

# INTRODUCTION

## Repenser le contrat

### Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles

par Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS

Le contrat est un outil conceptuel décisif, commun aux juristes et aux philosophes. Et pour cause, on peut tout faire avec un contrat : promettre, échanger, établir des rapports de pouvoir, créer des êtres juridiques, et même des personnes. L'outil n'est pas seulement polyvalent, il est aussi omniprésent. Il est devenu un véritable instrument de gouvernement<sup>1</sup>. Il fournit le cadre technique de la régulation de l'environnement<sup>2</sup>, sa place est consacrée dans le droit de la régulation économique<sup>3</sup> comme dans les procédures d'extension de la portée des normes publiques aux acteurs privés<sup>4</sup>. Le contrat s'insinue partout, jusque dans les rapports entre maîtres et élèves sous la forme de la « *pédagogie de contrat* »<sup>5</sup>, au point qu'il est désormais courant d'évoquer un mouvement expansif de « *contractualisation* » qui affecterait les relations de travail<sup>6</sup>, mais aussi les branches du droit les plus naturellement rétives à l'instrument contractuel, comme le droit pénal<sup>7</sup> ou le

1. Voir GAUDIN, J.-P., *Gouverner par contrat*, Paris, Sciences Po, coll. « Références », 2007 (2<sup>e</sup> éd.) ainsi que pour le monde anglophone VINCENT-JONES, P., *The New Public Contracting : Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

2. ORTS, E.-W., DEKETELAERE, K. (dir.), *Environmental Contracts, Comparative Approaches to Regulatory Innovation in the United States and Europe*, Londres – Boston, Kluwer Law International, 2001.

3. FRISON-ROCHE, M.-A. (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Science Po/Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006.

4. FREEMAN, J., « Extending Public Law Norms through Privatization », *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003, p. 1285-1352.

5. PRZESMYCKI, H., *La pédagogie de contrat*, Paris, Hachette Éducation, coll. « Profession Enseignant », 2003.

6. BESSY, C., *La contractualisation de la relation de travail*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2007.

7. ALT-MAES, F., « La contractualisation du droit pénal : mythe ou réalité ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 3, 2002, p. 501-515; TULKENS, F., VAN DE KERCHOVE, M., « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? » in GÉRARD, PH., OST, F., VAN DE KERCHOVE, M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 529-579.

droit familial<sup>1</sup>. Aussi, certains auteurs n'hésitent-ils pas à diagnostiquer un mouvement général de « *contractualisation de la production normative* »<sup>2</sup>, voir l'émergence d'un « *État contractuel* »<sup>3</sup>. Tout porte donc à croire qu'on assiste aujourd'hui au grand retour du contrat. Reste à saisir la signification historique profonde de ce phénomène.

Faut-il comprendre que l'humanité s'apprête enfin à sortir du joug des anciens statuts ? Qu'après avoir été longtemps soumises à la loi, dont chacun sait combien elle est dure, les sociétés humaines inventent et mettent en place un dispositif normatif inédit et plus souple ? Convient-il plutôt d'inscrire ce mouvement dans l'oscillation perpétuelle entre contrat et institution qui caractériserait, dans le temps long, le mouvement cyclique propre à l'histoire du droit<sup>4</sup> ? Au lieu de se risquer à pronostiquer l'ouverture d'un chapitre nouveau d'un grand récit, on optera ici pour une hypothèse modeste : moins que l'avènement d'une ère nouvelle dans l'histoire des systèmes normatifs, l'évolution contemporaine du contrat pourrait bien inaugurer une période de grande confusion sémantique. Les nouvelles pratiques qui se veulent contractuelles remettent profondément en question ce que les juristes appellent « *contrat* », brouillent les significations qui s'attachent habituellement au terme et déstabilisent profondément la portée des couples conceptuels d'usage courant que sont contrat/loi, contrat/statut et contrat/propriété.

Modeste, cette hypothèse est aussi moins spectaculaire : ce n'est pas la première fois, tant s'en faut, que les pratiques sociales viendraient confondre théories et représentations courantes du contrat. Pour s'en tenir à la doctrine francophone, depuis le « *tournant 1900* »<sup>5</sup>, l'histoire de la théorie du contrat est celle de sa crise<sup>6</sup>. En ce sens, lorsque dans un article désormais célèbre, le doyen Battifol évoque en 1968 la – entre guillemets – *crise du contrat*<sup>7</sup>, il souligne combien celle-ci est banale. Tout aussi banalement, et là encore depuis son origine, cette crise du contrat n'a eu de cesse d'interroger le rapport du contrat à la loi et à la propriété<sup>8</sup>. Plus encore, cette lancinante crise a continuellement été

1. FENOUILLET, D., (DE) VAREILLES-SOMMIÈRES, P., *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2001 ainsi que pour le monde anglophone WRIGGINS, J., « Marriage Law and Family Law : Antonomy, Interdependence, and Couples of the Same Gender », *Boston College Law Review*, vol. 41, 2000, p. 265-325.

2. CHASSAGNARD-PINET, S., HIEZ, D., *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008.

3. TROSA, S., *Quand l'État s'engage : La démarche contractuelle*, Paris, Éditions d'Organisation, coll. « Service Public », 1999; FREEMAN, J., « The Contracting State », *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000, p. 155-214.

4. Voir BASDEVANT-GAUDEMET, B. (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004.

5. JAMIN, C., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in RIALS, S., ALLAND, D. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 380-384.

6. Et en particulier, l'histoire de la crise de la théorie classique de l'autonomie de la volonté. Sur cette histoire, nous renvoyons le lecteur à l'excellente étude de Véronique Ranouil. RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

7. BATTIFOL, H., « La "crise du contrat" et sa portée », *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Sirey, 1968, p. 13-30.

8. Comme en témoigne éloquentement le titre de l'important ouvrage publié par Gaston Morin en 1927 « *la loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté* ». MORIN, G., *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, Félix Alcan, 1927.

le lieu d'une interrogation politique sur la nature de la constitution du social, le déclin supposé des statuts, du « règne de la propriété » et du « gouvernement par la loi » corrélatifs d'une éventuelle « *reféodalisation* » des rapports sociaux<sup>1</sup>.

Aussi, nous demandera-t-on, pourquoi faire aujourd'hui un événement intellectuel de ce qui semble s'assimiler, au mieux, à l'agitée, fatale et lassante condition de la théorie du contrat en régime moderne et, au pire, à la rumination d'un débat éculé ? Incontestablement, malgré ce que pourrait laisser entendre le choix du titre du présent ouvrage, la grandiloquence et l'héroïsme théoricien ne sont guère de mise. Il y a plus d'un siècle déjà que la théorie du contrat n'est plus une forteresse dogmatique assiégée. Il reste pourtant que la situation actuelle est originale à bien des points de vue. S'il y a certes crise, comme d'habitude est-on tenté d'ajouter, celle-ci est, contrairement aux précédentes, une crise de croissance, et c'est la première depuis bien longtemps.

Dans un article publié en 1971, L. Simont mettait ainsi en exergue l'opinion majoritaire, et néanmoins erronée, de la doctrine d'après guerre annonçant la disparation du contrat ou, à tout le moins, son progressif remplacement par des relations de droit public<sup>2</sup>, constatant ainsi le triomphe de l'idée déjà ancienne du déclin de la forme contractuelle. Quelques décennies plus tard, non seulement la forme contractuelle n'a pas disparu, mais il semble bien qu'elle se soit démultipliée, diversifiée et disséminée dans les diverses branches du droit, imposant un démenti brutal à l'opinion des Ripert, Savatier, Josserand et autres Morel. La crise actuelle du contrat ne serait donc pas celle à laquelle nous sommes habitués, mais bien plutôt, comme l'annoncent certains, une « *nouvelle crise du contrat* »<sup>3</sup>. En quoi réside cette nouveauté ?

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

Sans doute peut-on interpréter la situation présente comme un symptôme de la décadence de la science juridique et cultiver la nostalgie du paradis

1. En ce sens, comparer LEFEBVRE, J. (dir.), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, Paris, PUF, coll. « Ceprisca », 2006 avec les intuitions de Pound dans POUND, R., « The New Feudalism », *American Bar Association Journal*, vol. 16, 1932, p. 553 et sqq. Sur l'hypothèse d'une reféodalisation du droit, voir également, SUPIOT, A., *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, p. 164-175.

2. SIMONT, L., « Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats », in *Renaissance du phénomène contractuel*, La Haye, Martinus Nijhoff, coll. « Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège », 1971, p. 487 et sqq., spécialement p. 489.

3. JAMIN, C., MAZEAUD, D., *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003.

dogmatique perdu. On peut aussi estimer que l'absence de théorie générale du contrat et l'extrême dissémination du terme ouvrent une période d'instabilité qui est aussi une période d'opportunité, pour les praticiens et les justiciables d'abord, mais aussi pour les sciences juridiques et la philosophie. Il ne s'agit plus en effet de sauver le contrat, ni de penser au-delà de lui, mais – plus modestement – de le repenser.

Encore fallait-il s'en donner les moyens en réunissant les compétences juridiques et philosophiques requises, au risque de raviver un conflit des Facultés jamais vraiment éteint. Fort heureusement, le risque a été calculé puisque le présent ouvrage est le fruit d'un travail collectif de longue haleine, élaboré dans un cadre institutionnel particulièrement adapté à cet exercice, à savoir, la rencontre entre les chercheurs de deux centres d'excellence européens rompus aux parcours des confins de la philosophie et du droit (le Centre de philosophie du droit Chaïm Perelman de l'Université libre de Bruxelles, et l'équipe « Normes, Sociétés, Philosophie » de l'Université de Paris I-Panthéon Sorbonne).

L'objet de cette rencontre était de mettre en œuvre une ambition scientifique encore largement inédite en France qui consiste à mobiliser les outils les plus rigoureux de l'interprétation philosophique pour éclairer un objet juridique concret, appréhendé dans sa dimension proprement technique. En tout état de cause, les « effets de bougé » de la notion de contrat sont nécessairement mieux observés par les praticiens du droit et, sans doute, la réflexion philosophique permet-elle, au prix de détours inattendus, d'associations conceptuelles improbables et de croisements disciplinaires audacieux, de contribuer à l'émergence de solutions théoriques nouvelles. C'est du moins le pari collectif des auteurs de cet ouvrage.

Pour y parvenir, il fallait d'abord se donner l'occasion de revisiter certaines grandes conceptualisations du contrat. Plutôt que de faire œuvre historique et de retracer dans le détail les sources de la philosophie du contrat<sup>1</sup>, il nous a semblé plus opportun d'analyser, dans la première partie de cet ouvrage, les doctrines classiques les plus pertinentes pour saisir les transformations contemporaines de l'instrument contractuel. En outre, il nous a fallu revisiter certains grands récits de l'évolution historique du contrat en droit interne et international. C'est ainsi que Pierre-Yves Quiviger nous invite à repenser le contrat comme une forme spécifique d'obligation qui se conçoit comme une chose plutôt que comme une relation subjective, s'appuyant pour ce faire sur les travaux que Michel Villey a consacré au droit romain, dans lequel le contrat apparaît comme un rapport spécifique d'obligation, dont la portée est circonscrite aux rapports du créancier à son débiteur. Quant à lui, Thomas Berns met en évidence, par une analyse de la théorie bodinienne, la rupture qu'opèrent les théories modernes du contrat avec le formalisme du droit romain et, plus généralement, avec toute tentation de suppléer par des formalités au pouvoir contraignant de la parole donnée. Le contrat, explique-t-il, n'a pu devenir la forme générique et abstraite que nous connaissons que

1. Pour une étude approfondie de cette question, on se reportera à GORDLEY, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

par l'insistance moderne sur le fait que la parole, seule, engage. Encore faut-il ajouter que cette généralité et cette « horizontalité » pure des rapports contractuels ne sont pensables qu'au prix de l'existence d'un gardien des promesses : le Souverain. Cette dépendance de la forme contractuelle à la figure du Souverain est remarquable chez Hobbes, comme le souligne Martine Pécharman au terme d'une minutieuse analyse du *corpus* hobbesien. La désolidarisation entre les promesses et leur exécution que supposent les accords portant sur le futur n'est pensable que sous le bénéfice d'un garant de la réalité des volontés des cocontractants. Le Souverain est, chez Hobbes, cet opérateur qui permet de tenir des « paroles au futur » pour de « véritables volontés ». Toutefois, la figure moderne du contrat ne saurait uniquement être indexée à la présence du Souverain. Elle suppose également une forme spécifique de lien social. C'est ce qu'indique Ioannis Tassopoulos dans son analyse du contrat chez Adam Smith. Pour le penseur écossais, un lien intime unit l'obligation contractuelle et une forme de sociabilité que I. Tassopoulos identifie à la « *civilité juridique* ». Autrement dit, la théorie du contrat ne peut faire l'économie d'une forme de solidarité sociale. L'étude de la théorie Durkheimienne de la « *solidarité contractuelle* » par Mélanie Plouviez abonde en ce sens en soulignant la dépendance du contrat au sentiment moral de sympathie et, en dernier ressort, à la société elle-même qui fonde sa force obligatoire.

Si une reconceptualisation du contrat nécessite de faire retour sur la notion d'obligation et d'identifier les liens entre engagement contractuel, confiance et solidarité sociale, encore faut-il également appréhender de manière critique les grands récits auxquels s'attache généralement le destin moderne de la notion de « contrat ». C'est ce à quoi nous invite Jean-François Kervégan dans une réflexion érudite et critique de Henry S. Maine, à qui l'on doit la thèse, aux allures de philosophie de l'histoire, de la substitution moderne du statut par le contrat. C'est ce que propose ensuite Gregory Lewkowicz analysant l'analogie civiliste en droit international qui propulse le traité international en figure particulièrement éminente du contrat.

À cette première phase d'investigation conceptuelle succède un ensemble de contributions destinées à cerner les nouveaux objets et questions de la théorie du contrat.

En premier lieu, il s'agit de mettre à jour certaines figures inédites du contrat telles qu'elles apparaissent dans les travaux de philosophie politique contemporaine, dans la mesure où ces figures, pour être sans aucun doute en décalage par rapport au monde juridique, sont non moins certainement une des sources présente et future de l'imagination des juristes. Ainsi, il faut certainement compter parmi les figures les plus originales du contrat qu'elle met en scène, les contrats entre hommes et animaux. Ces contrats dits « *domestiques* » font l'objet d'une présentation et d'une analyse approfondie par Catherine Larrère. Ces contrats très particuliers – qui ouvrent la voie à la question du droit des animaux – ont l'avantage d'interroger la figure du contrat à partir de sa limite : le contrat d'esclavage. Ils conduisent également naturellement à une interrogation sur les limitations du droit de contracter. Tout peut-il faire l'objet de transactions ou existe-il, au contraire, des justifications rationnelles à certaines

limitations du droit de contracter ? Cette délicate question est traitée par Emmanuel Picavet et Caroline Guibet Lafaye. Partant d'une critique de la thèse libertarienne selon laquelle tout accroissement de la liberté contractuelle est un bien, ils démontrent que la limitation de cette liberté peut s'avérer souhaitable lorsque celle-ci conduirait à restreindre la faculté d'un contractant d'influencer par ses actions sa situation future, à détériorer irrémédiablement la situation de certains agents ou, encore, à produire des effets adverses importants à des tiers au contrat. Autrement dit, le contrat ne saurait être le concept hégémonique qui permet de rendre compte de toutes les relations sociales. Il offre néanmoins de précieuses ressources pour penser l'action sociale. Céline Bonicco le démontre dans son étude de la refonte particulièrement originale de la figure contractuelle opérée par la sociologie interactionniste américaine à travers les notions d'engagement conjoint et de *face work*. En étudiant l'usage de la notion de contrat chez Margaret Gilbert puis chez Erving Goffman, elle met en évidence les conditions sous lesquels la notion de contrat peut demeurer un instrument conceptuel utile au sein de théories qui font pourtant la part belle à une normativité toujours déjà là, non voulue, et donc, à première vue, incompatibles avec les présupposés fondamentaux de la notion de contrat.

En second lieu, les contributeurs ont cherché à exposer les interactions actuelles entre droit des contrats et droits fondamentaux et les enjeux théoriques de la mutuelle compénétration des rapports entre loi et contrat. Ils mettent ainsi en exergue les turbulences auxquelles l'objet « *contrat* » est soumis du fait de l'influence extérieure d'une branche spéciale du droit, de la nature particulière des obligations qu'il comporte, du type de normativité nouvelle dont il relève ou encore des objectifs inattendus qu'il est censé servir. À la lecture de ces contributions, il apparaît que le droit positif n'a rien à envier aux figures originales du contrat qui peuplent le monde de la philosophie politique. Les interactions entre droits fondamentaux et droits des contrats sont là pour en témoigner. Tout d'abord, dans un texte particulièrement riche, Christophe Jamin s'interroge sur les effets de l'importation du langage des droits de l'homme en droit français des contrats et sur le travail de sape que la logique des droits fondamentaux fait subir au « *cœur* » supposé de ce droit. Comme en écho à cette étude, la contribution de Ludovic Hennebel et Gregory Lewkowicz cherche à cerner les effets de l'introduction de logiques contractuelles dans le champ des droits fondamentaux, décrivant ainsi un mouvement de contractualisation des droits de l'homme qui produit des situations juridiques parfois déconcertantes que seule une approche en termes de pluralisme juridique permet d'élucider. Quant à Thomas Berns et Laurence Blésin, ils étudient le « *Global Compact* », considéré comme un instrument politico-juridique inédit de promotion des droits fondamentaux, inscrit dans une logique contractuelle spécifique qui délimite un régime normatif fondé sur la « *vérité* » et non plus sur la vérité.

Enfin, les deux dernières contributions de cet ouvrage font retour sur la question des rapports entre loi et contrat. Judith Rochfeld s'emploie à étudier la contractualisation de certaines dispositions législatives dans le cadre des contrats dits « *pédagogiques* ». Pointant la dimension quasi-tutélaire de certains

usages de la contractualisation, elle analyse les difficultés juridiques que soulève l'usage du contrat comme instrument de réalisation des obligations légales. Plus fondamentalement, elle met ainsi en évidence l'inversion des rapports de dépendance entre la loi et le contrat auquel donne lieu ce recours au contrat comme instrument de gouvernement. Finalement, Geneviève Helleringer étudie l'inclusion au sein des contrats de « *clauses d'interprétation* » dans lesquelles elle voit une forme de contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation. Bien que parfois mise en échec, cette pratique vient brouiller les rapports, semblait-il évident, entre l'office du juge et la loi des parties.

Au terme de ce parcours entre droit et philosophie, le lecteur mesurera la difficulté de la tâche d'une reconceptualisation adaptée aux nouveaux visages du contrat. Il n'en tirera pas la formule d'une « nouvelle théorie du contrat », ni mêmes la méthode qui permettrait une nième reconstruction de cette théorie. Mais peut-être aura-t-il renouvelé un peu sa boîte à outils conceptuels et se trouvera-t-il en meilleure position pour appréhender les montages contractuels inédits qui se déploient déjà sous nos yeux. C'est du moins le souhait et l'ambition des auteurs, la raison pour laquelle ils ont cherché à réunir des philosophes assez versés dans les affaires juridiques pour en comprendre la dimension technique et des juristes assez théoriciens pour se donner le temps du détour conceptuel. Une telle réunion est une gageure qui, à elle seule, ne suffit peut-être pas à faire de cet ouvrage un événement, mais certainement une aventure.

Cette aventure n'aurait pas été possible si elle n'avait bénéficié de l'esprit d'initiative et de l'engagement actif, créatif et constant de Benoît Frydman, Directeur du Centre de Philosophie du droit Chaïm Perelman de l'Université Libre de Bruxelles, et de Jean-François Kervégan, Directeur de l'équipe *Normes, Sociétés, Philosophie* de l'Université de Paris I – Panthéon Sorbonne, ainsi que de l'implication généreuse de Mélanie Plouviez dans l'organisation des rencontres dont le présent volume est le résultat et de l'assistance de Valérie Klein et de Karine Pluberg dans la mise en forme du manuscrit. Et comme il ne suffit pas de vivre des aventures pour les faire partager, il fallait encore que celle-ci trouvât un débouché éditorial. Les conseils avisés de Christophe Jamin, la curiosité et la générosité de Philippe Jestaz, l'hospitalité des éditions Dalloz y ont pourvu. Que chacun d'entre eux trouve ici l'expression de la grande reconnaissance des auteurs.