



HAL
open science

Kelsen et la théorie générale du contrat

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. Kelsen et la théorie générale du contrat . Actualité de Kelsen en France, 2001. halshs-01651976

HAL Id: halshs-01651976

<https://shs.hal.science/halshs-01651976v1>

Submitted on 29 Nov 2017

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

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

Kelsen et la théorie générale du contrat

Article paru in *Actualité de Kelsen en France*, sous la direction de Carlos Miguel Herrera, Paris, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, 2001, pp. 109-119.

1. La position de Hans Kelsen sur le contrat est accessible au juriste français par deux textes de longueur inégale. Le premier est un bref passage de la théorie pure du droit¹. Le second, paru six ans après la première édition de la théorie pure, est un article intitulé "La théorie juridique de la convention"². Cette étude "se borne à exposer les problèmes les plus importants d'une théorie juridique du contrat, à savoir du point de vue de la théorie pure du droit"³. Plus riche et mieux rédigé, ce second texte est aussi plus clair sur bien des points. A quoi il faut ajouter l'intérêt de voir Kelsen situer sa propre théorie au regard des théories traditionnelles, sur des questions aussi importantes que la définition du contrat, ou la force obligatoire de la convention.

2. Dans la théorie pure, le contrat est analysé dans le titre V consacré à la dynamique du droit, que l'on réduit souvent à l'image d'une pyramide de normes. Le contrat occupe une place intermédiaire dans la hiérarchie des normes. En aval de la Constitution, des lois et règlements, de la juridiction il est situé en amont de l'administration. Pour comprendre le propos, il faut rappeler que la conception de l'ordre juridique proposée par Kelsen est celle d'un agencement de normes hiérarchisées. Toute norme s'inscrit dans une dépendance juridique à l'égard d'une norme supérieure. Le contrat est un acte juridique inférieure à la loi, du moins à ses dispositions impératives⁴. Quelque soit la place du contrat par rapport à la loi, il faut surtout insister sur le fait que le contrat est conçu comme un acte juridique créateur de normes. A cet égard, le contrat n'est pas différent de la loi ou de la Constitution. Ce qui singularise le contrat selon Kelsen, c'est le rôle de la volonté dans sa formation. A plusieurs reprises, l'auteur indique que la manifestation de volonté est un élément indispensable à l'existence du contrat⁵.

1. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1960, traduction française de la 2^e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, pp. 342-349.

2. Hans Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1940, p. 33-76.

3. *Ibid.* p. 3.

4. *Théorie pure du droit, op. cit.*, voir en ce sens la note p. 342, n°1 de Charles Eisenmann qui justifie sa traduction de "Das Rechtsgeschäft" en "acte juridique infra-législatif" et apporte les nuances requises sur la supériorité de la loi à la convention.

5. *Ibid.* p. 344-345. Le "contrat se compose de déclarations de **volonté** concordantes de deux ou plusieurs individus...". La forme imposée n'est pas nécessaire. "Cependant il faut en tous cas que les parties expriment leur **volonté** d'une façon quelconque...Pour qu'un contrat voie le jour, il faut que l'une des parties ait déclaré sa **volonté** à l'autre; et que l'autre l'accepte dans la déclaration qu'elle a fait à son tour à l'intention de la première". C'est nous qui soulignons.

Kelsen envisage divers problèmes que le juriste français reconnaîtra comme ceux du choix entre le système de la volonté interne ou de la volonté déclarée⁶, de la rétractation de l'offre avant l'acceptation⁷, de la rupture du contrat conclu à durée indéterminée ou déterminée⁸ ; de l'effet relatif du contrat et de ses exceptions⁹ ; de la nature des contrats de groupement¹⁰. Ces questions sont aussi envisagées dans le second texte qui, après avoir exposé une conception du contrat centrée sur la création de normes juridiques¹¹, aborde en outre la question du contrat entre absents, de l'objet immoral ou illicite des engagements, des conditions suspensives ou résolutoires, de la rupture de la convention par *mutuus dissensus* ou par acte unilatéral, des conflits entre conventions, de la liberté des parties et des contrats d'adhésion. Les problèmes sont regroupés selon qu'ils relèvent de la "procédure qui engendre la norme contractuelle"¹², c'est-à-dire du processus par lequel l'accord de volontés parvient à établir une norme, ou selon qu'ils concernent la norme contractuelle elle-même¹³.

3. Ces deux textes n'ont guère retenu l'attention des civilistes français. Et si l'on met à part M. Rouhette qui a cherché à concevoir le contrat à partir des orientations de la théorie pure¹⁴, seul M. Ghestin rend hommage à la théorie de Kelsen pour son aptitude à "décrire plus exactement la réalité contemporaine du droit positif que la théorie classique"¹⁵. Ce dernier propos est énoncé à propos du lien entre autonomie de la volonté et force obligatoire du contrat. Et M. Ghestin trouve ici un allié de circonstance pour affaiblir, si besoin était, le dogme de "l'autonomie de la volonté", et lui permettre de refonder, sur un terrain ainsi dégagé, la force obligatoire du

6. *Ibid.* p. 345.

7. *Ibid.* p. 345 et 346.

8. *Ibid.* p. 347.

9. *Ibid.* p. 347.

10. *Ibid.* p. 348.

11. Hans Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *op.cit.* pp. 33-37.

12. *Ibid.* pp. 37-46.

13. *Ibid.* p. 46 et s.

14. Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965 ; et "La force obligatoire du contrat" in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, L.G.D.J., bib. de droit privé, t. 196, 1987 ; pour une analyse critique voir M. Savaux, *op.cit.*, n°305 et s. qui après avoir exposé "le programme de la théorie positiviste du contrat" en souligne les écueils, et conclut à un rapprochement de la théorie positiviste de M. Rouhette avec les théories jusnaturalistes des civilistes classiques.

15. Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3 éd, Paris, L.G.D.J., n° 188 et s. Après avoir exposé la théorie de Kelsen, l'auteur en souligne les trois intérêts majeurs : en premier lieu "la distinction entre la procédure de formation qui est caractérisée par l'accord des volontés et la norme résultant de cet accord, qui montre que le contrat est caractérisé par son mode de formation" ; en second lieu "la portée relative de l'autonomie de la volonté, comprise comme identité susceptible de degrés, entre les sujets, assujettis à la règle contractuelle, et les parties contractantes, auteurs de cette règle ...qui fait bien voir que l'autonomie de la volonté, ainsi entendue, ne dépend pas du fondement de la force obligatoire du contrat" ; en dernier lieu, "Kelsen montre que le choix en faveur de la liberté individuelle, qui se traduit par le principe d'autonomie des volontés, est métaphysique ou politique au sens le plus large, et qu'il n'est donc pas imposé par la nature même des relations contractuelles".

contrat sur l'utile et le juste¹⁶. C'est du reste sur l'autonomie de la volonté que se concentre les crispations des civilistes à l'égard de Kelsen¹⁷. Il semble même parfois lui être reproché, à tort selon nous, de nier le rôle de la volonté dans la formation du contrat

4. Montrer quel peut être l'apport de la "théorie pure" de Kelsen à la "théorie générale du contrat" suppose de clarifier les contours de cette dernière expression. Le salubre travail de M. Éric Savaux est ici d'une grande utilité, car il rend explicite, à partir d'une étude de la doctrine en droit privé, ce que tout le monde savait, sans jamais avoir osé l'écrire dans une thèse¹⁸ : la théorie générale du contrat est efficace par la confusion qu'elle entretient. Quelques explications s'imposent. A lire la doctrine, la théorie générale se propose de rendre compte du droit commun des contrats. Or, tout est fait pour donner l'impression qu'il n'y a pas d'espace entre le droit positif et la théorie générale, comme si les formules de la doctrine n'étaient qu'une décalque neutre et objective du droit positif. Il en résulte une dissimulation de la doctrine comme autorité savante. Invisible, elle n'en est que plus efficace et accroît son pouvoir d'influence. Incarner le juste milieu des solutions positives, c'est en effet dire le droit pour les autres, tel qu'il pourrait être dit par un juge ou un législateur. C'est pourquoi, pour reprendre les termes employés par M. Savaux, la théorie générale du contrat est à la fois un mythe et une réalité. Le mythe c'est de faire croire, et parfois de se persuader soi-même, que la théorie générale a une valeur positive, qu'elle est du droit positif¹⁹. La réalité, c'est de se rendre compte que la théorie générale est le résultat d'une activité doctrinale à prétention scientifique.

5. Ce double visage de la théorie générale du contrat est présent dans les analyses de Kelsen. Aussi il n'y a guère d'énigme à ce que Kelsen, pourtant symbole du positivisme juridique, soit boudée par les juristes spécialisés dans l'étude du droit positif des contrats. La perspective de la théorie pure de Kelsen n'est en effet pas la même que celle de la théorie générale du contrat. Dans ces conditions quel peut être l'apport de Kelsen à la théorie générale du contrat ? La théorie pure est-elle d'une quelconque actualité pour comprendre la nature de la théorie générale ou encore pour analyser les solutions de droit positif ? Autant dire d'emblée que la théorie de Kelsen apporte au moins deux réponses à des préoccupations permanentes de la théorie générale : établir le contrat dans l'ordre juridique ; justifier la force obligatoire du contrat.

¹⁶. Jacques GHESTIN, "La notion de contrat", *D.* 1990, chr. XXVIII p. 147.

¹⁷. voir par exemple, H et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Les obligations*, 9 éd. par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, note 3, p. 104.

¹⁸. Éric SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris, L.G.D.J., bib. de droit privé, t. 264, 1997.

¹⁹. *Ibid.* n° 355, p. 256 : "L'analyse du concept de théorie générale du contrat a démontré que malgré une croyance très largement répandue et perpétuée dans l'enseignement universitaire, la théorie générale du contrat n'est pas un ensemble de normes destinées à régler les difficultés communes à tous les contrats. La positivité de la théorie générale du contrat n'est qu'un mythe."

I. Établir le contrat dans l'ordre juridique

5. Selon la théorie traditionnelle²⁰ le contrat a pour objet de produire des effets de droit. Il faut immédiatement ajouter à ce propos que ces effets de droit concernent la seule sphère des droits subjectifs et ne modifient en rien le droit objectif. Selon une présentation à peine réductrice, le droit objectif renvoie pour les civilistes, aux sources du droit que sont la Constitution, les lois et les actes de nature réglementaire. C'est le domaine du droit public. Et le contrat n'y a pas en principe sa place, car il est instrument de liberté entre des personnes privées, et non de contrainte mis en oeuvre par des personnes publiques. L'obstacle principal devant l'idée d'une norme conventionnelle puise donc "l'essentiel de son origine dans la vieille lecture civiliste de la distinction du droit objectif et du droit subjectif. Ici, la norme, la loi, la contrainte, la puissance publique; là, l'autonomie de la volonté, le sujet, la situation juridique, le contrat."²¹

Comment la théorie traditionnelle parvient-elle à expliquer que le contrat trouve place dans l'ordre juridique ? La réponse n'est pas simple et l'argumentation laborieuse car elle opère un détour par la sphère des droits subjectifs. Nombre d'auteurs de la doctrine française ont recours à une analyse prenant appui sur la distinction du droit objectif et des droits subjectifs. Essayons de décrire au mieux ce pénible raisonnement. Pour que le contrat produise des effets de droit entre les parties, il faut que ces effets de droit puissent être reconnus, en tant que droits subjectifs, par les tribunaux appelés à statuer en cas de litige. Or, pour ce faire, il faut que le contrat ait été légalement formé, c'est-à-dire que la production des effets de droit subjectif soit reconnue valable dans les conditions posées par le droit objectif. Si le contrat trouve place dans l'ordre juridique, ce n'est donc pas spontanément, mais par la l'intermédiaire du droit objectif. Autant dire que le droit subjectif d'origine contractuelle a besoin des béquilles du droit objectif pour tenir debout.

6. Le reproche adressé par Kelsen à la "théorie traditionnelle" est le suivant : "L'effet de l'acte juridique est, d'après cette théorie, une modification dans la sphère des droits subjectifs ; le droit objectif -c'est-à-dire l'ordre juridique considéré comme système de normes- reste inchangé. En ne considérant la convention que comme un acte juridique, la théorie n'est pas en mesure de saisir l'essence du phénomène juridique en question sous tous ces aspects. Une fonction de la convention qui est de la plus haute importance est complètement négligée : la

²⁰. La "théorie générale du contrat" est qualifiée par Kelsen de "théorie traditionnelle" ou de "théorie classique". On reprendra avec lui ces expressions tout en gardant à l'esprit la part d'excellents civilistes français qui ne sont ni traditionnels, ni classiques.

²¹. Denys de BÉCHILLON, "Le contrat comme norme dans le droit public positif", *Revue française de droit administratif*, n° 8, 1, janv.fév. 1992, p. 15. L'auteur montre que si les publicistes admettent que le contrat est un acte juridique producteur de normes, ils n'en tirent pas pour autant toutes les conséquences sur le plan du droit positif.

fonction de création du droit²². Pour Kelsen la "convention a créé une norme qui n'existait pas avant la conclusion de la convention : c'est-à-dire une norme qui stipule cette conduite bien déterminée, qui est celle de la convention... Cette norme est tout autant « objective » que la norme *pacta sunt servanda* que les sujets contractants appliquent en concluant la convention"²³.

Autrement dit, si le principe *pacta sunt servanda* énonce une norme, le résultat du consentement des parties aussi. Il est une norme du droit objectif d'origine contractuelle et le détour par un raisonnement fondé en termes de droits subjectifs est inutile. Le contrat produit des effets de droit²⁴ qui modifient l'ordre juridique. La théorie générale du contrat devrait se libérer d'une conception schizophrène où le contrat, tout en étant créé par la volonté des parties, ne semble pouvoir s'affirmer dans l'ordre juridique que par le jeu d'un dédoublement entre droit subjectif et droit objectif. A vrai dire, le repli des civilistes sur la sphère subjective s'explique par le souci de ne pas situer le contrat au regard du seul droit objectif, car ce serait alors mettre en péril sa primauté dans la création du droit, et admettre sa sujétion à l'égard d'autres actes juridiques de valeur supérieure. Cette stratégie de défense ne nous paraît guère appropriée. Non seulement la crainte d'une soumission du "privé" au "public" relève d'une vision dépassée et simpliste, mais elle a pour conséquence de borner le champ contractuel. La théorie générale du contrat pourrait avoir plus d'ambition et reconnaître le pouvoir des personnes privées de créer des normes par voie contractuelle.

7. Plusieurs conséquences susceptibles d'éclairer l'analyse du droit positif des conventions résultent des positions de Kelsen²⁵. On pourrait penser en premier lieu aux règlements de droit privé, tels que ceux adoptés dans le cadre d'une entreprise, d'une association, d'une société, ou de tout autre groupement. Toutefois, si la fonction de création de normes ne fait pas ici de doute, la nature contractuelle de ces actes est discutable, comme en témoigne la qualification d'acte unilatéral retenue pour le règlement intérieur d'entreprise, pendant longtemps considéré à tort comme un acte contractuel. On pourrait évoquer ensuite la convention collective de travail dont il n'est guère discutée qu'elle produise des normes. Néanmoins l'acte souffre au yeux des civilistes d'un manque d'orthodoxie : non seulement il est porteur d'une norme générale d'inspiration collective et sociale, mais il déroge au principe de l'effet relatif du contrat.

Plus significatifs pour notre propos sont alors sans doute des situations tirées du droit civil et commercial des contrats. Un premier exemple d'actualité est celui des

22. Hans KELSEN, "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p. 33-34.

23. *Ibid.*, p. 35.

24. Il est possible de parler d'effet de droit au lieu de normes, du moins si l'on ne réduit pas l'effet de droit aux seuls droits subjectifs. Ainsi une loi ou un jugement produit des effets de droit qui sont aussi des normes.

25. La distinction entre processus de création d'une norme et norme créée éclaire des techniques du droit de la consommation par lesquelles s'opère la protection du consommateur. Voir en ce sens Georges ROUHETTE, "Droit de la consommation et théorie générale du contrat", *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247.

contrats cadres dans le droit de la distribution Comme son nom l'indique, ce contrat pose le cadre général dans lequel une relation contractuelle entre deux ou plusieurs personnes privées a vocation à s'établir, sur une durée plus ou moins longue, par la conclusion de contrats d'exécution. Le but du contrat cadre est donc d'instaurer une relation durable au cours de laquelle les contrats d'exécution vont prendre place. Or, les obligations nées du contrat cadre ne sont pas toujours aussi précises que dans un contrat ordinaire : elles ne donnent pas toujours lieu à la création de "droits subjectifs". Aussi, plusieurs problèmes sont survenus en droit civil français, en particulier sur le point de savoir si ces contrats devaient encourir la nullité pour indétermination du prix²⁶.

Considérer que le contrat cadre crée une norme et modifie l'ordre objectif, c'est se donner les moyens de mieux comprendre et d'analyser les liens entre un contrat cadre et des contrats d'exécution. Le contrat cadre fixe un mode de détermination du prix applicable aux contrats d'exécution. Il fixe une norme de structure (le mode de détermination du prix) dont l'objet est d'organiser la production de normes de conduite (la détermination du prix elle-même). La tentative des distributeurs consiste à contrôler un réseau de détaillants par voie contractuelle. Elle vise à instaurer un ordre contractuel. Dire que les normes posées par les contrats cadres relèvent du droit objectif simplifie l'analyse. La question de la détermination du prix n'est plus de savoir si un distributeur a abusé d'un droit subjectif d'origine contractuelle, mais bien de contrôler la validité des normes contractuelles posées dans les contrats cadres et les contrats d'exécution.

Parfois, et c'est un second exemple, le contrat ne pose pas seulement une norme à l'égard d'un autre contrat, mais d'un acte unilatéral entre personnes privées. Mentionnons ici le cas des clauses résolutoires introduites dans les contrats de bail. En cas d'inexécution du locataire, en particulier s'il ne vient plus à payer ses loyers, le bailleur va résilier le contrat sur le fondement de la clause. Comme nous avons pu le montrer par ailleurs²⁷, la rupture n'est pas réalisée par un procédé contractuel mais par un acte unilatéral émanant du bailleur. Il n'en reste pas moins que la rupture intervient sur le fondement conventionnel de la clause résolutoire. Selon l'analyse traditionnelle, la clause résolutoire insérée dans un contrat de bail aurait modifié les droits subjectifs des parties. N'est-t-il pas plus pertinent et plus simple de dire, avec Kelsen, que le contrat portant une clause résolutoire a modifié l'ordre juridique, qu'il a posé une règle d'origine conventionnelle, ce qui du reste ne préjuge en rien du caractère licite de la rupture ? Ne peut-on faire l'économie de jongler avec l'encombrante distinction des droits subjectifs et du droit objectif ?

²⁶. La question a été posée de savoir si un distributeur pouvait, sans encourir la nullité du contrat, prévoir les conditions de détermination du prix dans un contrat cadre, pour renvoyer la fixation du prix ultérieurement, à l'occasion des livraisons effectuées aux détaillants. Plusieurs arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendus le 1er décembre 1995 sont revenus sur la nullité pour laisser cette faculté ouverte, sous réserves d'abus. Sur l'apport de ces décisions au droit des contrats, voir le bouquet de très bons articles publiés à la *Revue trimestrielle de droit commercial*, 50, (1), janv-mars 1997.

²⁷. *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., bib. de droit privé, t. 254, n°49.

8. Le premier apport de la théorie pure à la théorie générale du contrat consiste donc à établir le contrat dans l'ordre juridique. Loin de réduire le contrat à un acte juridique secondaire le contrat est à l'inverse ici considéré à sa juste place, comme une source du droit à part entière. Kelsen parlerait plus volontiers de méthode de création du droit et non de source. Sa mise à l'écart de la notion de source s'explique par le souhait d'appuyer le droit sur une norme fondamentale, au demeurant sans lien avec l'idée de contrat social²⁸. Kelsen ne souhaitait pas tant purifier les sources du droit que de purifier le droit comme source de normes. Et la nuance explique son souhait de bannir la notion de source. Pareille affirmation anticipe les positions de Kelsen sur la force obligatoire du contrat et le rôle de la volonté dans la création du droit.

II. Justifier la force obligatoire du contrat

9. Comment justifier la force obligatoire du contrat ? L'autonomie de la volonté joue-t-elle un rôle en ce sens ? Telles sont les deux questions centrales à partir desquelles, depuis près de deux siècles, ont été élaborées les conceptions du contrat en France.

La formule de l'article 1134 alinéa premier du Code civil offre un point de départ fameux : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". La belle formule exprime la force obligatoire du contrat. Ses interprétations sont multiples et autoriseraient "tous les fantasmes"²⁹. Dire que les conventions *tiennent lieu de loi*, c'est reconnaître que les parties sont liées par le contrat comme elles pourraient l'être par une loi. Du point de vue de leur force obligatoire, les obligations conventionnelles sont mises sur le même plan que les obligations légales. Pareille analogie entre la force de la loi et la force de la convention va dans le sens prôné par Kelsen d'une modification du droit objectif par le contrat, ou pour reprendre sa terminologie, d'une norme créée par une procédure conventionnelle. Plutôt que de donner écho à la formule de l'article 1134 du Code civil, la doctrine classique escamote la portée de l'affirmation, rappelant à l'envi que le législateur a repris de manière assez maladroite l'analogie de Domat pour exprimer la force obligatoire du contrat. Au regard de la lettre du texte, sinon

²⁸. Les plus fins connaisseurs de l'oeuvre de Kelsen ont souligné ce point capital, voir Carlos Miguel HERRERA, "Le problème de la contractualité sociale chez Hans Kelsen", in *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1999, not p. 371 et s. On lira avec grand profit cet article qui expose avec clarté les critiques de Kelsen à l'encontre de l'idéologie contractuelle. Les réticences politiques de Kelsen à l'égard du "contrat social" valent aussi pour le contrat individuel. Pour l'auteur de la théorie pure, "le domaine du contrat de droit «privé», du droit «subjectif», n'est pas moins un théâtre de domination politique que celui du droit public, produit par les lois et les actes de l'administration", p. 368.

²⁹. La remarque est de L. CADIEU, "Interrogations sur le droit contemporain des contrats", in *Le droit contemporain des contrats*, n° 6, p. 13 ; pour un recensement des positions des auteurs sur la formule, voir E. SAVAUX, *op.cit.*, n°157, p. 121.

même de son esprit, l'affirmation est pour le moins hasardeuse³⁰. Mais il y a plus encore. Alors que le législateur ne souffle mot de la volonté des parties dans ce texte, nombre de civilistes y voient la consécration du principe de l'autonomie de la volonté. Le propos laisse d'autant plus pantois qu'il est répété de génération en génération, avec la force tranquille d'un mensonge qui se charge du poids de la certitude.

10. Kelsen énonce deux affirmations à l'égard de la force obligatoire du contrat.

La première est d'ordre scientifique et résulte de la théorie pure. Dans son système, la force obligatoire de la convention n'est pas un problème spécifique, car elle a partie liée avec l'ensemble de sa construction. Autant dire que le problème de la force obligatoire ne se pose pas, du moins pas de manière différente que pour les autres normes de droit objectif. "En définitif, la convention est obligatoire pour la même raison pour laquelle l'ordre juridique tout entier qui l'institue en tant qu'état de fait créateur de droit est lui-même obligatoire"³¹.

La deuxième affirmation n'est pas énoncée sur le plan scientifique de la théorie pure, mais sur celui de la politique juridique. Elle conduit Kelsen à se demander "quelles sont les raisons qui ont amené le législateur à instituer la convention comme état de fait créateur de droit". La question n'est pas esquivée et Kelsen de répondre : "parce que le législateur veut laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres, et parce qu'il estime qu'une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts est la solution la mieux indiquée et la plus juste ...si l'on se pose le problème de la justification de ce principe, on doit remonter jusqu'aux derniers jugements de valeur ou systèmes de jugements de valeur, tels que l'individualisme libéral et le collectivisme socialiste, et l'on doit finalement constater que le principe *politique* de l'autonomie en matière de contrats repose sur une conception individualiste ou libérale de la vie, qu'il n'est pas possible de justifier par la voie objective et rationnelle de la connaissance scientifique"³².

Cette même distinction permet à Kelsen, dans une note consacrée aux positions de la théorie traditionnelle présentée par Eugène Gaudemet, de renvoyer dos à dos les partisans de la volonté et ceux de la solidarité sociale pour justifier le pouvoir créateur du contrat. Pour Kelsen, ces "deux théories confondent le point de vue de la théorie juridique et celui de la politique juridique"³³. Or, la théorie générale du contrat devrait pencher du côté de la théorie pure et non de la politique juridique.

³⁰. D'autres auteurs ont pu restaurer valeur à l'analogie à partir du droit romain. Le refus de l'analogie entre la force obligatoire de la loi et de la convention s'expliquerait par un préjugé d'ordre politique, voir en ce sens Lon FULLER, "Consideration and Form", 49 *Columbia Law Review*, (1949), p. 799. "This power of the individual to effect changes in his legal relations with others is comparable to the power of the legislature. It is, in fact, only a kind of political prejudice which causes us the word "law" in one case and not in the other, a prejudice which did not deter the Romans for applying the word *lex* to the norms established by private agreement". p. 806 et s.

³¹. H. KELSEN, "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p. 48.

³². *Ibid.*, C'est nous qui soulignons.

³³. *Ibid.*, note 1, p. 48.

Les dernières lignes de sa note de bas de page sont très significatives à cet égard : "Du point de vue d'une théorie ou d'une interprétation du droit positif (et c'est bien le point de vue auquel se placent Gaudemet et tous les juristes), il ne s'agit pas d'éviter ou d'introduire le socialisme d'État ou autre système économico-politique mais de constater quel est le système qui a été adopté par un ordre juridique positif. Une «théorie générale des obligations» devrait valoir aussi pour les obligations conventionnelles stipulées par un ordre juridique basé sur le socialisme d'État"³⁴. Voilà Kelsen sous son côté le plus provocateur et, avouons-le, le plus stimulant. Car il ne laisse pas le choix à ses détracteurs. De deux choses l'une : soit les auteurs de théorie générale ont des prétentions scientifiques et ils doivent se contenter de prendre acte du droit positif, en mettant leur sensibilité politique en sourdine ; soit ils portent des jugements de valeur sur les systèmes juridiques et ils renoncent alors à leur neutralité scientifique.

11. Le plus piquant à observer est la réaction des juristes porteurs de "théorie générale" qui, tout en souhaitant avoir recours à des jugements d'ordre politique entendent conserver, dans le même temps, la posture du scientifique neutre et objectif face aux faits. Nul ne sort pourtant indemne du choix imposé par Kelsen, et l'on portera un regard amusé sur les pirouettes épistémologiques de certains auteurs visant à concilier les jugements de valeur avec leur parti pris pour la science³⁵. A ce stade de la pensée, plus cohérent sont sans doute ceux qui se déclarent inspirés d'une vision toute théologique de la dogmatique juridique³⁶. Le terrain de bataille où la confusion est la plus grande est sans doute celui de "l'autonomie de la volonté". Kant est pourtant convoqué avec régularité pour mettre un peu d'ordre et insuffler un esprit de sérieux. Mais rien n'y fait. C'est la débâcle, le déclin permanent. L'on s'épuise d'ailleurs à suivre le cours de l'autonomie de la volonté qui se lève et se couche comme un soleil sur une terre trop ronde pour satisfaire la platitude du principe.

12. Avec deux ou trois remarques judicieuses, Kelsen est là pour redonner sens à l'autonomie et à la volonté. L'excellent point de départ qu'il choisit est d'envisager la volonté séparément de l'autonomie.

En ce qui concerne la volonté, sa position est bien tranchée. Autant la volonté échangée dans l'accord est nécessaire au contrat, autant "il est certain que la volonté individuelle ne peut pas par elle-même créer de droit. Son expression n'est un état de fait créateur de droit que lorsque et dans la mesure où l'ordre juridique, c'est-à-dire, les normes juridiques générales le stipulent. Ce faisant, elles satisfont au **besoin politique** d'attribuer un tel effet à la volonté individuelle"³⁷.

³⁴. *Ibid.*, note *in fine*, p. 49.

³⁵. Voir à titre d'exemple la position de M. Rouhette telle que décrite avec nuance par M. SAVAUX, *op. cit.*, note 73, p. 237.

³⁶. Michel VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit*, Les carnets, textes préparés et indexés par M.A. Frison-Roche et Chr. Jamin, PUF, 1995, voir en particulier à propos du contrat, I-95 et II-80.

³⁷. KELSEN, *op. cit.*, note 1, p. 48. C'est nous qui soulignons.

En ce qui concerne l'autonomie, la position de Kelsen n'est pas moins rigoureuse. L'autonomie, par opposition à l'hétéronomie, constitue un mode de création d'une norme où l'individu lié par la norme participe à son élaboration. Le contrat de droit privé constitue une "approximation aussi grande que possible" de l'autonomie, puisque les parties échangent leur volontés afin de créer l'accord³⁸. Cependant, il ne s'agit que d'une approximation de l'autonomie et la convention est bien éloignée d'une autonomie complète du sujet. La raison en est simple et tient au constat qu'il faut être deux pour conclure une convention³⁹. La pleine autonomie est incompatible avec la technique contractuelle. Se donner ses propres lois, ce n'est pas se donner des lois avec autrui.

Non seulement l'autonomie des personnes privées est une autonomie partielle mais elle est réduite aux limites du champ contractuel. Rien de bien singulier dans les affirmations de Kelsen sur ce point : "Les restrictions que le droit public ou des raisons morales ou autres apportent à ce domaine de validité, sont en même temps des limitations de l'autonomie contractuelle"⁴⁰. L'observation ne manque pas de raviver les habituelles querelles de chapelle. Pour les publicistes, la frontière du champ contractuel doit être tracée à partir du droit public ; pour les privatistes, elle doit être tracée à partir du droit privé. Avouons notre peu d'intérêt pour cette partie de "gagne terrain" disciplinaire qui mériterait de trouver de nouvelles perspectives fondées sur une franche prise en compte du Politique. Enfin, pour Kelsen, c'est l'effet relatif des conventions qui porte atteinte à l'autonomie. Car "l'autonomie, au sens propre et étroit du mot (c'est-à-dire le principe en vertu duquel la norme contractuelle ne peut obliger et autoriser que les sujets contractants), est restreinte par le fait que l'ordre juridique admet aussi des conventions à la charge ou au profit de tiers". Les dérogations au principe de l'effet relatif sont plus importantes que la théorie générale ne veut bien le dire. Et Kelsen de prendre l'exemple, frappant pour l'époque, mais aujourd'hui banal, de la convention collective de travail, qui a pour conséquence de limiter par voie conventionnelle la liberté des individus sans leur consentement.

Conclusion

13. Outre l'intérêt du renouvellement des analyses du droit positif ouvertes par le constat que le contrat est un acte créateur de normes de droit objectif, l'actualité de Kelsen nous semble être de faire avancer les mentalités sur le statut d'une théorie issue de la doctrine. La culture juridique française repose sur une savante dose d'hypocrisie dispensée sous couvert de sincérité. Lire Kelsen permet de s'en émanciper, de se l'appropriier aussi, et conduit à en renverser les termes, pour

³⁸. *Ibid.*, p. 63.

³⁹. *Ibid.* p. 63.

⁴⁰. *Ibid.* p.66. Et l'auteur d'ajouter aussi les incapacités : "Une telle limitation -de l'autonomie contractuelle- résulte aussi du fait que l'ordre juridique n'autorise pas tous les sujets à conclure des contrats, mais fait dépendre la capacité de contracter de certaines conditions, telles que l'âge, le sexe, le discernement, etc."

demeurer sincère dans les formes de l'hypocrisie, ce qui ne nous paraît pas une posture juridique plus sotte qu'une autre.

Que Kelsen contribue aux objectifs de la théorie générale du contrat sans être reconnu par les civilistes ne doit pas étonner. Il ne suffit pas de proposer des analyses visant à établir le contrat dans l'ordre juridique ou à justifier de sa force obligatoire. Encore faut-il s'inscrire dans une tradition à laquelle Kelsen n'appartient pas : juif, autrichien, spécialiste de droit constitutionnel, familier de l'abstraction, il avait de quoi rester à l'écart.

Si la théorie pure de Kelsen éclaire la théorie générale du contrat, on pourrait aussi se demander, à l'inverse, si la théorie pure ne gagnerait pas à être évaluée dans les termes de la théorie générale. La théorie pure n'est-elle pas, elle aussi, un mythe et une réalité ? Si tel était le cas, cela signifierait que le discours de la pureté reste, en théorie comme en doctrine, le meilleur refuge de l'idéologie. De là à penser que "les concepts purs sont malsains"⁴¹, il y a un pas que nous hésitons à franchir de manière irrévocable. Entre l'imposture de la doctrine et l'impureté de la théorie, il reste encore assez d'espace pour exercer une profession qui ne manque pas de charmes.

Rafael Encinas de Munagorri
Professeur à l'université de Bourgogne

⁴¹. La formule est empruntée à l'ouvrage au style désabusé et au contenu décapant de Carlos ESTEBÁN HERRENDORF, *"Autopsie de la science du droit. Pour une phénoménologie de la conduite juridique"*, trad. L. Tumahäi, présentation A. Sériaux, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996. pour une critique de Kelsen à partir de la théorie égologique du droit, voir p. 45 et s.