

Pour le Professeur Daniel Fauriol,
en témoignage de ma très vive admiration



Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ?

Réflexions sur la dimension politique
de la technique juridique en droit des contrats

Thomas Genicon

Professeur à l'Université de Rennes 1

1.- La place de la politique en droit des contrats est un sujet vertigineux¹. Il l'est à la fois par l'ampleur des questions qui s'y rattachent et par la profondeur des interrogations qu'il suscite. S'inscrivant dans le thème général de cette Journée, il s'agit uniquement pour nous d'observer la figure abstraite du « juriste » observant lui-même sa matière, le droit, plus précisément le droit privé des contrats², et de chercher alors si des considérations politiques entrent en ligne de compte dans ses réflexions et surtout dans les discussions qu'il peut avoir avec d'autres juristes. Cela mérite bien sûr quelques explications.

2.- La première concerne la référence faite à la politique car le terme n'est pas dénué d'ambiguïté. Quitte à simplifier l'approche, il nous semble que deux significations majeures du terme sont ici en cause, significations que l'on peut opposer en parlant de « la politique », d'une part, d'« une politique », d'autre part. La politique

1. Il faut immédiatement souligner que Mme Fabre-Magnan est l'un des rares auteurs à avoir abordé le sujet, directement du moins, dans son manuel, y consacrant un paragraphe intitulé « la fonction politique du droit des contrats », v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2008, n° 44, p. 96. V. aussi, J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », RDC 2003. 27; C. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, p. 7.

2. Notre incompétence en droit administratif nous conduit à exclure les contrats administratifs de l'étude, même si l'on a bien conscience de se priver ainsi d'une dimension importante de la réflexion et ce, d'autant plus que ces contrats, du fait de l'implication d'une personne publique, sont certainement sensibles à la « chose politique ».

est l'« art et [la] pratique du gouvernement des sociétés humaines (État, nation)³ ». Une politique est une « manière concertée de conduire une affaire⁴ », ce qui peut s'appliquer dans maints domaines. La langue anglaise utilise deux mots distincts pour rendre compte de ces deux acceptions : *politics* d'une part et *policy* d'autre part. La politique (*politics*) est donc l'action gouvernementale, ce qui fait que lorsque l'on émet une opinion politique, on fait part de son point de vue sur la façon dont le pouvoir sur la Cité devrait être exercé, dans quel sens, pour quel but et en faveur de qui : comment doivent s'organiser les rapports de force entre groupes sociaux, comment répartir les pouvoirs et les richesses ? Quelles résolutions prendre en matière de logement, de santé, d'emploi, de famille, de culture, de développement économique, de prélèvement des impôts et d'utilisation des ressources de l'État, etc. ? En somme, il s'agit de la gestion — de la régulation diraient certains — des affaires publiques et du vivre ensemble d'une communauté donnée. Lorsqu'il est question d'une politique (*policy*), il est plus généralement question de l'orientation donnée consciemment à une action quelconque, d'inscrire délibérément des mesures et des résolutions dans un sens déterminé pour atteindre un but précis. Il s'agit en somme d'une intention — au sens étymologique propre (*in-tendere* : tendre vers) —, c'est-à-dire d'un choix, fait en opportunité, d'objectifs à atteindre. Le terme est parfois utilisé par les juristes, précisément, qui parlent volontiers de « politique juridique » pour rendre compte d'une orientation prise dans le traitement d'une question de droit par le législateur, le juge ou le système juridique en son entier et ce, généralement, afin d'orienter les comportements sociaux.

Bien sûr les deux mots « politique » sont souvent sollicités de conserve, tout en gardant leur sens propre, tant il est vrai que la politique a pour instrument des politiques (ex. : une politique de relance ou une politique de rigueur). C'est pour cette raison que, même si c'est dans son premier sens que nous considérerons le terme pour les développements qui suivent, le second resurgira, précisément pour montrer comment la politique interfère en droit des contrats⁵.

À première vue, l'idée que le débat politique — au sens d'un débat sur le juste gouvernement des affaires publiques — puisse interférer sur un débat en droit des contrats, discipline de droit privé, pourrait surprendre. Mais c'est à la fois parce que le règlement des rapports privés participe nécessairement de l'action gouvernementale (serait-ce en partie) et parce que chaque juriste est nécessairement imprégné de ses préjugés politiques (c'est-à-dire de l'idée qu'il se fait du bien public et de ce qu'il est bon de décider pour la Cité) que la réflexion n'a finalement rien d'incongru. Encore faut-il préciser de quel juriste il est ici question.

3.— Pour le comprendre on peut s'appuyer sur une distinction kelsénienne souvent utilisée entre le droit et la science du droit, même si on sait qu'elle est très dispu-

3. *Le nouveau Petit Robert*, 2003, V^e « Politique ».

4. *Eod. loc.*

5. V. *infra*, n° 31-32.

tée⁶. Le droit est l'objet observé, c'est-à-dire l'ensemble des règles régissant le contrat pour ce qui nous concerne ; la science du droit est l'observation elle-même de ce droit. On désigne donc par cette dernière formule la discipline « scientifique » qui se propose de prendre pour objet d'étude l'ensemble des règles évoquées. Ce faisant, on éclaire davantage la référence qui est faite au « juriste » : puisqu'il est question de prendre le droit comme objet d'observation et qu'il est aussi question « d'opposition » des juristes, c'est-à-dire de débats voire d'affrontements entre eux, on s'intéressera essentiellement au juriste savant qui, hors toute activité professionnelle (celle de l'avocat, du notaire, de l'huissier, du conseil en entreprise, etc.), entend décrire et porter une appréciation critique sur le droit des contrats. Cela ne signifie pas pour autant que le « juriste » en question soit seulement le professeur de droit. Car tout praticien, individuellement ou en corps, peut être amené à participer à une discussion scientifique : que l'on songe, par exemple, aux avis et rapports livrés par le notariat, le barreau ou encore un groupe *ad hoc* de la Cour de cassation sur les projets de réforme du droit des contrats. Peut-être même faut-il aussi avoir à l'esprit les discussions qui peuvent s'instaurer entre juges lorsqu'ils délibèrent ou les opinions émises par un avocat général près la Cour de cassation dans l'avis qu'il émet. On le comprend, le juriste dont il est ici question est le juriste qui prend part à un débat à propos du droit des contrats que ce soit dans son ensemble ou relativement à une règle précise.

4.- L'interrogation est alors la suivante : lorsqu'un tel débat s'engage, les arguments qui sont avancés sont-ils vraiment des arguments juridiques ou ne sont-ils pas plutôt des arguments politiques ? Est-ce une discussion *de nature technique* — où l'on brandit un texte, un arrêt, un procédé d'interprétation (*a contrario* vs. *a pari*, par exemple) contre un autre — ou bien une discussion *de nature idéologique* — où l'on brandit une idée politique contre une autre, serait-ce sous couvert d'un argument d'ordre technique ?

5.- Pour tenter de répondre proprement à cette interrogation⁷, il faut commencer par dissiper un malentendu, une nouvelle fois en s'appuyant sur la différence entre droit et science du droit.

Que des considérations politiques interviennent dans l'élaboration du droit par le législateur ou la jurisprudence, nous semble tomber sous le sens. Le droit n'est

6. Sur la distinction entre droit et science du droit, v., parmi une littérature considérable, les développements de O. Beaud, V^e « Doctrine », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 384, spéc. p. 386. *Adde* l'approche critique de É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997, *passim* ; M. Troper, « Le positivisme juridique », *Revue de synthèse* 1985, p. 187 s., spéc., p. 191 s. ; J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *APD* 2001, t. 45, p. 303. Sur la science du droit, v. le chapitre ainsi intitulé de J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., PUF, coll. « Thémis Droit privé », 2002, n^o 22, p. 65.

7. Sur laquelle, v. J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », art. préc. *Adde*, bien au-delà du droit des contrats et bien au-delà de la politique, mais pour des ressorts similaires, l'article bien connu et lumineux de P. Jestaz, « Une question d'épistémologie à propos de l'affaire *Perruche* », *RTD civ.* 2001. 547.

que le substitut — ou l'antichambre — de la force physique pour imposer une volonté légitime, en l'occurrence la volonté politique, c'est-à-dire celle des gouvernants. Il n'est donc qu'un instrument de la politique. Comme l'écrivent très justement, Aubert et M. Savaux, « le droit apparaît, en définitive, comme la mise en œuvre d'un projet politique soutenu par la volonté dominante du corps social⁸ » ; « [...] il exprime une conception de la vie sociale et de l'organisation de la société⁹ ». Et les auteurs d'ajouter que « cette compréhension du phénomène juridique [...] explicite le phénomène de lutte pour le droit : c'est parce qu'il y a, dans le groupe social, opposition de projets politiques — plus ou moins nettement formulés — qu'il y a un "combat pour le droit" (Ihering) dont le vainqueur impose sa propre conception¹⁰ ». La référence faite à Ihering et à sa « lutte pour le droit¹¹ » est parfaitement fondée qui fait écho avec celle que l'on pourrait faire à un Ripert écrivant que « les lois sont les traités de paix entre des forces diverses, traités continuellement remis en question et révisés¹² ». Il est du reste assez facile d'en trouver des illustrations en droit des contrats. Ainsi, par exemple, de la législation sur les baux d'habitation, fermement dictée par des orientations politiques que l'on ressent à chaque changement de majorité : loi « Quillot » du 22 juin 1982 votée après les élections de 1981 et qui consacre un « droit à l'habitat » ; loi « Méhaignerie » du 23 décembre 1986 qui remet l'accent sur la liberté contractuelle ; puis loi « Mermaz » du 6 juillet 1989 qui revient vers les orientations de la première loi et encore loi du 21 juillet 1994... De façon plus générale, les manuels de droit commun des contrats ne rendent-ils pas compte d'une évolution historique — très politique — de la matière en un découpage en trois temps : le temps du libéralisme, celui du dirigisme et celui d'un néolibéralisme plus équilibré¹³.

Aussi bien, établir que l'élaboration même du droit des contrats par les autorités compétentes est une affaire politique revient à proclamer une évidence. Mais appliquée cette fois à la science du droit — et non au droit lui-même — l'étude de l'influence du facteur politique est plus délicate.

6.— Dès lors, en effet, que l'on s'interroge sur la démarche du juriste-scientifique qui prend un droit des contrats donné comme objet d'observation, la distance qu'impose la science entre lui et cet objet induit *a priori* une neutralité politique de sa

8. J.-L. Aubert, É. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 12^e éd., Sirey, coll. « U », 2008, n° 36, p. 27 (souligné dans le texte).

9. *Eod. loc.*, n° 37, p. 28

10. *Ibid.*

11. R. von Ihering, *La lutte pour le droit*, présentation d'O. Jouanjan, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006.

12. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p. 7.

13. V. par ex., F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », n° 18, p. 29, qui résumant l'évolution comme suit : « promu à un rôle de premier plan par les rédacteurs du Code civil et la doctrine du XIX^e siècle, le contrat a été ensuite enserré, sous l'influence des courants socialisants qui ont imprégné la société française durant une bonne partie du XX^e siècle, dans un carcan toujours plus étroit, avant que, l'expérience aidant, on en revienne à la recherche d'un point d'équilibre entre les excès d'un libéralisme exacerbé et ceux d'un dirigisme constricteur ».

part. Pourtant, il serait bien étonnant que la science du droit, qui a donc un objet éminemment politique, ne le soit pas du tout elle-même...

Peut-être faut-il alors encore affiner l'analyse. Il n'est pas impossible *a priori* de décomposer la science du droit en deux volets majeurs, qui renvoient à deux fonctions de la doctrine¹⁴ (étant précisé encore une fois qu'il ne s'agit pas ici de se focaliser sur la doctrine des professeurs de droit, les fonctions de la doctrine étant aisément transposables à tout juriste faisant œuvre scientifique) : la fonction de renseignement, que l'on pourrait appeler la *fonction d'expertise*, d'une part, et la *fonction d'opinion*, d'autre part¹⁵. Dans sa fonction d'expertise, le juriste entend renseigner autrui sur l'état du droit, procéder à son recensement, voire à son ordonnancement pour en faciliter l'accès et la connaissance : il est de première importance alors qu'ils décrivent ce qu'il voit et non pas ce qu'il pense. Dans sa fonction d'opinion en revanche, le juriste entend porter une appréciation critique sur ce qu'il voit — ou croit voir... — soit pour conforter l'approche de ceux qui créent le droit, soit au contraire pour manifester son désaccord et proposer des voies alternatives. C'est dans cette seconde fonction surtout qu'il déploiera l'art de l'argumentaire et de la persuasion, voire l'art de la controverse. S'appuyant sur cette césure entre fonction d'expertise et fonction d'opinion, on pourrait penser qu'il y a là une clef pour rendre compte de l'influence du facteur politique dans le travail du juriste de droit des contrats. La politique ne jouerait aucun rôle dans la fonction d'expertise alors qu'elle aurait un rôle déterminant dans la fonction d'opinion. Force est de constater pourtant que cet éclairage n'en est pas forcément un et, ce, pour deux raisons. D'abord, parce que beaucoup feront valoir qu'une description parfaitement neutre, apolitique, du droit n'est pas possible, l'observateur ne parvenant jamais, même en toute bonne foi, à une neutralité qui est d'autant plus illusoire que l'objet qu'il décrit, on l'a dit, est fortement marqué de politique. Allant plus loin encore, certains, on le verra¹⁶, estiment même que la fonction d'expertise n'existe pas, tout n'étant qu'opinion. Mais ensuite, compliquant encore les choses, la fonction d'opinion elle-même, que l'on pourrait croire ouvertement marquée par la politique, ne l'est pas forcément : ce qui est très frappant, en effet, en droit des contrats au moins, c'est que les juristes qui débattent, parfois avec vigueur, ne font que très rarement état explicitement de leur opinion politique. Plus encore, ils prennent bien soin de ne pas construire leur argumentaire sur leur sensibilité politique mais bien plutôt sur des constructions logiciennes, faites uniquement de technique juridique. Si débat d'opinions il y a, c'est donc un débat qui reste purement juridique où ne s'en-

14. Sur l'étude de la doctrine et le recensement de ses fonctions, v. P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, spéc. p. 217 s.

15. Comp. P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, *op. cit.*, qui font état de la fonction d'opinion et de la fonction de légitimation. L'approche est beaucoup plus riche et beaucoup plus subtile que celle qui est ici exposée, tout comme celle de D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in *Études à la mémoire du professeur B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 45. V. encore J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, *op. cit.*, n° 23 s., p. 66 s.; D. Gutmann, « La fonction sociale de la doctrine juridique », *RTD civ.* 2002. 455.

16. V. *infra*, n° 38.

trechoquent que des arguments de droit contre des arguments de droit. En apparence, du moins... Car la remarque qui a été faite à l'endroit de la fonction d'expertise vaut *a fortiori* pour la fonction d'opinion : on aura vite fait de considérer que ce débat pseudo-juridique n'est que le paravent d'un affrontement de nature politique.

Somme toute, un doute, une méfiance même, point : si les juristes, dans leur fonction d'expertise comme dans leur fonction d'opinion, déploient des trésors d'ingéniosité et de finesse pour mettre le droit en système et le ramener à de purs procédés techniques fonctionnant logiquement — et donc non idéologiquement —, il se pourrait que ce soit dans un souci de... dissimulation. On a vite fait de soupçonner ce stratagème — stratagème de fonctionnement mécanique de la science du droit — de cacher des orientations politiques. Et si la technique juridique n'était qu'un immense complot pour masquer que l'activité des juristes est essentiellement, voire exclusivement, une activité politique ? Lever le voile serait redoutable pour ces derniers car ils apparaîtraient alors dans leur nudité de citoyen exprimant, comme tout autre, son point de vue. Autant dire que le juriste n'aurait pas plus de légitimité qu'un autre pour écrire ses articles et émettre ses avis puisqu'il ne ferait que participer en tant que *cives lambda* au débat démocratique. La conclusion risque même d'être terrible alors : *le juriste n'existe pas*. Il n'est qu'un « activiste » parmi d'autres...

7.- Autant le dire franchement, on ne se ralliera pas totalement à cette dernière approche. Il nous semble encore possible de tenir une position d'équilibre et de considérer que le débat en droit des contrats est un *débat partiellement et indirectement politique* — ce qui implique donc que, pour une autre part, il n'est pas politique. Pour parvenir à cette conclusion assez banale, il faut commencer par faire crédit à la thèse du « tout politique » qui ne voit dans les instruments techniques du droit des contrats que le faux nez d'opinions politiques¹⁷. Le mérite immense de cette thèse est en effet de faire tomber les masques et d'inviter à chercher — pour la généralité des juristes comme pour soi-même — ce qu'il y a de nécessairement politique dans l'argumentaire technique que monte un juriste de droit des contrats, serait-ce pour partie seulement. Elle permet en quelque sorte de « se mettre au clair » avec la politique pour essayer de mesurer son influence dans les débats et, ce faisant, d'introduire quelque « transparence » — pour user d'un thème à la mode. Elle conduit le juriste à se décentrer de sa propre pensée pour tenter de faire le départ entre ce qui est un argument véritablement technique — car, ainsi qu'on le verra, nous croyons que la technique existe en la matière — et ce qui est dicté par un parti pris idéologique. Pour autant, ce n'est pas parce que l'on parvient éventuellement à débusquer des éléments purement politiques dans le discours des juristes de droit des contrats que les controverses en la matière doivent toujours être ramenées à un débat politique. La politique est une composante de la réflexion parmi d'autres, même s'il faut bien reconnaître qu'elle est souvent une composante inavouée. Mais justement, on peut alors se demander pourquoi elle est inavouée...

17. Sur cette thèse, v. *infra*, n° 10 s.

8.- En
une o
répon
n'est j
même
juridi

9.- (polit
nord
éclair
est r
çais

A.

10.- lem
dro
ten
dir
fac
att
du
pe
d'e
l'e

« u
pa
da
la

er
l'e
le
fe
à
L

8.— En définitive à la question : « l'opposition des juristes en droit des contrats est-elle une opposition juridique ou une opposition politique ? », il ne faut pas craindre de répondre simplement que l'opposition est juridique *et* politique. Cela signifie qu'elle n'est pas totalement juridique (I) mais qu'elle n'est pas non plus totalement politique même s'il est vrai qu'on se refuse généralement à ne pas la présenter comme purement juridique, phénomène qui mérite d'être expliqué, voire justifié (II).

I. L'OPPOSITION POLITIQUE SOUS L'OPPOSITION JURIDIQUE

9.— Que la technique juridique en droit des contrats dissimule des considérations politiques est une thèse qui a trouvé son expression la plus forte dans un courant nord-américain nourri pour partie de théories françaises du début du xx^e siècle. Il est éclairant de commencer par rendre compte de ce courant précisément parce qu'il est radical (A) pour montrer ensuite comment il pourrait être illustré en droit français des contrats (B).

A. L'HYPOTHÈSE DU « TOUT POLITIQUE »

10.— Ce n'est certainement pas un hasard si les organisateurs de la Journée, spécialement François Chénéde, ont décidé de consacrer l'un des thèmes de réflexion au droit des contrats. Car le droit des contrats est l'un des droits qui pourraient prétendre à la plus haute technicité et au statut d'œuvre de pure logique¹⁸. Autant dire qu'il s'agit *a priori* de l'un des droits qui se prêtent le moins à la pénétration du facteur politique, sa neutralité technique pouvant d'ailleurs susciter une grande attraction, à la manière d'un refuge¹⁹. Si donc il a été choisi d'étudier l'influence du politique sur l'une des branches juridiques qui s'y montre le moins sensible, c'est peut-être que le renversement de cet *a priori* en cette matière pourrait avoir valeur d'exemple — et, dans la logique d'un argument *a fortiori*, de démonstration — pour l'ensemble du droit...

18. Saleilles, s'exprimant un peu plus généralement à propos du droit des obligations y voyait « une partie presque essentiellement théorique et abstraite [...] c'est là, ajoutait-il, ce qui donne à cette partie du droit un caractère d'œuvre rationnelle et par suite d'œuvre scientifique plus accentué que dans tout autre [...] l'expression idéale de la logique juridique [...] », v. R. Saleilles, n° 1, p. 1, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3^e éd., 1925, rééd., La Mémoire du droit, 2001.

19. V., L. Grynbaum, « Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », RDC 2008. 1383, spéc. p. 1400 où l'auteur fait état de l'expérience d'un universitaire américain expliquant qu'il avait initialement choisi le droit des contrats pour sa « neutralité qui dispense de laisser interférer les choix personnels du professeur avec la matière qu'il enseigne à ses étudiants ». L'expérience aidant, ce professeur changea tout à fait de position (B. D. Morant, « The Relevance of Race and Disparity in Discussions of Contract Law », *New England Law Review* 1997, vol. 31, p. 889).

Un courant de pensée nord-américain ne s'y est pas trompé qui a justement choisi le droit des contrats comme l'un de ses terrains de manœuvre, entre autres, pour développer la thèse selon laquelle tout dans le droit et l'étude du droit est politique. Il s'agit du mouvement des *Critical Legal Studies* (CLS ou Crits) que l'on présentera très succinctement de façon générale (1) avant de le voir plus précisément à l'œuvre en droit des contrats (2).

1. Le mouvement des *Critical Legal Studies* (CLS)

11.— Le mouvement des *Critical Legal Studies*, mouvement radical né dans les années 1970 est à la fois un avatar du réalisme américain et un courant de forte réaction au libéralisme²⁰ économique américain²¹. De façon très approximative, on pourrait dire que le réalisme américain est en quelque sorte l'évolution qu'aurait pu connaître le droit et la doctrine français si les enseignements de Gény et surtout de Demogue avaient été pleinement suivis²². À l'inverse des juristes français qui ont résisté à la pénétration des sciences sociales ou, plus exactement, à leur croisement avec le droit, les juristes américains ont rompu avec l'approche dogmatique et avec la logique déductive qui continueraient d'animer les modes de pensée français. Plutôt que de mettre en système les règles et de construire des théories générales conçues comme un outillage technique d'apparence très scientifique, les juristes américains ont plongé dans une forme de relativisme appuyé sur la « *policy analysis* » c'est-à-dire « une analyse fondée sur cette idée que les règles de droit tendent à la réalisation de certains objectifs. Et ils ont montré que les principes prétendument fondés sur la raison pouvaient apparaître comme la simple expression de ces objectifs qui, dans une société plus ou moins déchirée, sont tout à la fois multiples, contradictoires et contestables : par là, ils ont sapé les fondements du travail doctrinal classique, consistant à prescrire [...] la bonne solution à partir de principes rationnels²³. » Héritier de cette approche, se nourrissant entre autres à la fois de philosophie critique française (Derrida²⁴ surtout et sa « déconstruction » que les Crits appliqueront au discours juridique ; Foucault) et ouvertement de la pensée de

20. Le mot libéralisme étant ici employé dans le sens français car, aux États-Unis d'Amérique, le mot *libéral* désigne plutôt l'aile gauche de l'échiquier politique, les Crits se revendiquant d'ailleurs de cette aile.

21. Pour une étude d'ensemble de la pensée juridique américaine, v. les remarquables développements de P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, op. cit., p. 265 s., spéc. pour les CLS, p. 290-291. V. aussi l'étude très claire et spécialement appliquée au droit des contrats qu'en fait M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2008, n° 44, p. 96 et n° 47, p. 106.

22. Sur cette question, v. C. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparé », disponible sur [http://ddata.over-blog.com/xxxxxy/3/61/42/26/Conclusion-generale-du-droit/Jamin-Realisme-juridique.pdf].

23. P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, op. cit., p. 284.

24. Sur une approche juridique de la pensée de Derrida, v. O. Cayla et J.-L. Halpérin, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Derrida Jacques, *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, p. 126, par B. E. Harcourt.

Gény
politie
du dro
pour c
Studie
juridi
droit
« doc
tions
fausse
de pu
querr
dire
voué
ordre
fond
de se
s'est
nuée
tiqu

de fil
logie
p. 16
linde
Sour
son
diqu

diqu
du x
étai
prot
Défi
p. 2
"sou
cap
mas
voir
sol
just
en
pas
noi

coi
sox

Gény et Demogue²⁵, les Crits ont un *credo* : « *Law is politics* ». Et si le droit n'est que politique, c'est non seulement le système normatif lui-même mais aussi la science du droit — la césure entre droit et science du droit étant, à dire vrai, inexistante pour ce courant. Pour faire vite, on peut alors ramener la pensée des *Critical Legal Studies* à quelques propositions, un peu à l'emporte-pièce : le droit et la réflexion juridique sont fondamentalement indéterminés, contradictoires et lacunaires, le droit est sans cesse à construire par son interprétation (œuvre des juges et de la « doctrine ») dans l'expression de choix purement politiques; toutes les constructions juridiques abstraites et leur logique déductive sont une mascarade, un discours faussement scientifique et donc faussement neutre qui a pour seul objet de masquer de pures orientations politiques; le discours de la pure technique juridique sert uniquement à faire croire à la cohérence du droit et à maintenir le *statu quo*, c'est-à-dire un ordre politique établi en faveur des classes les plus élevées et totalement voué au libéralisme économique²⁶; résistant aux tentatives d'étouffement de cet ordre, il faut déconstruire ce système afin de prôner une forte socialisation du droit fondée sur un programme politique très marqué à gauche. Ce mouvement, de l'aveu de ses promoteurs, serait aujourd'hui « mort et enterré²⁷ » même si, à dire vrai, il s'est plutôt fait emporter par sa propre logique qui a conduit à son explosion en une nuée de sensibilités diverses attachées à débusquer dans le droit des ressorts politiques très variés (par exemple, théories féministes ou théories antiracistes²⁸).

25. V. les très intéressantes études consacrées à ces deux auteurs par D. Kennedy, l'un des chefs de file du mouvement Crits : D. Kennedy, M.-C. Belleau, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2006, vol. 56, p. 163; D. Kennedy, M.-C. Belleau, « François Gény aux États-Unis », in C. Thomasset, J. Vanderlinden, P. Jestaz, *François Gény, mythe et réalités, 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif, essai critique*, Yvon Blais, Montréal, 2000. Adde, C. Jamin, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2006, vol. 56, p. 5.

26. Comp., même si le rapprochement pourrait étonner, M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e partie, titre 2, chap. I, 2, p. 323 : « La raison d'être des juristes [l'auteur parle des juristes du xvi^e siècle] est de préserver les fortunes telles qu'elles préexistent. La solution n'a pas déplu car elle était favorable aux nantis de ce monde, qu'il s'agisse d'individus, de classes sociales ou de nations. Elle est probablement le vice du droit de l'Europe moderne. » V. encore, du même auteur, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », rééd. 2001, n° 186, p. 229 « de même que l'idéologie du contrat social, ces principes de moralité dont on voulait faire la "source" de systèmes de droit — quand ils ne sont pas verbiage pur — ont surtout à couvrir l'exploitation capitaliste, et aujourd'hui d'autres injustices. Mieux aurait valu s'en tenir aux distinctions de saint Thomas, qui s'était gardé de confondre les préceptes moraux (*moralia*) avec les *judicialia*. Je ne crois au pouvoir ni de la "loi" nommée naturelle, ni de la Raison pratique de l'homme qui s'y substitue, de dicter des solutions de droit. La Raison des rationalistes n'apporte aux systèmes juridiques modernes que de fausses justifications idéologiques. » Mais l'auteur n'accuse pas exactement les constructions techniques : il met en cause les grands principes dont on dit qu'ils sont dégagés du droit naturel (respecter ses promesses, ne pas causer de tort à autrui...). V. en revanche, n° 153, p. 187 où il estime que « le technicisme joue de notions confuses [...] les philosophies technicistes ont un fond d'idéologie ».

27. *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, préc., citant Mark Tushnet.

28. V., P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, op. cit., p. 292; L. Grynbaum, « Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », art. préc., spéc., p. 1395 s.

2. Le mouvement CLS et le droit des contrats

12.— Dans le cadre de notre étude, on laissera de côté les revendications politiques finales de ce mouvement²⁹ pour retenir davantage l'une de ses méthodes, spécialement cette méthode d'enquête visant à décortiquer le discours juridique technique pour en faire ressortir les ressorts politiques. L'un des chefs de file du mouvement, M. Duncan Kennedy, a précisément usé de cette méthode en droit des contrats, dans un article très emblématique à cet égard, intitulé « The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law³⁰ », dans lequel il montre comme l'a très bien résumé Mme Fabre-Magnan, « que même les questions les plus techniques, ("simplement techniques") du droit des contrats, telles que par exemple comment traiter l'offrant qui commet une erreur, ou encore le contractant qui interrompt l'exécution du contrat, qui ne sont pas des questions ayant une grande portée politique ou économique (cela ne fait pas partie, pour les gens, des questions dont doit se préoccuper la politique), *voient tout de même s'échanger des arguments idéologiques et rhétoriques qui entrent en résonance avec les enjeux politiques*³¹ ». Bien qu'il soit difficile ici de rendre compte exactement de cet article très riche mais parfois ardu, il nous semble nécessaire de mettre l'accent — bien subjectivement — sur quelques points essentiels.

D'abord, M. Kennedy se livre en effet à une analyse détaillée des différentes solutions envisageables à l'égard de l'erreur de l'un des contractants ou à l'égard du fonctionnement de l'exception pour inexécution et de la résolution. À chaque fois, il dégage tous les critères techniques envisageables (par exemple, erreur commise par l'un ou les deux contractants; confiance légitime de l'un et négligence ou faute de la part de l'autre; pour l'exception d'inexécution, inexécution intentionnelle ou involontaire; inexécution nécessaire pour minimiser son dommage...) et montre

29. Pour sa critique virulente, v. B. Melkevik, « Critique d'un texte mythique : réflexions sur "l'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies, une polémique autour du système" de Duncan Kennedy », disponible sur [http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=373], qui dénonce « une banalité, à savoir la constatation de Duncan Kennedy, tout à fait ordinaire, non-controvertée et partagée par une majorité absolue et écrasante de professeurs de droit, à savoir que "les facultés de droit sont de véritables arènes politiques" et que les questions de droit s'insèrent dans des enjeux et des considérations fortement politiques », banalité qui dissimule en réalité une « mission idéologique unique » (un « sous-marin idéologique à introduire »), celle de faire pénétrer dans le droit et l'enseignement du droit les opinions contestataires de la gauche « baby boom » radicale des années 1960 et 1970. *Adde*, dans un tout autre registre puisqu'il s'agit d'un roman policier — mais écrit par un professeur de droit de Yale... —, S. Carter, *Échec et mat*, R. Lafont, coll. « Pocket », 2002, p. 175 (titre original : *The Emperor of Ocean Park*) : « [...] j'en suis venu à persécuter un malheureux jeune homme, dont le seul tort était d'affirmer que les cas pratiques sur lesquels je les fais plancher ne leur apprennent rien, puisque ce sont toujours les riches qui gagnent. C'est vrai qu'il y a, chaque automne, un idiot pour faire cette remarque, c'est vrai aussi que plus d'un professeur a obtenu sa chaire dans une excellente faculté en soutenant cette simple thèse dans un jargon abscons [...] ».

30. D. Kennedy, « The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law », *European Rev. of Private Law* 2001, p. 7.

31. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n° 44, p. 96 et n° 47, p. 108 (nous soulignons).

com
auss
prer
ties,
prin
que
ralis
dan
qu'
plus
préj
est
den
chc
me
dat
sibi
tec
que
jug
du
ph
tiq
les
soc
de
tuc
ho
av
tra
et
gr
hc
co
ali
dè
ra

ch

comment leur combinaison peut conduire à des résultats distincts. À chaque fois aussi, il souligne que les solutions et les raisonnements qui y mènent peuvent prendre appui sur diverses bases théoriques telles que l'intention présumée des parties, la théorie de la cause (en l'occurrence la *consideration* plus exactement), le principe de bonne foi, la catégorisation des contrats, etc. Pour autant, il constate que les solutions sont finalement très variables — et l'enseignement doit être généralisé à l'ensemble des règles du droit des contrats. Elles sont tout au plus inscrites dans un *continuum*, une échelle qui va de la solution la plus « altruiste » (en ce sens qu'on impose à une partie de sacrifier ses intérêts pour préserver l'autre partie) à la plus « individualiste » (en ce sens que, loin de devoir partager les conséquences préjudiciables de la situation pour son cocontractant, on admet que le contractant est admis à en tirer un avantage personnel)³². Mais, et c'est là l'essentiel, il n'en demeure pas moins que l'on est seulement en présence *in fine* d'un ensemble de choix, sans que l'on connaisse véritablement les raisons profondes du positionnement de telle ou telle solution à tel ou tel endroit du *continuum* (du spectre de gradation). Il semble à M. Kennedy que ces choix sont justement guidés par une sensibilité politique (pour faire vite, plutôt de gauche ou plutôt de droite) : « les techniciens ne règlent pas des questions techniques, mais peuvent seulement indiquer une série de choix qui réclament ensuite une pesée de leurs mérites et des jugements de valeur³³ ». C'est précisément ces arbitrages qui sont l'objet véritable du débat qui peut s'engager et force est de constater alors, selon M. Kennedy, que la physionomie de ce débat voilé est analogue au débat qui s'engage dans l'arène politique. Ainsi M. Kennedy se demande-t-il en toute simplicité : « mon idée est que les devoirs des acheteurs et des vendeurs sont analogues aux devoirs que les groupes sociaux se doivent généralement les uns les autres. Si vous mettez en avant un fort devoir de sacrifice et de partage à l'égard des malchanceux et des faibles, et une attitude de compassion à l'égard de leur impéritie alors qu'il s'agit d'un rapport entre hommes d'affaires, alors vous aurez à expliquer pourquoi vous ne mettez pas en avant des devoirs similaires s'agissant cette fois d'un rapport entre capitalistes et travailleurs, professionnels et consommateurs, riches et pauvres en général, blancs et noirs, hommes et femmes, homosexuels et hétérosexuels, natifs du pays et immigrés, *northerners* et *southerners*³⁴. » En somme, « si vous faites en sorte que les hommes d'affaires soient altruistes vis-à-vis des autres hommes d'affaires, cela vous conduit nécessairement à faire en sorte que les structurellement forts soient altruistes avec les structurellement faibles³⁵ ». Pour autant, M. Kennedy, ne considère pas qu'il y a forcément un lien indissociable entre l'orientation choisie pour le rapport contractuel d'affaires et l'orientation prise — on l'aura compris — en poli-

32. D. Kennedy, art. préc., p. 13.

33. « technicians cannot "solve" technical private law problems, but only indicate a range of choices requiring balancing and "value judgments" », D. Kennedy, art. préc., p. 27.

34. D. Kennedy, art. préc., p. 25.

35. D. Kennedy, art. préc., p. 18.

rique pure³⁶. Il n'en demeure pas moins que dans chaque sphère, le débat est, pour lui, à peu de choses près le même. Mieux encore le débat dans chaque sphère renforce la structure du débat dans l'autre sphère, l'un et l'autre s'enrichissant mutuellement. M. Kennedy achève son étude en constatant que pour autant les centristes (les modérés — majoritaires — de droite comme de gauche) ont intérêt à ce que les débats en droit des contrats restent habillés de technique juridique : dans le cas contraire, cela reviendrait à brouiller la distinction public/privé (ou plutôt droit privé/politique publique). La majorité des acteurs souhaitent donc que le droit des contrats continue de fonctionner sur des mécanismes et des argumentaires de nature fondamentalement différente (c'est-à-dire purement technique) de celle des mécanismes et argumentaires qui opèrent dans la sphère politique. Et le droit des contrats, cœur du droit privé, emporte ce dernier avec lui qui est incité à lui ressembler par son essence « légaliste, rationnelle, scientifique et individualiste tandis que la sphère publique est politique, irrationnelle, arbitraire et altruiste³⁷ ». Et l'auteur d'imaginer ce qu'il adviendrait si ce cloisonnement sautait et que le droit des contrats ne répondait plus à un processus décisionnel davantage logique et structuré rationnellement que celui qui a cours en politique : les solutions juridiques ne pourraient plus être distinguées des décisions politiques en arguant du fait qu'elles sont plus scientifiques. Cela ne serait pas sans conséquence sur la légitimité des juristes à parler et à décider... On en reviendrait à cette idée que ces derniers ne peuvent avoir d'autre fonction que d'indiquer un panel de solutions techniques entre lesquelles un choix politique — qui ne leur appartient pas en tant que technicien — devra être fait.

Cette approche mérite d'être rapportée au système français.

B. APPLICATION DE L'HYPOTHÈSE AU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS

13.— Pour donner crédit, dans un premier temps, aux idées précédemment exposées, on peut certainement s'appliquer à « déconstruire » certains argumentaires techniques en droit français des contrats pour montrer qu'ils ne sont que les habillements d'opinions politiques. Encore faut-il préciser qu'au fond, il n'y a finalement là rien de tout à fait novateur pour un juriste français surtout — et un peu paradoxalement — s'il accepte de porter son regard sur les débats qui ont eu cours tout au long du *xx^e* siècle. On voudrait alors procéder de façon chronologique en étudiant rapidement d'abord le début de ce dernier siècle (1) puis la période contemporaine (2).

36. V., D. Kennedy, art. préc., p. 25, les intéressants développements sur la possibilité de choix délibéré croisés (libéraux dans les rapports contractuels mais socialisants en politique, ce qui est selon l'auteur la position de certains sociaux-démocrates américains).

37. D. Kennedy, art. préc., p. 26.

1. Le « moment 1900 » : une élaboration très politique de la technique juridique en droit des contrats

14.— On commencera bien sûr par rappeler le tournant que constitue la libre recherche scientifique qui encourage la pénétration de considérations extrajuridiques dans la science du droit et entame un renouvellement de la pensée doctrinale dont le point d'orgue est à trouver dans les écrits de Demogue. Ce dernier, très emblématique du « moment 1900³⁸ », a en quelque sorte tiré les conséquences ultimes du mouvement engagé par Gény en déniait à la technique juridique — que, pourtant, il ne récusait pas en bloc³⁹ — sa vocation à régir mécaniquement et en toute neutralité le milieu social⁴⁰. Dans son esprit, les solutions de droit n'ont qu'une valeur toute relative et contingente et ne sont que le fruit de compromis toujours instables et sans cesse remis en cause. Dans cette perspective, la politique ne pouvait qu'être une donnée consciente et assumée de la science du droit⁴¹. Certes, on sait bien que Gény lui-même rejeta cette ramification de sa propre pensée dans laquelle il ne vit qu'un « nihilisme décourageant⁴² », suivi en cela par la majorité des auteurs de l'époque qui furent les grands artisans (Saleilles, Capitant, Planiol, Josserand...) de la mise en système théorique du droit civil français « outre-Code ». Mais dans le même temps, à bien y réfléchir, l'œuvre de ces auteurs était abondamment nourrie de considérations politiques, de façon peut-être plus marquée encore qu'aujourd'hui⁴³.

38. V., C. Jamin, V^e « Dix-neuf cents (Crise et renouveau dans la culture juridique) », in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

39. Sur cette question, v. N. Dissaux, « La technique juridique dans la pensée de René Demogue », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2006, vol. 56, p. 57. Adde bien sûr, les développements cruciaux de Demogue lui-même sur la technique juridique, in R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, A. Rousseau, Paris, 1911, p. 201 s.

40. V., R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, op. cit., p. 4 : « Nous nous placerons dans cet examen surtout à un point de vue critique et sciemment nous montrerons les difficultés dans toute leur ampleur et les nécessités des contradictions, nous éloignant en cela d'un grand nombre d'auteurs, qui se plaçant au point de vue de l'action, des idées forces, ont bâti des théories qui n'ont guère résisté à un examen pénétrant et se sont rapidement démodées. »

41. V. la remarque de Demogue dans son avertissement aux *Notions fondamentales* : « Ne tend-il pas à se former un art juridique plus souple dans ses théories, les constructions juridiques trop rigides étant aujourd'hui assez critiquées, un droit plus près des réalités pratiques, empruntant plus aux données de l'économie politique, voisinant plus avec la jurisprudence qui, malgré des erreurs possibles, est la vie et traduit inconsciemment les besoins pratiques les plus forts », R. Demogue, *Les notions fondamentales...*, op. cit., p. viii. Adde les obs. de C. Jamin, « Demogue et son temps... », art. préc., p. 18 : « [...] il [Demogue] ne masque pas ses opinions sous l'autorité de la science ou d'une "méthode scientifique" à laquelle il n'adhère pas. Autrement dit, l'harmonie sociale, Demogue ne va pas la chercher dans une harmonie du droit que la méthode scientifique serait censée mettre au jour pour surmonter les oppositions d'intérêts, mais dans les analyses qui tout à la fois relèvent de la politique juridique et ne font que traduire des équilibres instables sans cesse re-négociables. »

42. F. Gény, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 1911, p. 125. Pourtant, v. les lignes pénétrantes de Duguit (L. Duguit, *Les doctrines juridiques objectivistes*, Éd. M. Giard, Paris, 1927, spéc. p. 20), montrant comment les thèses de Gény devaient nécessairement conduire à celles de Demogue.

43. V. ainsi les propos de M. Jamin à propos de Saleilles qui « [...] contribue à rénover la doctrine civiliste en soutenant que le juge ne peut interpréter le code civil comme en 1804 au risque de

Même Ripert, dont on a pu dire qu'il a contribué de façon décisive à empêcher le développement d'un réalisme juridique à la française⁴⁴, était fortement animé, on l'a vu, par la conviction que l'élaboration et l'étude du droit n'étaient qu'une lutte entre forces politiques. Il était donc loin d'ignorer que la systématisation abstraite des règles de droit à laquelle il contribua avec force avait elle-même une infrastructure politique très marquée⁴⁵. Et que dire d'auteurs comme Emmanuel Lévy qui entendait parvenir à l'instauration d'un droit socialiste⁴⁶ ou Léon Duguit dont les propos n'étaient guère ambigus⁴⁷. Aussi bien, s'il est vrai que les juristes français ont tout particulièrement œuvré au développement des techniques juridiques, ils l'ont fait sans être tout à fait dupes du procédé et sans se dissimuler qu'ils fourbissaient ainsi des armes de nature politique⁴⁸. En somme, il n'est pas certain que les juristes français, même nourris de la dogmatique juridique aient forcément fait moins de

rester fidèle au libéralisme classique qui mène à la victoire du socialisme révolutionnaire. En ce sens, il inscrit le droit civil dans l'histoire tout en lui conférant un soubassement politique », C. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français... », art. préc., p. 7.

44. V., C. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparé », art. préc., p. 9 s. *Adde*, le jugement sévère que porte D. Mainguy sur l'ouvrage de Ripert, *Les forces créatrices du droit* : « C'est le bréviaire d'un certain conservatisme, c'est la fin de l'interprétation réaliste que Génys avait entrevue. C'est surtout l'anti Demogue. À la question "le droit peut-il être considéré comme le résultat de discussions portant sur les valeurs par exemple et arbitrées par le juge", forçant la voie d'un réalisme à la française au retentissement si grand aux États-Unis, notamment, la réponse est non. Le droit est stable, le droit est ordre, les juristes sont, tous, des conservateurs, c'est l'acceptation sur le long terme de la loi bonne parce que morale qui fait la norme, et rien ni personne ne le changera. Par conséquent, c'est la technique, seule, qui doit intéresser les juristes. Point final de la réflexion doctrinale française. » (consultable sur [http://www.daniel-mainguy.fr], « Quelques biographies d'auteurs, Georges Ripert »).

45. Rapp. le titre intérieur très révélateur de C. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français... », art. préc., p. 9 : « Ripert ou la nécessité politique de promouvoir principes et constructions juridiques » (nous soulignons).

46. V., C. Miguel Herrera, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *Droit et Société* 2004, n° 56-57, p. 111.

47. Ainsi n'hésitent-ils pas à introduire son cycle de conférence à Buenos Aires par la présentation suivante : « [J]'ai essayé de montrer que l'évolution juridique est, dans ses lignes générales, identique dans tous les pays parvenus à peu près au même degré de civilisation, et qu'elle se caractérise par la substitution constante et progressive d'un système juridique d'ordre réaliste et socialiste à un système d'ordre métaphysique et individualiste », L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd., Libr. Félix Alcan, 1920, p. I-II.

48. Rapp. l'interrogation saisissante de C. Jamin, « François Génys d'un siècle à l'autre », art. préc., p. 19, qui finit par se demander « [...] si la libre recherche scientifique ne constitue pas en définitive dans son esprit [celui de Génys] un moyen d'avancer masqué dans la grande bataille des idées qui s'annonce, en vue de faire accepter par la Raison ses idées religieuses par les non-croyants ». Encore faut-il rappeler, bien sûr, que Génys concevait ses méthodes comme des procédés objectifs d'élaboration du droit, par constatation de ce que révélait l'étude scientifique du milieu social : « [...] la Libre recherche scientifique n'avait pas d'association idéologique. Ainsi, à l'époque, la croyance en la possibilité qu'une science de la société révèle de manière objective les problèmes sociaux et leurs solutions conduisait également à la foi en une Libre recherche scientifique située au-dessus de la politique » (D. Kennedy, M.-C. Belleriau, « François Génys aux États-Unis », art. préc., p. 300). Mais en croyant recourir à des procédés objectifs qui ne l'étaient en rien, Génys a ouvert la voie à des approches tout empreintes de subjectivisme, à commencer par le subjectivisme politique...

politique que des juristes américains nourris de réalisme ; mais ils l'ont fait différemment, on y reviendra⁴⁹.

15.— À titre de simple illustration, on voudrait attirer ici l'attention sur une construction technique marquante de l'époque dont il peut être intéressant de déceler les « dessous politiques ». Il s'agit du *contrat d'adhésion* qui offre un bon exemple de débat doctrinal reposant à première vue sur des considérations techniques. Sans revenir sur les détails de ce débat, on se rappelle que deux thèses s'étaient opposées, l'une anticontractualiste et l'autre contractualiste⁵⁰. La thèse anticontractualiste, en la personne de Saleilles⁵¹, a la première isolé et théorisé le contrat d'adhésion afin de montrer pour l'essentiel qu'il s'agissait techniquement non pas d'un contrat mais davantage d'un acte unilatéral. De cette qualification devait se déduire un régime distinct du régime contractuel. Pour Duguit notamment⁵², la nature juridique particulière du contrat d'adhésion devait justifier que son interprétation par le juge soit celle des règlements administratifs et donc que ce dernier s'applique non seulement à tenir compte de l'intention de l'auteur de l'acte mais surtout à en redresser le contenu en faveur de ses destinataires. Le juge étant alors en charge de sauvegarder une forme d'intérêt général, le cas échéant au détriment de l'intérêt égoïste du contractant dominant, il devait pouvoir éradiquer les clauses excessives par exemple. En réponse, la thèse contractualiste, défendue avec force et éclat par Ripert⁵³, démontra là encore sur un mode très technique que la qualification de contrat n'était nullement malmenée par le fait que le contenu de l'acte était déterminé *a priori* par un seul contractant.

Au-delà de l'échange d'arguments scientifiques, il est bien évident que le traitement du nouveau phénomène social (le contrat d'adhésion) fut l'objet d'un débat politique sous-jacent. D'un côté, les tenants de la thèse anticontractualiste cherchèrent en réalité à trouver un moyen de rééquilibrer le rapport de force économique, dans une perspective très sociale, tandis que les opposants entendirent faire bloc contre ce qu'ils perçurent comme une atteinte généralisée à la liberté contractuelle, voire comme un interventionnisme d'inspiration socialiste dans les rapports contractuels. Ripert, dans *La règle morale...* — ouvrage se voulant nettement moins technique que ses traités — finit d'ailleurs par faire tomber le masque en des lignes ouvertement politiques⁵⁴. Du reste, on aurait pu tout aussi bien mener la même entreprise de « démystification » à l'égard, non pas seulement du contrat d'adhé-

49. V. *infra* n° 47 s.

50. Pour une étude complète de ce débat, v. par ex. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, n° 196 s., p. 206 s.

51. R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901.

52. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912, p. 115 s.

53. V., G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 55 s., p. 97 s.

54. V., G. Ripert, *La règle morale...*, op. cit., spéc., n° 58 s., p. 101 s. : « [...] on sacrifie à une pensée de basse démocratie quand on soutient les faibles à cause de leur faiblesse même [...]. L'inégalité des contractants ne saurait être par elle-même suspecte, parce que cette inégalité est fatale et qu'elle existe dans tous les contrats [...] ».

sion, mais de toutes les théories de l'interprétation du contrat : le fameux « forçage du contrat » fut peut-être d'abord une opération politique avant d'être une opération de renouvellement des méthodes de détermination du contenu contractuel...

Évidemment, le phénomène peut être pareillement constaté à l'époque contemporaine au travers d'autres débats « techniques ».

2. La période contemporaine : la technique juridique comme voile d'oppositions politiques moins tranchées

16.— Tenter de mesurer l'imprégnation politique des débats techniques ayant cours aujourd'hui en droit des contrats implique d'abord, logiquement, de tenter de cerner les opinions politiques que l'on croit voir s'affronter en la matière (a). Ce n'est que dans un second temps, muni de cette grille d'analyse, que l'on pourra s'essayer à passer au crible politique quelques-uns de ces débats techniques (b).

a. Tentative d'identification des opinions politiques : les trois principaux courants perceptibles en droit français des contrats

17.— Identifier les opinions politiques qui s'affrontent de façon feutrée en droit des contrats est une entreprise extrêmement délicate pour au moins deux raisons. D'abord — et c'est tout l'objet du propos, on s'en souvient — parce que les débats ne se veulent pas politiques mais entendent au contraire profiter de la neutralité apparente qu'offre la technique juridique. Autant dire qu'en règle générale, les juristes n'entendent pas faire état de leurs opinions politiques, ce qui bien sûr rend mal aisé — voire très hasardeux — l'identification de ces opinions. Ensuite, parce que l'identification même de ces opinions peut difficilement ne pas être empreinte de la subjectivité de celui qui prétend les observer.

18.— Ces précautions prises, et étant bien précisé qu'on se limite ici aux soubassements politiques des débats ayant cours en droit des contrats seulement, il nous semble, reprenant une suggestion faite par Denis Mazeaud lors d'une discussion informelle avec lui⁵⁵, que l'on peut identifier trois courants politiques à l'œuvre dans cette discipline⁵⁶. Pour des raisons didactiques, on fera volontairement une présentation grossière — peut-être même caricaturale — de ces trois courants.

55. Rapp. aussi, dans une perspective plus générale (celle du droit tout entier), les réflexions sur « les philosophies militantes » de J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, op. cit., n° 57, p. 112 ; C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », rééd. 1999, n° 63, p. 124. Rapp. encore, cette fois de façon plus ciblée, C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, p. 71.

56. Comp., dans une perspective un peu plus large que la perspective politique, puisqu'il s'agit pour l'auteur d'identifier les « doctrines » en droit des contrats, M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC* 2010. 383, spéc. n° 7 s., p. 387 s. M. Mekki identifie principalement trois doctrines : le solidarisme contractuel, l'individualisme contractuel et les droits de l'homme du contrat.

Le premier courant pourrait être qualifié de *courant social*. Animé par un idéal de justice sociale, ce courant entend lutter contre les inégalités au moyen d'une redistribution imposée des richesses et des forces, le marché étant incapable par lui-même de parvenir à leur bonne répartition. Progressiste par essence, le courant social recherche l'avènement d'une société égalitaire, reposant sinon sur la suppression des classes sociales⁵⁷, du moins sur la réduction de leurs différences et le rééquilibrage obligé de leurs forces.

Le second courant pourrait être qualifié de *courant libéral*. Les libéraux placent l'individu au cœur de leur pensée politique et, posant comme impératifs premiers la liberté et la propriété privée, ils entendent contenir les contraintes sociales imposées par l'État pour préserver et valoriser au mieux la libre détermination et la libre action de chacun. Dans cette perspective, ils prônent le libre-échangeisme et croient aux vertus ultimes d'un marché autorégulé où l'interventionnisme de l'État est perçu avec réticence.

Le troisième courant pourrait être qualifié de *courant conservateur*, si l'on accepte du moins de se défaire de la connotation négative qu'a revêtu le terme dans le langage courant (où il est souvent synonyme d'un immobilisme crispé et réactionnaire). Le conservatisme est à comprendre par opposition au progressisme qui, par sa foi en un progrès nécessaire de l'histoire humaine, postule une transformation profonde des structures sociales et politiques au moyen notamment de mutations radicales. Le conservatisme se nourrit, à l'inverse, de l'idéal d'un *continuum* historique où les changements, toujours modérés, sont le fruit, non de révolutions, mais d'une évolution mesurée et soucieuse de s'inscrire dans l'ordre établi. Le conservatisme est animé par la volonté de préserver — de conserver — les valeurs recueillies par la tradition (*traditio* : *trans* « à travers » et *dare* « donner », i. e. « faire passer à un autre ») dans lesquelles il voit le fruit d'une sorte de sagesse historique. Dans cette perspective, le conservatisme nourrit une égale méfiance à l'égard du courant social pour ce qu'il peut avoir de subversif comme à l'égard du courant libéral qui, en valorisant par trop l'individu et le marché, est accusé de verser dans un matérialisme qu'il réprouve et de dissoudre les liens humains (État nation ; famille ; corps intermédiaires ; souci d'autrui...) comme l'intérêt général (synonyme d'ordre profitable à tous) incarné par l'État.

19.— Cette systématisation, forcément trop rigide, appelle quelques observations complémentaires.

D'abord, il ne nous semble pas pertinent de rattacher tel ou tel auteur à tel ou tel courant politique identifié pour la simple et bonne raison qu'il serait très réduc-

57. Il faut ici se détacher d'une approche réductrice de la formule. Les « classes sociales » considérées méritent vraisemblablement d'être perçues de façon plus moderne, au-delà de l'opposition entre « bourgeoisie » et « prolétariat », pour englober d'autres oppositions, spécialement dans l'optique du droit des contrats : opposition distributeur/fournisseur ; employeur/salarié ; professionnel/consommateur ; locataire/bailleur ; contractant structurellement « fort »/contractant structurellement « faible »...

teur de ramener une personne à une seule idée⁵⁸. Au reste, il est plus réaliste de considérer que chaque juriste embrasse pour partie chacune des tendances idéologiques identifiées mais selon des mesures variables⁵⁹ : on peut donc considérer tout au plus qu'un juriste donné tend davantage vers tel « pôle » politique plutôt que vers tel autre sans jamais rejeter totalement les idées du ou des pôles dont ils s'écartent le plus ni embrasser parfaitement les idées de celui dont il se rapproche le plus. Autant dire aussi que mille nuances et nombre de « croisements » sont possibles entre ces trois sensibilités : social radical (socialisme), social modéré (social-démocratie), libéralisme radical (souvent identifié en France comme un libéralisme de mode anglo-saxon) ou libéralisme modéré ; libéralisme conservateur ; conservatisme libéral, conservatisme social, etc. Il est entendu en outre — ce qui complique encore les choses — que la position d'un juriste peut varier suivant les questions abordées...

Ensuite, il faut convenir — mais l'on peut se tromper et les choses peuvent bien sûr changer — que les opinions que l'on croit pouvoir identifier en droit des contrats ne sont pas le reflet complet de l'échiquier politique (voire politique) en France. Pour dire les choses brutalement, on ne croit déceler aujourd'hui dans les débats de droit des contrats ni idéologie sous-jacente d'extrême gauche ni idéologie sous-jacente d'extrême droite. Cela n'est guère étonnant du reste car ces mouvements contestataires ne s'accommodent guère, par leur extrémisme même, d'un débat politique seulement implicite. Plus fondamentalement, cela pourrait tout de même accréditer l'idée fortement défendue par les CLS que les juristes en droit des contrats appartiennent tous ou presque aux courants modérés du centre droit et du centre gauche (en usant du mot « centre » non pas dans un sens politique rigoureux mais par opposition aux mouvements extrêmes), les uns comme les autres acceptant le principe d'une démocratie libérale et d'une économie de marché (ce que les CLS critiquent implicitement en considérant les juristes comme les complices d'un *statu quo* bloquant une transformation radicale des structures sociales, économiques et politiques). Évidemment, l'objet même de la discipline — le contrat — y est certainement pour quelque chose dès lors que cet instrument est, par essence, un rouage crucial de cette économie de marché.

20.— Quoi qu'il en soit, à l'époque contemporaine, les oppositions politiques en droit des contrats sont peut-être moins tranchées qu'elles ne pouvaient l'être au

58. En ce sens, v. J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », art. préc.

59. Rapp. R. Demogue, *Les notions fondamentales...*, p. 196 : « Dans l'opposition que les idées font naître à un moment donné, la loi de la simplicité de l'esprit fait voir une lutte où le vaincu sortira mort de l'arène. Erreur. Chacun des sentiments a sa base dans les besoins de notre nature et le vaincu a droit à une revanche. Comme aux jours de Saturnales, les esclaves allégeaient en peu de jours, le poids d'une longue obéissance, ainsi les idées qu'on rejette doivent prendre tôt ou tard une partie du terrain perdu. De ces résultats vient la satisfaction de désirs contradictoires dans une certaine mesure que complètent l'illusion et l'espérance. D'ailleurs cette lutte n'est pas inféconde. On a remarqué déjà qu'entre l'identité et la contradiction absolue, toutes deux stériles, il y a une chaîne d'intermédiaires en partie féconde. »

début du ^{xx}e siècle alors que la « question sociale » se posait de façon brûlante aux juristes comme à tous et que certains d'entre eux entendirent clairement être un relais des idées socialistes, voire marxistes, qui émergeaient alors — suscitant en retour de la part d'autres juristes ou une forte opposition politique de droite ou une volonté de trouver un compromis au moyen de concessions d'ordre juridique⁶⁰. Moins tranchées, ces divergences politiques n'en demeurent pas moins réelles aujourd'hui et il n'est pas inintéressant alors de tenter de les débusquer dans certains débats techniques contemporains qui animent le droit des contrats.

b. Tentatives de décryptage politique de certains débats techniques en droit contemporain des contrats

21.— Il s'agit à présent de tenter l'expérience, en droit contemporain, d'une lecture purement politique de certains affrontements techniques. Encore faut-il préciser, pour éprouver la théorie selon laquelle tout débat en droit des contrats est nécessairement politique, qu'on laissera de côté des controverses dont la dimension politique est trop évidente⁶¹. Ainsi le droit du contrat de travail est-il bien sûr le théâtre d'affrontements idéologiques très forts et la remarque est généralement vraie à l'endroit de beaucoup de droits spéciaux des contrats (on songe en outre au droit des contrats de consommation ou au droit des baux). Aussi vaut-il mieux, pour que l'expérience ait une chance d'être concluante, tenter une « déconstruction » politique de questions d'apparence beaucoup moins politique. Le droit commun des contrats, parce qu'il ne se rattache guère au phénomène du « droit de classe⁶² » contre lequel s'insurgeait Josserand, offre *a priori* une plus grande neutralité. Mais là encore, les soubassements politiques sont parfois facilement décelables. Aussi, on se contentera de signaler quelques-uns des débats dont la coloration politique est identifiable (i) — de façon plus ou moins aisée du reste — ; pour préférer étudier dans le détail, à titre d'illustration, un cas très technique n'ayant de prime abord aucune connotation politique et précisément pour tenter, sur lui, l'exercice de « déconstruction » (ii).

60. Sur ces logiques de ce qu'on pourrait appeler le « tout changer pour que rien ne change » (selon la célèbre phrase que Lampedusa fait dire au prince Salina dans son fameux livre, *Le Guépard* : « Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi ! » — Si nous voulons que tout demeure tel que c'est, il faut que tout change !) et qui sont à l'époque le point de rencontre des radicaux et des chrétiens sociaux, v. les riches développements de C. Jamin, « Demogue et son temps... », art. préc., spéc., p. 13 s. et J.-P. Chazal, « L'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique », *RDC* 2004. 621. Comp., exprimant ses doutes sur cette approche pour ce qui concerne spécifiquement Génry, B. Oppetit, « Génry », in *Droit et modernité*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998, p. 231, spéc. p. 250.

61. Tout aussi évidemment, on laissera de côté les débats du droit des contrats portant directement sur ses soubassements idéologiques, débats qui ne portent en rien sur les aspects techniques de la discipline, qui renvoient à la théorie du droit des contrats et qui sont donc, par leur nature même, politiques.

62. L. Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D. H.* 1937, chron., p. 1.

i. Vues générales

22.— Bien connus de tout observateur averti du droit des contrats, il ne fait guère de doute que les débats suscités par le mouvement du solidarisme contractuel offrent une série de discussions techniques dont la dimension idéologique n'a échappé à personne⁶³, à telle enseigne que l'on a pu écrire très justement que « si l'on peut parfois s'agacer de la mode consommée pour le solidarisme [...] il faut rendre à César ce qui lui revient : une formidable capacité d'entraîner et de stimuler la réflexion en droit des contrats, donnant à la matière une approche humaine et bien concrète, loin des terres arides et asséchées de la seule technique juridique⁶⁴ ». Aussi bien, les chevaux de bataille de ce mouvement constituent autant d'illustrations de discussions juridiques ayant une forte connotation politique. Ainsi en va-t-il, par conséquent, des débats concernant :

- l'étendue de l'obligation précontractuelle d'information (on songe à la controverse suscitée par l'arrêt *Baldus*⁶⁵);
- la violence économique⁶⁶;
- la subjectivisation de la cause (on songe à la controverse suscitée par les arrêts *Chronopost*⁶⁷ et *Point club Vidéo*⁶⁸);
- la généralisation du contrôle des clauses abusives (on songe à la récente controverse suscitée par l'introduction de l'article L. 442-6, I, 2°, C. com.)⁶⁹;

63. Pour une analyse politique très poussée — et très critique — du solidarisme contractuel, v. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé. Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 247. Pour sa défense « avec le recul qu'offre le temps qui passe et la sérénité qu'il apporte », v. D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », à paraître aux *Mélanges Jean Hauser*.

64. N. Molfessis, « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *Revue de droit d'Assas* 2011/3, p. 51, spéc. n° 4 p. 53.

65. Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, pourvoi n° 98-11.381, *Bull. civ. I*, n° 131; Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, *JCP* 2000. I. 272, n° 1, obs. G. Loiseau; *JCP* 2001. II. 10510, note C. Jamin; *JCP E* 2001. 1578, 1^{re} esp., note P. Chauvel; CCC 2000, n° 140, note L. Leveneur; *Bull. civ. I*, n° 131, p. 88; *Defrénois* 2000. 1110, obs. D. Mazeaud et P. Delebecque; *RTD civ.* 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages; *D.* 2002. Somm. 928, 1^{re} esp., obs. O. Tournafond.

66. On songe à la controverse suscitée par Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, pourvoi n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, n° 169; *D.* 2000. 879, note J.-P. Chazal; CCC 2000, n° 142, note L. Leveneur; *JCP* 2001. II. 10461, note G. Loiseau; Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, pourvoi n° 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108; CCE 2002, n° 80, note C. Caron et n° 89, note P. Stoffel-Munck; CCC 2002, n° 121, note L. Leveneur; *JCP* 2002. I. 184, n° 6, obs. G. Virassamy; *D.* 2002. 1860, notes J.-P. Gridel et J.-P. Chazal; *D.* 2002. Somm. 2844, obs. D. Mazeaud; *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84; *Defrénois* 2002. 1246, obs. É. Savaux; *RTD civ.* 2002. 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

67. Com. 22 oct. 1996, pourvoi n° 93-18.632, *Bull. civ. IV*, n° 261; F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 157, p. 111 et les commentaires cités.

68. Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, pourvoi n° 94-14.800, *Bull. civ. I*, n° 286; *JCP* 1996. IV. 1998; *JCP* 1997. I. 4015, n° 4, obs. Labarthe; *Bull. civ. I*, n° 286, p. 200; *D.* 1997. 500, note Reigné; *Defrénois* 1996. 1011, obs. D. Mazeaud; *RTD civ.* 1996. 903, obs. Mestre.

69. V. le débat in *RDC* 2012/1, à paraître.

- l'obligation de renégocier le contrat en cas de circonstances imprévues (on songe à la controverse suscitée par les arrêts *Huard*⁷⁰ et *Chevassus-Marche*⁷¹);
- le contrôle des motifs de la libre résiliation du contrat à durée indéterminée ou du refus de renouvellement du contrat à durée déterminée⁷²;
- la définition de l'abus dans la détermination unilatérale des conditions de vente⁷³;
- l'obligation d'assistance permettant la reconversion ou le reclassement du concessionnaire délaissé⁷⁴;
- l'indemnité de fin de contrat où, suivant un arrêt de la Cour de cassation, la technique du quasi-contrat pourrait être instrumentalisée⁷⁵.

23.– Englobant et dépassant ces controverses bien connues auxquelles le solidarisme contractuel donne lieu, on voudrait en évoquer plus précisément quatre, pour montrer comment l'affrontement d'arguments purement techniques peut dissimuler des arguments politiques.

24.– *La controverse relative à l'obligation de motivation.* On sait que la rupture d'un contrat à durée indéterminée peut se faire librement et sans que l'auteur de la rupture ait à justifier d'un quelconque motif (cela résulte du principe général de libre résiliation induit de l'article 1780 alinéa 2 du Code civil et ayant valeur constitutionnelle⁷⁶), réserve faite de l'abus de droit. La solution est la même s'agissant du refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée. Pourtant cette solution est l'objet d'une opposition entre, d'un côté, ceux qui souhaiteraient en assouplir la rigueur et, de l'autre, ceux qui entendent la maintenir en l'état. On connaît assez

70. Com. 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18.547, *Bull. civ. IV*, n° 338; *Defrénois* 1993. 1377, obs. J.-L. Aubert; *JCP* 1993. II. 22164, obs. G. Virassamy; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. Mestre.

71. Com. 24 nov. 1998, pourvoi n° 96-18357, *Bull. civ. IV*, n° 277; *CCC* 1999, n° 56, obs. M. Malaurie-Vignal; *Defrénois* 1999. 371, obs. D. Mazeaud; *JCP* 1999. I. 143, obs. C. Jamin; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. Mestre; *RTD civ.* 1999. 646, obs. P.-Y. Gautier.

72. V. dernièrement, D. Mazeaud, « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *D.* 2010. 2178.

73. On songe à la vive controverse née de la décision par laquelle la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond qui reprochaient à un importateur exclusif de véhicules d'avoir abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente en s'appuyant sur le fait que, tout en réalisant d'importants bénéfices et en distribuant des dividendes aux actionnaires, il avait imposé des sacrifices à son concessionnaire, lequel devait faire face à un effondrement général du marché de l'automobile mettant en péril la poursuite de son activité (Com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172, *D.* 2002. 1974, note crit. de P. Stoffel-Munck; *JCP* 2002. II. 10157, note approbative C. Jamin; *RTD civ.* 2002. 294, obs. mitigées J. Mestre et B. Fages; *Cah. dr. entr.* 2002, n° 5, p. 28, obs. très crit. D. Mainguy).

74. Refusant une telle obligation, v. Com. 6 mai 2002, pourvoi n° 99-14.093, *Bull. civ. IV*, n° 81; *CCC* 2002, n° 134, obs. L. Leveneur; *JCP* 2002. II. 10146, note P. Stoffel-Munck; *JCP E* 2002, note J.-L. Respaud; *D.* 2002. Somm. 2842, obs. D. Mazeaud; *D.* 2002. AJ 1754, obs. É. Chevrier; *RTD civ.* 2002. 810, obs. J. Mestre et B. Fages. Sur cet arrêt, on lira avec intérêt le décryptage très politique de l'ensemble de ces commentaires par J.-P. Chazal, *RDC* 2003. 34.

75. V. Com. 9 oct. 2007, pourvoi n° 05-14.118, *RDC* 2008. 410, obs. Behar-Touchais; *JCP* 2007. II. 10211, note Dissaux; *D.* 2008. 388, note Ferrier; *CCE* 2008, n° 42, obs. Stoffel-Munck; *RTD civ.* 2008. 119, obs. Gautier.

76. Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, cons. n° 61, *RTD civ.* 2000. 109, obs. J. Mestre.

bien les techniques juridiques qui sont brandies les unes contre les autres dans ce débat.

Les partisans du premier courant souhaiteraient assortir le droit de résiliation d'une obligation de motivation. L'adjonction de cet instrument n'est pas purement formelle : il s'agit en réalité d'obliger le contractant à justifier du bien-fondé de sa rupture et, ce faisant, de restreindre quelque peu sa faculté de mettre un terme au contrat sur le modèle (parfois explicitement évoqué) du licenciement en droit du travail (pour lequel l'employeur doit justifier d'une « cause réelle et sérieuse »). Le montage ne manque pas de raffinements techniques même, puisque l'argumentaire est parfois déplacé sur le terrain du droit de la preuve afin de faire valoir qu'il n'est pas pertinent de faire peser la charge de la preuve d'un abus dans la rupture sur le contractant délaissé. Il est plus difficile pour ce dernier, en effet, de rapporter la preuve d'un abus que, pour l'auteur de la rupture, de présenter les motifs de sa résiliation ou de son refus de renouvellement.

À l'inverse, les partisans du second courant entendent préserver fermement la complète liberté de rupture. Et les instruments techniques brandis ne sont pas moins impressionnants : on fait évidemment valoir le principe de prohibition des engagements perpétuels (qui est au fondement même de la généralisation de l'article 1780 alinéa 2 du Code civil) et celui de la liberté contractuelle, comprise ici comme la liberté de se lier ou de ne pas se lier par contrat ainsi que la liberté de choisir son cocontractant.

Évidemment, une relecture politique de cette opposition est possible qui consiste à dire que l'obligation de motivation et le renversement de la charge de la preuve ne sont que le paravent technique du choix très politique de protéger un contractant faible contre un contractant fort, exactement comme on entend en droit du travail, protéger le salarié contre l'employeur. Le rapprochement avec cette dernière discipline pourrait d'ailleurs faire entrevoir que les auteurs qui défendent l'obligation de motivation se rattachent plutôt au courant social, tel que précédemment identifié. À l'opposé, on pourrait être tenté de faire valoir que la défense jalouse du principe de prohibition des engagements perpétuels manifeste en réalité un refus viscéral de contrôler les choix stratégiques d'un contractant dans la détermination de ses partenaires commerciaux. La crainte d'un interventionnisme judiciaire qui viendrait fausser le libre jeu des partenariats économiques est un souci, on l'aura reconnu, du courant libéral.

25.— *La controverse relative à la suppression de la cause.* La perspective d'une réforme du droit français des contrats a été l'occasion de rediscuter de l'utilité de la cause. On sait en effet que deux projets de réforme en proposent la suppression, proposition qui a suscité une vive controverse. Cette controverse a permis de voir s'échanger des arguments très techniques soit que l'on s'applique à démontrer en détail, d'un côté, que les solutions de droit obtenues concrètement au moyen de la cause pourraient tout aussi bien s'obtenir en recourant à la théorie de l'erreur, à celle de l'objet, et à celle du respect de l'ordre public ; soit que l'on s'applique au contraire,

de l'autre côté, à montrer avec autant d'application que la cause est un instrument irremplaçable, notamment pour expliquer l'interdépendance des obligations contractuelles. Pourtant, il est très probable — sans aller jusqu'à dire bien sûr que ces échanges ont été de pure forme — que sous la controverse technique se soit logé un désaccord politique. Certains, en effet, n'ont-ils pas sacrifié la cause sur l'autel d'une sorte de modernisme européen tandis que d'autres l'ont au contraire défendu comme un monument national ? Si cela est vrai, il est probable alors que la cause, sans être exactement un prétexte, ait servi d'arène à l'affrontement entre deux camps politiques qui s'opposent sur la perspective d'un droit européen des contrats. Quitte à forcer le trait, ne pourrait-on dire alors que la bataille de la cause est pour une part au moins une bataille politique entre fédéralisme européen d'un côté et souverainisme de l'autre — même si, là encore, l'identification de ces sensibilités politiques est certainement sujette à caution et manque singulièrement de nuances ?

26.— La controverse relative à l'introduction de la révision pour imprévision mérite aussi que l'on s'y attarde notamment parce qu'elle est politiquement très délicate à « décoder ». Le débat est ancien et là encore techniquement bien connu : contre la révision, on fait valoir le principe de la force obligatoire du contrat (art. 1134 al. 1^{er}) et l'impératif d'intangibilité des conventions. L'accent est mis aussi sur la distinction entre la force majeure et l'imprévision, qui font l'objet l'une comme l'autre de définitions juridiques bien maîtrisées (du moins en théorie). À l'opposé, en faveur de la révision, les argumentaires techniques sont multiples : clause *rebus sic stantibus* tacite ; obligation de renégociation fondée sur l'article 1134 alinéa 3 et l'article 1135 ; analogie tirée de l'article 1150 du Code civil ; et, surtout, ainsi que la Cour de cassation l'a peut-être suggéré dernièrement⁷⁷, mobilisation de la théorie de la cause.

Si l'on cherche à sonder les soubassements politiques de ces arguments d'apparence scientifique, le travail d'identification est délicat⁷⁸. On peut bien dire que le courant social est plutôt favorable à la révision pour imprévision qui s'appuie notamment sur l'obligation de bonne foi et la mise en évidence d'un devoir de renégociation. Le courant conservateur aura plutôt tendance à nourrir quelque méfiance à l'endroit de la révision au nom surtout du respect de la volonté des parties et peut-être même plus précisément de l'impératif historique et moral de respect de la parole donnée auquel ce courant est traditionnellement attaché. Le courant libéral en revanche pourrait bien être scindé en deux camps : plus attaché à la liberté contractuelle qu'au volontarisme contractuel (entendu comme un impé-

77. Com. 29 juin 2010, *Soffimat*, pourvoi n° 09-67.369 ; RDC 2011. 34, obs. E. Savaux ; D. 2010. 2481, note Mazeaud ; et notre note p. 2485 ; JCP 2010, n° 1056, note T. Favario ; JCP 2011, n° 63, obs. J. Ghestin ; RTD civ. 2010. 782, obs. B. Fages ; LPA 24 déc. 2010, note A.-S. Choné ; Dr. et patr. 2011, n° 200, 68, obs. P. Stoffel-Munck ; Gaz. Pal. 2011, n° 12-13, p. 21, obs. D. Houtcieff ; Defrénois 2011, n° 8, p. 811, obs. J.-B. Seube.

78. En ce sens, v. M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », art. préc., n° 26, p. 402 qui souligne également cette difficulté à propos de la fixation unilatérale du prix et la *mitigation*.

ratif faisant de la volonté réelle des parties le pivot du contrat), une partie de ce courant peut se montrer sensible à un impératif d'efficacité économique — devant l'emporter sur une protection abstraite de la parole donnée, impératif accessoire — qui conduit à se prononcer favorablement à la révision. Une autre mouvance du courant libéral, considérant que la force obligatoire du contrat doit être respectée pour elle-même — car elle serait, à longue vue, le meilleur moyen de protéger l'efficacité du marché — pourrait au contraire se montrer hostile à la révision.

27.— Cet imbroglio des sensibilités politiques peut vraisemblablement s'observer aussi dans la *controverse relative à l'exécution forcée en nature du contrat*. Le débat oppose ceux qui entendent faire de l'exécution en nature la sanction reine — et, très techniquement, la sanction s'imposant de plein droit au juge au nom d'un droit du débiteur à l'exécution de la prestation exactement promise — à ceux qui, au contraire, souhaitent faire de l'exécution forcée une sanction mise sur un pied d'égalité avec les autres sanctions de l'inexécution (résolution, dommages-intérêts, réfaction...) — et souhaitent, techniquement, que le juge soit libre d'ordonner ou de refuser l'exécution forcée en nature, décidant souverainement de la sanction qu'il estime la plus pertinente. La traduction politique de ces choix techniques mérite là aussi d'être tentée. Le courant conservateur pourrait bien se montrer favorable à la primauté de l'exécution en nature, figure traditionnel et élément d'identité du droit français des contrats en même temps que cette primauté marque aussi celle du contrat conçu comme le garant du respect de la parole donnée. Dans cette perspective, on retrouverait « sous » cette solution technique du « droit à » l'exécution en nature un fort moralisme classique caractéristique de ce courant politique. À l'inverse, le courant social pourrait se montrer très méfiant à l'égard de cette intransigeance de la force obligatoire du contrat, poussée au plus fort, et qui permet de justifier des solutions d'une rare sévérité... sévérité dont on craindra que les contractants les plus faibles soient les premiers à faire les frais. D'où une position technique consistant à contenir l'exécution forcée pour permettre d'y déroger lorsqu'elle se transformera en instrument d'oppression du plus faible (la technique de l'abus de droit sera alors l'instrument de contrôle judiciaire). Quant au courant libéral, il est probable qu'il choisisse, avec des nuances (et certainement des différences d'appréciation), la même solution que le courant social... mais pour une tout autre raison. L'opération économique l'emportant sur l'échange de promesses, ce courant arguera de l'impératif d'efficacité économique pour se refuser à prôner une exécution forcée trop coûteuse et qui manifesterait un gaspillage très regrettable des ressources pour le marché dans son ensemble. Sans aller forcément jusqu'à prôner la théorie de la violation efficace du contrat, le courant libéral pourrait bien préférer tout de même faire dépendre l'exécution en nature de sa pertinence économique.

28.— Autant dire *in fine* que derrière une même construction technique peuvent se tenir des arrière-pensées politiques très diverses et que, par un amusant jeu d'alliances objectives et changeantes selon les débats, les trois courants identifiés peuvent en quelque sorte s'unir contre un autre dans la défense de certaines tech-

riques juridiques... mais avec des intentions très différentes, voire opposées⁷⁹. Quoi qu'il en soit, on voudrait mener l'expérience de « déconstruction » politique jusqu'au bout en l'appliquant à un ultime débat dont la connotation politique semble parfaitement inexistante.

ii. *Analyse détaillée d'un cas particulier : la rétractation de l'offre*

29.— La sanction de la rétractation de l'offre de contrat faite à personne et à délai déterminés est l'une des plus techniques et des plus neutres politiquement que l'on puisse traiter. C'est précisément la raison pour laquelle on l'a choisie — entre autres évidemment — pour éprouver l'hypothèse selon laquelle les débats en droit des contrats voient toujours s'affronter consciemment ou non des opinions politiques. La question est la suivante : lorsqu'une personne a adressé à une autre une offre de contrat valable dans un temps déterminé seulement, comment doit-on sanctionner la rétractation de cette offre faite avant l'expiration du délai indiqué ? La difficulté concrète vient du fait que, généralement, le destinataire de l'offre l'a acceptée dans le délai initialement indiqué par l'offrant mais après la rétractation de ce dernier. Diverses solutions sont envisageables : soit permettre la formation forcée du contrat (l'exécution en nature), soit autoriser seulement l'allocation de dommages-intérêts mais selon des calculs qui peuvent varier (doit-on les calculer pour réparer le préjudice résultant de l'inexécution du contrat ? le préjudice résultant de l'inefficacité du contrat ? le préjudice résultant d'une perte de chance de conclure le contrat ?, etc.). Le droit positif n'étant pas fixé⁸⁰, la doctrine présente diverses propositions qui sont autant de montages techniques très aboutis. On peut en identifier quatre principaux.

La première solution consiste à traiter la rétractation de l'offre dans tous les cas comme une simple faute délictuelle entraînant l'application de l'article 1382 du Code civil et ne conduisant qu'à l'allocation de dommages-intérêts.

La deuxième solution s'appuie sur une théorie de l'avant-contrat (œuvre notamment de Demolombe) qui consiste à assimiler la situation précontractuelle à celle qui résulte d'une promesse de contrat : l'offrant et le destinataire de l'offre sont implicitement liés par un avant-contrat en vertu duquel le premier est contractuellement tenu de maintenir son offre dans le délai indiqué. Il y aurait lieu alors d'appliquer le régime de la promesse unilatérale de contrat.

79. Sur cet intéressant phénomène, on pourra méditer aussi l'approbation par Ripert de la lésion qualifiée mais dont l'esprit est tout différent de celui du courant social, « car ce qui intéresse » ce dernier courant « ce n'est pas la lésion source d'immoralité [ce qui intéresse au contraire Ripert comme conservateur], c'est le contractant digne d'intérêt » (G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1948, n° 93 — sur cette question, v. J.-P. Chazal, « G. Ripert et le déclin du contrat », RDC 2004, 244). En somme le conservateur approuve la lésion qualifiée au nom de la morale (chrétienne pour ce qui concerne G. Ripert) tandis que le progressiste l'approuve au nom de la lutte des classes.

80. L'interprétation du dernier arrêt en la matière est sujette à controverse, v. Civ. 3^e, 7 mai 2008, pourvoi n° 07-11.690, JCP 2008. I. 179, obs. Y.-M. Serinet; CCC 2008, n° 194, note L. Leveneur; LPA 2008, n° 40, p. 6, note C. Juiller; D. 2008. 2965, obs. S. Amrani Mekki; RTD civ. 2008. 474, obs. B. Fages; RDC 2008. 1109, nos obs.

La troisième solution s'applique à montrer que l'offre doit s'analyser techniquement comme un engagement unilatéral de volonté dont la rétractation est impossible, la sanction devant être la formation forcée du contrat projeté.

La dernière théorie qui est celle, bien connue, de Jean-Luc Aubert⁸¹ est une théorie dualiste qui entend faire varier la nature juridique de l'offre (et donc son régime) en fonction de son degré de précision. Ainsi lorsque l'offre est faite à personne et à délai déterminés, elle serait nécessairement un engagement unilatéral de volonté (sanctionné par la formation forcée du contrat) tandis que dans tous les autres cas, l'offre ne serait qu'un fait juridique dont la rétractation ne serait qu'une faute délictuelle sanctionnée par une simple allocation de dommages-intérêts.

— À première vue, rien dans ces différentes constructions ne laisse percevoir un quelconque débat idéologique sous-jacent. Et pourtant, à rechercher les intentions qui soutiennent les constructions logiques présentées, on peut essayer d'effectuer quelque rattachement politique. Mais ce rattachement semble devoir se faire par degrés successifs, ce qui le rend délicat (et contestable, on le verra⁸²).

Ainsi il est possible de cerner diverses *intentions* à l'œuvre dans les montages techniques que l'on a évoqués. Qu'il s'agisse de la responsabilité délictuelle, de l'engagement unilatéral de volonté, de l'avant-contrat ou de l'analyse dualiste, ces instruments sont peut-être mobilisés et donc choisis pour atteindre un *but précis, premier dans l'ordre d'intention en réalité*. Si cela est vrai, ce n'est pas vraiment le choix de la technique qui précède le choix du résultat concret (l'exécution forcée, les dommages-intérêts) auquel ce premier choix conduit, mais l'inverse. Si donc ce résultat n'est pas le produit d'une technique choisie en amont (puisque c'est la technique qui est le produit du choix fait, en amont, du résultat), il reste à identifier d'où il procède réellement. On parvient à se faire une idée de cette source véritable lorsque les auteurs justifient leur choix « en opportunité », comme il est dit généralement, c'est-à-dire lorsqu'ils s'appliquent à montrer que le résultat concret est socialement désirable; qu'il s'agit *in fine* d'une bonne solution. Ainsi, pour le cas concerné, il apparaît, selon les opinions, que le choix du résultat final qu'est l'exécution en nature est bon dans tous les cas *parce qu'il protège au mieux et par principe le respect de la parole donnée* ou bien, à l'inverse, que le résultat final qu'est la simple allocation de dommages-intérêts est bon *parce qu'il préserve davantage le principe de liberté précontractuelle et donne donc une certaine souplesse aux négociations commerciales* ou bien — ce qui est proche — parce qu'il permet d'instaurer une hiérarchie bienvenue entre la contrainte qu'exerce une promesse unilatérale de contrat et une simple offre. Il est encore possible de choisir le bon résultat final à la lumière de la *confiance légitime d'autrui* : on choisira la mesure à prendre, indépendamment de la volonté véritable de l'offrant, selon ce que le destinataire était en droit d'attendre

81. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. Flour, Paris, LGDJ, 1968.

82. V. *infra*, n° 39.

compte tenu des circonstances, de la qualité des parties et des modalités de l'offre (en prenant comme référence le type de l'homme avisé et prudent).

Cette recherche d'intentions achevée, il est alors tentant de franchir une étape supplémentaire dans l'analyse pour montrer que chacune de ces intentions a peut-être une coloration politique, serait-elle inconsciente. Ainsi, l'objectif de protection de la parole donnée est un souci majeur du courant conservateur et, retraçant l'enchaînement des idées, on en viendrait à dire que le choix de la technique de l'exécution en nature est dicté pour certains par leurs convictions conservatrices. De même, le souci de mettre au premier plan la souplesse des négociations commerciales manifesterait un certain pragmatisme et une recherche de l'efficacité économique (ce qu'accréditent les solutions du droit anglais sur ce même point du reste), préoccupations que l'on pourrait rattacher au courant libéral. L'enchaînement des idées conduirait donc à observer que le choix des seuls dommages-intérêts, à l'exclusion de l'exécution en nature, procéderait pour certains de leur sensibilité libérale. Quant au prisme des attentes légitimes, l'examen scrupuleux des circonstances et la protection du destinataire de l'offre pourraient s'accorder au mieux avec le souci de privilégier un contractant faible ou plus exactement de faire varier la sanction selon la puissance des deux parties, souci majeur du courant social (on observera d'ailleurs que le socialiste Emmanuel Lévy entendait fonder le contrat sur la « confiance légitime »).

31.— Quoi qu'il en soit de la justesse de ces dernières observations, il nous semble tout de même que l'exemple de la rétractation de l'offre offre une illustration commode du *modèle de pensée par lequel la technique juridique parvient à jeter un voile sur les orientations politiques* des juristes. Si l'on reprend abstraitement le cheminement intellectuel précédent, il nous semble en effet qu'il peut être découpé en *trois étapes* ou peut-être plus exactement trois degrés de profondeur :

- 1. à la surface des choses, on trouve l'argument technique (application de 1382 ; avant-contrat ; engagement unilatéral de volonté...);
- 2. à un stade intermédiaire, on trouve une justification en opportunité du choix technique, dans laquelle il est facile de trouver l'expression d'une politique juridique — au sens de *policy* — (préserver la force de la parole donnée ; offrir toute souplesse aux négociations précontractuelles ; protéger celui qui est digne de protection et a légitimement pu avoir toute confiance dans le maintien de l'offre...);
- 3. au plus profond, ce choix de politique juridique procède lui-même d'une conviction politique (au sens de *politics*) : sociale, libérale ou conservatrice (en ne perdant pas de vue que des combinaisons sont possibles, on l'a dit).

32.— Il apparaît alors que l'étape cruciale est en réalité la deuxième puisque c'est à ce stade que s'opère l'habillage technique de l'orientation politique, au travers de l'expression d'un choix de politique juridique (par où on retrouve le lien évoqué précédemment entre *politics* et *policy*). Ce dernier choix s'exprime par la proclamation d'impératifs à respecter qui sont des guides d'action, des lignes directrices devant structurer et orienter le droit des contrats et en constituer en quelque sorte l'infrastructure idéo-

logique. Sans prétendre en élaborer une liste exhaustive, on peut faire mention de ces sortes de médiateurs politico-juridiques « à forte charge idéaliste⁸³ » que l'on rencontre le plus souvent dans les écrits du droit des contrats : impératif du respect de la parole donnée; de la prévisibilité du contrat; de la volonté des parties; de l'intangibilité du contrat, du principe de l'autonomie de la volonté; de la liberté contractuelle; de la sécurité dynamique; de la sécurité statique; de la bonne foi (on sait combien la bonne foi est l'agent de pénétration du solidarisme contractuel); de l'efficacité économique (on sait combien l'efficacité économique est l'agent de pénétration d'une certaine analyse économique du droit); de la justice contractuelle; du principe de proportionnalité; des attentes légitimes; du principe de cohérence, etc.

Ces impératifs médiateurs, par leur flou et donc leur malléabilité, sont autant de chevaux de Troie idéologiques offerts aux orientations politiques tout en ayant pour qualité de ne pas être présentés comme tels⁸⁴. On perçoit alors comment ces vecteurs permettent la pénétration indirecte de ces orientations politiques : par un jeu de déduction logique, on présente comme une solution technique nécessaire — puisqu'il s'agit d'un enchaînement mécanique du raisonnement — ce qui n'est à l'origine qu'un choix idéologique parmi d'autres possibles. Le choix purement politique (par ex., courant conservateur) justifie le choix d'un impératif qui n'est plus tout à fait politique (au sens de *politics*) et pas encore tout à fait juridique (par ex., mettre au-dessus de tout le respect de la parole donnée) mais dont va se déduire nécessairement un choix ou une construction très technique (par ex., la qualification d'engagement unilatéral de volonté). Et ainsi s'opère, par étapes, la transformation du politique en technique juridique... transformation qui reste cachée puisque la première étape n'est jamais avouée (le lien entre l'orientation politique et l'impératif servant de médiateur). Reste à savoir tout de même si cette présentation n'est pas quelque peu forcée...

II. RÉALITÉ ET NÉCESSITÉ DE L'OPPOSITION JURIDIQUE

33.— Poussant au plus loin l'exercice de déconstruction politique du discours juridique, en l'appliquant à des discussions éminemment techniques du droit des contrats, on a pressenti ce que cet exercice pouvait avoir d'artificiel ou, plus exactement, d'exagéré. Qu'il soit dit une fois pour toutes qu'il ne s'agit nullement de dénoncer l'hypothèse du « tout politique » comme ayant péché par erreur mais

83. Pour reprendre une formule de Bruno Oppetit, qu'il appliquait un peu diversement à certains « concepts de base de l'ordre juridique », v. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. « Précis », 1999, n° 112, p. 127.

84. Comp. M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, op. cit., n° 153, p. 187.

plutôt comme ayant péché par excès, la dimension politique de la technique juridique étant en elle-même indéniable⁸⁵. Aussi voudrait-on affiner l'approche pour cerner au plus près quelle influence exacte exerce le politique dans les débats du droit des contrats. Ainsi qu'on l'a énoncé au seuil de cette étude, il nous semble plus juste de considérer qu'en droit des contrats le débat est *partiellement et indirectement politique*. Après avoir explicité ce que l'on entend par là (I), on portera une appréciation critique sur cet état de fait (II).

A. LE CONSTAT : DES DÉBATS PARTIELLEMENT ET INDIRECTEMENT POLITIQUES

34.— En énonçant que les débats en droit des contrats sont *partiellement et indirectement politiques*, on entend rejeter l'hypothèse du « tout politique » à la fois parce qu'il se peut très bien que certains débats aient une dimension, sinon purement, du moins principalement technique, ensuite parce que même lorsque les débats sont vraisemblablement animés en arrière-plan par des éléments politiques, la technique juridique est loin de ne jouer qu'un rôle de façade.

1. Des débats partiellement politiques

35.— Si les débats ne sont que *partiellement* politiques, c'est à la fois parce que la plupart des discussions mobilisent aussi d'autres opinions que les opinions politiques (a) et parce que certaines discussions n'ont rien — ou presque rien — de politique ou bien encore ne le sont pas tant qu'on voudrait le faire croire (b).

a. L'opinion politique : une opinion parmi d'autres opinions

36.— Cette première observation appelle peu de remarques tant elle paraît évidente. À supposer que le juriste appuie ses constructions techniques sur ses propres convictions politiques, il y a tout lieu de penser que ces convictions se mêlent à d'autres, voire que ses convictions politiques soient reléguées à un plan très secondaire par rapport à ces dernières (par où, d'ailleurs, on pourrait se demander si l'hypothèse du « tout politique » n'épouse pas une certaine vision marxiste du droit⁸⁶).

85. V. la juste explication de J. Carlosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'"objectifs" », p. 23, in B. Faure (dir.), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010 : « [...] il ne me semble pas même abusif d'affirmer qu'en parlant droit, les juristes sont conduits, malgré eux le cas échéant, à parler politique. En aucune façon parce qu'ils en viendraient à se prononcer, explicitement ou cauteusement, pour ou contre telle ou telle proposition politique, mais plus simplement parce que la substance même de leur discours est au cœur du politique. C'est cela que faisait valoir jadis M. Villey en affirmant que tout juriste est partisan, par le fait même d'être juriste. Le choix revendiqué du seul registre technique n'y change rien, car cette technicité-là intéresse au plus haut point les manières de nouer le lien social autour de croyances instituées. »

86. Dans un tout autre contexte, v. B. Oppetit, « Gény », in *Droit et modernité*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998, p. 231, spéc. p. 250 : « Gény, en développant une thèse sous-tendant l'autonomie du juridique à l'égard du politique ou du socio-économique, reste fidèle, au fond, à la

On songe notamment à des convictions religieuses (que l'on songe à la relecture chrétienne que Ripert donne du droit des obligations dans *La règle morale*), des orientations morales, des considérations philosophiques et, pourquoi pas, des inclinaisons sentimentales ou même des motivations plus intéressées liées à la défense d'intérêts corporatistes ou professionnels. À telle enseigne que l'on pourrait en venir à considérer que l'ensemble des interrogations formulées dans notre étude pourraient tout aussi bien être faites à l'endroit de ces autres considérations extrajuridiques. Bien sûr, on aura tôt fait de répondre que cela ne remettrait nullement en cause l'hypothèse du « tout politique », qu'il faudrait alors simplement reformuler en hypothèse du « tout idéologique » ou plus largement du « tout opinion personnelle » — et l'on reconnaîtra volontiers d'ailleurs que l'identification de la nature proprement politique de telle ou telle opinion n'a rien d'aisé (on songe notamment au tracé délicat de la frontière entre politique et philosophie⁸⁷). Mais si, en effet, cela continuerait à mettre en cause l'utilité et la sincérité de la technique juridique, il n'en demeure pas moins que le facteur politique s'en trouverait singulièrement concurrencé dans cet office de déconstruction de la pensée juridique. Autant dire, *in fine*, que cet enchevêtrement d'idées, de sentiments, de croyances et de convictions dilue certainement l'influence du facteur politique dans les discussions du droit des contrats et compromet le postulat selon lequel les débats voient uniquement s'échanger des arguments politiques sous couvert d'arguments techniques. Car si ces arguments techniques font office de masques, ils masquent aussi bien d'autres choses qui peuvent, le cas échéant, compromettre ce que la conviction politique aurait, seule, ordonné. Encore peut-on douter, en outre, que la technique juridique ne soit toujours qu'un masque...

b. L'opinion politique : une place parfois très secondaire, voire inexistante

37.— Il est une seconde raison de penser que les débats en droit des contrats ne sont que partiellement politiques : cela tient au fait qu'un certain nombre d'entre eux ont principalement une dimension technique et que le facteur politique n'a qu'une influence très secondaire, voire inexistante. Si le contraire est soutenu, ce n'est qu'au prix d'une double exagération.

conception occidentale de l'idée de droit, qui assigne à la régulation par le droit une position médiane entre des considérations d'ordre moral et des soucis d'efficacité matérielle, à l'opposé de la "vulgate marxiste", pour reprendre la terminologie de Raymond Aron, qui réduit le droit à un simple reflet de l'évolution des structures économiques. »

87. V. la direction donnée par J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2002, n° 56, p. 111 : « il y a une distinction à observer entre les doctrines qui ont plus ou moins partie liée avec des idéologies politiques ou sociales, et d'autres qui se contentent d'appliquer au droit des attitudes intellectuelles ou morales que l'on peut dire philosophiques, parce qu'elles reflètent une sorte de sagesse — des sortes de sagesse. D'un mot, il est des philosophies du droit engagées, militantes, d'autres idéologiquement neutres, qui ne se veulent que sagesse — sagesse parfois opposées » (en italique dans le texte).

38.— I
peu l'o
er la f
C

comm
ment
et pro
fois q
tique
ainsi
au tr:
géné
droit
jecti
d'esp
sa cr
ou n
auta
vons
sout
une
de c
juris
mer
tiel
tair
pré
nist
sa p
sub
ou

sub
200

Or
« c
l'ét
au
ne

nc
Ar
RI

38.— *Première exagération.* On s'en rend d'abord compte en réhabilitant quelque peu l'opposition — déjà évoquée en introduction⁸⁸ — entre la fonction d'expertise et la fonction d'opinion de la doctrine⁸⁹.

Cette opposition est souvent dénoncée par les partisans du « tout politique » comme étant purement factice car, dans son travail d'identification, de recensement et de systématisation, le juriste est incapable de se livrer à un travail objectif et proprement scientifique (au sens des sciences dures). Autant dire qu'à chaque fois que le juriste s'exprime, il a nécessairement un parti pris (essentiellement politique dans cette thèse). L'observation est certainement vraie, pour une large part, ainsi que les meilleurs esprits se sont appliqués à le démontrer. Il n'est que de songer au travail magistral de M. Savaux qui a montré dans sa thèse pourquoi la théorie générale du contrat n'est qu'un mythe, du moins en tant qu'elle rendrait compte du droit positif, puisqu'elle est essentiellement une construction empreinte de la subjectivité de son auteur⁹⁰. De même Michel Villey écrivait-il que « c'est une illusion d'espérer que la science du droit soit jamais neutre, ni la science du droit séparée de sa création. [...] 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 choisir⁹¹. » Pour autant, la démonstration serait-elle vraie dans ses grandes lignes — nous y souscrivons volontiers — et notamment à l'égard des vastes constructions théoriques qui soutiennent l'ensemble du droit des contrats, doit-elle conduire à embrasser dans une même « dénonciation de subjectivité » le moindre compte-rendu d'une règle de droit, jusqu'à la plus détaillée et la plus précise ? Plus exactement, lorsque le juriste est interrogé sur l'état du droit par un non-juriste (et il ne s'agit pas forcément d'une activité marginale à l'heure du foisonnement législatif et jurisprudentiel : sans parler des consultations privées, on peut songer aux auditions parlementaires, aux interviews de journalistes ou à sa désignation — institutionnellement prévue — comme membre de telle commission de réflexion ou telle autorité administrative indépendante), ne peut-il jamais rendre compte d'une donnée sur laquelle sa propre subjectivité n'a guère de prise ou, en tout cas, une prise minime ? Où est sa subjectivité — et plus précisément son parti pris idéologique de droite, de gauche ou du centre — lorsqu'il estime que la vente qu'on lui soumet n'est pas valable

88. V. *supra*, n° 6.

89. Pour une très riche réflexion sur cette question et une approche critique de l'engagement subjectif de la doctrine, v. D. Gutmann, « La fonction sociale de la doctrine juridique », *RTD civ.* 2002. 455.

90. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997. On attachera notamment (v. spéc. n° 319 s., p. 237 s.) la plus grande attention à la façon dont l'auteur « déconstruit » une œuvre non moins magistrale, celle de M. Rouhette (G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactyl. Paris, 1965) pour montrer comment ce dernier auteur, ambitionnant pourtant d'être parfaitement objectif, n'y parvient guère (ce qui, évidemment, ne conduit pas M. Savaux à remettre en cause la richesse des conclusions de cette thèse).

91. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 291 (souligné par nous), cité par É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, thèse préc., n° 318, p. 237. Adde, en droit des contrats, J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003/1, art. préc.

parce qu'elle a été conclue par une personne seule de moins de 18 ans ? Où est-elle encore lorsqu'il constate que la donation d'un immeuble, parce qu'elle n'a pas été faite en la forme authentique, est nulle ?

Qu'on le veuille ou non, au-delà des discours très marqués du CLS sur l'incomplétude, l'incohérence et l'incertitude totale du droit, il est une part — difficile à mesurer certes — où le juriste intervient (et est sollicité) comme simple connaisseur d'une règle existante et qui n'est pas tant sujette que cela à interprétation. Aussi bien, sauf à nier totalement la réalité objective de cette règle, on ne voit guère pourquoi le juriste la déformerait toujours lorsqu'il ne fait que la répéter. Le fait est qu'il existe au moins une petite part de « donné juridique », pour la simple et bonne raison qu'il existe des sources de droit qui sont parfois parfaitement intelligibles. À partir de là, on peut bien sûr dire qu'il arrive plus souvent à l'interprète de reconstruire ou de participer à la construction de ce donné (en le complétant notamment) — cela est exact, quoiqu'il y aurait lieu alors, ainsi qu'y insiste très justement M. Gutmann, de s'interroger sérieusement sur la légitimité politique de cette démarche⁹² —, il n'empêche que cela n'est pas systématiquement le cas. On l'aura compris, le propos n'est ni de nier que le juriste a le plus souvent une approche subjective, ni de faire accroire qu'il est toujours parfaitement objectif mais, plus précisément et très simplement, de considérer que l'affirmation selon laquelle la parole du juriste n'est jamais — en aucune façon et en aucune occasion — neutre est exagérée. La comparaison avec le travail du musicien⁹³ ou, plus encore, du grammairien⁹⁴ pourrait être éclairante à cet égard pour mesurer comment neutralité et subjectivisme peuvent s'agencer.

92. D. Gutmann, « La fonction sociale de la doctrine juridique », art. préc., p. 455 : « tout ceci risque aussi de conduire la doctrine, forte de son bon droit comme de son bon... non-droit, à porter un jugement éthique sur les solutions jurisprudentielles et légales sans éprouver de doute apparent sur sa légitimité à procéder de la sorte. Or, c'est précisément là ce qui nous apparaît appeler de sérieuses réserves ». Sur ce point, v. *infra*, n° 52.

93. « De sa nature, l'interprétation serait une opération moins cognitive que créatrice (tous les grands musiciens seront d'accord avec ce propos) », J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, op. cit., n° 158, p. 316 (nous soulignons). Mais il faut ajouter que le musicien doit bien s'en tenir tout de même à la partition qu'en général il ne crée pas et qui s'impose donc à lui. Il est vrai que, outre les improvisations d'usage, l'on pourrait encore observer que nombre de partitions, anciennes ou incomplètes le conduisent à créer véritablement (v. l'interview du chef d'orchestre et luthiste V. Dumestre — Vincent Dumestre : *Una musica* — qui déclare : « une partition pour la guitare moderne, c'est une partition, je dirais, qui est du "tout cuit" [...] tout est noté : vous avez les intentions, les directions, les crescendo, les decrescendo... tout est fait ! Donc on ouvre, on referme ! Alors qu'avec le luth, tout est à faire parce que les partitions sont souvent perdues ; quand elles existent, c'est parfois en morceaux — parfois, il manque un quart de page — et là il faut un peu imaginer ce que c'est. Découvrir la musique ancienne, c'est donc chercher, c'est essayer de comprendre, au-delà de la partition que l'on a, au-delà surtout de l'édition moderne que l'on a, c'est toujours essayer de comprendre ce qu'a voulu dire le compositeur. Et on est amené, par la force des choses, à être aussi chercheur, chercheur de musique. »

94. On pourra en effet considérer, d'un côté, que le grammairien n'est qu'un observateur neutre de la langue créée par d'autres (l'usage de tous). D'un autre côté, lorsqu'il élabore, à partir de ses observations, la règle de grammaire à la manière du juriste qui dégage des théories générales, il est indéniable qu'il fait pour une part œuvre de création subjective — le parallèle est même saisissant avec le

Bien sûr, on observera que dans le cas de règles très nettes, il n'y a pas de débats, à proprement parler, entre juristes. Mais, d'une part, ce serait donc convenir qu'il est des cas où le droit n'est pas sujet à discussion, n'est donc pas sujet à interprétation et peut alors être constaté objectivement par le juriste... D'autre part, même lorsqu'un débat fait rage, il nous semble encore qu'il peut rester principalement technique.

39.— *Seconde exagération.* On en vient au second excès dans lequel la thèse du « tout politique » nous semble tomber. Il y a certainement une part d'artifice à déconstruire certains débats du droit des contrats dès lors que la part qu'y prennent les opinions politiques des protagonistes est parfois négligeable. Certes, cette part d'influence demeure très difficile à mesurer et il ne faut pas perdre de vue, d'une part, le fait que les convictions politiques d'un protagoniste peuvent certainement jouer à son insu, inconsciemment ; d'autre part, le fait que pour un même débat certains des intervenants peuvent avoir des arrière-pensées politiques mais pas d'autres (ces derniers jouant le jeu de la technique « pour elle-même » en quelque sorte). Ainsi, pour reprendre les exemples cités précédemment, il est très douteux que tous ceux qui entendent qualifier l'offre d'engagement unilatéral de volonté soient nécessairement des conservateurs, pas plus que ceux qui se refusent à la sanctionner autrement que par l'article 1382 sont nécessairement des libéraux. Ou bien encore la promotion de la confiance légitime n'est pas nécessairement l'œuvre des progressistes (que l'on songe d'ailleurs à l'importance du concept dans les droits anglosaxons qu'on peut difficilement suspecter de socialisme). De même, si le débat sur la suppression de la cause est pour certains un lieu d'affrontements feutrés sur la perspective d'un droit européen des contrats, il n'en demeure pas moins que pour d'autres — mais aussi pour les mêmes, dans le même temps ! — la théorie de la cause permet un débat purement technique sur ses fonctions, son utilité et son mode de fonctionnement. Il suffirait d'ailleurs, pour s'en convaincre, de rappeler que la théorie anti causaliste (et, en face, la théorie causaliste) s'est développée, entre autres, sous la plume de Planiol, bien avant que la question d'un droit européen des contrats ne se pose.

40.— En somme cette double exagération faite par la thèse du « tout politique » la conduit à dresser un tableau peu réaliste des débats en droit des contrats. C'est le travers classique de la théorie du droit que de perdre pied avec la réalité par un excès d'abstraction — ce qui est piquant puisqu'il est justement reproché aux juristes du droit des contrats de ne pas suffisamment « coller » au réel à raison des excès de la technique juridique ! La présentation faite par la thèse du « tout politique » sacrifie trop à l'idée d'une bataille (politique) rangée entre auteurs, d'un combat très ordonné de croyances politiques fermes et bien identifiées alors que

juriste car comme lui, ainsi que l'avait observé Carbonnier, il « étudie[re] des phénomènes et formule des règles tout à la fois » (J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, op. cit., n° 22, p. 65). Mais, comme pour le juriste, ce serait exagérer le phénomène que de considérer que ce grammairien ne fait que créer tout le français de toutes pièces et de lui-même.

l'on est plus probablement en présence d'un bouillon d'idées dans lequel chacun jette, parfois seulement, ses convictions, parfois contradictoires et pas toujours politiques...

Bien sûr, on pourra juger que notre démarche est faussée dès l'origine : nous avons dans un premier temps fait un effort de déconstruction en choisissant un exemple très technique (la rétractation de l'offre) et, si l'on peut dire, en le montant en épingle pour, dans un second temps, s'insurger contre l'artifice qu'il y a à déceler des facteurs politiques sinon inexistants du moins très exagérés — facteurs que nous aurions nous-mêmes faussement identifiés. Un trucage, en somme... Mais il faut alors faire observer, d'une part, que l'hypothèse du « tout politique » oblige nécessairement à passer au crible politique tout débat, même le plus technique, puisque cette thèse part du principe qu'un débat n'est jamais réellement technique mais toujours implicitement politique. D'autre part, une telle accusation aurait une nouvelle fois le mérite de donner crédit à ce que nous souhaitons établir : s'il existe des débats qui sont de mauvaises illustrations de la pénétration du politique en droit des contrats, c'est donc bien que certains débats sont, sinon tout à fait neutres politiquement, du moins très peu connotés politiquement. Et l'on voudrait alors montrer que s'il en est ainsi, si les débats en droit des contrats ne sont que *partiellement* politiques, c'est pour une bonne part *parce qu'ils ne le sont qu'indirectement*. C'est sur ce point qu'il faut à présent insister.

2. Des débats indirectement politiques

41.— On voudrait ici montrer que les spéculations techniques en droit des contrats occupent clairement le devant de la scène — ce que l'hypothèse du « tout politique » ne nie pas mais dénonce — et qu'elles n'ont rien d'artificiel — ce que l'hypothèse du « tout politique » laisse entendre —, ce qui contribue de façon décisive à « dépolitiser » les débats et à faire en sorte que ces débats ne soient parfois que partiellement politiques, voire quasiment apolitiques, le mouvement s'entretenant alors de lui-même. En somme, parce que la technique joue réellement un rôle, la politique n'a qu'une influence très indirecte.

On ne reviendra pas sur le caractère très technique du droit français des contrats : que la logique formelle occupe l'essentiel des raisonnements, que le jeu des déductions et des constructions mécaniques pénètre l'essentiel des démonstrations, que les juristes en la matière soient les champions du syllogisme et d'une sorte de meccano juridique est un constat partagé par tous, justement pour le dénoncer de plus en plus fréquemment. Dans ce contexte, on ne saurait nier que les juristes de droit des contrats ont l'esprit formé à cette façon de raisonner qui devient pour eux comme une seconde nature intellectuelle. Aussi bien, en la matière, la technique a, pour ainsi dire, son dynamisme propre et vit sa vie une fois détachée de l'opinion politique qui a pu, très en amont, la faire naître. Peut-être même arrive-t-il alors au juriste de raisonner « en droit pur », c'est-à-dire en acceptant le matériau premier dans lequel il évolue : les grandes théories générales et les principales

constructions (par ex., l'obligation naturelle, l'engagement unilatéral de volonté, la théorie de la rupture des pourparlers, la théorie de la réception ou de l'émission, la théorie des vices du consentement, la théorie de l'erreur-obstacle, la théorie de la cause et de l'objet, la théorie de la force majeure, la théorie de la responsabilité contractuelle, la théorie de l'exception d'inexécution, etc.) qui sont autant de micro-systèmes ayant leur logique interne propre et qui peuvent en quelque sorte tourner sur eux-mêmes. Enfermé dans l'une ou l'autre de ces constructions, le juriste peut alors discuter et perfectionner son fonctionnement, comme le passionné réglerait sans cesse avec soin et plus finement un moteur. Il est même probable alors que, dans les oppositions — très réelles — qui peuvent naître sur ce réglage minutieux, et dans ce périmètre étroit, les protagonistes perdent de vue des soubassements politiques devenus lointains et ne jouant plus qu'un rôle très secondaire dans la discussion. Leur activité consiste alors essentiellement, à partir du matériau jurisprudentiel principalement, à tenter des synthèses, préciser la définition d'un standard juridique, chasser les incohérences, opérer des rapprochements, agencer des principes et des exceptions, traquer des vices de logique, etc., pour que la « machine » continue à tourner selon un plan identifiable et surtout prévisible. Ce faisant, il n'est guère impossible qu'en se soumettant à cette logique générale, défendue pour elle-même, le juriste en vienne à soutenir une solution de droit qui, en phase avec telle ou telle théorie du « système droit des contrats », n'est pas en phase avec ses convictions politiques, qu'il en ait conscience ou non. Évidemment, on peut légitimement s'insurger contre ces excès de technicisme et regretter que le juriste, emporté par le mouvement propre de la technique prenne le risque de la faire tourner sur elle-même sans considération pour les intentions et les résultats pratiques⁹⁵. Mais cela revient précisément à reprocher aux juristes de ne plus faire de politique ou de ne plus en faire assez et donc reconnaître du même coup que nombre de débats en droit des contrats sont dépourvus d'une réelle confrontation politique implicite.

Quoi qu'il en soit de cette situation — on y reviendra —, il faut tout de même préciser que ces abus prétendus de la technique s'expliquent en partie certainement par la spécificité de la matière. Dès lors que le contrat relève souvent de l'ingénierie des relations économiques et que, sociologiquement, il répond à un besoin très fort d'organisation et de planification, le droit qui le régit ne peut lui-même être que d'une haute précision technique et s'efforcer de satisfaire au mieux un impérieux besoin de prévisibilité⁹⁶. S'ajoute à cela que, par définition, la plupart des débats qui s'engagent entre juristes sont des débats ayant lieu en aval de la création des règles juridiques par les

95. Pour la dénonciation d'un tel risque, à titre d'illustration, v., en de belles lignes, G. Goubeaux, « À propos de l'erreur sur la valeur », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389, spéc., n° 2 et 3, p. 390-391.

96. Ce faisant, on a bien conscience de fonder notre propre raisonnement sur un certain parti pris ou en tout cas, sur une certaine conception du contrat qui est loin d'être universelle. Le contrat-acte de prévision n'est pas perçu comme tel dans les droits orientaux. Pour d'intéressants développements sur cette question, v. O. Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, thèse Paris 2, 2010, n° 342 s., p. 172 s.

sources formelles du droit — on songe notamment à la loi. Or, c'est au stade de ces sources formelles que les choix proprement politiques sont faits, choix qui s'imposent ensuite aux interprètes qui disposent certes d'une marge de manœuvre — et même d'une parcelle de pouvoir de création —, on l'a vu, mais qui, pour l'essentiel, se voient imposer ces choix politiques traduits par divers instruments techniques. Aussi bien, si l'on met à part leur fonction de proposition de règles nouvelles, le cadre des débats leur est imposé pour une part et ces mêmes débats ne peuvent se dérouler qu'au sein d'un choix politique prédéfini. Dans ces conditions, à moins de remettre totalement en cause la volonté exprimée par la source formelle de droit, le débat ne peut que perdre en intensité politique et se déplacer sur un terrain bien davantage technique. C'est peut-être ce que déplore au fond le mouvement des CLS (qui n'accepte pas les orientations politiques données depuis longtemps au droit américain des contrats) : ils reprochent aux juristes du droit des contrats d'avoir accepté un cadre idéologique général dans lequel les débats ne pouvaient, par voie de conséquence, que devenir très techniques (les choix idéologiques ayant été déjà faits en amont). D'où cette volonté de détrôner la technique pour « repolitiser » les échanges... Si cela était vrai, l'hypothèse du « tout politique » ne serait qu'une mystification ou plutôt une exagération très stratégique car, trop conscients du fait que les débats du droit des contrats n'ont justement pas assez de soubassements politiques, ses adeptes chercheraient en réalité à gonfler artificiellement l'infrastructure idéologique de ces débats pour légitimer leur propre activisme politique.

Si l'on essaye à l'inverse d'identifier réellement ce qu'il en est de l'influence du politique en droit des contrats, on en vient à considérer, sans nier cette influence, qu'elle n'a vraisemblablement pas l'intensité qu'on lui prête parfois car, ainsi qu'on l'a vu, le vecteur de la technique juridique lui fait perdre de son intensité. Et ce, sans artifice, car les débats de technique juridique ont une réelle consistance et ne sont pas que des masques : jouant au contraire le premier rôle, la technique a pour objet d'améliorer sans cesse l'intelligibilité, la connaissance et la prévisibilité du droit des contrats, la doctrine étant parfaitement dans sa fonction de grand ordonnateur de la matière et le juriste dans son rôle d'expert en systématisation et en interprétation.

Reste alors à apprécier cette situation.

B. L'APPRÉCIATION : UTILITÉ DE LA MÉDIATION D'UNE TECHNIQUE « ENGAGÉE »

42.— Faut-il regretter que les débats du droit des contrats soient trop techniques et pas assez politiques ? Faut-il déplorer que la technique soit même utilisée à l'occasion pour masquer des orientations purement politiques ? Cela n'est pas certain. On voudrait rechercher pourquoi la technique occupe le devant de la scène et l'on verra alors qu'il y a à cela quelques bonnes raisons (1) qui pourraient justifier que l'on défende, dans une certaine mesure, cet état de fait (2).

1. Pourquoi la technique prime-t-elle en droit français des contrats ?

43.— La technique juridique n'a pas nécessairement bonne presse. On l'accuse d'avoir phagocyté le droit français des contrats au seul bénéfice de la dogmatique abstraite et, lorsque certains courants laissent accroire que le droit n'est que politique et que la technique n'est qu'un paravent, la technique est peut-être implicitement accusée d'être un parasite à l'utilité douteuse et, du même coup, les juristes de droit des contrats d'être (en grossissant le trait) ou des hypocrites dissimulant leurs visées politiques véritables ou des intellectuels purs ayant totalement perdu de vue la réalité⁹⁷. L'explication est peut-être autre et on en voit notamment trois éléments.

44.— *Premier élément d'explication.* Ainsi qu'on l'a dit, il y a parfois, dans l'entreprise de déconstruction politique du discours juridique, une sorte de stigmatisation de l'hypocrisie : de rares esprits libres dénonceraient le comportement des autres, eux étant tout de transparence et osant s'exprimer à visage découvert, rares personnes franches et honnêtes contre la multitude qui continuerait d'avancer masquée. Et si, pour voir les choses autrement, il y avait à l'inverse, dans cette politisation feutrée, *un sens de la retenue et un respect pour celui qui ne partage pas immédiatement ses opinions politiques* ? Non pas pour le tromper mais plutôt pour ne pas le heurter et entrer en dialogue avec lui. On ne peut s'empêcher de penser, comme modèle du genre, à la façon dont écrivait et raisonnait Carbonnier, véritable artiste de la dialectique avec soi-même qui faisait sans cesse s'échanger sous sa plume les arguments *pro* et les arguments *contra*, sans qu'il soit aisé d'identifier *in fine* son opinion propre. Il y aurait là certainement matière à une réflexion de psychologie sociale — ou peut-être tout simplement de « savoir-vivre doctrinal » ? — qui montrerait peut-être qu'un débat serein, à égalité d'armes et authentiquement ouvert, suppose, au départ au moins, de trouver un terrain de rencontre pour entamer la *disputatio*. Dans cette perspective — et si on laisse bien sûr de côté les discussions qui se veulent ouvertement politiques —, il n'est pas toujours opportun de commencer par jeter à la face de l'autre ses convictions politiques afin de trouver un lieu de débat qui soit relativement neutre. Précisément, *la technique offre cette neutralité, quand bien même elle serait relative et l'on serait alors tenté d'y voir une sorte de langage commun élaboré pour permettre une rencontre et une discussion.*

45.— *Deuxième élément d'explication.* Prolongeant la réflexion précédente, il paraît clair que ce « langage commun », car neutre, est le meilleur pour s'adresser au juge, point crucial si l'on garde à l'esprit que le juriste de droit des contrats doit avant tout convaincre ce dernier. Il faut même souligner que la nécessité de se placer sur

97. Rappr. l'histoire des idées juridiques aux États-Unis d'Amérique, et la critique du « formalisme » par le mouvement du « réalisme », v. P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, op. cit., p. 269 s. V. aussi, pour une publication récente et une réhabilitation raisonnée du formalisme en droit des contrats, C. Bridgeman, « Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy : Positivism, Formalism, and the Specification of Rules in Contract Law », *Cardozo Law Review* 2008, p. 1443, disponible sur [www.ssrn.com].

un terrain technique est spécialement forte en France, pays légicentriste où le juge ne peut ouvertement revendiquer la création du droit justement pour des raisons politiques (parce qu'il n'a pas constitutionnellement compétence pour édicter de nouvelles normes)⁹⁸. En effet, le juge est lui-même obligé de demeurer sur le seul terrain de la technique juridique, précisément pour signifier qu'il ne prend pas de décision politique ce qu'est dans une large mesure, on l'a déjà dit, l'édiction d'une nouvelle règle⁹⁹. En toute logique, cette donnée essentielle pèse de tout son poids sur les autres acteurs du droit : *puisque le juge ne peut faire que de la technique, il faut parler son langage pour être entendu de lui* ou, à tout le moins, lui présenter un argumentaire qu'il pourrait reprendre sans risque d'être accusé de « faire de la politique ».

46.— *Troisième élément d'explication.* Comme on le constate, la neutralité de l'argumentaire technique est cruciale en France pour le rendre audible, ce qui n'est pas forcément choquant : les écrits trop marqués politiquement sont soupçonnés d'être partisans et peuvent susciter chez l'interlocuteur un certain malaise voire un soupçon de malhonnêteté (certains contre-arguments ne sont-ils pas occultés ?). Encore faut-il préciser que cette exigence de neutralité, qui est donc plutôt celle d'un recul par rapport aux convictions politiques, vaut non seulement vis-à-vis des autres juristes et vis-à-vis du juge mais aussi vis-à-vis de soi-même. *Le juriste a, pour lui-même, un souci de distanciation, cruciale pour préserver sa crédibilité scientifique*¹⁰⁰, mais peut-être surtout par défiance envers ses a priori politiques (car chacun se sait sinon aveuglé du moins conditionné par ses propres convictions). Et s'il croit devoir agir ainsi, n'est-ce pas encore par mimétisme, cette fois de l'idéal d'impartialité de sa matière ? Nourri de l'image mythique d'un droit accepté par tous, celle d'un droit partisan lui déplaît : c'est retirer son bandeau à Thémis et mettre sa balance à terre. Les constructions techniques conduisent alors le juriste à effectuer ce décentrage, gommer ce que la subjectivité peut avoir de trop fort et permet de faire décanter les intuitions politiques. Bien sûr, le risque de se berner soi-même n'est pas à négli-

98. Insistant sur ce point, v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n° 44, p. 97.

99. On en a une illustration manifeste à chaque fois qu'il est demandé au juge de trancher une question dont la dimension politique est très explicite : à chaque fois, la Cour de cassation a préféré botter en touche que ce soit pour le mariage homosexuel ou, dernièrement, les mères porteuses.

100. Il s'agit bien sûr de préserver sa crédibilité vis-à-vis des autres juristes mais peut-être aussi vis-à-vis des autres sciences. Ainsi que l'a montré M. Savaux dans sa thèse, les juristes sont frappés par une sorte de « complexe » collectif (É. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, op. cit., n° 516, p. 337). Sur fond d'invasion méthodologique des sciences dures, « c'est sans doute par crainte d'être considérés comme de pauvres savants que les civilistes [...] font semblant de croire que ce qu'ils rapportent est bien le droit tel qu'il est » (n° 514, p. 336). C'est en partie pour cette raison qu'ils privilégient le terrain technique à une discussion en pure opportunité politique. Le risque pour le juriste, en disant que tout n'est qu'opinion personnelle en droit, est en effet que sa matière et ses compétences propres disparaissent tout à fait. S'il n'y a de combats que politiques, faire œuvre proprement juridique est inconcevable. Mais, démontre M. Savaux, aucune science ne peut échapper au grief de subjectivité, ce qui fait que les juristes n'ont guère à être plus complexés que les autres (v. ses développements, n° 352 s., p. 253 s.).

ger¹⁰¹ : croyant mettre à distance ses convictions, le juriste ne ferait au contraire que les celer à lui-même précisément à cause de la technique juridique. Mais la solution, ainsi qu'on va le voir, est à trouver dans une sorte de compromis : le refus de débats politiques ouverts et, conséquemment, le choix de débats techniques mais en toute conscience du risque de « non-neutralité » de cette dernière.

2. Pourquoi une technique « engagée » doit continuer à primer en droit français des contrats¹⁰²

47.— Achévant sa puissante démonstration sur le mythe de l'objectivité de la théorie générale du contrat, M. Savaux indique avec optimisme la voie que peuvent malgré cela emprunter les juristes : « le seul moyen d'approcher au plus près la complexité du contrat, comme celle du droit en général, écrit-il, paraît bien être la multiplication des points de vue et la discussion permanente des théories rivales¹⁰³ », accréditant ainsi l'idée, chère à Flour et Aubert, selon laquelle « le droit est, fondamentalement, "la science du contradictoire"¹⁰⁴ ». Est-ce à dire pour autant, que la technique juridique doit s'effacer, comme s'effondrerait un paravent inutile, afin que les débats d'auteurs deviennent seulement des joutes politiques ? Après avoir montré pourquoi la technique doit conserver sa place de choix en droit des contrats (a), nous nous efforcerons de montrer en vertu de quel équilibre technique et politique peuvent continuer de s'agencer (b).

a. Restaurer l'image de la technique juridique¹⁰⁵

48.— Que l'on nous permette une certaine franchise : la technique juridique fait l'objet de telles critiques qu'il est peut-être à craindre, après des années d'abstraction logique, que l'on ne bascule dans l'excès inverse. Plus encore, le reproche majeur qui peut être fait à l'hypothèse du « tout politique » est qu'elle conduit à « tuer le juriste »¹⁰⁶ à nier qu'il puisse avoir une fonction sociale propre et différente

101. Rapp. les fines analyses de É. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, op. cit., n° 520 s., p. 339 s. qui montre que la croyance du juriste dans l'objectivité de sa description est salutaire au quotidien car elle lui évite de penser à chaque instant que ce qu'il décrit n'est que l'expression de son point de vue et n'a donc pas de réalité certaine : « le mythe de la positivité de la théorie générale qui dissimule l'importance du sujet, qui lui permet de croire que ce qu'il dit être le droit est vraiment le droit, est destiné à éviter aux professeurs de sombrer dans l'impuissance et le doute » (n° 523, p. 340).

102. Pour une histoire des idées et une réflexion pénétrante sur « la querelle des logiques du droit », v. M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, op. cit., p. 181 s.

103. É. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, op. cit., n° 527, p. 342-343.

104. J. Flour, J.-L. Aubert, *Les obligations. L'acte juridique*, avant-propos de la 1^{re} éd. de J. Flour, p. III, cité par É. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, op. cit., n° 526, p. 342.

105. Sur la technique juridique, sa définition, ses méthodes propres, ses dangers, v. bien sûr, les puissantes analyses de R. von Jhering, *L'esprit du droit romain...*, trad. O. de Meulenaere, 2^e éd., t. III, p. 15 s. ; F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, III, *Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n° 178 s., p. 1 s. ; R. Demogue, *Les notions fondamentales...*, A. Rousseau, Paris, 1911, p. 201 s.

106. Est-ce à dire qu'il y aurait quelque parenté idéologique entre l'hypothèse du « tout politique » et la fameuse phrase que Shakespeare fait dire à Dick le Boucher dans *Henry VI* (partie 2,

d'un journaliste, d'un sociologue, d'un observateur politique ou même d'un citoyen pris en sa seule qualité de citoyen¹⁰⁷. À l'inverse, il est peut-être plus juste de chercher, comme le souhaitait Gény, « à comprendre [...] tout ce qui fait le métier propre du juriste¹⁰⁸ » — même si un juriste peut difficilement dire le contraire, il faut le reconnaître. Or, il nous semble que cela revient à défendre l'utilité de la technique juridique.

49.— On commencera par cerner les mérites de la technique juridique et de sa domination dans les débats entre juristes par *a contrario*. Il faut en effet se demander si une politisation ouverte et généralisée des propos entre auteurs ne risquerait pas de compromettre la qualité des discussions ou, en tout cas, de parasiter leur intelligence : cette politisation pourrait bien cristalliser les oppositions, appauvrir les propositions, voire créer des polémiques artificielles. L'effet pervers des « étiquettes » politiques, collées définitivement à tel ou tel juriste, est d'enfermer l'autre dans une vision d'autant plus caricaturale de ses opinions qu'on ne les partage pas ; de ne plus prêter crédit, par avance, à ce qu'il va dire. À l'inverse, l'intéressé peut lui-même s'enfermer et s'enfermer dans une posture qu'il ne souhaiterait pas forcément aussi radicale à l'origine mais dont il ne bougera plus pour des motifs parfois obscurs : par orgueil, pour ne pas être accusé de trahir son « camp », par aveuglement progressif, etc. L'observation de l'arène politique n'est pas dépourvue d'enseignements à cet égard : plutôt que des débats sereins où chacun s'efforce de comprendre l'autre et de reconnaître la part de vérité de ses propos, les débats entre auteurs pourraient devenir des débats trop passionnés — et donc ni raisonnés ni raisonnables —, alors que l'on attend justement des juristes qu'ils dégagent des compromis (*in medio stat virtus*) et des équilibres subtils entre les divers impératifs de la vie sociale. Aussi bien, un peu paradoxalement, les combats implicites, voire cachés, à fleur de mouche permettent que les échanges soient bien plus nuancés, bien plus riches et bien plus libres. Cela ouvre plus facilement la voie et au respect de l'autre et à une évolution des positions initiales pour dégager parfois, *in fine*, une position commune : la mise à distance de la politique permettrait ainsi aux juristes de dégager des consensus qui pourraient ne pas être trouvés sans cela. *En somme*,

acte IV, scène II) — « Commençons par tuer tous les juristes » ? Une interprétation (favorable aux juristes mais discutée) de cette remarque lui donne pour signification qu'il est nécessaire pour tout révolutionnaire de se débarrasser des juristes précisément parce qu'ils sont les gardiens de l'ordre, de l'État de droit et des libertés — ce qui évidemment les valorise *a contrario*. On peut aussi l'interpréter comme exprimant l'idéal marxiste d'une société sans droit (la phrase faisant écho avec les promesses de Cade — auquel Dick le Boucher répond — de supprimer l'argent, de donner à chacun à boire et à manger selon sa volonté, de faire de tous des frères, etc.).

107. Comp. D. Gutmann, « La fonction sociale de la doctrine juridique », art. préc., qui souligne à juste titre que si la fonction du juriste est de créer le droit — forcément à partir de ses propres conceptions éthiques — on ne voit guère pourquoi il aurait une plus grande légitimité à le faire que tout autre citoyen. Ce qui amène l'auteur à considérer que la fonction du juriste est ailleurs : « la doctrine juridique, lorsqu'elle s'affirme comme telle, se conçoit avant tout comme une aide à la décision prise par d'autres, à savoir le législateur et le juge ».

108. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, III, op. cit., n° 181, p. 12 et pour ses réflexions sur cette question, n° 179 s., p. 4 s.

c'est peut-être justement parce que la politique est présente dans les débats juridiques qu'elle ne doit jouer qu'en sourdine et en usant fort opportunément de la médiation qu'offre la technique juridique.

50.— Ensuite, de façon positive cette fois, on se doit de rappeler que la technique est l'auxiliaire indispensable du politique puisqu'elle en permet la réalisation. La technique juridique est en effet le moyen de rendre opérationnel, c'est-à-dire de faire produire des réalisations concrètes, à une idée politique : « à cela tend précisément la technique, écrivait Gény, affaire de volonté plus que d'intelligence, qui se spécifie par son caractère *constructif*, visant à choisir et organiser, comme des sortes de "trucs", les moyens les plus aptes à atteindre les fins suprêmes du droit¹⁰⁹ ». Même le plus révolutionnaire des juristes ne se contentera jamais de proclamer qu'il faut répartir égalitairement les richesses entre tous comme seule règle de droit : il faudra bien prendre des mesures pratiques pour cela. L'observation est d'ailleurs classiquement celle des théoriciens du droit, au moins depuis Jhering qui a montré combien l'atteinte du but matériel du droit ne peut se faire que par une réalisation formelle, la « facilité d'administration » (« la facilité de réalisation » disait Gény¹¹⁰) exigeant d'ailleurs le plus souvent quelque imperfection de résultat au fond, inévitable¹¹¹.

Mais, dira-t-on, ces remarques valent certainement pour le législateur ou, en tout cas, pour celui qui élabore le droit : elles portent moins lorsqu'il s'agit de débattre de l'identification ou du bien-fondé de la règle. Rien n'est moins sûr, précisément parce qu'il est suffisamment souligné (parfois à l'excès, on l'a dit) que l'identification du droit est, pour une part, sa reconstruction par l'interprète — toutes les théories générales du droit des contrats élaborées par la doctrine en étant l'illustration parfaite. Quant aux débats sur la valeur même d'une règle, ils ne peuvent eux-mêmes se limiter à un échange d'idées politiques mais doivent déboucher, pour permettre « l'administration » pratique du droit, sur une proposition technique alternative.

51.— Dans ces conditions, on est tenté de considérer que « ce qui fait le métier propre du juriste, ce qui lui crée dans la société un rôle à part¹¹² » est peut-être bien,

109. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, III, *op. cit.*, n° 182, p. 18 (souligné dans le texte). Encore faut-il préciser que, pour Gény, il s'agit bien sûr non pas de réaliser un choix politique discrétionnaire mais « de réaliser, pratiquement et par le menu, les exigences un peu théoriques et générales, issues du donné » (*ibid. loc. cit.*, souligné dans le texte).

110. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, n° 183, p. 20.

111. V., D. Kennedy, M.-C. Belleau, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *art. préc.*, p. 175 : « Jhering affirme que les normes positives s'avèrent fréquemment radicalement imparfaites du point de vue de leurs différentes finalités matérielles, car elles doivent être également faciles à administrer. » L'exemple le plus parlant donné par Jhering est celui des règles de la majorité : « la maturité du développement intellectuel et du caractère constitue l'idée philosophique de la majorité ; mais cette idée n'est susceptible d'aucune application pratique ; on la remplacera donc par le chiffre de l'âge : elle perdra de sa vérité, de sa correction, mais sa mise en pratique est assurée » (R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*..., trad. O. de Meulenaere, 2^e éd., t. III, p. 20-21).

112. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, III, *op. cit.*, n° 181, p. 12 qui pour sa part apporte la réponse suivante, un peu mystérieuse à dire vrai : le propre du juriste c'est « la réalisation

justement, d'être un *savant chargé de mettre le droit (les règles) en système* et donc nécessairement un expert en constructions techniques. Il classe, il distingue, il définit, fait des rapprochements et des recoupements, il dégage des critères suffisamment fermes, il induit des principes généraux d'un amas de règles dont il pourra ensuite déduire de nouvelles applications, etc. Après tout, n'est-ce pas ainsi que s'est distingué Domat ? Et si le besoin social d'avoir des juristes se fait sentir, c'est que la naissance du droit — mystère insondable qui mêle donné et voulu — ne se fait pas spontanément de manière ordonnée et que le « non-juriste » ne peut aisément parvenir à sa connaissance ni ne maîtrise l'art de l'interprétation (comprendre un texte de loi ou un arrêt est affaire d'expert) ou celui de la construction systématique, c'est-à-dire l'agencement rationnel des règles créées¹¹³. Ce savoir expérimental, cet art acquis par l'expérience qui en fait un observateur scrupuleux du phénomène normatif montre que le juriste est avant tout un *fin connaisseur* de ce qui est généralement mal connu et interrogé pour qu'il le restitue de façon intelligible et certaine, quitte à le reconstruire en partie — un lointain héritier des pontifes romains qui, cette fois, ne garderait pas le Droit pour lui. À partir de là, comment nier qu'une part non négligeable des débats entre juristes consiste justement à discuter de la meilleure mise en système des normes, ce qui conduit nécessairement à des discussions de logique formelle (telle disposition est incompatible avec telle autre, tel arrêt engage une voie dangereuse pour la cohérence des solutions acquises jusqu'à présent sur tel point, telle innovation d'un droit spécial devrait mériter, par induction, une généralisation, etc.) auxquelles sont mêlées des appréciations en opportunité, ce qui fait que ces débats sont bien faits de technique (mais une technique qui n'est pas aveugle, on y reviendra). On peut certes s'irriter des abus d'abstraction et de déduction mais autant s'irriter du droit lui-même. Car, qu'on le veuille ou non, la logique formelle lui est indispensable précisément parce que le droit n'est pas fait de décisions individuelles prises *a posteriori* au coup par coup mais de règles abstraites valant pour tous *a priori* : la prévisibilité et la généralité — entendue comme le contraire d'une rupture d'égalité — sont de son essence¹¹⁴. Aussi bien, pour permettre de dire à l'avance comment une situation conflictuelle sera tranchée, l'esprit de géométrie est indispensable au droit et au juriste pour être intelligibles¹¹⁵.

effective de la justice entre les hommes » (souligné dans le texte).

113. « La force des juristes français réside très généralement dans leur capacité d'analyse et de systématisation du droit positif et dans leur aptitude à maîtriser et à développer, par toutes les ressources qu'offrent l'interprétation et le raisonnement juridiques, les implications d'un texte, d'une règle, d'une décision, d'une notion ou d'une institution », B. Oppetit, « Gén y », in *Droit et modernité*, op. cit., p. 231, spéc. p. 235. Mais la remarque de l'auteur s'insère dans une réflexion critique, sur laquelle v. *infra* n° 55, en note.

114. V. la riche réflexion de T. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, thèse, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, spéc. n° 46 s., p. 59 s. qui montre que l'élément déterminant de la sécurité juridique est la prévisibilité.

115. V. les inflexions notables que Demogue apporte à cette vision des choses, R. Demogue, *Les notions fondamentales...*, p. 203-204 (on laisserait de côté « l'adaptation du droit aux circonstances imprévues »).

À l'inverse, on peut se demander si l'hypothèse du « tout politique » ne renoue pas dans ses méthodes avec l'École allemande du droit libre et avec son point d'aboutissement, la « déstructuration » du droit. En cultivant l'idée d'une navigation à vue, d'un droit créé au coup par coup de la discussion politique et de l'opportunité, on refuse l'ordonnancement. Il y a parfois dans ce pragmatisme de bon aloi que Bruno Oppetit désignait comme « le positivisme factueliste¹¹⁶ », un empirisme désespérant — car le désordre dans les solutions est proclamé comme un programme¹¹⁷ — et qui n'est pas sans danger — car du réalisme sociologique au relativisme, à commencer par le relativisme moral, il n'y a qu'un pas¹¹⁸ (ce serait, pour le coup, trahir totalement Gény). Certes, il ne faut pas nier ce qu'une telle démarche peut avoir de fécond, ne serait-ce que parce qu'elle a permis de dénoncer les excès, les aveuglements et les faux-semblants de la méthode déductive¹¹⁹ — la pensée du second Ihering (sa dénonciation du « ciel des concepts ») et celle de Gény ont du reste été une amorce aussi décisive que salutaire¹²⁰. Et il n'est guère étonnant qu'elle puisse susciter de nos jours une certaine fascination : « dans une postmodernité qui, s'éloignant de la rationalité des Lumières, réhabilite l'exubérance primitive, écrit Carbonnier, le désordre a pris des couleurs nouvelles et trouvé chez les juristes plus de compréhension. Les mathématiciens n'ont-ils pas élaboré une théorie du chaos, propice à des analogies, fussent-elles douteuses ? Du moins admettra-t-on aujourd'hui que tout n'est pas mauvais dans les désordres, sinon dans l'anarchie, qu'ils peuvent avoir des vertus thérapeutiques [...] »¹²¹. » Mais l'auteur d'ajouter immédiatement : « cependant, après des moments, brefs plutôt que longs, de désordre, c'est sans surprise que la société a l'air de revenir spontanément à l'ordre (et au droit), comme par un besoin psychophysique¹²² ». Et, à se placer sur le terrain favori des réalistes — être en prise avec le réel, ne pas évoluer dans un monde abstrait —, le bon sens conduit justement à considérer que le milieu social a d'abord besoin d'un droit sûr, prévisible et tout spécialement en droit des contrats, actes d'anticipation par excellence — ce que seul l'ordonnancement technique peut offrir.

116. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 82, p. 102. À noter que l'auteur s'insurgeait aussi contre ce qu'il appelait le « positivisme didactique » (les abus des constructions logiques), v. B. Oppetit, « Gény », in *Droit et modernité*, op. cit., p. 235.

117. Il y aurait lieu de se demander ici si une certaine logique des droits de l'homme, très politique du reste, ne participe pas de ce mouvement qui ne pense pas la chose juridique en système de droit objectif mais en arbitrage permanent, contingent entre droits individuels.

118. Comp. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 88, p. 107.

119. Rapp. M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, op. cit., n° 154, p. 188 qui renvoie dos à dos réalisme et logique formelle : « Elle [la thèse réaliste] nous porte du rationalisme hérité de l'époque des Lumières à son contraire, au total irrationalisme, d'ailleurs aussi faux » (souligné dans le texte).

120. Au-delà, sur la critique de la logique juridique, v. le panel dressé par M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, op. cit., p. 181 s.

121. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, op. cit., n° 53, p. 106.

122. *Eod. loc.*

Au reste, on peut vraiment se demander si ce besoin a jamais été aussi fort qu'aujourd'hui. Il n'est pas un jour qui se passe sans que l'on se plaigne, à juste titre, du désordre normatif, du foisonnement de la loi, de la jurisprudence et même de la doctrine¹²³. Aussi bien, la loi surtout ayant déserté l'impératif de sécurité et de cohérence, n'est-ce pas à la doctrine que revient le rôle d'une (re)mise en système de nature quasi scientifique¹²⁴ ? Il faut alors se poser honnêtement la question : qu'attend-on d'abord des juristes aujourd'hui ? On a beau jeu de moquer les « faiseurs de système¹²⁵ » qui brandiraient un peu trop facilement le spectre du « nihilisme juridique ». À bien y réfléchir, ne goûte-t-on pas dès aujourd'hui sa saveur amère ? L'époque n'est pas celle d'un Code unique et sclérosant, monté au pinacle et érigé en temple d'abstraction dont tout doit se déduire sans égard pour la réalité des choses : nous sommes à l'heure de l'éclatement des sources¹²⁶, du bégaiement de normes, des incohérences de l'action publique guidée par l'émotion et les calculs à courte vue. Confrontée à un droit devenu inaudible, l'époque a plus besoin de la dogmatique qu'on ne le dit afin de compenser, autant que faire se peut, les incohérences et les contradictions des règles. Car « si utiles soient-ils pour la promotion d'une doctrine, les débats de politique juridique ne peuvent totalement suppléer l'absence d'analyse juridique approfondie de la réalité positive », d'où la nécessité « d'élaborer une méthode et des instruments permettant de répondre de manière pertinente aux problèmes de notre époque »¹²⁷.

b. Du bon usage de la technique juridique

52.— Quelles places respectives accorder alors à la technique juridique et à la politique pure dans les débats du droit des contrats ?

On sent bien que la solution est à trouver dans un équilibre : ni dogmatisme aveugle, ni empirisme sans projection. Car le mépris des réalités et l'insécurité sont, l'un comme l'autre, des dangers mortels pour le droit. Le compromis nous semble alors à trouver, on l'a déjà évoqué, dans une primauté donnée à la technique juridique — si l'on préfère, une mise en système rationnel du droit des contrats au moyen d'instruments opératoires (classifications, définitions, principes directeurs, standards maîtrisés, fictions, etc.) — pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une technique aveugle. Cela mérite quelques rapides précisions :

— une technique d'abord, car l'utilisation des constructions techniques et, conséquemment, la désignation de ces constructions comme objet principal des

123. D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », art. préc., *passim*.

124. V. le puissant plaidoyer de D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », art. préc., n° 34, p. 67 s., invitant cependant les juristes à être des « guides » et non des « informateurs ».

125. J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système », D. 1951, I, p. 9. Pour une très vive critique de la dogmatique française, v. C. Jamin, « La doctrine : explication de texte », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 225.

126. V., R. Libchaber, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Études à la mémoire du professeur B. Oppetit*, Litec, 2010, p. 505.

127. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », art. préc., n° 16, p. 263. *Adde*, en note 78, la citation que l'auteur fait de Henri Capitant à propos de la démarche de René Demogue.

débats entre juristes est une concession indispensable faite à la prévisibilité du droit (prévisibilité d'application et aussi prévisibilité d'information) ;

— une technique qui ne soit pas aveugle ensuite, car si la prévisibilité est un impératif supérieur et le mode indispensable d'expression du droit, il ne peut être question de défendre une solution totalement inique ou irréaliste au seul prétexte qu'elle est logique ou, plus précisément, qu'elle s'harmonise exactement avec le système d'ensemble¹²⁸. Par où pénètrent les considérations d'opportunité, à commencer par le facteur politique, ce qui fait que la technique malgré sa logique propre (et un risque d'emportement — celui des déductions) peut parfois être mise au pas¹²⁹ ;

— une technique qui prime enfin. À dire vrai, on entend indiquer ici une voie qui pourra paraître étroite, peut-être même impraticable. Il est essentiel que le juriste fasse davantage de technique que de politique, précisément pour des raisons politiques — et peut-être même plus précisément constitutionnelles. L'hypothèse du « tout politique » fait malheureusement l'impasse sur une question cruciale que M. Gutmann a parfaitement mise en lumière¹³⁰ : celle de la légitimité du juriste à reconstruire le droit comme ses convictions politiques le lui dictent. La libre recherche scientifique, ancêtre de la critique réaliste, qu'elle l'ait avoué ou non, a consisté au fond à confier le pouvoir normatif aux docteurs, censés pouvoir dire où se trouvait le « bon » droit, « ce en quoi elle [a] cess[é] d'être légitime dans un système démocratique entendu comme procédure de délibération sur fond d'incertitude quant à la vérité¹³¹ ». À la lumière des observations que l'on a faites précédemment en cherchant à identifier pourquoi la technique primait en droit français des contrats, il nous semble en effet que l'hypothèse du « tout politique » est sur une pente dangereuse qui est la suivante. Sous prétexte de l'impossibilité d'une démarche objective du juriste, on en vient à prôner l'impossibilité radicale de la distinction du droit et de la science du droit et, corrélativement, à constater que le docteur participe activement à la création du droit (en éludant ici, on l'a vu, la

128. En ce sens, v. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2003, n° 252, p. 292.

129. « En revanche, il est vrai, nous rencontrons également ici les dangers inhérents à tous procédés artificiels. Ils apparaissent même aggravés, dans un système tout en constructions d'esprit, qui, livrées aux fantaisies de l'imagination créatrice, prétendent influencer sur la vie par des moyens de plus en plus éloignés d'elle. Ne risque-t-on pas, en s'y laissant entraîner, d'aboutir à des conséquences "en l'air", sans aucun contact avec les faits ? — Le remède à ce péril trop certain ne peut consister qu'en un usage modéré des concepts. Et, la limite à leur emploi, suggérée par leur rapprochement avec les réalités, dépend tout à fait de la volonté des juristes, dès lors que nous sommes dans le domaine de la technique, où l'artifice reste libre sous le seul contrôle des résultats pratiques », F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, III, *op. cit.*, n° 222, p. 207. Comp. les travaux de C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, n° 8 in fine, p. 9 : « [...] l'effort des juristes, à tous les niveaux et dans toute l'histoire du droit, a cherché à concilier les techniques du raisonnement juridique avec la justice, ou du moins l'acceptabilité sociale de la décision. Cette préoccupation suffit pour souligner l'insuffisance, en droit, d'un raisonnement purement formel qui se contenterait de contrôler la correction des inférences, sans porter de jugement sur la valeur de la conclusion ».

130. D. Gutmann, « La fonction sociale de la doctrine juridique », *art. préc.*

131. D. Gutmann, « La fonction sociale de la doctrine juridique », *art. préc.*

question de savoir s'il pouvait le faire... puisqu'il le fait !). Or, comme la création du droit est nécessairement, on l'a dit¹³², une œuvre politique, l'hypothèse du « tout politique » risque d'approuver qu'en sa qualité de docteur, le juriste puisse construire le droit en partant de ses propres convictions politiques. Mais il faut alors se demander si la démarche ne foule pas au pied l'idéal démocratique — « si la doctrine, en particulier, sert à dire le droit, même lorsqu'il ne procède pas d'une source formelle, quel besoin avons-nous du législateur ? » demande avec inquiétude M. Gutmann. Aussi bien, c'est précisément parce que s'impose à lui un défaut de légitimité à faire le droit que le juriste se doit ne pas trop s'investir dans ce rôle. C'est pour la même raison qu'il doit aussi s'efforcer de maintenir une frontière entre le droit et la science du droit pour préserver l'aspect technique de ce qu'il fait (et ne pas verser dans la politique pure) : rendre compte des règles, les mettre en système et reconstruire le droit avec la plus grande objectivité possible. Et l'impossibilité d'une objectivité complète ne doit en rien légitimer une politisation de son discours mais au contraire l'inciter à résister à ce risque de subjectivité en s'efforçant d'être le plus neutre possible puisqu'il ne lui appartient pas de prendre des décisions politiques.

53.— On voit alors dans quelle posture délicate se trouve le juriste car il ne doit jamais se détacher d'une approche — et donc de débats — très techniques, pour qu'il participe sans cesse à la construction d'un système cohérent mais sans ne jamais perdre de vue, dans le même temps, que ces constructions techniques ne sont souvent que les moyens de satisfaire des besoins pratiques et de faire pénétrer dans le droit un idéal de vie (politique entre autres) — avec le risque, on l'a dit, que ce soit son propre idéal¹³³.

Pour cette dernière raison, libre à chacun, certes, d'avoir sa propre perception de la réalité juridique et aussi son projet politique pour la changer. Mais, d'une part, il importe que ces orientations soient traduites avec la plus grande rigueur technique dans l'exposé, dans un souci de cohérence du système en proposant des instruments offrant toute garantie de prévisibilité et d'efficacité dans l'application. D'autre part, le juriste doit toujours s'efforcer de faire cette césure si difficile entre ce qu'il voit (le plus objectivement possible) du droit et ce qu'il pense du droit. Une technique « engagée », en somme, mais en toute conscience de cet engagement dès lors que « l'objectivité à laquelle [les juristes] doivent aspirer est seulement une subjectivité consciente d'elle-même¹³⁴ » et puisqu'ils doivent, un peu paradoxalement — car leur manque la légitimité démocratique —, refuser le plus possible d'exercer leur inévitable pouvoir créateur de droit.

132. V. *supra*, n° 5.

133. Pour une défense vigoureuse de l'engagement de la doctrine et de sa participation idéologique à la construction du droit, v. J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », RDC 2003/1, art. préc. Contra, D. Gutmann, « La fonction sociale de la doctrine juridique », art. préc.

134. C. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. « Précis », 2002, n° 85, p. 167. Dans le même sens, v. J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », art. préc.

54.— Sur ce fond général, il nous semble que la technique juridique — bon serviteur mais mauvais maître¹³⁵ — apparaît alors comme un langage commun des juristes qui permettra que cet inévitable pouvoir créateur soit exercé avec la plus grande réserve, la plus grande prudence et surtout le plus large pluralisme — « toutes les opinions qui divisent la doctrine [...] tous les sentiments qui font la France » selon la belle et célèbre préface de Carbonnier¹³⁶. Car, comme de forts esprits l'ont souligné, la construction comme l'identification du droit pourra ressortir d'une dialectique constante entre les diverses assertions des juristes¹³⁷ — et étant entendu, au surplus, que « la controverse [doit] aussi permettre d'éviter que chacun projette trop aisément dans le droit ses propres conceptions, ses propres façons de voir¹³⁸ ». À ces conditions, la technique juridique, loin d'être réprouvée, mérite au contraire quelque considération puisqu'elle offre aux juristes le moyen d'exercer légitimement leur fonction sociale propre.

55.— Jetant alors, pour finir, un regard général, sur le passé et le devenir des juristes, il nous semble qu'en lieu et place d'une technique aveugle telle qu'elle a dominé parmi les civilistes français au XIX^e siècle — même s'il faut sûrement nuancer¹³⁹ — ou les pandectistes allemands, c'est une technique « inspirée » qui fait aujourd'hui l'art du juriste. Aussi l'ouverture aux disciplines auxiliaires du droit doit évidemment se poursuivre¹⁴⁰ et l'on est prêt à reconnaître à cet égard que les juristes français ne se sont pas suffisamment tournés vers elles¹⁴¹, même s'il est tout aussi certain

135. « Transposons le mot de Stendhal : la théorie est "grande maîtresse, c'est-à-dire petite servante". Elle doit dominer pour s'adapter aux solutions, non les soumettre à un principe général sans se soucier des résultats bons ou mauvais », R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Rousseau & Cie, t. II, 1923, n° 527, p. 104.

136. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, op. cit., préface de la 1^{re} éd., p. 14.

137. Approche bien connue de C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., passim. V. reprenant cette approche, J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, n° 246 s., p. 285 s., spéc. n° 258, p. 299 et, du même auteur, *Méthodologie juridique*, PUF, p. 161. Comp. M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, op. cit., n° 157 s., p. 191 s.

138. É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, thèse préc., n° 528, p. 343.

139. V., C. Jamin, « Relire Labbé et ses lecteurs », *APD* 1992, p. 247 s. ; F. Chénédé, « Joseph-Émile Labbé, l'enrichissement sans cause », *RDC* 2011. 1005, spéc. n° 3, p. 1007.

140. Placé au cœur même des relations sociales, il serait bien étonnant que les juristes ne nourrissent pas leur réflexion ni ne décrivent les évolutions du droit en les mettant en relation avec les divers courants d'évolutions que donnent à voir d'autres matières. Les courants de pensée politique bien sûr, l'évolution des façons de vivre, les mentalités décrites par des études de psychologie collective, la littérature et l'art en général qui sont souvent le miroir saisissant d'une collectivité humaine, etc. Autant d'éléments qui peuvent révéler des tendances lourdes aidant le juriste à comprendre l'évolution de certains besoins ou l'inadaptation de certaines règles, à cerner aussi des malaises sociaux (et, pour mettre tout le monde d'accord, l'ouverture disciplinaire ne se fait pas forcément dans le sens des courants progressistes — détecter certaines tendances ne signifie pas nécessairement que le droit doive les suivre aveuglément : il peut être utile, par exemple pour un conservateur, de scruter ce que, dans une société post-moderne, l'évolution des structures familiales, la mort de l'autorité, le délitement des solidarités traditionnelles, l'avènement d'une société matérialiste, le recul du fait religieux, etc. peuvent susciter de malaise social et de réfléchir à ce que le droit peut proposer pour y remédier).

141. En ce sens, v. les vifs reproches que B. Oppetit, « Gény », art. préc., p. 235, fait aux juristes français. *Addé* les observations et les réflexions pénétrantes de P. Ancel, « Le droit in vivo ou plaidoyer d'un membre de la "doctrine" pour la recherche juridique empirique », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 1.

que le droit ne peut verser dans « l'intuitionnisme » social, ni le juriste se faire pur sociologue : l'essentiel est de continuer à faire du droit — et donc des constructions techniques — en regardant au-delà des règles. Et l'on ne croit pas devoir craindre une sorte d'immobilisme du droit car ces constructions sont sans cesse mises à l'épreuve de la réalité. La solution en effet ne peut être que dans une sorte de va-et-vient permanent entre la réalité sociale et la construction technique : la première peut suggérer des solutions contingentes qu'il faut ensuite mettre en système dans un instrument théorique, instrument qui, à son tour, subit sans cesse l'épreuve du feu en étant ramené à la réalité sociale à laquelle on l'applique et qui peut, une nouvelle fois, conduire à un ajustement, une reconstruction, etc., en une sorte de mouvement perpétuel. Que ce mouvement fasse apparaître, ainsi que le constatait Demogue¹⁴², que les constructions juridiques, par leur rigidité intrinsèque, sont insuffisantes, réductrices et sans cesse débordées n'est pas une raison pour les abandonner ou les reléguer au second rang tant la présentation systématique et cohérente du droit est un impérieux besoin social. Et tant pis pour le juriste s'il en devient Sisyphe — peut-être, pour reprendre Camus, un « Sisyphe heureux », du reste ?

56.— On ne pense guère alors que ce juriste doive changer fondamentalement. Même si c'est un autre et vaste débat, il n'est pas certain en effet que, à la charnière des XIX^e et XX^e siècles les juristes français aient forcément « manqué [un] rendez-vous¹⁴³ » qu'auraient heureusement honoré les juristes américains, pour leur part, en faisant triompher les écoles réalistes. Il y avait certes un virage à prendre à cette époque d'un dogmatisme sclérosant mais, précisément, les juristes français ont plutôt adroitement « négocié » ce virage en restant sur la route — celle du droit — plutôt que d'en sortir. On l'a dit, le triomphe des constructions juridiques — c'est-à-dire celui de Saleilles, d'un Gény tentant après coup de maîtriser ses propres audaces initiales, des théories générales du contrat, de Planiol et de Ripert surtout — n'a pas été le monstre d'abstraction logique que l'on voudrait faire parfois croire. Ces auteurs n'avaient que trop conscience des combats politiques auxquels ils se livraient et dont leurs constructions techniques étaient souvent les armes¹⁴⁴. S'il en avait été autrement, du reste, s'il ne s'était agi que de constructions désincarnées et toute de logique formelle, leurs noms ne seraient-ils pas tombés dans l'oubli ? Ce qui fut décisif, ce fut cette poussée doctrinale — et donc ce triomphe des idées, politiques entre autres — pour renouveler les sources réelles du droit et nourrir les

142. R. Demogue, *Les notions fondamentales...*, op. cit., p. 193 s.

143. C'est l'avis (le regret ?) exprimé par M. Jamin dans son passionnant article, C. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparé », art. préc. Du même auteur, mais de façon plus abrupte, v. « La doctrine : explication de texte », art. préc.

144. V. d'ailleurs, les fines analyses de C. Jamin (« Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparé », art. préc.) à propos de Saleilles, Demogue et Ripert. *Adde*, spécifiquement à propos de Ripert, J.-P. Chazal, « G. Ripert et le déclin du contrat », art. préc., p. 244.

constructions juridiques devenues le vecteur d'un partage du pouvoir normatif. Ce faisant, les juristes français ont peut-être trouvé un point d'équilibre, serait-il instable¹⁴⁵. Montant Demogue au pinacle, ils auraient certes pu devenir les hérauts des spéculations abstraites d'une science sociale noyée parmi les autres, en espérant qu'« en bas » (comprendre, en pratique) l'intendance suive et tout en refusant de se « salir les mains » dans l'élaboration d'instruments pratiques¹⁴⁶. Ils ont au contraire choisi de demeurer des techniciens, peut-être tout simplement parce que c'est ce qu'attendait d'eux le milieu social¹⁴⁷. Ainsi en va-t-il encore des juristes contemporains qui ont rejeté d'un même mouvement l'exégèse et la critique réaliste pour choisir une voie intermédiaire certes délicate à tenir¹⁴⁸ : au-delà de la technique juridique, mais par la technique juridique.

145. Comp. la conclusion, autrement plus riche, même si on ne la partage pas tout à fait de C. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparé », art. préc., *in fine*. L'auteur considère que le rejet de la critique réaliste (et de tout ce dont elle aurait pu enrichir la pensée juridique française) a été le « prix à payer » par les juristes français « pour nous préserver du chaos ». L'auteur semble bien regretter ce choix (d'autant qu'il ne pense pas qu'il en serait résulté un chaos), ce qui n'est pas notre cas (car nous pensons que les enseignements du réalisme n'ont pas échappé totalement aux juristes français, sorte d'aiguillon lorsqu'ils élaborent leurs constructions techniques).

146. Sur cette forme de mépris parfois rencontrée aux États-Unis d'Amérique — mais aussi sur la réaction à cette tendance dans le même pays —, v. le très instructif tour d'horizon de P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, op. cit., p. 293 s.

147. Comp. la « schizophrénie » qui toucherait les universitaires américains, écartelés entre les besoins élémentaires de leurs étudiants ou des praticiens et leurs spéculations pour ainsi dire existentielles, bien expliquée in P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, p. 295. Les auteurs citent malicieusement le roman de S. Carter (*Échec et mat*, op. cit.) qui fait dire à son personnage principal, professeur de droit : « je regrette le temps [...] où les grandes facultés de droit du pays avaient pour mission d'enseigner le droit ». Ce qui est tout dire...

148. « Nous sommes toujours confrontés à cette difficulté consistant à trouver une transcendance au rôle de la doctrine, sans abandonner la scientificité d'un savoir essentiellement nourri de technique et de droit positif », J.-P. Chazal, « G. Ripert et le déclin du contrat », art. préc., p. 244.