.

182. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, p. 139.

183. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?* Paris, LGDJ, 1997, p. 215.

184. Certains parlent même de «net abandon des thèses positivistes.» : *Ibid.*, p. 210.

contrat¹⁸⁵ ». Toutefois, le rôle de la volonté se limiterait à l'élément personnel de l'utilité du contrat pour chacune des parties, dans la mesure où « [l]a recherche par le contrat d'une utilité particulière à la personne qui s'engage est le but que poursuit sa volonté dans l'exercice de sa liberté contractuelle¹⁸⁶ ». Finalement, entre positivisme et droit naturel, cette théorie est somme toute bien de son temps¹⁸⁷, en ce qu'elle s'inscrit dans une conception néo-utilitariste du contrat, tout comme par ailleurs la majorité des approches aujourd'hui influentes.

2.2 LES INFLUENCES ET LES DOGMES : ÉCONOMIE, MORALE ET CONTRACTUALISATION

Le terme « influence » doit s'entendre au sens de ce qui « agit progressivement sur les dispositions psychiques ou sur les opinions morales, intellectuelles, politiques¹⁸⁸ ». Avec plus ou moins d'impact, faudrait-il ajouter, dans la mesure où l'influence des cinq approches prises en compte ici diverge selon les modes et les courants de pensées, sinon dans l'absolu. On ne sera guère surpris d'y déceler l'esprit de l'économisme ambiant, doublé d'une bonne dose de moralisme plus ou moins tranquilisant. Place donc à l'*air du temps*, avec la théorie relationnelle ; la nouvelle moralité contractuelle ; le solidarisme ; et le double phénomène de contractualisation et de contractualisme.

Théorie relationnelle du contrat

Vaste programme ! Qui suppose qu'on relativise la force obligatoire des promesses et qu'on accentue la portée normative des autres faits de la relation contractuelle. Qui invite les juristes à ne plus considérer les règles de l'État comme la référence absolue en matière de normativité contractuelle pour se faire plutôt les promoteurs du pluralisme normatif et juridique, les interprètes des exigences d'internormativité et d'interlégalité au sein d'une « société relationnelle ».

Jean-Guy Belley¹⁸⁹

Réfutant la conception volontariste du contrat, Macneil a élaboré une théorie socio-économique¹⁹⁰, méthodique et organisée, à partir de deux catégories : la

185. *Ibid.*, p. 212.

186. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, p. 139.

187. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* Paris, LGDJ, 1997, p. 210.

188. www.cnrtl.fr/definition/influence

189. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 305.

190. *Dictionnaire de droit privé, Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 88.

transaction et la relation¹⁹¹. Il définit la transaction comme un *discrete exchange*, archétype de la conception volontariste¹⁹². Ainsi, il y a « [r]upture d'abord avec le dogme de l'autonomie de la volonté » en ce que « [l]e paradigme relationnel rejette la primauté de principe du volontarisme sur le non-volontaire et de l'explicite sur l'implicite¹⁹³ ». Tel que le souligne Rolland « [c]ette théorie est plus englobante puisqu'elle inclut le contrat transactionnel que la doctrine juridique classique pose comme moule universel, mais sans exclure ou marginaliser les autres figures dont l'empirie nous apprend qu'elles sont des modèles constants dans le mode économique contemporain¹⁹⁴ ». La conception volontariste serait d'ailleurs inadéquate en raison entre autres de la non prise en compte de l'identité des parties, de l'interprétation du contrat en référence à l'échange de consentements instantanés, du nombre limité et hiérarchisé des modes de preuve¹⁹⁵, de l'ignorance de la cause subjective et les remèdes limités pouvant être appliqués au contrat¹⁹⁶. Selon Macneil, tous les éléments de la théorie relationnelle étaient réunis dans les rapports contractuels dès le XIX^e siècle¹⁹⁷. La théorie relationnelle ne se contente pas de critiquer la loi, la doctrine, la jurisprudence ou les idéologies existantes ; il s'agit d'une œuvre de construction, qui bâtit des idées nouvelles¹⁹⁸. Par ailleurs, Macneil utilise à la fois des concepts de la théorie économique utilitariste¹⁹⁹ et de théories plus sociales²⁰⁰. Il en résulte un amalgame théorique²⁰¹ et, dans un certain sens, un

191. Cette partie reprend en partie et résume le texte suivant: A. Bélanger et J. Manekeng Tawali, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », (2009) 50 *Cahiers de Droit*, 37-75.

192. La transaction à titre de *discrete exchange* est un échange instantané entre deux agents économiques quasi-indépendants ; voir I. R. Macneil, « Relational Contract: What We Do and Do Not Know », (1985) 2 *Wis. L. Rev.*, p. 483 ; « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* p. 694.

193. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 303.

194. L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L.J.*, 903-952, p. 922.

195. I. R. Macneil, « Contracts Adjustment of Long Term Economic Relations Under Classical, Neo-classical and Relational Contract Law », (1978) 72 *Northwestern University L. Rev.* p. 863. Selon Macneil, la loi donne trop d'importance à certaines formes par rapport à d'autres, en raison de considérations qui lui semblent arbitraires. Il soutient qu'il serait plus utile de prendre en compte le contexte de la relation comme point de départ en vue de déterminer les sources du contrat.

196. Macneil mentionne également que : « classical contract law draws clear lines between being in and not being in a transaction » et il ajoute que : « the introduction of third parties into the relation is discouraged since multiple poles of interest tend to create discreteness destroying relation », I. R. Macneil, « Contracts Adjustment of Long Term Economic Relations Under Classical, Neo-classical and Relational Contract Law », (1978) 72 *Northwestern University L. Rev.* p. 864.

197. I. R. Macneil, « Relational Contract: What We Do and Do Not Know », (1985) 2 *Wis. L. Rev.*, 490.

198. *Id.*, 516, 517, 518 et 519. Il ne se revendique ni de l'école utilitariste, ni de celle de la critique du droit, ni de l'analyse économique car il estime qu'elle se cantonne à critiquer. Par ailleurs il critique les autres écoles non critiques d'être trop éclectiques. Voir *idid.*, pages 521 et s.

199. I. R. Macneil, « Exchange Revisited: Individual Utility and Social Solidarity in Symposium on Metaethics » (1986) *Ethics*, 568 ; « Bureaucratic, Liberalism and Community-American Style » (1984) 79, *Northwestern University Law Review*, 935.

200. Voir D. Campbell, « Ian Macneil and The Relational Theory of Contract », dans *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, London, Sweet and Maxwell, 2001, p. 46.

201. En raison de cet amalgame, par plusieurs points, il rejoint et s'éloigne des idées de Caillé (Mauss) comme nous le verrons dans la suite des développements.

renversement des hiérarchies bénéfique à la réflexion relative à théorie des contrats. Ce qui, dans une perspective d'ouverture théorique, « suppose des interactions dont les modèles ont été dessinés par les sciences qui, comme la psychologie, s'intéressent aux relations interpersonnelles : d'interactions conflictuelles ou harmonieuses dépend l'échec ou le succès de la relation²⁰² ».

Ainsi, Macneil définit le contrat comme étant la projection de l'échange dans le futur à partir de la combinaison de plusieurs éléments, notamment la spécialisation du travail, le sens du choix et la conscience du temps²⁰³. Dit autrement, « alors que dans la vie moderne des affaires la plupart des contrats sont des contrats de long terme, caractérisés par la coopération entre les parties, la flexibilité, et donc la volonté de les ajuster sur le long terme plutôt que de rester liés par les termes exacts des promesses initiales²⁰⁴ ». Pour certains, « cette qualification n'est pas forcément aisée à appliquer [en droit civil] : les critères en demeurent flous et elle peut concerner un contrat à durée indéterminée ou plusieurs contrats à durée déterminée²⁰⁵ ». Pour d'autres, « [i]l est difficile de trouver du contrat relationnel une définition qui satisfasse le juriste²⁰⁶ ». Pourtant, Jean-Guy Belley, reprenant le corpus théorique de Macneil, définit le contrat comme « une norme de coopération étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme²⁰⁷ ». Et pour résumer, toujours selon les termes de Belley, « les échanges se font de plus en plus relationnels et la projection dans le futur de plus en plus réflexive²⁰⁸ ». La théorie relationnelle prend donc ses distances vis-à-vis de la théorie classique en inscrivant la relation contractuelle dans la perspective d'une adaptation future qui ne nécessite pas que tous les éléments soient connus et mesurés au moment de la formation du contrat²⁰⁹.

L'un des traits distinctifs de la théorie relationnelle réside dans l'importance accordée à la durée dans le contrat. Ainsi, pour certains auteurs, la majorité des

202. L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L.J.*, 903-952, 925.

203. « I defined the contract as « the relations among parties to the process of projecting exchange into the future » ; voir Ian R. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, p. 36 ; Également, du même auteur : « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review*, 712 et 713.

204. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012, p. 203.

205. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 452.

206. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008, p. 418.

207. J.-G. Belley, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *Conférences Meredith Lectures 1998-1999, La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics. The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2000, p. 139.

208. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 302.

209. Comme l'explique Macneil : « ... what is suggested is merely that inclusion of all choice situations, however truncated or twisted the choice may be, within the definition of the contract may be useful in developing an understanding of the many futures of contract... ». Sans quoi, on ne peut appréhender le contrat dans toute sa dimension. Voir « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review*, p. 705.

échanges présente un aspect relationnel, et donc temporel, plus ou moins marqué²¹⁰. C'est pourquoi, selon H. Muir Watt, le contrat relationnel aboutit à une « situation complexe, évolutive et autonome par rapport à son créateur²¹¹ ». L'interprétation du contrat devrait se faire en tenant compte non pas uniquement de la volonté initiale des parties, ou encore en référant à une hypothétique intention commune, mais en réponse aux besoins et aux attentes des deux parties tout au long de la relation. À cet effet, Macneil critique la rigidité du volontarisme contractuel qui soumet le contrat à une importante « *presentiation* » qui consiste à « *projecting the present into the future* » ou « *bringing the future into present*²¹² ». Selon la formule de Muir Watt, la *presentiation* tend « à rendre présents (actuels) tous les éléments de l'avenir contractuel afin qu'ils soient maîtrisés dès la conclusion du contrat²¹³ ». Cela signifie que seules les circonstances ayant présidé à la formation du contrat, c'est-à-dire au moment de l'échange des consentements, sont considérées pour interpréter le contrat. Or, dans toute relation contractuelle inscrite dans une certaine durée, la rationalité des parties est plutôt limitée et l'incertitude est inhérente à la relation. Dans le contrat relationnel, cette *presentiation* est essentiellement limitée, elle ne concerne qu'une fraction du lien contractuel²¹⁴. Par conséquent, l'échange est à la fois un outil de prévision prescrivant des obligations explicites et un instrument appelé à s'adapter aux changements d'origines interne (motivation des parties) ou externe (changement de circonstances)²¹⁵. En permettant au contrat relationnel de prendre en compte l'avenir, on augmente ses chances d'adaptation aux événements futurs et on prolonge ainsi son effectivité²¹⁶.

Macneil réserve une bonne place à la période précontractuelle dans le contrat relationnel. Il la conçoit comme l'étape de l'apprentissage pendant laquelle chaque partie apprend à se connaître et à maîtriser le fonctionnement de la relation. En

210. Voir H. Muir Watt, « Du contrat relationnel, Réponses à François Ost », dans Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La relativité des contrats*, Paris, LGDJ, 2000, p. 174.

211. H. Muir Watt, « Du contrat relationnel, Réponses à François Ost », dans Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La relativité des contrats*, Paris, LGDJ, 2000, p. 175.

212. I. R. Macneil, « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review*, p. 800. La *presentiation* renvoie à la capacité des parties à rendre l'avenir intégralement actualisable et probabilisable, afin de l'intégrer au présent. Macneil constate que ceci est impossible dans la *promise* et il pense que les difficultés qui naissent de la *presentiation* sont réduites lorsque les parties peuvent adapter leur contrat au fur et à mesure, leur permettant ainsi de se libérer du lien contractuel originel. Voir I. R. Macneil, « Contracts Adjustment of Long Term Economic Relations Under Classical, Neo-classical and Relational Contract Law », (1978) 72 *Northwestern University L. Rev.*, p. 887 ; « The Many Futures of Contracts » (1974) 47 *Southern California Law Review*, p. 35-37.

213. H. Muir Watt, « Du contrat relationnel, Réponses à François Ost », dans Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La relativité des contrats*, Paris, LGDJ, 2000, p. 173.

214. C.J. Goetz et R. Scott « Principles of relational contract », *Vancouver Law Rev.*, 1981, p. 1089 – 1091 ; I. R. Macneil, « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review*, p. 726.

215. I. R. Macneil, « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review*, 718.

216. *Idem*.

fait, l'entrée d'une partie dans la relation est subordonnée à la compréhension et à l'acceptation des exigences de la relation²¹⁷. Par ailleurs, la réussite de la relation entre les contractants repose entièrement sur la coopération future qui passe par la planification mutuelle et continue depuis l'échange de consentement²¹⁸. Reste à établir si des parties inégales sauraient reconnaître l'intérêt d'une telle coopération. Et surtout, dans quelle mesure la théorie relationnelle offre aux parties les moyens juridiques pour y arriver.

Macneil refuse également le rapprochement entre sa théorie et la conception néoclassique du contrat, qui renforce le rôle de la bonne foi dans les contrats²¹⁹. Il assimile cette dernière à une théorie classique ajustée dans laquelle seuls changent les détails et non les principes fondamentaux²²⁰. S'il ne dénie pas le rôle de la bonne foi au contrat, il incite à la prudence quant à son utilisation. Dans la même optique, Macneil soutient que : « *individuals utility cannot serve as an adequate reason for enforcing a sufficiently indefinite agreement*²²¹ ». Par conséquent, « *other justifications must be found*²²² ». Somme toute, la théorie néoclassique est parcellaire, puisqu'incapable de permettre aux parties de résoudre leurs difficultés par elles-mêmes et d'inscrire ainsi le contrat durablement dans le temps. Ainsi, Macneil soutient que : « *at a general proposition these doctrines aim not at continuing the contractual relations but at picking up pieces of broken contracts and allocating them between the parties*²²³ ».

Macneil soutient également que la théorie relationnelle a une vocation universelle parce qu'elle repose sur l'échange qui serait la principale figure représentative de la relation sociale²²⁴. Il a par d'ailleurs une conception étendue de l'échange qui dépasse la dimension purement monétaire : « *“exchange” as used here is most certainly not “measured reciprocal payment” a commun used of the term by both Marxist and non Marxist writers*²²⁵ ». La large définition de l'échange doit, selon

217. *Ibid.*, 751-753.

218. *Ibid.*, 779-782.

219. I. R. Macneil, « Contracts Adjustment of Long Term Economic Relations Under Classical, Neo-classical and Relational Contract Law », (1978) 72 *Northwestern University L. Rev.*, 881.

220. Parlant du rapport entre théorie néoclassique et théorie classique il affirme : « *The feeling comes in details, not in the overall structure* ». I. R. Macneil, « Contracts Adjustment of Long Term Economic Relations Under Classical, Neo-classical and Relational Contract Law », (1978) 72 *Northwestern University L. Rev.* p 885.

221. *Ibid.*, p. 872.

222. I. R. Macneil, « Contracts Adjustment of Long Term Economic Relations Under Classical, Neo-classical and Relational Contract Law », (1978) 72 *Northwestern University L. Rev.*, 874.

223. *Ibid.*, p. 875.

224. Soulignons que Macneil ne définit pas précisément la société dont il parle, il se contente de prendre pour référence Adam et Ève. Si Macneil situe en même temps le point de départ de l'existence du contrat à celle de la spécialisation du travail, il présume dès lors que la spécialisation du travail n'est pas survenue avec Adam Smith, mais qu'elle a toujours été présente sous des formes dont les individus avaient plus ou moins conscience. Voir I. R. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry Into Modern Contractual Relations*, New Haven Yale University Press, 1980, p. 1 et 2.

225. Il n'est pas nécessaire que le paiement soit toujours fait en argent, que la réciprocité entre les parties soit absolue ou que l'impératif de faire des profits soit prioritaire. Voir I. R. Macneil, « The Many Futures of

Macneil, s'appliquer à toute la société. Ainsi, elle vise aussi bien les actes de pure gratuité, le vol ou la fraude, que l'esclavage et le travail forcé²²⁶. La théorie relationnelle s'appliquerait tant à la société prémoderne, qu'à la société moderne et même au monde animal²²⁷. Une définition pour laquelle il est difficile de déterminer les critères précis mais dont l'étendue laisse supposer qu'elle recouvre l'échange économique et utilitaire, sans pour autant y être réduite²²⁸. Dans la théorie relationnelle, les « *primal roots of contract* »²²⁹ sont constitués de la propriété individuelle, de la spécialisation du travail humain, du sens du choix et de la conscience du futur²³⁰. Somme toute, selon Belley :

C'est dire, on l'aura deviné, à quel point la théorie relationnelle du droit des contrats fait confiance à l'autonomie des acteurs sociaux et attend beaucoup de leur réflexivité contractuelle. Elle ne partage pas la méfiance de la société traditionnelle à l'égard des individus ou des groupes qui agissent dans la marge de tolérance des normes sociales. Elle ne suit pas la mentalité républicaine dans la dérive jacobine qui lui fait considérer avec suspicion les normes négociées, non étatiques et particulières, pour mieux réaffirmer les vertus, réelles ou fictives, mais au demeurant toujours insuffisantes, du droit étatique imposé et général. Elle n'obéit pas au réflexe de la doctrine de droit public qui ne valorise les pratiques contractuelles que dans la mesure où elles sont assujetties à un contrôle réglementaire qui peut fort bien confondre « primauté du droit » et stricte conformité à la légalité étatique²³¹.

Il s'agit donc, ni plus ni moins, d'une réponse, à titre de changement de mentalité, aux mutations socioéconomiques²³² et cette réponse « transforme radicalement les principes de base ; la vision générale requise désormais suppose une

Contracts», (1974) 47 *Southern California Law Review*, p. 700.

226. En ce qui concerne le travail des esclaves, Macneil a ensuite changé d'avis et exclu celui-ci de sa définition. Voir I. R. Macneil, « Values in Contract: Internal and External » (1983) *Northwestern University Law Review* 78(2), 369.

227. Voir I. R. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven Yale University Press, 1980 p. 10 et s.

228. De l'avis de D. Campbell, l'échange tel que défini par Macneil englobe la conception économique de celui-ci. Voir David Campbell, « Ian Macneil and the relational theory of contract », dans *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, London, Sweet and Maxwell, 2001, p. 49. Voir également D. Campbell, « The Social Theory of Relational Contract: Macneil as The Modern Proudhon » (1990), 18, *International Journal of the Sociology of Law*, 75.

229. Voir I. R. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, p. 1 et s.

230. Macneil considère la spécialisation du travail comme une donnée acquise et liée à l'existence des espèces, fussent-elles animales ou végétales. Cette spécialisation naturelle serait d'origine simplement morphologique et d'ailleurs programmée génétiquement chez les animaux. Voir I. R. Macneil, « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review*, p. 698.

231. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 309.

232. L. Rolland, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », (2006) 47(1) *C. de D.*, 13-32, 30.

compréhension nouvelle de la fonction du contrat au sein du système juridique et sa revalorisation nécessaire dans la pensée juridique dominante²³³ ».

Le point le plus important – certains diraient le plus inquiétant – apparaît au niveau de la dimension juridique de la théorie, en ce que la séparation de base s'opère entre la transaction et la relation, deux catégories au départ hermétiques. La première est présentée comme formellement juridique, alors que la deuxième semble s'insérer plutôt dans une optique économique²³⁴. En outre, Macneil n'aborde pas vraiment la question du fonctionnement du dispositif juridique, ni ne tente de donner un sens juridique à la relation contractuelle ou de fonder la force juridique des obligations afin de favoriser la compréhension des parties. Ceci est dû au fait que cette théorie est envisagée en termes purement économiques, le rôle majeur du contrat étant finalement de fournir un cadre pour les échanges marchands (la spécialisation du travail, sens du choix, propriété individuelle), certes en vue de critiquer l'analyse économique standard, mais tout en restant dans la perspective économique qui situe toujours le contrat comme bien économique. En définissant sa théorie hors du cadre juridique, Macneil ne donne pas aux parties les moyens de puiser dans le droit les ressources qui leur permettraient de maîtriser le sens et la portée de leur relation et de résoudre les litiges qui pourraient survenir. Dans cette optique, la perspective du contrat relationnel permet uniquement l'opposition entre les contrats classiques, néoclassiques et relationnels²³⁵. Le véritable changement réside alors dans le fait de repeindre, en quelque sorte, le marché aux couleurs de la relation contractuelle, à titre d'instrument économique supplémentaire²³⁶. Par ailleurs, c'est dans un tel contexte que Macneil propose de laisser la relation contractuelle aux mains des parties. En effet, il n'admet qu'exceptionnellement le recours aux juridictions, et encore préfère-t-il les arbitres aux juges. Or, rien ne permet d'affirmer que les premiers soient mieux à même que les seconds de garantir l'appropriation par les deux parties de la nature de leurs obligations et de leur portée, ou de prendre suffisamment en compte le déséquilibre contractuel qui caractérise les rapports de masse, d'ancrer leur intervention sur la coopération et la collaboration. Au surplus, la relation se présente comme un cadre souple qui n'indique jamais la direction à prendre, ce qui ne favorise pas la compréhension mutuelle des parties. Ainsi, la théorie relationnelle selon laquelle chaque contrat n'est qu'un échange

233. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 300.

234. Une position qui nous a été inspirée par les analyses de T. Kirat et L. Bazzoli, « À propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons versus Williamson », (2003), *Économie Appliquée*, Tome LVI, n°3, Septembre, 199.

235. T. Kirat et L. Bazzoli, « À propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons versus Williamson », (2003), *Économie Appliquée*, Tome LVI, n°3, Septembre, 171-209.

236. Pour l'aspect économique de la théorie de Macneil, voir D. Campbell, « The Social Theory of Relational Contract: Macneil as the Modern Proudhon » (1990), 18, *International Journal of the sociology of law*, 82.

économique spécifique, ne permet pas d'établir une synergie entre les règles individuelles et les règles collectives²³⁷. Pourtant, et sans doute en raison de ce leitmotiv si contemporain que la *flexibilité*, cette théorie est aussi ambitieuse que séduisante : « La flexibilité, fer de lance de la théorie relationnelle, se conjugue à la solidarité et la coopération pour assurer l'efficacité juridique et économique des contrats²³⁸ ». Comme quoi l'économisme semble devoir aller de pair avec à une certaine forme de moralisme.

Bonne foi et moralisme

[...] les textes du droit, avec un sérieux imperturbable, excluent en leur lettre stricte l'ambiguïté, le quiproquo, l'approximation, l'indécision ou tout simplement – du moins de manière théorique! – l'incertain et le flou. Les injonctions et les obligations, les prohibitions et les interdits ne tolèrent ni la plaisanterie, ni le sarcasme, ni la supplication, ni l'à-peu-près. Si l'on rétorque en ce point que, à notre époque, la textualisation du droit, loin d'être aussi nette et dépourvue de ces « bavures » aux effets pervers, est le lieu où s'installent insidieusement des notions à contenu variable qui incitent à la « flexibilité » et au « flou », il faut répondre qu'il est question, en ces circonstances délétères, d'une véritable pathologie provoquée par une « crise » du droit.

Simone Goyard-Fabre²³⁹

La question de la moralisation du droit des contrat s'inscrit dans une dimension théorique globale, ce qui « met en lumière l'une des principales difficultés de la théorie du droit : donner une explication satisfaisante de l'évolution et de la concrétisation des systèmes juridiques²⁴⁰ ». On a souligné que la moralisation du droit est un obstacle à la réflexion critique, dans la mesure où une « attitude critique par rapport au droit n'est possible que si l'on a préalablement identifié en quoi il consiste²⁴¹ ». La morale s'opposerait donc à une vision *scientifique* du droit en ce

237. Voir T. Kirat et L. Bazzoli, « À propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons versus Williamson », (2003), *Économie Appliquée*, Tome LVI, n°3, Septembre, 171-209.

238. L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L.J.*, 903-952, p. 938.

239. S. Goyard-Fabre, *La textualité du droit, Étude formelle et enquête transcendantale*, Paris, Cerf, 2012, p. 81.

240. O. Pfersmann, « Morale et droit », D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1040-1046, 1045.

241. *Ibid.*, p. 1043.

qu'elle ne cadrerait pas avec le positivisme²⁴². Pourtant, des juristes, et non des moindres, ont présenté la bonne foi, « concept paré de toutes les vertus²⁴³ », tel un outil (l'outil?) de contrôle issu d'une moralité contractuelle nouvelle²⁴⁴, comme le principe fédérateur²⁴⁵ qui est l'expression d'une nouvelle moralité contractuelle²⁴⁶, reflétant ainsi une préoccupation pour « une plus grande justice contractuelle²⁴⁷ ». Somme toute, « [e]n codifiant le devoir de bonne foi, le législateur a nécessairement modifié une partie de l'idéologie dominante de la théorie contractuelle²⁴⁸ », rien de moins.

Tout système juridique fait place de manière plus ou moins importante à la bonne foi²⁴⁹. Il reste toutefois à établir ce que signifie cette notion vague par essence, ce qui lui permet par ailleurs d'exprimer une grande souplesse favorisant l'application du droit. Un bref retour historique s'impose ici. C'est au Moyen Âge que se développe la conception morale de la bonne foi, alors que la paix sociale était basée sur la foi : la foi en son seigneur (terrien) qui protégeait ses vassaux ; la foi en l'Église qui représentait Dieu ; la foi en Dieu qui protégeait et représentait tout. Pour simplifier, et au risque de caricaturer : on ne pouvait trahir sa foi, il fallait s'y conformer ; il fallait être de *bonne foi*. Avec l'entrée du droit dans la modernité et l'accent mis sur la raison à titre de « nouveau » fondement politique et juridique, la portée juridique de la bonne foi morale a été atténuée au profit de l'individu sujet de droit (sa liberté, son égalité, son émancipation, sa volonté éclairée). Or, les questions morales sont réapparues en force dans le domaine du droit ces dernières décennies, alors que d'aucuns croyaient que le droit positif avait mis un terme à

242. *Ibid.*, p. 1044.

243. B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 36.

244. « Quant à la bonne foi, entendue dans son double sens de croyance erronée et de norme de comportement, elle est, surtout depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, au centre même de l'activité contractuelle. Elle est désormais bien connue des tribunaux qui l'appliquent souvent dans l'exercice du contrôle d'une moralité contractuelle nouvelle. », Jean-Louis Baudouin, « Introduction », dans *Droits de la personne : Solidarité et bonne foi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 13.

245. L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *McGill L.J.*, 903-952, 918.

246. Québec, ministre de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, p. 828.

247. M.-A. Grégoire, « Économie subjective c. Utilité et intérêt du contrat. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11-49, 18.

248. M.-A. Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 183.

249. É. Zoller, « Bonne foi », dans D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 143-145.

ces considérations d'équité²⁵⁰ et de morale dans le droit²⁵¹. Depuis, le rôle de la notion de bonne foi ne cesse d'être élargi en matière de contrat, au point d'être l'un des reflets importants de la postmodernité juridique.

Rappelons les trois conceptions reconnues de la bonne foi. D'abord, la bonne foi en tant que croyance erronée d'une situation juridique. C'est la bonne foi objective: le cas du créancier apparent de l'article 1559 CcQ, selon lequel le débiteur paie de bonne foi une personne qui lui semble juridiquement être le véritable créancier; il est de bonne foi, il croyait payer la bonne personne; c'est donc une erreur excusable. Ensuite, la bonne foi qui permet d'interpréter un acte selon l'esprit des contractants, plutôt que selon le texte strict. C'est le sens de l'article 1425 CcQ qui provient de la distinction établie en droit romain entre les actions de droit strict et celles dites de bonne foi. C'est en grande partie ce que l'on rattache aujourd'hui à l'idée de consensualisme. Enfin, la bonne foi comme synonyme de loyauté, d'honnêteté, de sincérité. La bonne foi qui fonde le respect de la parole donnée, de la coopération, autrement dit, la bonne foi à titre de valeur et de comportement moral. Or, cette référence à un devoir moral d'entraide est inévitablement source de malentendus. L'une des principales difficultés provient de la raison d'être de la notion de bonne foi, soit contrer la philosophie individualiste du Code civil. Un auteur le rappelle en ces termes:

[...] la portée générale d'une règle de bonne foi est d'imposer à chacune des parties contractantes l'obligation de prêter attention ou de veiller aux intérêts de l'autre partie (au lieu de se préoccuper exclusivement de ses propres intérêts). La règle du comportement de bonne foi constitue ainsi le pendant du principe directeur du droit des contrats dans le Code Napoléon, de conception essentiellement individualiste²⁵².

Les juristes n'ont pas manqué de souligner que la « première difficulté de la notion tient à sa nature même », la bonne foi étant « un concept par essence vague,

250. Ainsi, l'« équité trouve sa place dans la nouvelle moralité du droit québécois », J.-L. Baudouin, « Justice et équilibre: la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du xx^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, 29-44, p. 40. Une auteure souligne d'ailleurs la « grande similitude » entre les notions d'équité et de bonne foi, voir M. A. Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 174. Sur les distinctions tant historiques que conceptuelles et les nuances qui s'imposent, voir B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 33, ainsi que B. Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 31-32.

251. Le fait par exemple que Jacques Ghestin, dans sa définition du contrat, réfère à la théorie de la convention de Kelsen pour rejeter le volontarisme, de manière à mieux tableur sur un utilitarisme contrebalancé par la « justice », nous semble représentatif d'un tel retour moralisant généralement défendu, par ailleurs, par les tenants du néo-libéralisme. Voir J. Ghestin, « L'utile et le juste dans le contrat », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit*, 35-57.

252. H. Cousy, « Les différents cadres juridiques de l'assurance », dans F. Ewald, J.-H. Lorenzi (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 207-234, p. 227.

auquel il est impossible de donner une définition précise²⁵³». Même en reconnaissant les deux acceptions usuelles de la bonne foi – « la bonne foi est d'abord un état d'esprit ("être" de bonne foi) mais aussi une façon d'agir²⁵⁴ » –, force est de reconnaître que l'*emprise juridique* se défile. Ainsi, « [t]oute tentative de définition est contrainte de jouer sur les mots, de faire appel à des synonymes, qui à leur tour n'apportent aucune lumière et ne peuvent être réellement distingués de la bonne foi, faute d'être eux-mêmes définissables²⁵⁵ ». Comme toute « [n]otion protéiforme, la bonne foi échappe finalement à toute tentative de rationalisation²⁵⁶ ». Et les synonymes sont nombreux :

On peut convenir avec Ripert que l'appel à la bonne foi tend à moraliser le droit civil, mais cette considération ne permet pas de la rendre opérationnelle. Pour mieux la circonscrire, la doctrine invoque les termes comme « loyauté », « honnêteté », « intégrité », « fidélité », « droiture », « véracité », « comportement loyal », « souci de coopération », « absence de mauvaise volonté », « absence d'intention malveillante », [...] l'absence de bonne foi signale un comportement « blâmable », « choquant », « déraisonnable » [...]. [...] Toutes ces formulations, si intuitivement plausibles, ne font que traduire un terme général par d'autres termes généraux²⁵⁷.

Finalement, « [b]eaucoup d'auteurs y ont même renoncé, celle-ci n'étant ni possible, ni utile²⁵⁸ ». Inutile dans la mesure où cela représente un avantage certain : « Comme toute notion floue, la bonne foi légitime une intervention judiciaire. Elle permet aussi un contrôle des prérogatives contractuelles basé sur des standards objectifs²⁵⁹ ». Et il revient au juge « non d'en préserver la cohérence, mais de la créer²⁶⁰ ». Et pour préciser le rôle du magistrat, il faudrait ajouter qu'« [a]vec la bonne foi, les juges contrôlent les circonstances de l'utilisation du droit plus que le contenu du droit lui-même²⁶¹ ». À bon entendre...

253. B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 11.

254. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012, p. 68.

255. B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 12.

256. J.-L. Baudouin, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, 29-44, p. 33.

257. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008, p. 383.

258. B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 13.

259. M.-A. Grégoire, « Économie subjective c. Utilité et intérêt du contrat. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11-49, 49.

260. B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 539.

261. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012, p. 85-86.

Pour tenter de résumer, il est possible de formuler deux grandes propositions²⁶²: 1- le principe juridique de bonne foi prend racine dans le principe éthique de respect mutuel, 2- mais « s'en distingue, d'où la spécificité, par l'exigence, au nom de la sécurité juridique, d'une plus grande intensité et d'une imputabilité certaine des comportements qu'il sanctionne²⁶³ ». C'est à cette fin sans doute que la notion a été *institutionnalisée* et « s'est cristallisée dans un éventail d'institutions plus spécifiques, pour lesquelles des régimes particuliers se sont développés²⁶⁴ ». À ce titre, il est possible, si ce n'est nécessaire, de dégager quatre grandes fonctions de la notion²⁶⁵: 1- une fonction *interprétative* qui commande elle-même une interprétation large; 2- une fonction *complétive* de laquelle découle l'obligation d'information; 3- une fonction *limitative* qui proscriit les abus contractuels; 4- une fonction *adaptative* qui réfère à la théorie de l'imprévision²⁶⁶.

Ainsi, « [b]onne foi, équité et raisonnablement sont les pierres angulaires et le scellant d'une construction étanche capable d'endiguer les abus potentiels d'une liberté débridée²⁶⁷ ». Soit, et nul n'est contre la vertu. Toutefois, et pour conclure ici avec les propos d'un auteur qui s'y connaît sur la question, « [u]n sérieux effort d'analyse doctrinale reste à faire pour permettre de bien identifier les caractéristiques spécifiques des divers fondements de cette nouvelle moralité contractuelle: lésion, abus de droit, bonne foi, équité²⁶⁸ ». C'est sans doute en partie cet effort de *rationnalisation* – ou de théorisation, ce qui est sensiblement la même chose dans le contexte – que tentent et souhaitent d'opérer les partisans du solidarisme contractuel.

Solidarisme contractuel

[...] de décence, de cohérence, de proportionnalité et de coopération, et elle exclut l'égoïsme, l'indifférence, la désinvolture et le cynisme. En clair, le solidarisme contractuel oblige chaque contractant, sinon à exécuter le contrat au mieux des intérêts de son cocontractant, du moins à exécuter ses obligations et à exercer les pouvoirs, que lui confère le contrat ou la loi, sans faire abstraction des intérêts de son partenaire.

D. Mazeaud²⁶⁹

262. J.-F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 130.

263. *Idem*.

264. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008, p. 381.

265. M.-A. Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 194-247.

266. *Idem*.

267. L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L.J.*, 903-952, 919.

268. J.-L. Baudouin, « Justice et équilibre: la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du xxi^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, 29-44, p. 43.

269. Mazeaud, D., « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 57-72, p. 59.

On peut pourtant exprimer quelque réserve. En premier lieu, cette théorie n'est-elle pas naïve et porteuse d'un interventionnisme étatique en matière contractuelle? [...] En second lieu, peut-on même parler encore de contrat lorsque les volontés ne se croisent plus comme deux lames mais s'écoulent ainsi angéliquement vers le même horizon d'un intérêt commun? L'harmonie fonde le lien et celui-ci demeure tant que l'harmonie perdure, mais pas plus que cela. Le droit positif rétrograde alors de la notion de contrat à celle, archaïque, d'accord ou de concert, lesquels supposent une concorde perpétuelle, c'est-à-dire finalement l'absence d'obligation.

M.-L. Frison-Roche²⁷⁰

Le flou d'abord : « Tour à tour sentiment et idéologie, la solidarité pénètre la sphère des relations contractuelles²⁷¹ ». Deux termes associés ici, solidarité et contrat, pour un résultat « disgracieux, et plus encore d'anachronique²⁷² ». Une expression, si ce n'est une doctrine, désormais « à la mode²⁷³ », dont l'optique initiale de concurrencer le principe de l'individualisme a fait un temps « office de slogan²⁷⁴ ». De l'idée solidarité, ou du solidarisme qui politise le discours²⁷⁵, il faut voir initialement, au début du xx^e siècle, « un moyen de combler le déficit social, en opérant entre autres une transformation du lieu et de la finalité du droit : à un droit essentiellement situé par la doctrine juridique dans l'individu et finalisé par lui, va s'opposer le droit social, localisé dans le groupe et finalisé par lui²⁷⁶ ». En matière de contrat, « [...] l'invention du solidarisme contractuel avait pour effet, si ce n'est pour objet, de permettre aux organes étatiques d'exercer un contrôle accru sur les volontés individuelles, au point d'autoriser parfois leur forçage²⁷⁷ ». Et pour tenter d'aller à l'essentiel :

270. M.-L. Frison-Roche, « Volonté et obligation », (2000) 44 *Arch. Phil. Droit.*, 129-151, 137.

271. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 710-711.

272. Ch. Jamin, « Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois », dans C. Fabien et B. Moore (dir.), *Les Conférences Albert-Mayrand, 1997-2011*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 181-205, 183.

273. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 711.

274. Ch. Jamin, « Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois », dans C. Fabien et B. Moore (dir.), *Les Conférences Albert-Mayrand, 1997-2011*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 181-205, 186.

275. « En définitive, le projet du solidarisme contractuel serait donc politique et cela depuis ses origines. Il consisterait toujours à injecter de la justice distributive en droit des contrats, afin de préserver la cohésion sociale dans un système libéral. », Ch. Jamin, « Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois », dans C. Fabien et B. Moore (dir.), *Les Conférences Albert-Mayrand, 1997-2011*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 181-205, 198.

276. J.-F. Niort, « La naissance du droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *Cahiers Diké Uqam*, 1993-1994, p. 18.

277. Ch. Jamin, « Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois », dans C. Fabien et B. Moore (dir.), *Les Conférences Albert-Mayrand, 1997-2011*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 181-205, 203.

Le solidarisme est une philosophie contractualiste, puisqu'il entend réduire le lien social à un contrat d'association, source de justice. D'où, soit dit en passant, le mot fameux de Fouillée: « Qui dit contractuel dit juste ». Un mot que les juristes ont fort mal compris: Fouillée veut dire que le contrat, au sens du contrat social, permet seul d'aboutir à la justice et non que le contrat au sens juridique, considéré comme juste par définition, devrait faire l'objet d'un respect absolu! Le solidarisme se réclame donc de la philosophie des lumières²⁷⁸.

Basé sur l'idée forte de Demogue selon laquelle les contractants forment un microcosme, « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun²⁷⁹ », le solidarisme contractuel apparaît et disparaît depuis un cycle, suivant la politisation de la doctrine. Ainsi, après être « restée minoritaire en doctrine pendant le xx^e s., a connu un remarquable renouveau²⁸⁰ » au début des années 2000. Il semble donc devoir aller de pair avec un qualificatif plus ou moins récurrent de *feu de paille théorique* « envahissant » la doctrine théorique²⁸¹ à certain moment, encourageant de ce fait la « facilité » doctrinale des auteurs²⁸², pour être aussitôt déclaré un échec ne pouvant renaître de ses cendres²⁸³. Il serait au contraire et selon d'autres, le « point de départ » selon lequel « la doctrine du solidarisme contractuel doit être complétée pour appréhender l'ordre juridique contractuel dans toute sa complexité²⁸⁴ ».

Sur le plan théorique, on a souligné avec justesse que les travaux de Demogue permettaient un déplacement de perspective selon lequel le « contrat fait place au concept plus dense de lien contractuel²⁸⁵ ». Selon Demogue la solidarité est l'état naturel de l'homme. Ce qui apporterait « indiscutablement quelque chose par rapport aux autres principes et notamment à la bonne foi²⁸⁶ ». Ainsi, « l'obligation à titre d'acte libre doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération

278. Ch. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel: brève réplique », dans *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Paris, Economica, 2004, p. 160. En ce qui a trait à l'adage tronqué de Fouillée, voir également L. Rolland, « "Qui dit contractuel, dit juste." (Fouillée)... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765-780.

279. R. Demogue, *Traité des obligations en général, Tome VI*, Librairie Arthur Rousseau, 1931, no. 3, p. 9.

280. J.-P. Chazal, « Justice contractuelle », dans L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, p. 746.

281. Ch. Jamin, « Le solidarisme contractuel: un regard franco-québécois », dans C. Fabien et B. Moore (dir.), *Les Conférences Albert-Mayrand, 1997-2011*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 181-205, 184.

282. *Id.*, 185.

283. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, *La formation du contrat. Tome 1: Le contrat - Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 311-312.

284. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris LGDJ, 2004, p. 711.

285. *Id.*, p. 710.

286. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012, p. 84. L'auteur ajoute: « Le nouveau principe contient ainsi des virtualités nouvelles par rapport à la bonne foi en ce qu'il exige des cocontractants un comportement qui va au-delà de la seule loyauté, et impose plutôt une entraide, plus exactement un rééquilibrage du contrat au profit du plus faible », *ibid.*

sociale²⁸⁷ ». Faut-il se contenter d'y voir une forme d'angélisme sociologique²⁸⁸ ? Ou doit-on « aller plus loin en prônant un impératif de fraternité ou d'amitié entre contractants, ce qui semble pousser un peu loin l'exigence de solidarité et de coopération et par trop oublier l'existence d'irréductibles antagonismes au sein du contrat²⁸⁹ » ? Serait-ce tenter d'« organiser le contrat sur une base quelque peu utopique²⁹⁰ », selon les excès où nous mènent les « constructions exagérément abstraites » des « faiseurs de systèmes²⁹¹ » ? Voire, pourquoi pas, sous un angle marxiste, et tout restera à (re)dire puisque la boucle aura été bouclée :

Il y a isomorphisme entre la structure du droit bourgeois et celle de la doctrine solidariste. [...] « Un capitalisme chasse l'autre ». Et c'est pourquoi, à propos de la doctrine tranquillisante de l'Etat imaginée par les solidaristes, nous parlons d'une véritable supercherie. [...] Le solidarisme est une doctrine de faussaire, entâchée d'un doute indélébile dès le moment de sa conception. [...] Bref, tout s'emploie à démontrer que le solidarisme est le résultat d'une collusion entre une philosophie lénifiante, des juristes effrayés par le socialisme et des politiciens en quête d'une clientèle²⁹².

Contractualisation et contractualisme

À l'horizon du tout-conventionnel se devine ainsi, non pas la libération de nos chaînes, mais plutôt ce législateur anonyme et tout-puissant où Socrate voyait déjà l'artisan de nos conventions de langage.

A. Supiot

Mettre en lumière un phénomène qui prétend s'appuyer sur la figure contractuelle impose de mettre en question le socle sur lequel ce concept se construit.

S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez²⁹³

287. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Tome VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 19.

288. « 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 ; il n'a, au reste, pas pour objet la perfectibilité de l'être humain laquelle relève de la morale. », F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 45.

289. J.-P. Chazal, « Justice contractuelle », dans L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, p. 746.

290. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 46.

291. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, Paris, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 312.

292. N. Arnaud et A.-J. Arnaud, « Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique », (1976) *Arch. Philo. Droit*, 131-151, 150.

293. S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, « Conclusion », dans S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 201-202, p. 202.

Il faut d'abord distinguer le *contractualisme* de la *contractualisation*. Par contractualisme, on entend que le contrat « serait en train de devenir une catégorie universelle, témoignant par-là que la manière occidentale de penser l'Homme et la société aurait vocation à s'étendre au monde entier²⁹⁴ ». Le contractualisme est « l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi, est une composante de l'idéologie économique, qui conçoit la société comme un amas d'individus mus par la seule vertu du calcul d'intérêts²⁹⁵ ». Quant à la contractualisation, bien qu'elle participe du mouvement plus global du contractualisme, elle « désigne [plutôt] l'extension objective du recours aux techniques contractuelles » et « [e]lle dévoile en s'opérant des effets souvent différents des promesses du contractualisme » dans la mesure où « [l']empire du contractualisme s'étend avec les progrès de l'idéologie économique, dont il n'est que l'une des facettes²⁹⁶ ». Par conséquent, la contractualisation, dont le sens exact ne semble pas faire l'objet d'un consensus, aurait pour signification un double mouvement de déplacement : « elle serait moins un mouvement d'extension du champ du contrat (le contractualisme) que la généralisation du recours à la procédure contractuelle pour l'adoption et le suivi des règles et des décisions²⁹⁷ ». Très présente dans le discours politique et juridique²⁹⁸, la contractualisation est un (autre) de ces « termes à la mode dont la fréquence d'utilisation n'a d'égale que le flou qui entoure leur signification²⁹⁹ ». Le terme serait « la résultante d'une double influence, soit celle du contrat social et celle du contrat juridique³⁰⁰ », ce qui implique « un discours ambigu qui emprunte tant au juridique qu'au politique en matière de contractualisation de l'action publique³⁰¹ ».

Né dans les années 1960, le *mouvement* réfère à l'idée d'un droit négocié qui se base sur deux visées : « la concertation dans l'élaboration de la norme faciliterait son acceptation par les citoyens et, partant, son effectivité ; la confrontation des avis divergents, au cœur de la négociation contractuelle, favoriserait l'émergence d'objectifs communs partagés³⁰² ». Si le terme est récent, l'idée est loin d'être neuve

294. A. Supiot, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 142.

295. *Ibid.*, p. 143.

296. *Ibid.*, p. 142.

297. S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, « Introduction », dans S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 9-17, p. 12.

298. Symptomatique de l'importance du contrat et de sa place en droit, si ce n'est dans la vie sociale ? Pas moins de 91 entrées différentes suivent le terme « contrat » dans le *Dictionnaire de droit privé, Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 74-90.

299. P. Ancel, « Contractualisation », dans L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, p. 231.

300. M. Cumyn, « La contractualisation de l'action publique : contrat juridique ou contrat social ? », (2006) 47(4) *C. de D.* 677-701, 685.

301. *Ibid.*, p. 681. Voir également S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, « Introduction », dans S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 201-202, p. 202.

302. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 439.

« puisqu'elle a particulièrement fleuri dans les grandes fresques historiques esquissées au XIX^e siècle, qu'il s'agisse de celles d'un Durkheim en France ou d'un Spencer en Angleterre³⁰³ ». Ce sont plutôt « la banalisation et la généralisation du procédé qui sont novatrices³⁰⁴ ». Toute chose s'inscrivant à l'évidence dans « le désengagement de l'État que nous connaissons depuis cette période s'accompagnerait d'une recrudescence du phénomène contractuel, parallèlement à une nouvelle jeunesse de l'idée de marché³⁰⁵ ». Un courant pourrait circonscrire – ou caricaturer, c'est selon – le mouvement de contractualisation qui s'inscrit dans le phénomène du contractualisme : l'influence néo-libérale. Il s'agit d'« [i]nciter plutôt que [de] contraindre et bien entendu “res-pon-sa-bi-li-ser”, ce qui permet « au discours contractualiste [...] d'occulter le rapport d'autorité dont le titulaire peut se dégager à bon compte et avec la meilleure conscience qui soit³⁰⁶ ». Certains y voient également une influence, plutôt évidente, de la *common law* et d'une logique utilitariste³⁰⁷. Sur le plan théorique, Ost a défini ainsi ce *droit négocié* :

L'art de négocier, a-t-on pu écrire, se situe « entre vaincre et convaincre » : il cherche à entraîner l'adhésion du partenaire à une solution présentée comme mutuellement avantageuse et donc rationnellement acceptable, mais ne s'embarrasse pas toujours de ces scrupules lorsqu'il s'agit d'emporter la partie. Entre la loi de l'argument le meilleur et la loi du plus fort, la négociation trace un parcours pour le moins incertain³⁰⁸.

Parcours incertain qui stimule de très nombreuses critiques. Que l'on parle de « perte d'égalité des citoyens [en ce que] le contrat, contrairement à la loi, est une règle spécifique, parcellaire, potentiellement injuste et non générale³⁰⁹ ». Ou encore de « recul de l'hétéronomie face à l'autonomie dans l'ordre juridique positif » selon lequel « les seules lois qui valent sont les lois de la science et la seule source légitime d'obligations est le contrat³¹⁰ ». Voire de « la pulvérisation du Droit en droit

303. S. Chassignard-Pinet et D. Hiez, « Introduction », dans S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 9-17, p. 9.

304. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris LGDJ, 2004, p. 665.

305. S. Chassignard-Pinet et D. Hiez, « Introduction », dans S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 9-17, p. 9.

306. P.-Y. Verkindt, « Préface », dans S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 7-8, p. 7.

307. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris LGDJ, 2004, p. 665.

308. F. Ost, « Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites », dans Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *Droit négocié, droit imposé?* Bruxelles, P.U.S.-L., 1996, 17-107, p. 26.

309. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 474.

310. A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 19-44, p. 19.

subjectifs³¹¹ ». Finalement il semble que « l'observation du droit positif révèle, derrière ce mouvement de déconstruction, le sens profond de la contractualisation, qui est la résurgence des structures juridiques féodales³¹² ». Phénomène du « Soi pour loi³¹³ », « déplacement *de la loi au lien*³¹⁴ » et « passage *du souverain au suzerain*³¹⁵ ». Somme toute, il y a risque – constat diront certains – que « ce que le contrat gagne en extension, il le perd en compréhension³¹⁶ ». De manière conséquente :

La question sous-jacente, qui explique ces réserves, est en effet celle, centrale pour le juriste, du lien entre la notion même de contrat et celle de contractualisation. Mettre en lumière un phénomène qui prétend s'appuyer sur la figure contractuelle impose de mettre en question le socle sur lequel ce concept se construit³¹⁷.

D'autant plus, s'il faut en rajouter, que « [d]ans cette perspective, le rêve d'un monde où il n'y aurait de lien que contractuel fait vite figure de cauchemar³¹⁸ ». Dans une telle optique Orwelienne, le terme *contrat* serait prêt à faire son entrée dans le *novdroit*³¹⁹, alors qu'il est « enveloppé dans un discours “moderne” et si politiquement correct³²⁰ ». Ce qui peut faire craindre le pire pour l'avenir de la théorie du contrat et ses diverses approches prospectives ou, au contraire, justifier leur nécessité.

2.3 LES PISTES À MULTIPLIER : ANTI-UTILITARISME ET ÉCLATEMENT DOGMATIQUE

Quel est l'avenir théorique du contrat ? Une dogmatique effective est-elle toujours envisageable à l'ère de l'éclatement du discours contractuel ? La post-modernité, ou la modernité tardive selon la perspective, invite à la prise en

311. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Paris, 1996, p. 121.

312. A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 19-44, p. 21-22. Rejoignant en ces termes les propos de P. Legendre, « Remarques sur la reféodalisation de la France », *Études offertes à Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 201 et s.

313. A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 19-44, p. 31.

314. *Ibid.*, p. 35.

315. *Ibid.*, p. 38.

316. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 664-667.

317. S. Chassignard-Pinet et D. Hiez, « Conclusion », dans S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 201-202, p. 202.

318. A. Supiot, « La loi dévorée par la convention ? », dans Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *Droit négocié, droit imposé ?* Bruxelles, P.U.S.-L., 1996, 631-642, p. 642.

319. B. Melkevik, « Parler novdroit ! Un désarroi saisi par la philosophie du droit », dans *Revista româna de drept privat*, Bucarest – Roumanie, 2007, 214-250.

320. P.-Y. Verkindt, « Préface », dans S. Chassignard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 7-8.

considération de supports théoriques *a priori* externes au droit. À ce titre les apports de la linguistique rappellent au juriste que le contrat, comme tout *acte de parole*, est d'abord un outil de communication. Ce qui fait également ressortir le penchant désintéressé, ou anti-utilitariste, du processus contractuel en se basant sur l'anthropologie. Ces considérations d'hétéronomie théorique permettent de jeter un œil critique quant au phénomène d'absolutisme individualiste qui favorise une influence de plus en plus marquée des Droits fondamentaux sur la relation contractuelle. Cela nous mène (en dernière analyse?) à la question de l'indépendance contractuelle.

Anti-utilitarisme

Asystématique, ennemi des réponses toutes faites et toutes mâchées, le paradigme du don n'est pas une machine à souffler les solutions mais à inspirer les questions. En ce sens il est tout sauf paradigmatique. Il est même en un sens, et par excellence, antiparadigmatique

Alain Caillé³²¹

Pour que le contrat soit crédible et efficace, il faut qu'il bascule peu ou prou dans le registre don/contre-don, où l'on est habilité à croire que chacun donne non seulement par intérêt instrumental et par obligation, mais aussi par souci de la relation elle-même, voire par amitié. À quoi serviraient donc autrement tous ces repas d'affaires?

Alain Caillé³²²

La théorie du don, à titre d'approche antiutilitaire, permet de voir, au-delà de la logique d'utilité instrumentale, un certain désintéressement inévitable chez les contractants. En s'opposant à la justification théorique de la visée *win-win partnership*, le paradigme du don éclaire sous un autre angle la compréhension du rapport social découlant du contrat. *L'Essai sur le don* de Marcel Mauss³²³, paru en 1924, permet de saisir que le don est présent dans toutes relations sociales – et par conséquent au sein du lien contractuel – à partir d'un triple rapport : donner, recevoir et rendre. Un triptyque dans lequel celui qui donne n'est jamais certain de recevoir en retour. Le don fait référence à une coopération qui « ne s'institue que d'un don premier, sans garantie de retour, d'un obligatoire qui fonde néanmoins

321. A. Caillé, *Anthropologie du don*, Paris, La Découverte, 2006, p. 71.

322. A. Caillé, *Dé-penser l'économie, Contre le fatalisme*, Paris, La Découverte, 2005, p. 153.

323. M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, 8e éd., Paris, Quadrige, PUF, 1999, p. 145-280.

la liberté³²⁴ ». À titre de *forme première de l'échange*, le don permet d'éclairer la compréhension du rapport contractuel dans la mesure où « [d]onner une chose est un moyen de se lier pour l'avenir la personne du donataire, qui ne pourra se délier qu'en rendant une chose à son tour³²⁵ ». Ainsi, « [l]es recherches anthropologiques montrent que la forme la plus primitive d'obligation consiste à devoir rendre ce que l'on a reçu par don » et que « les opérations de dons et de contre-dons sont à l'origine de l'échange [...] et donc du contrat³²⁶ ». Dans la logique des travaux du *Mouvement Anti-Utilitariste en Sciences Sociales* (M.A.U.S.S.³²⁷), le contrat apparaît comme une relation de don, plus précisément comme un don inverse³²⁸. Caillé souligne que le sens qu'on donne au contrat n'est pas immuable et résiste à toute essence qu'on serait tenté de lui attribuer³²⁹. Dès lors, le contrat est une invention qui constitue une réponse momentanée à un besoin et à un sentiment d'insécurité chez les hommes³³⁰.

Le don, entendu à titre de *tiers paradigme*, tente de « dépasser les points de vue également bornés de l'individualisme et du holisme³³¹ » et s'oppose à l'exclusivité à laquelle prétend l'intérêt comme principale source de légitimation des rapports sociaux³³². Il permet au juriste de se resituer face aux justifications utilitaristes qui réduisent de nos jours les rapports humains à leurs seules dimensions matérielle et instrumentale. Il faut aussi bien saisir que le don n'est pas intéressé ou désintéressé. De même, et à l'opposé, le don ne doit pas être théorisé hors de l'intérêt. En fait, le don est en lien avec l'intérêt dans la mesure où il s'y oppose, se définit par rapport à lui³³³. Si le don n'est pas pure charité³³⁴, il est également en rupture totale avec toute idée de redistribution et d'équivalence stricte³³⁵. Ce qui ne signifie pas que le don soit unilatéral et qu'il n'implique aucun retour. Une telle conception s'éloigne évidemment de celle du juriste habitué à définir le contrat de don comme exemple parfait de contrat unilatéral³³⁶. Au fond, l'échange peut être défini comme un don

324. Voir Ph. Chaniel, *Justice, don et association, La délicate essence de la démocratie*, Paris, La Découverte/MAUSS, 2001, p. 300.

325. A. Supiot, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 149.

326. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012, p. 15.

327. Voir www.revuedumauss.com

328. A. Caillé, *Anthropologie du don*, Paris, La Découverte, 2006, p. 9.

329. A. Caillé, « De l'idée de contrat », dans *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 25-26.

330. A. Caillé, *Anthropologie du don*, Paris, La Découverte, 2006, p. 10.

331. *Ibid.*, p. 19.

332. Voir A. Caillé, C. Lazzeri et M. Senelart, (dir.), *Histoire raisonnée de philosophie morale et politique, le bonheur et l'utile*, Paris, La Découverte, 2001.

333. A. Caillé, *Anthropologie du don*, Paris, La Découverte, 2006, p. 125.

334. *Ibid.*, p. 261.

335. Voir Philippe Chaniel, *Justice, don et association, La délicate essence de la démocratie*, Paris, La Découverte/MAUSS, 2001, p. 300, p. 342.

336. 1806 CcQ

réciproque³³⁷. Or, force est de reconnaître que puisque le contrat est un échange, il constitue un *don réciproque*³³⁸. Il s'ensuit que les contractants se trouvent dans un rapport de « dépendance réciproque³³⁹ » en vertu des liens qu'ils nouent.

Il y a donc une part de don inévitable dans tout contrat. Il ne s'agit pas pour les juristes d'encourager son développement – ce que pourrait laisser croire les pressions de la nouvelle moralité contractuelle – mais de favoriser la prise en compte de cette donnée dans l'analyse de la relation contractuelle. Une simple reconnaissance de la part intrinsèque du don dans le contrat suffit à stimuler le discours théorique qui le structure et peut, avec la linguistique, mieux en éclairer le fonctionnement.

Linguistique

Rappelons aussi qu'un contrat, une loi ou un traité international n'est rien d'autre qu'un tas de feuilles de papier (ou encore une image dans un écran d'ordinateur) où nous retrouvons des signes graphiques et symboliques et rien de plus. Socialisés et personnifiés à l'intérieur d'un contexte culturel nous sommes, en principe, capables d'identifier ces signes comme relevant d'un langage, de les déchiffrer, de les interpréter et peut-être aussi de prétendre que nous avons, à notre façon, « compris » quelque chose. [...] Nous sommes ainsi toujours, en principe, devant un « texte », c'est-à-dire une expression langagière nous permettant de constater ou de nier une « force obligatoire ».

B. Melkevik³⁴⁰

Quiconque veut entrer dans le monde juridique et le comprendre a besoin d'une clef. Paul Valéry, quoique non juriste, le savait fort bien. [...] Dans plusieurs leçons données au Collège de France [...] il soulignait que « le droit en tant qu'organisation des relations entre les hommes » est inséparable du langage: « Il n'est pas de société sans langage ». Je vais ajouter qu'il n'est pas de société sans droit pour voir la liaison immédiate de ces questions.

S. Goyard-Fabre³⁴¹

337. A. Caillé, « De l'idée de contrat », dans *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 27-40, p. 33.

338. A. Caillé, *Dé-penser l'économique, Contre le fatalisme*, Paris, La Découverte, 2005, p. 149.

339. Ph. Chanial, *Justice, don et association, La délicate essence de la démocratie*, Paris, La Découverte/MAUSS, 2001, p. 330.

340. B. Melkevik, « Une note sur la notion de "force obligatoire" et le droit », dans *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, (Brésil), Numéro especial: Jornadas jurídicas Brasil-Canada, 2013, p. 99-116, à la p. 111.

341. S. Goyard-Fabre, *La textualité du droit, Étude formelle et enquête transcendantale*, Paris, Cerf, 2012, p. 35-36.

La linguistique juridique peut s'entendre de manière approximative comme l'étude du langage du droit³⁴², mais c'est davantage à titre de « contenu intellectuel du signe linguistique³⁴³ » que son apport théorique est susceptible de se faire sentir en matière contractuelle. On rejoint le questionnement philosophique, ou critique, « qui réclame un profond investissement réflexif et interrogatif, de restituer l'expérience de pensée que constitue ce cheminement interne de la textualisation du droit³⁴⁴ ». Pour le dire autrement, la tâche du juriste qui abordera le contrat *en philosophe du droit* sera « d'interroger jusqu'en ses plis les plus profonds le sens dont l'écriture juridique, en son ambition conceptuelle, est la dépositaire et, puisque nul n'est censé ignorer ni la loi ni le droit, l'agent de transmission³⁴⁵ ». Il s'agit de faire parler le contrat, de manière à s'interroger *sur* et *avec* le droit, à la recherche du « secret de la sagesse pratique immanente au droit³⁴⁶ ». Il importe de réaliser que « par la communication qu'induit dans les textes le lien intrinsèque et très serré entre sémantique et noétique, la *relation* s'avère consubstantielle à l'univers du droit³⁴⁷ ». Et tel que nous le rappelle avec justesse Goyard-Fabre, « aucun texte, quel qu'en soit le niveau dans la pyramide juridique, ne peut se clore sur lui-même³⁴⁸ ». Entendue de la sorte, la linguistique peut enrichir notre perception théorique du contrat en mettant à jour la difficile, mais pleinement humaine, création d'une (micro-) communauté sensible à l'intersubjectivité qui ne peut qu'unir les parties au contrat. La linguistique, à titre d'outillage théorique supplémentaire – avec la sociologie, l'économie, la psychologie, etc. –, sert à démontrer les facettes multiples du contrat³⁴⁹.

La relation contractuelle, comme toute schématisation, est une coconstruction et a « pour rôle de faire voir quelque chose à quelqu'un ; plus précisément, c'est une représentation discursive orientée vers un destinataire de ce que son auteur perçoit ou imagine d'une certaine réalité³⁵⁰ ». Selon la « nature communicationnelle » de l'échange verbal, Bakhtine distinguait les productions « naturelles », spontanées, appartenant aux « genres premiers » (ceux de la vie quotidienne), des productions « construites », institutionnalisées, qui appartiennent à des « genres seconds », qui

342. G. Cornu, « Linguistique juridique », dans D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 952.

343. *Ibid.*, 953.

344. S. Goyard-Fabre, *La textualité du droit, Étude formelle et enquête transcendantale*, Paris, Cerf, 2012, p. 29.

345. *Ibid.*, p. 267.

346. *Ibid.*, p. 29.

347. *Ibid.*, p. 164.

348. *Idem.*

349. Voir par exemples V. Caron, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide des sens*, Montréal, Thémis, 2017 ; A. Bélanger, *Théorisations sur le droit des contrats, Propositions exploratoires*, Québec, Coll. Dikè, PUL, 2014, p. 99-190.

350. J.-B. Grize, *Logique naturelle et communications*, Paris, PUF, 1996, p. 50.

dérivent des premiers³⁵¹ et sont présents dans « les discours religieux, scientifique, philosophique, littéraire, juridique³⁵² ». Le contrat « appartient à une communauté textuelle spécifique et sa signification institutionnelle doit être établie en fonction de cette communauté³⁵³ ». Le discours contractuel se présente comme une production « construite », un genre « second » ou « constituant »³⁵⁴ découlant d'une relation inévitable entre les parties. Le contrat n'est plus, dès lors, le simple produit économique d'un contexte dépersonnalisé d'échange de biens. Il est, avant toute considération morale de bonne entente réciproque des parties, un fait social complexe qui intègre inévitablement, comme tout discours, une part d'altérité. Réalité qui se doit sans doute d'autant plus d'être mise en évidence dans un contexte de *fondamentalisation* du droit civil.

Droits fondamentaux

On mêle ainsi le langage de la morale ou de la religion à celui du droit, dépassant la nature instrumentaire de celui-ci ; on dit j'ai des droits, et vous ne pouvez me les ôter, comme on devrait mieux dire : vous ne pourrez jamais porter atteinte à ma dignité humaine. Cette confusion de la morale et du droit n'est pas le moindre paradoxe d'un système qui enseigne scrupuleusement, depuis le début des temps modernes, la séparation de l'un et de l'autre.

F.-X. Testu³⁵⁵

Pour que cette intrusion du « fondamental » dans le droit civil ne tourne pas au fondamentalisme, il faudra bien essayer de maîtriser le processus, de le civiliser.

Ph. Rémy³⁵⁶

La question n'est pas nouvelle, ayant fait l'objet d'études dès le début des années 1980³⁵⁷. Nous sommes à cheval entre une conception objectivement

351. M. Bakhtine, *Esthétique et théorie du roman*, Paris, Gallimard, 1984, p. 267.

352. D. Maingueneau et F. Cossutta, « L'analyse des discours constituants » (1995) 117 *Langages* 112-125, 112.

353. P. Goodrich, « Contractions », (1989) 13 *Droit et Société* 321-342, 326.

354. Un genre « second » serait par définition l'effet, la copie même d'un genre premier (Bakhtine dit qu'ils en dérivent), alors que ce qui les définit est plutôt le fait d'être la cause (formelle et finale, pour parler comme Aristote) de toute une formation discursive. Ainsi, les genres seconds restent seconds, mais le fait d'être seconds a une importance secondaire.

355. F.-X. Testu, « Individu », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 819.

356. Ph. Rémy, « Cent ans de chroniques », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 680, cité par Ch. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175-220, p. 218.

357. L. Perret, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121.

influente³⁵⁸ et une reformulation prospective de l'approche du contrat. Tel que le mentionne une auteure, « le subjectivisme et le personnalisme viennent à la fois [...] renforcer et [...] texturer le volontarisme³⁵⁹ ». Les droits et libertés³⁶⁰ seraient, selon certains, en train de « bouleverser le droit classique des contrats³⁶¹ », mais il faut se demander si les *Chartes*³⁶² sont responsables ou si elles ne sont pas elles-mêmes que le résultat d'un bouleversement plus global propre à l'expansion des valeurs néo-libérales et d'individualisme. Sans contredit, les droits et libertés fondamentaux ne concernent pas directement la théorie des contrats³⁶³. Toutefois, « l'ampleur et le flou de leur contenu rendent possible leur intrusion dans le champ contractuel, notamment lorsque figurent dans un contrat des clauses qui leur heurtent³⁶⁴ ». Si pour certains il s'agit d'abord d'un changement jurisprudentiel par rapport à l'ordre public³⁶⁵, il est possible d'y voir aussi, sinon surtout, « l'affirmation de la toute-puissance d'un sujet indifférent au sort de la société³⁶⁶ ». Il y aurait transformation des structures du contentieux contractuel en ce que ces droits « invitent à plus de pragmatisme, à plus de nuance, tant du point de vue de la validité que des effets de l'acte³⁶⁷ ». Par exemple, le développement des contrats de sujétion incite les juristes à considérer les droits fondamentaux à titre de remparts³⁶⁸. Ce qui mène à une forme de « contractualisation des droits de l'homme » [qui] connaît essentiellement deux degrés de réalisation : la « contractualisation négative »

358. Voir L. Perret, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121.

359. L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L.J.*, 903-952, 915.

360. Il ne faut sans doute pas oublier la précision suivante de Villey : « Mais alors qu'est-ce que ce terme signifie dans la langue du droit, qui est la mienne? Je ne fais pas de *droits fondamentaux* le synonyme de "droits de l'homme". [...] Je ne dirais pas qu'ils sont éternels ni universels, comme prétendent l'être les droits de l'homme. Les fondations d'un bâtiment comportent toujours une certaine dose de fragilité, de précarité. Les droits fondamentaux varient et n'ont jamais cessé de varier dans le temps et dans l'espace. », M. Villey, « Peut-on parler de droits fondamentaux », dans *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2014, p. 233-246, p. 244-245.

361. P.-G. Jobin, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans B. Moore (dir.) *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 357-386, 386.

362. Il faut entendre le terme *droits fondamentaux* de manière élargie, voir Ch. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175-220, p. 176-177.

363. Des exemples marquants existent toutefois : L. Langevin, L.-Ph. Lampron, Ch. Landheer-Cieslak, A. Prujiner et P. Taillon, « *Brucker c. Marcovitz* : variations sur un thème » (2008) 49 *Les Cahiers de droit*, 655-708.

364. Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009, p. 84.

365. P.-G. Jobin, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans B. Moore (dir.) *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 357-386, 385.

366. Ch. Jamin, « Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois », dans C. Fabien et B. Moore (dir.), *Les Conférences Albert-Mayrand, 1997-2011*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 181-205, 204.

367. L. Maurin, *Contrat et droit fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2013, p. 393-394.

368. Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009, p. 85.

qui se matérialise par l'obligation des contractants de respecter l'ordre public mais aussi les droits de l'homme; et la "contractualisation positive" qui permet aux cocontractants d'utiliser les contrats comme un outil de promotion des droits de l'homme entre parties³⁶⁹ ».

D'une protection *contextuée* selon « une conception subjective soucieuse des inégalités sociales et économiques et susceptible d'assurer une protection concrète³⁷⁰ », à la menace de nous voir « assister à l'implosion concomitante de la conception prétendument harmonieuse et cohérente d'un droit des contrats qui s'est construite en usant largement de la métaphore architecturale au profit d'une conception du droit faisant une large place au marchandage³⁷¹ », les effets sur le droit des contrats ne peuvent qu'être importants. À n'en pas douter, « le train est en marche³⁷² » et que l'on parle de fondamentalisation du droit civil ou de contractualisation des droits fondamentaux, une chose paraît inévitable: « [la] hiérarchie entre ces intérêts privés et ces intérêts publics doit, de plus en plus souvent, se faire au cas par cas³⁷³ ». Reste à établir, dans la mesure théorique du possible, si « [l]e triomphe des droits de l'homme est la marque de l'atrophie en nous du sens de la justice³⁷⁴ » et s'inscrit dans une optique éminemment postmoderne. Ce qui signifierait, il faut en convenir sinon s'en inquiéter, bien davantage qu'une « confusion de la morale et du droit³⁷⁵ ».

Éclatement de l'uniformité théorique

Ils se sont jetés dans des détails inutiles; ils ont donné dans les cas particuliers: ce qui marque un génie étroit qui ne voit les choses que par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale.

C. de Montesquieu, 1873³⁷⁶

369. L. Hennebel et G. Lewkowicz, « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », dans G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 221-244, p. 222.

370. L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *McGill L.J.*, 903-952, 916.

371. Ch. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175-220, p. 179-180.

372. *Ibid.* p. 207-208.

373. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 680-681.

374. M. Villey, « Polémique sur les "droits de l'homme" », dans *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2014, p. 247-260, p. 259. Il ajoute: « La justice tient une balance; elle ne favorise personne, pas même le pauvre, disent l'Exode et le Lévitique. Elle se garde de baptiser droits nos aspirations personnelles, quelques fondées soient-elles. Il n'est plus de justice là où la "colère" des viticulteurs, sidérurgistes ou de quiconque est *ipso facto* sacrée "droit" - et leurs besoins qualifiés automatiquement de "légitimes revendications" », *idem*.

375. F.-X. Testu, « Individu », dans D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 819-824, 819.

376. C. de Montesquieu, *Lettres persanes*, éd. A. Lefèvre, chez A. Lemerre éditeur, 1873, Lettre LXXIX.

Résumons les caractères principaux d'un rhizome : à la différence des arbres ou de leurs racines, le rhizome connecte un point quelconque avec un autre point quelconque, et chacun de ses traits ne renvoie pas nécessairement à des traits de même nature [...] Il n'est pas fait d'unités, mais de dimensions, ou plutôt de directions mouvantes. [...] Une telle multiplicité ne varie pas ses dimensions sans changer de nature en elle-même et se métamorphoser. [...] Le rhizome est une antigénéalogie. C'est une mémoire courte, ou une antimémoire. Le rhizome procède par variations, expansion, conquête, capture, piqure.

G. Deleuze et F. Guattari³⁷⁷

Tel que le reflète sans doute l'énumération – partielle rappelons-le – des diverses théories qui composent ce panorama, le discours juridique sur le contrat est aujourd'hui multiple. Reflet de la société que l'on dit de plus en plus *multi*, elles s'inspirent chacune d'« une régulation juridique qui reste en phase avec l'évolution des sensibilités et des conceptions d'aujourd'hui³⁷⁸ ». Peut-être faut-il y déceler un phénomène redondant, sinon *par nature* inévitable ? Déjà, en 1940³⁷⁹, en réaction contre la *socialisation* du droit, on ne manquait pas de souligner la *désagrégation progressive* de la théorie du contrat³⁸⁰. Chose certaine, « [l]e droit privé des contrats se pluralise et se déformalise en renonçant à l'ancienne unité du droit libéral classique³⁸¹ ». Synonyme de *crise*, le phénomène est sans conteste idoine de ce qu'il convient toujours de nommer, malgré son caractère galvaudé et le grand flou sémantique l'entourant, la postmodernité. À ce titre, la première crise du contrat décrite par Battifol en 1968³⁸² est contemporaine de la popularisation du concept de postmodernité. On souligne alors, d'abord en art, en littérature et en architecture, puis en sciences sociales et humaines, la fin des *grands récits* fondés sur l'idéal d'universalité³⁸³.

377. G. Deleuze et F. Guattari, *Mille Plateaux, Capitalisme et schizophrénie 2*, Paris, Éditions de Minuit, 1980, p. 31.

378. J.-G. Belley, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 203-232, 231-232.

379. Pour le droit civil de manière plus générale, voir Ch. Jamin, « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », dans D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 380-384 ; M.-C. Belleau, « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du xx^e siècle en France », (1999) 40(3) *C. de D.*, 507-544.

380. « L'évolution contemporaine du droit accuse la désagrégation progressive de la théorie contractuelle du code », Gaston Morin, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », (1940) 10 *Arch. Philo du Droit*, 7-32, 7.

381. J.-G. Belley, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 203-232, 230.

382. H. Battifol, « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) 13 *Arch. phil. Droit*, 13-30.

383. La popularisation du terme doit beaucoup à la publication de J.-F. Lyotard, *La condition postmoderne : rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de Minuit, 1979.

De quoi s'agit-il pour le droit des contrats? Qu'en est-il de cette « crise » du contrat qui se perpétue ou se renouvelle? Dans les années 1960 il s'agissait de faire appel à l'intervention du législateur en raison de la perte de contrôle engendrée par le développement du contrat de masse en matière de consommation. À la suite de Battifol en 1968 et de la *nouvelle crise du contrat* au début des années 2000³⁸⁴, il faut reconnaître que « [l']autorité du droit commun se lézarde et le droit spécial se détache progressivement de son emprise³⁸⁵ ». La théorie laisse place à l'événement alors que le droit « se présente, dans un mouvement sans unité ni forme, comme une suite de décisions répondant plus ou moins à l'événementialité [et qu'il] se déploie un phénomène d'errance qui annihile le devoir-être essentiel de son pur concept³⁸⁶ ». Cette événementialité constitue un vivier de règles dans lequel peuvent puiser les juristes. Le droit des contrats « se mue insensiblement en *fonds commun de règles, offertes à la raison du juge*, qui peuvent être adaptées ou écartées si l'obtention de la solution jugée la plus opportune l'impose³⁸⁷ ». Ainsi, « [i]l n'y a plus un droit commun, mais différentes lectures possibles des dispositions communes³⁸⁸ ». Pourtant, on a pas manqué de souligner que « la notion de contrat, si elle peut faire l'objet, en France comme à l'étranger, d'une présentation majoritaire ou dominante sous la forme d'"une" théorie, renvoie bien davantage à plusieurs conceptions³⁸⁹ ». Faut-il percevoir en cela de simples espoirs qui se nourrissent aux convictions profondes des *faiseurs de systèmes*, soit « que le progrès ne peut venir d'un éclatement du droit des contrats³⁹⁰ »? Ce qui mène à une autre question fondamentale: une théorie contractuelle est-elle seulement nécessaire³⁹¹ ou le contrat est-il de toute manière l'un de ces *faits institutionnels*³⁹² dont la complexité sociale se joue, finalement, de toutes tentatives de théorisation?

Ce ne serait donc qu'une question d'angle d'analyse, de choix méthodologique et de perception épistémologique. Tel que le souligne Jestaz « le contrat est au centre d'une bataille philosophique et politique qui le dépasse » et « si les clauses nous

384. C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.

385. Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009, p. 605.

386. Goyard-Fabre, « Le dialogisme: un chemin pour surmonter la crise du droit? », dans *Du dialogue au texte, Autour de Francis Jacques*, Paris: Editions Kimé, 2003, p. 126.

387. Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009, p. 606.

388. *Idem*.

389. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2e éd., Paris, PUF, 2013, p. 454-455.

390. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?* Paris, LGDJ, 1997, p. 97.

391. La question a été posée de longue date; Cornu déjà demandait: « Si la théorie générale des contrats n'existait pas, faudrait-il aujourd'hui l'élaborer? », G. Cornu, *Regard sur le Titre III du Livre III du Code civil*, Cours de DEA de droit privé de Paris II, 1976-1977, p. 26.

392. N. McCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, J.G.D.J., 1992, 237, p. 2.

cachent le contrat, c'est que nous le voulons bien³⁹³ ». Mais plutôt qu'un dilemme entre clauses et contrat – ou des arbres qui cachent la forêt pour rester dans notre optique panoramique –, c'est sans doute à un autre choix que nous sommes conviés : celui d'une modernité à poursuivre ou d'une postmodernité à assumer. Ainsi, « l'image de l'arbre, avec ses racines, son tronc et ses branches », propre au rêve d'unité de la modernité, s'oppose désormais à celle du rhizome « évocatrice de la complexité des relations multiples et multidirectionnelles entre les disciplines juridiques³⁹⁴ ». Reste maintenant à établir si l'une ou l'autre de ces images se veut le reflet d'une ère post-juridique en matière de contrat.

Indépendance contractuelle ou le contrat hors la loi et la quintessence volontariste ?

En définitive, l'enjeu se ramène à la question de savoir qui, des acteurs ou du système juridique, aura le pouvoir de tracer la frontière entre le contrat en fait et le contrat en droit, et qui, des praticiens et des théoriciens, exercera le contrôle épistémique sur l'extension du concept de « contrat ».

Jean-Guy Belley³⁹⁵

Jean-Guy Belley fait le constat que « l'air du temps incite les juristes à envisager de nouveaux problèmes ou à remettre sur le métier des problèmes anciens qui posent d'une façon ou d'une autre la question théorique et pratique du contrat non valide en droit³⁹⁶ ». Il s'agit bien de considérer un contrat *hors-droit*, indépendant du régime juridique parce que voulu tel par les parties. Concrètement, il est question de « la propension à conclure et exécuter une entente sans se soucier de sa validité juridique, en stipulant même son absence de force obligatoire en droit, sans compter sur le soutien des instances d'un système juridique, en s'interdisant même d'y faire appel pour affronter les problèmes éventuels du contrat³⁹⁷ ». Ces pratiques, bien réelles, prennent « des libertés de plus en plus audacieuses vis-à-vis des systèmes juridiques étatiques³⁹⁸ » de telle sorte que le terme *contrat* laisse place à d'autres expressions *hors-droit* : « entente annuelle », « convention d'achat », « protocole de service », « partenariat », « relation de confiance », « stratégie de maillage »³⁹⁹,

393. Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse » dans *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 29.

394. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », dans *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, 279-309, 302.

395. J.-G. Belley, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 203-232, p. 228.

396. *Ibid.*, 205.

397. *Ibid.*, 205.

398. *Idem.*

399. J.-G. Belley, « Les "obligations ajuridiques" : des oubliées du Code civil ? », dans V. Caron et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2014, 143-163, 145.

toutes des expressions qui sont les indices de la volonté des parties d’user d’un contrat a-juridique et qui pose inévitablement la question de savoir si le contrat est « en train de sortir de l’orbite du droit, comme il est sorti de l’ordre religieux au fur et à mesure que s’affirmait la modernité occidentale⁴⁰⁰ »? Dit autrement, « [p]oussée à ces limites, la liberté contractuelle mène-t-elle à un au-delà du droit⁴⁰¹ »?

Il semble y avoir émergence nécessaire d’un nouveau descriptif théorique du phénomène et Belley le nomme « indépendance contractuelle⁴⁰² ». Il précise qu’il s’agit d’une « indépendance de fait revendiquée par des contractants dont la préention fondamentale est de pouvoir subvenir eux-mêmes aux besoins de leur contrat ou de leur relation contractuelle, sans compter sur les règles et les ressources d’aucun droit étatique des contrats⁴⁰³ ». Il faut ajouter que l’indépendance contractuelle doit être distinguée « de la stratégie d’autonomie contractuelle autorisée et protégée par tout système juridique minimalement libéral⁴⁰⁴ ». L’autonomie correspond à une stratégie de *contracting in*, alors que l’indépendance réfère plutôt au *contracting out*⁴⁰⁵. L’indépendance n’est pas antinomique de l’autonomie dans la mesure où elle s’ajuste selon le cadre législatif de l’autonomie. Par conséquent, « [s]elon qu’un système de droit se montre très exigeant ou au contraire très permissif dans la détermination des conditions de validité du contrat autonome, la propension des acteurs à adopter une stratégie d’indépendance contractuelle sera institutionnellement augmentée ou diminuée⁴⁰⁶ ».

L’indépendance n’est pas pour autant illégale ou illicite, car le « contrat recherché est en principe toléré par le système juridique compétent, même s’il ne s’agit pas d’un contrat valide aux yeux des agents de ce système⁴⁰⁷ ». C’est en quelque sorte une question de liberté contractuelle poussée à ses propres limites par le néolibéralisme et le postmodernisme⁴⁰⁸. Selon Belley « la culture postmoderne et sa forte valorisation de la liberté des individus face aux institutions sociales, y compris celle du droit, militent en faveur d’une politique qui encourage les justiciables à pourvoir à leurs propres critères de conduite et à assumer eux-mêmes la résolution

400. J.-G. Belley, « Sans foi, ni loi: l’indépendance contractuelle », dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 203-232, 206.

401. *Ibid.*, 206.

402. *Ibid.*, 206.

403. *Ibid.*, 208.

404. *Ibid.*, 208.

405. J.-G. Belley, « Les “obligations ajuridiques” : des oubliées du Code civil? », dans V. Caron et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2014, 143-163, 149-150.

406. J.-G. Belley, « Sans foi, ni loi: l’indépendance contractuelle », dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 203-232, 211-212.

407. *Ibid.*, 208.

408. J.-G. Belley, « Les “obligations ajuridiques” : des oubliées du Code civil? », dans V. Caron et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2014, 143-163, 147.

décentralisée de leurs différends⁴⁰⁹. Il s'agit du produit d'une pensée rationnelle instrumentale empreinte de pragmatisme utilitariste⁴¹⁰ qui débouche sur une double logique de substitution (en deçà du droit⁴¹¹) et d'innovation (au-delà du droit⁴¹²). Reste à établir comment la science juridique peut réagir et « savoir si et à quelles conditions la volonté d'indépendance contractuelle sera tenue pour valide et constituera en conséquence une fin de non-recevoir ou un motif d'abstention, sinon permanente du moins provisoire, des institutions du système juridique⁴¹³ » ? Belley énonce trois orientations possibles du système juridique : l'option libérale, autoritaire ou la corégulation. C'est par cette dernière, à titre de droit réflexif, que « [l]a raison juridique se fait hétérarchique plutôt que hiérarchique dans un régime d'interdépendance dynamique au sein duquel l'État renonce à sa souveraineté de droit et les acteurs à leur indépendance de fait⁴¹⁴ ». Il s'agirait, pour les juristes, d'éviter la voie dogmatique au profit d'une épistémologie relativiste, ce qui impliquerait de renoncer à l'unité du droit libéral classique et à adopter, dans une posture pleinement postmoderne, la figure du réseau plutôt que celle de la pyramide⁴¹⁵.

409. *Ibid.*, 160.

410. J.-G. Belley, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 203-232, 210-211.

411. Exemples de contrats « en deçà du droit » : contrat auto-exécutoire, contrat avec engagements crédibles, le contrat moral, le contrat coutumier, voir *Ibid.*, p. 215-218.

412. Exemples de contrats « au-delà du droit » : contrat cadre (p. 223), contrat asymétrique (p. 224), contrat de collaboration (p. 226), contrat de performance (p. 227), voir *Ibid.*, p. 223-227.

413. J.-G. Belley, « Les « obligations ajuridiques » : des oubliées du Code civil ? », dans V. Caron et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2014, 143-163, 150-151.

414. J.-G. Belley, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 203-232, 228-230.

415. *Ibid.*, 230-232.

3. Détours et retours contractuels

3.1 PARTIR DE LA MARGE DOCTRINALE POUR MIEUX RECENTRER? VISÉES HEURISTIQUES ET CRITIQUES DE L'ART CONTEMPORAIN ET DU DROIT DES CONTRATS

L'esthétique du discours en art contemporain et sa portée juridique

Les liens bien connus unissant le droit à l'art réfèrent généralement au statut juridique particulier accordé aux créateurs, ainsi qu'à la protection de leurs œuvres. La dimension économique de l'œuvre (sa circulation commerciale), de même que politique (contrôle de l'œuvre) intéressent également le droit. Ce n'est donc pas l'art lui-même qui est alors abordé sous une perspective juridique, mais des éléments particuliers du champ artistique¹. Ceux-ci se sont grandement cristallisés autour de la question des *droits* de l'artiste², et font par ailleurs l'objet d'une riche littérature, dont l'un des fondements est le *Artist's Reserved Rights, Transfer and Sale Agreement* de Siegelau et Projansky³. Bien qu'il s'agisse de l'aspect le plus développé en doctrine et que les considérations pragmatiques sont sans contredit importantes et fort intéressantes⁴, tout cela ne représente que l'un des aspects théorétiques des

1. « À en croire certains, l'art et le droit évolueraient dans des sphères distinctes et s'ignoraient mutuellement. Alors que l'art procède d'un "mouvement de la sensibilité", qu'il relève de l'ineffable et a pour sujet d'élection l'homme de génie, le droit, qui se veut "expression de la rationalité", enferme tout ce qu'il saisit dans des catégories et envisage l'homme moyen, le bon père de famille. Partant, aucune communication ne pourrait s'établir entre eux. La réalité est quelque peu différente. Le droit n'ignore pas le monde de l'art. Il ne le rejette pas dans le non-droit, pas plus d'ailleurs qu'il ne le soumet de manière générale au droit commun. Il existe un droit de l'art qui confère un statut juridique aux créateurs et aux œuvres d'art. », S. Lequette-de Kervenoaël, *L'authenticité des œuvres d'art*, Paris, LGDJ, 2006, p. 19.
2. V. Bobin, « Positions publiques », (2012) *ZéroQuatre* 11, 8-12, 11.
3. Le document de trois pages est facilement accessible sur Internet en plusieurs langues. En 1971, l'éditeur, marchand et commissaire d'art Seth Siegelau, en collaboration avec le juriste américain Bob Projansky, tente de garantir aux artistes les mêmes droits qu'aux auteurs et musiciens. Produit à la suite de centaines de rencontres d'artistes, il est devenu un document de référence au plan de la compréhension juridique des œuvres d'art contemporain qui s'inscrivent en dehors des balises matérielles et théoriques usuelles.
4. « *From the moment when ownership of the work did not give its owner the great advantage of control of the work acquired, this art was implicated in turning back on the question of the value of its private appropriation. How can a collector possess an idea?* », M. Claura and S. Siegelau, « L'art conceptuel », (1973) *XX^e siècle*, 41, cité dans A. Alberro, *Conceptual Art and the Politics of Publicity*, Cambridge (Mass), The MIT Press, 2004, p. 1.

liens entre l'art et le droit pour le juriste⁵. L'art est le reflet de certains éléments de la vie en société et, à ce titre, il n'est pas surprenant que les notions juridiques fondamentales soient exploitées au sens *artistique* du terme. Nous tentons donc ici d'élargir la perspective en adoptant un angle d'analyse différent : nous nous penchons sur le rôle de l'art à titre d'outil réflexif et critique de la société et donc potentiellement, de manière plus ciblée, du droit.

Notre objectif est de démontrer comment les considérations légales, en tant qu'éléments fondamentaux de l'œuvre d'art elle-même, se sont faites de plus en plus présentes avec les développements de l'art à partir du xx^e siècle. Notre cadre théorique se construit à l'aide d'une approche du droit clairement externaliste et il s'appuie sur une méthodologie interdisciplinaire qui nous permet d'explorer les apports heuristiques, pour les juristes, du discours élaboré au sein de l'art contemporain. À ce titre, il faut considérer que l'art contemporain nous « permet [...] de passer insensiblement d'une compréhension naïve et spontanée à une compréhension critique et construite », cela, alors que nous sommes guidés par une « volonté d'*expliquer* l'objet à l'aide d'une théorie qui le réfère à un ordre de phénomènes plus englobant⁶ ».

Une dernière précision essentielle à la bonne compréhension de notre propos s'impose concernant la distinction entre la notion d'*art* et celle d'*esthétique*⁷. Ce n'est qu'au xviii^e siècle que le terme *esthétique*⁸ fait son apparition dans l'ouvrage *Méditations* de Baumgarten⁹, alors que l'art lui-même faisait déjà bonne figure¹⁰. L'émergence de la notion d'esthétique, que l'on retrouve également dans son ouvrage subséquent *Æstetica*¹¹, résulte de sa volonté de désigner une discipline ayant l'art

-
5. Voir par exemple E. Golo Stone, « A Document of Regulation and Reflexive Process: Michael Asher's Contractual Agreement Commissioning Works of Art (1975) », www.artandeducation.net/paper/a-document-of-regulation-and-reflexive-process-michael-asher-s-contractual-agreement-commissioning-works-of-art-1975/. Sur la question de l'exploitation artistique du consensualisme et du droit de propriété, voir J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Dijon, Les presses du réel, 2013, p. 544 et s. Pour des exemples relatifs à la circulation *juridique* de l'œuvre ainsi qu'à l'utilisation *juridique* du contrat en art, voir S. Venkatasubban, « Artistic License: Contracts and Aesthetics », *Blomblog*, Jun 18, 2010, <http://bombmagazine.org/article/4347/artistic-license-contracts-and-aesthetics>
 6. F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? », dans F. Chazel, et J. Commaille (dir.) *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 67-80, p. 75.
 7. En effet, l'esthétique se distingue de l'art, la didactique, la critique, la psychologie, la morale et l'histoire de l'art. Voir E. Souriau, *Vocabulaire d'esthétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 725-726.
 8. Au sens d'*aesthetica* employé par A. G. Baumgarten dans son ouvrage *Aesthetica acroamatica* (1750-58); terme formé sur le grec, ἀἰσθητικὸς, « qui a la faculté de sentir; sensible, perceptible » (cf. αἰσθητικὸς, « percevoir par les sens, par l'intelligence »). (<http://www.cnrtl.fr/etymologie/esthétique>). Sur cette question voir *infra* 2.
 9. Alexander Gottlieb Baumgarten, *Esthétique: précédée des Méditations philosophiques sur quelques sujets se rapportant à l'essence du poème et de la Métaphysique*, Paris, L'Herne, 1988.
 10. Bien que les opinions divergent quant aux origines exactes de l'art visuel, des objets d'art étaient déjà produits à l'ère préhistorique. Voir E. Anati, *Aux origines de l'art. 50 000 ans d'art préhistorique et tribal*, Paris, Fayard, 2003.
 11. *Æstetica* ou *Esthétique*, Francfort-sur-l'Oder, 1750-1758, L'Herne, Paris 1988. Voir également J. A. Sher, « Les origines de l'art : une hypothèse, état de la question », (1998), 95(4) *Bulletin de la Société préhistorique*

pour objet d'étude. Celle-ci générerait des connaissances aussi valables que celles produites par les autres sciences, mais faisant appel aux sens plutôt qu'à la raison¹². Pour Baumgarten, «l'esthétique (ou théorie des arts libéraux, gnoséologie inférieure, art de la beauté du penser, art de l'analogon de la raison) est la science de la connaissance sensible¹³». Le référent scientifique de la notion esthétique sera par la suite rejeté. Notamment, dans la *Critique de la faculté de juger* de Kant, qui est désignée par plusieurs comme le berceau de la *pensée* esthétique, celui-ci ne l'entendait pas en tant que science susceptible de produire des connaissances, mais plutôt en tant que manière de juger¹⁴. Hegel prendra également sa propre voie : point de théorisation du goût, point de critique du jugement, l'esthétique ne porte plus *sur* le sensible, mais est elle-même une pensée sensible, une expérience sensible d'où découle un plaisir¹⁵. Pour Hegel, l'esthétique est une connaissance scientifique de l'art, puisque « [l']art nous appelle à le soumettre à la contemplation de la pensée, non pas dans l'intention de créer des œuvres nouvelles, mais pour connaître scientifiquement l'art¹⁶ ». De ces trois principales positions, une conception plus large en tant que *science des formes* aurait par la suite permis d'élever l'esthétique au rang d'une science distincte des autres, puisque son objet, le fait formel, lui serait propre¹⁷. Nous verrons toutefois que l'art contemporain mettra à l'épreuve une esthétique qui serait vouée exclusivement à l'étude des formes, facilitant ainsi les échanges avec le droit.

Nous procéderons en cinq temps de manière à distinguer ce qui nous paraît constituer des éléments théoriques forts de l'apport de l'art contemporain à l'épistémologie du droit. D'abord, il nous faut établir ce que constitue l'esthétique en art et en droit. Ensuite, nous analyserons le potentiel interdisciplinaire pour le discours des juristes du savoir artistique et nous tenterons de préciser ce que la considération esthétique du droit en art est susceptible d'apporter au discours et à la connaissance du juriste. Cet enrichissement potentiel du discours juridique se

française, p. 457-465.

12. E. Souriau, *Vocabulaire d'esthétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 725.
13. A. G. Baumgarten, *Esthétique*, § 1, cité dans D. Cohn, « Quand et comment naît l'esthétique », dans J. Morizot et R. Pouivet (dir.), *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Paris, Armand Colin, 2007, p. 168.
14. D. Cohn, « Quand et comment naît l'esthétique », dans J. Morizot et R. Pouivet (dir.), *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Paris, Armand Colin, 2007, p. 168.
15. *Ibid.*, p. 169.
16. G.W.F. Hegel, *Cours d'esthétique*, Paris, Aubier, 1995, dans D. Cohn, « Quand et comment naît l'esthétique », dans J. Morizot et R. Pouivet (dir.), *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Paris, Armand Colin, 2007, p. 169. Quoique certains diront qu'Hegel n'utilise pas le terme esthétique en référant à une science, mais plutôt à une philosophie : « Quant à Hegel, il s'accommode mal du terme *Ästhetik* dans son ouvrage du même nom qui ne concerne pas la science du sensible et de la sensation, mais la philosophie de l'art », L. Blanc-Benon, « Esthétique/Artistique », dans J. Morizot et R. Pouivet (dir.), *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Paris, Armand Colin, 2007, p. 172.
17. E. Souriau, *Vocabulaire d'esthétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 727.

nourrit principalement – étant donné la signification même des buts et visées de l'art contemporain engagé – de considérations critiques qui, plus ou moins directement selon les œuvres et les artistes, interpellent le droit et affectent son épistémologie. Enfin, nous terminerons, sans conclure pour autant notre propos, à l'aide d'une exemplification formée de la description sommaire d'une trentaine d'œuvres.

L'esthétique et l'art contemporain

Dans la seconde moitié du xx^e siècle, la conception de l'art est secouée par des œuvres qui en confrontent les critères d'identification traditionnels fondés sur la forme. Les années 1960 accueillent l'art conceptuel, qui fait du langage – du concept – une composante prédominante de l'œuvre¹⁸. Celle-ci ne se résume plus à l'*objet* d'art (peinture, sculpture, film, etc.), mais intègre désormais des éléments non matériels qui se situent dans un discours artistique¹⁹. Non seulement la notion d'œuvre d'art doit-elle être reconsidérée en fonction de ces nouvelles pratiques artistiques, mais les incidences d'une œuvre qui mise sur les concepts, et donc sur le langage et la communication, obligent à revoir également le rôle joué par l'artiste et le récepteur²⁰. Quant au statut du créateur de l'œuvre, l'on devra notamment reconnaître que l'artiste peut véritablement véhiculer des réflexions à propos de la réalité dans sa pratique, et non de simples frivolités plastiques²¹. À cet égard, il faut également voir la coïncidence avec un changement de perception du domaine politique, que l'on ne cloisonne plus dans son château fort institutionnel ; l'art s'adapte et élargit ses frontières au même titre que le politique s'intègre désormais à différentes sphères du social, et s'immisce même jusque dans l'intimité²².

-
18. B. Buchloh, « Conceptual Art 1962-1969: From the Aesthetic of Administration to the Critique of Institutions », (1990) 55 *October*, 105-143, 107. L'art conceptuel connaît une première effervescence entre les années 1965 et 1975. À la suite d'un déclin, il regagne en popularité vers la fin des années 1980.
 19. Certains considéreront dès lors que le discours fait partie intégrante de l'œuvre. Voir à titre d'exemple général D. Riout, *Qu'est-ce que l'art moderne*, Paris, Gallimard, 2000, p. 380-388. Voir aussi A. Cauquelin, *Fréquenter les incorporels, Contribution à une théorie de l'art contemporain*, Paris, PUF, 2006.
 20. Voir B. Buchloh, « Conceptual Art 1962-1969: From the Aesthetic of Administration to the Critique of Institutions », (1990) 55 *October*, 105-143, 107. L'émergence des techniques de reproductibilité de l'œuvre avait déjà permis d'entamer cette réflexion. Voir aussi W. Benjamin, *L'Œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique* (1939), Paris, Payot, 2013. Ce débat est loin d'être clos. Pensons notamment à la controverse engendrée par les œuvres de Richard Prince tirée de reproductions de publications sur Instagram qui reproduisent la photo et les commentaires des usagers (dont ceux de R. Prince) apparaissent, dont certaines ont été vendues à prix très élevé sans que l'auteur de la publication originale soit rémunéré. Plusieurs questions ressurgissent : Qui est l'artiste ? Qu'est-ce qui constitue l'œuvre ?
 21. À des fins de précisions, loin de nous est l'idée que les artistes, peu importe leur type de pratique, puissent jouer un rôle frivole ou futile. Nous souhaitons plutôt soulever que la *perception générale* de l'artiste semble changer : « *Artists have finally been accepted as idea men and not merely as craftsmen with poetic thoughts.* », S. Siegelau, cité dans A. Alberro, *Conceptual Art and the Politics of Publicity*, Cambridge (Mass), The MIT Press, 2004, p. 152.
 22. D. Vander Gucht, « Pour en finir avec la mythologie de l'artiste politique: de l'engagement à la responsabilité », dans É. Van Essche (dir.), *Les formes contemporaines de l'art engagé*, Bruxelles, La Lettre Volée, 2007, 59-68, 64.

Il se produit donc une expansion du champ artistique qui permet d'une part à un nombre croissant d'individus de pouvoir se réclamer du statut d'artiste, et d'autre part de voir dans tout objet et pensée une œuvre potentielle. Une expansion qui participe évidemment à la remise en question existentielle de l'art qui s'accroît²³. Il y a ainsi une forme d'évolution de la démarche artistique dans la société démocratique se manifestant par le passage d'une approche philosophique, propre à l'art conceptuel, dont Marcel Duchamp est l'un des plus importants instigateurs, à une approche de plus en plus sociologique²⁴. L'interdisciplinarité caractéristique de la pratique artistique émergente ne se résume donc pas à une alliance des disciplines proprement artistiques, des techniques plastiques – peinture, sculpture, photographie, dessin, etc. L'art profite désormais de matériaux interdisciplinaires afin d'ériger les concepts à la base de l'œuvre, puisant dans les savoirs des autres sciences, notamment la politique, l'économie, la sociologie, sans oublier le droit²⁵. Si l'art évolue de la sorte, l'esthétique doit nécessairement repositionner son discours, l'art conceptuel ne pouvant pas être appréhendé par une science qui a pour objet les *formes*. Déjà, l'existence d'une multitude d'éléments distincts et susceptibles d'intéresser l'esthétique dans l'art contemporain, au-delà de la forme, subdivise l'esthétique en plusieurs catégories²⁶. La monosémie du concept d'esthétique, ou l'esthétisme, doctrine du beau dans la forme, est désormais chose du passé²⁷. L'esthétique se ramifie, et doit maintenant s'attarder à la démarche artistique qui mène au beau, la démarche *et* le beau présentant souvent eux-mêmes de nouveaux visages²⁸. Ainsi, on ne parle donc plus d'une esthétique, la notion étant désormais

-
23. L'art conceptuel évacue la nécessité d'une maîtrise de techniques artistiques « manuelles » à des fins de qualification artistique de l'œuvre. Voir B. Buchloh, « Conceptual Art 1962-1969: From the Aesthetic of Administration to the Critique of Institutions », (1990) 55 *October*, 105-143, 107.
24. Voir P. Nicolas-Lestrat, *Une sociologie du travail artistique*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 122-132. En outre, pensons à l'artiste *socio-esthéticien* qui, par ses œuvres d'art, procède à une *recherche-création*. Voir H. Doyon, *Hétérotopie: de l'in situ à l'in socius*, Thèse, Montréal, Université du Québec à Montréal, p. 16-19.
25. En ce sens: « Car, aujourd'hui, les enjeux territoriaux de l'art ne sont plus spatiaux mais disciplinaires, et l'espace de fuite, pour les artistes comme pour toutes les sphères sociales, n'est plus physique ni même virtuel mais idéologique », E. Brunette, « Les murs ne sont pas tous faits de pierres. Les nouveaux espaces de l'interdisciplinarité », (2012) 111 *Inter: art actuel*, p. 40-43, 43.
26. Souriau réfère à plusieurs type d'études esthétiques des œuvres: « étude de leur réalisation (l'esthéticien étudie alors la création artistique et l'artiste en tant qu'artiste); étude des analogies entre ces œuvres et la nature; étude des formes considérées en elles-mêmes (esthétique morphologique); étude des réactions qu'elles suscitent, du jugement esthétique, de la sensibilité esthétique (esthétique psychologique), et de leurs relations avec la société (esthétique sociologique), etc. », et répertorie certains grands types d'esthétiques: les esthétiques philosophique (phénoménologique, analytique), psychologique (expérimentale, psychanalytique), sociologique, comparée, morphologique (structurale), E. Souriau, *Vocabulaire d'esthétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 728-729. Pensons également à l'esthétique de la communication (Fred Forest), relationnelle (Nicolas Bourriaud), etc. On référera parfois à certaines de ces esthétiques en termes d'esthétiques postmodernes. Voir V. Petev, « Connaissance en droit et en esthétique », (1995) 40 *Arch. phil droit*, 96.
27. Sur la présentation du déclin de la tradition en esthétique et l'apparition des *avant-gardes*, voir M. Jimenez, *Qu'est-ce que l'esthétique*, Paris, Gallimard, 1997, p. 301.
28. E. Souriau, *Vocabulaire d'esthétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 728.

inclusive des différentes esthétiques qui émergent. Dans la mesure où l'art conceptuel engagé intègre une dimension critique en tant que composante de l'œuvre même, qui n'est plus nécessairement matérielle, l'esthétique est appelée à son tour à participer à une explication critique²⁹. Par ailleurs, l'œuvre d'art conceptuel contribue d'autant plus à l'érosion d'une définition de l'esthétique qui se baserait sur le goût et la forme en ce qu'elle dépend de plus en plus de conventions linguistiques. Elle serait donc régulièrement définie en référence au discours institutionnel sur l'art, voire par contrats juridiques³⁰.

En d'autres termes, ce qui est œuvre d'art risquerait de plus en plus d'être régi par un langage juridique, lui attribuant une esthétique administrative³¹. En ce sens, une esthétique *légal*e est envisageable³². L'art ne se complairait toutefois pas dans pareilles catégorisations institutionnelles. Le simple fait de remettre cette proposition dans un contexte historique permet de s'apercevoir que la revendication de la souveraineté artistique est un combat qui se déployait déjà dans les premières théories des *artes liberales* il y a de cela sept cents ans, en défense d'un art qui incarnerait un lieu de liberté absolue, et donc loin de l'emprise des définitions institutionnelles³³. Néanmoins, les réactions des institutions politiques et juridiques vis-à-vis l'art participeraient entre autres, selon une esthétique communicationnelle, à constituer l'esthétique globale de l'œuvre, celle-ci se situant dans les relations intersubjectives à son égard³⁴. Dans cette perspective, la réception de l'œuvre serait alors une composante essentielle dans son appréciation esthétique. L'œuvre serait assimilée à l'émission d'un message, et son accueil par le public dans un milieu

-
29. « Dans le cadre de l'esthétique (comme *discipline*), cette notion de *critique* semble tout aussi conflictuelle. D'un côté, depuis au moins Arthur Danto, il est devenu commun de faire du discours critique l'une des modalités de l'œuvre elle-même : du moment où l'œuvre d'art, n'étant plus réductible à la "matérialité", revendique de nouveaux critères de distinction, l'explicitation critique apparaît en effet comme le pendant nécessaire à l'artéfact artistique. D'un autre côté, la critique semble être la proie d'une crise aiguë de légitimité. », H. Cova, « L'engagement (artistique) est-il nécessairement critique? », dans É. Van Essche (dir.) *Les formes contemporaines de l'art engagé*, Bruxelles, La Lettre volée, 2007, 47-58, 47.
30. Buchloh, B., « Conceptual Art 1962-1969: From the Aesthetic of Administration to the Critique of Institutions », (1990) 55 *October*, 105-143, 117. Duchamp participe notamment à paver le chemin lorsqu'il engage un notaire afin d'authentifier une de ses œuvres : « [...] this is to certify that this is the original "ready-made" L.H.O.O.Q. Paris 1919. » Cité dans *Id.* Pour des exemples contemporains, voir C. Young, *Subject to Contract*, Zurich, JRP/Ringier, 2014.
31. B. Buchloh, « Conceptual Art 1962-1969: From the Aesthetic of Administration to the Critique of Institutions », (1990) 55 *October*, 105-143, 117.
32. Voir, par exemple, C. Young, « Law as Art », (2013) December, *Mousse*, 80-81.
33. G. Didi-Huberman, *Sur le fil*, Paris, Les éditions de Minuit, 2013, p. 31 et s.
34. « Parler alors d'esthétique communicationnelle signifie que les œuvres à prétention artistique ne conquièrent leur statut esthétique que dans et par des relations intersubjectives », M.-D. Popelard, « L'esthétique est-elle communicationnelle? », dans J. Morizot et R. Pouivet (dir.), *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Paris, Armand Colin, 2007, p. 97. Prenons l'exemple d'une statue du buste d'Edward Snowden installée dans un parc qui est presque instantanément enlevée par les autorités publiques. L'esthétique de l'œuvre survit à sa désinstallation, et se nourrit justement des fortes réactions qu'elle a suscitées. Voir notamment <http://www.theguardian.com/us-news/2015/apr/06/edward-snowden-statue-bust-brooklyn-park-covered>.

déterminé, à la réception de ce message par le destinataire. L'esthétique devrait donc miser sur l'adjonction de l'œuvre et de sa réception, ce qui lui permettrait de saisir la *communication* du concept³⁵. Toujours selon une esthétique communicationnelle, la réception par le public, et notamment par les juristes, d'une œuvre d'art conceptuel mettant en scène le droit participerait ainsi à en construire l'identité esthétique. Par conséquent, dans la sphère de communication intersubjective qui est générée par l'œuvre, la réaction du juriste face à la représentation artistique d'un monde juridique est mise à contribution afin de créer du sens, de créer un message qui sera saisi plus généralement dans l'esthétique de l'œuvre. Autrement dit, l'esthétique de l'œuvre dépasse le projet initié par l'artiste. Que l'œuvre frustre le droit, le reconforte ou l'inspire, bref dans toutes les postures que le droit peut adopter alors qu'il reçoit l'œuvre, il en alimente inévitablement l'esthétique. Or, dans l'appréciation d'une œuvre d'art conceptuel à caractère « juridique », le juriste a de solides références dans le savoir juridique qu'il possède, et l'esthétique *du* droit lui-même génère en ce sens un savoir sur le droit qui participera à fonder sa réaction face à l'œuvre.

L'esthétisme du droit

Au premier abord, ce ne sont pas nécessairement les similitudes du droit et de l'art qui ressortent de la juxtaposition de ces champs, mais plutôt les mille et une différences qui les éloignent l'un de l'autre³⁶. D'un côté, l'imaginaire artistique ouvre la porte à un monde indéterminé qui obéit à ses propres règles³⁷. De l'autre, le droit fraie avec l'idée d'un monde rationnel où tout est prédéterminé ou du moins, déterminable³⁸. Cela est sans compter que le droit a une fonction

35. « Il en serait de l'œuvre et de sa contemplation esthétique comme du langage selon qu'on le considère comme le produit émis par un sujet parlant ou comme le message reçu par le sujet entendant [référence à Jameson et Saussure] », L. Martin, « L'œuvre d'art et les sciences humaines », *Organum*, Encyclopaedia Universalis, vol. 17, 1973, p. 136.

36. Voir J. H. Merryman et A. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 4th ed., The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. XVI. Un juge américain réaffirmerait d'ailleurs la différence entre l'art, pratique subjective, et le droit, pratique objective, et mettrait en garde contre la tentation de recourir à des procédés inspirés de l'art dans la prise de décision en droit : « *One can admire without seeking to emulate. And so it is with law and art. Because artistic process, purpose, and power is so different from that of law, art serves as the perfect model for what judges should not do and ought not to be.* » Voir J. Harvie Wilkinson III, « Subjective Art; Objective Law », (2010) 85 *Notre Dame L. Review*, 1663.

37. D'ailleurs, si l'art a ses propres « lois », il peut même dans certains cas ne pas être soumis aux lois du système juridique. Par exemple, un moyen de défense à des infractions criminelles concernant la pornographie juvénile est prévu lorsque les actes qui constitueraient l'infraction, l'*actus reus*, ont un but légitime notamment lié *aux arts*. Voir l'art. 163.1 (6) a) C. cr. Il est intéressant de lire les propos de la Cour Suprême qui, analysant ce moyen de défense, se prononce au sujet de la *valeur artistique* d'une œuvre et sur ce qu'est l'art. Voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 61 et suiv. Voir également *R. c. Katigbak*, [2011] 3 R.C.S. 326.

38. Cette conception du droit est particulièrement accentuée dans le positivisme juridique. Pensons évidemment à la théorie pure du droit développée par Kelsen, selon laquelle toutes les normes juridiques sont représentées dans un système cohérent.

fondamentalement indicative et normative, alors que l'art ne peut accéder à une fonction si immédiate dans la société, ou du moins pas directement. Pourtant, habituellement rattachée au milieu artistique, l'utilisation de l'esthétique dans l'étude du droit n'est pas tombée des nues. Plusieurs auteurs ont déjà abordé la question de l'esthétique en lien avec le droit. Alors que certains étudieront plus particulièrement l'esthétique de la pratique juridique ou des symboles juridiques³⁹, il s'agit plutôt ici de voir en quoi le droit lui-même entretient des liens avec l'esthétique et, plus précisément, en quoi consiste l'esthétique *du* droit. Cet amalgame de l'esthétique et du droit, qui pourrait sembler syncrétique à certains égards, sert les objectifs d'interdisciplinarité qui seront soulevés plus avant dans ce texte. Comme il ne s'agit pas en l'espèce de participer activement à nourrir les propos au sujet de l'esthétique du droit, nous en proposons uniquement un bref survol, lequel s'avère néanmoins essentiel afin de pouvoir mettre en relation l'esthétique du droit avec l'esthétique de l'œuvre d'art.

D'une perspective historique, l'association du droit avec l'art existait déjà à l'ère du droit romain, qui le définissait comme l'art du bien et du juste (*ars aequi et boni*)⁴⁰. Ainsi, selon la conception romaine, le droit représente un objet appartenant à la catégorie plus large de l'art⁴¹. Pour autant que la filiation du droit avec l'art soit inscrite dans sa recherche d'une construction normative cohérente représentant un idéal de justice – une « justice esthétique » – la scissure entre le droit et l'œuvre d'art a également des origines lointaines⁴². Sous l'influence de la République de Platon, la cité idéale devait se distancier de certaines pratiques artistiques, et spécifiquement de la poésie. C'est que la poésie, à l'instar des autres œuvres d'art, comporte une dimension imitative du réel sensible. Mais, à la différence des autres formes artistiques et selon Platon, l'effet de la poésie sur le récepteur, qui risquerait

39. Pour Jestaz, face à un litige, la notion de beauté pourrait imprégner dans une certaine mesure le travail du juriste dans une situation litigieuse. Il serait alors question de la beauté au niveau de la persuasion et de l'argumentation juridique, suivi de la beauté se dégageant de la solution juridique. Voir Ph. Jestaz, « Le beau droit », (1995) 40 *Arch. phil. Droit*, 14 et s. Un autre exemple se situe dans l'analyse de la performativité du droit, en appréciant l'aspect théâtral des représentations judiciaires. Voir G. Paugman et Ch. Ruelle, « Ludger Schwartze : l'esthétique performative du droit », (2006) 23 *Labyrinthe*, 27-30, [en ligne] : <http://labyrinthe.revues.org/1155>. L'art se trouverait ainsi dans plusieurs aspects du droit et de ce qui entoure la pratique du droit : la beauté de certains palais de justice, les symboles du droit - pensons à la déesse Thémis qui représente la Justice -, les codes vestimentaires - toges, coiffes, etc. -, l'architecture, la gestuelle habituellement utilisée en cour, le langage du droit, etc. Voir R.J. Shoek, « The aesthetic of the law », (1983) 28 *Am. J. Juris*. 46, p. 48-50.

40. Ph. Jestaz, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts. Éléments de métajuridique amusante », (1979) *RTD civ.* 480, p. 483. Il faudrait donc plutôt se demander s'il ne s'agit pas d'une dissociation qui se serait opérée entre eux, laquelle ne serait certainement pas étrangère à la disciplinarisation qui s'est opérée au XIX^e siècle.

41. F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », (2012) *RTD civ.* 1-19, 4.

42. I. Stramignoni, « Seizing truths, Art, politics, law », dans O. Ben-Dor (dir), *Law and Art, Justice, Ethics and Aesthetics*, New York, Routledge, 2011, 73-92, 73.

d'être séduit par les idées irrationnelles qu'elle véhiculerait, serait « dangereux »⁴³. Si la poésie est généralement exclue de la cité, la loi ne perdrait toutefois pas nécessairement son caractère artistique dans la vision platonicienne : il s'agirait d'une « utilisation rationnelle, réfléchie, de l'œuvre d'art par le législateur qui met au service de la cité la séduction de la beauté plastique et littéraire⁴⁴ ». En ce sens, il n'est pas inusité de présenter la loi comme étant une œuvre d'art et, tirant sa source du droit, comme *art juridique*⁴⁵. Ainsi, et sans nier les nuances qui pourraient devoir être apportées à cette affirmation, peut-être d'ailleurs trop simpliste, la loi serait à l'art juridique ce que la peinture est à l'art plastique. Or, l'esthétique n'étant pas l'art lui-même, mais le savoir de celui-ci, c'est donc un savoir sur le droit qui s'offre au juriste étudiant son esthétique⁴⁶.

Selon certains, l'enrichissement de la connaissance du droit découlerait de la possibilité de le percevoir en tant qu'objet autonome de toutes influences qui lui sont extérieures, ce que permettrait le fait de porter un regard esthétique sur les produits de son art, ses œuvres (lois, jugements, etc.)⁴⁷. L'esthétique du droit se penche effectivement sur l'agencement cohérent des concepts juridiques entre eux, et isole ainsi le « cadre » à travers lequel les relations humaines sont « mises en scène » par le droit⁴⁸. Elle permettrait donc d'expliquer le droit par des arguments proprement juridiques, sans simplement en énumérer les règles, et sans le justifier par les jeux de pouvoirs extérieurs qui l'influencent⁴⁹. Derrière cette position s'affiche clairement un positivisme juridique selon lequel l'ontologie du droit est mise de

43. L. Mouze, *Le législateur et le poète : une interprétation des Lois de Platon*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, p. 13.

44. M. Guicheteau, « L'art et l'illusion chez Platon », (1956) 42 *Revue philosophique de Louvain*, 219, p. 219. Plusieurs nuances et précisions peuvent être apportées sur la position de Platon relativement à sa conception de la loi, de l'art, de l'esthétique, de la poésie. En l'espèce, nous ne souhaitons que soulever que l'existence de ces réflexions ne date pas d'hier. Sur le rôle du discours poétique en lien avec l'activité législative, voir L. Mouze, *Le législateur et le poète : une interprétation des Lois de Platon*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, 448 p. L'auteur distingue notamment comment la position de Platon évolue entre *République* et *Lois*.

45. « En revanche la règle de droit n'est pas une règle de l'art juridique, une technique à utiliser si l'on veut faire du bon droit, mais un produit de cet art ou en d'autres termes une œuvre. Et non pas la seule œuvre car on comprendrait alors cette confusion entre l'art et son produit, mais une œuvre parmi d'autres », Ph. Jestaz, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts. Éléments de métajuridique amusante », (1979) *RTD civ.* 480, p. 482.

46. F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », (2012) *RTD civ.* 1-19, 4.

47. Cela permettrait de se couper d'une tendance au *réalisme doctrinal*, selon lequel la connaissance du droit serait dissoute dans les discours que portent les autres disciplines sur le droit, l'éloignant ainsi d'un savoir *autonome*. Voir F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », (2012) *RTD civ.* 1-19, 2.

48. C. Douzinas, « A legal phenomenology of images », dans O. Ben-Dor (dir), *Law and Art, Justice, Ethics and Aesthetics*, New York, Routledge, 2011, 247-258, 256.

49. F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », (2012) *RTD civ.* 1-19, 8.

l'avant, pour construire une théorisation du système juridique à partir de ses règles de droit en tant que faits sociaux⁵⁰. En ce sens, ce serait ici au moyen d'une esthétique similaire à celle qui prédominait avant l'avènement des œuvres conceptuelles en art que l'on percevrait le droit, une esthétique menant vers une forme de justice idéalisée. Cependant, l'élégance du « beau droit », du droit « clair, logique et précis », n'est-elle pas un leurre dans la mesure où l'« académisme » nierait le « désordre » du réalisme⁵¹ ? Et c'est précisément cet esthétisme du droit, ce *beau* droit qui, entre ce qu'il est et devrait être, devient à son tour matériel artistique dans les œuvres d'art conceptuel⁵², qui nous intéresse à titre d'objet d'études interdisciplinaires. À ce sujet, quelques précisions méthodologiques doivent maintenant être apportées.

Les visées heuristiques d'une interdisciplinarité

Les visées heuristiques d'une recherche en droit par l'intermédiaire de l'art contemporain auxquelles nous référons sont celles de la découverte, de l'*art de trouver*⁵³. Cela s'inscrit dans une optique globale d'unité du savoir à une époque où la parcellisation s'impose telle une norme qui tend à nous transformer toujours davantage en experts et spécialistes de tout acabit plutôt qu'en chercheurs⁵⁴. Il s'agit donc de partir à la découverte de ce que l'art contemporain peut apporter au savoir juridique dans une optique transdisciplinaire d'intégration des savoirs, si ce n'est, à titre de projet « résolument moniste », de formation d'une forme d'« esperanto scientifique⁵⁵ ». Cette fonction heuristique est très présente en art contemporain

-
50. F. Colonna réfère d'ailleurs à plusieurs reprises aux travaux de H. Kelsen. Au sujet du positivisme juridique, voir L. Tremblay, « Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique », (2012) 46-2 *Revue Thémis* 256-292, 259. Par positivisme juridique, nous ne référons pas spécifiquement à la *Théorie pure du droit* de H. Kelsen, bien que celle-ci s'inscrive généralement dans cette approche. Par exemple, H.L.A Hart, N. Bobbio et U. Scarpelli ont également contribué à la théorie du positivisme juridique. Voir Ch. Grzegorzczak, F. Michaut et M. Troper (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992.
 51. Voir Ph. Jestaz, « Le beau droit », (1995) 40 *Arch. phil. droit*, 14, p. 24.
 52. « *The quality which cannot but render law an alluring artistic subject is the variety of its inherent antitheses, the opposition of Is and Ought, of positive and natural law, legitimate and revolutionary law, freedom and order, justice and equity, law and mercy, etc.* » R.J. Schoeck, « The aesthetics of the law », (1983) 28 *Am. J. Juris*, 46, p. 52.
 53. *Heuristique* est « un mot emprunté (av. 1845) à l'allemand *heuristik, heuristisch* (1750), adaptation du latin scientifique moderne *heuristicus* (1734 en Allemagne), forme dérivée du grec *heuristiké (tekhné)* "art de trouver", du verbe *heuriskein* "trouver" [...], A. Rey, *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, T. 2, [Heuristique], Paris, Dictionnaire le Robert, 2006.
 54. Dans une approche qui oserait encore se réclamer d'une prétention humaniste, nous tentons d'éviter de confondre « la queue de l'éléphant pour l'éléphant lui-même. », P. Delattre, « Interdisciplinaires (recherches) », *Organum*, Encyclopaedia Universalis, vol. 17, 1973, p. 393.
 55. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 468. De manière plus précise, les auteurs écrivent : « Pour reprendre la métaphore langagière, on peut dire qu'on vise cette fois la construction d'une langue nouvelle et commune, c'est-à-dire une forme d'esperanto scientifique. Ici encore, la pluralité des disciplines

en raison, sans doute, de la nature intrinsèquement interdisciplinaire de la démarche elle-même. Il a d'ailleurs été remarqué que le chef-d'œuvre paradigmatique qu'est *Fontaine* (1917) de Marcel Duchamp⁵⁶, en n'étant ni *chef* au sens de l'original, ni œuvre au sens de création, constitue, à ce chapitre et sur le plan juridique un « *essai* perpétuel : donc jamais close en droit, toujours à refaire⁵⁷ ».

Organe vital de l'interdisciplinarité, la notion de *discipline*, généralement conçue comme « une matière enseignée, une branche de la connaissance⁵⁸ », laisse *a priori* en suspend de nombreuses interrogations, particulièrement lorsqu'il s'agit d'envisager un tel exercice entre l'art et le droit⁵⁹. Nous devons donc poser certaines balises argumentatives et théoriques. D'abord, et de manière plutôt évidente, la connaissance est l'acquisition d'un savoir concernant un *objet*, soit une *représentation* du réel et non la réalité elle-même, laquelle ne se révèle qu'à travers la perception que l'on s'en fait⁶⁰. Or, s'il n'est pas contesté dans le contexte du présent texte que l'objet juridique puisse intéresser une science, l'on pourrait se demander en quoi l'art peut constituer un objet digne de connaissance scientifique légitime⁶¹.

L'artiste est certes producteur de *sens*, ce qui mène ultimement, et comme nous venons de la voir, à la question esthétique, mais contribue également à l'enrichissement des connaissances de nature sociétale, et donc juridiques. Alors que les types de connaissances qui sont générées par l'art peuvent être nombreux, l'œuvre d'art permet notamment au récepteur d'acquérir un savoir concernant celle-ci en tant qu'objet, mais aussi un savoir concernant sa propre réaction émotionnelle de l'œuvre et, plus généralement, à propos du monde dans lequel il se trouve⁶². Dans le but de mieux illustrer notre présentation, apportons quelques précisions à propos de ces types de connaissance dans le contexte où elles seraient générées par des

ne constitue qu'un point de départ que l'on tend précisément à dépasser au bénéfice d'une unité que l'on cherche à construire. Le projet est donc résolument moniste, au moins quant à sa visée. », *Id.* Il s'agirait donc de substituer aux savoirs disciplinaires indépendants un savoir global.

56. Sur l'explication du décalage entre l'apparition des *ready-made* de Duchamp au début du xx^e siècle et celle de ce qui sera appelé l'art conceptuel dans les années 1960, voir M. Jimenez, *Qu'est-ce que l'esthétique*, Paris, Gallimard, 1997, p. 12 et s.
57. G. Didi-Huberman, *Sur le fil*, Paris, Les éditions de Minuit, 2013, p. 11.
58. A. Rey, *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, T. 1, [Discipline], Paris, Dictionnaire le Robert, 2006.
59. Par exemple : faut-il distinguer la *discipline* juridique du *savoir* juridique et du discours relatif à la connaissance des juristes ? L'art constitue-t-il une discipline, une *connaissance* ? Doit-on distinguer la discipline de la science, du savoir, de la connaissance, ou encore de l'objet même de l'étude ?
60. « Le savoir est connaissance d'un objet, non d'une réalité : il ne connaît jamais le réel dont il est incapable de percevoir l'insondable mystère, mais ne connaît que la représentation du réel, c'est-à-dire un objet. », F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », (2012) *RTD civ*, 1-19, 14.
61. L. Martin, « L'œuvre d'art et les sciences humaines », *Organum*, Encyclopaedia Universalis, vol. 17, 1973, p. 135.
62. D. Novitz, « Epistemology and Aesthetics », dans *Encyclopedia of Aesthetics. Oxford Art Online*, Oxford University Press, En ligne.

œuvres mettant en scène le droit. Premièrement, la connaissance de l'œuvre elle-même, sa signification réelle, projetée ou imaginée, se résumerait à la trame factuelle de l'œuvre et à ce que la narration du concept cherche à nous communiquer. Par exemple, considérons une œuvre de l'artiste Andrea Fraser⁶³, dont le concept est de se faire elle-même filmer en ayant une relation sexuelle avec un participant, de reproduire la bande vidéo en cinq copies et de permettre au participant d'acquérir l'une des cinq copies vidéo de la performance pour un montant de 20 000\$. Le récepteur de l'œuvre a connaissance que l'artiste proposait au public d'avoir une relation sexuelle avec elle, relation qui serait filmée et reproduite sur vidéo en cinq exemplaires, avec possibilité d'en acquérir un pour une somme élevée. Il a aussi connaissance qu'un homme a eu une relation sexuelle avec l'artiste, sachant qu'ils étaient filmés et qu'il en a acquis une copie par la suite au coût de 20 000\$. Comme l'œuvre consiste en des actions qui ont été posées de manière concrète conformément au concept, la connaissance de l'œuvre elle-même est accessible. Toutefois, l'exercice peut se présenter différemment. Par exemple, Carey Young a réalisé une œuvre dans laquelle une ligne noire sur le mur et le plancher délimite une zone dans laquelle le public peut pénétrer librement, avec l'inscription « By entering the zone created by this drawing, and for the period you remain there, you declare and agree that the US constitution will not apply to you⁶⁴ ». La connaissance de l'œuvre porte alors non seulement sur ce qui est perceptible (la zone délimitée par la ligne noire, le message peint au mur, les gens du public qui se trouvent à l'extérieur ou à l'intérieur de la zone, etc.), mais aussi sur ce que l'œuvre projette, soit que la constitution américaine ne s'appliquerait pas à celui qui pénètre dans la zone, qu'ils jouissent ainsi d'une liberté provisoire, mais également d'une absence de protection politique à l'extérieur de cette zone.

Passons au second type de connaissance sur l'art, qui est celui qui concerne ce que nous pensons, à titre de récepteurs et/ou destinataires, être la réponse émotionnelle appropriée face à l'œuvre. À cet égard, et sans que nous possédions un savoir aguerri en psychologie, nous pouvons penser que l'œuvre de Fraser pourrait choquer, intimider, gêner ou attrister. Quant à celle de Young, elle pourrait susciter des sentiments de libération, d'oppression politique ou de patriotisme. Le public acquiert ainsi une meilleure connaissance de lui-même, de ses propres valeurs et préjugés. Enfin, le troisième type de connaissance de l'œuvre, sans doute le plus directement *heuristique* pour le juriste, concerne ce que l'art nous permet de connaître et comprendre sur le monde en général, et donc potentiellement sur le droit en fin de compte. Pour continuer avec *Untitled* (2003) d'Andrea Fraser, le récepteur acquiert une connaissance par rapport à l'intimité, à la consommation

63. Andrea Fraser, *Untitled*, 2003.

64. Carey Young, *Declared Void*, 2005.

de services, aux transactions ayant pour objet la sexualité, mais aussi par rapport à ce qui est permis en matière d'échange économique lorsqu'une dimension sexuelle est impliquée, renvoyant à la notion d'ordre public. Dans le cas de l'œuvre *Declared Void* (2005) de Young, le savoir portera sur la politique, la nation, la citoyenneté, etc. Dans tous les cas, ces connaissances concernent des sujets qui intéressent inévitablement – si ce n'est directement – le droit, celui-ci régissant essentiellement tous les aspects propres à la société et son environnement⁶⁵. C'est donc en ce sens que les connaissances sur l'art qui intéressent l'esthétique permettent d'envisager un rapport interdisciplinaire entre l'art et le droit.

Certes, il peut ne pas s'agir de connaissances empiriques, voire rationnelles au sens strict, qui se dégagent de l'œuvre d'art. À cet égard, il faut préciser que la connaissance ne doit pas se limiter à un savoir *scientifique* entendu comme un résultat reposant sur une démarche empirique. Il faudrait même remettre en question la réelle possibilité pour l'exercice de mener à *une* connaissance; nous pourrions, sans doute de manière plus équivoque, parler de faisceau de connaissances, de différentes *façons* de connaître pour le juriste⁶⁶. L'appel à l'imagination – Castoriadis n'est pas loin ici⁶⁷ – est clair: l'imagination et le jeu avec les concepts, la *fusion* du monde artistique et du monde vécu nous permettent de découvrir, de comprendre différemment. C'est en ce sens que, parallèlement aux données objectives, le sensible et l'imaginaire qui se présentent explicitement en art, et peut-être plus implicitement en droit, engendrent néanmoins des connaissances sur ces objets qui pourront être dégagées par l'esthétique d'une part et le droit – en tant que la « science juridique » – de l'autre. Et ainsi se pose la question d'établir si une *représentation artistique* du droit peut être *objet* d'étude juridique, et si, inversement, l'objet juridique peut être source de connaissance artistique, source créatrice, sujet de la discipline de l'artiste. Par conséquent, et partant de l'idée générale de discipline à titre de *branche de connaissance*, il nous faut nous pencher sur la méthodologie interdisciplinaire permettant de croiser *connaissance artistique et connaissance juridique*.

Tant l'art que le droit ne constituent pas de prime abord des objets d'études autonomes, et sont incidemment perpétuellement influencés par d'autres disciplines, d'autres savoirs. Or, selon une interprétation sociologique donnée au terme « connaissance » inspirée par Durkheim, la « connaissance implique à l'évidence tous les facteurs socioculturels conduisant aux normes intellectuelles et morales

65. Nous reviendrons plus en détail sur les connaissances que le juriste est susceptible de dégager des œuvres d'art conceptuel.

66. « There are many different things that we learn from art - so different, in fact, that it seems most unlikely we will learn them in a single way. Not only do we claim to acquire factual beliefs and propositional knowledge from fiction, we also claim to acquire cognitive, conceptual, intellectual, and strategic skills, values, and an empathic understanding of what it is like to be caught up in certain situations », D. Novitz, « Epistemology and Aesthetics », dans *Encyclopedia of Aesthetics. Oxford Art Online*, Oxford University Press, [en ligne].

67. J.-F. Kerléo, « L'imaginaire, Un outil méthodologique d'analyse du droit », (2015) *28 Int J Semiot Law* 359–370.

dans une situation collective donnée⁶⁸ ». C'est par conséquent à l'*attitude* du chercheur – en droit ou en art –, plutôt qu'à la *nature* du droit ou de l'art, qu'il faut s'attarder et s'en remettre pour comprendre l'importance des échanges interdisciplinaires⁶⁹. Mais il est aussi – et surtout! – possible de dépasser le cloisonnement disciplinaire, celui-ci ayant existé à la fois pour le droit et pour l'art sans que la raison ne se trouve nécessairement *dans* l'objet droit ou art, mais plutôt au sein d'un contexte sociohistorique⁷⁰. De cette façon, nous pouvons analyser le terrain en croisant les démarches de plusieurs disciplines de manière à nourrir la réflexion. Ainsi, il s'agit d'éviter une posture selon laquelle les juristes resteraient cantonnés dans le champ juridique des connaissances d'une part, et selon laquelle les artistes s'en tiendraient à celui de l'art contemporain d'autre part, échangeant certes entre eux, mais sans toutefois espérer de véritables modifications du discours propre à l'autre discipline. Nous envisageons plutôt l'interdisciplinarité comme l'occasion d'une influence réciproque sur chacun des savoirs et une possible transformation du discours *intradisciplinaire*⁷¹. En reprenant les propos de Ost et Van de Kerchove, nous pourrions ainsi schématiser notre position : la pluridisciplinarité (ou multidisciplinarité) consiste en une « *juxtaposition* de savoirs » ; la transdisciplinarité implique des « savoirs autonomes » et mène à une « *intégration* de disciplines » ; alors que l'interdisciplinarité consiste à partir du champ théorique d'une discipline afin de procéder à une « *articulation* de savoirs », « réorganisations partielles des champs théoriques en présence⁷² ». Ce qui est visé ici est donc une *mise en dialogue* de deux discours disciplinaires⁷³, ou encore, une forme d'inter-culturalité qui implique de penser le savoir dans sa globalité⁷⁴, forçant la dogmatique juridique à communiquer le plus pleinement possible avec le milieu dans lequel le droit se développe⁷⁵.

Ajoutons que sur le plan de la justification méthodologique, un tel choix peut s'expliquer dans la mesure où « [...] il apparaît que seule l'interdisciplinarité permet la constitution d'une recherche réellement "centrée"⁷⁶ ». Enfin, de manière

-
68. A. Rey, *Dictionnaire culturel de la langue française*, T. 1 [Connaissance], Paris, Dictionnaire le Robert, 2005, p. 1783.
69. F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », (2012) *RTD civ*, 1-19, 18.
70. F. Terré, « Sociologie du droit et sociologie de l'art », (1995) 40 *Arch. phil. droit*, 242, p. 256.
71. J. Dufresne, « De l'indisciplinarité à l'interdisciplinarité », dans V. Lemay et F. Darbellay, *L'interdisciplinarité racontée. Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014, p. 115-124, p. 119.
72. F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? », dans F. Chazel, et J. Commaille (dir.) *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ., 1991, p. 67-80, p. 78.
73. F. Darbelly, « L'interdisciplinarité : voyage à la croisée des cultures scientifiques », dans V. Lemay et F. Darbellay, *L'interdisciplinarité racontée. Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014, p. 125-140, 132.
74. F. Darbellay, « L'interdisciplinarité : voyage à la croisée des cultures scientifiques », dans V. Lemay et F. Darbellay, *L'interdisciplinarité racontée. Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014, p. 125-140, p. 130.
75. F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? », dans F. Chazel, et J. Commaille (dir.) *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ., 1991, p. 67-80, p. 78.
76. *Id.*, p. 79.

analogique, nous trouvons dans l'interdisciplinarité bien plus qu'« un œcuménisme ou un syncrétisme mou, visant à pacifier les rapports entre voisins, mais un passage de relais⁷⁷ ». De la sorte, il faut considérer que le *pont* entre le droit et l'art prend la forme d'une métaphore, au sens étymologique de « porter vers ». L'art contemporain porte connaissances et significations vers le juriste. Des auteurs soulignent que la métaphore est essentielle à l'interdisciplinarité⁷⁸, ce qui signifie que l'échange entre droit et art ne peut qu'être métaphorique, l'art n'étant pas le droit⁷⁹. Il s'agit donc d'user des métaphores comme *méthodologie de transposition*⁸⁰ afin de favoriser, dans une perspective habermassienne, un « décloisonnement du monde (*Welterschließung*) par l'esthétique⁸¹ ». Et cette interdisciplinarité art-droit a nécessairement recours à l'*esthétique*, puisque ce ne sont pas les objets, mais les *connaissances* qui entrent en communication.

La réception de l'œuvre par le juriste

Il s'agit maintenant d'explorer comment les savoirs juridique et artistique peuvent s'articuler concrètement dans le cadre d'une recherche interdisciplinaire en droit. Bien que d'autres scénarios puissent être envisageables, nous en retenons deux principaux⁸² qui se fondent sur une différenciation dans la manière dont le droit est interpellé : d'une part les œuvres d'art dont le concept fait appel directement ou indirectement à des règles juridiques existantes, et d'autre part les œuvres d'art dont le concept soulève des éléments de nature juridique, mais qui ne correspondent toutefois pas au droit applicable⁸³.

Dans le premier cas de figure, soit celui dans lequel le droit agit à titre de « matériau » de l'œuvre d'art conceptuel, le droit est utilisé et recadré dans l'œuvre

77. N. Heinich, *Ce que l'art fait à la sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 64.

78. F. Makela, « Des champs et des clôtures : la métaphore et la recherche interdisciplinaire », dans V. Lemay et F. Darbellay, *L'interdisciplinarité racontée. Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014, p. 29-46, 39.

79. « Works of art that try to tell us something about the world are bound to fail... The absence of reality in art is exactly art's reality. », J. Kosuth, (1969) *The Sixth Investigation*, 14, cité par B. Buchloh, « Conceptual Art 1962-1969: From the Aesthetic of Administration to the Critique of Institutions », (1990) 55 *October*, 105-143, 128.

80. F. Makela, « Des champs et des clôtures : la métaphore de la recherche interdisciplinaire », dans V. Lemay et F. Darbellay, *L'interdisciplinarité racontée. Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014, p. 29-46, 38.

81. V. Petev, « Connaissance en droit et en esthétique », (1995) 40 *Arch. phil droit* 96, p. 103.

82. Ces catégories sont similaires à celles proposées par N. Goedert, « Pour une approche esthétique du droit. Le juriste et les représentations », billet mis en ligne le 17 juin 2014 sur *imaj — Carnets de recherches en Analyse Juridique de l'Image*: <http://imaj.hypotheses.org/315>

83. Ces œuvres se rapprocheraient ainsi du « film paralleling law », soit des « films qui présentent un mode de fonctionnement social similaire à celui du droit et du système de justice », M.-C. Belleau, V. Bouchard et R. Johnson, « Droit, cinéma et doute: Rapport minoritaire », (2009) 14 *Lex Electronica*, 1-25, 5.

elle-même. L'esthétique juridique qui est véhiculée à travers l'œuvre est donc nécessairement celle du droit applicable, puisque le droit produit ici ses effets, ou est susceptible de le faire. Par exemple, Edith Brunette dans son œuvre *Caméraroman* (2011), a fait des demandes d'accès à l'information afin d'obtenir les enregistrements de scènes jouées par des figurants dans des lieux publics et captées par des caméras de surveillance. Le montage final présente les bandes vidéo qui lui ont été effectivement remises, et un écran noir marque les scènes pour lesquelles on lui a refusé l'accès. Ici, les règles de droit concernant l'accès à l'information sont au cœur même de l'œuvre d'art. Elles ne sont ni modifiées, ni décontextualisées : elles sont *utilisées* directement afin de produire l'œuvre. Si nous revenons à l'œuvre *Untitled* (2003) d'Andrea Fraser dans laquelle le film d'une relation sexuelle entre l'artiste et un participant lui est vendu, les règles juridiques ne sont pas utilisées concrètement, mais *indirectement*, le droit étant partie de l'œuvre à travers son concept. En effet, l'œuvre suscite de nombreuses questions juridiques, notamment au niveau de la qualification et des règles applicables : est-ce un contrat juridique valide ? S'agit-il de pornographie ou de prostitution ? Dans pareils cas, le juriste est confronté à deux « réalités » : l'esthétique *du droit* tel qu'il lui apparaît dans la loi, et l'esthétique *de l'œuvre*. En référant à la connaissance du monde que procure l'œuvre dont nous avons traitée dans le titre précédent, nous pouvons conclure que le « monde cohérent » proposé par l'esthétique du droit, le monde *juridique*, est ainsi recadré dans une œuvre qui ouvre la porte à la réflexion et qui propose une critique. Dans *Caméraroman*, il pouvait s'agir de mettre en lumière les « failles de la réglementation sur la vidéosurveillance⁸⁴ ». Dans l'œuvre de Fraser, il pouvait s'agir d'une critique féministe du droit, ou encore d'une critique institutionnelle. L'impact du système juridique est alors directement remis en perspective plus globalement dans le contexte social, si ce n'est les règles juridiques elles-mêmes qui sont remises en cause. Le juriste serait alors susceptible d'avoir un regard différent sur le droit, celui-ci étant appelé à jouer et à produire ses effets dans un contexte qui n'a probablement pas été envisagé comme tel lors de l'adoption des règles juridiques.

Dans un second cas de figure, l'œuvre d'art présente sa propre « esthétique juridique », en ce que dans la représentation artistique du monde qu'elle propose, les règles que l'œuvre présente comme étant de nature « juridique », ne sont pas enchâssées dans la loi ; il s'agit d'un système juridique *fictif*, une « esthétique du droit » proprement *artistique*. L'on pourrait parler d'une *caricature* du droit. Par exemple, rappelons-nous l'œuvre *Declared void* de Carey Young qui proposait une zone à l'intérieur de laquelle la constitution américaine ne s'appliquerait pas. Cette œuvre fait jouer un « droit contractuel » dans lequel le consentement des parties pourrait avoir comme objet la suspension de règles de droit constitutionnel et

84. <http://edithbrunette.net/fr/cameraroman/>

public sur le territoire national. Or, aucune zone grise *réelle* n'existe ici : les règles de droit constitutionnel ne peuvent pas *réellement* être inapplicables par l'effet du consentement de particuliers, par un « contrat artistique », qui ne crée plutôt qu'une « hallucination consensuelle⁸⁵ ». Ce type d'œuvre stimule les sens du juriste particulièrement par l'esthétique juridique fictive, tronquée ou déformée, qu'elle propose. Or, l'on peut présumer qu'avec ses réflexes juridiques, le juriste interprétera notamment cette *déformation* du droit en mesurant comment la réalité juridique diffère de la représentation qui en est donnée.

En somme, c'est dans l'*écart* entre l'esthétique du droit et l'esthétique de l'œuvre que le juriste tire spécifiquement des connaissances sur le droit. D'une part, dans le cas des œuvres utilisant le droit à titre de matériau, l'écart pourrait être celui entre l'effet recherché par les règles utilisées et l'effet produit dans le contexte de l'œuvre. D'autre part, dans le cas d'une œuvre proposant un droit « fictif », l'écart se trouverait entre les règles juridiques applicables et celles qui leur ont été « substituées » par l'artiste dans le concept de l'œuvre. À n'en pas douter, l'art contemporain engendre un véritable exercice épistémologique pour les juristes qui sont ainsi « engagés dans l'interprétation, la connaissance et la constitution de la complexe réalité sociale⁸⁶ ». De manière idéale, le but recherché dans le recours à la méthodologie interdisciplinaire est d'entreprendre une « analyse qui met en relation les approches critiques des deux sphères de connaissances utilisées » de manière à pouvoir, aux plans théorique et épistémologique, « se servir de l'approche dominante d'un savoir exogène pour alimenter l'approche critique de notre discipline⁸⁷ ». Cela permet ni plus ni moins d'ouvrir le champ des connaissances et donne accès à un nouveau terrain pour l'épistémologie juridique⁸⁸. Loin de prolonger le positivisme ambiant, l'interdisciplinarité se veut une partie de la solution à l'impasse scientifique qui guette toujours le droit⁸⁹. Il ne s'agirait toutefois pas de tomber dans un réalisme radical en vertu duquel le savoir juridique serait entièrement dissout dans les autres disciplines⁹⁰. C'est ainsi, dans l'objectif d'en arriver à une compréhension inclusive

85. C. Young, « Published essays and interviews: Consideration – Carey Young in conversation with Defne Ayas, June 2006 », <http://www.careyyoung.com/consideration-carey-young-in-conversation-with-defne-ayas>

86. V. Petev, « Connaissance en droit et en esthétique », (1995) 40 *Arch. phil droit* 96, p. 103.

87. M.-C. Belleau, V. Bouchard et R. Johnson, « Droit, cinéma et doute: Rapport minoritaire », (2009) 14 *Lex Electronica*, 1-25, 10.

88. « Or, l'interdisciplinarité suppose un jugement épistémologique plus prospectif que rétrospectif: sa valeur scientifique réside davantage au niveau de l'utilité attendue dans le futur qu'au niveau des gestes méthodologiques posés dans le passé », V. Lemay, « La propension à se soucier de l'Autre: promouvoir l'interdisciplinarité comme identité savante nouvelle, complémentaire et utile », dans: Frédéric Darbellay, Theres Paulsen (dir.), *Au miroir des disciplines. Réflexions sur les pratiques d'enseignement et de recherche inter-et transdisciplinaires*, Berne, Peter Lang, 2011, p. 25-47, p. 34.

89. M.-C. Belleau, V. Bouchard et R. Johnson, « Droit, cinéma et doute: Rapport minoritaire », (2009) 14 *Lex Electronica*, 1-25, 5.

90. F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme: les apports de l'esthétique au savoir juridique », (2012) *RTD civ*, 1-19, 2.

et ouverte du droit et de l'art qui tenterait de nous éloigner de la tentation de la *doxa* (croyance) au profit de la connaissance, que des échanges interdisciplinaires s'avèrent souhaitables.

Au-delà de l'appel à l'échange intellectuel entre le droit et l'art, soit leur relation dans la sphère de l'utile, de la logique et de la raison⁹¹, les savoirs juridiques et artistiques se rejoignent dans des considérations propres à la création de leurs discours respectifs. En effet, l'intelligence de l'art et du droit réside dans l'atteinte d'un équilibre dans l'encadrement de l'expérience « brute » du monde qu'ils offrent respectivement, par l'œuvre d'art et par le système juridique⁹². C'est d'ailleurs dans cet exercice que le droit et l'art se retrouveraient en lieux communs : « the basic dilemmas of art and law are, in the end, not dissimilar, and in their resolution – the resolution of passion and pattern, of frenzy and form, of convention and revolt, of order and spontaneity – lies the clue to creativity that will endure⁹³ ». À ce titre, l'art faciliterait la prise en compte de l'imaginaire comme outil de compréhension du droit, permettant d'enrichir l'expérience du droit au-delà d'une logique formatée exclusivement par l'expérience *juridique*⁹⁴.

Ce qui rendra l'étude de l'œuvre d'art juridique potentiellement enrichissante pour les connaissances en droit est probablement que le juriste, face à une problématique donnée, réagira d'une manière différente selon que la question lui est amenée dans un cadre exclusivement juridique ou qu'elle est soulevée à travers un objet artistique⁹⁵. C'est pourquoi il s'agirait de « s'intéresser aux œuvres non [simplement] pour ce qu'elles valent ou ce qu'elles signifient, mais pour ce qu'elles *font*⁹⁶ ». À travers la manipulation artistique du discours juridique, il se produirait notamment un « *deconstructive moment* » qui viendrait déstabiliser les connaissances acquises au sujet du droit⁹⁷. Ce faisant, l'œuvre d'art conceptuel pourrait permettre

-
91. Pensons à la manière dont le droit vient supporter le monde artistique à plusieurs égards - droits d'auteur, droit des biens, etc. Voir J. H. Merryman et A. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 4th ed., The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. XVI.
 92. J. H. Merryman et A. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 4th ed., The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. XVI ; Voir aussi M.-C. Belleau, V. Bouchard et R. Johnson, « Droit, cinéma et doute : Rapport minoritaire », (2009) 14 *Lex Electronica*, 1-25, 4.
 93. J. H. Merryman et A. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 4th ed., The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. XVI.
 94. « What can a law student, or a lawyer, learn from law in the art? If as Holmes once wrote, law lies at the intersection of logic and experience, the center of gravity of legal studies is too often in the area of logic (understood as the logic of legal reasoning). What the arts can do is to enrich and illuminate his experience, his sense of felt life - his awareness of conscience. » R.J. Schoeck, « The aesthetics of the law », (1983) 28 *Am. J. Juris.* 46, p. 56.
 95. L. Blanc-Benon, « Esthétique/Artistique », dans J. Morizot et R. Pouivet (dir.), *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Paris, Armand Colin, 2007, p. 172-173.
 96. N. Heinrich, *Ce que l'art fait à la sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 37.
 97. D. McClean, « The Artist's Contract / From the Contract of Aesthetics to the Aesthetics of the Contract », (2010) 25 *Mousse Magazine*, disponible en ligne à l'adresse <https://www.moussemagazine.it/magazine/daniel-mcclean-the-artists-contract-2010/O>. Ben-Dor, « Introduction, Standing before the gates of the law? », dans O. Ben-Dor (dir), *Law and Art, Justice, Ethics and Aesthetics*, New York, Routledge, 2011, 1-29, 1.

au juriste de remettre en question l'esthétique du droit ou d'adopter de nouvelles postures face au droit normatif⁹⁸. En effet, la considération de la pluralité des « mondes » (juridiques, artistiques, etc.) qui constituent la réalité sociale permettrait d'éviter de percevoir le droit en tant que vérité⁹⁹. Or, alors que « la pluralité des vérités, choquante pour la logique, est la conséquence normale de la pluralité des forces¹⁰⁰ », la violence avec laquelle le droit pourrait potentiellement être déstabilisé par l'esthétique de l'œuvre serait d'autant plus stimulante au niveau de l'enrichissement du savoir juridique. Par ailleurs, la perméabilité du savoir juridique devant les remises en question de son ordre symbolique permettrait ultimement de nouvelles possibilités d'action (*praxis*) et de raison pratique (*phronesis*)¹⁰¹. Et même dans les œuvres d'art conceptuel pour lesquelles l'utilisation du droit viserait d'abord à engendrer une réflexion critique sur l'art lui-même, le propos développé peut sans aucun doute alimenter la réflexion juridique par ricochet¹⁰². La démarche intellectuelle du juriste que suscite l'œuvre d'art conceptuel, qui s'insère dans une démarche critique du droit, tendrait à faciliter la réapparition du « juriste citoyen » et du « savant engagé »¹⁰³.

L'art contemporain à titre d'outil épistémologique et critique

*[...] il faut situer Sade dans la grande famille de ceux qui, par-delà la banalité de la vie quotidienne, veulent conquérir une vérité immanente à ce monde. Dans cette perspective, le crime lui apparaît comme un devoir : dans une société criminelle, il faut être criminel*¹⁰⁴.

*Nearly forty years after their first appearance, the practices now associated with « institutional critique » have for many come to seem, well, institutionalized. [...] How can artists who have become art-historical institutions themselves claim to critique the institution of art*¹⁰⁵ ?

98. O. Ben-Dor, « Introduction, Standing before the gates of the law? », dans O. Ben-Dor (dir), *Law and Art, Justice, Ethics and Aesthetics*, New York, Routledge, 2011, 1-29, 4.

99. N. Heinich, *Ce que l'art fait à la sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 53.

100. N. Heinich, *Ce que l'art fait à la sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 50.

101. O. Ben-Dor, « Introduction, Standing before the gates of the law? », dans O. Ben-Dor (dir), *Law and Art, Justice, Ethics and Aesthetics*, New York, Routledge, 2011, 1-29, 3.

102. D. McClean, « The Artist's Contract / From the Contract of Aesthetics to the Aesthetics of the Contract », (2010) 25 *Mousse Magazine*, en ligne <https://www.moussomagazine.it/magazine/daniel-mcclean-the-artists-contract-2010/>

103. J.-F. Kerléo, « L'imaginaire. Un outil méthodologique d'analyse du droit », (2015) 28 *Int J Semiot Law* 359-370, 369.

104. S. de Beauvoir, *Faut-il brûler Sade?*, Paris, Gallimard, 2011.

105. A. Fraser, « From the Critique of Institutions to an Institution of Critique », dans A. Alberro et B. Stimson, *Institutional Critique. An Anthology of Artists' Writings*, Cambridge (Mass), MIT Press, 2009, 408-417, 408.

Loin d'être une simple diversion érudite, le recours aux échanges entre droit et art contemporain se doit d'être abordé sous l'angle de la *subversion critique*¹⁰⁶. Ainsi, il est possible de considérer que l'art contemporain est en mesure de *coloniser* le droit, en l'obligeant, parfois, à redéfinir les frontières tracées par les juristes. Dans leur démarche, les artistes sont en mesure de se nourrir à la source des nombreux et inévitables maux juridiques propres aux structures complexes du droit, créant ainsi un outil réflexif pour les juristes. Une auteure souligne d'ailleurs « qu'en se conceptualisant l'art contemporain amène le droit sinon à infléchir, du moins à réfléchir à certains de ses concepts, de même qu'en s'appliquant à agir aux frontières de la légalité, il contribue à les faire reculer¹⁰⁷ ». Dit autrement, l'art contemporain *met à l'épreuve* le droit¹⁰⁸. Il a été énoncé que l'art contemporain, en sociologie, permet « plus que tout autre objet, de repenser, et parfois d'abandonner ou de renverser, un certain nombre de postures, de routines, d'habitudes mentales ancrées dans la tradition¹⁰⁹ ». De la même manière, pour le droit, il nous faut nous interroger à savoir « comment l'art contemporain déplace les frontières mentales et institutionnelles, les principes, les jugements, les modalités de positionnement des acteurs¹¹⁰ ».

Les liens entre le droit et l'art contemporain, sans doute bien davantage qu'épistémologiquement critiques, sont également de l'ordre du révolutionnaire¹¹¹. À ce titre, il faut se rappeler les propos de Malraux : « Les grands artistes ne sont pas les transpositeurs du monde, ils en sont les rivaux », et considérer que « le droit [est] un moyen de la révolution, la révolution, un moyen de l'art¹¹² ». Cet apport prospectif de l'art est sans doute facilité par l'irréductibilité du droit qui permet de le penser autrement, d'éviter de tout rattacher à des catégories préconstruites,

106. F. Ost, « Le droit au miroir de la littérature », en ligne : <https://academisciencismoralesetpolitiques.fr/2008/06/23/le-droit-au-miroir-de-la-litterature/>

107. N. Heinich, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 170.

108. « La mise à l'épreuve des règles du droit par l'art contemporain s'opère de deux façons : soit en amenant les acteurs à faire appel à la justice pour obtenir réparation des dommages occasionnés par des œuvres ou des interventions menées au nom de l'art (ce qui fait évoluer la jurisprudence) ; soit en amenant les juristes à infléchir leurs catégories pour les adapter aux situations inédites ainsi créées. Dans le premier cas, ce sont les praticiens du droit (avocats et magistrats) qui interviennent ; dans le second, ce sont les théoriciens. Mais dans tous les cas les artistes contemporains contribuent à faire bouger le droit – parfois à leurs risques et périls. », N. Heinich, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 158.

109. L'affirmation portait sur la sociologie, mais rien n'empêche de l'appliquer en matière juridique. N. Heinich, *Ce que l'art fait à la sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 8.

110. N. Heinich, *Ce que l'art fait à la sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 77.

111. Un auteur énonce d'ailleurs que : « Bref, au conservatisme du juriste s'oppose la résistance, le refus, voire la révolte de l'artiste. Attitudes anciennes, mais qui semblent s'être étendues et accentuées depuis le siècle dernier. Elles s'expliquent : l'expérience artistique serait d'autant plus intense que l'artiste arrache l'auditeur ou le spectateur à l'ordinaire de ses habitudes et de ses préoccupations : Manet, Stravinski... Il semble, écrit Edgar Wind, que les "triumphes artistiques des cent cinquante dernières années aient été avant toutes choses des triomphes de bouleversement" [réf. omises]. Et de citer Kandinski, rappelant ses conversations avec Schönberg sur l'émancipation de la dissonance et disant qu'« il est plus facile de peindre la nature que de la combattre [réf. omises] », F. Terré, « Sociologie du droit et sociologie de l'art », (1995) 40 *Arch. phil. Droit*, 242, p. 250.

112. F. Terré, « Sociologie du droit et sociologie de l'art », (1995) 40 *Arch. phil. Droit*, 242, p. 250.

institutions ou constructions sociales. Ainsi, l'utilisation d'« outils juridiques » par l'art permet de projeter des valeurs différentes sur le même objet. De manière générale, c'est donc au rôle social de l'art que le droit fait appel¹¹³, et cette relation heuristique – enrichissement de la connaissance des juristes – par le recours au recul réflexif et critique – déplacement des frontières, ébranlement des dogmes – est facilitée par l'expérience artistique. De la même manière qu'Hannah Arendt considèrerait le lieu d'opposition entre l'art et le politique comme *absolument nécessaire*¹¹⁴, l'artiste donne accès au juriste, par l'intermédiaire de la *beauté* – dans son sens large – à une critique sur son objet de savoir¹¹⁵. Cette critique prend sans doute sa source dans le fait, pour reprendre cette fois les termes d'Adorno, que l'« art ne se maintient en vie que par sa force de résistance sociale¹¹⁶ ». Dans un élan d'optimisme lyrique, que d'aucuns pourraient juger naïf, nous pourrions aller jusqu'à affirmer qu'il s'agit, ni plus ni moins, de réinventer la démocratie juridique à l'aide du poète au cœur de la cité¹¹⁷. Mais sans aller jusque-là – à tort ou à raison –, on ne peut manquer de souligner qu'il « y a une concordance dans les mouvements historiques de l'art et du droit, même si les grandes périodes artistiques peuvent correspondre à des crises du droit¹¹⁸ ». Dans cette optique, le rôle de l'artiste est de transformer le *politique* en programme total de vie¹¹⁹, ce qui ne manque pas d'interpeler les juristes. Ainsi, dans sa dimension politique au sens large, et par conséquent juridique, l'art contemporain constitue une forme d'*esthétique totale*¹²⁰ qui force le juriste à maintenir ouverte sa perception sur le champ épistémologique *a priori* fermé dans lequel il s'inscrit. Dit autrement, tant le droit et l'art doivent être perçus, étudiés et enseignés comme des outils d'asservissement et d'émancipation¹²¹. Cela, dans une perspective d'une part utopique – au sens strict où l'entendait Moore ou Campanella¹²² – en vertu de laquelle l'art et son avant-garde tendent à engendrer

-
113. K. L. Walton et al., « Aesthetics », dans *Grove Art Online. Oxford Art Online*, Oxford University Press, En ligne.
114. H. Arendt, « The Crisis in Culture: Its Social and Its Political Significance », dans H. Arendt, *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought*, New York, Penguin Books, 1993, 197-226.
115. H.-P. Jeudy, *Les usages sociaux de l'art*, Dijon, Circé / Poche, 2007, p. 11.
116. T. Adorno, *Théorie esthétique*, Paris, Klincksieck, 1974, p. 313.
117. I. Stramignoni, « Seizing truths, Art, politics, law », dans O. Ben-Dor (dir), *Law and Art, Justice, Ethics and Aesthetics*, New York, Routledge, 2011, 73-92, 88.
118. F. Terré, « Sociologie du droit et sociologie de l'art », (1995) 40 *Arch. phil. droit* 242, p. 243.
119. È. Lamoureux, « Pratiques des artistes en arts visuels: Un terrain fécond pour une réflexion sur les contours actuels de l'engagement », (2009) 42:1 *Revue canadienne de science politique*, 45-63, 46.
120. J.-M. Lachaud, « De la dimension politique de l'art », dans É. Van Essche (dir.) *Les formes contemporaines de l'art engagé*, Bruxelles, La Lettre volée, 2007, 33-46, 33.
121. O. Ben-Dor, « Introduction, Standing before the gates of the law? », dans O. Ben-Dor (dir), *Law and Art, Justice, Ethics and Aesthetics*, New York, Routledge, 2011, 1-29, 2.
122. Rappelons qu'il faut comprendre le terme utopie au sens premier, développé par Moore (1516) et Campanella (1532), soit celui d'une critique du régime existant et la proposition d'une solution autre, qui « n'existe pas », ou qui n'existe « nulle part », en « aucun lieu ». Ce n'est que plus récemment, soit à la fin du XIX^e siècle, sous

une humanité meilleure¹²³, et s'inscrivent dans l'élaboration d'une modernité juridique et démocratique. Toutes choses possibles dans la mesure où la logique de l'imaginaire permettrait de renouer avec une conception plus humaniste du droit, ou à tout le moins de le voir moins comme une construction *politique*, soit – pour parler comme Foucault – une technique de gouvernementalité, au sens de la *politikè*, qu'une construction sociale, ou politique au sens de *politeia*¹²⁴. L'art conceptuel, avec le vaste champ juridique dans lesquels s'inscrivent les divers discours critiques des artistes, irait parfois même jusqu'à proposer le portrait d'un triomphe de la révolution bourgeoise sur le droit¹²⁵.

Cette perspective critique résultant de la relation entre droit et art, prend ainsi en compte le conservatisme du droit, qui se présente sous la forme plus ou moins fallacieuse du réalisme ou encore du positivisme juridiques, posture qui permettrait d'ailleurs de justifier ses assises idéologiques actuelles. Ainsi, même si l'explication et le développement du droit à partir de lui-même sont à certains égards fructueux au niveau de l'épistémologie juridique, le juriste a tout avantage à reconnaître les liens entretenus par le droit – si ce n'est sa subordination – avec le politique, l'économie ou la religion. En ce sens, en marge d'une théorisation du droit qui serait *autonome*, il faut soutenir que la connaissance du droit suscitée par l'art contemporain génère une fenêtre permettant au juriste un regard donnant sur l'extérieur du monde juridique. L'art ne propose pas de *justification* du droit par le politique ou l'économie, pas plus qu'il constitue d'une quelconque manière le droit, mais il en *critique* justement l'affiliation, critique ses effets, critique son absence ou sa présence dans certains domaines. Le juriste arrive ainsi à identifier l'esthétisme juridique, et à le surmonter afin de demeurer lui-même critique face au droit.

Exemplifications : Perceptions artistiques du droit contemporain

Nous voulons présenter ici, sous forme de brèves descriptions, quelques œuvres d'art qui nous apparaissent représentatives des relations heuristiques et

l'influence du courant marxiste, que le terme a acquis une connotation « irréaliste », parce que ne répondant pas à des critères scientifiques.

123. È. Lamoureux, « Pratiques des artistes en arts visuels : un terrain fécond pour une réflexion sur les contours actuels de l'engagement », (2009), 42:1 *R.C.S.P.*, 45-63, 46.

124. F. Ost, « Le droit au miroir de la littérature », en ligne, www.asmp.fr/travaux/communications/2008/ost.htm

125. F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique » (2012) *RTD civ.*, 1-19, 10; Voir également C. Andre and J. Gilbert-Rolfé, « Commodity and Contradiction or Contradiction as Commodity », (1976) *October* 2, 103., cité dans A. Fraser, *Museum Highlights, The Writings of Andrea Fraser*, Cambridge (Mass), MIT Press, 2005, p. 79.

épistémologiques qui peuvent être établies avec le droit¹²⁶. Dans la mesure où la dimension transgressive des œuvres est presque toujours présente¹²⁷, nous pourrions mettre l'accent principalement sur l'ordre public. En prenant en considération le statut particulier de l'artiste dans la société, l'impunité relative que revendique le travail artistique¹²⁸, l'idée d'une *exception esthétique* nous mène à une interrogation lourde de sens sur le plan juridique: «les artistes, en tant que héros culturels, méritent-ils un traitement spécial au regard de la loi¹²⁹?». Un tel *statut particulier* pourrait s'expliquer par le contexte idéalisé dans lequel s'inscrit l'œuvre d'art (musées, institutions, galeries) et du *mouvement artistique* à l'intérieur duquel – ou en réaction auquel – l'œuvre est créée et de son impact sur le droit¹³⁰. Toutefois, nous souhaitons élargir le plus possible notre démonstration de manière à illustrer l'apport épistémologique qui se fait au-delà de cet aspect plus spectaculaire. Ainsi, à des fins strictement didactiques et sans aucune prétention à l'exhaustivité, les exemples suivants ont été regroupés en fonction du sujet juridique que nous percevons comme étant prédominant: l'atteinte à la vie, l'animal, la sexualité, la procédure et les forces de l'ordre, la vie privée et le droit civil. De plus, à l'intérieur de chacune de ces «catégories», nous choisissons de présenter les œuvres par ordre chronologique plutôt qu'alphabétique d'auteur, la *transgression* impliquant une forte relation au passage du temps et à l'évolution des mentalités.

Le droit et l'atteinte à la vie

Chris Burden, 220F-Space, 1971: L'artiste et trois acolytes inondent une galerie, montent sur des échelles pour se trouver au-dessus de l'eau, y jettent un fil électrique de 220 volts et, ainsi perchés durant plusieurs heures, ils peuvent *expérimenter* la relation au danger mortel de leur situation.

126. En ce qui a trait aux nombreux exemples historiques (Empire Byzantin, Romain, Inquisition, Empire Soviétique, Nazisme...), voir J. H. Merryman et A. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 4th ed., The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 503-549. Voir aussi D. McClean (ed), *The Trials of Art*, London, Rindingshouse, 2007. Au regard de la question de l'abstraction en art et de son intégration au droit, l'affaire Brancusi de 1926 marque l'histoire du droit; voir B. Edelman, *L'adieu aux arts, 1926: l'affaire Brancusi*, Paris, Alto, 2001.

127. «En s'attaquant à des biens protégés par le droit – la vie privée, le corps, la propriété, l'œuvre d'art – l'art contemporain porte en même temps atteinte aux concepts juridiques délimitant les frontières du légal ou, du moins, du sanctionnable. Jusqu'où faut-il accepter d'étendre l'"autonomie pénale" de l'art, c'est-à-dire le statut d'exception lui permettant d'échapper à la loi commune?», N. Heinich, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 166.

128. Voir J. Soullilou, *L'impunité de l'art*, Paris, Seuil, 1995.

129. N. Heinich, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1998, p. 158.

130. E. Brunette, «Quelle efficacité pour une critique institutionnelle hors des institutions?», (2012) 95 *ETC*, 12-15, 13. Voir aussi <https://dpi.studioxx.org/fr/no/27-hacktivisme>

Chris Burden, *Shoot*, 1971 : Un assistant fait feu sur l'artiste à l'aide d'une carabine à une distance de 5 mètres. Le bras gauche est visé et touché par la balle.

Le droit et l'animal

Wim Delvoye, *Art Farm*, 1998 : Porcs tatoués vivants sur une grande partie du corps.

Hermann Nitsch, *6 Day Play at Prinzenhof*, 1998 : Performance durant laquelle plusieurs animaux sont tués et 3000 litres de sang frais sont déversés.

Adel Abdessemed : *Don't Trust Me, Ne me fais pas confiance*, 2008 : Série de six vidéos sur lesquels on aperçoit une main tenant une massue qui abat un porc, un boeuf, un mouton, un cheval et une biche.

Le droit et la sexualité

Valie Export, *Genital Panic*, 1969 : L'artiste a fait irruption dans un cinéma munichois programmant un film pornographique. Portant un fusil, elle indique aux spectateurs que « de vraies parties génitales » sont à leur disposition et qu'ils peuvent « en faire ce qu'ils souhaitent ».

Vito Acconci, *Seedbed*, 1972 : L'artiste était installé dans une galerie d'art, sous un plancher en bois, et s'était masturbé huit heures par jour pendant deux semaines, proférant à voix haute ses fantasmes sexuels à propos des visiteurs.

Deborah de Robertis, *Miroir à l'Origine du monde*, 2014 : Performance au cours de laquelle l'artiste dénude son sexe devant *L'Origine du monde* de Gustave Courbet, exposé au Musée d'Orsay. En l'absence de l'autorisation des autorités, la police intervient.

Le droit, la procédure et les forces de l'ordre

William E. Jones, *Tearoom*, 1962 : Images vidéo captées en 1962 par la police dans une toilette publique au Texas. Ces images ont servi comme preuve dans des procès contre 38 hommes engagés dans des

relations homosexuelles. L'artiste a été mis en possession de ces images et les a projetées après un montage minimal¹³¹.

Andy Warhol, *Thirteen Most Wanted Men*, 1964: Montage grand format de la photo du dossier criminel des 13 hommes les plus recherchés aux États-Unis. Le fait que la majorité soit constituée de minorités culturelles ressort alors clairement.

Hervé Paraponaris, *Tout ce que je vous ai volé*, 1994: Collection de menues rapines qui sera saisie par la police lors de sa présentation au MAC marseillais en 1996. Il s'en suit la mise en garde à vue de l'artiste pour vol et du commissaire de l'exposition, pour recel.

Critical Art Ensemble (CAE), *True Crime*, 1997: Projet en vertu duquel le public est invité à produire des éléments faisant preuve de la commission d'acte illégal ou criminel.

Jill Magid, *Evidence Locker*, 2004: Montage vidéo de plus de 10 heures de prises de vue de l'artiste par les caméras de surveillance de Liverpool sur une période de 31 jours, durée pendant laquelle les vidéos sont conservés par la police, à moins de faire l'objet d'une demande d'accès. Le cas échéant, ils sont conservés pendant 7 ans. L'artiste a ainsi produit 31 demandes d'accès au service de police, décrivant les événements filmés par les caméras et où elle apparaissait comme si c'étaient des lettres amoureuses.

Lawrence Abu Hamdan, *Model Court*, 2013-: Projet multimédia en cours qui utilise l'architecture et la technologie des tribunaux pour explorer les modes de production et de transmission du discours juridique.

Le droit et la vie privée

Risa Puno, *Please Enable Cookies*, 2014: Vente de biscuits cuisinés par l'artiste en échange d'informations personnelles inscrites sur un formulaire. Le « prix » des différents saveurs est fixé en fonction du nombre d'informations divulguées par l'acheteur. En remplissant le formulaire, celui-ci accepte des conditions d'utilisation posées par l'artiste, qui lui attribuent notamment le droit de faire ce qu'elle souhaite des informations recueillies.

131. Voir J. Kee, « Towards Law as an Artistic Medium: William E. Jones's Tearoom », (2014) *Law, Culture and the Humanities*, 1-23. Tearoom est un *slang word* pour les toilettes où les homosexuels ont des rapports sexuels.

Le droit civil¹³²

Yves Klein, *Cession d'une Zone de Sensibilité Picturale, 1959* : Vente, en échange de poudre d'or et selon un rituel strict, d'un « espace » immatériel absolu, indéfini quant à sa taille et indéfinissable¹³³.

Daniel Spoerri, *Mon petit déjeuner, 1972* : L'artiste a appliqué sa signature sur un tableau peint par un enfant de 11 ans et il a collé au dos un manifeste mentionnant : « [...] Ne prenez pas mes tableaux-pièges pour des œuvres d'art ». Vendu plus de 5000 euros aux enchères une première fois, la vente de l'œuvre a été annulée par la Cour de cassation. Remise en vente en 2005 pour plus de 27 000 euros, la vente a été une fois de plus annulée par la même cour pour « erreur sur la substance »¹³⁴.

Philippe Thomas, *Readymades belong to everyone*[®], 1987-1994 : L'artiste propose des œuvres sous le nom de quelqu'un d'autre, décidant d'attribuer sa qualité d'auteur à une personne réelle, mais qui n'a en rien contribué à la création de l'objet.

Pierre Pinoncelli, *La Fontaine, 1993* : Le 25 août 1993, l'artiste urine sur l'œuvre *Fontaine* de Marcel Duchamp exposée à Nîmes, avant de la frapper à coups de marteau. Selon l'artiste, l'urine a redonné vie à l'urinoir – faisant ainsi disparaître l'aspect artistique de l'objet – ; par conséquent, seul un objet banal et sans grande valeur a été vandalisé. Ce processus de *transformation œuvre-objet destruction*, constitue l'œuvre d'art de Pinoncelli¹³⁵.

132. Soulignons que Marcel Duchamp a tracé la voie un siècle à l'avance, avec ses ready-made au début des années 1900, de ce qu'est devenu l'art à l'ère des droits de l'homme, dans la mesure où il y a aujourd'hui *réappropriation* du marché par l'art et les artistes. Voir B. Edelman, *Tous artistes en droit, Une petite histoire de l'esthétique à l'ère des droits de l'homme*, Paris, Hermann, 2011, p. 275.

133. « Klein entend offrir à l'« acquéreur » la possibilité d'accéder à un degré plus élevé de perception. La « matière » qu'il veut saisir est « celle de la communication interhumaine. Celle du langage non dirigé par un artiste, mais suscité par un maître de cérémonie. [...] Le droit intervient alors comme un cadre fictionnel, permettant l'instauration d'une relation, siège d'une expérience artistique. Le rite conçu par Klein emprunte au droit ses formes solennelles pour exploiter leur dimension spectaculaire. [...] Le contrat de vente – la vente servant de modèle à l'invention de ce cadre – est un contrat consensuel, formé par le seul échange des consentements. Klein choisit d'en faire un contrat solennel en subordonnant sa conclusion à un cérémonial précis, renouant, en cela, avec une législation primitive : dans les législations archaïques, le lien d'obligation se forme par l'accomplissement de rites ; dans l'ancien droit romain, comme dans l'ancien droit français, l'obligation naît lorsque le rite est accompli. », J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Dijon, Les presses du réel, 2013, p. 533. Voir également R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridiques des biens corporels », (1958) *RTD civ.*, p. 1.

134. B. Edelman, *Tous artistes en droit, Une petite histoire de l'esthétique à l'ère des droits de l'homme*, Paris, Hermann, 2011, p. 275.

135. « Hasardons, à ce stade, une modeste transcription juridique. Premièrement, le « geste » litigieux, si l'on peut dire, aurait opéré une *novation*, dès lors qu'il aurait transformé une œuvre en objet : étrange novation, on en

Keith Obadike, *Blackness eBay Listing*, 2001 : L'artiste a mis aux enchères sa « négritude ». L'enchère a été fermée par eBay après quatre jours pour cause de « contenu inapproprié ».

Jill Magid, *Auto Portrait Pending*, 2005 : L'œuvre est constituée d'un contrat qui est exposé, ainsi que d'un anneau en or prêt à accueillir une pierre précieuse. Ce contrat qui lie l'artiste à une véritable compagnie (*Life Gem*) stipule qu'à la mort de l'artiste et après son incinération, une compagnie diamantaire américaine, clairement mentionnée à titre de partie contractante, devra transformer le carbone présent dans les cendres du corps de l'artiste en un diamant d'un carat et l'installer sur la bague en or.

Carey Young fait une utilisation artistique du contrat au sens strict de manière à remettre en question l'importance du droit dans nos existences en intégrant directement le discours juridique à son œuvre¹³⁶. Par exemple :

Carey Young, *Donorcard*, 2005 : Les visiteurs se font offrir gratuitement une œuvre qui consiste en une carte préalablement signée par l'artiste. Le statut d'œuvre d'art ne s'acquiert que par la signature de l'acquéreur, créant de ce fait une relation contractuelle ne prenant fin qu'à la mort de l'une des parties.

Carey Young, *Counter Offer*, 2008 : L'œuvre est composée d'une offre contractuelle qui stipule : « Je vous offre la liberté ». Les deux seules clauses prévoient : 1- Cette offre sera résolue par la

conviendra, qui substitue une pissotière à une œuvre d'art. Deuxièmement, le "droit moral" du Duchamp aurait été respecté, car il aurait mystifié son monde en proclamant œuvre d'art un simple urinoir; droit moral entre guillemets, dont l'objectif serait sa propre destruction. Troublant pour le juriste, mais poursuivons. [...] Hasardons une seconde transcription, qui n'est pas sans contradiction avec la première. Le "geste" de Monsieur Pinoncelli se décomposait en deux étapes: d'abord, il noverait l'œuvre d'art en pissotière, dans le respect d'un droit moral qui viserait son propre anéantissement; ensuite de quoi il retransformerait la pissotière en œuvre d'art. Et le juriste de s'interroger: comment peut-on supprimer une œuvre pour la faire renaître par la vertu d'un geste qui serait à lui seul une œuvre nouvelle? [...] Ainsi, pour la première fois, à ma connaissance, un tribunal devait statuer sur la nature de l'art conceptuel; non pas de façon franche et brutale en répondant à la question: "Ceci est-il de l'art?", comme ce fut le cas dans la célèbre affaire Brancusi, mais de façon biaisée, en répondant à la question saugrenue par excellence: un "geste" destructeur peut-il être artistique? Et si oui, peut-il constituer une "faute"? Et s'il constitue une "faute" comment peut-on l'évaluer?, B. Edelman et N. Heinich, *L'art en conflit, L'œuvre de l'esprit entre droit et sociologie*, Paris, La Découverte, 2002, p. 84. Edelman ajoute: « Ne boudons pas notre plaisir: ce jugement est. Et restera, un morceau d'anthologie. Il aura eu, à tout le moins, l'avantage de prendre à bras le corps les apories de l'art contemporain. Au demeurant, on nous dit que l'assureur, Axa Global Risks S.A. aurait renoncé au bénéfice du jugement? Peur du ridicule? Mauvaise image de marque? Peu importe, c'est aussi une grande première: l'art conceptuel a même découragé un assureur! Quel pied de nez posthume de Duchamp!», *Ibid*, p. 95.

136. Ainsi, lors de l'exposition *Consideration*, tenue à la Paula Cooper Gallery de New York en 2005, l'artiste ayant travaillé en collaboration avec des juristes, présentait « a playful take on the rampant litigation and legal limbos of contemporary cultural life ». Voir <http://www.careyoung.com/consideration-carey-young-in-conversation-with-defne-ayas>

formulation d'une contre-offre; 2- Toute contre-offre est nulle *ab initio*. La contre-offre (nulle *ab initio* et qui annule l'offre de liberté) prévoit: «Je vous offre la justice».

Carey Young, *Uncertain Contract*, 2008: Un acteur est filmé alors qu'il récite le texte d'un contrat commercial. Des mots clés ont été retranchés, créant de l'incertitude quant au sens réel du document juridique.

Carey Young, *Unilateral Contract*, 2008: Une mention unilatérale sur la fenêtre extérieure d'une galerie d'art stipule que la vue reflétée par la fenêtre constitue un espace public approprié à des fins commerciales et privées.

Carey Young, *Obsidian Contract*, 2010: Un contrat est rédigé à l'envers et se reflète sur un miroir, permettant une lecture difficile qui révèle au lecteur – par la lecture même du texte – son acceptation à participer à des activités troublantes et absurdes.

Superflex, *Free Sol LeWitt*, 2010: Le collectif d'artistes reproduit à l'identique et distribue gratuitement des répliques de l'œuvre *Untitled (Wall Structure)* de Sol LeWitt (1972). Afin de prendre possession de l'œuvre, l'acquéreur doit signer un contrat stipulant qu'il reconnaît qu'il ne s'agit pas d'une création de Sol LeWitt.

Santiago Sierra utilise le contrat comme outil de critique sociale. Il fait des Ready made sociaux¹³⁷ à l'aide du contrat de travail. Par exemple:

Santiago Sierra, *3 personnes rémunérées pour rester allongées dans 3 boîtes durant une fête*, 2000: En échange de 30\$, trois jeunes femmes furent engagées pour rester à l'intérieur de boîtes en bois durant une fête. Le contenu des boîtes ne fut pas révélé aux invités qui s'en servaient comme bancs pour s'asseoir.

Santiago Sierra, *Travailleurs ne pouvant être payés rémunérés pour rester à l'intérieur de boîtes de carton*, 2000: Les visiteurs de la galerie Kunst Werke circulaient autour de boîtes de carton à l'intérieur desquelles se trouvaient des réfugiés tchécoslovaques. Ces derniers étaient payés par Sierra pour demeurer ainsi cachés quatre heures par jour, pendant six semaines. Ils devaient recevoir leur salaire en cachette sous peine d'être renvoyés dans leur pays d'origine, la législation allemande leur interdisant d'être rémunérés.

137. A. D. Montenegro Rosero, «Locating work in Santiago Sierra's artistic practice», (2013) 13(1) *Ephemera: Theory et Politics in Organisation*, 99-115, 111.

Santiago Sierra, *12 travailleurs rémunérés pour rester à l'intérieur de boîtes de carton*, 2000 : Dans une galerie de New York, les employés restaient assis dans des boîtes quatre heures par jour sur une période de 50 jours. La majorité était des femmes noires ou d'origine mexicaine. Elles furent engagées par une agence gouvernementale pour l'emploi et reçurent le salaire horaire minimal, fixé par la loi à 10\$. Pour éviter les réclamations officielles concernant les conditions de travail, i.e. rester enfermées pendant quatre heures consécutives, celles-ci furent désignées dans les contrats à titre de figurantes, car la législation était alors plus permissive.

Santiago Sierra, *3 cubes de 100 cm de côté déplacés de 700 cm*, 2003 : Dans une galerie d'art en Suisse, six réfugiés albanais, sans permis de travail, furent embauchés pour déplacer, à la main et sans raison utilitaire, trois lourds cubes de ciment d'un mur à l'autre.

Santiago Sierra, *El trabajo es la dictadura*, 2013 : À Madrid, 30 travailleurs ont été embauchés pour le salaire minimum recommandé par le Service National de l'Emploi pour remplir mille cahiers à la main avec une phrase tirée de graffiti trouvé à Madrid « El trabajo es la Dictadura ».

3.2 REVENIR AUX FONDAMENTAUX POUR ENRICHIR LE LOGOS DE CONTRAT

Essai sur le *Nsountee* dans la communauté *Ngombale* de l'Ouest-Cameroun

*Devant l'Europe, le Droit nègre a de grands torts. [...] Loin d'être prélogique, il inclut toute la logique du droit européen primitif. Loin de se trouver diffus jusqu'à l'inconnaissable, comme le droit européen moderne, le Droit nègre possède de l'essentiel, de l'humain, du clair, de l'ontologique comme le nôtre ferait bien d'en avoir de nouveau*¹³⁸.

*Le droit nègre forme un corps de droit complet. Les clans nègres possèdent la connaissance vivante de leur droit par la tradition doctrinale et les exemples de jurisprudence, mais ils n'en possèdent pas la science; par une déduction complète et purement logique de l'exposé, nul Nègre ne vous le fera connaître. [...] nul Nègre ne connaît toutes les coutumes de son clan, nul clan ne pratique toutes les coutumes de sa tribu*¹³⁹.

*Depuis trois siècles, [...] l'occidental essaye d'apporter sa civilisation aux peuples de couleur. [...] Civilisation préten-tieuse, surtout en matière de droit, [...] on en a exagéré la portée en croyant les autres peuples démunis de tout. Et surtout a-t-on exagéré la valeur du droit classique moderne*¹⁴⁰.

Ces troncatures d'Émile Possoz, docteur en droit et magistrat sous l'administration coloniale belge au Congo dont l'œuvre sur ce qu'il appela, par caricature, le «Droit nègre» fut aussi immense que controversée¹⁴¹, sont une imagerie de l'ambiguïté, voire des préjugés que peut faire montre un juriste occidental ethnocentré face à un Droit autre que le sien. À plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un droit autochtone précolonial, souvent méconnu ou insaisissable par ses sources orales.

Prenant au rebond les reproches qu'il fit en 1940 aux «Nègres» de ne point connaître ni pratiquer *toutes* les coutumes de leur tribu, ni même d'être capables

138. É. Possoz, «Le Droit nègre», *Aequatoria*, 2^e Année, n° 5, 1939, p. 53.

139. É. Possoz, «Principes de droit nègre», *Aequatoria*, 3^e Année, n° 4, 1940, p. 107.

140. É. Possoz et R. Philippe, «Le don du civilisateur», *Aequatoria*, 22^e Année, n° 4, 1959, p. 151.

141. Entre autres, É. Possoz, «Essai d'interprétation des épreuves superstitieuses dans l'équateur», *Aequatoria*, 1^{re} Année, n° 5, 1938, p. 1-17; É. Possoz, «Polygamie», *Aequatoria*, 2^e Année, n° 5, 1939, p. 49-53; É. Possoz, «La morale nègre», *Aequatoria*, 2^e Année, n° 5, 1939, p. 54; É. Possoz, «Droit nègre et religion», *Aequatoria*, 3^e Année, n° 5, 1940, p. 117-121; É. Possoz, «De la langue dans les juridictions indigènes», *Aequatoria*, 3^e Année, n° 3, 1940, p. 95; É. Possoz, «La question de la dot», *Aequatoria*, 3^e Année, n° 1, 1940, p. 23-27; É. Possoz, «Sur la terminologie du «paternat», *Aequatoria*, 4^e Année, n° 1, 1941, p. 15-18; É. Possoz, «Dot-titre de mariage», *Aequatoria*, 4^e Année, n° 2, 1941, p. 27-32; É. Possoz, *Éléments de droit coutumier nègre*, Élisabethville, Lovania, 1942; É. Possoz, «Étude de droit foncier», *African Studies*, vol. 3, n° 4, 1944, p. 172-177.

d'en faire un exposé logique, comme si l'oralité est synonyme d'illogicité ou d'anti-systématicité, comme si dans l'antiquité et, à plus forte raison, dans la modernité ou la postmodernité marquée par l'inflation du Droit, un citoyen ou même un *jurislateur* en Occident peut connaître et pratiquer toutes les lois et règlements de l'État, comme si la quête inaccessible de la systémativité du Droit est un projet désormais achevé en Occident, comme si l'on a besoin du sceau de la « science » pour dire ou connaître le Droit en tant qu'*art du bon et du juste*, nous nous permettons une mise en garde en guise d'introduction : le texte qui suit revêt la forme d'un « essai », c'est-à-dire un contre-discours au sens épistémologique, et l'assume pleinement dans sa perspective doctrinale¹⁴².

Au fait, qu'est-ce qu'un essai pour un théoricien du droit ? Une question aussi étrangère au raisonnement du juriste peut paraître banale dès l'entame d'un discours sur le droit. Pourtant, d'aucuns ont fait le constat que les juristes titrent leurs discours sur le droit « essai » sans prendre la mesure de l'essai en tant que genre littéraire¹⁴³. Un constat qui nous contraint, avant de discourir sur le concept même de *Nsountee* chez les *Ngombale*, à présenter un tant soit peu ce qu'est l'essai en théorie de la littérature.

Étymologiquement, le terme « essai » provient du latin *exagium* de *exigere* qui signifie *juger, examiner, peser, essayer*¹⁴⁴. Un essai désigne alors un *examen*, un *test*, une *épreuve*, une *tentative*, voire au sens pratique le premier abord d'une chose ou une première production de l'esprit, au sens littéraire. Idéologiquement, un essai est un genre littéraire anticonformiste, voire un contre-discours littéraire ou semi-littéraire de nature « transtextuelle »¹⁴⁵ qui, sans prétendre à l'exhaustivité¹⁴⁶, se prête à une réflexion libre et fragmentaire, de nature évolutionniste et parfois révolutionnaire, généralement critique ou polémique, sur des questions de nature diverse : littéraire, philosophique, politique, ethnologique, historique, juridique, etc.

La subjectivité et l'argumentation en constituent les principes fondamentaux. L'argumentation opère un certain retour nécessaire à l'objectivité, tandis que la subjectivité se traduit soit par l'usage d'une démarche a-méthodologique ou

142. Voir P. Glaudes (dir.), *L'essai : métamorphose d'un genre*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2002 ; P. Glaudes et J.-F. Louette, *L'essai*, Paris, Armand Colin, 2011 ; F. Dumont, *Approches de l'essai. Anthologie*, Québec, Nota bene, 2003 ; M. Mace, *Le temps de l'essai. Histoire d'un genre en France au XX^e siècle*, Paris, Belin, 2006.

143. N. Hakim, « L'essai dans la littérature juridique française du XIX^e siècle », dans P. Glaudes et B. Lyon-Caen, Garnier, *Essai et essayisme en France au XIX^e siècle*, 2014, p. 171.

144. <https://www.cnrtl.fr/definition/essai>

145. La transtextualité, du grec *palimpseste*, désigne tout ce qui met un texte en relation directe ou indirecte avec d'autres textes précédents ou contemporains. La théorie littéraire distingue dans le sillage des travaux de Gérard Genette, cinq formes de transtextualité : l'intertextualité, la paratextualité, la métatextualité, l'hypertextualité et l'architextualité. Voir G. Genette, *Palimpsestes. La littérature au second degré*, Paris, Seuil, 1982.

146. J. Bonenfant, « *La pensée inachevée de l'essai* », *Études littéraires*, vol. 5, n° 1, 1972, p. 15.

personnelle à l'auteur¹⁴⁷, soit par l'expression de sa propre vision du monde à travers l'écriture du « je » qui cède souvent place au « nous » de la collectivité ou au « on » de la neutralité¹⁴⁸. S'y ajoutent d'une part l'interprétation, sous-jacente à la subjectivité, en tant que produit de l'expérience personnelle du sujet essayiste et d'autre part la narration ou cohérence narrative inhérente à l'argumentation, à travers une mise en récit (*storytelling*) de l'histoire à raconter par l'essayiste en vue de convaincre son auditoire¹⁴⁹.

Au-delà de raconter l'histoire du *Nsountee* dans la communauté *Ngombale*, cette étude préliminaire s'inscrit dans le cadre d'un vaste projet sur le droit autochtone des contrats, d'ici et d'ailleurs, avec pour but de nourrir la réflexion et le questionnement sur le discours juridique du contrat, en contexte postcolonial. De quoi s'agit-il? Est-ce du pluralisme normatif? Du droit comparé ou un dialogue entre les Droits? La perspective en est-elle une sorte d'épistémologie du contrat? Dans la mesure où nous cherchons à inscrire cette réflexion dans la perspective plus générale de la remise en question du dogme contractuel de droit civil ou de droit occidental dit moderne tel qu'il est circonscrit dans l'enseignement académique du juriste et dans sa pratique, il appert que tous les apports théoriques peuvent être mis à contribution.

La présentation du *Nsountee* souligne ainsi la richesse des possibilités qui s'offrent au Droit entre « un positivisme aliéné et un positivisme créatif¹⁵⁰ ». Puisque la logique déductive propre aux règles de droit civil des contrats ne peut plus être appliquée (et ne cherche par ailleurs pas à l'être), notre discours emprunte à un positivisme critique¹⁵¹, nous situant hors de la querelle opposant les tenants du droit positif et du droit naturel afin d'enrichir l'herméneutique du contrat. En somme, par la prise en compte d'un droit naturel propre aux normes du *Nsountee*, nous tentons de nuancer la rigueur des règles du droit civil, tout en contribuant, éventuellement, à établir une forme de dialogue entre les divers discours se développant en droit des contrats, ce qui nous ramène à l'idée de contrat à titre d'artéfact social. La question, *in fine*, pour les juristes que nous sommes serait donc d'établir si le recours à un champ d'étude exotique (droit oral, droit autochtone, non civiliste) peut contribuer à enrichir notre compréhension du contrat en droit civil et à quelles fins?

147. V. Ferré, « La saveur de l'essai : Proust et l'essai fictionnel », *Poétique*, vol. 2, n° 158, 2009, p. 203.

148. Alors que la subjectivité peut aller de la fiction rationnelle à l'autofiction, l'argumentation sera tributaire du positionnement de l'essayiste par rapport à son domaine du savoir. Voir P. Riendeau, « La rencontre du savoir et du soi dans l'essai », *Études littéraires*, vol. 37, n° 1, 2005, p. 91.

149. Voir R. Audet, « Tectonique essayistique. Raconter le lieu dans l'essai contemporain », *Études littéraires*, vol. 37, n° 1, 2005, p. 119-131.

150. M. Garcia, « Droit, aliénation et créativité », *Les Cahiers de droit*, vol. 61, n° 3, 2020, p. 647-678.

151. F. Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 40.

Parce que « l'essai procède pour ainsi dire d'une manière a-méthodique¹⁵² », la méthode, de *meta-odos*, qui n'est par ailleurs qu'un chemin vers la vérité et non la vérité, c'est-à-dire un moyen vers une fin et non une fin en soi, doit pouvoir s'adapter aux faits objet d'étude et non l'inverse¹⁵³. Elle ne devrait pas s'imposer a priori aux faits au risque de les falsifier¹⁵⁴. Mais, elle se dessine tout au long de la recherche, qu'il s'agisse de l'observation, de l'expérimentation, de l'interprétation ou de la présentation des faits objet d'étude¹⁵⁵. Et ce par souci de ne pas dénaturer l'objet-contrat observé dans la communauté *Ngombale*, en l'enfermant par apriorisme dans des classifications cartésianistes ou des catégories juridiques panoccidentales préétablies du type négociation, formation, exécution, inexécution et contentieux. Celles-ci étant incapables de rendre fidèlement compte de la complexité de la réalité locale ou du raisonnement juridique autochtone duquel ressort par ailleurs en filigrane une grille de lecture incroyablement intelligible. Loin de nous, toutefois, l'idée de verser dans une forme d'antiméthodologisme ou d'anarchisme méthodologique¹⁵⁶, il s'agit plutôt d'« essayer » de raconter l'histoire d'un droit traditionnel africain des contrats dans une perspective narrative¹⁵⁷ :

L'auteur « narrativiste » veut clairement « faire du droit » [...], mais il veut le faire en opérant une transgression formelle ayant des ramifications substantielles. Le genre littéraire, bien sûr, tranche avec ce à quoi sont habitués les juristes socialisés au positivisme, mais c'est surtout au plan substantiel que l'éclatement du style emporte une conséquence majeure, en l'occurrence le

152. R. Lane Kaufman, « La voie diagonale de l'essai : une méthode sans méthode », *Diogenes*, n° 143, 1988, p. 81.

153. Voir P. Stryckman, « De la méthode », *Communication et organisation* [En ligne], 10 | 1996, spéc. n° 3.

154. « [L]a connaissance telle qu'elle est régulée par les méthodes d'objectivité aboutit à une perte de sens ; la vérité profonde de l'objet disparaît dans le processus d'objectivation, parce que ce dernier vise à intégrer l'objet à un système rationnel (le monde tel qu'on peut le connaître scientifiquement), et que cette intégration élimine toutes les nuances que l'objet recèle dans son existence authentique » : Irène Langlet, *Les théories de l'essai littéraire dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Domaine francophone, germanophone et anglophone. Synthèses et enjeux*, Thèse de doctorat, Université de Rennes 2 Haute-Bretagne, 1992, p. 258.

155. Voir C. Mayor, « L'entreprise phénoménologique : des vrais et faux problèmes... », *Recherches qualitatives*, n° 10, 2011, p. 14-15 ; S. Morais, « Le chemin de la phénoménologie : une méthode vécue comme une expérience de chercheur », *Recherches qualitatives*, n° 15, 2013, p. 497.

156. P. Feyerabend, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, 1^{re} éd., Paris, Seuil, 1979 ; Paul Feyerabend, *Science in a Free Society*, Londres, New Left Books, 1978.

157. Le narrativisme juridique ou *Legal Storytelling Movement* est un sous-courant critique du mouvement « Droit et Littérature » qui a émergé aux États-Unis au sein de la *Critical Legal Studies* dans les années 70 et 80 en se portant à la défense des droits des minorités autochtones et raciales, d'où la *Critical Race Theory*, en rapportant leurs histoires sous forme de récits dans le discours juridique notamment devant les tribunaux ou dans les écrits académiques. Voir D. J. Bell, *Faces at the Bottom of the Well. The Permanence of Racism*, New York, Basic Books, 1992 ; Patricia J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights*, Londres, Virago Press, 1993 ; Richard Delgado, *The Rodrigo Chronicles. Conversations about America and Race*, New York, New York University Press, 1995 ; Lambrini Papadopoulou, « Guerre et paix en droit et littérature », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 42, n° 1, 1999, p. 181 s. Sur une critique du narrativisme juridique : Daniel A. Farber et Suzanna Sherry, *Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

refus de s'en tenir à une argumentation analytique visant à démontrer la véracité des propositions mises de l'avant selon les règles du discours classique. Sans être exclu, ce type d'argumentation n'est jamais exclusif, ne représentant qu'une des pièces de la mosaïque discursive que cherche à créer l'auteur. Affirmation de la subjectivité éclairée de l'auteur (on le souhaite, du moins), refus du discours purement objectiviste, va-et-vient entre le personnel et l'universel, pluralisation des styles discursifs : voilà ce qui rappelle un genre littéraire particulier [...], l'essai¹⁵⁸.

Par conséquent, le plan du présent essai est qu'*il n'y a pas de plan*. L'objet d'étude ou son idée-force n'est pas tant la présentation du Droit que celle du concept de contrat, le *Nsountee*, à travers lequel le Droit transparaît dans la communauté *Ngombale*. Notre démarche, en partie empirique, emprunte à la sérendipité et à l'expérience de la vie juridique. Elle a consisté essentiellement en l'observation, l'expérimentation, ou la discussion avec des villageois dont les patriarches, matriarches, notables et chefs de quartier à diverses occasions informelles. Ceux-ci avec leur qualité de « gardiens des traditions ou de la mémoire collective » sont considérés dans la croyance populaire comme les dépositaires, garants et savants du droit traditionnel. La prépondérance des anciens ou sages s'explique par l'oralité du Droit qui a la particularité de vivre, de survivre et de se transmettre par la parole et les pratiques sociales, de génération en génération, des plus anciens aux plus jeunes. Ce qui ne signifie pas que les premiers créent le droit. Le droit, au-delà de sa dimension naturelle ou cosmique, reste une cocréation consensuelle à laquelle participent tous les membres de la communauté sociale.

Le *Nsountee* chez les *Ngombale*

Les *Ngombale* sont une communauté de l'ethnie *Bamileke* issue des peuples Bantous de l'Afrique subsaharienne dont la descendance proviendrait de l'Égypte antique¹⁵⁹. Ils peuplent une multitude de villages-chefferies qui s'étendent des *Bamboutos* dans la région ouest jusqu'à la *Mezam* dans la région nord-ouest du Cameroun¹⁶⁰. Les *Ngombale* ont en partage une langue éponyme, le *Ngombale* qui,

158. J.-F. Gaudreault-Desbiens, « De l'essai en droit, ou du droit à l'essai dans la doctrine ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 138-139.

159. C. Tardits, *Contribution à l'étude des populations Bamiléké de l'Ouest Cameroun*, Berger-Levrault, 1960 ; D. Toukam, *Histoire et anthropologie du peuple bamiléké*, Paris, L'Harmattan, 2010.

160. Les villages-chefferies sont des regroupements de quartiers à la tête desquels se trouvent des chefs, généralement des princes et notables, agissant comme auxiliaires de l'administration publique depuis le décret n° 77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles. Voir *Répertoire actualisé des villages du Cameroun. Troisième recensement général de la population et de l'habitat du Cameroun*, Bureau central des recensements et des études de population, vol. 4, t. 7, 2005, p. 316, 323, 328, 331 ; Jacques Champaud, *Villes et campagnes du Cameroun de l'ouest*, Paris, ORSTOM, 1983 ; *Dictionnaire des villages des Bamboutos*, Répertoire géographique du Cameroun, fasc. n° 17, Centre ORSTOM de Yaoundé, juillet 1968, p. 9,

de façon remarquable, signifie « ce que l'on veut dire ». Ils pratiquent une religion pluraliste à cheval entre le monothéisme, le polythéisme, l'animisme et le totémisme. Les populations croient en un dieu, le *Tseh*, incarné par les ancêtres à qui ils vouent, par atemporalité selon des considérations d'opportunité et de capacité, un culte (*Feech tseh*)¹⁶¹ : le culte des crânes¹⁶². Parce qu'ils sont le siège de l'esprit qui survit à la mort du corps, les crânes dits *Meh tou tseh* ou les « têtes des dieux », voire en substance « porte-paroles de dieu », représentent par synecdoque les défunts autant que les dieux du clan¹⁶³. Leur fétichisation est le produit d'un long processus d'ancêtrealisation¹⁶⁴ qui fait corps avec la divinisation des morts, capables, selon la croyance populaire, d'influencer en mal ou en bien le cours de la vie des vivants¹⁶⁵. La religion chez les *Ngombale* comporte aussi une dimension zoolâtrique ou phytolâtrique avec la sacralisation de la *Nature* ou de certaines espèces animales et végétales abritées dans des milieux naturels dits « lieux sacrés » auxquels on attribue une fonction protectrice de la communauté¹⁶⁶. À ces formes de religion authentique, il faut ajouter le christianisme hérité de la colonisation. La société y est de type féodal avec une économie rudimentaire, essentiellement agropastorale¹⁶⁷, tournée vers la satisfaction des besoins primaires et le commerce avec les communautés voisines.

À l'image du pluralisme de la religion avec laquelle il va de pair, le « Droit » ou sa sociogénèse dans la communauté *Ngombale* est un paradoxe constitué d'une pluralité de pratiques et de réalités hétérodoxes. Dans le contexte de l'étude, il désigne l'ensemble des us et coutumes ou traditions, voire des mythes qui régissent la vie de la communauté, que l'on pourrait improprement appeler, « droit traditionnel » ou « droit précolonial », par opposition au « droit colonial » ou droit occidental dit moderne dont le droit civil et le *common law* hérités de la colonisation. Le droit colonial d'origine occidentale pénétra officiellement au *Kamerun* à partir du 12 juillet 1884 en vertu du *Traité germano-duala*¹⁶⁸ aux termes duquel les chefs

Claude-Hélène Perrot et François-Xavier Fauvelle-Aymar (dir.), *Le retour des rois. Les autorités traditionnelles et l'État en Afrique contemporaine*, Paris, Karthala, 2003, spéc. p. 315.

161. Voir Hubert H., « Étude sommaire de la représentation du temps dans la religion et la magie », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, 1904, p. 1 s., spéc. p. 19.
162. D. Watio, *Le culte des ancêtres chez les Ngyemba (Ouest-Cameroun) et ses incidences pastorales*, thèse de doctorat, Université Paris-Sorbonne, 1986; Ch.-H. Pradelles de Latour, *Le crâne qui parle*, Paris, E.P.E.L., 1997.
163. R. Charlie Tamoufe Simo, *Ethnosociologie du corps dans les pratiques et les rituels. Analyse de leurs représentations chez les Bamiléké (1901-1972)*, thèse de doctorat, Université Marc-Bloch de Strasbourg, 2007.
164. Voir M.-L. Pradelles-Monod, « Sous la filiation : l'ancêtrealisation? », *Cliniques méditerranéennes*, vol. 1, n° 63, 2001, p. 31 s.
165. Voir R. Hertz, « Contribution à une étude sur la représentation collective de la mort » (1907), *L'année sociologique*, 10^e année, 1905-1906, p. 48.
166. M. Namé, « Le totémisme, un développement durable? », *Esprit*, vol. novembre, n° 11, 2018, p. 17-21.
167. Voir Y. Guillerrou, « Organisations de producteurs et dynamiques paysannes dans l'Ouest-Cameroun », *Afrique contemporaine*, vol. 222, n° 2, 2007, p. 251.
168. R. Ngando Sandje, « Le Traité Germano-Douala du 12 juillet 1884 : étude contemporaine sur la formation des contrats dans l'ordre juridique intemporel », *Revue Québécoise de droit international*, vol. 29-1, 2016, p. 131.

côtiers renoncèrent « totalement » à leurs « droits concernant la souveraineté, la législation et l'administration¹⁶⁹ » de leur territoire aux colons allemands. Ils soumièrent ainsi, sans trop le savoir, l'ensemble du pays sous le régime du droit civil allemand puisque l'Allemagne partira des côtes pour étendre, non sans résistances des peuples autochtones de l'intérieur, son administration sur l'arrière-pays à la faveur de la « doctrine de l'*Hinterland* »¹⁷⁰ adoptée implicitement lors de la conférence de Berlin de novembre 1884-février 1885¹⁷¹. L'Allemagne administra ainsi le *Kamerun* sous le régime du protectorat de juillet 1884 à février 1916¹⁷², date à laquelle elle sera vaincue et chassée du pays pendant la Première Guerre mondiale par la coalition franco-britannique¹⁷³.

169. Entre autres traités (le contrat *anglo-douala* du 10 juin 1840, le *traité anglo-douala* du 7 mai 1841 et le *traité anglo-douala* du 29 avril 1852, tous relatifs à la cessation de la vente et du transfert des esclaves; l'*Accord anglo-douala* du 13 décembre 1861 abolissant la pratique du meurtre par représailles, ou encore l'*Accord Akwa-Woermann* du 30 janvier 1883 relatif à la protection des biens et agents de la firme Woermann sur le rivage de la ville d'Akwa), le traité germano-duala du 12 Juillet 1884 fut l'aboutissement d'un long processus de contractualisation entre les firmes allemandes notamment la Maison Woermann et Jantzen Und Thormählen et les rois Ndumbé Lobè Bell et Akwa Dika Mpondo de la côte camerounaise. On peut y lire notamment : « Nous soussignés, rois et chefs du territoire nommé Cameroun, situé le long du fleuve Cameroun, entre les fleuves Bimbia au nord et Kwakwa au sud, et jusqu'au 4° 10', degré de longitude nord, avons aujourd'hui au cours d'une assemblée tenue en la factorerie allemande sur le rivage du roi Akwa, volontairement décidé que : Nous abandonnons totalement aujourd'hui nos droits concernant la souveraineté, la législation et l'administration de notre territoire à MM. Edouard Schmidt, agissant pour le compte de la firme C. Woermann, et Johannes Voss, agissant pour le compte de la firme Jantzen et Thormählen, tous deux à Hambourg, et commerçant depuis des années dans ces fleuves. Nous avons transféré nos droits de souveraineté, de législation et d'administration de notre territoire aux firmes sus-mentionnées avec les réserves suivantes : 1. Le territoire ne peut être cédé à une tierce personne. 2. Tous les traités d'amitié et de commerce qui ont été conclus avec d'autres Gouvernements étrangers doivent rester pleinement valables. 3. Les terrains cultivés par nous, et les emplacements sur lesquels se trouvent des villages, doivent rester la propriété des possesseurs actuels et de leurs descendants. 4. Les péages [impôt versé par les commerçants aux monarques locaux pour l'exploitation des terres] doivent être payés annuellement, comme par le passé, aux rois et aux chefs. 5. Pendant les premiers temps de l'établissement d'une administration ici, nos coutumes locales et nos usages doivent être respectés. » : J.-R. Brutsch, « Les traités camerounais : recueillis, traduits et commentés », *Études camerounaises*, n° 47-48, 1955, p. 36. Voir aussi C. Von Morgen, *À travers le Cameroun du sud au nord : Voyages et explorations dans l'arrière-pays de 1889 à 1891*, trad. Ph. Laburthe-Tolra, Paris, Publications de la Sorbonne, 1982, p. 36-37.

170. La doctrine de l'*Hinterland*, à travers la notion de sphère d'influence, prévoyait que toute puissance coloniale installée sur la côte peut reculer ou étendre les frontières de sa colonie vers l'intérieur jusqu'à la rencontre d'une colonie d'une autre puissance coloniale ou d'un obstacle naturel.

171. Voir K. Vignes, « Étude sur la rivalité d'influence entre les puissances européennes en Afrique équatoriale et occidentale depuis l'acte général de Berlin jusqu'au seuil du xx^e siècle », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, t. 48, n° 170, 1961, p. 5.

172. Voir K. Hausen, *Deutsche Kolonialherrschaft in Afrika. Wirtschaftsinteressen und Kolonialverwaltung in Kamerun vor 1914*, Zurich, Atlantis, 1970; Henri Brunschwig, « Un récent bilan historique de la colonisation allemande au Cameroun et en Afrique orientale », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, t. 58, n° 210, 1971, p. 116.

173. Voir F. Eyelom, *Origines et circonstances immédiates du partage du Cameroun entre la France et l'Angleterre pendant la Première Guerre mondiale*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, 1997.

Le Cameroun vécut alors sous le régime de l'annexion et du condominium franco-britannique (1916-1921), puis du mandat de la SDN (1921-1945) et enfin de la tutelle de l'ONU (1945-1960 pour le Cameroun francophone et 1945-1961 pour le Cameroun anglophone) dont la gestion fut confiée en conséquence à la France et la Grande-Bretagne. C'est dans ce concours de circonstances tragiques que la communauté *Ngombale* sera d'abord soumise au droit civil allemand, puis de façon simultanée au droit civil français et au *common law* à la suite de la balkanisation du pays par l'accord Milner-Simon du 10 juillet 1919, lorsqu'une partie de la communauté se retrouvera coincée dans le Cameroun français ou la région francophone de l'ouest et une autre dans le Cameroun britannique ou la région anglophone du nord-ouest. Le fait juridique colonial fit donc de la communauté *Ngombale* un haut lieu de conflictualité des normes, voire d'expérimentation tant du plurilinguisme juridique que du pluralisme normatif qui s'est poursuivi avec la décolonisation du Cameroun et la continuité de l'État colonial par l'État postcolonial.

Le concept de « Droit », qui se trouve en filigrane de celui de « contrat », est connu sous le nom de *Noohn nlaab*. Ce qui en langue *Ngombale* signifie littéralement « la norme fondamentale du village » ou « ce qui a fondé le village », voire « ce sur quoi repose le village dans sa façon d'être et de vivre¹⁷⁴ ». Le Droit ici est à la fois un *devoir être* et un *devoir vivre* qui dans l'espace territorial de la communauté s'impose à ses membres et aux étrangers. D'où un principe de la territorialité du droit ou de la norme fondamentale.

Le concept de contrat y est connu sous le nom de « *Nsountee* ». Le *Nsountee* signifie « arranger » ou « arrangement », « s'entendre » ou « entente », « s'accorder » ou « accord », « convenir » ou « convention », « contracter » ou « contrat ». Comme dans plusieurs des langues autochtones, le verbe a la même consonance et signification que le nom dérivé¹⁷⁵. Il faut dire que la langue *Ngombale* a une grammaire bien normée. Le « *Nsountee* » désigne ainsi à la fois l'action de contracter et le fait accompli par l'action de contracter ou son résultat, c'est-à-dire le contrat lui-même. Le concept de *Nsountee* est toujours suivi de la précision de l'objet du contrat ou de la chose sur laquelle il porte. C'est l'engagement de cette chose objet du contrat qui forme le contrat et définit sa philosophie dans la communauté *Ngombale*, comme dans l'ensemble des communautés voisines en pays *Bamileke*.

La philosophie du *Nsountee* marque une certaine distanciation avec l'idéalisme volontariste de la tradition juridique occidentale héritée du droit romain. Contrairement au précepte « *Consensus facit contractus* », elle est fortement imprégnée du

174. Nous ne sommes pas loin d'une analogie avec la constitution en tant que norme fondamentale de l'État moderne en Occident au sens du normativisme kelsenien.

175. Par exemple, pour dire que Fokou et Bélanger ont conclu un contrat, on dira que les deux parties « *nsountee* », voire *nountee lee feeh nzooh* ou *nzooh nzooh* pour le contrat de vente ou d'achat d'une chose, *nsountee lee fooh* pour le contrat de prêt, *nsountee lee nkecht* pour le contrat de construction, etc.

matérialisme et du réalisme. Tout contrat entre deux personnes doit nécessairement porter sur une chose à faire, à donner, à vendre, à garder, à louer, etc. Par conséquent, seul le commencement d'exécution de l'obligation ou de la prestation promise engage véritablement les parties et rend obligatoire le contrat. Ni la promesse ni le consentement ou l'accord de volontés (*nuda voluntas*) à lui seul n'oblige. L'accord de volontés n'engage pas sans un acte matériel de commencement d'exécution de l'obligation née du contrat. Bien que l'acte de volonté des parties constitue l'acte de naissance du *Nsountee*, il en ressort dès lors un net primat du matérialisme ou réalisme sur le consensualisme ou volontarisme, contrairement à la tradition juridique occidentale.

En ce sens, il n'y a pas de contrat tant que l'intérêt patrimonial d'une partie au *Nsountee* n'est pas encore engagé dans la relation contractuelle. C'est l'exécution matérielle d'une partie qui fait et forme, de façon irrévocable, le *Nsountee*. L'accord de volontés le préforme et le commencement d'exécution finalise, pour ainsi dire, sa formation. La formation du contrat en l'espèce est successive et non instantanée. Elle reste suspendue à son exécution qui constitue, en réalité, une condition essentielle de formation du *Nsountee*. L'accord de volontés ne constitue qu'une sorte de précontrat non-obligatoire, susceptible de rétractation unilatérale à tout moment, tant qu'il n'y a pas encore eu de commencement d'exécution. Seul le premier acte matériel d'exécution forme le *Nsountee*, soit par le prépaiement, soit par la remise d'une chose ou la réalisation d'une prestation, objet d'une contrepartie due. Ce n'est donc pas tant l'accord de volontés que le premier acte d'exécution qui constitue le fondement de la force obligatoire du *Nsountee*. Le *Nsountee* est et devient obligatoire seulement parce que l'une des parties a déjà engagé un bien ou un effort au profit de l'autre qui, en retour, doit lui fournir une contrepartie soit en s'exécutant à son tour, soit en le remboursant.

La révocabilité unilatérale ou « reconventionnelle » du *Nsountee* en l'absence d'un premier acte d'exécution n'est pas seulement le propre des contrats onéreux. Elle se traduit également dans la promesse de don ou *Nsountee lee ndah tseh* dont l'inobservation par le promettant lui fait encourir l'indignité sociale. Un tel système matérialiste et réaliste offre a priori plus de liberté et de flexibilité aux parties puisque celles-ci sont en mesure de vouloir et de ne plus vouloir contracter, même si l'offre avait déjà rencontré une acceptation. Il permet également de limiter le contentieux contractuel presque au seul contentieux d'inexécution, en tuant, pour ainsi dire, le mal dans l'œuf. Car, il ne sert à rien de faire un procès à quelqu'un sur la base d'un simple accord de volontés qui n'a pas encore reçu d'exécution, la volonté étant un fait aléatoire, contingent et volatile tant que l'une des parties ne s'est pas encore engagée dans l'exécution du *Nsountee*.

Ce système « archimatérialiste » est en apparence source d'insécurité juridique en cas de mauvaise foi d'une partie qui sera tentée de se dédire à chaque fois qu'elle

se rend compte d'avoir conclu une affaire défavorable en attente d'exécution. Loin de là. La censure sociale, sorte de justice populaire, veille au grain. Elle est vectrice de confiance, d'obligatorité et tout aussi dissuasive que la sanction judiciaire du droit étatique. La sanction de l'inexécution du *Nsountee* va même au-delà de la sphère contractuelle, pour revêtir une dimension extracontractuelle et sociale. Celui qui a l'habitude de ne pas tenir ses promesses de *Nsountee* n'a plus de crédibilité ni de légitimité sociale. Il perd la face aux yeux de la communauté villageoise et sera mis au rebut dans les futurs échanges aussi bien commerciaux que sociaux.

L'accord de volontés qui préforme le *Nsountee* obéit lui-même à un régime précis. Le consentement essentiellement oral (*Nsaabt* qui signifie littéralement parole donnée, voire volonté) doit être libre et éclairé. Ce qui exclut a priori les enfants mineurs et les aliénés. Ceux-ci sont absents de la scène juridique sauf dans certains cas exceptionnels où ils agissent sous la tutelle d'un ascendant ou membre de leur famille. Il y existe trois vices de consentements : la violence (*Metehée*), la tromperie (*Fouteh*) et l'erreur (*Fouooteh*). Le premier annule le contrat. Les deux autres ouvrent droit soit à l'annulation ou la rescision du contrat, soit à la révision sur demande de la partie lésée lorsqu'ils sont de nature économique, auxquels cas ils sont assimilables en droit civil à la lésion considérée comme la conséquence logique de la violence, de la tromperie ou de l'erreur économique.

Le *Nsountee* peut se conclure en privé avec ou sans témoins, ou solennellement devant le patriarche, le notable, le chef de quartier, le chef du village ou encore sur la place publique (marché, réunion, etc.), avec ou sans le concours d'un serment religieux (*Peiei* ou *Beiei* : acceptation ou promesse sacrée) ou de témoins (*Nkweeh kno'oh*) en vue de renforcer son obligatorité. Les témoins sont une formalité importante et un gage de sécurité juridique du *Nsountee* puisqu'au-delà des parties, ceux-ci sont les dépositaires de l'accord de volontés et donc de la « vérité » du contrat. En cas de besoin ou en cas de litige, ils témoigneront. Et en cas de doute sur leurs témoignages, ils « boiront le cadî » sous serment religieux ou passeront toute autre forme d'épreuve ordalique¹⁷⁶ convenue entre les parties, pour dire la vérité sous peine de malédiction ou de mort selon le cas.

176. L'ordalie du latin, *ordalium*, qui signifie littéralement « jugement de dieu » est un mode de preuve religieux et mystique unilatéral ou bilatéral, voire une épreuve douloureuse parfois mortelle à caractère judiciaire employée au Moyen Âge et aujourd'hui encore dans certaines sociétés traditionnelles pour établir la vérité ou le mensonge d'un témoignage ou encore l'innocence ou la culpabilité d'un accusé. Voir E. Dekane, « Les ordalies en justice traditionnelle au Nord-Cameroun : outils, rituels et effets », *International Journal of Innovation and Applied Studies*, vol. 11, no. 2, 2015, p. 262 ; G. Glotz, « L'ordalie dans la Grèce primitive étude de droit et de mythologie », Thèse, Faculté des Lettres, Paris 1904 ; Anne Retel-Laurentin, *Sorcellerie et ordalies. L'épreuve du poison en Afrique noire. Essai sur le concept de négritude*, Paris, Anthropos, 1974 ; J. Jourdan, « Ordalie, image et sermon après le concile de Latran IV », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, 25 | 2013, 389.

En cas de contrat secret sans témoin, les parties seront elles-mêmes appelées à boire le cadi sous serment religieux de dire la vérité devant dieu. La sacralisation de l'obligatorité des *Nsountee* se traduit à travers le dicton populaire « *Oh leeh beiei, oh laah mgneuh* ou *Oh leeh beiei, oh laah mguieh* » qui signifie littéralement « quiconque consent ou s'engage, donnera ou fera ce qu'il a promis de donner ou de faire » ou encore de façon extensive « quiconque promet, devra tenir sa promesse » avec le sous-entendu, qui est en réalité une menace de sanction, « ... à défaut de quoi, il récoltera une malédiction ou punition de dieu (*Ndooh* ou *Peiei*) si par son engagement ou sa promesse il a bénéficié indûment de la chose ou du service d'autrui ». Ce qui fait ressortir que le *Nsountee* crée en réalité deux types d'obligation : l'obligation de donner et l'obligation de faire quelque chose.

Les principes premiers qui régissent le *Nsountee* sont l'équité et la confiance. Celles-ci ont un caractère quasi-sacré et correspondent au rapport que chaque partie doit avoir avec l'autre, la vérité et dieu. L'équité renvoie à l'équivalence des prestations dans la proportion voulue par les parties au *Nsountee*. Elle est consubstantielle à la confiance mutuelle qui n'exige qu'aucune des parties au *Nsountee* n'abuse de l'ignorance ou de la faiblesse de l'autre. La confiance et l'équité exigent également que chaque partie au *Nsountee* honore son engagement dans la mesure du possible et préavise son créancier en lui offrant une alternative en cas d'inexécution, de mauvaise exécution, de retard d'exécution ou d'exécution impossible.

Le caractère sacré, mystique et formaliste des *Nsountee* trouve toute sa consécration dans le *Kaar*, un rituel du pacte de sang que l'on reproduit encore dans certains groupes ethniques conservateurs en Afrique subsaharienne, à l'occasion du versement de la dot pour entériner de façon définitive et irrévocable le contrat de mariage et lier, pour ainsi dire, devant dieu et les hommes, les deux époux autant que les deux familles. Le *Kaar* consiste pour chacun des futurs époux à se faire une entaille au doigt et faire lécher son sang par l'autre en se promettant amour et fidélité pour toute la vie. Le sort commun des époux, de même que celui de leur famille, s'en trouve scellé *ad vitam aeternam*, dans le bonheur comme dans le malheur. Le versement de la dot donne un droit quasi-inaliénable au mari d'enterrer la dépouille de la femme dans la concession familiale. Celui par la faute duquel les liens contractuels du mariage sont rompus encourt toute sorte de malédictions. Le divorce est donc juridiquement ou coutumièrement impossible après l'accomplissement du *Kaar*. Même le remboursement de la dot qui, en temps normal, opère un divorce par consentement mutuel dans un mariage contracté sans l'accomplissement du *Kaar*, est sans effet sur les liens contractuels ainsi rituellement et mystiquement créés pour la vie. Encore que le remboursement pourrait toujours être refusé par le mari ou sa famille. Ce rite est aujourd'hui contesté parce que considéré comme extrémiste, rétrograde et dangereux pour l'avenir incertain des époux, condamnés à vivre ensemble et pour toujours, sans garantie de s'aimer à vie.

Puisque la société traditionnelle au Cameroun repose davantage sur le principe de la solidarité (inorganique) ou communautarisme, c'est-à-dire la primauté de la communauté sur l'individu¹⁷⁷ plutôt que de l'autonomie de l'individu ou individualisme essentiellement caractéristique de la société occidentale¹⁷⁸, au-delà des parties, le *Nsountee*, une fois conclu et rendu obligatoire par le premier acte d'exécution engage selon le cas la famille autant nucléaire que lignagère, voire le clan et les témoins qui sont généralement les proches des parties. Le *Nsountee*, au-delà des obligations individuelles entre les parties, crée une sorte d'obligations collectives à l'égard de la famille ou du clan, des amis et témoins des contractants. Ces derniers sont appelés à veiller à sa bonne exécution. Ils peuvent ou doivent, compte tenu de leur statut social, surtout s'ils en ont pris l'engagement à titre de caution, suppléer le débiteur défaillant dans l'exécution de ses obligations. Il en ressort à première vue que seule l'exécution importe et l'emporte sur la personne du débiteur ou de l'exécutant, auquel cas l'on serait tenté de conjecturer par symétrie au droit moderne que les *Nsountee* sont conclus *intuitu pecuniae* et non *intuitu personae*.

Nous sommes toutefois loin de la réalité juridique autochtone. Le *Nsountee* n'est ni un contrat conclu *intuitu personae* ni un contrat conclu *intuitu pecuniae*, ni même un genre hybride. Il correspondrait davantage à une troisième catégorie *sui generis* des contrats conclus *intuitu materiae*, en considération de la seule matière du contrat, c'est-à-dire la chose ou prestation objet du contrat, plutôt que de la personne des contractants, de la valeur monétaire ou des intérêts pécuniaires du contrat à naître. Les intérêts sont sans nul doute matériels en cas de contrats onéreux. Mais, ils ne peuvent se résumer et encore moins se réduire aux intérêts financiers, surtout dans une société traditionnelle à l'économie rudimentaire, encore étrangère à la monnaie au sens financier et capitalistique de l'argent. Celle-ci vivant jadis essentiellement du don, de l'entraide et du troc ou échange des produits issus de la chasse, de la pêche, de la cueillette, de l'artisanat et de l'agriculture de subsistance, au même titre que les sociétés primitives¹⁷⁹.

Le *Nsountee* crée donc des liens de solidarité d'exécution aussi bien entre les contractants qu'entre leurs familles. L'inexécution engage l'honneur de la famille, surtout si le *Nsountee* lui a profité à quelques titres. Il en va de même en cas de

177. J. Ki-Zerbo, Ali A. Mazrui et Ch. Wondji, « Construction de la nation et évolution des valeurs politiques », dans Ali A. Mazrui et Ch. Wongji (dir.), *Histoire générale de l'Afrique. L'Afrique depuis 1935*, t. VIII, Paris, UNESCO, 1998, p. 498.

178. Voir D. Lolonga et François Hirsch, « Le concept d'autonomie de la personne à l'épreuve de la culture africaine », *Revue du CAMES*, vol. 009, n° 2, 2007, p. 181. Nous ne souscrivons pas toutefois aux recommandations de ces auteurs qui considèrent que le développement, concept au demeurant controversé, de l'Afrique passe par le basculement de ce modèle solidariste vers le modèle individualiste occidental. Loin de là, et vu les dérives de l'individualisme dans la société occidentale, nous pensons que l'équilibre entre ces deux modèles est porteur d'un mieux-être dans toute forme de société.

179. Voir M. Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 2^e éd., Paris, PUF, 2012.

décès du débiteur en fonction de l'importance de la créance. Nul besoin donc de stipuler expressément la solidarité qui peut naître d'un lien patrimonial (lien d'intérêt) et/ou d'un lien familial (lien de sang) entre le débiteur principal et ses supposés codébiteurs.

Ainsi, a-t-on coutume de voir à l'occasion des rites funéraires des débiteurs et créanciers venir devant la dépouille du défunt confesser leurs dettes et créances avant l'enterrement. Dans ce rituel mortuaire de transmission des obligations entre mort et vifs, débiteurs et créanciers du *deujus* (*Nfououh*) se déclarent comme tels et leurs reconnaissances de dette ou déclarations de créance les engagent solennellement ainsi que la famille du défunt, en particulier son successeur coutumier, pour l'avenir. Celui qui ment dans sa déclaration encourt un mauvais sort de la part du défunt dont la mémoire impose désormais respect et crainte, même aux débiteurs les plus récalcitrants. Toujours est-il qu'en Afrique subsaharienne, et particulièrement en pays *Bamileke*, les morts ne sont jamais morts. Leur esprit, par une forme de réminiscence après la mort, devient semi-divinité capable de bénédiction comme de malédiction sur les vivants¹⁸⁰.

Suivant une sorte de métaphysique juridique, l'esprit immortel d'un défunt alors créancier de bonne foi, à qui l'on confère un statut quasi-divin, constitue une véritable arme de dissuasion massive dans la croyance populaire, non seulement contre ses débiteurs survivants, mais aussi sa famille quant à l'administration ou au partage de ses biens. La société doit désormais lui vouer un culte dit des crânes ; le crâne étant symboliquement une représentation métaphorique de la personne du défunt, soit la loge de laquelle s'émancipe et se divinise l'esprit après la mort du corps. Tout débiteur ou créancier absent lors de l'enterrement a la possibilité de se rapprocher de la famille du défunt pour confesser sa dette ou créance devant la tombe ou pierre tombale.

En l'absence d'engagement exprès, l'obligation pour la famille et les témoins de suppléer le débiteur défaillant est avant tout morale. Elle vise à préserver l'honneur de la famille ou des alliés et s'origine dans la bonne conscience des parties suppléantes qui se doivent aussi de tenter un règlement amiable en cas de litige. Passée cette étape précontentieuse dans le cercle amical ou familial restreint, le contentieux de l'inexécution du *Nsountee* débute en première instance sur une plainte orale du créancier ou de ses ayants droit devant le chef de famille du débiteur, généralement le patriarche ou la matriarche du clan, se poursuit éventuellement

180. « Dans les sociétés traditionnelles, les anciens étaient censés être bien informés de l'opinion des ancêtres et s'être pénétrés de leur sagesse à travers la continuité culturelle, la coutume et la tradition. Une politique qui aurait violé de manière flagrante la coutume et la tradition eût été perçue comme n'ayant pas l'assentiment des morts. Une politique ne se souciant pas de la survie et du bonheur des enfants eût été considérée comme privée de l'assentiment des générations à venir. Il était du devoir des vivants de chercher à comprendre les vœux des morts et de ceux qui étaient appelés à naître — et d'agir en conséquence » : J. Isawa Elaigwu, « Construction de la nation et évolution des structures politiques », dans Ali. A. Mazrui et Christophe Wongji (dir.), *Histoire générale de l'Afrique. L'Afrique depuis 1935*, t. VIII, Paris, UNESCO, 1998, p. 493.

en appel devant le chef de quartier, appelé chef de terre, généralement un notable coutumier (le *Nkam*) et se solde en cassation devant le chef du village (le *Fo'ò*) qui rend une décision insusceptible de recours, mais seulement en théorie¹⁸¹. Car, en pratique comme dans l'imaginaire collectif, il existe encore d'autres voies de recours à la justice naturelle, justice magique ou divine considérée comme une forme de justice supérieure.

Comme pour l'ensemble de la justice traditionnelle en Afrique précoloniale, en cas de contentieux d'inexécution du *Nsountee*, les principes directeurs du procès restent la réconciliation et la restitution plutôt que l'opposition et la sanction des parties¹⁸². Les différents acteurs bénévoles de la « chaîne judiciaire », puisqu'ils rendent la justice à titre gratuit au nom de la communauté sociale, sont davantage des réconciliateurs plutôt que des juges qui opposent et sanctionnent les parties. Ce d'autant plus que le contrat constitue le principal vecteur du lien social et donc, après la conciliation des intérêts opérée *ab initio* par l'accord de volontés, son issue se doit toujours d'être une source de réconciliation et de paix sociale¹⁸³.

La contradiction est maniée avec de la prudence afin d'éviter d'aboutir à une confrontation interindividuelle de nature à ruiner tout espoir d'exécution volontaire de la partie défaillante. Les témoignages représentent ici un moyen de preuve idéal pour ce faire. La procédure de la justice contractuelle, comme de toute autre forme de justice, est totalement orale. À ces principes de droit procédural, se superpose un principe d'un ordre supérieur davantage de droit substantiel, mais en réalité à valeur transversale qui est celui de l'équité. Outre l'impartialité requise des réconciliateurs, ceux-ci doivent toujours avoir en ligne de mire que chaque partie doit en fin de compte recouvrer son dû, c'est-à-dire recevoir l'équivalent de ce qu'il a voulu faire ou donner en s'engageant au *Nsountee*.

Les réconciliateurs peuvent agir en collégialité en fonction de l'importance du litige, du malaise social généré par l'inexécution ou du statut social des parties. L'apogée de la collégialité constitue le conseil des notables présidé par le chef du village, une sorte de cour suprême siégeant en assemblée plénière ou en chambres

181. Sur l'organisation et la technique judiciaire en Afrique précoloniale, voir Joseph John-Nambo, « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire », *Droit et société*, vol. 2, n° 51-52, 2002, p. 328. Avec l'esclavage et la colonisation, celle-ci fut tantôt conservée tantôt modifiée au gré de l'administration coloniale. Voir E. Beurdeley, *La justice indigène en Afrique occidentale française : Mission d'études 1913-1914*, Paris, Publication du Comité de l'Afrique française, 1916; J. Chabas, *La justice indigène en Afrique occidentale française*, Paris, Société des journaux et publications du centre, 1954.

182. Voir P. Nkou Myondo, « La Justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la Justice de l'État », *Droit et société*, vol. 2, n° 51-52, 2002, p. 372; Keba M'baye, « Le règlement des litiges hors des tribunaux en Afrique », dans H. Kötz et R. Ottenhof (dir.), *Les conciliateurs, la conciliation*, Paris, Economica, 1983; M. Debene, « La justice sans juge, hier et demain », *Afrique contemporaine*, n° 156, 1990.

183. Cette fonction anthropologique du contrat s'inscrit dans le droit fil de celle du droit qui est de créer et de gérer le lien social. Voir A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005.

réunies dont les décisions jouissent d'une plus grande force et acceptation sociale. Les décisions rendues publiques par l'ensemble des réconciliateurs à l'issue de « palabres »¹⁸⁴ ne sont point des « jugements », mais des sortes de procès-verbaux de réconciliation dont ils sont des dépositaires. Elles portent encore symboliquement le nom de *Nsountee* (*Pieebk nsountee*, nouvel arrangement). Ce qui signifie que les parties sont liées par un nouveau contrat. La réconciliation se termine par le rituel pacificateur d'une poignée de main, du partage d'un repas, d'une noix de cola ou d'un verre de vin de raphia entre les parties en guise de satisfaction.

En tout état de cause, l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation ou de la prestation d'une partie ouvre droit seulement à restitution ou au remboursement de l'autre du paiement ou des prestations déjà reçu(es) s'il y a eu commencement d'exécution, et dans le cas contraire, à l'annulation pure et simple du *Nsountee* qui sera considéré dans la philosophie réaliste et matérialiste qui est la sienne, comme ne s'étant jamais formé. Il n'y a pas de dommages-intérêts quoi qu'il advienne. Aussi surprenant que cela puisse paraître pour un juriste occidental, ou du moins du point de vue de la conception contemporaine de l'équité, chaque partie au *Nsountee* a toujours droit à l'équivalent de ce qu'il a donné ou de ce que l'autre lui a promis sans possibilité de prétendre à un supplément à titre de perte subie (le *damnum emergens*) et encore moins de gain manqué (le *lucrum cessans*) du fait de l'inexécution, de la mauvaise exécution ou du retard d'exécution par l'autre de ses obligations ou prestations.

L'inexécution ou la mauvaise exécution ouvre, par conséquent, non pas à un droit à réparation du préjudice subi, mais uniquement à un droit à restitution de ce qu'une partie a déjà engagé dans la relation contractuelle au profit de l'autre selon l'objet du contrat. Cette conception traditionnelle de l'équité, voire de la justice contractuelle que l'on pourrait qualifier de statique, par opposition à la conception dynamique du droit occidental dit moderne, rappelle pour beaucoup la clause *rebus sic stantibus*. Celle-ci veut que les parties se soient engagées en l'état fixe des choses, objet du contrat au moment de sa conclusion, en excluant toute augmentation ultérieure de la charge des obligations ou prestations des parties au *Nsountee* qui restent, sauf nouvel accord, inchangées et inchangeables dans leur quantum quel qu'en soit le temps.

Quiconque a promis une chèvre contre le labour de son champ donnera en tout et pour tout une chèvre, après que le champ ait été labouré par son

184. D'où le nom « arbre à palabre » qui désigne à l'origine dans la société africaine un lieu public de rassemblement, traditionnellement sous un grand arbre à ombrage du village pour discuter des grandes questions et orientations de la communauté villageoise. L'arbre à palabre servait aussi de tribunal accueillant des audiences publiques et par extension de lieu de démocratie ou de rassemblement populaire pour tout débat public. C'est l'équivalent de l'agora dans la Grèce antique. Il était parfois localisé chez le chef du village, chez le chef du quartier, chez le patriarche du clan ou encore dans un lieu sacré.

cocontractant, quelles qu'en soient les circonstances et les époques¹⁸⁵. De même, quiconque a emprunté un panier de haricots noirs pour semer ou nourrir sa famille devra rendre un panier de haricots noirs ou tout au plus un panier de haricots d'une autre couleur, à la prochaine saison des récoltes comme plusieurs saisons plus tard, peu importe qu'il y ait eu disette ou mauvaise moisson. Et à défaut de l'avoir rendu soi-même, la famille du débiteur, ascendants comme descendants, puisqu'elle s'en est nourrie ou en a profité d'une façon quelconque devra rendre la même chose dans les mêmes proportions, fut-ce 10 années plus tard pour rembourser la dette du débiteur failli.

L'esprit du *Nsountee*, à la manière du principe de l'immutabilité du contrat en droit moderne, reste par conséquent insensible à toute modification unilatérale ou imposée du contenu obligationnel, à l'imprévision ou changement de circonstances. Toute modification du *Nsountee*, sauf renonciation ou remise de dette unilatérale, ne peut être que conventionnelle, par exemple par remise consensuelle de dette ou par conclusion d'un nouveau contrat. La force majeure n'exonère pas le débiteur, mais constitue simplement une circonstance atténuante retardant son exécution qui reste due, à moins d'être devenue impossible. En cas d'exécution impossible, il devra rendre toute contrepartie indûment reçue.

Une raison pratique qui justifie l'exclusion des dommages-intérêts est que si un débiteur de bonne foi est déjà défaillant dans son exécution, comment peut-on encore, raisonnablement, attendre qu'il en fasse plus que son obligation initiale au titre des dommages-intérêts? Ce serait comme contraindre ce dernier à faire l'impossible. Or, l'être contractant n'est pas un surhomme et encore moins un dieu. À l'impossible nul n'est tenu, chez les *Ngombale*, comme dans toute forme de société habitée par la raison humaine: *impossibile nulla obligatio*. Aussi, exiger d'un débiteur de mauvaise foi à payer des dommages-intérêts en supplément de la créance principale jusque-là impayée, c'est-à-dire lui demander de payer plus que ce qu'il ne voulait pas déjà payer, peut l'encourager à demeurer dans sa mauvaise foi et à ne plus jamais vouloir payer sa dette. L'exigence des dommages-intérêts risque donc de s'avérer contreproductif en fin de compte. D'où l'avantage de l'encourager à ne payer que ce qu'il a promis dès le départ, et rien de plus, rien de moins si ce n'est même en moins au vu de sa difficile condition.

Enfin, hormis le cas du don, le *Nsountee* bien qu'étant un acte à titre onéreux, n'est pas perçu par les villageois comme un acte de commerce ou de spéculation mercantiliste où chaque partie entend gagner plus que ce qu'elle a donné à l'autre. Le *Nsountee* est davantage perçu comme un moyen de solidarité, de subsistance

185. Puisque son obligation de donner une chèvre en est une indivisible, il aura le droit de retenir la chèvre jusqu'au labour total de son champ par son créancier, c'est-à-dire de faire jouer l'exception d'inexécution préventive.

collective, d'entraide interindividuelle et de satisfaction des besoins existentiels au sein d'une communauté sociale, plutôt qu'un moyen d'enrichissement personnel ou d'accumulation des richesses au sein d'un marché. Il y a là une certaine conception solidariste ou dimension philanthropique du *Nsountee* qui exclut tout esprit foncièrement commercial, même si la donne a considérablement évolué depuis l'introduction de la monnaie qui, on le sait, comporte toujours une dose de capitalisme mercantile.

Dans la communauté *Ngombale*, la justice humaine est considérée comme une justice faillible qui peut parfois être injuste ou politisée. Le réconciliateur qui dit le « droit », c'est-à-dire l'équité, peut se tromper dans l'interprétation de la coutume ou des faits, tout comme un juge d'un tribunal moderne rend une mauvaise décision à la suite d'une interprétation erronée de la loi ou des faits litigieux. Il peut à la limite favoriser une partie à la manière d'un juge occidental qui épouse une idéologie conservatiste ou progressiste de la société au détriment de l'idéal de justice. Encore que chez les *Ngombale*, il n'y a pas une véritable séparation des pouvoirs. Les autorités politiques, en l'occurrence les chefs et les notables, sont à la fois les autorités normatives et interprétatives. Elles se distinguent tout de même des agents d'application qui sont leurs subalternes. Le créancier insatisfait peut toujours passer outre et s'en remettre en dernier ressort à la justice naturelle considérée comme la forme la plus élevée de la justice. Une justice, dit-on, toujours juste, infaillible et supérieure à la justice humaine. La tension qui existe ici entre la justice des hommes et la justice naturelle rappelle à suffire l'opposition entre le droit positif et le droit naturel dans l'État moderne¹⁸⁶.

Le recours à la justice naturelle peut ainsi se faire de deux façons. Soit par la magie (*Lekanh*) afin qu'un mauvais sort soit jeté au débiteur malhonnête par un *Nkam tseh* ou une *Ngwe tseh*, qui signifie littéralement *apôtre de dieu* ou *élu(e) de dieu* ou tout autre sorcier bienveillant du village, ceux-ci étant des sortes de *justiciers* ou d'agents d'application du droit naturel. Soit par des prières ou incantations (*Tanh nzo'oh*) à travers lesquelles le créancier demande à dieu (le *Tseh*) de le rétablir dans ses droits de toute manière qu'il jugera bonne. Le rituel des incantations devant le lieu sacré du clan ou du village, sorte d'olympes abritant les dieux du clan ou du village, est souvent la voie royale pour implorer la justice divine. Parce que la justice naturelle est infaillible dans l'imaginaire collectif, pour y recourir, il faut être de bonne foi, faute de quoi on récoltera une malédiction au moins équivalente à celle que l'on aura voulu infliger au débiteur présumé défaillant.

Il existe ainsi dans l'Histoire du village des sortes de « jurisprudence » tissées sur des coïncidences pour le moins troublantes. Des cas où la foudre envoyée chez un présumé débiteur défaillant serait revenue détruire la maison ou la porcherie

186. Voir L. Strauss, « Le droit naturel », *Archives de philosophie*, vol. 79, n° 3, 2016, p. 455.

de son créancier parce qu'il aurait été de mauvaise foi. Ou encore le cas de ce débiteur de mauvaise foi qui serait tombé en faillite, serait décédé, ou aurait perdu l'usage d'un bras, d'un œil ou d'un pied, voire un membre de sa famille quelque temps après avoir refusé de payer sa dette, etc. La sanction de la justice naturelle, à savoir la malédiction (*Ndooh*, *Peihe*, ou *notophon*), est tellement puissante et dissuasive dans l'imaginaire collectif qu'il se raconte dans tout le village qu'elle peut frapper plusieurs générations de descendants du débiteur défaillant en fonction de la gravité du préjudice subi par le créancier abusé ou sa famille.

C'est ainsi qu'il est coutume de voir les *Nkam tseh* ou *Ngwe tseh*, sorte de médiums expert(e)s en voyance, plusieurs années plus tard après les faits contractuels, recommander vivement au débiteur défaillant, à sa famille ou ses descendants de rembourser une ancienne dette et de procéder à un rituel sacramentaire (*Feech tseh*) au lieu sacré du village ou au lieu de *culte des crânes* de la famille afin d'implorer le pardon de dieu ou des ancêtres. Le rite intervient en principe après le paiement de la dette chez le créancier survivant ou les ayants droit du créancier défunt. Il consiste entre autres à partager les vivres toujours accompagnés du *taro*, des *noix de cola* et du *vin de palme*, qui sont des éléments essentiels, pour ne pas dire obligatoires de pacification, pour la réussite du rituel¹⁸⁷. Ceux-ci sont offerts selon la bourse du débiteur défaillant ou de sa famille aux villageois invités ainsi qu'à tout passant; le dernier passant ayant la part du lion parce que considéré comme le messager (*Ntooh tseh*) ou le fils de dieu (*Mo'oh tseh*). Le but ultime du rituel de partage des offrandes est la purification afin d'échapper ou de mettre fin à la malédiction encourue. Nous nous approchons ainsi d'un raisonnement juridique où le *Ndooh* est l'équivalent du *tû-tû* décrit par Alf Ross¹⁸⁸. Personne ne peut dire exactement ce que c'est. Il peut signifier tout et rien, sans que cela ne change la construction juridique ou sa force de dissuasion en l'espèce¹⁸⁹.

187. Le taro ou *Achu* est une spécialité culinaire locale très prisée faite à base de tubercule de taro (la *colocasia esculenta*) de différentes variétés, mélangée à la « banane de singe » et de multiples ingrédients locaux d'une sauce jaune, noire ou rouge très épicée, presque impérative, tout comme le vin de raphia et la cola, pendant les rites traditionnels ou les cérémonies de haute importance en particulier au pays *Bamileke*. D'où sa qualification de « plat sacré » ou de « nerf du village » ou de « cœur du village » (*Achu teenh nlaah*). Le vin de raphia (*raphia vinifera*) ou vin de palme (*elaeis guineensis*) est une boisson alcoolisée de fabrication artisanale obtenue par la fermentation naturelle de la sève de raphia ou de palmier. Il est symboliquement aussi appelé « vin du village » (*Melooh nlaah*) d'où l'expression *Melooh teenh nlaah* (le vin de palme est le nerf ou le cœur du village). Il en va de même de la noix de cola qui symbolise la bienveillance et l'entente dans les us et coutumes du village.

188. A. Ross, « Tû-Tû », *Enquête*, 7, 1999, 263.

189. Le raisonnement est le suivant : Si un débiteur ne paye pas sa dette, il est frappé par le *Ndooh*. Si un débiteur est frappé par le *Ndooh*, il doit accomplir un rituel purificateur pour se libérer. Il ressort de cette construction syllogistique que quoi que signifie le *Ndooh*, il ne changera pas la signification logique des énoncés qui aurait pu être formulés tout simplement en ces termes : Un débiteur qui ne paye pas sa dette doit accomplir un rituel purificateur pour se libérer.

L'élément le plus troublant est que tout le monde au village croit religieusement à la justice naturelle sans trop se poser de questions sur le lien de causalité entre l'inexécution du *Nsountee* et le malheur qui aurait frappé à titre de sanction le débiteur défaillant. Un lien de cause à effet qui échappe, pour ainsi dire, à la rationalité occidentale de type cartésien ou du moins demeure matériellement indémontrable en pratique. La logique métaphysique qui en ressort n'est pas toutefois inconnue de la tradition juridique occidentale puisqu'elle rappelle à maints égards le concept de « présomption » dont la philosophie est étrangère à la loi de la causalité naturelle¹⁹⁰. On considère comme vrai un fait sans rapporter la preuve, et parfois dont on ne peut rapporter la preuve. La vérité, le droit ou le raisonnement juridique qui en résulte relève en l'espèce d'un fait psychologique plutôt qu'empirique¹⁹¹.

Qu'importe! Les villageois, tout comme les *Fo'ò*, les *Nkam*, les *Nkam tseh*, les *Ngwe tseh*, les sorciers et tout autre initié du village, considérés à tort ou à raison comme les gardiens des traditions, de la mémoire collective et de la sagesse populaire, disent et croient tous que la justice naturelle relève de la nature des choses et de la volonté de dieu. Dieu, sa volonté, la Nature et la justice naturelle et parfois le Droit ne faisant qu'un. De toute façon, au village, tout le monde est sûr et certain que la justice naturelle a toujours raison sur l'injustice ou la justice humaine, la justice naturelle étant considérée comme une justice soustraite à l'arbitraire¹⁹². Chaque partie au contrat n'est satisfaite que lorsqu'elle a le sentiment que la contrepartie obtenue de l'autre ou la solution obtenue du réconciliateur est juste.

C'est la croyance en une justice cosmique exigeant que chaque partie, parce qu'elle s'est engagée de bonne foi, à défaut de l'équivalent de ce qu'elle a donné, c'est-à-dire le *ison* des grecs, utopique en pratique, reçoive toujours son dû, une forme donc du *suum cuique tribuere* des romains, c'est-à-dire le principe sacrosaint de l'équité qui fait la force du *Nsountee*. Le droit coutumier ou droit traditionnel des contrats chez les *Ngombale* n'a donc en fin de compte qu'une seule règle de justice qui est du ressort du droit naturel: l'équité dans les termes de l'échange. Elle recommande qu'une solution juste, la bonne solution aux yeux des parties, soit recherchée pour chaque cas conflictuel. Ici, le droit est davantage casuistique et pratique plutôt que normatif et théorique. Pour reprendre Michel Villey, « [l]e droit n'est pas identifié aux règles abstraites et générales, sorties du cerveau du législateur ou de quelque autre esprit humain; mais à la solution concrète qui sera trouvée dans chaque cas. Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait pas de règles. Il n'est pas de vie juridique un peu évoluée qui puisse se passer de règles¹⁹³ ».

190. M. Troper, « Argumentation et explication », *Droits*, vol. 54, n° 2, 2011, p. 6 s.; H. Lionnel, A. Hart et A. M. Honore, *Causation in the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1959.

191. R. Libchaber, « Le juriste et ses objets », *Enquête*, 7, 1999, 251.

192. L. Strauss, « Le droit naturel », *Archives de philosophie*, vol. 79, n° 3, 2016, p. 455.

193. M. Villey, « Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit », *Logique et analyse*, vol. 10, n° 37, 1967, p. 11.

La croyance villageoise en une forme de justice cosmique idéale, voire la foi en sa toute-puissance au mépris de la réalité sociale, peu reluisante parfois, rejoint sur ce point-là l'idéalisme juridique occidental. Elle révèle à suffire que le Droit chez les *Ngombale*, tout comme le Droit en Occident, est un phénomène psychologique¹⁹⁴. Il s'est en partie ou en tout construit en déphasage de la réalité sur la foi ou la croyance en un *idéal*, principalement du *bon* ou du *juste*, peu importe que celui-ci soit divin ou social. Le plus important étant d'y croire, bien que cet idéal du bonheur ou de la justice soit par essence inaccessible. C'est dire que le Droit est ça et là un mélange d'*idéologie* et d'*utopie*¹⁹⁵, c'est-à-dire un « produit de l'imagination culturelle et sociale¹⁹⁶ » ambitieux de proposer une société idéale alternative à l'injustice et au désordre de la société réelle¹⁹⁷. Bref, le Droit est et reste un imaginaire.

Le fait est que les *Ngombale*, tout comme la plupart des sociétés traditionnelles en Afrique, ont une conception dualiste du Droit au-delà du *devoir être* et du *devoir vivre*. Le Droit a deux versants : humain et divin. D'abord un « droit social »¹⁹⁸ juste ou injuste qui naît spontanément des relations interindividuelles ou pratiques sociales. Il constitue le produit de la volonté des sujets de droit¹⁹⁹ et doit faire l'objet d'une reconnaissance plutôt que d'une création ou recréation par les autorités politiques et sociales (chef, notables, chefs de quartiers, patriarches ou matriarches, etc.). Ce droit social est temporel et muable. On pourrait improprement l'appeler droit positif.

Ensuite un droit naturel ou droit divin, perçu comme atemporel et immuable, toujours juste, infaillible et correcteur du droit social, qui s'impose à tous (*erga omnes*), que les autorités politiques et sociales, en l'espèce autorités normatives ou

194. « Ce qui me paraît caractériser la pensée juridique moderne [...] c'est de considérer le droit comme une production de l'esprit, et de l'esprit seulement humain. Le droit serait formé des normes, par lesquelles l'esprit humain commande aux faits de la nature. [...] Le droit est cette norme engendrée par l'esprit humain et qui prescrit à la nature la façon dont elle devrait » : M. Villey, « Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit », *ibid.*, p. 4.

195. K. Mannheim, *Idéologie et utopie, une introduction à la sociologie de la connaissance*, Bonn, Frankfurt Am Main, 1929 ; Paul Ricoeur, *Lectures on Ideology and Utopia*, New York, Columbia University Press, 1986 ; Paul Ricoeur, *L'idéologie et l'utopie*, Paris, Seuil, 1997. Voir aussi F. Picavet, *Les idéologues. Essai sur l'histoire des idées et des théories scientifiques, philosophiques, religieuses, etc. en France depuis 1789*, New York, Burt Franklin, 1971, spéc. chap. 1 et 6.

196. P. Ricoeur, « L'idéologie et l'utopie : deux expressions de l'imaginaire social », *Autres temps. Les cahiers du christianisme social*, n° 2, 1984, p. 53 s., spéc. p. 63 s. Il y a toujours une corrélation entre idéologie et utopie. Cette corrélation peut se révéler soit sous forme de tension, soit sous forme de complémentarité.

197. Voir P. Ricoeur, *L'idéologie et l'utopie*, Paris, Seuil, 1997, spéc. p. 56 et 61.

198. Voir Ch. Boucaud, *L'idée de droit et son évolution historique*, Paris, Bloud et Cie, 1906 ; G. Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931 ; G. Gurvitch, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.

199. Le droit social peut ainsi naître spontanément ou volontairement d'un contrat et donc être de nature privée ou encore peut procéder d'une adoption solennelle en assemblée populaire par la pratique de la mainlevée et des cris d'approbation d'une « proposition de droit » faite par le chef à l'issue de la tenue de la palabre avec le conseil des notables, auquel cas il sera de nature publique.

agents d'application, ou les sujets de droit le reconnaissent ou non. Il y a là une conception hiérarchique du droit et/ou de la justice teintée de pluralisme juridique ou normatif qui considère qu'il y a au-delà d'un droit politique, droit social ou droit de la société humaine et politique organisée autour du village-chefferie, équivalent du droit positif de l'État moderne, un autre droit cosmique, droit divin, droit naturel ou droit de la nature qui lui est supérieur et demeure le seul vrai droit garant en dernier ressort de la justice idéale accessible et non d'un idéal de justice inaccessible vers lequel tendrait seulement le droit des Hommes. Cette conception dualiste et hiérarchique rappelle à maints égards l'opposition entre le droit positif de l'État et le droit naturel dans la tradition juridique occidentale²⁰⁰. Elle s'affirme cependant aux antipodes de la doctrine occidentaliste qui ne conçoit le pluralisme normatif dans les sociétés africaines qu'à partir de la colonisation à travers le prisme réducteur de la cohabitation des normes de droit moderne et de droit traditionnel²⁰¹. À l'image de l'ancien droit romain²⁰², le droit traditionnel africain serait ainsi constitué d'un mélange de coutumes (*mos maiorum* ou mœurs des ancêtres) et de droit naturel (*suum cuique tribuere*) qui se confond avec une forme de religion.

Voilà sommairement le concept de contrat au travers duquel transparait le Droit chez les *Ngombale*. Ce droit (des contrats) quasi-identique dans les villages-chefferies du pays *Bamileke* est assez schématique du droit traditionnel des peuples *Bantou* d'Afrique subsaharienne, en dépit des contingences culturelles liées aux clivages ethniques²⁰³. On aurait pu croire que ce droit traditionnel est un droit du passé. Bien au contraire, il demeure très contemporain, non pas seulement par certains de ses préceptes, mais surtout par son effectivité ou sa vigueur dans la société postcoloniale encore à cheval entre la tradition et la modernité. Le Cameroun, considéré par sa diversité ethnoculturelle comme une « Afrique en miniature »²⁰⁴ offre un exemple révélateur de la tendance sous-régionale. En effet, nonobstant le principe de la primauté du droit moderne (droit civil et *common law*) en cas de contrariété avec le droit traditionnel, principe qui n'est en somme qu'une fiction de l'ordre juridique colonial et postcolonial, c'est souvent le résultat inverse qui est observé devant les tribunaux coutumiers et dans les faits sociaux.

200. O. Camy, « Présence irréelle du droit. À propos de la temporalisation du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 41, n° 2, 1998, p. 1.

201. Voir N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, Les classiques des sciences sociales, n° 30, p. 84 et 297.

202. Voir M. Villey, « Les principes du droit romain », dans M. Villey (dir.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013, spéc. p. 100-106.

203. Voir les travaux précités d'É. Possoz, *supra* note 890; Antoine Sohier, *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo belge*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1954; G. Brausch, « La justice coutumière chez les Bakwa Luntu », *African Studies*, vol. 1, n° 4, 1942, p. 235-242.

204. Voir P. Tchawa, « Le Cameroun : une "Afrique en miniature" ? », *Les Cahiers d'Outre-Mer*, vol. 259, n° 3, 2012, p. 319; « Cameroun : une Afrique en miniature », *RFI Afrique*, 31 déc. 2009; Ulrich Ngatcheu, « Le cameroun, l'Afrique en miniature », *Les Cafés géographiques*, 1^{er} déc. 2014.

On y observe une nette primauté du droit traditionnel notamment en matière de droit privé : famille, contrat et propriété²⁰⁵.

Le droit traditionnel reste très prégnant, en milieu rural comme en milieu urbain, à travers ce que l'on a qualifié de phénomène des « villages artificiels »²⁰⁶, caractérisé par une reconstitution des villages en ville, c'est-à-dire la création dans les centres urbains des « foyers culturels » représentant des communautés ethniques au sein desquelles la quasi-totalité des litiges, notamment contractuels, se règlent selon les coutumes traditionnelles. Et ce en marge du droit et de la justice étatiques considérés comme « en crise » : crise de langage, crise de légitimité, crise d'intégrité, crise d'accessibilité, crise d'onérosité, crise de célérité, crise d'effectivité et crise d'efficacité²⁰⁷. Or, la crise de la justice en Afrique, au-delà de sa dimension éthique, est avant tout une crise du droit en Afrique. Les fondements du droit importé

205. Voir *The Future of Customary Law in Africa. L'avenir du droit coutumier en Afrique*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1956.

206. « Le village artificiel n'est rien moins que la reconstruction au sein des villes des institutions à caractère traditionnel, permettant ainsi un prolongement fictif du village en ville » : Jean-Baptiste Fotsing, « Pouvoir fiscal en Afrique : résistance du système traditionnel au système moderne (le cas de l'Ouest-Cameroun) », *Penant*, n° 802, 1990, p. 73. À un autre auteur de poursuivre : « Toutes les villes du Cameroun connaissent ce phénomène. Des quartiers ont ainsi spontanément vu le jour, habités (exclusivement parfois) par des ressortissants d'une même tribu, des quartiers que l'on désigne le plus souvent par le nom de la tribu de leurs habitants. On entendra ainsi parler de "quartier Bamiléké", "quartier Haoussa", "quartier Bassa"... Dans ces quartiers, les habitants vivent leur tribalité. C'est le village que l'on a reconstruit en ville. Parfois, le "village" est reconnaissable dans le cadre des associations de toutes sortes que l'on trouve en ville. Une chorale, un groupe de prière, un club de sport, une tontine, un parti politique..., voilà autant de prétextes que les Camerounais trouvent pour reconstruire le village en ville. En effet, à l'observation, on se rend bien compte que tous les membres de ces regroupements appartiennent à la même tribu. De façon non voilée, il existe même des "associations des ressortissants" de telle ou telle tribu en ville. Sur le plan organisationnel, le chef de quartier, le président du club ou de l'association va assumer en quelque sorte les fonctions d'un chef traditionnel. Il aura, entre autres missions, celle de régler les litiges nés entre ses "frères". Son domicile se transforme périodiquement en véritable "palais de justice". On y enregistre chaque jour des plaintes. Hebdomadairement ou mensuellement s'y tiennent des audiences de règlement des litiges, avec les mêmes principes procéduraires que ceux en vigueur au village naturel » : P. Nkou Mvondo, « La Justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la Justice de l'État », *Droit et société*, vol. 2, n° 51-52, 2002, p. 373.

207. Voir P. Nkou Mvondo, *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone. Du droit privé formel au droit privé informel*, Thèse, Université de Strasbourg 3, 1995 ; Prosper Nkou Mvondo, « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone. Étude des causes du "divorce" entre la justice et les justiciables », *Penant*, n° 824, 1997, p. 208 s. ; Maurice Kamto, « La justice entre tradition et modernité », *Afrique contemporaine*, n° 156, 1990, p. 60 ; Laurent-Roger Ngimbog, « La Justice administrative à l'épreuve du phénomène de la corruption au Cameroun », *Droit et société*, vol. 2, n° 51-52, 2002, p. 301 ; Jean du Bois de Gaudusson, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », *Afrique contemporaine*, n° 250, vol. 2, 2014, p. 13 ; Richard Crook, « Règlement alternatif des conflits et tribunaux de district au Ghana », *Afrique contemporaine*, n° 250, vol. 2, 2014, p. 29 ; Kéfing Konde, Camille Kuyi Mwissa, Étienne Le Roy, « Demandes de justice et accès au droit en Guinée », *Droit et société*, n° 51-52, vol. 2, 2002, p. 383 ; Étienne Le Roy, « Présentation. De la modernité de la Justice contemporaine en Afrique francophone », *Droit et société*, n° 51-52, vol. 2, 2002, p. 297 ; Nazam Halaoui, « La langue de la Justice et les Constitutions africaines », *Droit et société*, vol. 2, n° 51-52, 2002, p. 345 ; Léonard Matala-Tala, « L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne », *Civitas Europa*, vol. 31, n° 2, 2013, p. 239 ; Alain Moyrand, « Réflexions sur l'introduction de l'État de droit en Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 43, n° 4, 1991, p. 853.

d'Occident ou d'Orient demeurent incompris de la plupart des populations autochtones qui, à tort ou à raison, continuent d'y percevoir le prolongement d'une colonisation dont l'État postcolonial était censé sonner le glas. La crise du droit en Afrique doit donc s'entendre davantage comme une crise du droit colonial en Afrique et non forcément une crise du droit africain. Ce dernier garde encore toute sa vitalité, en dépit des vicissitudes de la colonisation, de la postcolonisation et de la néocolonisation qui continuent de l'éprouver.

Dit-on souvent, toute forme de savoir est ethnocentrée²⁰⁸. À plus forte raison le droit qui a une forte empreinte culturelle²⁰⁹. Dès lors, se méprendrait quiconque pense que le droit ou la connaissance du droit est le produit de la seule raison pure. Cet essai sur le *Nsountee* chez les *Ngombale* constitue, nous l'espérons, une sorte de protologisme qui s'inscrit dans *l'horizon utopique d'une décolonisation du droit et de la pensée juridique en Afrique*²¹⁰. Un horizon où le juriste africain postcolonial assume enfin son afrocentricité et cesse d'être, par paresse intellectuelle, un « prêt-à-penser » des catégories juridiques du droit importé, socialement désadaptées aux réalités du continent. Un horizon où le législateur africain postcolonial cesse d'être, par panurgisme, un spécialiste des copier-coller de textes juridiques sans contexte. Car si l'on a pu dire, à juste titre, que la décolonisation du continent reste encore un « projet inachevé »²¹¹, il faut constater, que le droit et la pensée juridique en Afrique postcoloniale, notamment par la pratique du mimétisme²¹² législatif, institutionnel et doctrinal qui se perpétue malgré plus d'un demi-siècle d'échecs cuisants²¹³, symbolisent à eux seuls, non seulement l'inachèvement de cette

208. Voir Lahouari Addi, « Sociologie du savoir sur Autrui. Contribution au débat sur les études postcoloniales », *Mouvements*, vol. 72, n° 4, 2012, p. 54 ; N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, Les classiques des sciences sociales, n° 30, p. 24.

209. Voir F. Terral, « L'empreinte culturelle des termes juridiques », *Meta*, vol. 49, n° 4, 2004, p. 876.

210. Voir J. Tonda, « L'impossible décolonisation des sciences sociales africaines », *Mouvements*, vol. 72, n° 4, 2012, p. 108. La décolonisation du droit et de la pensée juridique en Afrique, voire la décolonisation, tout court, constitue un projet en lui-même utopique. Car comment décoloniser le droit et la pensée juridique lorsque le droit en vigueur et le langage du droit sont un produit de la colonisation ? Comment décoloniser, tout court, lorsque les schèmes de pensée du colonisé sont désormais ceux du colon, c'est-à-dire lorsque le colon a rendu le colonisé, incapable de penser par lui-même et pour lui-même ?

211. M. Kamto, « Le droit international et la décolonisation inachevée », conférence, Institut d'études internationales de l'Université du Québec à Montréal, 7 février 2020. Voir aussi Jean-Pierre Peyroulou, *Atlas des décolonisations : une histoire inachevée*, Paris, Autrement, 2014.

212. Pour Dominique Darbon, « le mimétisme institutionnel apparaît comme un mode particulier d'ingénierie sociale, caractérisé par l'importation concrète ou diffuse, plus ou moins massive, de technologies institutionnelles externes, extirpées de leur environnement géniteur, arbitrairement reconstruites et modélisées, à travers les codes propres des exportateurs et importateurs et ayant vocation à s'insérer dans un autre environnement » : D. Darbon, « À qui profite le mime ? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique », dans Y. Mény (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 119.

213. Voir Y. Mény (dir.), *ibid.* ; Bertrand Badie, *L'État importé, l'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Fayard, 2009.

décolonisation, mais aussi une recolonisation inconsciente du continent par ceux-là mêmes qui sont censés parachever la décolonisation, à savoir les *jurislatoeurs*.

Pire encore, le mimétisme rend conceptuellement et épistémologiquement impossible l'idée même d'une décolonisation puisqu'elle substitue en définitive la « servitude forcée » à la « servitude volontaire ». Le mimétisme traduit, pour ainsi dire, la métaphore de cet esclave qui, affranchi au lever du soleil par la providence et ne sachant où aller le jour, erre et revient la nuit tombée chez son maître pour lui demander une place à coucher et donc de l'asservir encore et pour toujours. L'on doit garder présent à l'esprit que la décolonisation est d'abord et avant tout un acte juridique, c'est-à-dire un acte d'autodétermination du colonisé, qui opère un transfert de souveraineté, dont le droit de créer son propre Droit.

D'où l'urgence pour le juriste africain contemporain de sortir enfin de son exotisme légendaire pour entreprendre, non par introversion, mais par introspection, une « épistémologie des absences » de ce droit traditionnel précolonial qui continue de survivre dans les faits sociaux ; et ce malgré les multiples tentatives d'assassinat, de déjuridicisation, de marginalisation, de subalternisation, d'invisibilisation, d'illégalisation, de délégitimation et de sa substitution conséquente par l'ordre juridique colonial et postcolonial en tant qu'ordre juridique foncièrement « brutaliste » et juridicidaire » pour les sujets de droit autochtones²¹⁴. Il s'agit là de construire une sorte d'« épistémologie juridique du Sud », une « épistémologie juridique tiers-mondiste », une « épistémologie juridique postcoloniale ou décoloniale », c'est-à-dire une épistémologie juridique critique, alternative à la rationalité monoculturelle de type occidental, qui vise à construire une épistémè à la fois déconstructiviste de l'ordre juridique colonial et restructuriviste d'un droit africain postcolonial, sinon décolonisé. Cette épistémologie juridique des absences se situe dans la continuité de ce que Boaventura De Souza Santos a appelé une « sociologie des absences », c'est-à-dire :

[...] une recherche qui vise à montrer que ce qui n'existe pas est activement produit comme non existant, c'est-à-dire comme une alternative non crédible

214. Le brutalisme juridique serait la caractéristique d'un ordre juridique imposé, injuste, violent, répressif, dictatorial, anti-droits-de-l'homme, antidémocratique, antisocial, anti-développemental, etc. Il est en définitive juridicidaire et antijuridique parce que pourvoyeur de désordre et d'injustice et donc contraire à l'État de droit et à l'idée même de droit. L'ordre juridique nazi et l'ordre juridique colonial en sont de parfaites illustrations. Sans oublier, dans une certaine mesure, l'ordre juridique postcolonial, notamment en Afrique où des dictateurs ou des sortes de « colons à la peau noire » ont remplacé les colons blancs à la tête des États de non-droit où ils décident arbitrairement de l'état du « droit ». Sur le concept philosophico-politico-artistique de brutalisme qui désigne un exercice de torsion et de remodelage par la force des éléments de tout ordre (matériel et immatériel), voir Reynier Banham, *The New Brutalism: Ethic or Aesthetic?*, Londres, Architectural Press, 1966; Mo H. Zareei, Dugal Mckinnon, Dale A. Carnegie et Ajay Kapur, « Sound-based brutalism: An emergent aesthetic », *Style and Genre in Electroacoustic Music*, vol. 21, n° 1, 2006; Alexander Clément, *Brutalism: Post-War British Architecture*, Ramsbury, Crowood Press, 2011; A. Mbembe, *Le brutalisme*, Paris, La Découverte, 2020.

à ce qui est supposé exister. L'objet empirique de cette recherche est impossible du point de vue des sciences sociales conventionnelles. Le but de cette sociologie [ou épistémologie] est donc de rendre possibles les objets impossibles, de rendre présents les objets absents. La non-existence est produite chaque fois qu'une certaine entité est tellement disqualifiée qu'elle disparaît et devient invisible ou qu'elle est défigurée au point de devenir inintelligible²¹⁵.

Une sociologie, philosophie, anthropologie, ethnologie, etc. juridique des absences permettrait de redécouvrir et de rendre possible ce droit social précolonial, trop longtemps marginalisé et invisibilisé en dépit de sa vigueur ou de son effectivité sociale par le droit étatique hérité de la colonisation. Tandis qu'une épistémologie juridique des absences ou épistémologie du droit africain, tout court, permettrait de parachever la décolonisation du droit et de la pensée juridique en Afrique, d'africaniser le droit africain et de construire l'efficacité d'un droit africain post-colonial enfin décolonisé, de boucler la boucle; bref de réaliser l'utopie.

Cet essai sur le *Nsountee* reste une « pensée inachevée »²¹⁶, mais aussi une œuvre de vulgarisation²¹⁷. L'objectif pédagogique était donc de raconter l'histoire de ce « droit social » chez les *Ngombale* qui a survécu à l'*épistémicide*²¹⁸, voire au *juridicide*²¹⁹ colonial, mais qui continue de s'écrire, malgré sa non-reconnaissance par l'ordre juridique postcolonial qui continue de le donner pour dégradant ou non-existant. Et si l'objectif n'a pu être atteint, que cela puisse se comprendre. La réussite d'un « essai » est bien souvent le fruit de plusieurs essais infructueux.

215. B. de Sousa Santos, « Épistémologies du Sud », *Études Rurales*, 2011, vol. 187, p. 34.

216. J. Bonenfant, « *La pensée inachevée de l'essai* », *Études littéraires*, vol. 5, n° 1, 1972, p. 15.

217. Voir J.-F. Chassay, « La science à l'essai », *Études littéraires*, vol. 37, n° 1, 2005, p. 105.

218. Par épistémicide, terme emprunté à B. De Sousa Santos, il faut entendre le génocide linguistique, cognitif et culturel perpétré sur les peuples colonisés par l'administration coloniale, c'est-à-dire l'assassinat programmé et la substitution par l'invisibilisation, la dévalorisation, la subalternisation, la marginalisation, l'illégalisation et la délégitimation des langues, cultures, croyances et connaissances autochtones par les colons, rendant le colonisé et sa descendance définitivement incapables de penser, de croire et de parler par eux-mêmes et pour eux-mêmes sans passer par les schèmes de pensée et croyances préétablis par le colon. Voir B. De Sousa Santos, *Epistemologies of the South. Justice against Epistemicide*, Boulder/Londres, Paradigm Publishers, 2014, B. De Sousa Santos, *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, 8th ed., Porto, Afrontamento, 1994; Santos, B. de Sousa Santos, « Epistemologies of the South and the Future », *From the European South: a transdisciplinary journal of postcolonial humanities*, vol. 1, 2016, p. 17; B. de Sousa Santos, « Épistémologies du Sud », *Études Rurales*, 2011, vol. 187, p. 21, spéc. p. 45 s. Voir aussi B. Godrie et M. Dos Santos, « Présentation: inégalités sociales, production des savoirs et de l'ignorance », *Sociologie et sociétés*, vol. 49, n° 1, 2017, p. 7.

219. Le juridicide désigne dans le sillage de l'épistémicide, l'assassinat, le bannissement, l'abolition, la subalternisation et la substitution programmée du droit autochtone (concepts, raisonnement, institutions et systèmes juridiques) des pays colonisés par le droit dit moderne des pays colonisateurs.

« Connaître contre » la conception occidentale du contrat ?

Le lecteur peut voir en cette réflexion, et c'est la vocation de tout essai, une dimension militante, satirique, didactique, polémique, diagnostique, réflexive ou simplement cognitive en ce qu'elle prend position, suscite le questionnement, la réflexion ou de la discussion autour de la connaissance d'un sujet donné – ici le contrat, voire d'une chose qui existe, le droit autochtone, mais qui, pour une raison connue ou inconnue, est donnée pour inexistant par l'ordre établi, en l'espèce l'ordre juridique dominant : étatique, occidental, colonial, postcolonial ou néo-colonial que l'on entend décrire ou décrier²²⁰. Nous y voyons aussi une invitation pour nous, juristes, à « connaître contre » la conception juridique du contrat qu'impose la philosophie circonscrite du Code civil²²¹.

En l'espèce, les narrateurs essayistes ont tenté de décrire et de reconstruire l'objet-contrat et l'objet-droit chez les *Ngombale* tout en déconstruisant certains mythes et préjugés du droit des contrats et de la pensée juridique occidentale. L'un des narrateurs – Eric Fokou – est un sujet de droit traditionnel par sa filiation et un sujet de droit moderne par l'héritage de la colonisation et de sa nouvelle société d'adoption. Il a vécu près de trois décennies de scènes du droit traditionnel avant d'être formé plus tard à l'école du droit colonial dit moderne. Il pourrait se revendiquer le spectre du « point de vue interne modéré » ou « point de vue externe modéré »²²² d'un « observateur actif » ou « observateur averti », à cheval entre le point de vue externe de l'« observateur passif » ou « observateur non-averti » étranger à la scène, venu d'ailleurs et paré de ses préjugés sur la communauté *Ngombale* tel un

220. « [L]’essai parle toujours de quelque chose qui possède déjà une forme, ou au mieux de quelque chose qui a déjà été, il appartient donc à sa nature de ne pas faire surgir de la vacuité du néant des choses nouvelles, mais de conférer une organisation nouvelle aux choses qui ont déjà, à un moment quelconque, possédé la vie. Et comme il ne fait que leur conférer une organisation nouvelle et ne forme rien de nouveau à partir d'une absence de forme, il leur est également lié, il doit toujours énoncer à leur sujet “la vérité” et trouver une expression pour leur nature » : G. Lukacs, « Nature et forme de l'essai », *Études littéraires*, vol. 5, n° 1, 1972, p. 104.

221. « En fait, on connaît contre une connaissance antérieure, en détruisant des connaissances mal faites, en surmontant ce qui, dans l'esprit même, fait obstacle à la spiritualisation » : G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 12^e éd., Paris, Vrin, 1983, p. 14 ; I. Langlet, *Les théories de l'essai littéraire dans la seconde moitié du XX^e siècle. Domaine francophone, germanophone et anglophone. Synthèses et enjeux*, Thèse de doctorat en littérature et civilisations comparées, Université de Rennes 2 Haute Bretagne, 1992, p. 278.

222. Selon nous, le point de vue externe modéré est équivalent au point de vue interne modéré dans la mesure où dans les deux cas l'observateur actif, tel un scénariste à mi-chemin entre l'observation et l'action, n'est ni complètement étranger ni complètement acteur de la scène. Il est partie prenante sans être un acteur à part entière à la scène. Ce qui lui permet d'observer et de comprendre les intrigues tout en gardant une certaine distanciation nécessaire à la critique objective. S'il est acteur (point de vue interne), il sera absorbé et distrahit par le feu de l'action et ne pourra plus observer en conséquence et encore moins prendre le recul nécessaire à la critique objective. S'il sort complètement de la scène pour observer (point de vue externe), il ne pourra pas comprendre toutes les intrigues et péripéties inhérentes à la scène, avec le risque de faire valoir ses préjugés sur la réalité.

juriste occidental – l'autre narrateur, André Bélanger –, et le point de vue interne de l'« observateur-acteur » ou « observateur distrait » par l'action de la scène dont il joue et ne peut en même temps observer et s'observer tel le villageois *Ngombale*, ne connaissant aucun droit autre que le sien²²³. Notre point de vue essayistique est donc celui de l'observateur averti « positionné au balcon » et observant avec les lunettes télescopiques la scène juridique à travers le prisme des droits à la fois moderne et traditionnel dont on connaît les péripéties et intrigues avec une certaine rupture épistémologique ou distanciation critique, sans prétention à la neutralité axiologique (*Wertfreiheit*)²²⁴. Il combine observation, discussion, interprétation, compréhension, description et explication. Du point de vue de la narratologie, il s'agit de la focalisation zéro, par opposition à la focalisation externe et interne, avec la limite cependant qu'aucune narration ne saurait prétendre à l'exhaustivité et un narrateur encore moins à l'ubiquité²²⁵.

À ce titre, il n'est sans doute pas inutile de rappeler, en terminant, que toutes les approches contractuelles, tous les discours théoriques et épistémologiques développés en droit civil des contrats depuis des décennies n'ont d'autre raison d'être que de nous permettre de mieux comprendre la pertinence sociétale du contrat de droit privé. Par conséquent, il est inévitable que ces discours soient pluriels, parfois contradictoires et souvent incomplets. Mais s'y intéresser permet aux juristes de contrer, par l'entremise des palabres juridiques – au sens premier et noble qui est à rapprocher d'un *logos* du droit – les dérives potentielles d'une forme d'automatisation technique du processus contractuel qui est en branle dans la société occidentale²²⁶. Si le mode de finalisation du support contractuel – qu'il soit oral, écrit ou informatique – importe peu, une question fondamentale doit, elle, toujours demeurer ouverte et se doit par conséquent d'être posée sans arrêt : en vertu de quoi, comment et pourquoi, est-on lié par notre *engagement* contractuel ?

223. Sur la distinction des points de vue interne et externe, voir Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005 ; A.-J. Arnaud, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit », *Droit et société*, 1986, n° 2, p. 139 ; F. Ost et M. Van De Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 67 ; *Hommage à H.L.A. Hart, Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 59, n° 2, 2007 ; L. Lalonde, « Du balcon aux coulisses de la scène ? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 68, n° 1, 2012, p. 49.

224. Serait bien naïf quiconque pense que l'observation ou la connaissance est le produit de la raison pure. Voir P.-A. Pontoizeau, « De l'impossible neutralité axiologique à la pluralité des pratiques », dans L. Brière, M. Lieutenat-Gosselin et F. Piron (dir.), *Et si la recherche scientifique ne pouvait pas être neutre ?*, Québec, Éditions science et bien commun, 2019, p. 39.

225. Voir G. Genette, *Figures I*, Paris, Seuil, 1965 ; G. Genette, *Figures II*, Paris, Seuil, Paris, 1969 ; G. Genette, *Figures III*, Paris, Seuil, 1972.

226. Voir, à titre d'exemple : M. S. Gal et N. Elkin-Koren, « Algorithmic Consumers », (2017) 30(2) *Harvard Journal of Law and Technology*, 309-353.

Quels sont les principaux discours théoriques qui justifient le contrat? Cet ouvrage est un recueil de divers travaux qui vont puiser, au sein de l'univers sociétal et culturel, de nouvelles pistes de réflexion quant au sens à donner au contrat juridique de droit civil. Nous avons opté pour des *détours* hors du discours doctrinal usuel afin de nourrir une recherche de renouveau épistémologique sans cesse à poursuivre. En empruntant ces chemins de traverse, nous tentons de favoriser une meilleure compréhension du droit civil des contrats, de même que la construction et l'application d'un cadre théorique cohérent permettant de combler les lacunes des modèles classiques. Cet objectif très général trouve sa motivation dans le constat de crise récurrente auquel fait face la théorie contractuelle, soit un contexte dans lequel la majorité des contrats, dont la production est généralement le fruit d'une expression monologique et individuelle, sont destinés à des parties contractuelles désocialisées, voire réifiées.

ANDRÉ BÉLANGER est professeur à la Faculté de droit, Section de droit civil, de l'Université d'Ottawa.

PASCALE DUFOUR est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

ÉRIC FOKOU est doctorant et assistant de recherche à l'Université Laval et à l'Université de Nantes.



Organisation
des Nations Unies
pour l'éducation,
la science et la culture



Chaire UNESCO d'étude
des fondements philosophiques
de la justice et de la société
démocratique

ISBN 978-2-7663-0193-5



9 782766 301935

Presses de l'Université Laval